



Universidad de Buenos Aires
Facultad de Ciencias Económicas
Escuela de Estudios de Posgrado



2013

Implicancias de los Precios de Transferencia en el comercio internacional



Trabajo Final

Carrera: Especialización en
Tributación

Autor: Diego Mazzaroni

Tutora: Cecilia Goldemberg

TABLA DE CONTENIDO

Introducción	1
1. Precios de transferencia. Relevancia y finalidad en las economías globalizadas.....	2
1.1. El principio del operador independiente.....	5
2. Aplicación del principio de mercado abierto y los problemas de comparabilidad ..	10
2.1. Características de los bienes y servicios	11
2.2. Análisis funcional	12
2.3. Clausulas contractuales	14
2.4. Circunstancias económicas.....	15
2.5. Estrategias de mercado.....	16
2.6. Otros problemas vinculados al análisis de comparabilidad.....	17
2.6.1. Evaluación de operaciones en forma separada o combinada	17
2.6.2. Utilización de un rango de aceptación	18
2.6.3. Problemas vinculados con el tiempo	19
2.6.4. Análisis de las pérdidas	20
2.6.5. Falta de información.....	21
2.6.6. Comparables secretos	22
3. Métodos para la aplicación del principio <i>arm's length</i>	25
3.1. Métodos tradicionales basados en las operaciones.....	26
3.1.1. Precio comparable no controlado.....	26
3.1.2. Precio de reventa entre partes independientes.....	29
3.1.3. Costo más beneficios	32
3.2. Otros métodos basados en las utilidades.....	36
3.2.1. División de Ganancias.....	37
3.2.2. Margen Neto de la Transacción.....	40
3.3. Selección del método más apropiado	44
4. Precios de Transferencia en la República Argentina	47
4.1. Operaciones de Comercio Exterior. El artículo 8° de la Ley del Impuesto a las Ganancias.....	49
4.1.1. El fallo Eduardo Loussinian	54
4.1.2. Las modificaciones legislativas	57

4.1.3.	Jurisprudencia relevante.....	63
4.2.	La contabilidad separada y el operador independiente.....	67
4.3.	Las normas modernas de precios de transferencia	71
4.3.1.	Generalización de las operaciones alcanzadas	72
4.3.2.	Nueva definición de vinculación	73
4.3.3.	Países de baja o nula tributación.....	74
4.3.4.	Métodos de comparación.....	77
4.3.5.	El sexto método	79
4.3.6.	Ajuste de precios	83
4.3.7.	Otras consideraciones.....	86
4.3.8.	Jurisprudencia	87
5.	Herramientas complementarias al control de precios.....	92
5.1.	Acuerdos anticipados de precios.....	92
5.2.	Safe Harbours.....	98
5.3.	Armonización fiscal basada en Precios de Transferencia	103
6.	Conclusiones.....	107
7.	Bibliografía.....	109

Introducción

La visión general de los Precios de Transferencia ha experimentado significativos cambios en la República Argentina, especialmente a partir del año 1998 cuando fueron introducidas las primeras normas modernas en la materia. Este proceso, fue el resultado de una clara influencia del tratamiento fiscal otorgado en la legislación comparada, a las operaciones internacionales desarrolladas por compañías vinculadas.

La importancia del tema escogido para el presente trabajo, radica en la creciente participación de las empresas multinacionales en un escenario de economías globalizadas, donde sus transacciones representan más del setenta por ciento del comercio mundial. En ese contexto, resulta lógico que dichos entes intenten obtener por parte de las Administraciones Tributarias de los países involucrados, una aceptación pacífica de sus actividades, y fundamentalmente, del factor precio establecido para las operaciones llevadas a cabo dentro de un mismo grupo económico. Este elemento, es sin lugar a dudas el eje central de los temas que serán desarrollados más adelante, básicamente porque a partir de la fijación del mencionado precio, se consigue la determinación de los distintos gravámenes.

Por lo tanto, uno de los objetivos del trabajo será analizar los orígenes de las operaciones transnacionales, como también, la evolución del principio *arm's length* o valor prudente de mercado, es decir, aquel que dos sujetos independientes hubieren acordado para sus transacciones. Adicionalmente, otra de las metas propuestas será el estudio de las recomendaciones brindadas por los diversos organismos internacionales, quienes se abocan al perfeccionamiento de los métodos y/o procedimientos para un efectivo control de precios.

A su vez, será tratada en profundidad la evolución del derecho positivo de nuestro país, que permaneció durante un largo período de tiempo con sólo algunas medidas antielusión, previamente a los mencionados cambios del año 1998. A partir de ese momento, se fueron sucediendo una serie de confusas reglamentaciones y polémicas modificaciones sobre el texto legal, antes de arribar a la situación actual. Estas reformas, constituyen otra de las propuestas de este proyecto, a fin de comprender sus motivaciones, alcance y debilidades; utilizando para ello, los antecedentes jurisprudenciales que han ido delineando el enfoque de muchas y serias imprecisiones que aún subsisten. Por lo tanto, resulta preciso plantear el objetivo general de este Trabajo Final de la carrera de posgrado “Especialización en Tributación”; que será la confección de un documento sobre Precios de Transferencia, que cuente con elementos actualizados de los temas que hacen hoy en día a la práctica, abordado de un lenguaje llano y simple; que permita su aprovechamiento para todos los profesionales abocados a la tributación, y no sólo de aquellos especialistas en la materia.

1. Precios de transferencia. Relevancia y finalidad en las economías globalizadas

Para comenzar, es importante señalar que en las últimas décadas y con la llegada de la globalización, pudo observarse una marcada tendencia hacia la liberalización de los mercados, es decir, se generó un proceso de apertura de las economías locales al movimiento de los factores de producción mediante las compañías transnacionales. Este fenómeno, ha sido acentuado por la creciente desaparición de barreras proteccionistas y el notable avance en las comunicaciones, que permitió una mayor movilidad de mercaderías y servicios, pero que tuvo su auge en el mercado de capitales.

Sin embargo ello no fue siempre así, motivo por el que vale la pena repasar cómo ha sido la evolución de la forma en que operaron las empresas multinacionales durante los últimos 50 años, los que han sido marcados por tres etapas bien diferenciadas:

- a) Período de autonomía de las partes: que comprende hasta el final de la década del 60 y se caracteriza por la independencia de gestión de las filiales con respecto a la casa matriz, en donde los únicos nexos eran el control del capital accionario y la transferencia de tecnología para ser aplicada en la producción de bienes. Es decir, que la sucursal representaba una réplica en menor escala de la casa matriz, que contaba con todas las áreas de producción, servicios de soporte (administración, finanzas, etc.), y tenía la facultad de contratar libremente a sus proveedores.
- b) Período de subcontratación: Comienza a fines de los 60 y principios de los 70, en donde la estrategia a seguir por las compañías multinacionales era básicamente la de una distribución internacional del trabajo, en la cual la casa matriz se encargaba de la provisión de capital, tecnología e insumos para la producción y el papel de la filiar consistía en la especialización de aquella parte del proceso productivo que requería mano de obra intensiva, aprovechando de esa forma las ventajas de los países periféricos donde eran instaladas.
- c) Períodos de sistemas integrados de producción: A partir de los años 90, el notable avance en las comunicaciones ha permitido poner en práctica lo que podría denominarse “integración compleja”, en donde los grupos de empresas transnacionales puedan relocalizar no sólo la producción de bienes, sino también áreas como investigación y desarrollo, finanzas, publicidad e incluso recursos humanos, generando lo que actualmente se conoce como centros de servicios.

Es por ello, que de acuerdo a las características que asumió el negocio global, resulte complejo identificar el origen de las mercaderías o la nacionalidad de una compañía. A fin de comprender la magnitud que alcanza el fenómeno, cabe señalar que de acuerdo a trabajos

realizados por la CEPAL¹, las empresas transnacionales no sólo controlan una parte sustancial de la producción de bienes y servicios, sino que las transacciones desarrolladas por estos entes comprenden cerca de las *dos terceras partes del comercio mundial*, concentradas fundamentalmente en las áreas de tecnología, investigación y desarrollo y producción de bienes intermedios que formarán parte del producto final.

En ese contexto, es habitual encontrar que las mencionadas compañías internacionales formen parte de un complejo empresarial, que en los hechos se constituye por empresas jurídicamente independientes, radicadas en diversos países; pero que desde el punto de vista económico o político son controladas por una casa matriz o sometidas a un control común. Por lo tanto, gran parte del flujo de operaciones comerciales desarrollado por este complejo, el que puede incluir como se dijo anteriormente prestaciones de servicios, transferencia de bienes, capitales o tecnología; funciona en realidad como transacciones internas de un mismo sujeto, con la característica de que sus partes se encuentran situadas en distintos países. El principal problema surge debido a que, al no intervenir en dichas operaciones terceros independientes, genera en muchas oportunidades que los precios pactados no se correspondan con los del mercado abierto, básicamente porque su acuerdo carece de oposición de intereses comerciales.

Lo mencionado en el párrafo anterior, ocurre básicamente porque al complejo empresario no le inquieta el resultado que pueda obtener una determinada compañía situada en un país en particular, sino que la importancia radica en el beneficio final de todo el grupo, entendido éste como un solo sujeto. Esa visión, permite a las compañías transnacionales orientar las utilidades hacia las jurisdicciones que resulten más convenientes, considerando para ello dos clases de motivaciones bien diferenciadas: fiscales y extra fiscales. La primera de ellas se relaciona directamente con la maximización de beneficios después de imposición, de tal manera que permita distribuirse la mayor cantidad de fondos entre sus titulares; lo que se logra mediante la exteriorización de utilidades en aquellos países que cuenten con una menor carga tributaria global para los negocios de las compañías. Por otro lado, es posible encontrar entre las razones extra fiscales una diversa gama de motivos que pueden llevar a la relocalización de beneficios, como pueden ser el peso relativo de los ejecutivos de un determinado país, el mantenimiento de la imagen de cierto mercado, los costos de factores de producción, riesgos cambiarios, incertidumbre económica o restricciones a la repatriación de utilidades como ocurre en nuestro país actualmente.

Otro de los temas fundamentales a tener presente al momento de avanzar en la materia, es que debiera entenderse por “compañías vinculadas”, ya que al presente no se cuenta con una definición universal de los términos o situaciones que se hallan incluidas en el concepto, y ello deviene particularmente por el dinamismo que presenta la economía actual,

¹ Julius, 1990; UNCTAD, 1999, citado por José E. Durán Lima y Vivianne Ventura-Días en “Comercio Intrafirma: concepto alcance y magnitud”, CEPAL, Santiago de Chile, diciembre de 2003.

donde pueden encontrarse a diario nuevas formas de hacer negocios. Sin embargo, cualquier persona podría fácilmente notar que los distintos países han tomado en consideración al dictar sus normas internas en la materia, como es el caso de la República Argentina, los lineamientos del artículo 9 del Modelo de Convenio para evitar la doble o múltiple imposición internacional confeccionado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos² (en adelante “OECD” por sus siglas en inglés), en donde se proponen tres principios rectores para evaluar si nos encontramos antes empresas asociadas o vinculadas:

- a) Cuando una empresa tenga participación directa o indirecta del gerenciamiento, control o capital de otra empresa.
- b) Cuando las mismas personas participen directa o indirectamente del gerenciamiento, control o capital de ambas empresas.
- c) Cuando los vínculos comerciales o financieros de las empresas generen una relación que sea distinta al que pudieran tener si dichas empresas fueran entes independientes.

Por lo tanto, cuando nos hallamos ante empresas internacionales que se encuentren vinculadas, de acuerdo a lo que fuera mencionado anteriormente, la fijación de los precios para sus operaciones transnacionales repercutirá indudablemente en al menos dos jurisdicciones nacionales, las que se verán afectadas fundamentalmente en la determinación del impuesto a la renta de cada sujeto local. Ello significa, que si una operación de comercio exterior se pacta a un precio mayor al de mercado, la base imponible del impuesto a la renta del sujeto radicado en el país importador, se verá disminuida por un mayor costo de los bienes adquiridos; en sentido contrario, la base imponible del mismo tributo para el sujeto exportador será acrecentada con motivo del sobre precio. Otro aspecto a considerar, es que el efecto pudiera no ser neutral para las empresas, ya que si en el país en donde se incrementa la utilidad posee una carga fiscal menor que el país importador, ello resultaría en un beneficio directo si consideramos el resultado global de la compañía.

Es así entonces, que *precios de transferencia* son los términos habitualmente utilizados para referirse al valor de las operaciones de comercio exterior sobre productos, intangibles o servicios; que desarrollan las compañías integrantes de un mismo conjunto económico y se encuentran vinculadas entre sí. La manipulación de estos precios pueden generar significativas pérdidas de recaudación, lo que representa una de las mayores preocupaciones de las Administraciones Tributarias en los últimos años, fenómeno que no es ajeno a la República Argentina³, ante la cada vez mayor relevancia que cobran dichas operaciones.

² OECD, “Model Tax Convention on Income and on Capital”, Vol. I y II, julio 2010.

³ Parrondo, Alfredo Javier, “La Administración Tributaria frente a la planificación fiscal internacional en un contexto globalizado”, Boletín AFIP N° 26, 01/09/1999, página 1611.

1.1. El principio del operador independiente

Este principio, también conocido como *precio normal de mercado abierto* o *arm's length*, se encuentra basado en la fijación de un valor de referencia que permita evaluar si las transacciones realizadas entre empresas vinculadas, han sido pactadas como si ellas actuaran en su propio interés, es decir, como si entre ellas no existiera relación alguna que pudiera afectar la fijación del mencionado precio. Para conocer los primeros antecedentes de este principio en materia tributaria, es preciso remontarse al año 1917 cuando la autoridad fiscal de los Estados Unidos (Internal Revenue Service - IRS) fue autorizada a la relocalización de ingresos y gastos de las compañías vinculadas, y requerirles a su vez, la presentación de declaraciones juradas consolidadas. Posteriormente, en los años 1921 y 1928 se incorporaron disposiciones para prevenir la evasión y asegurar la correcta liquidación del impuesto a la renta de ese país, que son parte de la actual Sección 482 del Código de Impuestos Internos, cuya traducción transcribe a continuación⁴:

Sec. 482. Distribución de los ingresos y deducciones entre los contribuyentes.

En cualquier caso de dos o más organizaciones, comercios o negocios (estén o no radicados u organizados en los Estados Unidos, siendo o no filiales) de propiedad o bajo el control directo o indirectamente de los mismos intereses, la Secretaría del Tesoro podrá distribuir, prorratear o asignar los ingresos brutos, deducciones, créditos o subsidios entre tales organizaciones, comercios o empresas, si se determina que dicha distribución, prorrateo, o asignación es necesaria a fin de evitar la evasión de impuestos o para reflejar claramente la renta de cualquiera de dichas organizaciones, comercios o empresas. En el caso de cualquier transferencia (o licencia) de la propiedad intangible (dentro del significado de la sección 936 (h) (3) (B)), los ingresos con respecto a dicha transferencia o licencia deberá ser proporcional a los ingresos atribuibles al intangible.

Ahora bien, la evasión a la que se refería la citada Sección 482 debía necesariamente ser reglamentada, ya que en ella no se establecían los indicios o parámetros a considerar con el fin de aplicar o no ajustes en las determinaciones fiscales de las compañías. Así fue, como en el año 1935 el Departamento del Tesoro de los Estados Unidos incorporó a su legislación el principio *arm's length*, disponiendo que *la norma que debe aplicarse en cada caso es la de un contribuyente no controlado que tratare en condiciones normales de mercado con otro contribuyente no controlado*, es decir, que las transacciones controladas (o realizadas entre compañías vinculadas) debían ajustarse a un precio que hubieran pactado terceros independientes, en donde las fuerzas del mercado o la oposición de intereses determinen un valor justo y razonable.

⁴ Internal Revenue Code: Sec. 482. Allocation of income and deductions among taxpayers – La traducción es propia y el subrayado fue agregado.

Posteriormente, dicho principio fue reafirmado en 1968 mediante nuevas regulaciones incorporadas en la legislación doméstica de ese país, haciendo ya referencias específicas a la utilización de un precio independiente como medida comparativa, al establecer que la determinación del precio de transferencia será “[...] *el monto que hubiese debido pagarse a una tercera parte no vinculada*”⁵. En aquellas situaciones en que por diversos motivos no fuera viable la obtención de un precio independiente o de mercado, estas regulaciones se encargaron de proveer distintos métodos y reglas a considerar para la aplicación del principio *arm's length* a situaciones específicas de negocios. Podría afirmarse entonces, que uno de los casos que han sido tratados con mayor profundidad fue sin duda la utilización y/o transferencia de intangibles o propiedad intelectual; lo que incluye patentes de invención, procesos o fórmulas secretas, know how, copyrights de música, literatura, marcas registradas, entre muchos otros casos; para los cuáles se detallaron los siguientes factores a considerar:

- ✓ Las tarifas vigentes en la misma industria o bienes similares,
- ✓ Las ofertas de la competencia o los cedentes de las ofertas de la competencia,
- ✓ Los términos de la transferencia, incluyendo limitaciones geográficas y el carácter exclusivo o no exclusivo de los derechos concedidos,
- ✓ La singularidad de la propiedad y el plazo probable en que se espera que siga siendo único,
- ✓ El grado y la duración de la protección a la propiedad bajo las leyes de los respectivos países.

Así fue, que para los Estados Unidos el principio rector siempre estuvo vinculado al precio de mercado, que como se dijo anteriormente debía ser justo y razonable; o un precio equitativo que permitiera arribar a una rentabilidad adecuada para el sujeto que lo pague. En ese sentido, muchas justificaciones pueden encontrarse a favor de esta postura, y ello ocurre simplemente porque la comparación de los precios resulta ser más directa que aquellos métodos basados en las rentas o beneficios. Sin embargo, esta comparación mediante el precio resulta paradójicamente ser de aplicación restrictiva, ya sea porque los precios recogidos no resultan comparables, porque no se pueda acceder a esos datos, o simplemente porque los precios comparables no existen; situaciones que ocurren constantemente en casos de productos semielaborados o en sectores de monopolio económico en donde los precios de mercado se encuentran distorsionados. Las mencionadas dificultades han llevado a este país a la aplicación de los métodos alternativos que prevé su legislación doméstica, los que parecieran estar más orientados a la salvaguarda de la recaudación que a la aplicación del principio *arm's length*.

Es ese contexto, durante muchos años las compañías radicadas en los Estados Unidos se encontraban obligadas a la utilización del método de “precio comparable no controlado” si

⁵ Internal Revenue Code: Title: Section 1.482-2A. Determination of taxable income in specific situations – La traducción es propia.

querían que sus operaciones fueran evaluadas en la órbita del principio *arm's length*; ya que una vez que este fuera descartado, debían realizar un análisis basado en índices o ratios del sector industrial que correspondiere. Lo que pudo observarse en los años siguientes a las mencionadas normas de 1968, surge en respuesta a las nuevas tendencias económicas internacionales que atravesaba el citado país, donde las transacciones más significativas de las compañías vinculadas se materializaban en transferencias de bienes intangibles y servicios de asistencia técnica o *know how*. La maniobra que se intentó evitar, consistía en que las empresas vendían a precios excesivamente bajos sus bienes intangibles, a sujetos vinculados y generalmente radicados en paraísos fiscales; teniendo que abonar posteriormente regalías por el uso de licencias o servicios, generando de esa forma, una relocalización ficticia de la renta. Esta situación, dio lugar a un proceso de reformas legislativas que por su complejidad e implicancias demandó ocho años en concluirse. En 1986, el Congreso norteamericano incorporó una segunda frase a la Sección 482 del Código de Impuestos Internos, la cual requería que la rentabilidad obtenida por la transferencia de bienes intangibles entre sujetos vinculados, se encuentre proporcionada al beneficio que podía atribuirse a ese bien, también conocida como *commensurate with the income*.

Posteriormente, en el año 1988 se incorporaron reformas a raíz de un trabajo realizado por el Departamento del Tesoro y el IRS, conocido como *White Paper*, en donde se aceptaban cuatro métodos para evaluar los precios de transferencia, siendo dos de ellos basados en los precios comparables no controlados. La novedad aquí, fue sin duda la admisión de métodos basados en la rentabilidad, que fueron el *método de retorno del operador independiente o método de división o separación de beneficios* (*ballroom method* y *profit split method* respectivamente); el primero de ellos intentaba calcular la renta adecuada para las transacciones de intangibles mediante la utilización de tasas o ratios sobre activos; y en lo que respecta al segundo método, se intentaba establecer un adecuado retorno a las partes, distribuyendo en caso de existir un beneficio residual después de la aplicación de *ballroom*, mediante el precio normal de mercado abierto.

En los años 1992 y 1993 se modificaron nuevamente las regulaciones internas con el objeto de agregar métodos específicos para operaciones particulares, basados en una serie de reglas que intentaron contemplar las dificultades del análisis de precios en las transacciones de bienes intangibles. La utilización de estos procedimientos ha sido objeto de duras críticas por parte de la comunidad internacional, lo que ha resultado en una inexorable flexibilización de su aplicación a partir de la reforma del año 1994, en donde fueron aprobadas las regulaciones vigentes, que permitieron brindar una mayor seguridad jurídica a las compañías radicadas en aquel país. Es preciso señalar que, un factor determinante para abandonar la rigidez que presentaban las normas americanas en la elección de los métodos; fue la introducción de la denominada “regla del mejor método”; según la cual el contribuyente podía analizar sus precios de transferencia empleando el método que arroje un resultado más consistente de acuerdo a los hechos y circunstancias de la operación; dejando de lado el orden de preferencia o métodos específicos previstos en la norma.

Por otra parte, la comunidad internacional ha adoptado en forma mayoritaria las recomendaciones desarrolladas por diversos organismos internacionales, fundamentalmente la OECD, quien ya en 1963 había incorporado el principio del operador independiente al Modelo de Convenio para evitar la doble imposición internacional. Ello resultó ser el punto de partida de una serie de trabajos posteriores en la materia, cuyo exponente más importante fue el “*Report Transfer Pricing and Multinational Enterprises*”⁶ del año 1979, en el que fueron analizados los principios emanados del Convenio y se expusieron las directrices para arribar a una formulación del precio de transferencia en consonancia con el principio *arm’s length*. Otros estudios importantes sobre temas puntuales fueron “*Transfer Pricing and Multinational Enterprises – Three Taxation Issues*” y “*Thin Capitalization*”⁷; en donde fueron desarrolladas las consecuencias que pudieran surgir en materia de doble imposición por un eventual ajuste de los precios de transferencia; cuestiones particulares del sector bancario, efectos nocivos de la capitalización exigua y la complejidad de apropiación de los gastos administrativos y de servicios entre compañías vinculadas. Finalmente, aprovechando también las conclusiones del debate realizado por la OECD en los Estados Unidos en el año 1993⁸, fue aprobada y publicada en 1995 lo que hoy conocemos como “*Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administration*”⁹, que pone foco en la aplicación del principio *arm’s length*, teniendo éste el doble objetivo de asegurar una apropiada base imponible para cada jurisdicción y evitar la doble tributación; intentando a su vez la minimización de conflictos entre las Administraciones Tributarias y promoviendo el comercio internacional. Ello se debe, según los propios términos de la OECD, a que en el marco de una economía global, la coordinación fiscal entre los países permite arribar a mejores resultados para todas las partes involucradas que un escenario de competencia tributaria. Consecuentemente, con el fin de minimizar los riesgos que implica la doble tributación de la renta que producen las compañías multinacionales, resulta necesario el consenso de los distintos países sobre cómo debiera establecerse el precio de las operaciones de comercio exterior a fines impositivos.

Como ya se hemos dicho anteriormente, en 1963 fue incorporado en la parte final del primer párrafo del artículo 9 del Modelo de Convenio de la OECD, el denominado *principio del operador independiente*, disponiendo que para lograr una valoración adecuada de las operaciones que se lleven a cabo entre compañías vinculadas (de acuerdo a la primera parte de ese mismo artículo que fuera transcripta precedentemente), deberá considerarse lo siguiente:

⁶ OECD, “*Report Transfer Pricing and Multinational Enterprises*”, 1979.

⁷ OECD, “*Three Taxation Issues*”, 1984 y *Thin Capitalization*”, 1987.

⁸ OECD, “*Report Tax Aspects of Transfer Pricing within Multinational Enterprises: The United States Proposed Regulations*”, 1993.

⁹ OECD, “*Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administration*”, 2010.

[...] cuando fueran aceptadas o impuestas condiciones entre dos empresas para sus relaciones comerciales o financieras, y éstas difieran de aquellas que serían acordadas por empresas independientes; los beneficios que habría obtenido una de las empresas de no existir dichas condiciones, pero no hayan sido alcanzados por tal motivo, pueden ser incluidos en los beneficios de esa empresa y sometidos a imposición en consecuencia.¹⁰

En ese orden de ideas, el propio organismo se encargó de aclarar en los comentarios¹¹ del citado artículo 9, que la posibilidad que se brinda a las autoridades fiscales de cada país, de realizar ajustes a las bases imponibles de las empresas contratantes, es de aplicación restrictiva; es decir, que únicamente podrían practicarse cuando existan relaciones especiales entre las empresas y sus libros no reflejaran las utilidades imponibles reales en ese Estado. Permitiéndose aclarar, para despejar cualquier tipo de duda al respecto, que no se permitirá ajuste en las determinaciones fiscales de las compañías vinculadas cuando las transacciones se lleven a cabo en condiciones de mercado abierto o respetando las bases del principio *arm's length*.

Por su parte, las Naciones Unidas han recogido el mismo texto del artículo 9 para su Modelo de Convenio; y a su vez, publicaron un importante trabajo denominado “*International Income Taxation and Developing Countries*”¹² en donde fueron discutidas las significativas oportunidades con que contaban las compañías internacionales en la manipulación de los precios de transferencia, en detrimento de las bases imponibles de los países en vías de desarrollo. Allí mismo, han sido definidas una serie de recomendaciones y mecanismos específicos, para hacer frente a las particulares operaciones llevadas a cabo por las empresas en aquellos países. Ello continuó con una importante publicación sobre precios de transferencia en el año 1999¹³ y la creación de un manual práctico para países en desarrollo cuya versión final fue aprobada en el año 2012¹⁴. A diferencia de las *Guidelines* de la OECD, que naturalmente fueron confeccionadas por sus países miembros y responden en su mayor parte a los problemas que afrontan las economías desarrolladas; el manual práctico de las Naciones Unidas asume la particularidad de poner atención en áreas específicas en donde los países en vías de desarrollo han encontrado dificultades para la aplicación del principio de *arm's length*. Esta situación resulta palpable cuando se abordan determinados temas como puede ser el acceso a la información de comparables. Tal como será analizado en los capítulos siguientes, gran parte del proceso de comprobación de precios se lleva a cabo mediante el cotejo de valores o márgenes de utilidad, que son alimentados directamente con información sobre operaciones no controladas realizadas por terceros. La imposibilidad de acceder a este tipo de datos, o la obtención de informes sobre transacciones disímiles que

¹⁰ OECD, op. cit. nota 2 – La traducción es propia y el subrayado fue agregado.

¹¹ OECD, “Commentary on article 9 concerning the taxation of associated enterprises”, 2005.

¹² United Nations Centre on Transnational Corporation, “International Income Taxation and Developing Countries”, 1988.

¹³ United Nations Conference on Trade and Development, “Transfer Pricing Report”, 1999.

¹⁴ United Nations, “Transfer Pricing: Practical manual for developing countries”, 2012.

impiden un grado aceptable de comparabilidad, se traducen en un importante escollo que sortear. Si bien esto puede ocurrir en economías maduras, el fenómeno se profundiza en países en vías de desarrollo donde existe una menor cantidad de empresas en el mercado doméstico que puedan emplearse como comparable, o simplemente no se halle regulado un sistema de información pública del sector privado que permita la confección de una base de datos.

En ese sentido, puede agregarse que el alto nivel de integración, como también el incremento en la cantidad y complejidad de las operaciones internacionales realizadas por compañías vinculadas, e incluso el empleo de intangibles y acuerdos financieros hace realmente ardua la tarea del analista y las Administraciones Tributarias para validar los precios de cada transacción controlada. Es por ello que, otra de las dificultades que se observa en los países en desarrollo se vincula con la escasez de recursos humanos especializados en la materia. Adicionalmente, otro de los temas significativos que se debate en la actualidad viene dado por el fenómeno que generan las economías de localización; nombre que se le ha dado al proceso de traslado del lugar de prestación de un servicio intragrupo (contable, jurídico, IT, etc.), a jurisdicciones o zonas que permiten obtener un menor costo, habitualmente emparentado con los recursos humanos que ofrecen los países en vías de desarrollo. La controversia se centra en torno a quién debería ser el beneficiario del ahorro, o desde otro punto de vista, en qué Estado se incorporará la mayor renta que ello genera.

Finalmente, es preciso destacar que una eventual manipulación de precios en las transacciones internacionales no afecta exclusivamente al impuesto a la renta, sino que también tiene directa implicancia en la determinación de tributos aduaneros. A su vez, las posibles consecuencias nocivas que genera el fenómeno pueden llegar a extenderse al ámbito local, es decir, a las operaciones desarrolladas por empresas radicadas en un mismo país o territorio, en lo que se refiere a impuestos indirectos; temas que serán abordados en los capítulos siguientes del presente trabajo.

2. Aplicación del principio de mercado abierto y los problemas de comparabilidad

A modo de anticipo de lo que será desarrollado en el capítulo siguiente, es oportuno señalar que la totalidad de los métodos que pudieran utilizarse para la evaluación de los precios de transferencia y son aceptados por la OECD, cumplen con el principio de plena competencia. Esa afirmación reposa sobre un pilar fundamental, que consiste en la comparación de las condiciones en que se llevó a cabo la transacción vinculada, con las condiciones en que se desarrollaron las operaciones entre empresas independientes.

Siguiendo con esa idea, a los efectos de que la mencionada confrontación tenga sentido, será necesario cumplir con ciertas *condiciones de comparabilidad*, que no es otra cosa que analizar los diversos factores económicos que concurren en la operación, para evaluar si nos encontramos ante transacciones suficientemente análogas, que admitan ser cotejadas unas con otras. En ese sentido, el aludido organismo ha manifestado que: “*Ser comparable significa que ninguna de las diferencias (si las hubiera), entre las situaciones que se comparan pueda afectar materialmente a las condiciones analizadas en la metodología (por ejemplo, el precio o el margen) o que se pueden realizar ajustes suficientemente precisos para eliminar los efectos de dichas diferencias.*”¹⁵. Debido a la condición crítica que reviste la comparabilidad en la aplicación del principio de mercado abierto, serán desarrollados a continuación los factores determinantes a tener en cuenta.

2.1. Características de los bienes y servicios

Las propiedades o particularidades que presenten los bienes y servicios comercializados sirven para explicar en gran medida el valor de mercado de los mismos. Es por ello, que deberán evaluarse para el caso de mercaderías, sus características físicas (materiales, tamaños, diseños, calidad e incluso su presentación o packaging), como también su confiabilidad, disponibilidad en el mercado, volumen de las operaciones, entre otros. Un tema de vital importancia que deberá ser examinado tiene que ver con el intangible que el producto pueda incluir, esto es, el valor adicional que representa la marca en un determinado bien.

Muchas veces, suele asociarse a determinadas marcas con la idea de confiabilidad o calidad, sin embargo, es posible encontrar otros elementos que consiguen afectar al precio, a modo de ejemplo pueden mencionarse cuestiones como la fidelidad de los consumidores, preferencia de productos importados sobre los nacionales o marcas que sirven para la inclusión y pertenencia de un determinado grupo socioeconómico o generacional. Los mencionados factores, conforman lo que en economía se llama “preferencia del consumidor”, y son conductas que no sólo impactan en el precio de los bienes sino que, habitualmente es muy complejo cuantificarlas.

Por otra parte, con relación a los servicios puede mencionarse que los factores a evaluar serán el alcance, naturaleza, exclusividad; como también la confiabilidad y el prestigio del prestador. Finalmente, en el caso de activos intangibles, tal como se dijo en el capítulo anterior corresponderá considerar la naturaleza del mismo (patente, know how, copyrights, etc.), la duración o plazos, la exclusividad, la singularidad, entre otros.

¹⁵ OECD, op. cit. nota 10, Párrafo 1.33 – La traducción es propia.

2.2. Análisis funcional

En las relaciones comerciales desarrolladas por empresas independientes, es habitual que la rentabilidad sea distribuida considerando las tareas y responsabilidades asumidas por cada parte. Es por ello, que el análisis funcional¹⁶ se ocupa de la evaluación de *funciones desarrolladas, activos empleados y riesgos asumidos* en lo que respecta a las operaciones internacionales desarrolladas entre compañías vinculadas, como también deberá hacerlo sobre las operaciones independientes que serán utilizadas como comparables.

Este procedimiento adquiere importancia básicamente por dos factores: el primero de ellos tiene que ver con la distribución de los beneficios, es decir, a mayor grado de funciones, activos y riesgos que asuma o proporcione cada una de las partes, mayor será la retribución esperada. La otra característica significativa del proceso, se relaciona con los resultados que arroja el estudio económico de esos tres elementos; es decir, que el análisis funcional no sólo permitirá conocer si las ganancias fueron distribuidas equitativamente a la participación desarrollada por cada una de las compañías vinculadas, sino que cobra transcendencia en la selección de sujetos y operaciones comparables, como también en la elección del método más apropiado.

- i. **Funciones desarrolladas:** Son las actividades llevadas a cabo por cada una de las partes involucradas en la transacción, sin embargo, ello debe ser analizado desde el punto de vista económico que caracteriza al análisis funcional. La idea subyacente en el concepto, es no perderse en la cantidad máxima de funciones que hiciere cada sujeto, sino concentrarse en aquellas funciones críticas que representan un valor agregado en la operación, y se espera que sean retribuidas.

Algunas de las funciones más importantes que habitualmente suelen considerarse son: investigación y desarrollo; diseño de productos, publicidad y marketing, fabricación y ensamble de productos, logística y almacenamiento de inventarios, compras y adquisiciones, como también todo tipo de servicios intragrupo (v.g. contable, legal, financiero, management, etc.). La incidencia que tendrá cada función en la distribución de los beneficios, dependerá de las circunstancias específicas de las operaciones analizadas, que deberá realizarse caso por caso.

- ii. **Activos empleados:** En este punto, corresponderá identificar aquellos activos significativos, tangibles o intangibles, que hayan sido utilizados para las operaciones sujetas al análisis de precios de transferencia. En ese contexto, será preciso observar las características propias de cada activo involucrado, como ser su antigüedad,

¹⁶ También llamado “F.A.R. analysis” por las siglas de sus tres componentes.

ubicación, valor de mercado, existencia de derechos sobre la propiedad de intangibles, entre otros.

Adicionalmente, tal como fuera señalado en las recomendaciones de las Naciones Unidas¹⁷, habrá que considerar para aquellas industrias de capital intensivo que cuentan con abultadas pérdidas financieras, debido a su necesidad de inversión en plantas y equipos costosos, de realizar los ajustes correspondientes a fin de asegurar su comparabilidad. Ello se debe, a que dependiendo del país y las normas contables utilizadas para la confección de sus Estados Contables, dichas pérdidas podrían ser incluidas dentro de los gastos operativos, en lugar de segregarse como resultados financieros, lo que afectaría a la confrontación de márgenes operativos entre distintos sujetos.

iii. Riesgos asumidos: Hay dos elementos que deben estudiarse sobre el riesgo al momento de evaluar si los precios se encuentran en condiciones de mercado abierto. Uno de ellos se vincula a la naturaleza del mismo, es decir, a cómo es creado o que variables afecta el riesgo de la operación; y el otro factor importante radica en identificar que parte soportará cada entidad contratante. Tal como se dijera anteriormente, en el marco de una operación entre sujetos independientes, el riesgo tendrá un comportamiento correlativo con el beneficio esperado, lo que también debiera cumplirse en las transacciones controladas. En ese sentido, cabe señalar que existe una amplia gama de tipos de riesgo que varían según su naturaleza, entre los cuáles merecen destacarse:

- ✓ Riesgos financieros: forma de financiación, variación de tasas de interés, tipo de cambio y restricciones monetarias, etc.
- ✓ Riesgos de mercado: desarrollo de nuevos productos, fluctuaciones en la demanda, ciclo de negocio, etc.
- ✓ Riesgos de producto: resultados de investigación y desarrollo, obsolescencia, inventarios, garantías, etc.
- ✓ Riesgos de cobranzas: deudores incobrables y otorgamiento de créditos o plazos de pago.
- ✓ Riesgos regionales: políticos, de seguridad, regulatorios, etc.
- ✓ Riesgos de negocio: son aquellos asociados a la explotación en sí misma, a la propiedad de los activos, entre otros.

Una vez identificados cuales son los riesgos significativos de las operaciones estudiadas, deberá continuarse con otro de los procedimientos críticos del análisis funcional; que será identificar el sujeto que asume dichos riesgos, o cuantificar la proporción que será adjudicada a cada compañía contratante. En ese sentido, deviene

¹⁷ United Nations, op. cit. nota 15, Párrafo 5.3.2.2.12.

como práctica habitual de mercado que ciertos riesgos sean acordados contractualmente; sin embargo, las posibles contingencias previstas en esos documentos se encuentran asociadas a “riesgos controlables” como ser los inventarios, incobrables o tipo de cambio. Consecuentemente, en un escenario de economía fluctuante, donde los “riesgos no controlados” (v.g. caída en la demanda, inflación, restricciones gubernamentales, etc.) influyen significativamente en el precio y rentabilidad de las empresas, habrá que asignar una parte proporcional del mismo a cada sujeto. Con el objeto de orientar al analista en esta tarea, tanto la OECD¹⁸ como las Naciones Unidas¹⁹, han señalado que en relaciones comerciales establecidas en condiciones *arm's length*, cobra sentido que la parte que asuma una mayor cuota de riesgo será aquella que posea un *mayor control relativo* sobre el mismo. A modo de ejemplo, podría sostenerse que en una relación comercial de mercado abierto, entre una empresa manufacturera y una compañía revendedora que ordena productos sobre ventas previamente concertadas, difícilmente sea esta última quien afrontará los riesgos de inventario o de obsolescencia de los bienes.

A modo de conclusión sobre la trascendencia que reviste el análisis funcional en el concepto de comparabilidad, cabe señalar no será posible cotejar operaciones controladas con otras no controladas, cuando existan diferencias significativas en las funciones, riesgos y activos, que no puedan ser razonablemente eliminadas mediante un ajuste adecuado. Ello ocurre, debido a la gran influencia que revisten dichos factores en los precios y márgenes de utilidad de las transacciones.

2.3. Clausulas contractuales

La conducta de las partes contratantes en una relación comercial es habitualmente el resultado de los términos contractuales que las mismas han convenido previamente. En un contexto de plena competencia, los acuerdos estipulados explícita e implícitamente definen la forma en que deberán repartirse responsabilidades, riesgos y beneficios. Sin embargo, es posible encontrar en la práctica, que muchas operaciones son realizadas en ausencia de un instrumento marco mediante el cual se definan estos elementos; ello puede ocurrir por la relación intrínseca o de confianza entre las partes, o simplemente con el fin de evitar algún gravamen (v.g. impuestos de sellos). Ante estos casos, quien realice el análisis funcional deberá recurrir a otro tipo de comunicaciones entre las partes intervinientes (v.g. correspondencia física o electrónica, acuerdos en los plazos de pagos, eventuales intimaciones de cobranza, etc.) que permitan inferir con cierto grado de certeza, bajo que pautas comerciales se desarrolla la operación. Por otra parte, deberá a su vez investigarse sobre el cumplimiento de las cláusulas contractuales, ya que es de esperarse que sujetos independientes se atengan a lo convenido en los contratos, lo que no siempre ocurre entre

¹⁸ OECD, op. cit. nota 10, Párrafo 1.49.

¹⁹ United Nations, op. cit. nota 15, Párrafo 5.3.2.2.24.

sujetos vinculados que persiguen un bien común. En este último caso, habrá que analizar la verdadera naturaleza de la operación para llegar al negocio subyacente, que deberá prevalecer sobre lo que pudiere haberse estipulado en el contrato.

En concordancia con lo que fuera sostenido durante el presente capítulo, las funciones y riesgos acordados por las partes encontrarán correlato en el beneficio que se espera obtener. Un claro ejemplo de la magnitud que cobran estas condiciones puede hallarse en los contratos de licencia por activos intangibles, donde la rentabilidad de los sujetos se encuentra definida por elementos como la duración, exclusividad, área geográfica, posibilidad de explotación o singularidad del intangible.

Uno de los grandes desafíos que presenta la contrastación de las cláusulas contractuales, viene dado por la ausencia de operaciones comparables, especialmente cuando se busca probar que las transacciones controladas han sido efectuadas en condiciones de mercado mediante la utilización de comparables externos, es decir, que la empresa analizada no cuente con operaciones similares ejecutadas con terceros independientes (lo que sería asimilable a un comparable interno), sino que intenta obtener información de relaciones contractuales en donde ambas partes son sujetos no vinculados.

2.4. Circunstancias económicas

Otro de los elementos que atañen a la comparabilidad tiene que ver con las condiciones de mercado en que fueron realizadas las operaciones, ya que inclusive los precios pactados en condiciones *arm's length* pueden variar significativamente de un mercado a otro. A modo de ejemplo, puede señalarse que los precios de un determinado bien o servicio brindado en países con francos problemas en su economía (como serían actualmente España o Grecia), no resultarían comparables con transacciones realizadas en países cuyas economías crecieron durante el mismo período (v.g. Brasil o México).

De esta forma, es posible enumerar una larga lista de factores a considerar para evaluar la comparabilidad de los mercados, como ser: su dimensión, la competencia, ubicación geográfica, disponibilidad de bienes sustitutos, niveles de demanda, poder de compra de los consumidores, entre muchos otros. Por estos motivos, es siempre preferible la utilización de información sobre transacciones independientes de un mismo país o mercado, en detrimento de otros mercados, sobre la que habrá que realizar ajustes a los fines de lograr un razonable grado de comparabilidad. Ante la falta de información confiable, una de las alternativas que menciona la OECD²⁰ para los casos de grupos económicos que actúen en distintas naciones cuyos mercados sean relativamente homogéneos, es realizar un análisis

²⁰ OECD, op. cit. nota 10, Párrafo 1.58.

entre múltiples países para todo el conjunto económico, lo que será factible siempre y cuando la normativa local de cada Estado así lo permita.

2.5. Estrategias de mercado

Otra de las cuestiones a tener en cuenta al momento de analizar la comparabilidad entre operaciones controladas e independientes, se vincula a las estrategias comerciales que habitualmente desarrollan las compañías, tanto a nivel local como internacional.

La implementación de tácticas de negocio, se encuentra comúnmente asociada con dos objetivos:

- ✓ Penetración de mercados: donde las compañías buscan iniciar actividades en nuevos países o destinos en donde antes no eran vendidos sus productos o servicios; como también atraer a consumidores de otras marcas a nuevos productos.
- ✓ Expansión y mantenimiento de mercados existentes: mediante la cual se procura incrementar el uso de los productos o servicios que se realicen a los clientes actuales, como también persuadir a consumidores de otras marcas y tentar a quienes aún no compran los mismos.

Cualquiera de las mencionadas estrategias de mercado, se caracteriza por vender los productos a un menor precio u ofrecer significativos descuentos con el fin de resultar más competitivo. Por otra parte, es habitual encontrar grandes campañas de publicidad y marketing, donde se ofrecen muestras gratis, extensión de garantías, incremento del personal de ventas y promociones, entre otras. Los mencionados factores, tanto los que representen un menor ingreso, como aquellos que serán un mayor gasto, impactan negativamente en la rentabilidad de las compañías, generando en muchas ocasiones enormes pérdidas.

Desde el punto de vista del análisis de precios de transferencia, hay que tener presente que un resultado negativo no significa automáticamente que las operaciones no fueran realizadas en condiciones *arm's length*; puesto que, como ocurre en el presente caso, las estrategias de mercado son herramientas legítimas en las que un sujeto independiente estaría dispuesto a incurrir con el objetivo de conseguir un beneficio a largo plazo, lo que podrá ocurrir o no, ya que no siempre resultan exitosas. El trabajo de las Administraciones Tributarias será analizar el comportamiento de las partes intervinientes con el fin de evaluar si las mencionadas estrategias son reales, para lo cual deberá centrarse en dos factores claves: el tiempo, dado que estos mecanismos no pueden implementarse indefinidamente, sino que debiera contarse con un plazo definido a partir del cual se espera generar beneficios; y por otra parte, en la distribución de los costos para aquellos casos en que las mencionadas prácticas comerciales sean desarrolladas por compañías multinacionales en diversos países.

2.6. Otros problemas vinculados al análisis de comparabilidad

En adición a la trascendencia que revisten los cinco factores mencionados previamente para determinar la comparabilidad (características de bienes y servicios, análisis funcional, cláusulas contractuales, circunstancias económicas y estrategias de mercado); existe una serie de elementos cuyo estudio permitirá brindar mayor confiabilidad a los resultados obtenidos, los que a su vez, suelen ser objeto de muchas discusiones entre contribuyentes y autoridades fiscales.

2.6.1. Evaluación de operaciones en forma separada o combinada

Podría fácilmente afirmarse que la aplicación ideal del principio de plena competencia sería contrastando operación por operación, es decir, desagregar todas y cada una de las transacciones llevadas a cabo por las compañías vinculadas bajo análisis, y cotejar su precio o rentabilidad con transacciones comparables de sujetos independientes. Sin embargo, este procedimiento que pareciera simple y lineal, se ve muchas veces afectado por operaciones que se encuentran tan estrechamente vinculadas que hacen muy complejo arribar a una valoración adecuada en forma independiente. Un ejemplo de ello, sería una operación de provisión de know-how junto con mercaderías para la fabricación de un determinado producto; ante esa hipótesis, difícilmente podría evaluarse la transferencia de bienes en forma aislada del intangible, ya que este último no solo brinda un marco a la operación analizada en forma global, sino que representa un factor condicionante del precio de las mercaderías.

En contraposición a la situación planteada, es habitual encontrar para casos de grupos económicos internacionales, la utilización de lo que se conoce como *package deals o acuerdos globales*, mediante los cuales las compañías fijan un único precio para un conjunto de operaciones que pueden estar o no interrelacionadas, como ser la cesión de patentes, prestaciones de servicios financieros y contables y el leasing de maquinarias. En estos casos, no sólo resulta compleja la valoración del package deal en su conjunto, sino que, a mayor cantidad de prestaciones más difícil será encontrar transacciones comparables. Por consiguiente, ya sea debido a la falta de vinculación entre los distintos elementos del acuerdo global o por la ardua tarea que representaría encontrar comparables, deviene necesario segregar sus componentes para permitir un análisis más confiable.

Un elemento complementario sobre el tema surge del concepto de *compensaciones intencionadas*, mediante el cual una empresa otorga deliberadamente beneficios²¹ a una de sus compañías vinculadas, el cual se espera que sea compensado mediante similares

²¹ Valiéndose por ejemplo de la compra de bienes o servicios a un precio superior al de mercado; o la venta de los mismos a un precio inferior al que hubieran acordado sujetos independientes.

beneficios a recibir por parte de ella o de otro sujeto integrante del mismo grupo económico. Si se analizara cada una de las situaciones en forma aislada, seguramente se concluirá que las operaciones en las que el sujeto realizó la cesión de beneficios no cumplen con el principio *arm's length*, lo que generaría un ajuste en sus precios de transferencia. Por otra parte, tenemos la obtención de un beneficio extraordinario en aquellas operaciones mediante las cuales el sujeto fue compensado; sin que ello resulte en su correlativo ajuste de los precios de transferencia. En respuesta a estos problemas que genera la aplicación de un enfoque individual sobre cada operación, existe la posibilidad que se mencionara previamente, de analizar las transacciones en forma global. La particularidad del caso viene dada en que podrían examinarse diversas operaciones de dos sujetos vinculados; como también una cantidad de operaciones desarrolladas entre más de dos sujetos de un mismo grupo económico, que tienden a compensarse recíprocamente. No obstante, cabe señalar que la facultad para encarar un análisis de precios de transferencia mediante un enfoque global, dependerá de que su utilización haya sido prevista en la normativa doméstica de cada Estado, o la razonabilidad empleada en las compensaciones mutuas sea aceptada por la autoridad fiscal.

2.6.2. Utilización de un rango de aceptación

En una reducida cantidad de casos, será posible arribar a una cifra única de precio o margen de utilidad como resultado del análisis de operaciones independientes a ser contrastadas con las distintas transacciones controladas. Sin embargo, debido a la aplicación de un mismo método sobre múltiples datos de comparables, o por el empleo de diferentes métodos sobre la misma operación examinada; es posible obtener un rango de cifras en las que cualquiera de ellas sea igualmente fiable y todas cumplan con el principio *arm's length*. Ello se debe a que en general el principio de mercado abierto constituye una aproximación razonable a lo que hubieran pactado sujetos independientes, y no a una ciencia exacta que deba calcularse con precisión aritmética.

Por lo tanto, si el precio o beneficio controlado se encuentra dentro del rango de aceptación, se concluirá que las transacciones desarrolladas entre compañías vinculadas han sido convenidas como si hubiesen sido realizadas entre sujetos independientes, de tal manera, que no serán practicados ajustes en las determinaciones impositivas de dichas empresas.

Además de profundizar la razonabilidad del estudio de precios de transferencia, la implementación de un margen de aceptación cumple otras funciones secundarias, como ser la identificación de eventuales desvíos. En ese sentido, podría suponerse el caso de emplear distintos métodos para establecer un rango aceptable, en donde se parte de diversos métodos considerados igualmente confiables, esperando arribar a un intervalo de plena competencia, que sería el resultado de la superposición de ambos rangos. Cuando ello no sucede, puede

llevar a reconsiderar si los métodos utilizados son igualmente confiables para el análisis de la operación. Asimismo, el margen de aceptación puede servir para revisar la inclusión o exclusión de determinados comprobables, especialmente cuando se obtienen resultados extremos con respecto al resto de los casos.

Cabe aclarar, que la referencia a los términos “resultados extremos” ha sido incorporada con una connotación de diferencia o desvío notable sobre el resultado promedio del resto de los comparables; lo que no significa que se encuentre vedada la posibilidad de utilización de comparables cuyas transacciones hayan devenido en pérdidas o resultados negativos, especialmente cuando las mismas reflejen las normales condiciones del mercado. Por su parte, la OECD²² ha recomendado efectuar un análisis de mayor profundidad para los casos de resultados extremos a fin de evaluar su inclusión o no como comparables.

2.6.3. Problemas vinculados con el tiempo

Es posible referirse a varias formas en las que el *factor tiempo* influye en la comparabilidad, en ese sentido, podría afirmarse que la acepción más recurrente del término se vincula al *tiempo de origen* o momento en cual fueron llevadas a cabo las operaciones examinadas. Ello se debe, a que la información sobre transacciones comparables siempre resulta más confiable si proviene del mismo período que las operaciones vinculadas, ya que expresan fielmente como se han comportado sujetos independientes en el mismo contexto económico, es decir, como han administrado la incertidumbre y el riesgo del mercado en un determinado momento. Para citar algunos ejemplos de nuestro país, podría sostenerse que ha variado notablemente el riesgo de inversión en actividades petroleras una vez acontecida la nacionalización de YPF; o también, piénsese en la inseguridad de cobranza de los bonos provinciales emitidos en moneda extranjera, con los constantes anuncios de gobernadores acerca de su pesificación. Estos acontecimientos, de naturaleza político-económica impactan directamente en las expectativas y riesgo de las operaciones, ambos factores determinantes del precio. Por lo tanto, en un contexto ideal, siempre se preferirá información sobre comparables no solo del mismo ejercicio fiscal, sino en la medida de lo posible, de la misma época que las transacciones controladas a fin de realizar la menor cantidad de ajustes e incrementar la confiabilidad de su contrastación.

Otra de implicancias que genera el factor tiempo, tiene que ver con las diferencias que pueden derivar del empleo de un abordaje *ex ante* o *ex post*. Si bien este tema será profundizado más adelante, cabe mencionar que el primero de estos enfoques pretende acordar un precio en condiciones *arm's length* en forma previa a que lleven a cabo las operaciones vinculadas, valiéndose para ello, de información histórica y presente al momento

²² OECD, op. cit. nota 10, Párrafos 3.65 y 3.66.

de realizar dicho acuerdo. De su propia definición surge que no considerará los acontecimientos futuros, lo que genera en muchos casos resultados disímiles si la misma operación es analizada mediante un enfoque *ex post*; es decir, una vez cerrado el ejercicio fiscal y en oportunidad de cálculo del impuesto a la renta. Dentro de la gran cantidad de países que han adoptado prácticas de precios de transferencia, es posible encontrar la utilización de uno de los mencionados enfoques, como también la combinación de ambos; pero el problema subyacente que acarrea las posibles diferencias en su empleo, es la posibilidad de doble imposición fiscal sobre una misma operación. Ante esa eventualidad, serán las Administraciones Tributarias implicadas en el caso, quienes deberán consensuar cuales serán los precios de mercado a fin de evitar ese efecto no deseado.

Finalmente, otra de las prácticas habituales en las que influye el tiempo, se vincula al análisis de información sobre varios años, los que pueden ser anteriores o posteriores a la transacción examinada, y sirve fundamentalmente para suministrar datos del ciclo económico y ciclo de vida de los productos. Muchas conclusiones pueden extraerse de estos procedimientos, como ser la tendencia previa y posterior del negocio, evaluar si la empresa tuvo pérdidas recurrentes o existieron circunstancias particulares en un determinado año. Como se ha venido sosteniendo, dicha investigación deberá no sólo realizarse en las operaciones vinculadas, sino también en aquellas que serán utilizadas como comparables.

2.6.4. Análisis de las pérdidas

Cuando una empresa local o internacional incurre en sucesivos resultados negativos, se convierte fácilmente en objetivo de las administraciones fiscales, que buscan saber porque se insiste en un negocio que no arroja beneficios, como hace para afrontar sus obligaciones, cuáles son sus fuentes de financiamiento, entre muchos otros aspectos. Tal como fuera dicho anteriormente al abordar el tema de *estrategias de mercado*, es posible encontrar que también las empresas independientes incurran en significativas pérdidas con el fin de obtener una ventaja o beneficio en el largo plazo, ya que se descuenta que no resulta viable sostener una situación de quebrantos en forma indefinida. Existen diversos acontecimientos que pueden ocasionar resultados negativos legítimos dentro del giro comercial de una empresa, como ser los costos de puesta en marcha, ineficiencias operativas, un entorno macroeconómico adverso, excesivo riesgo financiero, entre otros. Sin embargo la diferencia fundamental que presentan las compañías multinacionales con respecto a los entes independientes, es que los primeros pueden subsistir en un contexto de quebrantos indefinidos en el tiempo. Ello se debe, a que las operaciones que realizan son consideradas sólo como una parte de la actividad del conjunto económico, y el resultado final de las compañías multinacionales se evalúa como la suma de todos sus componentes. Puede traerse a colación el claro ejemplo que señala la OECD²³, según el cual, un grupo de empresas asociadas deciden practicar una división

²³ OECD, op. cit. nota 10, Párrafo 1.71.

internacional del trabajo (lo que puede ocurrir por factores geográficos, oferta de mano de obra, etc.) en donde cada compañía toma a su cargo una actividad específica. En esta hipótesis, tal como ocurre si descompusiéramos cada labor de una empresa independiente, hay tareas que devienen deficitarias frente a otras que brindan un importante valor agregado, permitiendo no sólo absorber dichos resultados negativos sino aportar un notable beneficio al resultado final considerado como un todo.

El problema que acarrea el citado ejemplo, es que la empresa de un determinado país que tomó a su cargo las actividades deficitarias, nunca reportaría beneficios; sino que el resultado positivo será exteriorizado en otro Estado; situación que implica una discrecional alocación de la renta que no puede ser aceptada. La forma en que las compañías multinacionales deben afrontar estos problemas, es otorgando un precio de mercado para las actividades que realicen todos sus integrantes, que no es otro que el precio que debiera pagarse a un tercero independiente. De esa forma, apuntará a lograr una distribución razonable de la renta entre las distintas naciones, evitando así, eventuales ajustes sobre los precios de transferencia que concluyan en la doble imposición internacional de sus operaciones.

2.6.5. Falta de información

Uno de los escollos más frecuentes que suele encontrarse al momento de evaluar la observancia del principio del operador independiente, es la falta de información sobre operaciones comparables que puedan aceptarse con cierto grado de confiabilidad. Ello afecta a todos los sujetos intervinientes (tanto empresas como Administraciones Tributarias) y ocurre con mayor frecuencia en los países subdesarrollados, en donde resulta complejo obtener datos domésticos sobre ciertas industrias; ya sea porque son nuevas en ese país, o simplemente porque no son de acceso público.

Ante estos sucesos, habrá que considerar algunas de las recomendaciones que señala la OECD²⁴ orientadas hacia un análisis profundo de la naturaleza de la transacción controlada y del método adoptado; sosteniendo que en muchas oportunidades la información y características del producto deviene importante en métodos que evalúan el precio y no así en aquellos que valoran los márgenes de utilidad. Consecuentemente, en determinados casos podría resultar preferible asumir ciertas diferencias que no afectaran materialmente a la contrastación, ante la hipótesis de rechazar un posible comparable en un contexto de escases de información. En idéntico sentido han expresado en su manual las Naciones Unidas²⁵ al comentar que:

²⁴ OECD, op. cit. nota 10, Párrafo 1.38.

²⁵ United Nations, op. cit. nota 15, Párrafo 5.1.4 – La traducción es propia.

Hay que tener en cuenta, que la falta de comparables para una transacción controlada, no significa que dicha transacción fuere o no convenida en condiciones arm's length, o que el principio de plena competencia no resulta aplicable. En un número de casos será posible utilizar comparables "imperfectos", como por ejemplo, comparables de diferentes países que tienen situaciones económicas diversas o los comparables de otro sector de la industria, que deberán ser ajustados para eliminar o reducir las diferencias entre dicha transacción y la transacción controlada. En otros casos en los que no son encontrados comparables, puede ser necesario el uso de un método de precios de transferencia que no dependa de comparables (ver la discusión en el capítulo 6). También puede ser necesario examinar el hecho económico de la transacción controlada, para determinar si sus condiciones son tales que se podría esperar que se hayan acordado entre partes independientes en circunstancias similares - en ausencia de evidencia de lo que en realidad hubiesen hecho partes independientes en circunstancias similares.

En cuanto a la discusión del capítulo 6, se hace referencia a la posibilidad de aplicar el método de división de utilidades que será desarrollado más adelante.

2.6.6. Comparables secretos

Sin perder de vista los problemas que pueda originar la falta de información sobre comparables que revistan cierto grado de confiabilidad, tal como fuera analizado en el punto precedente; sería razonable trazar una línea en donde dicha premura pueda ceder ante intereses más importantes. El empleo de información relativa a comparables secretos, se refiere a la potestad que gozan las Administraciones Tributarias, de utilizar datos de contribuyentes para el análisis de precios de transferencia de otro contribuyente. Ello ocurre, cuando en la generalidad de los casos, esa información no es de acceso público, sino que más bien tiende a ser confidencial o extremadamente sensible para cada empresa. La autoridad fiscal, siempre que las leyes locales así lo permitan, podría valerse de cifras sobre márgenes de rentabilidad de productos, composición de costos, acuerdos comerciales, información sobre campañas de marketing, entre otros datos vitales para las compañías, que pudieren haber sido obtenidos o no, en el marco de una determinación impositiva sobre operaciones internacionales.

Ahora bien, la dificultad legal que encuentra esta práctica, es que ninguna persona o empresa en su sano juicio aceptaría un ajuste fiscal basado en datos que no le puedan ser revelados; ya que no podría objetarlos, impugnarlos o rebatirlos, cuestiones que hacen al debido proceso que enmarca la relación fisco-contribuyente. Es allí donde se encuentran en pugna dos derechos, por un lado la posibilidad de defenderse correctamente del sujeto

indagado; por el otro, la garantía de inclusión en la órbita del secreto fiscal, de aquellos contribuyentes que entregaron a la administración datos sensibles sobre su negocio, y esperan que no lleguen al dominio público o a manos de sus competidores.

Las reconocidas organizaciones internacionales que fueron citadas continuamente durante el presente capítulo, abordan la temática sosteniendo que sería desleal practicar un ajuste de precios fundamentado en esa clase de información, excepto que la misma pueda brindarse al contribuyente investigado, para salvaguardar un efectivo control judicial²⁶. Adicionalmente, sostienen que muchas compañías entienden que esta práctica se contrapone al principio de equidad, ya que se les exige cotejar sus transacciones controladas con operaciones independientes que no estuvieron disponibles para ellas, al momento de efectuar el análisis de precios de transferencia. Esta discrepancia, a definirse en el marco de una determinación impositiva, podría quitarles la posibilidad de analizar el grado de comparabilidad, o efectuar los ajustes que las mismas requieran²⁷.

En el caso de la República Argentina, existen distintos ordenamientos relativos al secreto fiscal; en primer término, cabe señalar que dicho instituto se encuentra previsto en el artículo 101 de la Ley de Procedimiento Tributarios²⁸, al disponer que *“Las declaraciones juradas, manifestaciones e informes que los responsables o terceros presentan a la ADMINISTRACION FEDERAL DE INGRESOS PUBLICOS, y los juicios de demanda contenciosa en cuanto consignen aquellas informaciones, son secretos. Los magistrados, funcionarios, empleados judiciales o dependientes de la ADMINISTRACION FEDERAL DE INGRESOS PUBLICOS, están obligados a mantener el más absoluto secreto de todo lo que llegue a su conocimiento en el desempeño de sus funciones sin poder comunicarlo a persona alguna, ni aun a solicitud del interesado, salvo a sus superiores jerárquicos.”* (El subrayado fue agregado). Pero esa garantía no es ilimitada, ya que en ese mismo artículo han sido detalladas una serie de excepciones, sobre la información que se permite llevar a conocimiento público (v.g. falta de presentación de declaraciones juradas, incumplimiento de pago de obligaciones exigibles, etc.). Adicionalmente, fue asegurada la condición de reciprocidad que se exige a las Administraciones Tributarias de terceros países, en referencia al secreto fiscal de información que pudiese remitirse al exterior, en el marco de los Acuerdos de Cooperación Internacional.

Hace ya mucho tiempo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha expedido sobre el tema en las causas de Clemencia Van Rossm y Curia Floro²⁹, señalando que el secreto fiscal contenido en el actual artículo 101 de la Ley de Procedimiento Tributarios, se limita a los datos de contenido económico-patrimonial de los contribuyentes; y no así sobre

²⁶ OECD, op. cit. nota 10, Párrafo 3.36.

²⁷ United Nations, op. cit. nota 15, Párrafo 5.4.9.3.

²⁸ Ley N° 11.683 (T.O. 1998) - B.O. 20/07/1998.

²⁹ “Clemencia Van Rossm s/ausencia con presunción de fallecimiento”, C.S.J.N., 07/09/1959, (“Fallos”: 244-418) y “Curia, Floro c/Nóbile, Virginia s/ordinario”, C.S.J.N., 10/05/1961, (“Fallos”: 249- 613).

información vinculada a inscripciones o domicilios registrados ante el organismo fiscal. En lo que aquí nos importa, no debiera ser causal de controversias el hecho de asumir que la mayor parte de los registros, informes, contratos u otros datos utilizados para el análisis de los precios de transferencia, revisten la calidad de “contenido económico-patrimonial” en los términos del Máximo Tribunal.

Adicionalmente, la normativa local se refiere específicamente a la cuestión en el artículo 15 de la Ley del Impuesto a las Ganancias³⁰, el que dispone en su tercer párrafo que: *“A los fines de la determinación de los precios de las transacciones a que alude el artículo anterior serán utilizados los métodos que resulten más apropiados de acuerdo con el tipo de transacción realizada. La restricción establecida en el artículo 101 de la ley 11683 (t.o. 1998 y modif.), no será aplicable respecto de la información referida a terceros que resulte necesaria para la determinación de dichos precios, cuando la misma deba oponerse como prueba en causas que tramiten en sede administrativa o judicial.”* Sin embargo, ha sido el propio fisco quien se ha cuestionado el alcance de la citada dispensa legal, lo que motivó la emisión de un dictamen por parte de la Dirección de Asesoría Legal³¹. En ese antecedente, el mencionado servicio asesor arribó a la conclusión de que la información necesaria para determinar los precios de transferencia, podría revelar la situación económico-patrimonial de los contribuyentes, razón por la cual, se encuentra alcanzada por la reserva del secreto fiscal; pero su aplicación resulta exceptuada en virtud de lo establecido en el artículo 15 de la Ley del Impuesto a las Ganancias.

Si se empleara el sentido corriente de las palabras para la interpretación de los referidos artículos, podría sostenerse que la Administración Tributaria de nuestro país cuenta con la facultad de utilizar **información protegida por el secreto fiscal**, con el objeto de evaluar los precios de transferencia pactados entre sujetos locales y compañías vinculadas del exterior. En aquellos procesos, en que valiéndose de dichos datos sean practicados ajustes impositivos, ello implicará la inevitable exhibición a terceros de documentación en los términos del artículo 15 de la Ley del Impuesto a las Ganancias. En ese contexto, cabría esperar un empleo restrictivo y puntual de esta posibilidad por parte del fisco, que garantice la más absoluta reserva de la información sensible sobre el negocio de los contribuyentes utilizados como comparables independientes.

³⁰ Ley N° 20.628 (Texto Ordenado por Decreto 649/97) B.O. 06/08/97 y modificaciones.

³¹ Dictamen N° 104/2001, Dirección de Asesoría Legal, 03/12/2001.

3. Métodos para la aplicación del principio *arm's length*

La idea de incorporar un capítulo referente al empleo de los distintos métodos, no se encuentra asociada con la aplicación práctica, matemática u económica, que pudiese surgir de los mismos; sino que, su estudio será abordado desde un punto de vista eminentemente teórico, recurriendo a ejemplos numéricos al sólo efecto metodológico. En ese sentido, es preciso destacar que las técnicas utilizadas internacionalmente, han sido concebidas con el propósito de facilitar la compleja tarea que demanda en muchas oportunidades, demostrar el cumplimiento del principio del operador independiente para las operaciones desarrolladas por sujetos vinculados de diversos países.

Con el fin de arribar a un adecuado entendimiento de lo que representan los métodos, cabe señalar que la aplicación del principio *arm's length*, se encuentra basado en la comparación de precios, márgenes o beneficios, obtenidos por las distintas partes de la operación controlada; con respecto a los resultados que hubieran obtenido en las mismas variables, sujetos independientes en condiciones libre de mercado. Por lo tanto, los distintos métodos son el camino para comprobar o calcular los precios y beneficios de mercado, a los que debieron concertarse las mencionadas transacciones controladas. En ese orden de ideas, es factible encontrar una serie de procedimientos o técnicas que han sido recogidas internacionalmente, a las suele denominarse *métodos reconocidos para el análisis de precios de transferencia* (en franca referencia a la aceptación de los mismos por parte de la OECD).

Sin embargo, cabe aclarar que los contribuyentes no se encuentran obligados a la exclusiva utilización de los métodos admitidos por el citado organismo; sino que, en la medida que cuenten con información para comprobar los precios o rentabilidad de las operaciones controladas, y éstos a su vez hayan sido pactados en condiciones de mercado; la autoridad fiscal no tendría argumentos para practicar ajustes impositivos. Claro está, que esta alternativa dependerá de la flexibilidad de las normas domésticas de cada Estado en donde se deba cumplir con el estudio de las transacciones controladas, situación que debiera verse limitada en aquellos países miembros de la OECD, ya que en virtud de participar en su elaboración, es de esperarse que sus normas locales se encuentren alineadas con las *Guidelines*. La mencionada hipótesis, de acreditar las condiciones de mercado en las operaciones controladas por fuera de los métodos aprobados, ha sido acogida sin restricciones por las Naciones Unidas³²; mientras que la OECD se ha mostrado de acuerdo con dicho criterio indicando que:

[...] las empresas multinacionales mantienen la libertad de aplicar métodos que no se describen en las Directrices (en adelante, "otros métodos") para establecer los precios, siempre que dichos precios satisfagan el principio de plena competencia, de

³² United Nations, op. cit. nota 15, Párrafo 6.1.1.

*conformidad con las Directrices. Sin embargo, estos otros métodos no deben ser utilizados en sustitución de los métodos reconocidos por la OCDE, cuando estos sean más adecuados a los hechos y circunstancias del caso. En los casos en que se utilicen otros métodos, su selección debe ser apoyada por una explicación de por qué los métodos reconocidos por la OCDE eran considerados menos apropiados o no viables en las circunstancias del caso, y de la razón considerada para entender que el otro método proporcionaba una mejor solución.*³³

A continuación se analizarán los métodos recomendados por la OECD, detallando en qué casos resulta aplicable cada uno de ellos, como también las debilidades o limitaciones que presentan, para finalmente explicar los elementos a considerar para su elección.

3.1. Métodos tradicionales basados en las operaciones

3.1.1. Precio comparable no controlado

Este método, conocido también como CUP (por sus siglas en inglés *comparable uncontrolled price*), contrasta el precio cobrado por bienes o servicios transferidos en una transacción entre entes vinculados (operación controlada), con el precio cobrado por bienes o servicios transferidos en una transacción comparable, realizada entre partes independientes (operación no controlada) que se lleva a cabo en circunstancias similares. Si existieran diferencias entre los dos precios, esto podría indicar que las condiciones de las relaciones comerciales y financieras de las empresas relacionadas no han sido efectuadas en concordancia con el principio *arm's length*, lo que ocasionaría un ajuste fiscal, que implicaría sustituir el precio de la transacción controlada por el precio de la transacción no controlada.

Cabe aclarar, que la hipótesis mencionada en el párrafo precedente supone que la diferencia entre los precios comparados representa un menor beneficio para la compañía analizada, es decir, que para la operación controlada fue utilizado un menor precio de venta o un mayor precio de compra de los bienes o servicios; ya que, en el caso contrario donde la diferencia fuera en favor de la operación controlada³⁴, no se practicará ajuste alguno, sino que la comparación de precios servirá como prueba de que las transacciones entre sujetos vinculados han sido pactadas en condiciones de mercado.

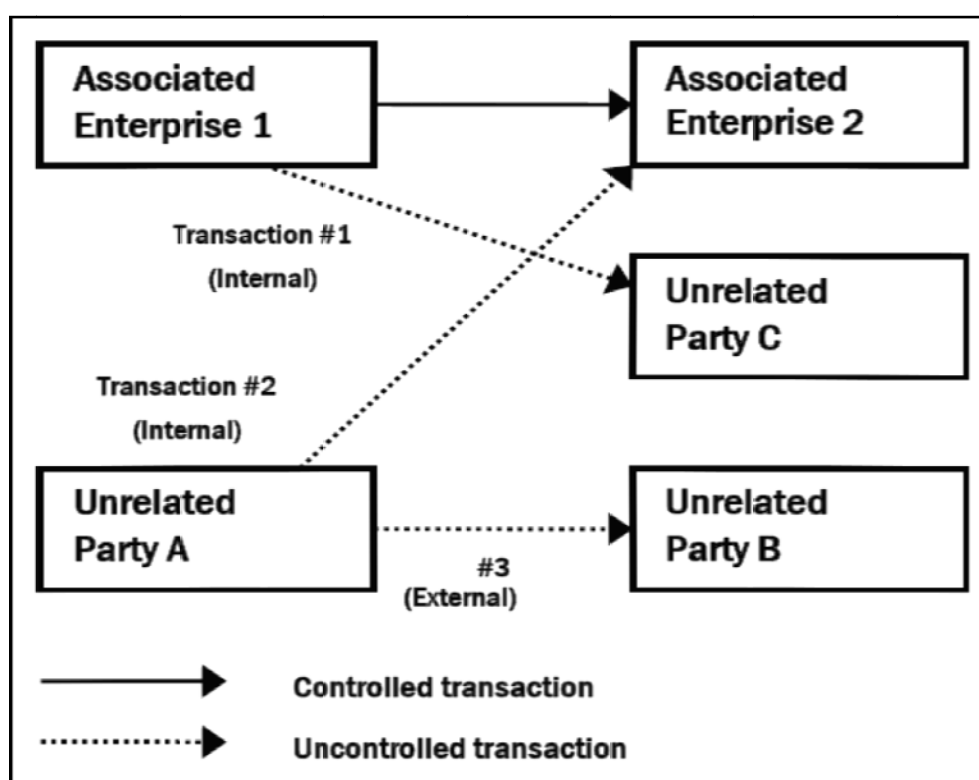
³³ OECD, op. cit. nota 10, Párrafo 2.9 – La traducción es propia.

³⁴ Ello ocurre cuando el precio de venta de la compañía objeto de análisis, que fuera convenido entre partes vinculadas, resulta mayor al precio de transacciones independientes. En el caso de adquisiciones, el resultado será favorable, cuando el precio de compra del sujeto estudiado resulte menor que el precio independiente.

Los datos a utilizar para la aplicación del CUP surgen de dos fuentes:

- ✓ Comparables externos: cuando los datos de los precios provienen de operaciones realizadas íntegramente entre sujetos independientes.
- ✓ Comparables internos: cuando la información proviene de operaciones realizadas por alguna de las compañías vinculadas con terceros independientes.

Ello se ve claramente en el esquema incorporado por las Naciones Unidas su manual práctico³⁵:



En ese mismo sentido, deviene ilustrativo traer a colación el ejemplo utilizado por Wolfsohn³⁶, al disponer que el precio a evaluar, será el convenido en una operación de venta desarrollada entre una compañía vinculada (denominada N°1) y otra compañía vinculada (denominada N° 2). Por otra parte, el precio independiente a emplear para su confrontación se obtendrá de alguna de las siguientes opciones:

³⁵ United Nations, op. cit. nota 15, Párrafo 6.2.1.1.

³⁶ Wolfsohn, Ariel E.; *Precios de transferencia: conceptos, determinación, régimen aplicable, solución de controversias*, Ed. Errepar, Agosto 2000, página 50. El ejemplo del autor fue adaptado al esquema utilizado en el presente trabajo.

- ✓ El precio de venta impuesto por la compañía vinculada (Nº1) a la compañía independiente (denominada C), sería un *comparable interno (transaction #1)*.
- ✓ El precio cobrado por la compañía independiente (A) a una compañía vinculada (Nº 2), supuesto que encuadraría como *comparable interno (transaction #2)*.
- ✓ El precio de venta de una compañía independiente (denominada A) cargado a otra compañía independiente (denominada B), que representaría un *comparable externo (transaction #3)*.

Ventajas del método:

- Es el más directo y confiable para aplicar el principio *arm's length*. Ello se debe a que no se encuentra afectado por diferencias contables o de costos que puedan influir aleatoriamente en la conclusión del análisis.
- La posibilidad de emplear un precio comparable externo, del cual participan dos o más sujetos no vinculados, representa fielmente el principio del operador independiente, lo que se conoce como un análisis desde ambos lados.
- Con los ajustes adecuados en caso de corresponder, puede accederse fácilmente a precios de bienes que cuenten con mercado transparente (v.g. commodities).

Desventajas del método:

El principal inconveniente que exhibe este método radica en la dificultad para encontrar comparables, ya que una diferencia menor en las características del bien negociado en una transacción entre compañías vinculadas con respecto a la operación no controlada, podría afectar materialmente el precio, incluso si la naturaleza de la actividad del negocio llevado a cabo fuese lo suficientemente similar como para generar el mismo margen de utilidad, por lo cual este método no sería el más confiable.

Factores específicos de comparabilidad que podrían ser particularmente relevantes para aplicar este método son: la calidad del producto, los términos contractuales, el nivel del mercado, el mercado geográfico, la fecha de la transacción, la propiedad de intangibles (si existe) asociada con la venta, el riesgo cambiario y los arreglos comerciales alternativos posibles tanto para el comprador como para el vendedor. A su vez, también debería considerarse el efecto de las funciones llevadas a cabo por la compañía sobre los precios, ya que difícilmente resulte comparable el valor de venta de un producto que pueda obtener un fabricante, respecto del mismo valor que pudiese conseguir un revendedor en un producto similar, que cumpla con todas las características de comparabilidad que fueron mencionadas anteriormente.

Tal como sucede con cualquier otro método, la confiabilidad relativa del CUP dependerá del grado de precisión que pueda lograrse en la comparabilidad, concepto que viene asociado a la calidad de información sobre operaciones independientes y la posibilidad de efectuar los ajustes necesarios.

3.1.2. Precio de reventa entre partes independientes

Este método evalúa si el monto pactado en una transacción controlada se realiza a un precio prudente, tomando en cuenta el margen bruto como indicador financiero a los efectos de la comparación, es decir, el margen de utilidad que resulta de descontar al precio de venta, su costo directo. A diferencia del método anterior, este caso presenta un enfoque menos directo, ya que su aplicación se recomienda para verificar el cumplimiento del principio del operador independiente en distribuidores, donde la vinculación económica se materializa con la compañía que le provee los bienes. Por lo tanto, a fin de asegurar que el precio de la operación controlada de compra, ha sido pactado en condiciones de mercado que le permitan obtener a la compañía analizada un adecuado margen de rentabilidad; se parte de la operación de venta del distribuidor realizada con terceros independientes, a la cual se le detrae un margen bruto esperado, para arribar indirectamente al precio por el cual se adquirió el producto a la compañía vinculada.

Dicho de otro modo, es el precio de venta cargado por una compañía asociada a una empresa independiente, al cual se le resta un margen bruto de mercado que permita afrontar los gastos generales (administración, financieros, etc.) y obtener a una rentabilidad neta apropiada para la transacción. Ese margen bruto es el que debe obtenerse de transacciones independientes comparables a fin de llevar a cabo su confrontación.

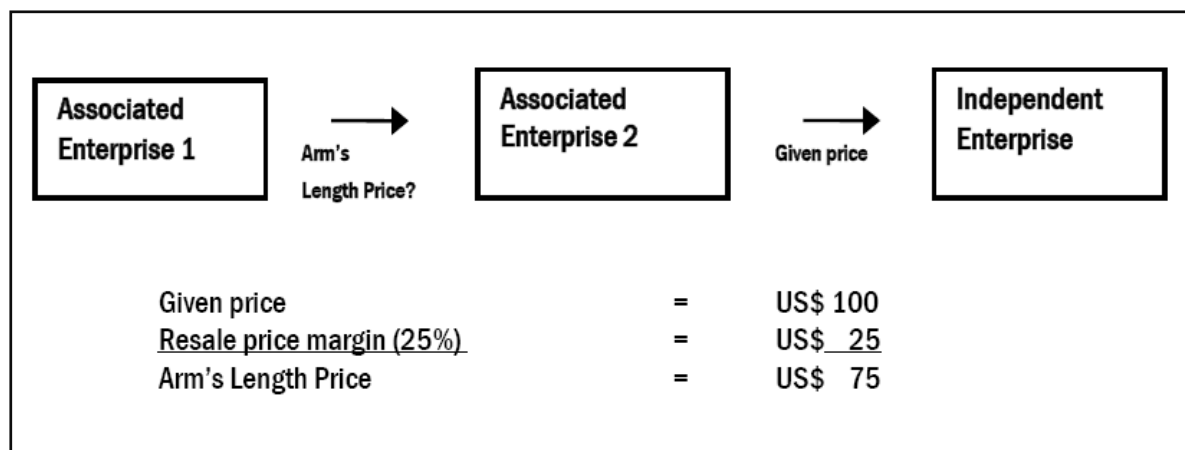
Es este mismo espíritu el que persigue la OECD en sus *Guidelines*, al disponer que, “[...] *Este precio (el de reventa) es entonces disminuido por un apropiado margen bruto (margen de reventa) que representa la cantidad con la cual el revendedor buscará cubrir sus gastos de venta y de operación y, a la luz de las funciones efectuadas (teniendo en cuenta los activos destinados y los riesgos asumidos), obtener una utilidad apropiada [...]*”³⁷.

El precio de reventa es el método convencionalmente aplicado en transacciones que involucren a compañías distribuidoras, las que revenden un producto sin alterarlo físicamente y sin agregarle un valor sustancial que, habitualmente se genera por la incorporación de un intangible. Los inconvenientes que pudiesen originarse en el caso que el revendedor desarrollare cualquiera de las dos funciones señaladas serían: por un lado se afectaría

³⁷ OECD, op. cit. nota 10, Párrafo 2.21 – La traducción es propia.

materialmente al margen esperado de utilidad en la operación (recordando que el beneficio deseado varía precisamente en función de las actividades realizadas); por otro lado, se dificultaría la obtención de información sobre transacciones comparables.

Al igual que en el caso anterior, será utilizado a efectos ilustrativos el esquema del manual práctico de las Naciones Unidas³⁸:



Como puede observarse, el principio rector del presente método radica en asumir que los US\$ 25 del margen bruto de la operación, serán suficientes para compensar las actividades de administración, marketing, riesgos (costos indirectos) que asumen las compañías distribuidoras; como también para obtener un beneficio neto del negocio. En este caso, el margen bruto (controlado) del 25% será contrastado con el mismo indicador de las operaciones independientes que sean identificadas como comparables; si el resultado obtenido señala que el mencionado margen bruto se encuentra dentro del rango de aceptación, el procedimiento permite inferir que los US\$ 75 convenidos entre las compañías vinculadas, representan un precio de compra de mercado abierto que cumple con el principio *arm's length*.

Uno de los puntos críticos del método se halla en el análisis de las funciones, al igual que lo era para el CUP las características de los bienes transaccionados, ya que al emplear como indicador un ratio de rentabilidad, cobra vital importancia realizar un profundo estudio sobre las tareas que desarrolle el sujeto vinculado, como también aquellas compañías a utilizar como comparables. Ello es así, debido a que cualquier sujeto independiente esperaría una mayor retribución a medida que asuma una mayor cantidad de tareas o riesgos, por lo tanto, deberán identificarse y practicarse los ajustes necesarios sobre aquellas funciones que

³⁸ United Nations, op. cit. nota 15, Párrafo 6.2.1.6.

podrían afectar significativamente la comparabilidad de las transacciones analizadas. Sin embargo, esa tarea se ve simplificada en aquellos casos en que logre obtenerse información de *comparables internos*, lo que transformaría el enfoque funcional del estudio en algo muy similar a lo que podría ser un *enfoque transaccional*. Esta situación se presenta, cuando por ejemplo el distribuidor no sólo revende los productos que compra a su compañía vinculada (Enterprise #1 en el esquema), sino que a su vez realiza compras en el mercado externo o local con compañías independientes. Siguiendo con esta hipótesis, puede que los productos adquiridos a los distintos sujetos no sean lo suficientemente comparables para permitir la aplicación del CUP (por ejemplo equipos de música y televisores); sin embargo las funciones y riesgos asumidos son similares por lo que cabría esperarse una retribución análoga a nivel del margen bruto (25% en el esquema). Consecuentemente, en ese caso sería posible utilizar la información interna de operaciones similares, lo que evitaría involucrarse en análisis funcionales de sujetos independientes, con el objetivo de conseguir datos sobre comparables externos.

Ventajas del método:

- Los ajustes para mejorar la comparabilidad de productos son menores que bajo el método del precio comparable entre partes independientes, debido a que pequeñas diferencias entre los bienes generarán menos efectos sobre los márgenes brutos que los que generarían en la determinación del precio.
- El método permite utilizar como sujetos comparables a distribuidores independientes que presenten márgenes brutos positivos para sus transacciones, pero que debido a problemas en sus costos arrojen pérdidas netas.

Desventajas del método:

- La utilización de comparables externos deberá considerar las discrepancias en las prácticas contables de los diferentes países. Ello significa, que el margen bruto de la operación puede contener distintos elementos del costo, dependiendo del país o las normas contables que haya empleado el sujeto independiente para la confección de sus Estados Contables.
- Componentes del costo de ventas: De acuerdo a lo que fuera dicho anteriormente, el precio controlado se convalida en forma indirecta, al utilizar para su análisis información sobre diversos factores del costo. En virtud de ello, existen casos en que las deficiencias de los costos de ventas influyen negativamente en el margen bruto de la operación, lo que podría llevar a concluir en forma incorrecta, que los precios entre las compañías vinculadas no cumplen con el principio *arm's length*, cuando en realidad el motivo de un reducido margen bruto obedezca a ineficiencia en los costos.

- Dentro del análisis de comparabilidad, se deberá hacer hincapié en la posible aplicación de intangibles (marcas o derechos), como también en los beneficios de exclusividad con que cuenten los distribuidores, que pudieren afectar materialmente al margen bruto.
- Mercados geográficos similares: Es comúnmente aceptado que el beneficio esperado para las funciones de reventa, puede variar significativamente de acuerdo al lugar en donde sean desarrolladas las funciones. Por tal motivo, el presente método pierde confiabilidad cuando se utiliza información sobre comparables de distintos mercados.

3.1.3. Costo más beneficios

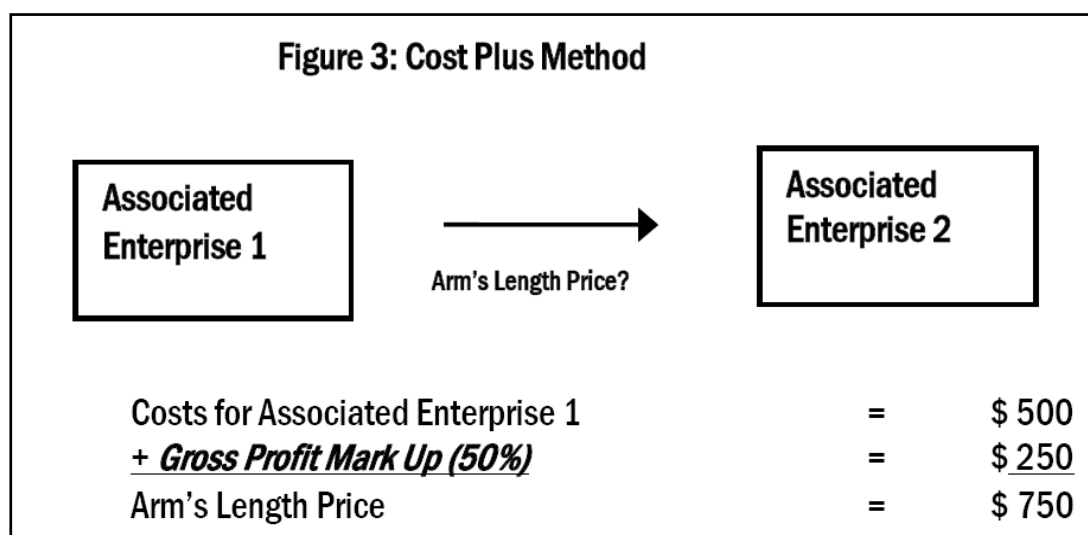
A los fines de facilitar su entendimiento, cabe señalar en primer término que el método de *costo más beneficios* o *cost plus*, presenta varias similitudes con el método de *precio de reventa* desarrollado en el punto precedente. Ello ocurre, debido a que ambos procedimientos utilizan como indicador al margen bruto de la operación, con el fin de arribar a un rango de beneficios de mercado que debieron obtenerse en las operaciones llevadas a cabo entre compañías vinculadas, y cumplir así con el principio del operador independiente.

El método consiste en sumar un margen adecuado de utilidad o *mark-up*, que hubiera obtenido una empresa independiente, a los costos y gastos incurridos por una empresa controlada en la elaboración de un producto o la prestación de un servicio determinado. El precio que resulta de adicionar el mencionado *mark-up* a los costos y gastos incurridos por la empresa controlada, representa el valor a que dicha compañía debería vender sus productos o servicios a los sujetos vinculados; ya que ese adicional sobre el costo, es un porcentaje que el fabricante o prestador de servicios pretende obtener cuando realiza transacciones con partes no relacionadas. Otra vez, nos encontramos ante una determinación de precios indirecta, en la que el analista deberá estudiar en detalle cuáles son los costos que corresponden ser empleados para el cálculo del margen bruto de la operación.

La aplicación del presente método, probablemente resulte la más conveniente en los casos de transferencias de productos semielaborados entre empresas vinculadas, como también, cuando dichos entes hayan suscripto un contrato de provisión y compra a largo plazo o cuando se trata de la prestación de servicios entre compañías relacionadas. Tal como ocurre con el método de *precio de reventa entre partes independientes*, la comparabilidad bajo el método de *costo más beneficios* depende de la similitud de las funciones, los riesgos asumidos y las condiciones contractuales. Factores específicos que pueden ser relevantes para el uso de este método son: la complejidad de la manufactura o ensamble, forma de producción, ingeniería del proceso, compras, actividades de control de inventarios, test de las

funciones, ventas, gastos generales y administrativos, riesgos relacionados con la moneda extranjera y términos contractuales.

Para continuar con el análisis, al igual que en los casos anteriores, será incluido a continuación el esquema del manual práctico de las Naciones Unidas³⁹:



Siguiendo con el ejemplo utilizado, el método permite concluir que ante un costo de bienes o servicios de \$500, considerando un margen bruto de mercado del 50% (*Gross Profit Mark Up*); el precio a considerar como pactado entre partes independientes debiera ser de al menos \$750. Sin embargo, no escapa al análisis que para arribar a un margen bruto que permita ser cotejado con operaciones independientes, el mencionado ratio se obtiene por diferencia entre el precio realmente pactado y los costos directos e indirectos que han sido incurridos en las transacciones controladas, lo que genera una notable sensibilidad a los elementos del costo, como podrá observarse a continuación:

³⁹ United Nations, op. cit. nota 15, Párrafo 6.2.13.3.

Caso #1		Caso #2	
Precio venta operación controlada	\$ 1.000,00 (a)	Precio venta operación controlada	\$ 1.000,00 (a)
Costos del producto o servicio	\$ 800,00 (b)	Costos del producto o servicio	\$ 825,00 (b)
Resultado bruto de la operación	\$ 200,00 (c)	Resultado bruto de la operación	\$ 175,00 (c)
Margen bruto - ganancia (c/b)	25,00%	Margen bruto - ganancia (c/b)	21,21%
<i>Elementos del costo</i>		<i>Elementos del costo</i>	
* Costo directo (v.g. materia prima)	\$ 500,00	* Costo directo (v.g. materia prima)	\$ 500,00
* Costos indirectos		* Costos indirectos	
- reparaciones	\$ 200,00	- reparaciones	\$ 200,00
- seguridad planta	\$ 100,00	- seguridad planta	\$ 100,00
	\$ 800,00 (b)	- garantías	\$ 25,00
			\$ 825,00 (b)
* Gastos operativos		* Gastos operativos	
- administración y finanzas	\$ 80,00	- administración y finanzas	\$ 80,00
- seguros y garantías	\$ 50,00	- seguros	\$ 25,00
	\$ 130,00		\$ 105,00
<i>Costo total</i>	\$ 930,00 (d)	<i>Costo total</i>	\$ 930,00 (d)
<i>Resultado neto de la operación</i>	\$ 70,00 (e)	<i>Resultado neto de la operación</i>	\$ 70,00 (e)
Margen neto - ganancia (e/d)	7,53%	Margen neto - ganancia (e/d)	7,53%

Tal como se dijera anteriormente, el camino para arribar al margen bruto comienza en el precio en que realmente fue pactada la operación controlada (\$1.000 en el caso #1), detrayendo posteriormente los costos inherentes a la fabricación del producto o necesarios para la prestación del servicio (\$800 en el caso #1); lo que permite arribar a un margen bruto de la operación de \$200, que es igual al 25% de rentabilidad sobre costos para el caso #1. Una vez obtenido este valor, deberá ser confrontado con el mismo índice de rentabilidad obtenido por compañías independientes en operaciones comparables. Si como resultado de ello, el 25% se encuentra dentro o supera el rango de aceptación obtenido en base a los datos sobre operaciones no controladas (supongamos del 23% al 27%); podrá concluirse que la transacción llevada a cabo entre los sujetos vinculados cumple con el principio *arm's length*. Ahora bien, nótese que los mismos datos han sido utilizados para caso #2, toda vez que permite arribar al mismo resultado neto de la operación (\$70 en ambos). Sin embargo, en este último supuesto, han sido reclasificadas las garantías sobre productos/servicios como “gastos indirectos” en lugar de ser consideradas como “gastos operativos”; a consecuencia de ello, el margen bruto de la operación decae hasta un 21,21%, lo que dejaría a la transacción fuera del rango de aceptación y resultaría en un ajuste en el impuesto a la renta.

Por consiguiente, puede afirmarse que deviene sumamente importante para el método de *costo más beneficios*, analizar los distintos niveles y tipos de costos, incluyendo los gastos

asociados a las funciones desarrolladas y riesgos asumidos, para que a través de ello, discernir si las posibles diferencias responden a factores como: funciones desarrolladas desde un enfoque cualitativo (riesgos asumidos o activos empleados), cantidad de funciones asumidas por el fabricante/prestador, eficiencias o ineficiencias en los gastos incurridos (economías de escala, capacidad ociosa, entre otras); o si finalmente, el motivo por el cual el margen bruto de la compañía vinculada se encuentra fuera del rango de aceptación, obedece a un menor precio del que hubieran acordado sujetos independientes y debiera ser ajustado.

Ventajas del método:

- Al ser un método enfocado en los costos de la operación controlada, gran parte de la información estará disponible para su análisis, asumiendo que la contabilidad o los datos de la gestión así lo permitan, especialmente para compañías con gran cantidad de actividades.
- Al igual que para el precio de reventa, los ajustes para mejorar la comparabilidad de productos son menores que bajo el método del precio comparable entre partes independientes, debido a que pequeñas diferencias entre los bienes generarán menos efectos sobre los márgenes brutos que los que generarían en la determinación del precio.
- En caso de contar con datos de comparables internos, podría reducirse sustancialmente el riesgo a un error en la clasificación de los costos.

Desventajas del método:

- La relación entre el precio de mercado de los bienes y los costos incurridos para su fabricación, puede resultar débil en muchas oportunidades, como por ejemplo obsolescencia en productos de baja rotación.
- El margen a bruto a comparar debe necesariamente partir de los mismos elementos del costo, para lo que deberán emplearse bases contables similares, o identificar las diferencias para que puedan ser ajustadas.
- Deberá también considerarse el efecto de la inflación para aquellas regiones donde la misma sea significativa, como también la posibilidad de trabajar sobre costos promedios y proyectados, en razón de ser éstos últimos los habitualmente utilizados por los sujetos independientes al momento de fijar el precio de sus productos.

3.2. Otros métodos basados en las utilidades

Si bien este tema será profundizado en la última parte del presente capítulo, resulta oportuno traer a colación las consideraciones de la OECD⁴⁰ con respecto a las preferencias entre los denominados *métodos tradicionales o basados en las operaciones*, que han sido desarrollados en el apartado 3.1.; y el empleo de los llamados *métodos basados en las utilidades*.

Los métodos tradicionales basados en las transacciones se consideran como la forma más directa de determinar si las condiciones de las relaciones comerciales y financieras entre empresas asociadas son de plena competencia. Esto se debe a que cualquier diferencia en el precio de una transacción controlada respecto del precio en una transacción comparable no controlada, puede ser directamente imputable a las relaciones comerciales y financieras acordadas o impuestas entre las empresas; y las condiciones de plena competencia pueden establecerse directamente sustituyendo el precio de la transacción no controlada comparable al precio de la transacción controlada. Como resultado, teniendo en cuenta los criterios descritos en el párrafo 2.2 (la selección de un método de precios de transferencia siempre apunta a encontrar el método más adecuado para un caso en particular), cuando un método tradicional basado en las transacciones y un método basado en los beneficios se pueden aplicar de una manera igualmente fiable, el método transaccional es preferible al método del beneficio. Por otra parte, teniendo en cuenta los criterios descritos en el párrafo 2.2, cuando el método del precio comparable no controlado (CUP) y otro método de precios de transferencia se pueden aplicar de manera igualmente fiable, se debe preferir el CUP.

A pesar de ello, la diversidad y complejidad creciente de las operaciones desarrolladas por las compañías multinacionales, implica en muchas ocasiones, una dificultad concreta para la aplicación de los métodos tradicionales, debido fundamentalmente a la falta de datos o la poca confiabilidad de la información disponible. En esos casos, deviene aconsejable una evaluación de las fortalezas y debilidades de cada una de las técnicas permitidas, con respecto a la naturaleza de la operación analizada. En ese orden de ideas, cabe señalar que los dos métodos que se basan en las utilidades, *división de ganancias* y *margen neto de la transacción*, presentan una diferencia fundamental con aquellos tradicionales; ya que, no necesariamente parten de las transacciones particulares, sino que, su análisis se encuentra enfocado en la rentabilidad neta del negocio, ya sea realizado por una compañía en particular; o desarrollado por un grupo de empresas vinculadas que se asocian para un proyecto puntual. Por lo tanto, si bien en determinadas circunstancias han de recorrer un camino más extenso para verificar el cumplimiento del principio del operador independiente, el empleo de los mismos resulta igualmente fiable.

⁴⁰ OECD, op. cit. nota 10, Párrafo 2.3 – La traducción es propia y el subrayado fue agregado.

3.2.1. División de Ganancias

El método de *división de ganancias* o *profit split method* es usualmente aplicado en aquellos casos donde las actividades desarrolladas por compañías vinculadas se hallan estrechamente interrelacionadas, de modo tal, que resulta más confiable evaluar toda la operación en forma conjunta. En ese contexto, el presente método busca eliminar los eventuales efectos en resultados que pudieran originar las condiciones especiales establecidas o impuestas en una transacción controlada, mediante la determinación de una división de resultados que operadores independientes hubieran esperado realizar como consecuencia de llevar a cabo las transacciones que se analizan.

Por lo tanto, el método de división de ganancias consiste en determinar la utilidad (o pérdida) de operación global de todas las empresas que intervienen en la transacción controlada, para luego distribuirla entre ellas de la misma forma en que lo hubieran hecho partes independientes, considerando determinadas variables económicas como activos, costos y gastos insumidos en el proyecto común. De allí se desprende una de las principales ventajas del método, que consiste en ofrecer flexibilidad para contemplar hechos y situaciones específicas y posiblemente únicas, sobre las que no se encontraría información comparable de terceros (v.g. aporte de un bien intangible); además permite evaluar el resultado en forma global o desde ambas partes del negocio, lo que tiene a lograr una menor probabilidad de resultados excepcionales o poco frecuentes.

Debido a la metodología a emplear para la atribución de resultados, puede afirmarse que resultará vital para el presente método el análisis funcional de todas las compañías intervinientes, ya que los resultados a distribuirse equitativamente deberán encontrar cierta correlación con las funciones realizadas, riesgos asumidos y activos empleados por parte de cada partícipe. Es preciso señalar, siempre tomado como referencia ineludible las *Guidelines* de la OECD, determinadas bases para lograr una adecuada distribución de los resultados en la aplicación del presente método. Para ello, se deberá en primer término definirse una serie de cuestiones previas:

- i) Beneficios previstos o beneficios reales: Estos distintos enfoques se relacionan con la el concepto de acuerdo previo (*ex ante*) o una distribución posterior con los resultados reales de la operación (*ex post*). Ello cobra sentido si se tiene en cuenta que dos sujetos no vinculados, al momento de iniciar un emprendimiento conjunto, definirían en forma anticipada una metodología de retribución a la cual ajustarse, independientemente de lo que ocurra en el futuro con el resultado real de la operatoria. No hay que perder de vista, que estas alianzas estratégicas suelen emplearse para proyectos a largo plazo, por lo tanto, la forma de retribución puede ser variable en función de la vida útil esperada del negocio, lo que seguramente contemple la distribución de los resultados en los períodos de pérdidas; sin que ello motive en forma automática un ajuste de precios de transferencia.

- ii) Análisis sobre contribuciones o residual: Cuando se habla de *análisis sobre contribuciones*, se está refiriendo a que los beneficios conjuntos que puedan obtenerse por el total de las operaciones vinculadas sometidas al análisis, se repartirán entre las empresas asociadas atendiendo, como se dijo anteriormente, al valor relativo de sus funciones, riesgos y activos utilizados. Cuando estos valores puedan ser calculados directamente, no será necesario recurrir al uso de información externa, sin embargo; en los casos en que ello no sea posible, deviene útil evaluar la forma en que terceros independientes distribuyen los resultados, o asignan un porcentaje determinado a cada función con respecto al resultado global del negocio.

Uno de los problemas más complejos a los que debe enfrentarse el contribuyente, como también el fisco al llevar a cabo sus verificaciones, es hallar una retribución de mercado para aquellas operaciones que involucren el empleo de ciertos activos intangibles (v.g. marcas, patentes de invención, procesos o fórmulas secretas, know how, copyrights, etc.). Considerando esta dificultad, y con el objetivo de evitar los posibles desvíos que genere la retribución del intangible en las funciones desempeñadas, puede efectuarse un *análisis residual de la operación*, que consiste en la aplicación de dos pasos: primero, se efectúa una distribución de resultados de modo tal que se brinde una compensación de mercado para las funciones ordinarias (sin incluir la utilización de intangibles), para lo cual suele utilizarse algunos de los otros métodos aceptados, de forma tal que cada compañía del grupo sea adecuadamente retribuida por sus funciones desarrolladas en la operatoria. Posteriormente, como segundo paso del proceso, se realiza la apropiación de la ganancia residual del paso anterior, que no es otra que el beneficio que pudiera obtenerse por el empleo del intangible; el que a su vez será distribuido en base al valor relativo que cada compañía vinculada posea con respecto al mismo.

- iii) Resultados operativos o brutos: Habitualmente, el resultado distribuido entre los partícipes del proyecto suele realizarse al nivel de la ganancia neta, lo que garantiza que tanto los ingresos y gastos de las compañías vinculadas han sido imputados en forma consistente. Sin embargo, y siempre atendiendo a las particularidades del caso examinado, puede resultar adecuado una apropiación de resultados brutos sobre el cual, cada compañía detraerá sus propios gastos operativos a fin de arribar al resultado final de su participación.

Adicionalmente, cabe señalar que la fórmula para distribuir los beneficios no se encuentra predeterminada, ello con excepción de la eventual puesta en práctica de un enfoque *ex ante* basado en experiencias previas o información de mercado; sino que, será seleccionada luego de concluido el análisis funcional de los partícipes. Con el objetivo de lograr una apropiación equitativa del beneficio, han sido identificados una serie de criterios de reparto o *allocation keys*, que permiten aproximarse a la retribución que hubiese esperado un sujeto independiente en condiciones similares. Los mencionados criterios, presentan características divergentes si se trata de compensar una función o riesgo, en contraposición con el beneficio

que produce un intangible de características únicas en el mercado, por lo tanto, es posible segregarlos en dos grupos:

a. Análisis sobre contribuciones: La OECD⁴¹ señala que entre los criterios comúnmente aceptados se encuentran:

- ✓ Activos o capitales aportados por cada compañía en el proyecto, aún sabiendo lo riesgoso que puede resultar emplear la misma tasa de rendimiento de capital invertido, debido a que ello involucra asumir el mismo nivel de riesgo para todos los participantes.
- ✓ Costos incurridos en la prestación del servicio, producción de bienes o funciones complementarias como marketing y comercialización.
- ✓ Personal clave involucrado en la etapa de creación de valor del proyecto, medido especialmente por el tiempo insumido de cada recurso.
- ✓ Otro tipo de indicadores como pueden ser las ventas incrementales, cantidad de servidores, puntos de ventas, etc.

b. Análisis residual: Como se dijo anteriormente, la atribución de las rentas residuales se vincula con el empleo de activos intangibles; en este caso, si bien las *Guidelines* no detallan una recomendación sobre los *allocation keys*, dedican un capítulo entero a las consideraciones especiales que requieren este tipo de bienes, lo que demuestra a las claras la diversidad y complejidad del tema, como también la creciente relevancia que cobra en el estudio las operaciones vinculadas. En ese sentido, las Naciones Unidas⁴² han detallado en su manual algunos de los criterios específicos que adoptaron distintos países para determinar el valor relativo de cada compañía sobre la propiedad intangible:

- ✓ Información de mercado que refleje el precio del intangible.
- ✓ Costos incurridos para el desarrollo del intangible, con sus mejoras y actualizaciones, menos la amortización a detrarse durante su vida útil. Sobre este criterio habrá que tener particular cuidado, ya que no siempre las inversiones realizadas se corresponden con el valor de mercado del bien.

Ventajas del método:

- Las partes intervinientes en la transacción se evalúan conjuntamente, de forma tal, que el beneficio de ambas empresas puede establecerse con mayor precisión, evitando a su vez, los resultados extremos.
- El método resulta apropiado para transacciones altamente interdependientes, que no podrían ser evaluadas mediante el uso de los restantes métodos aceptados.

⁴¹ OECD, op. cit. nota 10, Capítulo II – apartado C.3.4.3.

⁴² United Nations, op. cit. nota 15, Párrafo 6.2.14.6.

- Al analizar la rentabilidad del negocio en forma global, o desde ambas partes de la operación controlada, la división de beneficios resulta adecuada para casos de aportes únicos de bienes intangibles; sobre la que no podría obtenerse información comparable.

Desventajas del método:

- La hipotética subjetividad del análisis residual, ya que la identificación y cuantificación de intangibles suele resultar muy compleja, a punto tal, que muchos de ellos no son siquiera incorporados en la contabilidad de las compañías.
- El acceso a la información sobre filiales extranjeras suelen encontrarse muchas veces restringido; lo que puede dificultar en muchas oportunidades la utilización del método, como también su verificación por parte de las autoridades fiscales.

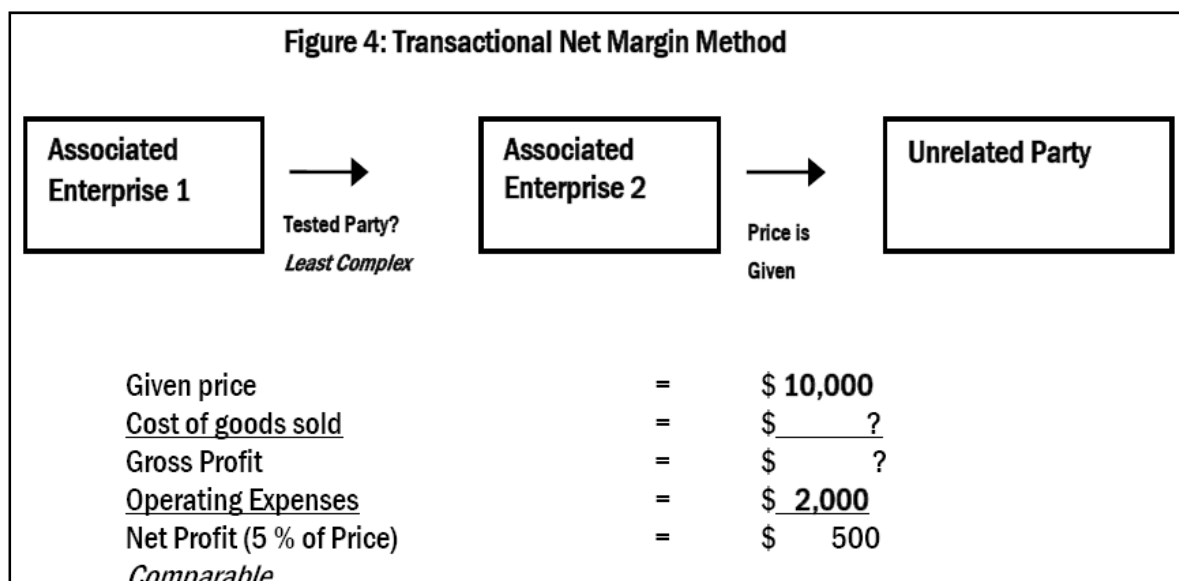
3.2.2. Margen Neto de la Transacción

Este método, también conocido como TNMM por sus siglas en inglés, consiste en comparar el margen neto de ganancia obtenido por el contribuyente en transacciones controladas, con la utilidad generada en transacciones no controladas o con empresas independientes, basada en factores de rentabilidad que toman en cuenta variables tales como activos, ventas, costos.

En ese orden de ideas, puede decirse que el método opera de manera similar al *costo más beneficios* o al *precio de reventa entre partes independientes* en el sentido que, si bien no con relación a márgenes brutos, sino a márgenes netos, el resultado de la transacción debería asimilarse a la rentabilidad que el mismo contribuyente obtendría en transacciones comparables no controladas, considerando los márgenes netos que empresas independientes esperarían obtener en condiciones de mercado abierto. Consecuentemente, la determinación de los precios de transferencia resulta aún más indirecta que en los citados métodos, ya que al cambiar el ratio de comparabilidad de margen bruto a margen neto de la transacción, será necesario incorporar los gastos operativos que fueron insumidos en la operación analizada.

También en esta oportunidad, con el objeto de profundizar el análisis, será tomado como punto de partida el esquema del manual práctico de las Naciones Unidas⁴³:

⁴³ United Nations, op. cit. nota 15, Párrafo 6.3.3.1.



Tal como puede observarse, el procedimiento se inicia con el precio no controlado mediante el cual la compañía vinculada (*associated enterprise 2*) vende bienes o presta servicios a un sujeto independiente, para luego establecer en forma indirecta que las operaciones controladas, es decir las realizadas con la *associated enterprise 1*, han sido desarrolladas en condiciones de mercado. Suponiendo que la *associated enterprise 2* es un simple distribuidor de bienes, que no aporta un valor agregado significativo al producto ni emplea para sus funciones un intangible único; podría recomendarse el empleo de otros métodos más directos, como ser el *CUP* o *precio de reventa entre partes independientes*. Siguiendo con esta hipótesis, en el caso de que la compañía evaluada no adquiriera bienes a un tercero independiente, debería descartarse el primero de los métodos sugeridos, sin embargo, a primera vista cabría concluir que el segundo de ellos resulta más confiable, por la simple razón de no considerar los gastos operativos del negocio. A pesar de ello, no siempre resulta factible efectuar una desagregación de costos directos e indirectos con la información obtenida sobre otros distribuidores (terceros independientes), a los fines de efectuar una comparación de márgenes brutos. Esta dificultad, suele generarse por diferencias en las normas contables de los países de donde proviene la información, o por un escaso grado de detalle en sus balances, que permitan identificar y ajustar las discrepancias que afecten materialmente la comparabilidad. Por consiguiente, en aquellas oportunidades que los datos del costo no puedan ser correctamente segregados, el margen neto de la transacción resulta más confiable, ya que al cotejar márgenes netos, no se corre el riesgo de una errónea clasificación de costos, tal como ha sido ejemplificada en el apartado 3.1.3.

En ese orden de ideas, cabe agregar que un enfoque basado en márgenes netos, además, puede resultar más flexible a ciertas diferencias funcionales entre las transacciones controladas y no controladas que una evaluación al nivel de márgenes brutos. Tal situación ocurre, debido a que las desigualdades en las funciones llevadas a cabo por las empresas son normalmente reflejadas en variaciones de sus gastos operativos. Por lo tanto, distintas

compañías, que hubiesen sido descartadas como comparables debido a tener un amplio rango de márgenes brutos, podrían aún obtener niveles similares de resultados con una perspectiva de márgenes netos, lo que permitiría considerarlas para la confrontación.

Tal como señala Wolfsohn⁴⁴, el procedimiento para la aplicación del método es el siguiente:

- a) *Definir la parte a testear (de aquí en adelante “tested party”), esto es, la compañía en la que se pretende analizar los precios de transferencia;*
- b) *Analizar la “tested party” por funciones, riesgos, etc.;*
- c) *Realizar las búsquedas de las compañías comparables;*
- d) *Analizar los resultados financieros;*
- e) *Buscar indicadores de niveles de rentabilidad medidos sobre distintos parámetros,*
- f) *Definir el rango de valores utilizables según el método seleccionado y verificar la posición en el mismo, de la compañía analizada.*

Al respecto, resulta necesario agregar una serie de aclaraciones, en primer lugar y sin ánimo de adentrarnos en lo que será objeto de estudio en el capítulo siguiente, al lector familiarizado con las normas argentinas en la materia podría llamarle la atención el punto a), visto que a diferencia de lo que ocurre en nuestro país, es aceptado internacionalmente que el cumplimiento del principio del operador independiente pueda probarse desde cualquiera de las compañías involucradas en la transacción, es decir, que resultará preferible emplear como *tested party* a la empresa con funciones más simples, que puedan ser fácilmente identificadas y cotejadas, y a su vez, con el menor aporte de activos intangibles, que como fuera explicado anteriormente, muchas veces requiere de un análisis residual para su cuantificación. Por una innumerable cantidad de motivos que incrementan la confiabilidad de la evaluación, para la elección de la *tested party* debieran considerarse las características detalladas anteriormente, en ese sentido se han expresado tanto la OECD⁴⁵ como las Naciones Unidas⁴⁶; nótese a su vez en este último caso, que ya en el esquema incorporado se hace referencia al tema cuando señala que la compañía analizada debe ser la que presente menor complejidad (*Tested Party? Least complex*).

Otro de los temas centrales a considerar, estará dado por el indicador de rentabilidad escogido para la confrontación. Es preciso aclarar previamente, que no se presentaría esta dificultad en el caso que el análisis de precios de transferencia pueda llevarse a cabo con información de comparables internos, que lo asimilaría el estudio a un enfoque transaccional en lugar de uno funcional, situación que no suele ocurrir con frecuencia, ya que si existieran

⁴⁴ Wolfsohn, Ariel E., op. cit. nota 38, páginas 60 y 61.

⁴⁵ OECD, op. cit. nota 10, Párrafo 2.59.

⁴⁶ United Nations, op. cit. nota 15, Párrafo 6.3.2.3.

datos suficientes sobre comparables internos es probable que se prefiera otro método y no el TNMM. Habitualmente, los mencionados indicadores son clasificados en dos grupos:

- a) Indicadores financieros: aquí se incluye al *margen neto sobre costos totales*, que como su nombre lo indica vincula la utilidad operativa con todos los costos y gastos de la operación. También se encuentra el *margen neto sobre ventas*, representado por el cociente entre la utilidad operativa y el monto de ventas; y finalmente el conocido como *razón de Berry* que vincula los gastos con la utilidad bruta.
- b) Indicadores sobre activos: permite analizar la relación existente entre la utilidad y los activos operativos, y resulta adecuado para las actividades de capital intensivo ya que se centra en el retorno de la inversión.

Sin embargo, cabe señalar que varios de los mencionados indicadores han sido objeto de críticas por considerarse que no reflejan fielmente la rentabilidad del negocio; puntualmente, en el caso de medición a través del capital se ha dicho que para compañías subsidiarias el mismo puede ser manejado libremente por la casa matriz, resultando permeable a las estrategias de negocio de dichos entes. En ese sentido, también fueron puestos en tela de juicio los indicadores de activos y costos, porque no se posee una definición internacionalmente aceptada de los valores que comprende cada rubro, por lo tanto, se vuelve a caer en problemas contables para una cuantificación confiable. Consecuentemente, cobra una gran importancia al momento de elegir el indicador de rentabilidad, evaluar los factores que pueden influenciarlos, para volcarse sobre aquellos que reflejen más fielmente la rentabilidad de las operaciones analizadas.

En lo que respecta a la comparabilidad, una de las ventajas que presenta el TNMM con respecto a los otros métodos, es la menor dependencia a las similitudes en los productos como sería en el caso del *CUP*; o a las funciones desarrolladas que impactan en el margen bruto de la operación, tal como habría de considerarse para el *precio de reventa entre partes independientes*, sin embargo, el enfoque basado en márgenes netos puede verse influenciado por elementos que no afectarían al precio o a los márgenes brutos, como ser:

- ✓ Posición en el mercado;
- ✓ Estrategias de negocios y productos sustitutos;
- ✓ Eficiencia de la gestión y experiencia empresarial en el sector;
- ✓ Diferentes estructuras de costos y empleo de tecnología.

Por consiguiente, habrá que evaluar el impacto que pudieren generar estas circunstancias, debido a que las mismas han de ser identificadas y ajustadas en los casos en que corresponda, ya que obedecen a particularidades de mercado que son ajenas a los precios

de transferencia, pero que de no ser segregadas, llevarían a conclusiones aleatorias. Finalmente, tal como se ha dicho, esta característica representa una desventaja con respecto a los métodos tradicionales basados en las operaciones, puesto que la influencia de los citados factores se vería disminuida o eliminada como consecuencia de la similitud de productos y funciones.

Ventajas del método:

- Requiere una menor comparabilidad del producto que los métodos tradicionales basados en las operaciones, como también presenta una mayor tolerancia a las diferencias contables, ya que no es necesario homogeneizar la información.
- Posibilidad de escoger como *tested party* la compañía que resulte más simple, incluso cuando una de las partes de la operación utilice un intangible de compleja cuantificación.
- Aparece como una solución práctica para operaciones complejas en las que no podrían aplicarse métodos transaccionales, cuando con el uso del TNMM la búsqueda de comparables tiene a facilitarse.

Desventajas del método:

- Se encuentra influenciado por una mayor cantidad de factores que los otros métodos, provenientes de los gastos operativos o también de las particularidades del mercado.
- Identificación y medición de resultados sobre operaciones controladas: Si bien puede parecer una obviedad, la comparación de los márgenes netos controlados con respecto a la información obtenida de terceros independientes, debe hacerse únicamente con aquellos datos que surgen de las operaciones desarrolladas entre las compañías vinculadas. En otras palabras, en el caso de una compañía que realice operaciones indistintamente con sujetos independientes y vinculados, habrá que segregar la información contable a los fines de arribar a un margen neto de la transacción que incluya únicamente los valores de las transacciones controladas. De no realizar ese proceso, es decir, si se tomase como ratio a comparar la información directamente del balance de la compañía, puede ocurrir que las operaciones independientes “financien” el eventual déficit del margen neto de las actividades controladas, que de ser evaluadas en forma aislada generarían un ajuste en el impuesto a la renta.

3.3. Selección del método más apropiado

Si bien en el presente acápite no serán introducidos nuevos conceptos con respecto a los métodos desarrollados anteriormente, resulta conveniente efectuar una revisión global

tendiente a lo que podría denominarse como un “orden de preferencia general”. En ese sentido, habrá que considerar en primer término que no existe una guía práctica para la selección de un determinado método sobre otro, ya que ninguno resulta adecuado para todas las situaciones posibles; sino que, el desafío consta en identificar el método más apropiado, al caso particular que se analiza.

Por consiguiente, puede afirmarse que el mejor método para arribar al precio *arm's length* de transacciones entre partes relacionadas, será aquel que provea el resultado más confiable, indicando que el precio obtenido es el que se hubiera acordado en operaciones entre partes independientes. Para establecer cuál de todos los métodos vistos proporcionará estos resultados, deberán evaluarse los siguientes factores determinantes:

- ✓ Fortalezas y debilidades de cada método;
- ✓ La adecuación del método escogido a la naturaleza de la operación examinada;
- ✓ Disponibilidad de información confiable;
- ✓ Grado de comparabilidad entre las operaciones vinculadas y las transacciones independiente a utilizar en la confrontación;
- ✓ Cantidad de ajustes a efectuar para eliminar las eventuales diferencias que impidan un razonable grado de comparabilidad;
- ✓ Consistencia de los resultados bajo diversos métodos.

Puesto que la mayor parte de los elementos enunciados presentan como condición *sine qua non* para el acabado entendimiento de la operación controlada, cobra vital importancia en el proceso de selección del método, desarrollar un adecuado análisis funcional. El mismo, permitirá identificar y entender la totalidad de las operaciones realizadas entre compañías vinculadas, como también determinar las particularidades de funciones o transacciones para el empleo de comparables; y finalmente estipular en qué casos serán necesarios ajustes de comparabilidad. En otras palabras, el análisis de las funciones, activos y riesgos de las compañías permite poner de manifiesto diversas situaciones que inciden significativamente en el precio de la contraprestación esperada (v.g. asignación legal del riesgo, financiación de una determinada inversión, costeo del desarrollo de nuevos productos, etc.); allanando el camino hacia la verdadera naturaleza de la transacción examinada, que no es otra cosa, que establecer la realidad económica de la operación.

Una vez concluido el análisis funcional sobre la compañía que se quiere evaluar, corresponde identificar cual de los “métodos aceptados” por los distintos organismos internacionales, o los previstos en las legislaciones domésticas de cada Estado, resulta el más idóneo para garantizar el cumplimiento del principio *arm's length* en las operaciones

vinculadas. En ese orden de ideas, resulta claro que la OECD⁴⁷ se inclina por una preferencia sobre los métodos más directos con relación al precio en tanto brinden resultados igual de confiables. Tal como se ha dicho anteriormente, los métodos transaccionales representan el medio más directo para establecer si las condiciones comerciales y financieras de la operación controlada han sido concertadas como si fueran sujetos independientes. Por lo tanto, ante situaciones en las que se cuente con la información adecuada para la aplicación de todos los métodos en una forma igualmente confiable, se preferirán aquellos más directos, es decir los métodos transaccionales, y dentro de este grupo, se le dará preferencia al *CUP*.

Sin embargo, como bien señala Gotlib⁴⁸, es posible hallar en la legislación comparada que ciertos países han estipulado recomendaciones y/o preferencias de un determinado método para condiciones particulares. Como claro ejemplo de ello puede citarse a los Estados Unidos, que mantuvo entre los años 1968 y 1993 posición considerablemente rígida con respecto a los métodos tradicionales, mediante la cual se le imponía a los contribuyentes la aplicación de métodos específicos para evaluar sus precios de transferencia; situación que ha generado no pocos inconvenientes, tal como fuera desarrollado en la primera parte del presente trabajo. Actualmente, el citado país ha flexibilizado esa postura empleando la “regla del mejor método”, que se orienta a utilizar aquel que otorgue un mayor grado de comparabilidad; lo que no implica desprenderse de las particularidades específicas en casos puntuales, como ser la transferencia o uso de la propiedad intangible o las condiciones de la operación a evaluar. De la misma forma, puede observarse en la legislación chilena que estuvo vigente hasta el año 2012, el empleo de diversos métodos que dependen básicamente, de si los precios acordados por las compañías locales en operaciones controladas son *cobrados o pagados*; imponiendo los métodos de “rentabilidad razonable” y “costo adicionado” para el primer supuesto; y “precio de reventa menos un margen de utilidad” para la segunda hipótesis. Actualmente, encontramos que mediante la ley 20.630⁴⁹, Chile adoptó en su normativa doméstica muchos de los conceptos previstos en las *Guidelines*, entre los que se encuentran los “métodos aceptados” por la OECD.

Por otra parte, una referencia ineludible en este tema viene dado por la utilización en la República Argentina, de una derivación del método de *CUP* para ciertas exportaciones de commodities, mediante el cual se obliga a tomar como precio de referencia (comparable externo), la cotización de los bienes en el mercado transparente en que el mismo cotice. Habida cuenta la relevancia que presentan los mencionados commodities en la región, el modelo fue replicado casi literalmente por distintos países de Sudamérica (v.g. Uruguay, Ecuador y recientemente en el año 2012 fue incorporado por Perú).

⁴⁷ OECD, op. cit. nota 10, Párrafo 2.3.

⁴⁸ Gotlib, Gabriel, “Precios de transferencia. En la búsqueda del método, más apropiado”, Doctrina Tributaria ERREPAR (DTE), febrero 2002.

⁴⁹ Ley N° 20.630 - D.O. (Chile) 27/09/2012, mediante la cual se incluye el nuevo artículo 41-E de la Ley sobre el Impuesto a la Renta que sobre Precios de Transferencia.

Como consecuencia de las particularidades de cada Estado, es posible encontrar internacionalmente el uso de distintos métodos que van más allá de los reconocidos expresamente por la OECD, lo que no significa que la falta de aceptación por parte de ese organismo implique que estos “otros métodos” no cumplan con el principio del operador independiente. Por su parte, las Naciones Unidas⁵⁰ indican que no tienen preferencia alguna sobre la elección de los métodos, ya sea los aprobados por la OECD o los incorporados por los distintos países, si es que los mismos permiten arribar a resultados *arm's length*; sino que, la elección de alguno de ellos deberá definirse por consideración de los hechos y circunstancias que hagan al caso puntual, es decir, por lo que pueda concluirse una vez realizado el análisis funcional.

Finalmente, la última idea que merece destacarse se vinculada a evitar una carga excesiva en los contribuyentes, ya que si bien la elección del método apunta a identificar aquel que resulte más adecuado al caso puntual, ello no implica que necesariamente deban ser todos analizados para arribar a esa conclusión. Por lo tanto, si bien la justificación y documentación que hagan a la elección del método han sido reconocidos como una buena práctica en la materia, el sujeto evaluado no debiera tener que probar por qué no resulta aplicable cualquiera de los otros métodos que fueron descartados en el proceso de selección, lo que dependerá en última instancia, de la legislación de cada país.

4. Precios de Transferencia en la República Argentina

Una aproximación superficial al tema objeto del presente trabajo, concebida desde la óptica del derecho positivo de nuestro país, llevaría a realizar un análisis que comience en el año 1998 con la incorporación de la normativa específica, orientada a permitir el eficiente control de las operaciones internacionales dentro la órbita de los precios de transferencia. No obstante ello, pueden encontrarse claras medidas previas al citado año tomadas por parte de las autoridades fiscales y legisladores, con el fin de contrarrestar la posible erosión en la base imponible del impuesto a las ganancias, originada como consecuencia del comercio exterior.

Antes de avanzar con el estudio de los hitos más importantes que fueron delineando el estado actual de la práctica en la República Argentina, es conveniente realizar algunas aclaraciones previas, que permitirán comprender con mayor facilidad la implementación de determinados “mecanismos de protección” sobre la renta nacional. En ese sentido, cabe señalar que hasta la sanción de la ley 24.073⁵¹, se encontraba en vigencia el nexo de *territorialidad de la fuente*; pero con la aparición de la mencionada norma y a su tiempo, el

⁵⁰ United Nations, op. cit. nota 15, Párrafos 6.1.3.1 y 6.1.3.2.

⁵¹ Ley N° 24.073 - B.O. 13/04/1992.

decreto 879/1992⁵², se implementó en nuestro país el criterio de *renta mundial* para aquellos sujetos residentes; manteniendo el criterio de territorialidad de la fuente para los sujetos no residentes, aunque el mismo no se ha encontrado operativo sino hasta la sanción de la ley 25.063⁵³ en el año 1998. Fue la Corte Suprema de Justicia de la Nación quien debió expedirse⁵⁴ sobre la vigencia de las modificaciones introducidas, debido a los problemas que generó la utilización de un decreto para tal radical cambio en materia tributaria, confrontando de forma directa el principio de reserva de ley.

Consecuentemente, el contexto en el que fueron incorporadas las primeras medidas de protección fiscal sobre la renta generada por las operaciones internacionales, venía palmariamente delimitado: tanto los sujetos residentes en el país, como también los sujetos residentes del exterior, encontraban alcanzadas por el gravamen únicamente aquellas rentas que sean de fuente argentina. Por tal motivo, se verán entremezclados dos conceptos que presentan características propias y no debieran ser utilizados en forma indistinta, haciendo referencia por un lado, a la cuantificación de la fuente (sea ésta de fuente argentina o fuente extranjera), y por otro, a la determinación de vinculación económica y cumplimiento del principio del operador independiente. En ese orden de ideas, resulta apropiado reproducir las palabras de Gotlib y Vaquero⁵⁵ al respecto:

Para determinar la fuente de la ganancia, resulta irrelevante la existencia de vinculación económica o la realización de una operación con una entidad ubicada en una jurisdicción de baja o nula tributación.

En cambio, para determinar si la operación de comercio exterior fue realizada a precio de mercado y los elementos que se deben aportar para justificar el precio utilizado por las partes, esos dos elementos deben ser tomados en consideración.

En el mismo sentido, pero ya refiriéndose a eventuales ajustes sobre los valores comercializados, Raimondi y Atchabahian nos enseñan que “[...] *la simulación del precio no puede erigirse en factor que altere el lugar de la fuente de la ganancia: en ello van envueltos dos conceptos bien diferenciados y esto no debiera dar lugar a confusión alguna.*”⁵⁶. Por lo tanto, de aquí en adelante habrá que encarar el estudio sobre la evolución histórica de la normativa doméstica, teniendo presente la importante diferencia señalada.

⁵² Decreto N° 879/1992 - B.O. 09/06/1992.

⁵³ Ley N° 25.063 - B.O. 30/12/1998.

⁵⁴ “Devotto Solari, Oscar N. (TF 18.469-I c/ D.G.I.”, C.S.J.N., 08/06/2010.

⁵⁵ Gotlib, Gabriel y Vaquero, Fernando M., *Aspectos Internacionales de la Tributación Argentina*, Ed. La Ley. 2ª Edición año 2009, Página 429.

⁵⁶ Raimondi, Carlos A. y Atchabahian, Adolfo, *El impuesto a las ganancias*, Ed. La Ley. 5ª Edición año 2010, Página 169.

4.1. Operaciones de Comercio Exterior. El artículo 8° de la Ley del Impuesto a las Ganancias

Mediante la el artículo 7° del Decreto 18.229/43⁵⁷, se incorporó en la Ley del Impuesto a los Réditos vigente a la fecha⁵⁸, una metodología para cuantificar la fuente argentina en las operaciones de comercio exterior de bienes, en las que se involucraren residentes del país.

De esta manera, surge nítidamente del comentario oficial sobre el citado artículo 7°, la intención de evitar maniobras dolosas que puedan derivar en la disminución de la recaudación nacional, sobre todo en aquellas operaciones desarrolladas entre compañías vinculadas, exponiendo que:

Las disposiciones generales que en materia de fuente contiene la ley en vigor no alcanzan, en ciertas circunstancias a establecer en forma expresa el tratamiento impositivo que corresponde otorgar a los beneficios que obtienen las empresas que trafican con entidades establecidas en el exterior, a las cuales se hallan vinculadas económicamente, constituyendo muchas veces verdaderas comunidades de intereses con aquéllas y, en definitiva dependientes de un ente central “holding” residente también en el exterior.

Sin duda que está en el espíritu de la Ley N° 11.682 que cada entidad tribute en el país el impuesto que corresponde a las utilidades de fuente argentina que obtenga. No obstante, la falta de normas legales expresas que establezcan con claridad y precisión hasta qué o desde qué límite las utilidades provenientes de la exportación o importación, respectivamente, deben considerarse de fuente local, ha provocado una serie de cuestiones entre el Fisco y los contribuyentes y aun no sería difícil que estas mismas lagunas legales motivaran interpretaciones judiciales contrarias a los principios generales de la imposición a la renta, generalmente admitidos como válidos.

[...] Este problema en materia de fuente de réditos no se presenta con las entidades independientes porque al tratar éstas sobre la base de los precios corrientes del mercado, dejan ya establecidos los límites de la imposición. El subrayado fue agregado.

Son varios los elementos que pueden destacarse en los comentarios transcritos anteriormente, en primer término, no puede pasarse por alto la referencia a las actividades llevadas a cabo por compañías económicamente asociadas, en las que sería factible que se

⁵⁷ Decreto N° 18.229/43 - B.O. 31/12/1943.

⁵⁸ Ley N° 11.682 - B.O. 12/01/1933.

perfeccionen manejos de precios, de forma tal que los mismos terminen impactando negativamente en la base imponible del impuesto a las rentas. Acto seguido, se sostiene que ello no ocurre entre los sujetos independientes, debido a que las propias fuerzas del mercado se encargarían de fijar los precios, por consiguiente, en el razonamiento de los legisladores, se lograría en forma satisfactoria la segregación de la fuente argentina con respecto a la fuente extranjera que pudiera generarse de las citadas operaciones.

Varios años más tarde, mediante la sanción de la Ley 20.628⁵⁹, se crea el actual Impuesto a las Ganancias en reemplazo del Impuesto a los Réditos, cuyo artículo 8º incorpora con escasas modificaciones a su predecesor en la norma anterior, del cual partiremos para efectuar el análisis del presente acápite:

Art. 8º - La determinación de las ganancias que derivan de la exportación e importación de bienes se regirá por los siguientes principios:

a) Las ganancias provenientes de la exportación de bienes producidos, manufacturados, tratados o comprados en el país, son totalmente de fuente argentina.

La ganancia neta se establecerá deduciendo del precio de venta el costo de tales bienes, los gastos de transporte y seguros hasta el lugar de destino, la comisión y gastos de venta y los gastos incurridos en la República, en cuanto sean necesarios para obtener la ganancia gravada.

Cuando no se fije el precio o el pactado sea inferior al precio de venta mayorista vigente en el lugar de destino, se considerará, salvo prueba en contrario, que existe vinculación económica entre el exportador del país y el importador del exterior, correspondiendo tomar dicho precio mayorista en el lugar de destino a los efectos de determinar el valor de los productos exportados.

Se entiende también por exportación la remisión al exterior de bienes producidos, manufacturados, tratados o comprados en el país, realizada por medio de filiales, sucursales, representantes, agentes de compras u otros intermediarios de personas o entidades del extranjero.

b) Las ganancias que obtienen los exportadores del extranjero por la simple introducción de sus productos en la República son de fuente extranjera. Sin embargo, cuando el precio de venta al comprador del país sea superior al precio mayorista vigente en el lugar de origen más, en su caso, los gastos de transporte y seguro hasta la República, se considerará, salvo prueba en contrario, que existe vinculación económica entre el importador del país y el exportador del exterior, constituyendo la diferencia ganancia neta de fuente argentina para este último.

En los casos en que, de acuerdo con las disposiciones anteriores, corresponda aplicar el precio mayorista vigente en el lugar de origen o destino, según el caso, y

⁵⁹ Ley Nº 20.628 - B.O. 31/12/1973.

éste no fuera de público y notorio conocimiento o que existan dudas sobre si corresponde a igual o análoga mercadería que la importada o exportada, u otra razón que dificulte la comparación, se tomará como base para el cálculo de las utilidades de fuente argentina los coeficientes de resultados obtenidos por empresas independientes que se dedican a idéntica o similar actividad. A falta de idéntica o similar actividad, se faculta a la Dirección General Impositiva a aplicar el por ciento neto que establezca la misma, a base de ramos que presenten ciertas analogías con el que se considera.

A fines metodológicos, serán desagregados los incisos a) y b) del primer párrafo del citado artículo 8º, por cuanto se refieren a operaciones de exportación e importación respectivamente, como también su segundo párrafo:

i) Operaciones de exportación - inciso a)

- 1º párrafo: establece que las ganancias obtenidas por los exportadores de bienes del país, será completamente de fuente argentina; lo que no agrega demasiado, ya que ello podía concluirse a través de la definición general de fuente contenida en el artículo 5 de la norma.
- 2º párrafo: se ocupa de señalar en forma enunciativa cuales serán los gastos deducibles para arribar a la ganancia neta de las operaciones de exportación.
- 3º párrafo: en esta parte del artículo 8 fue incorporado el mecanismo para prevenir posibles abusos que pudieren afectar la cuantía de la renta local. Este sistema, contemplaba dos supuestos: por un lado, cuando la operación de exportación se lleve a cabo sin fijar precio; y por el otro, cuando la misma se realice por un valor inferior al precio mayorista vigente en el lugar de destino de los bienes exportados. En cualquiera de los citados casos, la ley empleaba una presunción *iuris tantum* (que acepta prueba en contrario) según la cual se asumía que existe vinculación económica entre el sujeto exportador local y el importador del extranjero; generando de esa forma, la obligación para el exportador de utilizar el mencionado precio mayorista para el cálculo de su ganancia neta de fuente argentina. En otras palabras, reemplazaba los precios de venta de la operación por los que entendía, eran los precios de mercado que debieron acordarse.
- 4º párrafo: se encarga de agregar una situación particular a la definición de exportación, con el objeto de incluir dentro de las mismas limitaciones de fuente, a las operaciones en que los bienes comercializados fueran remitidos al exterior por parte de representantes o agentes de compras que actúen en el país a nombre propio.

ii) Operaciones de importación – inciso b)

Por su parte, este inciso se ocupaba de establecer la fuente en lo que a importaciones de refiere, disponiendo que el resultado obtenido de por los exportadores del exterior, por la simple introducción de bienes al país, será íntegramente de fuente extranjera, y consecuentemente no sujeto al impuesto local. El hecho de mencionar la palabra “simple”, tiene como objeto que cualquier otro servicio cobrado, esté o no desagregado en el precio total de la operación, debía analizarse en forma particular (v.g. intereses por financiación, regalías, etc.).

Al igual que ocurría con las exportaciones, la norma se valía de una presunción simple para implantar la vinculación económica entre comprador y vendedor, en el supuesto que el precio de la operación sea superior al vigente en el lugar de origen, menos los gastos de transporte y seguros necesarios hacia nuestro país. En este caso, la diferencia entre ambos precios constituía renta de fuente argentina para el exportador del exterior, sobre la cual debían practicarse las correspondientes retenciones del Impuesto a las Ganancias, recordando que el ingreso del impuesto para los sujetos no residentes se materializa mediante el sistema de “retención en la fuente”.

iii) Segundo párrafo del art.8

La parte final del artículo analizado, intentaba proveer al fisco de algunas herramientas para facilitar el cálculo un eventual ajuste de precios; ya que una vez perfeccionada cualquiera de las dos presunciones de vinculación económica, tanto en el caso de importaciones como también para las exportaciones, no resultaba sencillo identificar los precios mayoristas vigentes del lugar origen o destino, cuando los bienes enajenados no poseían cotización de mercado transparente. Ante esas limitaciones, y con el fin de cuantificar las utilidades de las partes intervinientes en la operación controlada; se facultó al fisco para tomar como información comparable, la rentabilidad de empresas independientes que desarrollaren similares actividades.

El texto legal incorporado como segundo párrafo del artículo 8 de la Ley del Impuesto a las Ganancias, toma la redacción de su antecesor en el Impuesto a los Réditos, agregando pequeñas modificaciones vinculadas a la analogía de las mercaderías comercializadas u otros factores que puedan afectar a la comparabilidad, y consecuentemente ameriten descartar la utilización de los precios de referencia para el ajuste fiscal, en favor del empleo de márgenes de utilidad obtenidos por compañías independientes.

Si nos enfocamos en la metodología que utilizaba la ley vigente hasta el año 1998, cabe señalar que al revés de la concepción actual en materia de precios de transferencia, mediante la cual en una primera etapa se identifican las operaciones entre compañías radicadas en distintos países, para conocer posteriormente si existió algún tipo de vinculación que pueda influir en los precios; siguiendo con el estudio de las condiciones particulares

convenidas en dichas operaciones, evaluando finalmente (en forma directa o indirecta) si los precios se corresponden con los de mercado o son *arm's length*. Durante los años que resultó aplicable el comentado artículo 8, puede afirmarse que el camino era exactamente inverso. El legislador consideró que ante cualquier diferencia negativa entre el precio de la transacción y el mayorista, debía presumirse la inexistencia de oposición de intereses o vinculación económica, y si ésta no lograba desvirtuarse mediante prueba en contrario; serían reemplazados los precios de la transacción por aquellos obtenidos en los mercados mayoristas, a fin de recalcular la renta de fuente argentina.

Lo manifestado anteriormente puede verse claramente en los considerandos del art. 7 del Decreto 18.299, donde se expresaba que:

La solución que se arbitra es de sencilla concepción teórica: en principio, el precio a tomar como base para delimitar la fuente es el precio mayorista; si el precio resultante de la operación no es el precio de mercado, se presume la existencia de unidad económica, salvo prueba en contrario, entre los contratantes. En cuyo caso el fisco prescindirá del precio pactado considerando como base de la negociación el vigente en el mercado mayorista. Si la entidad afectada demuestra que el precio de importación o exportación en su caso, ha sido fijado por las partes actuando libremente conforme a intereses contrarios, la Dirección lo aceptará aunque difiera del corriente en plaza.

En virtud de lo detallado anteriormente, cuando un sujeto residente en el país lleve a cabo operaciones de exportación, con cualquier sujeto del exterior, por debajo del precio del mercado mayorista vigente en el lugar de destino, se presumirá que existe vinculación en la medida que el mencionado sujeto no pueda demostrar lo contrario. En este caso, la mecánica de ajuste no presenta ninguna particularidad, debido a que los mayores precios del mercado mayorista, reemplazarán a los convenidos por las partes, generando una mayor renta de fuente argentina para el sujeto residente en el país, es decir para el exportador. Mientras que, una de las particularidades que llaman la atención, es la forma de ajuste propuesto para el caso de simulación de precios en las importaciones. En esta situación, ante un mayor precio pagado por el sujeto importador local, la diferencia según el inciso b) del artículo 8, constituía renta de fuente argentina para el exportador del extranjero, debiendo actuar como agente de retención el sujeto pagador local. Tal como fuera señalado por reconocidos autores⁶⁰, la norma podía resultar inocua como consecuencia de que el residente argentino deducía de su balance fiscal el costo de compra de mercaderías sobrevaluadas, posibilitando el diferimiento del impuesto hasta el momento de pago de la transacción, oportunidad en que practicaría la retención del tributo. En ese sentido, ha sido mencionado anteriormente el error conceptual que involucra la simulación de los precios para definir la fuente, por consiguiente, el tratamiento que debió proponerse al excedente del precio abonado por el importador

⁶⁰ Gotlib, Gabriel y Vaquero, Fernando M., op. cit. nota 58, Página 432.

argentino, era considerar dichos montos como gasto no computable. El valor resultante del ajuste, se vería a su vez incrementado por la imposibilidad de deducir del balance fiscal los gastos aduaneros incurridos, ya que como destacan Raimondi y Atchabahian⁶¹, estos dejarían de ser gastos realizados para obtener, mantener y conservar la renta gravada.

Como se verá en los acápites siguientes, los intentos del fisco por determinar ajustes de precios de transferencia mediante las herramientas que le brindara el artículo 8 de la Ley del Impuesto a las Ganancias, no han sido para nada sencillos y mucho menos exitosos. Parte de los obstáculos que le han causado grandes inconvenientes no difieren de aquellos que han sido descriptos anteriormente en las modernas prácticas de la materia; como ser la escasa analogía entre las mercaderías a fin de obtener un grado aceptable de comparabilidad que posibilite utilizar los precios mayoristas, o establecer cuál es el mercado transparente que debía considerarse para determinados bienes. En ambos casos, se intentaba comparar los precios de la transacción con los valores de referencia, como actualmente se lleva a cabo en el método del *precio comparable no controlado*; aunque en aquella época no fueron tenidos en cuenta diversos factores que podían incidir en el precio (v.g. estrategias de mercado, efectos financieros, entre muchos otros). Sin embargo, cuando la comparación de los bienes no fuera posible, ya se había incluido como alternativa en la parte final del citado artículo, la posibilidad de cotejar utilidades obtenidas por empresas independientes a fin de evaluar el cumplimiento del principio *arm's length*. Si bien la norma no era precisa en el alcance o procedimiento para llevar a cabo dicha contrastación, representa lo que claramente expresaron Diskenstein y Blanco⁶², “*Era ya un primer elemento todavía embrionario de lo que sería luego la legislación moderna de precios de transferencia que hoy tiene la LIG*”.

4.1.1. El fallo Eduardo Loussinian

Uno de los acontecimientos que marcaron a fuego la aplicación del artículo 8 en la versión que fuera desarrollada en el acápite anterior, provino de la jurisprudencia emanada de la causa Eduardo Loussinian⁶³, según se detalla a continuación:

Se trataba de una compañía radicada en la República Argentina cuya actividad era entre otras cosas a la importación de caucho natural y látex. Con ese fin, se suscribieron dos contratos de suministro en el año 1974, con la compañía extranjera “A.C. Israel Rubber Company”; para que esta última provea el material en forma mensual desde enero de 1974

⁶¹ Raimondi, Carlos A. y Atchabahian, Adolfo, op. cit. nota 59, Página 169.

⁶² Diskenstein, Manuel G. y Blanco, Silvana. El art. 8° de la Ley de Impuesto a las Ganancias. Un Antecedente antes de la legislación moderna de precios de transferencia en Argentina. En: Goldemberg, Cecilia (directora), *Manual de Precios de Transferencia en Argentina*, Ed. La Ley. Año 2007, Página 220.

⁶³ “Eduardo Loussinian S.A.C.I.F.I.A., hoy Sudamericana de Intercambio S.A.C.I.F. s/recurso de apelación”, TFN, Sala B, 17/12/1979. Posteriormente la sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso-Administrativo Federal, Sala III, 08/07/1978; y finalmente la C.S.J.N., 20/09/1983, (“Fallos”: 305-1408).

hasta diciembre de 1975. El fisco, mediante la participación de la Administración Nacional de Aduanas toma conocimiento de posibles maniobras de sobrefacturación. Al profundizar el análisis del caso, la Dirección General Impositiva detecta una baja en el precio de los bienes importados en el mercado de origen, y a su vez, el pedido por parte de la compañía importadora local de la remisión de los bienes al precio estipulado en los mencionados contratos. En ese contexto, el fisco entendió que resultaba procedente la figura dispuesta en el inciso b) del artículo 8 de la Ley del Impuesto a las Ganancias, según la cual, debía emplearse para la determinación de la fuente, el precio mayorista vigente en el lugar de origen más los gastos de fletes y seguro hasta el lugar de destino. Consecuentemente, la diferencia obtenida entre los precios calculados de acuerdo a lo que se indicó antes, con respecto a los efectivamente convenidos en las transacciones, constituía renta de fuente argentina para el beneficiario del exterior. Por lo tanto, el sujeto local debía practicar la retención del gravamen.

Los argumentos de la representación fiscal se encontraban centralizados en la prueba sobre el precio de los bienes vigente en el mercado de origen, sin otorgarle mayor relevancia a la relación que pudiere existir entre las compañías, ya que el texto legal le permitía presumir la vinculación. En la primera instancia del caso, el Tribunal Fiscal de la Nación entendió que se encontraban probados en la causa los siguientes elementos:

- i) Que se habían importado mercaderías y realizado en favor del sujeto del exterior, pagos de precios mayores a los vigentes en la plaza de origen de los bienes.
- ii) Que el importador local no es sucursal, ni subsidiaria del importador, como tampoco integra u conjunto económico con él.

La sentencia fue desfavorable para el importador local, debido a que el citado tribunal entendió que una vez constatada la diferencia de precios, resultaba procedente la presunción de vinculación prevista en el inciso b) del artículo 8. Por su parte, la Cámara Nacional de Apelaciones si bien revocó la sanción por omisión de impuestos, mantuvo el criterio del fallo anterior en cuanto al fondo del asunto. Cabe destacar la parte final del considerando IX, donde el tribunal detalla cual debiera ser la prueba aportada por el contribuyente para desvirtuar la presunción de vinculación económica, refiriéndose a documentación que permita demostrar cuál es la causa que justifique la diferencia de precios.

Posteriormente, el importador apela esta última sentencia, discrepando sobre el tratamiento otorgado en las instancias anteriores, a la prueba presentada con el fin de demostrar la falta de vinculación económica con el sujeto del exterior. En el entendimiento del contribuyente, la inexistencia de oposición de intereses era la condición para que resulte aplicable la presunción, y consecuentemente, el ajuste eventual ajuste por diferencia de precios. Para decidir sobre el caso, La Corte Suprema de Justicia se ocupó de analizar los considerandos de la norma, que fueron parcialmente reproducidos en el acápite anterior del

presente trabajo, para concluir que, si la entidad local demuestra que el precio de importación o exportación ha sido fijado por las partes en condiciones libres de mercado, es decir sin que exista vinculación económica que pudiera influirlo, el fisco deberá aceptar los valores fijados en la transacción sin importar que difieran del valor de plaza. Ese criterio ha sido claramente definido en las palabras del más alto Tribunal:

10) Que toda vez que el art.8, inc. B, de la ley 20.628 persigue evitar un forma específica de sustracción al impuesto a las ganancias de beneficios de fuente argentina, la vinculación económica a la que alude no puede sino referirse a la existencia entre importador y exportador extranjero de una comunidad de intereses, en la que la gestión del primero, ciertamente, importa satisfacer un fin u objetivo común. Agregando en la parte final del considerando siguiente que: Consecuentemente, demostrada la inexistencia de vinculación económica, el art. 8, inc. B, de la ley 20.628 no autoriza a exigir que se justifiquen las razones a las que obedece el mayor precio pagado por el importador nacional con respecto al vigente en el lugar de origen más los gastos de transporte y seguro. A su vez, continuó diciendo:

13) Que aun cuando debe reconocerse la dificultad que entraña definir las características que permiten identificar la existencia de una comunidad de intereses entre dos sujetos jurídicamente independientes, no es menos cierto que tal circunstancia no puede llevar a la frustración del derecho de demostrar la inexistencia de vinculación económica que al importador y exportador confiere la norma.

En función de este último puede razonablemente afirmarse que las diversas situaciones generadas por la aplicación del precepto deber ser analizadas a la luz de su finalidad y teniendo en cuenta las formas generalmente admitidas como manifestaciones de la existencia de un vínculo económico –entre las que se destacan la propiedad del capital, la subordinación orgánica y los convenios de integración (arts. 5º de la ley 12.143, 33 de la ley 19.550, 14 de la ley 20.628; “fallos”: 253-218)–, sin perjuicio de las medidas que se considere adecuado exigir en mérito a las particularidades del caso.

Las pautas señaladas se presentan como razonables para tener por acreditada la inexistencia de vinculación económica, pues de lo contrario cualquier diferencia de precio, por ínfima que fuera, que un importador pudiera haber obtenido en el extranjero por el libre juego de la oferta y la demanda, se tendría necesariamente que tener como prueba en contrario que es lo que acepta la ley.

Por lo que puede concluirse de la causa, el eje central estuvo en comprobar la existencia o no de vinculación económica, cuestión que fue demostrada por el importador a través de un peritaje, según el cual, no se halló información sobre vinculación jurídica, como

tampoco fueron encontradas instrucciones por parte del exportador que prueben algún tipo de vinculación funcional, a fin de configurar control sobre la entidad nacional.

De la argumentación del fisco surge nítidamente, que en el afán de probar que los precios pagados eran superiores a los de mercado (cuestión que fue demostrada desde la sentencia del TFN), pasó por alto que el artículo 8 de la ley 20.628 ponía como condición para que el ajuste sea procedente, que exista vinculación económica, o que el sujeto local no pueda demostrar lo contrario. El beneficio que obtenían las compañías involucradas por la subfacturación y/o sobrefacturación de operaciones que posteriormente se compensaban, podía materializarse mediante la evasión de derechos de importación y con el acceso al tipo de cambio preferencial para la compra de divisas. El problema aquí, como lo han expresado reconocidos autores⁶⁴, radica en que el fisco nuevamente ha confundido dos situaciones distintas: la colusión para evadir impuestos es una cosa y la vinculación económica es otra. Por lo tanto, la inexistencia de esta vinculación en los términos de la Corte, no venía a garantizar la falta de entendimiento entre las partes, que podía manifestarse en conductas antijurídicas con el fin de evadir normas cambiarias o impositivas. Pero esta situación quedaba al margen de las facultades que el artículo 8 le otorgaba al fisco, por lo que años después, el texto legal será objeto de las modificaciones que se desarrollarán a continuación.

4.1.2. Las modificaciones legislativas

A partir del año 1998, fueron introducidos numerosos cambios al tratamiento fiscal de las operaciones internacionales en el Impuesto a las Ganancias; fundamentalmente, se implementó en nuestro país el criterio de renta mundial para los sujetos residentes, y a su vez, en el artículo 15 fueron adoptados los lineamientos de la OECD para el control de precios, en las transacciones desarrolladas entre sujetos vinculados. Ello indudablemente, acarreo numerosas consecuencias respecto del artículo 8, tal cual fuera desarrollado en el punto anterior, además de convertirse en el punto de partida de una serie de cambios que serán tratados a continuación.

4.1.2.1. Ley 25.063

Sin lugar a dudas, el cambio más significativo que introdujo esta reforma, en lo que al artículo estudiado se refiere, venía dado por la eliminación del requisito de “vinculación económica”, conforme a lo que fuera analizado en la causa Eduardo Loussinian. No sólo fue suprimida del texto legal la presunción de vinculación a partir del precio, sino que en su parte final se aclaró que “*Lo dispuesto en este artículo será de aplicación aun en aquellos casos en los que no se verifique vinculación económica.*”. Es entonces, que el fisco quedó habilitado

⁶⁴ Raimondi, Carlos A. y Atchabahian, Adolfo, op. cit. nota 59, Página 157.

para controlar cualquier intento de colusión entre sujetos de distintos países, sin las limitaciones que le ocasionaba una eventual falta de vinculación entre las partes.

En lo que a precios mayoristas se refiere, el parámetro de comparabilidad se mantuvo en la plaza de destino para las exportaciones, y en el mercado de origen menos gastos de transporte y flete para importaciones. Sin embargo, fue incorporada al artículo 8, la herramienta prevista en la versión anterior del artículo 11 del DRLIG, según la cual, el fisco podía a su vez emplear para el cotejo de las operaciones internacionales el precio mayorista de la plaza del vendedor en los casos de exportación, o el precio mayorista de la del comprador cuando se trate de importaciones; ambos, con el límite del precio real de las mismas; es decir, que de la confrontación no podía resultar en un ajuste favorable al contribuyente. En síntesis, a partir de esta reforma, la autoridad de aplicación podía valerse de información proveniente de cualquier mercado (origen o destino), a fin de analizar los precios de importación y exportación de bienes.

Otro de los temas que generó alguna incertidumbre se refiere a la posibilidad por parte del contribuyente de ofrecer prueba en contrario. Esta situación se generaba, ya que en la versión anterior del artículo 8, como se ha visto anteriormente, dicha prueba se encontraba orientada a echar por tierra la presunción de vinculación económica; en cambio, en su nueva versión ya no existía la mencionada presunción. En ese contexto, la finalidad de la prueba únicamente podía interpretarse como una facultad en favor del contribuyente, con el objeto de exponer los motivos económicos que generaron el desvío del precio de las transacciones, con respecto a los precios del mercado mayorista con lo que haya sido comparado.

Finalmente, durante el breve período de tiempo en que estuvo en vigencia la norma⁶⁵, puede afirmarse que rigieron en forma simultánea dos regímenes de precios de transferencia para las operaciones desarrolladas por compañías vinculadas. Por un lado, el artículo 15 con las nuevas normas en la materia; y por otro, la permanencia del artículo 8 para las operaciones de importación y exportación de bienes. Esta situación fue aclarada mediante el nuevo texto del artículo 11 del DRLIG, que disponía la aplicación de los precios mayorista de origen y destino para las operaciones alcanzadas por el artículo 8, dejando en segundo término el empleo de los mecanismos del artículo 15, para aquellos casos en que no puedan determinarse los mencionados precios mayoristas.

4.1.2.2. Ley 25.239

No fue necesario esperar mucho tiempo para que llegara la presente reforma con el fin de aclarar cuál debía ser el alcance de los distintos regímenes existentes a esa fecha, habida cuenta los problemas de interpretación que generaba el escenario descripto en el apartado

⁶⁵ A partir del 31/12/1998 hasta los ejercicios que se inicien el 30/12/1999.

anterior. Fue entonces con la sanción de la ley 25.239⁶⁶, que se delimitaron los mecanismos que conducen al control de los precios en las operaciones de comercio exterior:

- Sujetos independientes: les aplica en forma exclusiva el artículo 8 de la LIG, aclaración que fuera incorporada en el primer párrafo de la norma, resultando los precios sujetos al cotejo con respecto de aquellos provenientes de los mercados mayoristas de origen y destino; y manteniendo la aplicación supletoria del procedimiento del artículo 15 para aquellas situaciones en que los bienes comercializados no cuenten con mercado transparente, o existan dudas sobre la comparabilidad de los precios de mercado.
- Sujetos vinculados: corresponde incluir aquí también a los casos en que la vinculación se manifieste a través de las funciones desarrolladas por los distintos entes (vinculación funcional), como a su vez, a quienes realicen operaciones con sujetos radicados en países de baja o nula tributación. En cualquiera de estas variantes, resulta de aplicación para el estudio de los precios de transferencia, las nuevas prácticas incorporadas en el artículo 15.

Finalmente, como señala Scalone⁶⁷, fue necesaria una adaptación técnica al quinto párrafo del artículo analizado, que reemplace la referencia a filiales y sucursales (ya que necesariamente estos son sujetos vinculados que se rigen por las normas de precios de transferencia), manteniendo en la definición de exportación a representantes e intermediarios, pero aclarando que actúen en forma independiente de los sujetos del exterior y en el curso ordinario de sus negocios.

4.1.2.3. Ley 25.784

Sin que se hubieren apaciguado aún las críticas de la doctrina sobre las imprecisiones de la reforma anterior, en el año 2003 se dispuso el actual texto del artículo 8 mediante la sanción de la ley 25.784⁶⁸, con el fin de aportar mayor claridad sobre el tratamiento fiscal de las operaciones de comercio exterior de mercaderías.

En lo que se refiere a la determinación de la fuente, si bien la estructura actual difiere de sus antecesoras, la redacción corrida aborda en primer término a las exportaciones, para ocuparse posteriormente de las importaciones. En ese orden de ideas, uno de los cambios más significativos se vinculó con el alcance de las operaciones reguladas, a consecuencia de la supresión de referencias expresas sobre operaciones independientes, ubicadas en el primer y

⁶⁶ Ley N° 25.239 - B.O. 31/12/1999, con aplicación para los ejercicios que inicien desde la fecha de su publicación.

⁶⁷ Scalone, Enrique L., “Precios de transferencia. Situación actual en Argentina”, Doctrina Tributaria ERREPAR (DTE), marzo 2000.

⁶⁸ Ley N° 25.784 - B.O. 22/10/2003, con vigencia a partir de la fecha de su publicación.

quinto párrafo de su texto inmediato anterior (según ley 25.329); tal como fuera detallado en el acápite precedente. La motivación que ha generado este cambio, radica en que el artículo analizado establece las bases generales para la determinación de la fuente, sin importar que las operaciones se lleven a cabo entre sujetos vinculados o independientes, de acuerdo al siguiente esquema:

- Exportaciones: Son totalmente de fuente argentina, las ganancias originadas en la exportación de bienes producidos, manufacturados, tratados o comprados en el país; manteniendo las deducciones permitidas para arribar al resultado neto de la operación. Sin embargo, deberán ser incluidas también dentro de este concepto, a las ventas en el exterior de los mencionados bienes, que hayan sido exportados previamente en forma definitiva para ser luego enajenados en el extranjero; norma que se encuentra complementada por la parte final del artículo 127 de la LIG.
- Importaciones: Para este caso, se mantuvo el criterio de considerar como renta de fuente extranjera, a las ganancias que obtengan los exportadores del exterior por la simple introducción de bienes al territorio nacional. A su vez, fue suprimido el mecanismo según el cual, ante una diferencia en el precio de las importaciones debía practicarse la retención del gravamen al sujeto del exterior, ya que este mayor precio era considerado anteriormente como ganancia de fuente argentina. Si bien la norma actual no prevé un tratamiento específico para las eventuales diferencias en los precios de las importaciones, tal como se ha dicho anteriormente, una solución razonable puede hallarse en considerar al sobreprecio como gasto no computable, es decir, a través de fijar un menor costo de la mercadería importada para el residente local.

En lo que respecta a las operaciones desarrolladas entre sujetos vinculados, el cuarto párrafo dispone que cuando sus precios y condiciones no se ajusten a las prácticas habituales de mercado, los mismos deberán ajustarse de acuerdo al procedimiento del artículo 15 de la ley del gravamen, es decir, que remite en forma acertada a las normas específicas de precios de transferencia. Por su parte, el quinto párrafo incorpora una presunción, que afecta específicamente a las transacciones desarrolladas con personas físicas o jurídicas domiciliadas o radicadas en países de baja o nula tributación⁶⁹; mediante la cual se las considera que no cumplen con el principio *arm's length* y deben ser evaluadas de acuerdo al citado artículo 15. Consecuentemente, puede concluirse que el legislador ha preferido evitar la compleja tarea que podría demandarle al fisco, el hecho de intentar demostrar algún tipo de vinculación económica con los sujetos establecidos en los mencionados países; obligando directamente al análisis de los precios pactados en para esta clase de operaciones.

Finalmente, en lo concerniente a la utilización de los precios mayoristas como pauta de evaluación de las condiciones de mercado, cabe señalar que las mismas fueron

⁶⁹ A tal efecto, se detallan en el artículo 21.7 del Decreto Reglamentario de la LIG, aquellos territorios, jurisdicciones o regímenes impositivos especiales que deberán ser considerados de baja o nula tributación.

convenientemente suprimidas del texto legal, considerando las numerosas limitaciones y problemas que su empleo generaba. Por lo tanto, la situación actual ha quedado circunscripta a las siguientes posibilidades:

- i) Operaciones sin mercado transparente: Comprende a las importaciones y exportaciones de bienes que no cuenten con un precio internacional de público y notorio conocimiento, surgido de mercados reconocidos, bolsas o similares. Para estos casos, el séptimo párrafo del artículo 8 estableció un régimen de información que alcanza a las operaciones desarrolladas entre sujetos independientes⁷⁰; mediante el cual los contribuyentes deberán aportar datos como por ejemplo: costos, márgenes de utilidad, tipo y cantidad de productos comercializados, etc.

Si bien esta nueva norma no brinda precisiones sobre cómo debería practicarse un eventual ajuste en casos de subfacturación o sobrefacturación, puede afirmarse que el fisco conserva plenamente la facultad de impugnación de precios ante casos de connivencia entre las partes.

A su vez, vale aclarar que las transacciones desarrolladas entre sujetos vinculados, deberán ser analizadas según los procedimientos definidos para precios de transferencia, de acuerdo a lo que fuera comentado anteriormente.

- ii) Operaciones con mercado transparente: Para las transacciones comprendidas en este supuesto, el sexto párrafo del artículo 8 establece que tratándose de importaciones y exportaciones de bienes que cuenten con mercado transparente, es decir, que su precio sea de público y notorio conocimiento; corresponderá salvo prueba en contrario, utilizar dichos precios de mercado para la determinación de la ganancia de fuente argentina. Sin embargo, del análisis de la norma han surgido diversas interpretaciones, fundamentalmente vinculadas a su alcance, tal como será desarrollado a continuación.

Por un lado, puede ubicarse a quienes sostienen que la presunción utilizada para fijar el precio no se agota en las operaciones de sujetos independientes, sino que también, resulta aplicable aún cuando exista vinculación entre las partes. Uno de los fundamentos que abona esta postura parte del análisis literal sobre el sexto párrafo del artículo 8, según el cual, la norma no se limita a una hipótesis de sujetos sin vinculación, como tampoco hace una remisión expresa de los sujetos relacionados hacia los mecanismos específicos del artículo 15 LIG, que permita dejar fuera a éstos últimos. Para reforzar esa idea, Gotlib y Vaquero⁷¹ apuntan que:

Una interpretación contraria implicaría que una operación con una entidad vinculada o con una jurisdicción de baja o nula tributación se encontraría en mejores

⁷⁰ Cuando las mismas superen la suma de \$1.000.000 anuales, de acuerdo al Decreto 916/2004 – B.O.: 23/07/2004.

⁷¹ Gotlib, Gabriel y Vaquero, Fernando M., op. cit. nota 58, Página 430.

condiciones que una operación entre partes no vinculadas. En el primer caso, el contribuyente podría aplicar los métodos previstos en el artículo 15 de la LIG para justificar el precio, mientras que si la operación es entre no vinculados, se aplicaría el precio internacional salvo prueba en contrario.

En sentido contrario, se ubican quienes sostienen que el citado sexto párrafo del artículo 8 alcanza exclusivamente a las transacciones realizadas entre sujetos independientes. Ello ocurre, habida cuenta que para los casos de vinculación entre las partes, la propia norma presenta metodologías específicas de evaluación de los precios; sin que las mismas se vean afectadas por la incorporación de una presunción más o menos gravosa en las operaciones independientes. Sin embargo, tal como señala Goldemberg⁷², sería recomendable una aclaración que limite el uso de los precios de mercado a las transacciones no controladas, “*pues esta norma opera como presunción de valor, concepto que es ajeno a la filosofía de la aplicación de métodos de precios de transferencia para apreciar la calidad 'arm's length' del precio acordado en cada caso*”.

Más allá de las posibles controversias que pueda generar su interpretación, siguiendo el razonamiento de la cita autora, al tratarse de commodities el mecanismo de control de precios previsto en el artículo 8 de la LIG, debiera arribar a una solución consistente con el estudio de la operación desde un enfoque de precios de transferencia; ya que en principio, al contar con mercado transparente el método más apropiado sería el *precio comparable entre partes independientes (CUP)*. No obstante ello, quedaría aún sin resolver la forma en que se emplea el precio de mercado público; ya que como se ha dicho anteriormente, el texto del actual artículo 8 no dispone *comparar o cotejar* dichos valores con aquellos acordados en las operaciones analizadas, sino que, directamente obliga a utilizarlos para la determinación de la renta en las transacciones alcanzadas. En resumen, esta presunción legal de valor, constituye la principal diferencia entre los distintos enfoques con que pueden abordarse las operaciones de comercio exterior que cuenten con mercado transparente.

Para concluir el análisis sobre este tipo de operaciones, es importante señalar dos particularidades que subsisten hasta el presente, sin que las mismas hayan sido posteriormente aclaradas, ni siquiera mediante su reglamento:

- Utilización del precio de mercado: Tal como se ha dicho anteriormente, el sexto párrafo del artículo 8 obliga a reemplazar el precio fijado en esta clase de transacciones, por su equivalente obtenido en el mercado transparente en que los bienes coticen; ello es así, a los fines de cuantificar el resultado neto de fuente argentina. Sin embargo, podría ocurrir que un exportador realice operaciones a un

⁷² Goldemberg, Cecilia, “Comentarios a las modificaciones introducidas por la ley 25.784 al impuesto a las ganancias”, Doctrina Tributaria ERREPAR (DTE), diciembre 2003.

precio mayor que el de mercado, ¿debería entonces reemplazar el precio pactado por uno menor? Esta situación pareciera ser un descuido del legislador más que un efecto deseado por la reforma; que buscaría sólo ajustar aquellas operaciones con un margen de beneficio menor al que resultase si se tomaran los valores de mercado.

- Prueba en contrario: Si bien la posibilidad de aportar pruebas no es algo exclusivo de la última versión de la norma, ello ha ido variando a través de las sucesivas modificaciones. En ese contexto, su inclusión dentro del sexto párrafo del artículo 8 de la LIG no ha sido lo suficientemente clara, es entonces que ciertos autores⁷³ han sostenido que *“La prueba en contrario que admite la norma tiene en mira reglar la posibilidad, muy común en este tipo de operatoria, de utilizar operaciones a futuro, 'hedging' u otras operaciones donde se utilizan instrumentos derivados.”*. Adicionalmente a estas situaciones particulares, pareciera ser que su intención apunta a dejar abierta la posibilidad al contribuyente de probar que no obstante el valor de la transacción analizada difiera del precio de mercado, el mismo ha sido convenido entre partes independientes; es decir, sin que se materialice algún tipo de vinculación económica que pueda afectar significativamente al precio de la operación.

4.1.3. Jurisprudencia relevante

Sin lugar a dudas, el antecedente más importante de Precios de Transferencia en lo concerniente a operaciones de comercio exterior de bienes, fue el fallo de la Corte Suprema en la causa Eduardo Loussinian que ha sido desarrollado extensamente a lo largo del presente capítulo. Desde entonces, no han sido muchos los casos en que fueran discutidos los temas aquí tratados, aunque ha trascendido que el fisco realizó diversas auditorías a determinadas industrias (v.g. automotriz, agropecuaria, farmacéutica), con el fin de efectuar un control de precios en sus operaciones internacionales.

Una de las oportunidades en que se discutió la aplicación del artículo 8 de la LIG, fue en la causa Laboratorios Bagó⁷⁴, donde el organismo de contralor detectó diferencias entre los precios de venta de un mismo medicamento, comparando los valores del mercado local con aquellos que utilizaba la compañía para sus exportaciones a sujetos vinculados del exterior, siendo menores en este último caso. Vale aclarar que el período en que se realizaron dichas operaciones fue el año 1997, por lo tanto si bien la norma aplicable era el citado artículo 8, hay que considerarlo en su versión previa a la reforma de la ley 25.063. Recordemos entonces, que en ese escenario el texto legal disponía que el análisis debiera partir de la diferencia de precios en los productos comercializados, para luego aplicar la presunción de vinculación económica, ya que sin ella, cualquier ajuste pretendido no sería

⁷³ Yemma, Juan C. - Diskenstein, Manuel G., “Nueva modificación a la legislación de precios de transferencia”, Doctrina Tributaria ERREPAR (DTE), enero 2004.

⁷⁴ “Laboratorios Bagó S.A.”, TFN, Sala B, 16/11/2006.

procedente. Un elemento adicional que resulta importante para comprender el litigio, se encuentra en el último párrafo de ese mismo artículo, según el cual, ante dificultades para establecer el precio mayorista del lugar de destino (utilizado como parámetro en la comparación), “[...] se tomará como base para el cálculo de las utilidades de fuente argentina los coeficientes de resultados obtenidos por empresas independientes que se dedican a idéntica o similar actividad.”, previendo a su vez como tercera alternativa, que podía emplearse el porcentaje de utilidad neta sobre ramos que presenten “ciertas” analogías.

En primer término, podría sostenerse que una de las estrategias de defensa posible hubiera sido rebatir la presunción de vinculación, ya que es necesario para ello partir de la diferencia en el precio de las transacciones; sin embargo, ante la clara relación jurídica de la compañía local con los sujetos del exterior que habían adquirido sus productos, Bagó prefirió centrar la discusión en los precios de sus exportaciones, aceptando la existencia de vinculación económica. Desde el comienzo, la fiscalización se encontró con un obstáculo difícil de sortear, que fue la infructuosa búsqueda del precio mayorista en el mercado de destino. Ello ocurre, porque en muchos casos sencillamente no existe un producto lo suficientemente comparable⁷⁵, sumado a las particularidades de la industria que fueron detalladas en la causa al mencionar que: *“Las normas legales de cada uno de los países a los que se exporta, que regulan la comercialización de especialidades medicinales, confieren la autorización de hacerlo a una única entidad. En consecuencia es imposible comparar en el mismo mercado precios entre operaciones realizadas con empresas vinculadas e independientes.”*. Consecuentemente, una vez abandonada la idea de obtener un precio mayorista asimilable en el lugar de destino, el fisco se abocó a encontrar un parámetro de comparabilidad, utilizando para ello, a los porcentajes de rentabilidad de otros laboratorios locales. A partir de aquí, el pleito se resolvió en favor del contribuyente por una cuestión de hecho y prueba; habiendo este presentado un acabado estudio de los precios de exportación realizado por una consultora independiente, donde se detallaron los criterios empleados para la selección de la muestra de sujetos comparables, valuación de los productos, cotejo de costos y precios, y fundamentalmente los ajustes de comparabilidad que llamativamente resultaron olvidados en la determinación fiscal. De tal forma, si bien cada uno de los juzgadores ha expresado sus consideraciones en el fallo, todos concluyen que las impugnaciones de precios que intenta el organismo recaudador deberán ser lo suficientemente sólidas para rebatir el impuesto determinado por la compañía; lo que no ocurre en el caso puntual donde la auditoría se limitó a la selección de cinco laboratorios que consideró comparables, para luego utilizar un promedio de sus rentabilidades como base del ajuste; sin hacer una crítica concreta a la información aportada en la causa por el contribuyente.

Adicionalmente al comentado caso, en el año 2009 fueron dictados dos fallos en la materia vinculados a la industria automotriz, a los que resultaba aplicable la legislación

⁷⁵ Se dan por reproducidas aquí las dificultades que presenta la búsqueda de comparables, tal como han sido desarrolladas en el punto 3.1.1, referidas al método de precio comparable entre partes independientes (CUP).

vigente para el año 1998, es decir, aquí también se deberá considerar el artículo 8 del gravamen previo a la reforma de la ley 25.063. Sin embargo, a diferencia de lo que se ha visto en el caso anterior, la representación fiscal se valió de lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto Reglamentario vigente a esa fecha; el cual preveía como una cuarta alternativa para la evaluación de los precios, que “[...] *la Dirección podrá también establecer el valor atribuible a los productos objeto de la transacción, tomando el precio mayorista de la plaza del vendedor en los casos de exportación [...]*”. Por consiguiente, podría afirmarse que en ambos casos no pudo ser hallado un bien lo suficientemente asimilable en el mercado mayorista de destino, habida cuenta las inconciliables diferencias que ocasionaría emplear un automóvil de otra marca para intentar hacer una comparación razonable de precios. Esta situación fue lo que llevó a practicar los ajustes fiscales de ambas causas, utilizando el precio mayorista del mercado local, en el marco del mencionado artículo 11 del DRLIG.

En el primero de los casos⁷⁶, DaimlerChrysler había exportado automóviles a Brasil por un valor inferior al que arribara el fisco considerando los precios mayoristas del mercado local. De lo que puede observarse en la causa, el contribuyente orientó su defensa en probar que no existía vinculación económica con el importador del exterior, para luego, oponer la inconstitucionalidad del mencionado artículo 11. Finalmente, se abocó a cuestionar los precios empleados por el fisco, argumentando que existían operaciones de exportación similares, llevadas a cabo por compañías locales análogas, lo que permitiría desde su punto de vista utilizar el coeficiente previsto en el artículo 8 de la ley, en lugar del precio mayorista local. Sintéticamente, puede señalarse que la Sala “A” del Tribunal Fiscal de la Nación entendió que el organismo recaudador ha probado fehacientemente la vinculación económica entre las partes, ya que no puede desconocerse que las compañías involucradas pertenecen al mismo grupo económico. En lo que al precio de las operaciones respecta, el contribuyente no ha demostrado en la causa motivos suficientes para desvirtuar aquellos que fueron utilizados por el fisco; en otras palabras, no logró implantar en el razonamiento de los juzgadores la idea de que valores del mercado mayorista local, presentan significativas diferencias con los precios de las exportaciones, a tal punto que los mismos no sean razonablemente comparables. Por consiguiente, fueron ajustados los precios de las operaciones acogiendo el criterio de la autoridad fiscal.

En forma similar al caso anterior, la compañía Volkswagen Argentina ha sido objeto de auditorías tributarias sobre los precios de sus exportaciones a sujetos vinculados del exterior. En esta sentencia⁷⁷, que fuera posteriormente ratificada por la Cámara Nacional de Apelaciones, también pudo ser probado por el fisco que el importador del exterior se encontraba vinculado a la compañía local, no por una relación jurídica, sino a través de contratos y/o acuerdos comerciales que generaban una vinculación funcional. No son pocos los elementos que se repiten con respecto del fallo DaimlerChrysler; vale decir que el sujeto

⁷⁶ “Daimlerchrysler Argentina S.A.”, TFN, Sala A, 02/09/2009.

⁷⁷ “Volkswagen Argentina SA s/apelación.”, TFN, Sala B, 11/12/2009. Posteriormente, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso-Administrativo Federal, Sala IV, 30/08/2012.

analizado era el exportador argentino, ya se ha dicho que ambos pertenecen a la misma industria, el destino de los bienes era el mercado Brasileiro; y finalmente, el precio utilizado por el fisco para plantear el ajuste fue el previsto en el artículo 11 del DRLIG, o sea, el valor de venta a concesionarios locales. A pesar de todas estas similitudes, la sentencia resultó favorable al contribuyente, ya que como se ha dicho, es habitual que este tipo de controversias se resuelva por una cuestión de hecho y prueba. En ese contexto, resulta conveniente citar la apreciación del vocal preopinante sobre la pericia, detallando que:

[...] la experta en comercio internacional concluye que el precio mayorista para los concesionarios no resulta comparable con el precio de exportación, por una confluencia de factores, entre ellos: que al precio de exportación se le deducen los subsidios, desgravaciones, reembolsos y otras ventajas a la exportación, en tanto que en el precio mayorista local están incluidos los costos e impuestos que no se trasladan al precio de exportación (impuesto a los ingresos brutos, costos indirectos de comercialización, costos de publicidad, costo de seguros, costos de garantías, costos de distribución).[...] Por lo expuesto, concluye la experta que la metodología aplicada por la inspección no compara términos homogéneos en materia de precios mayoristas locales y precios de exportación. El subrayado fue agregado.

A su vez, se encarga de señalar en su voto que no debe ser pasada por alto la estrategia comercial⁷⁸ de la compañía analizada, toda vez que resulta atendible el hecho de incrementar la producción para permitir al fabricante generar una reducción en los costos, que pueda ser trasladada al cliente vía descuento por volumen. En otro orden de ideas, cabe agregar que si bien con distintos argumentos, el resto de los vocales de la Sala “B” del TFN arribaron a las mismas conclusiones. Al respecto, puede destacarse la interpretación efectuada por parte del doctor Torres, quien valiéndose de lo previsto en el Convenio para evitar la Doble Imposición entre nuestro país y Brasil, se inclina por la aplicación de las normas internacionales en la materia, que aún no se encontraban vigentes en la ley doméstica a esa fecha. En resumidas cuentas, señala “*Que la corrección de los precios de transferencia debe efectuarse en dos pasos: el análisis funcional y la comparabilidad de bienes para establecer el precio de plena concurrencia de acuerdo al método más apropiado.*”, por lo tanto, consideró que el fisco no se ajustó al empleo de los métodos tradicionales propuestos por la OECD, como tampoco evaluó la incidencia en el precio de las condiciones particulares del caso, como ser las compensaciones intencionadas pactadas entre las partes⁷⁹.

⁷⁸ La influencia que pueden ocasionar las distintas estrategias comerciales sobre los precios, fue detallada en el apartado e) del punto 2 del presente trabajo.

⁷⁹ La relevancia que cobran las compensaciones recíprocas en el marco de un análisis global de las compañías involucradas, ha sido desarrollada en el punto 2.6 del presente trabajo.

4.2. La contabilidad separada y el operador independiente

Tal como ha sido mencionado anteriormente, las primeras normas antielusivas datan de hace muchos años en el ordenamiento positivo de nuestro país, específicamente en lo que se refiere al impuesto sobre la renta. A continuación, serán desarrollados cuáles eran y que funciones tenían los controles específicos que rigieron hasta la llegada de las normas modernas de precios de transferencia introducidas por la ley 25.063.

Antes que nada, cabe destacar un requisito esencial para el control de las operaciones realizadas entre sujetos vinculados, que ha mantenido su espíritu invariable a través del tiempo, y se refiere al denominado principio de contabilidad separada dispuesto en el primer párrafo del artículo 14, del texto original la ley 20.628. El mismo dispone que: *“Las sucursales y filiales de empresas o entidades del extranjero deberán efectuar sus registraciones contables en forma separada de sus establecimientos matrices, efectuando en su caso las rectificaciones necesarias para fijar su ganancia neta real de fuente argentina.”*, manteniendo el fisco la facultad de verificación para determinar la mencionada renta neta de fuente argentina, en el caso que dichos registros no reflejen la realidad económica de sus operaciones. No es ocioso recordar, que en aquella época el tributo aplicaba el criterio de *territorialidad de la fuente*, por lo tanto sólo gravaba a los referidos resultados de fuente argentina.

Por otro lado, en lo que respecta al tercer párrafo de esa versión del artículo 14 que rigió desde comienzos de la década del 70, cabe agregar que rápidamente encontró ciertas dificultades. En resumidas cuentas, se establecía allí que las prestaciones financieras, tecnológicas y de asesoramiento técnico recibidas por las filiales y/o sucursales de empresas extranjeras; que se encontraran radicadas en el país, no serían deducibles de los balances fiscales, por lo que correspondía gravarlos con la tasa vigente para las utilidades de sociedades del exterior. Sin embargo, pocos años después la Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunció⁸⁰ en determinadas oportunidades sobre la relación jurídico-económica de las compañías vinculadas internacionalmente; aplicando el criterio de “unicidad de sujeto”, es decir, desde una óptica que se desprende de la forma legal y evalúa la operación económica como si todos los involucrados formaren parte un mismo sujeto.

No obstante, lejos de encausarse bajo esta corriente interpretativa, mediante la ley 21.481⁸¹ fueron introducidas modificaciones al comentado tercer párrafo del artículo 14, que significó entre otras cosas, la incorporación del principio del operador independiente a la Ley del Impuesto a las Ganancias, al disponer que:

⁸⁰ “Parke Davis de Argentina y Cía. SA”, C.S.J.N., 31/07/1973; “Ford Motor Argentina SA”, C.S.J.N., 05/02/1974; entre otros.

⁸¹ Ley N° 21.481 - B.O. 05/01/1977 con vigencia a partir de su publicación.

Los actos jurídicos celebrados entre una empresa local de capital extranjero y la persona física o jurídica domiciliada en el exterior que directa o indirectamente la controle serán considerados, a todos los efectos, como celebrados entre partes independientes cuando sus prestaciones y condiciones se ajusten a las prácticas normales del mercado entre entes independientes, con las limitaciones siguientes:

- 1) préstamos: deberán ajustarse a las disposiciones establecidas en el inciso 1) del artículo 20 de la ley de inversiones extranjeras (t.o. 1980 y modif.);*
- 2) contratos regidos por la ley de transferencia de tecnología: de acuerdo con lo que al efecto establezca dicha ley.*

Cuando no se cumplieren los requisitos previstos en el párrafo anterior para considerar a las respectivas operaciones como celebradas entre partes independientes, las prestaciones se tratarán con arreglo a los principios que regulan el aporte y la utilidad. El subrayado fue agregado.

Como puede observarse, de esta versión del texto legal que será de aplicación hasta el año 1998, surgen los elementos que delimitaron el funcionamiento del principio del operador independiente por más de 20 años, cuyas características más importantes serán desarrolladas a continuación:

- i) Sujetos alcanzados: Desde la primera parte de este tercer párrafo del artículo 14, puede advertirse un acotado universo de entidades que deberán observar lo dispuesto por la norma; ya que, únicamente se encontrarán sometidos al control de precios en sus transacciones internacionales, aquellas empresas locales de capital extranjero que sean directa o indirectamente controladas por una persona física o jurídica del exterior. La parte final de ese mismo artículo se encarga de definir con precisión quiénes serán dichos sujetos, mediante la remisión directa a la Ley de Inversiones Extranjeras, donde se establece que será considerada como una compañía local de capital extranjero a “*Toda empresa domiciliada en el territorio de la República, en la cual personas físicas o jurídicas domiciliadas fuera de él sean propietarias directa o indirectamente de más del 49% del capital o cuenten directa o indirectamente con la cantidad de votos necesarios para prevalecer en las asambleas de accionistas o reuniones de socios.*”⁸²

En ese contexto, si una sociedad que formaba parte de un grupo económico realizaba operaciones con sujetos del exterior, sin que se perfeccione una posición de control en los términos citados anteriormente, no resultaba procedente la aplicación del instituto. Esta situación dejaba abierta la puerta a una posible planificación fiscal, ya que no alcanzaba a eventuales casos de manipulación de precios entre compañías vinculadas que sean dominadas por un tercero; es decir, a las transacciones entre empresas pares o que ocupan posiciones similares dentro del mismo grupo económico.

⁸² Inciso 3 del artículo 2º de la ley 21.382 - B.O. 19/08/1976.

- ii) Operaciones reguladas: De forma diametralmente opuesta con las limitaciones del alcance subjetivo, todos los actos jurídicos que realicen las empresas locales de capital extranjero y sus controlantes, quedaban comprendidos en las previsiones del artículo 14; por lo tanto, los precios convenidos para las transacciones de cualquier tipo de servicios debían ajustarse a las prácticas de mercado entre operadores independientes. Vale aclarar, que la actividad de importación y exportación de bienes quedaban reguladas por el artículo 8 de la ley del gravamen, tal como fuera desarrollado en la primera parte del presente capítulo.

Es preciso señalar, que con la reforma de la ley 21.481 fueron incorporados controles adicionales para determinadas actividades. Tal como puede observarse en el apartado 1) de la cita en la página anterior; los préstamos financieros recibidos de los sujetos controlantes del exterior, debían someterse a la aprobación del Banco Central de la República Argentina; quien autorizaba el pago de intereses y la repatriación de los préstamos, luego de realizar un análisis sobre la tasa de interés y los ratios de endeudamiento, similares a los que practica el fisco para evaluar la *capitalización exigua*⁸³. Por su parte, en lo que se refiere al apartado 2), los contratos de transferencia de tecnología debían ser inscriptos para su valoración ante el Instituto Nacional de Tecnología Industrial (INTI)⁸⁴, quien los aprobaba “*si del examen de los mismos resulta que sus prestaciones y condiciones se ajustan a las prácticas normales del mercado entre entes independientes, y siempre que la contraprestación pactada guarde relación con la tecnología transferida*”⁸⁵. Puede concluirse entonces, que el legislador ha preferido delegar la evaluación de estas prestaciones específicas a organismos especializados, los que deberán expedirse sobre cada caso en particular, y de cuyos dictámenes dependerá el tratamiento fiscal aplicable por parte de la compañía local.

- iii) Método de ajuste: Más allá de la amplitud y diversidad de operaciones que podían quedar sujetas a este control (v.g. asesoramiento técnico, patentes e intangibles, control de calidad o marketing, entre muchos otros), la norma no brindaba mayores presiones sobre cómo debía realizarse el análisis de precios. Por lo tanto, en el caso que las transacciones analizadas no cumplieren con los requisitos formales (préstamos y transferencia de tecnología), o los precios acordados no sean considerados *arm's length*, el artículo 14 de la LIG disponía que las prestaciones debían ser tratadas de acuerdo al “principio del aporte y la utilidad”.

⁸³ Scalone, Enrique L., op. cit. nota 70.

⁸⁴ Actualmente llamado Instituto Nacional de la Propiedad Industrial (INPI).

⁸⁵ Artículo 5 de la Ley de Transferencia de Tecnología – 22.426 - B.O. 23/03/1981 en igual sentido que sus predecesoras.

Ahora bien, tal como ha señalado Kern⁸⁶, si quisiéramos emplear el citado principio para practicar un ajuste sobre los precios de transferencia; razonablemente cabría esperar que el excedente del precio, en el caso de servicios recibidos del sujeto controlante del exterior, sea considerado como un aporte de capital. Esta situación generaría dos consecuencias; en primer término la imposibilidad de deducir del gasto en el balance fiscal de la compañía local; y desde el punto de vista del prestador; los pagos que reciba por el excedente del precio debieran recibir el tratamiento de dividendos u otras utilidades según el tipo societario de la compañía argentina.

No obstante, no fue esta la solución establecida en el artículo 20 del reglamento, que dispuso un método de ajuste poco ortodoxo; según el cual, cuando las operaciones no sean consideradas como celebradas entre partes independientes, la totalidad de los importes pagados por transferencia de tecnología o préstamos, o el excedente para el resto de los servicios; recibirán el tratamiento de renta argentina gravada en cabeza de la compañía local, sin perjuicio de su deducción como gasto.

En otras palabras, la empresa local de capital extranjero podía deducir aquellos pagos realizados, aun no habiéndose pactados los mismos en condiciones *arm's length* o sin cumplir los requisitos de validación para las mencionadas rentas específicas; sin embargo, se generaba una obligación autónoma⁸⁷ a su cargo, que constaba en ingresar el impuesto calculado sobre los importes señalados en el párrafo anterior; en forma independiente al tributo que determinase habitualmente por sus operaciones.

- iv) Obligaciones formales: En lo que se refiere a la presentación de alguna clase de declaración jurada informativa, cabe señalar que durante el transcurso de tiempo que permaneció vigente esta versión del artículo 14; no existía ninguna obligación formal para las empresas locales de capital extranjero de informar sobre sus operaciones internacionales; sino que, los datos sobre este tipo de transacciones eran solicitados por el fisco en el marco de una fiscalización.

Uno de los acontecimientos trascendentes que ocurriera a comienzos de la década del 90 y merece destacarse por las implicancias que acarrea, de acuerdo a lo que oportunamente señalara Goldemberg⁸⁸, vino dado por la desregulación económica que generó la sanción de la ley 23.697 y posteriormente el decreto 1853/93⁸⁹. Estos cambios, afectarían directamente a los controles específicos en materia de préstamos financieros y transferencia de tecnología; recibidos por parte de los sujetos controlantes del exterior. Es preciso destacar, que las referidas modificaciones se llevaron a cabo en un contexto de apertura económica, en el que

⁸⁶ Kern, Juan R., "Aplicación de la teoría del aporte y la utilidad. Empresas locales de capital extranjero. Precios de transferencia.", La Ley, 1999.

⁸⁷ También ha recibido el nombre de sanción virtual o impropia.

⁸⁸ Goldemberg, Cecilia. Transferencias entre empresas vinculadas. Introducción a su tratamiento en el Impuesto a las Ganancias. En: Goldemberg, Cecilia (directora), *Manual de Precios de Transferencia en Argentina*, Ed. La Ley. Año 2007, Páginas 26 y 27.

⁸⁹ Ley N° 23.697 - B.O. 25/09/1989 y Decreto 1853/93 - B.O. 08/09/1993.

resultaba necesario la atracción de capitales e inversiones al país, por lo cual, se consideró conveniente flexibilizar las restricciones que dificultaban su ingreso. Consecuentemente, al suprimir el requisito de aprobación previa del Poder Ejecutivo para efectuar inversiones en el país mediante préstamos financieros; como también al eliminar la necesidad de aprobación del INTI para los contratos de transferencia de tecnología; quedaba virtualmente derogada una parte del artículo 14 de la LIG.

Lo mencionado en el párrafo anterior, no significa que haya perdido su vigencia el principio del operador independiente contenido en el mencionado artículo, aunque cabe señalar tal como lo ha observado la citada autora, que las posibilidades de su aplicación práctica por parte del fisco eran remotas, al no contar con un área de expertos que le permitan detectar en forma eficiente posibles situaciones de incumplimiento o elusión fiscal, ni tampoco un procedimiento preciso en la norma para arribar a su determinación.

Finalmente, antes de comenzar con el análisis de los cambios legales que vinieron a resolver muchos de los temas pendientes que fueron hasta aquí tratados; resulta oportuno dejar en claro que existen dentro del ordenamiento vigente para la época, y que se mantiene hasta nuestros días, una serie de medidas antielusivas tendientes a evitar el ahuecamiento de la base imponible nacional, y se refieren fundamentalmente a ciertas limitaciones en la deducción de gastos abonados a sujetos del exterior⁹⁰. Sin embargo, estas medidas proteccionistas no se aplican exclusivamente a las operaciones desarrolladas entre sujetos vinculados, por lo contrario, las mismas son obligatorias independientemente que se contrate a un sujeto independiente del exterior. Por tal motivo, se entiende que su finalidad excede el análisis de los precios de transferencia que son objeto del presente trabajo.

4.3. Las normas modernas de precios de transferencia

En forma complementaria al análisis realizado, es preciso ahora enfocarse en las modificaciones introducidas en el Impuesto a las Ganancias a fines del año 1998, por la ley 25.063. Es allí, donde han sido recogidas las prácticas internacionales en la materia, con el fin de establecer un régimen integral de precios de transferencia que permita al fisco un control adecuado de las operaciones transnacionales, desarrolladas por las compañías radicadas en el país. Al respecto, no cabe pasar por alto que su implementación ha sufrido una serie de adecuaciones en sus primeros cinco años de vigencia⁹¹, para llegar a la versión actual del régimen, de acuerdo a los últimos cambios establecidos mediante la ley 25.784.

⁹⁰ Pueden mencionarse restricciones para la deducción de: remuneraciones de miembros de directorios que actúen en el extranjero; asesoramiento técnico o marcas y patentes de invención.

⁹¹ Si bien las mencionadas modificaciones fueron detalladas oportunamente, a efectos metodológicos resulta conveniente repasar las fechas de cada una de las reformas: Ley N° 25.063 - B.O. 30/12/1998; Ley N° 25.239 - B.O. 31/12/1999 y finalmente Ley N° 25.784 - B.O. 22/10/2003.

En ese orden de ideas, debe observarse en primer término que los métodos de constatación de precios adoptados por la norma doméstica, responden a los lineamientos de la OECD que fueron analizados extensamente en el capítulo 3. Por lo tanto, serán desarrollados a continuación los hechos relevantes que han permitido introducir el mencionado régimen integral, como también aquellas características particulares que desembocaron en un apartamiento de la República Argentina a las prácticas recomendadas por dicho organismo.

4.3.1. Generalización de las operaciones alcanzadas

Tal como ha sido detallado en el apartado anterior del presente capítulo, el principio *arm's length* contenido en el artículo 14 de la LIG previo a la primera reforma, alcanzaba exclusivamente a los pocos casos allí previstos, en otras palabras, a las operaciones llevadas a cabo por las empresas locales de capital extranjero con sus controlantes del exterior. En consecuencia, la primera falencia que debía apuntalarse se encontraba asociada a las transacciones que no quedaban alcanzadas por las normas de control de precios.

La generalización de operaciones que luego los contribuyentes se encontrarían obligados a evaluar, recibió su primer cambio significativo en lo que fuera el segundo párrafo del artículo 15 (según la versión de la ley 25.063); para posteriormente ser ubicada en el tercer párrafo del actual artículo 14 de la ley del gravamen. El mismo ya no se refería sólo a las compañías locales de capital extranjero; sino que, alcanzaba ahora a todas las transacciones que lleven a cabo: un establecimiento estable (sucursales, representaciones permanentes y similares), o una sociedad o fideicomiso (sociedades de capital, responsabilidad limitada, entidades y asociaciones, sociedades de personas o unipersonales) y también aquellos fideicomisos en los que el fiduciante coincide con el beneficiario; respectivamente, con personas o entidades vinculadas constituidas, domiciliadas o ubicadas en el exterior.

A su vez, el legislador mantuvo la redacción del principio del operador independiente disponiendo que las transacciones realizadas por los mencionados sujetos, “[...] *serán considerados, a todos los efectos, como celebrados entre partes independientes cuando sus prestaciones y condiciones se ajusten a las prácticas normales del mercado entre entes independientes* [...]”. Este mismo texto, fue incorporado también por la ley 25.063 en el artículo 130, con el fin de extenderlo a las operaciones que realicen las compañías argentinas, mediante sus establecimientos estables radicados fuera del país, con personas o entidades del exterior que también se encuentren vinculadas. No es ocioso recordar, que a partir de la entrada en vigencia de la señalada norma, fue implementado en el Impuesto a las Ganancias el criterio de *renta mundial* para los residentes argentinos; por lo que resultaba conveniente poner de manifiesto que los precios de mercado debían también respetarse en la determinación de la renta de fuente extranjera.

4.3.2. Nueva definición de vinculación

Otro de los elementos que resultaba imperioso reformular para lograr una supervisión eficiente, era la obsoleta definición de control jurídico que empleaba el artículo 14 previo a la reforma del año 1998⁹². En ese contexto, era necesario actualizar el concepto de “vinculación”, ya que deviene trascendental para delimitar el universo de operaciones sujetas al régimen de precios de transferencia. Para abordar el tema, será utilizada una clasificación propuesta por la doctrina⁹³, que consta de los siguientes tipos de vinculación:

a) En función de la territorialidad

- 1. Vinculación nacional: es la establecida entre dos sujetos locales.*
- 2. Vinculación internacional: es el vínculo establecido entre dos sujetos, uno de los cuales reside fuera de nuestro país.*

b) En función del origen o tangibilidad del vínculo

- 1. Vinculación real: es aquella que surge de la relación jurídica entre las partes, por oposición a la que se desprende de una mera presunción legal.*
- 2. Vinculación aparente o presunta ("ex lege").*

c) En función de la forma o el modo de establecer la vinculación

- 1. Vinculación por capital.*
- 2. Vinculación por control o dirección.*
- 3. Vinculación funcional.*

Del análisis del artículo sin número agregado a continuación del 15 en la LIG (en adelante 15.1), se desprende que todos aquellos tipos de vinculación económica que fueron detallados precedentemente han sido incorporados al plexo legal, con excepción de dos casos. Los nexos de relacionamiento que han quedado fuera del citado artículo se refieren, en primer término a la vinculación nacional (punto a) 2.); habida cuenta que el objeto central de los precios de transferencia apunta a evaluar las operaciones transnacionales desde la óptica del impuesto a la renta. De tal forma que, resultaría inocua su implementación para transacciones domésticas, sin desconocer que pueden hallarse países que lo han puesto en práctica con otras finalidades. Por otro lado, tampoco se advierte en la definición general la utilización de una vinculación aparente o presunta (punto b) 2.), ya que la misma ha requerido regulaciones particulares para su correcto funcionamiento, tal como podrá en el punto siguiente.

Consecuentemente, el actual artículo 15.1 adoptó una redacción amplia que incluye las relaciones económicas, políticas o funcionales que puedan existir entre: los sujetos

⁹² Ver el punto i) del apartado 4.2.

⁹³ Lorenzo, Armando; Bechara, Fabián y Cavalli, César M., “Impuesto a las ganancias: operaciones entre empresas vinculadas”, Doctrina Tributaria ERREPAR (DTE), enero 2002.

residentes del país que se deseaba fiscalizar y fueron detallados en el punto anterior; y por otro lado:

A las [...] personas u otro tipo de entidades o establecimientos domiciliados, constituidos o ubicados en el exterior, con quienes aquéllos realicen transacciones, estén sujetos de manera directa o indirecta a la dirección o control de las mismas personas físicas o jurídicas o éstas, sea por su participación en el capital, su grado de acreencias, sus influencias funcionales o de cualquier otra índole, contractuales o no, tengan poder de decisión para orientar o definir la o las actividades de las mencionadas sociedades, establecimientos u otro tipo de entidades.

Si bien la citada norma legal se limita a realizar una enunciación genérica de control y distintas hipótesis de influencias funcionales, es preciso señalar que la misma fue cabalmente complementada por su reglamentación⁹⁴, en donde han sido definidos en forma precisa los elementos necesarios para que la vinculación se perfeccione, considerando para ello, cada uno de los supuestos enunciados.

4.3.3. Países de baja o nula tributación

Si bien este tema es actualmente materia de estudio en muchos Estados, hace ya varios años se tiene conciencia de la competencia tributaria perjudicial que ocasionan estos regímenes, también conocidos como “paraísos fiscales”. Se los puede encontrar de diversas formas, entre los que pueden distinguirse básicamente tres tipos: un país que aplica una baja o nula tasa del impuesto a las rentas; zonas específicas con las mismas características dentro de países de tributación ordinaria, y finalmente entes societarios para actividades puntuales. En ese sentido, cabe destacar que el problema no se circunscribe únicamente a la *competencia fiscal nociva* que los mismos generan, sino que, como lo ha señalado la OECD en un importante trabajo⁹⁵, son graves las consecuencias que surgen de la inexistencia de un marco regulatorio que permita el adecuado control de las obligaciones fiscales, básicamente por la falta de transparencia y el escaso intercambio de información que los ampara. La mencionada institución, había previsto ya en 1998 una serie de criterios a utilizar para definir si un país o territorio contaba con prácticas dañinas por el empleo de regímenes fiscales preferenciales. Para el año 2000, ya se habían identificado 47 casos, divididos en 9 categorías (centros de servicios, seguros, actividades financieras, etc.), que fueron considerados como potencialmente perjudiciales. Como era de esperarse, la incorporación en este listado

⁹⁴ Resolución General (AFIP) 702 – B.O. 12/10/1999, que fuera posteriormente reemplazada casi sin modificaciones en lo que a este punto se refiere por la Resolución General (AFIP) 1122 – B.O. 31/10/2001.

⁹⁵ OECD, “Harmful Tax Competition. An Emerging Global Issue”, 1998.

generaba molestias en aquellos países que fueron allí incluidos, lo que suscitó una serie de reclamos y la necesidad de actualizaciones continuas que se dieron en los años 2004 y 2006⁹⁶.

Posteriormente, luego de las reuniones llevadas a cabo por la OECD y los países miembros del G-20 en los años 2008 y 2009, se decidió abandonar de alguna forma la denominación de “paraísos fiscales”, para comenzar a referirse a Estados cooperadores o no cooperadores, clasificación que se otorgaba en función del grado de cumplimiento de los estándares de transparencia fiscal internacional⁹⁷. A consecuencia de ello, se crearon diversas categorías conformadas por una “lista blanca”, integrada por aquellos países que habían suscriptos más de 12 acuerdos internacionales de intercambio de información en virtud de los mencionados estándares; una “lista gris”, compuesta por jurisdicciones que se habían comprometido a cumplir con los requisitos internacionales, pero que aún no fueron sustancialmente implementados; y finalmente, una “lista negra” conformada por países considerados no cooperadores, que sólo incluyó a cuatro casos y duró unos pocos días desde su publicación⁹⁸, ya que rápidamente éstos se comprometieron a consumir los acuerdos internacionales, lo que les valió su reclasificación a la “lista gris”.

Por su parte, en nuestro país el legislador ha decidido generar una vinculación aparente o presunta entre las empresas radicadas en el país, con respecto a las personas o entidades radicadas y/o constituidas en estos tipos de territorios. De manera que, se dispuso en el actual artículo 15 de la LIG, que las operaciones realizadas entre los mencionados sujetos “*no serán consideradas ajustadas a las prácticas o a los precios normales de mercado entre partes independientes.*”. La inmediata consecuencia que genera el perfeccionamiento de esta vinculación presunta, se traduce en que las compañías alcanzadas por la misma deberán demostrar, a través de un informe de precios de transferencia, que los precios pactados en sus operaciones cumplen con el principio *arm's length*, y de no ser así, tributar sobre la mayor ganancia que corresponda.

En otro orden de ideas, puede agregarse que no fue este el escenario planteado desde un primer momento, ya que si analizamos el texto del artículo 15 según la versión de la ley 25.063, esta medida aceptaba prueba en contrario. De ello podría concluirse, que las empresas locales tenían la posibilidad de demostrar a través de los distintos medios probatorios, que no existía vinculación alguna con el sujeto del exterior radicado en los considerados “paraísos fiscales”, lo que haría innecesario incluir sus operaciones en los

⁹⁶ OECD, “The OECD's Project on Harmful Tax Practices: The 2004 Progress Report”, 2004 y “The OECD's Project on Harmful Tax Practices: 2006 Update on progress in member countries”, 2006.

⁹⁷ Los estándares impositivos acordados internacionalmente, fueron desarrollados por la OECD, en cooperación con los países no miembros de la OCDE y que fue aprobado por los Ministros de Finanzas del G-20 en su reunión de Berlín en 2004 y por el Comité de las Naciones Unidas de Expertos sobre Cooperación Internacional en Cuestiones de Tributación en su Reunión de 2008.

⁹⁸ OECD, A Progress Report on the jurisdictions surveyed by the OECD Global Forum in implementing the International Agreed Tax Standard, 2 de abril de 2009.

mecanismos de precios de transferencia. Si bien esta afirmación no surge de la norma o reglamentación, la prueba no podría referirse a si los precios son o no de mercado; ya que la misma ha sido derogada y aún subsiste la posibilidad de validar el carácter *arm's length* de dichos precios, tal como fuera comentado en el párrafo precedente.

Otro de los problemas que debieron subsanarse con respecto a la presunción de los territorios de baja o nula tributación, se encontraba planteado en la pobre reglamentación de esa versión del artículo 15; ya que la Resolución General (AFIP) 702 disponía en la parte final de su artículo 1, cuáles eran las condiciones que debían cumplir dichos territorios o entes para ser considerados “paraísos fiscales”. Por lo tanto, era el contribuyente quien debía analizar las leyes tributarias de cada Estado, a fin de interpretar si las operaciones desarrolladas fueron o no realizadas con un ente o persona, que deba ser considerado un paraíso fiscal. Sin embargo, esta situación de inseguridad jurídica que hubiese generado no pocos conflictos, encontró una pronta solución con la incorporación de una *blacklist* en artículo 21.7 del Decreto Reglamentario, en donde fueron enumerados taxativamente todos los regímenes y/o territorios que debieron ser calificados como de baja o nula tributación a los efectos de la ley del gravamen. Este listado se encontró en vigencia desde noviembre del año 2000 hasta que la autoridad fiscal realice la publicación autorizada por el Decreto 589/2013 (B.O. 30/05/2013). Mediante esta norma, se vuelve a cambiar el paradigma en materia de paraísos fiscales, en esta oportunidad el método será inverso al anterior, es decir, se faculta al fisco nacional para crear una *whitelist* con todos aquellos países, territorios, jurisdicciones, que habiendo suscripto un acuerdo de intercambio de información (en forma específica o en el marco de un convenio para evitar la doble imposición internacional –CDI–) serán considerados como “cooperadores a los fines de la transparencia fiscal”. A su vez, serán también incluidos en esta “lista blanca” los países que hayan iniciado las negociaciones necesarias a los fines de suscribir un acuerdo de intercambio de información o un CDI que incluya o prevea la posibilidad del mencionado intercambio. En consecuencia, todos los Estados, territorios o regímenes tributarios especiales considerados como paraísos fiscales a los fines de la ley del Impuesto a las Ganancias, serán aquellos que no se encuentren incluidos en la mencionada lista.

El abandono de una lista rígida de territorios y regímenes considerados paraísos fiscales, para abordar un enfoque dinámico de jurisdicciones cooperadoras con la transparencia fiscal internacional, viene asociado a la adhesión de la República Argentina a la Convención sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal impulsada por la OECD, cuya entrada en vigor se produjo el 1° de enero de 2013, tal como surge en los considerandos el citado Decreto.

4.3.4. Métodos de comparación

En concordancia con la forma de exposición hasta aquí empleada, será primero abordada la situación actual en la materia, para luego profundizar el análisis sobre ciertas particularidades de las distintas reformas. En ese sentido, puede afirmarse que los métodos escogidos por la legislación argentina se encuentran en línea con las recomendaciones de la OECD que se han visto en el capítulo 3; y que forman parte del texto legal vigente del artículo 15 de la LIG:

- Método de precios comparables entre partes independientes,
- Método de precios de reventa fijados entre partes independientes,
- Método de costo más beneficios,
- Método de división de ganancias y
- Método de margen neto de la transacción.

A su vez, puede advertirse que también se halla previsto en el mencionado artículo, la posibilidad de que la reglamentación incorpore otros métodos con igual finalidad, es decir, admitir el empleo de otros procedimientos que permitan a los residentes del país demostrar que los precios convenidos para sus operaciones vinculadas, cumplen con el principio del operador independiente. Esta alternativa, no ha sido hasta el momento implementada, más allá de mantenerse vigente desde la primera versión que dispuso la ley 25.063. Cabe agregar, tal como ha sido desarrollado anteriormente, que puede observarse una posición divergente de los distintos organismos internacionales sobre este tema; en efecto, las Naciones Unidas aceptan que los precios de mercados puedan ser verificados por distintos métodos a los aprobados por la OECD; mientras que esta última organización pone determinadas condiciones que debieran demostrarse para que ello resulte procedente⁹⁹. Sin embargo, al no ser nuestro país un Estado miembro de esta institución, el eventual apartamiento de las *Guidelines* no pareciera tener mayor transcendencia.

Continuando con el análisis de las diferencias entre la legislación doméstica y las recomendaciones internacionales, no puede obviarse la incorporación al artículo 15 por parte de la ley 25.784, de un método adicional a los cinco que fueron previamente detallados. El mismo, resulta obligatorio para determinadas exportaciones de bienes con cotización conocida de mercados transparentes; que por su transcendencia y particularidades le será dedicado más adelante un apartado específico.

En otro orden de ideas, de la exégesis de la primera versión que fuera incluida en la ley, puede observarse que no sólo se hacía una enumeración de los métodos aceptados como

⁹⁹ El tema ha sido desarrollado al comienzo del capítulo 3.

ocurre actualmente, sino que, si fijaban las definiciones o lineamientos básicos para cada uno de ellos; texto que finalmente, formaría parte del actual artículo 21.1 del Decreto Reglamentario. Más allá de un intrascendente cambio en los términos utilizados para sus denominaciones; fue suprimido en el traspaso del artículo 15, según la ley 25.063, al citado artículo del reglamento mediante el decreto 1037/2000¹⁰⁰; la referencia al método “residual de partición de utilidades”. Es preciso señalar, que si bien la mencionada norma los consideraba en un primer momento como si fueran dos métodos independientes (a la “partición de utilidades” y al citado método residual); ambos representan dos variantes o enfoques de lo que se conoce como *división de ganancias* o *profit split method*¹⁰¹. Sin embargo, a pesar de que el reglamento omita una consideración expresa sobre la variante residual del método de división de ganancias, coincidimos con la doctrina en que la descripción reglamentaria no debería restringir su posible aplicación, por lo tanto:

*En el caso en que el método de división de ganancias califique como el método más apropiado para evaluar los precios de transferencias, y existan activos intangibles valiosos y únicos con incidencia significativa en la formación del precio y de las ganancias, el enfoque residual es una modalidad de evaluar la incidencia de las contribuciones efectuadas por cada parte en dos pasos. Además, de ninguna manera los enfoques contributivo y residual agotan las posibilidades de determinar la división de ganancias conforme el criterio del operador independiente, como lo indican las Guías de OCDE, ni ambos enfoques son necesariamente excluyentes.*¹⁰²

Otros de los temas relevantes en lo que se refiere a métodos, se encuentra planteado por la forma es que debe escogerse alguno de ellos, dependiendo de la situación particular del caso analizado. En ese sentido, puede afirmarse que el legislador ha decidido adoptar lo que se conoce como “regla del mejor método”, estableciendo en el artículo 15 de la ley del gravamen; que deberán utilizarse “[...] los métodos que resulten más apropiados de acuerdo con el tipo de transacción realizada.”. Sin embargo, es preciso señalar que no fue instaurada preferencia alguna para la elección de los mencionados métodos, ya sea aquellos transaccionales o los que se encuentran basados en las utilidades; como puede hallarse en las recomendaciones de la OECD¹⁰³. Por lo contrario, del estudio de las variables que fueron incluidas en la reglamentación, surge que el proceso de selección del método comparte los lineamientos de las disposiciones de los Estados Unidos, de acuerdo a lo que hemos visto anteriormente.

¹⁰⁰ Decreto N° 1037/2000 - B.O. 14/11/2000

¹⁰¹ Cada una de estas aproximaciones, tanto el análisis sobre las contribuciones como el residual, han sido analizados en el apartado 3.2.1 del presente trabajo.

¹⁰² Goldemberg, Cecilia. Método de división de ganancias. En: Goldemberg, Cecilia (directora), *Manual de Precios de Transferencia en Argentina*, Ed. La Ley. Año 2007, Página 332.

¹⁰³ El tema ha sido analizado en el apartado 3.3 del presente trabajo.

Con el objetivo de brindar ciertos lineamientos a la hora de volcarse hacia alguno de los métodos en particular, y dejando aclarado específicamente el enfoque de realidad económica que se espera para la evaluación de las operaciones entre compañías vinculadas, la reglamentación ha entendido¹⁰⁴ que se considerará como mejor método el que:

- a) Mejor compatibilice con la estructura empresarial y comercial.*
- b) Cuenten con la mejor calidad y cantidad de información disponible para su adecuada justificación y aplicación.*
- c) Contemple el más adecuado grado de comparabilidad de las transacciones vinculadas y no vinculadas, y de las empresas involucradas en dicha comparación.*
- d) Requiera el menor nivel de ajustes a los efectos de eliminar las diferencias existentes entre los hechos y situaciones comparados.*

Para concluir, no debe pasarse por alto que la aparente flexibilidad en la selección del método, conlleva una carga adicional al proceso de evaluación de precios; que se materializa en la obligación de documentar los motivos de la elección, o visto desde otro punto de vista, las razones que llevaron a descartar los métodos que no fueron escogidos. Si bien nada dice al respecto la ley o su reglamentación, este procedimiento ha sido empleado como una práctica habitual en la materia, que representa un elemento fundamental de cara a eventuales fiscalizaciones.

4.3.5. El sexto método

En virtud de lo que fuera desarrollado anteriormente en el apartado 4.1.2.3, al referirnos a las operaciones de comercio exterior realizadas entre sujetos independientes, las modificaciones establecidas por la ley 25.784 han dispuesto que las operaciones de importación o exportación de bienes a cuyo respecto pueda establecerse el precio internacional, de público y notorio conocimiento, a través de mercados transparentes, bolsas de comercio o similares, corresponderá utilizar dichos precios a los fines de la determinación de la ganancia neta de fuente argentina. A su vez, han sido detalladas oportunamente las diversas interpretaciones que dicha norma ha generado, especialmente en cuanto a su alcance.

Sin embargo, los cambios que introdujo la citada norma no se agotaron en el artículo 8 de la LIG; sino que, fueron utilizados similares lineamientos para evaluar determinadas operaciones entre compañías vinculadas; desprendiéndose de muchos de los conceptos que fueron hasta aquí analizados, y que resulta habitual encontrar en la legislación comparada. De tal forma, los actuales sexto y séptimo párrafo del artículo 15 del plexo legal disponen que:

¹⁰⁴ Resolución General (AFIP) 1122 – B.O. 31/10/2001, artículo 11.

[...] cuando se trate de exportaciones realizadas a sujetos vinculados, que tengan por objeto cereales, oleaginosas, demás productos de la tierra, hidrocarburos y sus derivados, y, en general, bienes con cotización conocida en mercados transparentes, en las que intervenga un intermediario internacional que no sea el destinatario efectivo de la mercadería, se considerará como mejor método a fin de determinar la renta de fuente argentina de la exportación, el valor de cotización del bien en el mercado transparente del día de la carga de la mercadería -cualquiera sea el medio de transporte-, sin considerar el precio al que hubiera sido pactado con el intermediario internacional.

No obstante lo indicado en el párrafo anterior, si el precio convenido con el intermediario internacional, fuera mayor al precio de cotización vigente a la fecha mencionada, se tomará el primero de ellos para valorar la operación.

De manera que, la aplicación del llamado *sexto método* (por ser el siguiente en incorporarse a los otros cinco previstos anteriormente), se encontraba condicionada a la concurrencia conjunta de los siguientes factores:

- Tratarse de operaciones de exportación a sujetos vinculados.
- El objeto de dichas operaciones deben ser los denominados *commodities* (v.g. cereales, hidrocarburos y demás productos de la tierra) o bienes que cuenten con cotización conocida de mercados transparentes.
- En la transacción deberá intervenir un sujeto, que revista la condición de intermediario internacional, y a su vez, no sea el destinatario final de la mercadería.

La consecuencia resultante del acaecimiento los mencionados supuestos, es que el exportador deberá utilizar para cuantificar su renta de fuente argentina, la cotización de los bienes en el mercado transparente correspondiente al día en que finalice la carga de la mercadería¹⁰⁵. Cabe agregar, que el mencionado valor funcionará como una hipótesis de mínima, ya que el ajuste sólo será procedente cuando el precio transparente sea mayor al valor real de la operación, es decir, cuando resulte a favor del fisco.

Sin embargo, en lo que respecta a su aplicación práctica, la deficiente técnica legislativa como también la falta de previsión de un mercado que cuenta con una innumerable gama de alternativas, han llevado a diversas interpretaciones en sus conceptos esenciales. En primer término, pueden encontrarse en la doctrina opiniones divergentes sobre quiénes son los sujetos entre los que debe existir la vinculación. Por un lado, se encuentran aquellos que sostienen que la vinculación económica prevista por la norma, apunta a la relación entre el exportador argentino y el intermediario internacional; ya que si este último fuera un sujeto

¹⁰⁵ Artículo 21.7.3 del Decreto Reglamentario de la LIG, texto según Decreto 916/2004 – B.O. 23/07/2004.

independiente, el precio de la transacción sería “de mercado” por la oposición de intereses existente entre comprador y vendedor. Como fundamentación de esta idea, agregan que, ante la ausencia de vinculación entre estos dos sujetos, el intermediario internacional no cedería parte de su rentabilidad¹⁰⁶.

En contraposición con esa línea de pensamiento, Goldemberg¹⁰⁷ ha sostenido con sólidos argumentos, que la vinculación económica prevista en el citado sexto párrafo del artículo 15 de la LIG, se refiere a la relación existente entre el exportador argentino y el destinatario efectivo de la mercadería. En apoyo de su postura, ha utilizado elementos como los debates parlamentarios previos a la reforma, los fundamentos del fisco en defensa del mecanismo propuesto, como también una interpretación armónica entre la voluntad del legislador y los términos empleados para su incorporación al texto legal. Lamentablemente, hasta el momento no es posible encontrar opiniones técnicas de la autoridad de aplicación o jurisprudencia en la que se haya tratado el tema, que pueda tomarse como guía para resolver las inquietudes planteadas por la doctrina y brindar una mayor precisión en la aplicación de las normas.

Adicionalmente a las disquisiciones que ha generado la forma en que debe interpretarse la vinculación económica del exportador local, se ha dispuesto en el señalado artículo que el sexto método no deberá emplearse, cuando el contribuyente pueda demostrar fehacientemente que el intermediario internacional cumpla íntegramente con los siguientes requisitos:

- a) Tener real presencia en el territorio de residencia, contar allí con un establecimiento comercial donde sus negocios sean administrados y cumplir con los requisitos legales de constitución e inscripción y de presentación de estados contables. Los activos, riesgos y funciones asumidos por el intermediario internacional deben resultar acordes a los volúmenes de operaciones negociados;*
- b) Su actividad principal no debe consistir en la obtención de rentas pasivas, ni la intermediación en la comercialización de bienes desde o hacia la República Argentina o con otros miembros del grupo económicamente vinculado, y*
- c) Sus operaciones de comercio internacional con otros integrantes del mismo grupo económico no podrán superar el treinta por ciento (30%) del total anual de las operaciones concertadas por la intermediaria extranjera.*

Como puede observarse, surge claramente que el legislador ha querido evitar una triangulación de operaciones entre el exportador de *commodities* argentino, el intermediario

¹⁰⁶ Gotlib, Gabriel y Vaquero, Fernando M., op. cit. nota 58, Páginas 435 y 436, en apoyo de lo planteado por: Yemma, Juan C. - Diskenstein, Manuel G., op. cit. nota 76.

¹⁰⁷ Goldemberg, Cecilia, op. cit. nota 75, como también en: “Precios de transferencia. Operaciones con *commodities*. Las inconsistencias del sexto método”, Doctrina Tributaria ERREPAR (DTE), diciembre 2011.

internacional, y finalmente, el destinatario de la mercadería o importador del exterior. Por lo tanto, los tres requisitos mencionados precedentemente, apuntan a que la entidad intermediaria tenga sustancia y no sea una mera “pantalla” dispuesta a los fines de bajar la carga tributaria, erosionando la renta sujeta a impuesto en nuestro país.

En ese orden de ideas, en la medida que el contribuyente pueda demostrar en forma fehaciente¹⁰⁸ que el intermediario cumple conjuntamente con las citadas exigencias, no deberá utilizar el sexto método para evaluar las exportaciones de *commodities* que realice con sujetos vinculados. Ahora bien, una vez que se haya concluido esto, podría plantearse si resulta de aplicación el anteúltimo párrafo del artículo 8 de la LIG, el cual se encarga de la determinación de la renta en las operaciones de bienes con mercado transparente. Sin embargo, nos hemos referido oportunamente a que esta figura no debiera emplearse para analizar operaciones entre empresas vinculadas; sino que, su redacción amplia debiera ceder antes las normas específicas previstas en la ley para los casos en que exista vinculación. Por consiguiente, se comparte el criterio de la doctrina¹⁰⁹ al entender que una vez que el exportador descarte la aplicación del sexto método, deberá evaluar sus precios de transferencia recurriendo al método más apropiado, que no es otro que el *CUP*, considerando que es posible encontrar información pública sobre los precios de mercado.

Como si la realidad jurídica que crea la norma no fuera suficiente, el reglamento se encargó de incorporar en el artículo 21.7.1 un nuevo supuesto de vinculación, que afecta a todas las operaciones en las que participe un intermediario internacional, disponiendo que:

A los fines de la aplicación del método previsto en el sexto párrafo del artículo 15 de la ley, todas las operaciones de exportación en las que intervenga un intermediario internacional que no cumple con los requisitos previstos en el octavo párrafo del mismo, se considerará que no se encuentran celebradas como entre partes independientes en condiciones normales de mercado a que alude el tercer párrafo del artículo 14 de la ley.

Es importante destacar, que la citada norma reglamentaria pareciera abonar la idea de que las relaciones jurídicas y económicas a considerar para definir la existencia de vinculación, serían entre el exportador del país y el intermediario internacional, dejando de lado cualquier relación entre sujeto local y el destinatario final de la mercadería. En ese entendimiento, podría ocurrir que la empresa argentina exporte *commodities* a un sujeto vinculado del exterior, valiéndose de la figura de un intermediario internacional (no vinculado), que teniendo sustancia y cumpliendo con los demás requisitos legales, evite la citada presunción del reglamento. De manera que, al evaluarse únicamente la relación

¹⁰⁸ El artículo 21.7.4 del Decreto Reglamentario de la LIG aporta algunas aclaraciones sobre la forma de probar los requisitos del intermediario internacional.

¹⁰⁹ Dinice, Horacio. Método de precio de cotización a la fecha de embarque (sexto método). En: Goldemberg, Cecilia (directora), *Manual de Precios de Transferencia en Argentina*, Ed. La Ley. Año 2007, Página 367.

exportador-intermediario, la operación quedaría fuera de la órbita de precios de transferencia, sin importar que la realidad económica pareciera indicar lo contrario, visto que, la misma fue desvirtuada por las normas que la regulan.

En ese sentido, ha sido también criticado el método de valuación escogido (valor de cotización del bien a la fecha de finalización de la carga), ya que la realidad del mercado deviene mucho más compleja, con operaciones de venta a futuro, utilización de instrumentos derivados, y una serie de cuestiones propias del sector donde el hecho de asumir el riesgo en un mercado de valores volátiles influye materialmente en el precio. Este factor es desconocido por el mecanismo implantando, lo que pareciera generar diferencias inconciliables con el principio del operador independiente.

Finalmente, como consecuencia de las características propias que presenta el mecanismo analizado, podría afirmarse que en realidad nos encontramos ante un instrumento antiabuso, ajeno a las prácticas de precios de transferencia. Ello ocurre por una serie de motivos: en primer lugar, se desprende de la regla del mejor método que se emplea en los demás casos, y como se adelantara en el párrafo anterior, se desentiende de las condiciones de la operación, tipo de bienes, riesgos asumidos por las partes, entre muchos otros factores que afectan al precio y hacen a la esencia del principio *arm's length*. Por lo tanto, más que un método específico de precios de transferencia, como se ha intentado disfrazarlo al ser incluido en el artículo 15 de la LIG, cuenta con las propiedades de una ficción legal; que por su propia naturaleza crea una realidad jurídica que se desentiende de los hechos económicos reales, destinada a evitar conductas de planificación fiscal internacional.

4.3.6. Ajuste de precios

Uno de los temas que no fueron hasta aquí tratados, se refiere a los distintos ajustes que pueden practicarse, cuando se concluye que los precios de las operaciones desarrolladas entre compañías vinculadas no han sido *arm's length*. El principal motivo de ello, radica en que muchos de los conceptos necesarios para dar una acabada idea de cada concepto, requiere de una explicación matemática o estadística, junto con extensos ejemplos numéricos, que excederían el alcance de este trabajo. Sin embargo, serán desarrollados a continuación los conceptos fundamentales, como también el mecanismo de corrección de precios dispuesto por las normas de nuestro país.

En ese orden de ideas, pueden hallarse tres tipos de ajustes ocasionados como consecuencia del cotejo de los precios de transferencia:

- Ajuste primario: Se denomina así, a la modificación introducida por parte de la Administración Tributaria en los precios de las operaciones controladas llevadas a cabo por los contribuyentes, de acuerdo a lo previsto en el primer párrafo del artículo 9 del Modelo de Convenio de la OECD. Allí se dispuso a favor del fisco la posibilidad de ajustar los precios, cuando los mismos no cumplan con el principio del operador independiente.
- Ajuste correlativo: Es el aquel aceptado por las Administraciones Tributarias de al menos dos países, en el marco del segundo párrafo del artículo 9 del Modelo de Convenio de la OECD. Ello refiere, al procedimiento de común acuerdo entre los distintos Estados involucrados que se ven afectados por un ajuste de precios de transferencia, con el objeto de evitar la doble o múltiple imposición internacional¹¹⁰. A modo de ejemplo, esta situación ocurre cuando una de las partes aumenta su renta sujeta al gravamen, por haber pactado un precio de venta de bienes menor al de mercado, y su contraparte del exterior debería considerar al ajuste como un mayor precio de compra.
- Ajuste compensatorio: Recibe este nombre aquel ajuste de precios realizado en forma unilateral por el contribuyente, cuando los valores de sus operaciones no han sido convenidos como si fueran entre sujetos independientes. Al respecto, tal como lo señala la OECD este tipo de ajustes puede servir para reducir el impacto de un eventual ajuste primario, en aquellos casos que los contribuyentes entienden que sus precios no han sido de mercado¹¹¹. Este procedimiento se encuentra previsto en las normas locales de nuestro país, obligando al contribuyente a incorporar la ocasional diferencia de precios en la declaración jurada del impuesto a la renta.
- Ajuste secundario: El mismo consiste en otorgar un tratamiento específico a la diferencia entre el resultado impositivo ajustado de acuerdo a los puntos anteriores, y el precio convenido por las partes; lo que habitualmente conlleva a la aplicación de retenciones del impuesto en la fuente. Ello ocurre debido a que, las posibles diferencias terminan recibiendo para el sujeto del exterior el tratamiento de aporte de capital, dividendos o préstamo. No obstante, las *Guidelines*¹¹² señalan la dificultad práctica de su aplicación, y aclaran que esta clase de ajustes no se encuentra prevista en el citado artículo 9 del Modelo de Convenio.

En lo que respecta al criterio asumido por nuestro país para efectuar los eventuales ajustes de precios de transferencia, sin perjuicio del empleo de cualquiera de los métodos

¹¹⁰ OECD, op. cit. nota 10, Párrafo 4.32 y siguientes.

¹¹¹ OECD, op. cit. nota 10, Párrafo 4.38.

¹¹² OECD, op. cit. nota 10, Párrafos 4.66 y siguientes.

aceptados que fueran descriptos anteriormente, a excepción del denominado *sexto método*; es habitual en la práctica utilizar para el cotejo de los precios más de dos operaciones comparables. Por consiguiente, si bien esta situación apunta a obtener resultados más consistentes o de mayor confiabilidad, se ha optado por recurrir al llamado “rango intercuartil” para fijar un parámetro de valores o márgenes de utilidad que serán considerados *arm’s length*. Para ello, se utilizan una serie de elementos estadísticos (mediana y cuartiles), que permiten fijar el límite inferior (1º cuartil) y superior (3º cuartil) del mencionado rango de aceptación¹¹³.

De tal forma, ambas reglamentaciones¹¹⁴ han incorporado esta herramienta fundamental para la evaluación de los valores pactados, detallando que “*Si el precio, el monto de la contraprestación o el margen de utilidad fijado por el contribuyente se encuentra dentro del rango intercuartil, dichos precios, montos o márgenes se considerarán como pactados entre partes independientes.*”. Mientras que, si el precio de la contraprestación o margen de utilidad se encuentra por fuera del mencionado rango de aceptación, se considerará como pactado entre partes independientes a los fines de practicar el ajuste, al valor resultante de la mediana incrementada o disminuida en un 5% según el caso. Adicionalmente, podría sostenerse que la mecánica del citado ajuste incluye algún componente de tipo sancionatorio; para explicar la idea, será planteado un sencillo ejemplo numérico:

- ✓ Tipo de operación: Prestación de servicios por parte de una compañía argentina a un sujeto vinculado del exterior.
- ✓ Datos obtenidos de transacciones comparables luego de los correspondientes ajustes: mediana \$100; primer cuartil \$85; tercer cuartil \$115.
- ✓ Hipótesis A: Si el precio pactado para los servicios se encontrara dentro del rango de aceptación (\$85 a \$115), o fuera superior a este, se concluye que los precios fueron convenidos como si se tratara de sujetos independientes. No siendo necesario ajuste alguno.
- ✓ Hipótesis B: Si el precio pactado hubiera sido de \$84, el mismo deberá ajustarse hasta la mediana disminuida en 5%, es decir, hasta \$95, lo que implica un incremento total de \$11 en la determinación del Impuesto a las Ganancias.

Por lo tanto, puede observarse que si el precio del servicio hubiera ascendido a \$85, el mismo no hubiera estado sujeto a modificaciones; sin embargo, al ser considerado por fuera del rango de aceptación, no se practica una adecuación

¹¹³ Puede encontrarse un claro ejemplo del cálculo de cada uno de estas variables en: Gotlib, Gabriel y Vaquero, Fernando M., op. cit. nota 58, Páginas 468 a 471. A su vez, puede hallarse un acabado análisis de su metodología en: Heide, Guillermo, Grazzini, Guillermo y Lozano, Matías. El rango de precios o rentabilidades de mercado abierto. En: Goldemberg, Cecilia (directora), *Manual de Precios de Transferencia en Argentina*, Ed. La Ley. Año 2007, Páginas 145 a 166.

¹¹⁴ En primer término fue incluido en el artículo 12 de la RG (AFIP) 1122, y posteriormente incorporado en el artículo 21.5 del DRLIG.

como podría esperarse (hasta los \$85 que conforman el límite inferior) sino hasta el valor de \$95.

Finalmente, cabe señalar que las normas locales aceptan únicamente el ajuste de tipo *compensatorio* cuando la ganancia resultante sea en favor del fisco, pese a no encontrarse impedimentos para la convalidación de *ajustes correlativos* en el marco de los acuerdos internacionales que ha suscripto la República Argentina.

4.3.7. Otras consideraciones

Sin lugar a dudas, una de las particularidades que presenta el régimen actual de precios de transferencia en nuestro país, puede asociarse con una norma de la reglamentación muy criticada por la doctrina nacional. Puesto que, las limitaciones establecidas por el artículo 9 de la Resolución General (AFIP) 1122, no conocen antecedente alguno en la legislación comparada y generan una gran cantidad de dificultades, especialmente en el proceso de evaluación de las operaciones analizadas. Según lo que fuera allí dispuesto, “*el análisis de comparabilidad y justificación de dichos precios deberá efectuarse directamente sobre la situación del sujeto local.*” En otras palabras, esta norma circunscribe la elección de la parte sujeta a estudio (o *tested party*), y la correspondiente aplicación del método escogido, a la compañía local que forma parte de la transacción.

La importancia de este tema, se encuentra estrechamente vinculada con los conceptos de comparabilidad, análisis funcional y elección de un método en particular. En todos los casos, se ha dicho anteriormente que la confiabilidad de los resultados a ser obtenidos por el estudio de los precios de transferencia, dependerá de factores como la calidad de la información disponible, el grado de comparabilidad de las operaciones vinculadas e independientes, o el grado de complejidad en las funciones desarrolladas por cada parte. Un claro ejemplo sobre el tema puede observarse cuando las compañías locales son prestatarias de servicios (v.g. legales, financieros, comerciales, etc.); en donde no puedan hallarse comparables internos o externos que admitan aplicar alguno de los métodos más directos, desde un enfoque que parta del prestatario. En ese contexto, el sujeto se verá seguramente obligado a emplear el método del *margen neto de la transacción*; para validar mediante su ganancia neta que los precios pagados por el servicio recibido fueron en condiciones *arm's length*. Esta situación, sin duda implica un camino sustancialmente más indirecto para probar la cuantía de los montos convenidos, pudiendo arribar en muchos casos a conclusiones aleatorias. A su vez, no debe perderse de vista que al tratarse de compañías vinculadas, sea posible obtener información confiable del prestador del servicio (incluso hasta comparables internos), que permitan la aplicación de procedimientos más aptos para el tipo de operación que se analiza, en este caso, el método de *costo más beneficios*.

Puede observarse, que en ese mismo sentido se orientan las recomendaciones de la OECD¹¹⁵, al expresar que la elección del método más apropiado para un caso en particular incluye también la identificación del sujeto a evaluar o *tested party*. Adicionalmente con esta idea, expresan en su manual las Naciones Unidas¹¹⁶ que la elección de una de las partes de la transacción, deberá ser consistente con los resultados del análisis funcional; aclarando que cuando la *tested party* sea una compañía del exterior, el sujeto local se asegure el acceso y guarda de la documentación que eventualmente requiera el fisco para su control. Por todas estas razones, no se encuentra una explicación lógica que avale la rígida postura que emana del citado artículo 9, cuya manifiesta contradicción con los lineamientos para escoger los métodos dispuestos en la ley, generan innecesarias dificultades.

En otro orden de ideas, no puede dejar de señalarse uno de los cambios trascendentales que hacen al procedimiento de validación de precios, que se vio afectado con la reforma de la ley 25.063. Es preciso recordar que antes a esa norma, las empresas radicadas en el país no se encontraban obligadas a realizar estudio alguno sobre sus transacciones con sujetos vinculados del exterior. En efecto, tal como se ha dicho precedentemente, no existían obligaciones formales que cumplir, sino que, era el organismo de contralor quien se encargaba de requerir la información de los precios acordados en el marco de una verificación. Sin embargo, mediante la citada reforma, y que actualmente se encuentra vigente en el párrafo final del artículo 15 de la LIG; se facultó al citado organismo para solicitar la presentación de declaraciones juradas *ad hoc*, con el objeto de realizar un control periódico de las transacciones entre compañías vinculadas. Como consecuencia de ello, los contribuyentes alcanzados por las normas domésticas de precios de transferencia, de acuerdo a lo que fuera hasta aquí tratado, se encontrarán obligados a demostrar regularmente¹¹⁷ (a través de un adecuado estudio de los precios convenidos), que las operaciones realizadas con sujetos vinculados se ajustan a las prácticas de mercado entre partes independientes.

4.3.8. Jurisprudencia

Resulta al menos difícil hacer un estudio profundo sobre las tendencias de antecedentes jurisprudenciales, considerando la reciente incorporación de las modernas normas de precios de transferencia en nuestro país. Por lo tanto, en el presente acápite serán abordados los temas más importantes que surgen de los pronunciamientos del Tribunal Fiscal de la Nación a la fecha, que se muestran como auspiciosos precedentes, en especial si se considera la solvencia técnica con que se dirimen las cuestiones debatidas.

¹¹⁵ OECD, op. cit. nota 10, Párrafo 3.8.

¹¹⁶ United Nations, op. cit. nota 15, Párrafo 5.3.3.

¹¹⁷ Ya sea mediante las declaraciones juradas semestrales o anuales que disponga la reglamentación.

Para comenzar, será analizado lo que en mi opinión constituye el valladar más importante que ha encontrado el fisco al momento de desarrollar sus auditorías, y discutir en la justicia los ajustes realizados a los contribuyentes. Como lo ha señalado la doctrina¹¹⁸, el principio *arm's length* tiene un carácter relativo, es decir, que mediante la preparación de un informe de precios de transferencia el sujeto nunca podrá arribar a un “precio correcto de mercado”. Ello ocurre, sencillamente porque ese precio no existe, sino que, en el mejor de los escenarios se podrá obtener un rango de valores confiables en que dos sujetos independientes hubieran hipotéticamente pactados sus operaciones. Por lo tanto, puede suceder que mediante el empleo de distintos métodos, o de evaluaciones realizados por dos sujetos, se arribe a resultados de similar consistencia, pero que presenten diferencias en su resultado final.

En ese contexto, el fisco estará en una posición relativamente sencilla cuando deba controlar exclusivamente precios (v.g. aplicación del sexto método); pero ante un escenario donde el contribuyente tenga la obligación inicial de probar que todos los precios de sus operaciones vinculadas han sido de mercado; necesariamente documentará los valores pactados y todas las pruebas que fundamenten sus decisiones. Por consiguiente, ante la obligación formal de presentar un informe de precios de transferencia en forma recurrente; será el fisco quien verá invertida la carga de la prueba teniendo ineludiblemente que desvirtuar las afirmaciones del sujeto verificado; con el agravante de no contar con la presunción de exactitud, prevista en Ley de Procedimiento Tributario¹¹⁹.

La inevitable consecuencia de estos dos elementos, el carácter relativo del principio *arm's length* y la prueba del contribuyente como soporte de los resultados a los que arribó en su informe, hacen que jurídicamente el fisco deba intentar una determinación sobre base presunta, según la cual, partiendo de un hecho cierto, se debe obtener un hecho probable o estimado, que no es otro que el precio de mercado o independiente. Ello ha sido mencionado expresamente en la causa Boehringer Ingelheim S.A.¹²⁰, al señalar que:

[...] lo cierto es que la AFIP sólo podrá impugnar los precios de transferencia cuando encuentre razones fácticas justificadas y debidamente acreditadas así como los argumentos normativos para cuestionar alguno de los precios del contribuyente. Para ello, la administración fiscal debe reproducir razonamientos y decisiones de negocios tales como las que se toman entre partes independientes.

¹¹⁸ Goldemberg, Cecilia, “Reflexiones sobre precios de transferencia a partir del fallo ‘Aventis Pharma’”, Doctrina Tributaria ERREPAR (DTE), octubre 2010.

¹¹⁹ Artículo 18.2 de la Ley N° 11.683 (T.O. 1998) - B.O. 20/07/1998

¹²⁰ “Boehringer Ingelheim SA/ s apelación”, TFN, Sala A, 13/04/2012.

Esta situación no es exclusiva del citado caso, sino que puede encontrarse como factor común en varios pronunciamientos, como ser también en la causa *Aventis Pharma*¹²¹. Es allí, donde resultan más que elocuentes las palabras del vocal preopinante que se citan a continuación, incluso a riesgo de caer en excesivas transcripciones:

[...] la pretensión fiscal expuesta en la resolución apelada para impugnar a la firma elegida para la comparación, está basada en discrepar con el informe de precios de transferencia presentado por la recurrente sin que se agreguen resultados producto de una tarea sistemática de investigación, de modo de fundar la descalificación en conclusiones serias, distintas a una mera contradicción retórica. Ello así, porque el criterio aplicado por la Administración Tributaria, consiste en pretender desbaratar lo que se afirma en el citado informe, empleando para ello nada más que la dialéctica. El subrayado fue agregado.

Otro de los temas relevantes, además de la escasa tarea de investigación y desarrollo por parte del fisco, fue sin duda la “*profusa y cambiante legislación*” que ha constituido el marco de los períodos 1998 a 2003; sobre los que han debido fallar en las citadas causas y comparten expresamente la misma apreciación. Agregando a su vez elementos como: la complejidad de la materia, la mutación constante de la práctica internacional, la escasez de doctrina, informes técnicos oficiales y jurisprudencia que sirvan como orientación para los contribuyentes. Estas cuestiones, han formado motivos suficientes para que los juzgadores consideren, en algunos de los contados ajustes del fisco que fueron convalidados, que existió un “error excusable” por parte del sujeto verificado que permita liberarlo de intereses y multas.

En otro orden de ideas, no puede dejar de señalarse la trascendente aceptación como fuente de derecho por parte de los tribunales, sobre las recomendaciones elaboradas por los organismos internacionales en cuestiones no previstas o reglamentadas por las normas domésticas. En lo que respecta a la OECD, puede hallarse un claro ejemplo en los comentarios al Modelo de Convenio para evitar la doble o múltiple imposición internacional, que en opinión de la doctrina fueron siempre (con mayor o menor medida), una fuente de interpretación para temas de derecho interno¹²². En cuanto a los precios de transferencia, desde hace algunos años puede advertirse una recepción positiva en la jurisprudencia de las *Guidelines* como método de interpretación auxiliar del derecho¹²³. Este elemento, fue

¹²¹ “*Aventis Pharma SA*”, TFN, Sala D, 26/02/2010, cuyo recurso de apelación por parte del fisco ha sido considerado desierto por la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, el 29/03/2012. De este último, se colige que la Administración se limitó a expresar su disenso y reiterar los argumentos empleados para la impugnación, sin acreditar de forma alguna sus afirmaciones.

¹²² Massineo, Alejandro E. Principios generales para la aplicación e interpretación de los tratados. La interacción de la normativa de derecho interno anti-abuso frente a los convenios para evitar la doble imposición internacional. En: García, Fernando (director), *Convenios para evitar la doble imposición internacional – Aspectos controvertidos*, Ed. La Ley. Año 2010, Página 57.

¹²³ “*Compañía Ericsson SACI*”, TFN, Sala C, 15/8/2007, entre otros.

también destacado por la doctrina con el objeto de proveer una mayor seguridad jurídica, a la creciente cantidad de operaciones internacionales entre compañías vinculadas, más allá que nuestro país no sea miembro de la OECD y ante la falta de una remisión expresa en las normas locales¹²⁴. Consecuentemente, es de esperar que el fisco no persista en los cuestionamientos al empleo de las *Guidelines*, especialmente cuando la norma interna no se encarga de regular una innumerable cantidad de cuestiones; tal como ha ocurrido en la causa *Aventis Pharma*, donde los juzgadores han rechazado la manifiesta actitud de *cherry picking* al observar que:

[...] las directivas de la OCDE que sirven para interpretar aspectos sobre los cuales la normativa argentina no tiene posición asumida, porque de lo contrario quedarían sin solucionar muchos de los aspectos relativos al funcionamiento del mecanismo de precios de transferencia, por ausencia de precisiones. Se advierte que precisamente fue el Fisco Nacional quien acudió a las recomendaciones de la OCDE cuando necesitó fundar el criterio que aplicó para dictar la resolución aquí apelada [...].

Adicionalmente a las cuestiones hasta aquí desarrolladas, cabe ahora ocuparse de ciertos temas puntuales que han sido tratados y permiten ir delineando la postura fiscal en cuanto a la aceptación o rechazo de cuestiones técnicas:

- Selección de comparables: Una de las impugnaciones realizadas por la Administración en la citada causa de *Aventis Pharma*, se refiere a la elección por parte del contribuyente de una compañía que contaba con pérdidas operativas recurrentes. Este argumento, ha sido rechazado cabalmente por los juzgadores, al entender que ello no se encontraba prohibido por las leyes locales ni en pugna con las recomendaciones de la OECD, tal como se viera en el apartado 2.6.2 del presente trabajo.

En otro contexto, el TFN le asistió con la razón al fisco, en lo referente a la selección de comparables de la causa *Boehringer Ingelheim S.A.*, donde el contribuyente había empleado en la muestra de comparables a dos empresas que operan en el mercado de los Estados Unidos. Las mismas, desarrollaban sus actividades en un reconocido marco de vinculación económica (v.g. contratos de exclusividad, participación accionaria, directores en común, etc.). Por lo tanto, los juzgadores han entendido que la operación vinculada es antieconómica con la regla de mercado, ya que podría conducir al aniquilamiento de la competencia; lo que la hace incompatible con su condición de “tercero independiente” para la muestra seleccionada por el contribuyente.

¹²⁴ Olivero, Gabriela y Reyes, Carlos F.. Precios de transferencia. Tratamiento de los servicios intragrupo. En: García, Fernando (director), *Convenios para evitar la doble imposición internacional – Aspectos controvertidos*, Ed. La Ley. Año 2010, Página 377.

- Precisiones para las operaciones con *commodities*: En oportunidad de incorporación del llamado *sexto método*, ha sido omitida alguna precisión sobre los valores que deberán considerarse a los fines de valorar las exportaciones; lo que se traducía como una notable dificultad para cumplir con las previsiones legales. Sin embargo, una de las cotizaciones oficiales que pueden observarse en el sector, es la utilizada para el pago de tributos aduaneros, y confeccionada por la Secretaría de Agricultura, Ganadería, Pesca y Alimentación¹²⁵. En ese sentido, la Resolución 331/01 de este organismo, dispone en su artículo 3 que los precios que se fijen “*deberán ser representativos de la realidad vigente en los mercados y se ajustarán diariamente, cuando las variaciones que evidencien los mismos así lo sugieran*”. La diferencia entre la citada norma y el *sexto método*, radica fundamentalmente en la fecha, ya que la primera fija el derecho aplicable a la fecha de concertación de la venta, cuando la segunda utiliza la fecha de embarque. Consecuentemente, los valores obtenidos por la SAGPyA no constituyen en rigor precios de cotización de los *commodities*, ya que no surgen de operaciones reales, sino que, a lo sumo representan valores de referencia cuyo empleo podría ser cuestionado¹²⁶.

En ese contexto, son varias las conclusiones que puede obtenerse de la causa *Oleaginosa Moreno*¹²⁷. En primer lugar, debe recalcar que el contribuyente había utilizado para evaluar sus precios de exportación de *commodities*, del período fiscal 2000, aquellos confeccionados por la SAGPyA, lo que no fuera controvertido por fisco, sino exclusivamente a las fechas utilizadas. En el caso, el contribuyente comparó los precios de sus operaciones con respecto a los mencionados valores índices a la fecha de concertación de la transacción; cuando la Administración pretendía aplicar los valores vigentes a la fecha de embarque. Para dirimir la cuestión, los miembros de la Sala A del TFN consideraron que el *sexto método* fue recién incorporado en el año 2003 por la ley 25.784; por lo tanto, resultaba admisible el criterio del sujeto fiscalizado de acuerdo a la legislación aplicable para la fecha.

Sin embargo, ante casos sustancialmente similares, dos de las salas del Tribunal de Alzada aceptaron a los fines de la comparación de precios, el empleo de los valores previstos por la SAGPyA a la fecha de embarque (tal como pretendía la autoridad fiscal), entendiendo que dicha mecánica no se contrapone con el principio del operador independiente que rige en la materia¹²⁸.

Más allá de los casos puntuales, puede tomarse como un antecedente significativo que el fisco haya convalidado el empleo de la cotización de referencia preparada por la SAGPyA, aunque sería preferible su inclusión en alguna norma a fin de

¹²⁵ Ley 21.453 - B.O. 11/11/1976, como también su Decreto Reglamentario N° 1177/92 - B.O. 16/07/1992 y finalmente la Resolución (SAGPyA) 331/01 - B.O. 16/07/2001.

¹²⁶ Dinice, Horacio. op. cit. nota 110, Página 372.

¹²⁷ “*Oleaginosa Moreno SACIFIA s/apelación impuesto a las ganancias*”, TFN, Sala A, 06/03/2012.

¹²⁸ “*Alfred C Toepfer Internacional S.A. (TF 27014-I) c. DGI*”, CNACAF, Sala II, 13/12/2012 y “*Nidera S.A. (TF 26938-I) c/DGI*”, CNACAF, Sala III, 06/06/2013.

brindar una mayor seguridad jurídica. Adicionalmente, otro elemento a tener en cuenta viene dado por la discusión en torno a la fecha de concertación, lo que reviste importancia para aquellos casos en que se descarte la utilización del *sexto método* (por cumplir el intermediario internacional con los requisitos legales); y deba optarse por un cotejo de precios mediante el método de *CUP*.

5. Herramientas complementarias al control de precios

En este capítulo final, serán estudiados una serie de elementos que pueden encontrarse en la legislación comparada, los que han sido puestos en práctica fundamentalmente desde comienzos de la década del '90. El objetivo de estos mecanismos consiste en facilitar la tarea que demanda la evaluación de los precios de transferencia, especialmente en los casos de pequeñas o medianas empresas; y a su vez, son utilizados para sortear ciertas dificultades que hacen a la búsqueda de comparables relativamente confiables, aparejando también muchos otros beneficios colaterales que pueden observarse de su instauración.

Por lo tanto, serán desarrollados a continuación los componentes necesarios para arribar a los llamados “acuerdos de precios” entre contribuyentes y las Administraciones Tributarias; la implementación de regímenes de protección, y finalmente, la posibilidad de armonizar la valuación impositiva de bienes y servicios con las normas aduaneras.

5.1. Acuerdos anticipados de precios

Sin lugar a dudas, uno de los desafíos más importantes que afrontan las normas internacionales del derecho tributario, viene dado por evitar cualquier tipo de doble o múltiple imposición que dificulte el comercio internacional, concepto que, comprende a las operaciones entre compañías vinculadas. Su relevancia se explica, básicamente porque las operaciones desarrolladas por dichos entes constituyen cerca de las dos terceras partes del comercio mundial, tendencia que viene profundizándose en el contexto globalizado de la economía actual. Por lo tanto, aquellos Estados que dispongan normas domésticas que pudieran atentar innecesariamente contra la rentabilidad de estas empresas, mediante la adopción de mecanismos que generen doble imposición, se encontrarán en desventaja con respecto de aquellos países que buscan evitarla o atenuarla, sin perder potestad tributaria o ver sensiblemente afectada su recaudación.

Dentro de las posibles herramientas que pueden emplearse para combatir este efecto no deseado, se hallan los denominados *ajustes correlativos*, a los cuales nos hemos referido en el apartado 4.3.6. del capítulo anterior. En pocas palabras, cabe destacar que esta

posibilidad ha sido incorporada en el segundo párrafo del artículo 9 del Modelo de Convenio de la OECD; previendo que, ante un eventual ajuste en la determinación del impuesto a la renta que practique un Estado (originado en el desvío de los precios de transferencia de compañías vinculadas), el otro Estado donde resida la contraparte que no fue verificada, debiera aceptar el *ajuste correlativo* con el fin de evitar la doble imposición que generaría la rectificación unilateral de precios. Sin embargo, ello presupone la subordinación de este último país, a las conclusiones que hubiere arribado una auditoría fiscal extranjera. De tal forma, este proceso sólo resulta viable en un contexto comprobaciones simultáneas por dos o más Administraciones Tributarias, procedimiento amistoso y arbitraje contemplados en los artículos 25 y 26 del citado Convenio.

Adicionalmente, otras de las posibles soluciones para evitar la doble imposición internacional, se manifiesta a través de los acuerdos anticipados de precios de transferencia (o “APAs” por sus siglas en inglés), definidos por la OECD como:

*[...] un acuerdo que determina, con carácter previo a las operaciones entre empresas asociadas, un conjunto apropiado de criterios (por ejemplo, métodos a emplear, operaciones comparables y sus pertinentes ajustes, y las hipótesis básicas sobre eventos futuros) para la determinación de los precios de transferencia aplicados a estas operaciones, a lo largo de un cierto período. Un APA se inicia formalmente a instancias del contribuyente y supone negociaciones entre el contribuyente, una o más empresas asociadas y una o más Administraciones tributarias.*¹²⁹

En otras palabras, el perfeccionamiento de un APA ocurre cuando un contribuyente establece de común acuerdo con la Administración Tributaria u organismo similar, un rango aceptable de precios para las operaciones a realizar con sus compañías vinculadas del exterior. Por lo tanto, la primera consecuencia que cabría esperar, es que la suscripción de esta clase de convenios desembocaría en la inexistencia de ajustes fiscales sobre los valores preestablecidos para dichas transacciones, siempre y cuando, se respeten los criterios y cláusulas allí pactadas. Sin embargo, la concertación de un APA no significa restringir la facultad de fiscalización del organismo de contralor, sino que, reservará la posibilidad de exigir un informe de cumplimiento sobre las pautas fundamentales del acuerdo; que lógicamente debiera implicar una tarea más sencilla para el contribuyente, que probar los precios de sus operaciones internacionales en ausencia del referido convenio.

De acuerdo a lo que sostienen las Naciones Unidas¹³⁰, la implementación de estos programas a comienzos de la década del '90 en Japón y los Estados Unidos, se ha traducido en una herramienta efectiva para promover una suerte de guía en la determinación de los

¹²⁹ OECD, op. cit. nota 10, Párrafo 4.123 – La traducción es propia.

¹³⁰ United Nations, op. cit. nota 15, Párrafo 9.6.2.

precios de transferencia. Ello ocurre, tanto para los contribuyentes como también las para las Administraciones Tributarias, logrando a su vez una mayor certeza para ambas partes. Desde entonces, puede observarse en una marcada tendencia hacia la incorporación de los mismos, habida cuenta los auspiciosos resultados de los citados países. En ese sentido, puede encontrarse una detallada recopilación de los APAs suscriptos y procedimientos regulados por la legislación comparada hasta los primeros años de la pasada década, en el trabajo realizado por el doctor Atchabahian¹³¹. Actualmente, los Estados más activos en el desarrollo de estos acuerdos son aquellos países miembros de la OECD orientados a la tributación en la fuente, como ser Australia, Canadá y Corea; agregándose China e India en los últimos años.

A su vez, es preciso señalar que pueden identificarse varias clases de APAs, diferenciados fundamentalmente por las características en su alcance, las que servirán de guía para la siguiente clasificación:

- Unilateral o Bilateral: Reciben el nombre de acuerdos anticipados de precios unilaterales, aquellos en los que interviene un sólo contribuyente con la Administración del país de residencia. En contraposición, se denominan APAs bilaterales cuando intervienen ambas partes de la transacción, es decir, aquellas compañías vinculadas que se hallan radicadas en distintos países, y arriban a un acuerdo junto con sus correspondientes organismos de contralor. En caso de resultar involucrados más de dos Estados, recibirán el nombre de APAs multilaterales. La principal desventaja que presenta el primer grupo de acuerdos (unilaterales), es que no necesariamente garantiza la inexistencia de doble imposición internacional, ya que en el convenio se estará concertando exclusivamente el precio de una sola de las partes de la transacción vinculada, sin que ello obligue a la aceptación de los valores pactados al otro fisco involucrado. Por otro lado, los acuerdos unilaterales cuentan con la virtud de demandar un proceso radicalmente más simple que los bilaterales o multilaterales, habida cuenta que participan una menor cantidad de sujetos e implica determinar los ulteriores gravámenes de un sólo Estado.
- Futuro o retroactivo: Por su propia definición, es de esperar que el APA surta efectos hacia adelante, es decir, a partir del ejercicio económico en que se celebra el acuerdo o en el siguiente, durante un plazo de tiempo determinado, que usualmente oscila entre los tres a cinco años. Sin embargo, se ha sostenido que estos convenios fueron utilizados para resolver disputas entre el fisco y los contribuyentes, que datan de años anteriores a su suscripción; especialmente en aquellos casos complejos que demandaban innumerables recursos para afrontar largas fiscalizaciones. Por lo tanto, si bien es posible limitar sus efectos hacia el

¹³¹ Atchabahian, Adolfo, “Precios de transferencia: acuerdos anticipados para establecerlos”, Periódico Económico Tributario, Buenos Aires Año 2003, 2004, páginas 46 a 53.

futuro, es habitual que ambas partes consideren a su aplicación retroactiva como un empleo más eficiente de los recursos, incluso de aquellos que se han insumido en el desarrollo del acuerdo¹³².

- General o específico: Sin lugar a dudas, uno de los temas centrales para analizar la razonabilidad y sustentabilidad de un APA a través del tiempo, viene dado por la precisión con que puedan fijarse sus hipótesis fundamentales. A modo de ejemplo, puede afirmarse racionalmente que no es lo mismo suponer en el convenio que las operaciones serán evaluadas con uno u otro método; que estimar el crecimiento anual del mercado del contribuyente o el contexto económico mundial que pudiera influir significativamente en los precios. Por lo tanto, el grado de especificidad que puede alcanzarse para un determinado acuerdo dependerá de cada caso en particular, sin que puedan fijarse reglas generales al respecto. En ese contexto, un APA puede servir para establecer el valor de los precios de todas las transacciones vinculadas del contribuyente (general), o circunscribirse a ciertas operaciones en particular (específico), que desean pactarse por diversos motivos como ser: escasez de comparables, relativa facilidad para fijar las mencionadas hipótesis fundamentales, operaciones complejas que demandarían un significativo esfuerzo de comprobación y verificación de las partes, entre otros.

Por lo tanto, como se ha dicho anteriormente, resulta muy complejo establecer preferencias sobre una u otra clase de acuerdos, sencillamente porque sus características dependerán de los objetivos buscados para cada caso en particular. Sin embargo, partiendo de un análisis objetivo de sus cualidades como instrumento fiscal, y a su vez, de las experiencias obtenidas por los países en que fueron implementados, es posible confeccionar un breve resumen de los argumentos a favor y en su contra, que será detallado a continuación:

Ventajas:

- ✓ Puede evitar la doble imposición internacional, especialmente en los APAs bilaterales o multilaterales.
- ✓ Brinda una mayor seguridad jurídica, de cara a la estabilidad fiscal de las operaciones futuras.
- ✓ Preferencia del acuerdo en detrimento de los juicios fiscales, generando a su vez, un marco de relacionamiento entre el contribuyente y el fisco, que permite un control más eficiente de las transacciones y arribar a una mejor resolución de temas complejos.
- ✓ Desarrollo del equipo de auditoría fiscal y entendimiento del negocio, que puede ser empleado para otras fiscalizaciones.

¹³² United Nations, op. cit. nota 15, Párrafo 9.6.2.2.

- ✓ Mejora la relación internacional de distintos países en los casos de APAs bilaterales o multilaterales, lo que muchas veces implica la posibilidad del perfeccionamiento de herramientas, sobre todo para aquellos Estados aún inexpertos en la materia.
- ✓ Participación de las distintas compañías en la negociación, lo que no ocurre en el marco de un procedimiento amistoso (artículo 25 del Modelo de Convenio de la OECD).

Desventajas:

- ✓ No se resuelve la doble imposición internacional con los APAs unilaterales.
- ✓ Dificultad para el establecimiento de las hipótesis fundamentales.
- ✓ Preservación de la información suministrada al fisco, especialmente en los casos de denegatoria. Es preciso aclarar, que en el marco de negociación de estos acuerdos, es habitual que los contribuyentes brinden más información que si estuviesen siendo fiscalizados.
- ✓ En línea con el punto anterior, si el acuerdo se pacta con efecto hacia adelante, puede ocurrir que el fisco cuente con datos suficientes para intentar practicar ajustes en los períodos no prescriptos.

Si bien puede existir algún tipo de riesgo para los contribuyentes, especialmente en lo que se refiere a la sensibilidad de la información aportada en el marco de un acuerdo; tanto las compañías multinacionales como las Administraciones Tributarias de diversos países han encontrado en los APAs, una herramienta que presenta mayores beneficios que los eventuales problemas que fueran mencionados. En ese sentido, es posible identificarse que varios Estados se encuentran desarrollando procedimientos para facilitar su implementación; los que son publicados en sus correspondientes sitios web para el acceso del público en general¹³³. A su vez, en un reciente estudio llevado a cabo por el CIAT¹³⁴, puede advertirse que este fenómeno no es exclusivo de los países del primer mundo o miembros de la OECD, ya que no pocos países de Latinoamérica (v.g. Colombia, Ecuador, México, Perú, Venezuela, entre otros), tienen previsto la concertación de APAs bilaterales y multilaterales en cada uno de sus ordenamientos legales.

En lo que respecta a la República Argentina, lo primero que debe señalarse es que no existen normas domésticas que prevean la aplicación de los citados acuerdos; ello podría explicarse fundamentalmente por lo novedoso de la materia en nuestro país y por la falta de

¹³³ Reino Unido: <http://www.hmrc.gov.uk/manuals/intmanual/INTM422020.htm>;

Estados Unidos: <http://www.irs.gov/Businesses/Corporations/Advance-Pricing-Agreement-Program>

Australia: <http://www.ato.gov.au/businesses/content/00273361.htm>

Canadá: <http://www.cra-arc.gc.ca/tx/nrrsdnts/cmmn/trns/tpm11-eng.html>

¹³⁴ Isaac, Gonzalo Arias Esteban, “Estudio comparado sobre la Situación Actual de las Legislaciones de Precios de Transferencia en Latinoamérica”, Centro Interamericano de Administraciones Tributarias – CIAT, agosto 2010.

desarrollo de los equipos de auditoría fiscal, que permitan arribar a un convenio exitoso. Sin embargo, la posibilidad de establecer acuerdos de precios por parte de los países vecinos de la región, pareciera echar por tierra una justificación desde el punto de vista de la inexperiencia en el tema, sobre todo cuando los regímenes de intercambio de información entre los distintos países y los diversos grupos de trabajo de los organismos internacionales, servirían de guía para su aplicación.

Por otra parte, no debe perderse de vista que, la norma internacional que le da sustento a los APAs no es otra que el artículo 25 del Modelo de Convenio de la OECD, tema que ha sido expresamente manifestado por este organismo¹³⁵. Cabe agregar, que no existe en el texto del referido artículo una mención específica sobre los acuerdos de precios anticipados, sino que, la OECD entiende que los mismos se encuentran incluidos dentro del procedimiento amistoso para la resolución de controversias, como “casos no previstos” en que se hubieren generado algún tipo de doble imposición internacional. En ese sentido, no debe perderse de vista que la mayor parte de los convenios internacionales para evitar la doble imposición que ha suscripto nuestro país, incluyen un texto similar al del artículo 25 del Modelo de Convenio de la OECD, lo que podría significar que ya existe un marco legal que permita el desarrollo de un acuerdo bilateral entre la República Argentina, el otro Estado suscriptor, y las compañías relacionadas que lleven a cabo las operaciones de comercio internacional sujetas al análisis de los precios de transferencia.

Siguiendo con la hipótesis del párrafo anterior, el primer obstáculo que encontrarían las autoridades nacionales, es que no se ha establecido procedimiento alguno que permita desarrollar un acuerdo bilateral, habida cuenta la falta de precisión al respecto del mencionado artículo 25. No obstante, Baistrocchi¹³⁶ sostiene que esto no debería condicionar la posibilidad de arribar a un APA bilateral en nuestro país, ya que de la misma forma que lo han hecho otros Estados, es posible emplear las normas del derecho internacional público a fin de resolver esta cuestión. El autor, toma como punto de partida el procedimiento de APA bilateral desarrollado por las Administraciones Tributarias de Australia, Canadá, Japón y Estados Unidos (*Pacific Association of Tax Administrators – PATA*)¹³⁷, que fuera originalmente diseñado para sus miembros, pero ha sido implementado como guía para la negociación de acuerdos bilaterales por parte de terceros países. Puede concluirse entonces, que tomando como marco legal el artículo 25 de los convenios internacionales suscriptos por la República Argentina, siempre y cuando el mismo reproduzca los lineamientos del procedimiento amistoso sugeridos por la OECD en su Modelo, tanto el fisco como los contribuyentes cuentan con normas internacionales de factible aplicación local, a fin de realizar un Acuerdo Anticipado de Precios bilateral.

¹³⁵ OECD, op. cit. nota 10, Párrafo 4.139.

¹³⁶ Baistrocchi, Eduardo A. Los acuerdos anticipados de precios: su vigencia en la red de convenios argentina. En: Goldemberg, Cecilia (directora), *Manual de Precios de Transferencia en Argentina*, Ed. La Ley. Año 2007, Páginas 684 y 685.

¹³⁷ http://www.nta.go.jp/foreign_language/pata2004/03.htm

5.2. Safe Harbours

Uno de los principales problemas que ha encontrado la aplicación del principio del operador independiente, viene dado por la complejidad y la gran cantidad de recursos que demanda la verificación de los precios de transferencia. Esta afirmación, cabe tanto para los contribuyentes como también para las Administraciones Tributarias. Estas últimas, deben fiscalizar los valores convenidos en el creciente número de operaciones internacionales llevado a cabo entre compañías vinculadas, y ven la necesidad de orientar sus escasos recursos hacia la comprobación de las transacciones más significativas y de mayor complejidad.

En ese sentido, puede observarse en la legislación comparada, que muchos Estados han incorporado diversas medidas para facilitar el cumplimiento de las normas de precios de transferencia. No obstante, la implementación de estas disposiciones obliga a cada país a evaluar los posibles efectos que ello cause. Por un lado, habrá que considerar el impacto en la recaudación, a raíz de que la exoneración de obligaciones fiscales pueda derivar en una planificación fiscal excesiva, o generar doble imposición internacional por medio de una medida unilateral. Llegado a este punto, deviene oportuno detallar las principales conclusiones que fueron obtenidas en un estudio sobre el tema, realizado por la OECD a mediados de 2010¹³⁸.

a) Países consultados (33): Alemania, **Argentina**, Australia, Austria, Bélgica, Canadá, Chile, República Checa, Corea, Dinamarca, Eslovenia, España, Estados Unidos, Estonia, Finlandia, Francia, Hungría, India, Irlanda, Israel, Italia, Japón, Luxemburgo, México, Países Bajos, Nueva Zelanda, Noruega, Polonia, Sudáfrica, Suecia, Suiza, Turquía y Reino Unido.

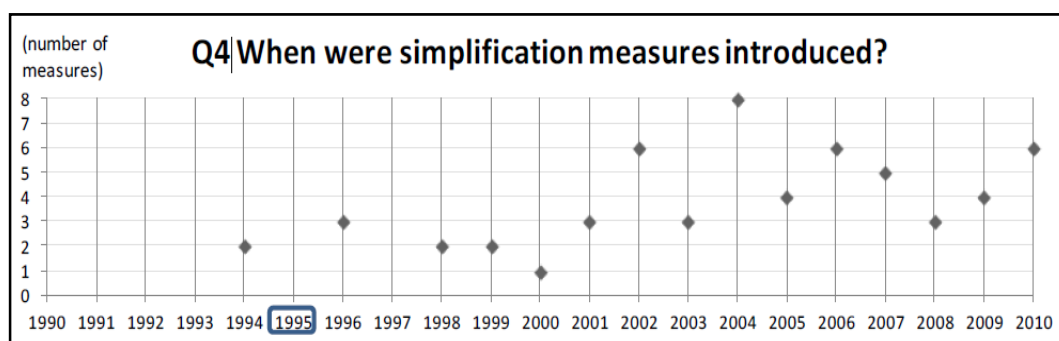
b) Categorías de simplificaciones utilizadas:

- ✓ exoneración de normas sobre precios de transferencia;
- ✓ simplificación de métodos aplicables, regímenes de protección (*safe harbours*) para determinados rangos e intereses. Tema que será desarrollados más adelante;
- ✓ exoneración de requerimientos de documentación;
- ✓ condonación o reducción de sanciones;
- ✓ posibilidad de realizar acuerdos de precios anticipados (APAs) y reducción de los cargos para su estudio.

¹³⁸ OECD, “Multi-country analysis of existing transfer pricing simplification measures”, 2010.

c) Principales hallazgos:

- ✓ 27 de los 33 países consultados (81%) cuentan con algún tipo de norma para simplificar el cumplimiento de las normas de precios de transferencia. Lamentablemente, nuestro país está incluido dentro del grupo minoritario.
- ✓ La mayor parte de las medidas adoptadas se encuentra orientada hacia la consideración del tamaño de las compañías (pequeñas y medianas empresas). En segundo lugar, se ha contemplado los montos de las transacciones involucradas (pequeñas operaciones); y finalmente de disponen normas menos complejas para préstamos financieros y servicios de bajo valor agregado.
- ✓ Más de la mitad de las acciones para facilitar el cumplimiento, apunta a lograr menores requerimientos de información y documentación para validar los precios convenidos.
- ✓ Ninguno de los 27 países que utilizan algún tipo de norma simplificada de precios de transferencia, ha reportado casos de doble imposición a consecuencia de su implementación.
- ✓ La Argentina, ha manifestado que no ha sido evaluada aún la necesidad de adoptar normas que faciliten el análisis de los precios controlados.
- ✓ Desde el año 2001, fueron introducidas anualmente un promedio de 5 disposiciones para allanar el cumplimiento del principio *arm's length* en los Estados consultados, tal como puede verse en el gráfico incorporado a continuación, que se toma del trabajo de la OECD señalado anteriormente.



Es precisamente en el contexto internacional que fuera antes explicado, de donde han surgido diversas alternativas para lograr mayor simpleza en el cumplimiento, de las muchas y variadas regulaciones que presenta el estudio de los precios de transferencia. Una de las posibles variantes, son los denominados *regímenes de protección* o *safe harbours*, los que conforman un conjunto de reglas sencillas bajo las cuáles la Administración Tributaria de un determinado país, aceptaría con su mero cumplimiento que los precios de las operaciones vinculadas se ajustan al principio *arm's length*. Habitualmente estos regímenes suelen

estructurarse, tal como se lo señala la OECD¹³⁹, mediante normas que impongan a los contribuyentes determinadas reglas particulares; como por ejemplo la aplicación de un método específico, como también puede darse un procedimiento alternativo dispuesto por la Administración; o cumpliendo ciertas pautas de publicidad y resguardo de la información relativas a sus operaciones internacionales con sujetos del exterior.

En ese sentido, pueden hallarse dos variantes bien diferenciadas dentro las operaciones que se intenta incluir es los regímenes simplificados; por un lado, el factor comúnmente utilizado se refiere al monto de la transacción, permitiendo que las operaciones poco significativas (que se encuentren por debajo de un importe específico), no quedarán obligadas a cumplir con las normas de precios de transferencia. La otra modalidad, se encuentra asociada a la fijación de rangos de precios o utilidades, dentro de los cuales se considerarán que los valores acordados han sido de mercado.

Sin lugar a dudas, uno de los casos más reconocidos lo conforman las compañías maquiladoras de exportación, radicadas en México. Cabe aclarar, que reciben esta denominación las empresas que brindan un servicio de manufactura, especialmente para clientes ubicados en los Estados Unidos; según el cual, el sujeto mexicano importa al país materiales sin pagar arancel alguno, para luego enviar el producto terminado al cliente, sin que puedan venderse los bienes en México; algo similar a lo que sería un importación temporaria de acuerdo a las disposiciones aduaneras de nuestro país. En efecto, se encuentra previsto un *régimen de protección* o *safe harbour* especial para las compañías maquiladoras de exportación, que deberán cumplir con al menos uno de los siguientes parámetros de rentabilidad: utilidad mínima igual o mayor que: [(costos + gastos) + 1% valor neto de la maquinaria]; el 6,9% sobre los activos utilizados en la actividad de maquila (tanto propios como del residente en el extranjero); o finalmente el 6,5% sobre los costos y gastos incurridos por la empresa maquiladora¹⁴⁰. En los casos que las compañías alcanzadas por este régimen especial, logren los ratios de rentabilidad requeridos, se concluirá que los precios de sus operaciones vinculadas han cumplido con el principio *arm's length*.

A su vez, puede mencionarse el caso de Brasil, que constituye otro de los países Latinoamericanos que adoptó alguna clase de *safe harbour*. En esta ocasión, se encuentran incluidas las operaciones de exportación a sujetos vinculados del exterior, donde el requisito establecido la su validación consta de alcanzar al menos una ganancia neta del 5% en sus transacciones controladas; lo que deberá calcularse en base al promedio del año evaluado y los dos ejercicios precedentes. Tal como se ha dicho anteriormente, de cumplirse con los parámetros indicados, será considerado que los precios pactados han sido en condiciones de mercado. Puede agregarse, que este régimen brasilero ha sido calificado también como un “safe harbour imperfecto”, ya que las autoridades fiscales se reservan el derecho de aceptar

¹³⁹ OECD, op. cit. nota 10, Párrafo 4.94.

¹⁴⁰ Isaac, Gonzalo Arias Esteban, op. cit. nota 134.

los ingresos declarados por el contribuyente, limitando de alguna forma la certidumbre que el régimen debiera brindar¹⁴¹. Otra de las particularidades que posee este país para la evaluación de sus precios de transferencia, puede hallarse en los márgenes de utilidad fijos; empleados para la comparación de los métodos de *precio de reventa* y *costo más beneficios*. A modo de ejemplo, se detallan a continuación los rangos de utilidad establecidos, acorde a las últimas modificaciones dispuestas por las normas del referido país¹⁴², para las operaciones de importación de bienes a ser evaluadas con el método de *precio de reventa*:

a) 40%, para los siguientes sectores:

- ✓ los productos químicos farmacéuticos y productos farmacéuticos;
- ✓ los productos del tabaco;
- ✓ el material y los instrumentos ópticos, fotográficos y cinematográficos;
- ✓ las máquinas, aparatos y material para uso en cirugía dental, médica y hospitalaria;
- ✓ el petróleo y el gas natural (minería), y
- ✓ los productos derivados del petróleo (derivada de las refinerías de petróleo y afines);

b) 30% para los sectores de:

- ✓ productos químicos (excepto los productos químicos farmacéuticos y productos farmacéuticos);
- ✓ de vidrio y productos de vidrio;
- ✓ los productos de pulpa, papel y papel, y
- ✓ la metalurgia; y

c) 20% para los demás sectores.

No obstante las posibles objeciones que pudieran realizarse acerca de la arbitrariedad que implica el uso de márgenes fijos para el cotejo de los precios, no sería conceptualmente correcto incluir este mecanismo dentro de los regímenes de protección que aquí se analizan. Esto es así, debido a que el mismo no se aplica exclusivamente a una clase de contribuyentes u operaciones, sino que alcanza a la totalidad de los sujetos sin distinción alguna, lo que genera diferencias inconciliables con la naturaleza intrínseca de los *safe harbours*.

En otro orden de ideas, puede hallarse dentro de las motivaciones que implica la instauración de estos regímenes especiales, sólidos argumentos sobre la necesidad de facilitar el cumplimiento del principio del operador independiente. Hemos dicho ya, que establecer un *safe harbour* permite la optimización de recursos tanto para los contribuyentes alcanzados como también, para las Administraciones que deben fiscalizarlos. Ello se da especialmente en aquellos casos, donde los recursos destinados a la preparación de un informe de precios de

¹⁴¹ Isaac, Gonzalo Arias Esteban, op. cit. nota 134.

¹⁴² United Nations, op. cit. nota 15, Párrafo 10.1.2.11. – La traducción es propia.

transferencia resulta desproporcionado con respecto al tamaño de la compañía o volumen de las operaciones. Por lo tanto, solicitar por ejemplo una rentabilidad mínima para determinadas operaciones vinculadas, en el marco de un régimen de protección, contribuye no sólo a facilitar el cumplimiento de las normas fiscales; sino que también brinda certidumbre a las compañías involucradas. Es por esto que se espera que dichas transacciones no sean posteriormente auditadas, debido a que, el fisco debería aceptar automáticamente la condición de mercado de los precios convenidos.

A pesar de los citados beneficios, es frecuente que todo régimen simplificado involucre consecuencias no deseadas. En primer término, puede señalarse como uno de los factores negativos algún rasgo de incompatibilidad con el principio del operador independiente. A modo de ejemplo, si se dispone un método de evaluación de precios particular para todos los casos alcanzados por el régimen de protección, sería poco probable que el mismo resulte ser “el más adecuado” para todas las operaciones, o que sea el más recomendable considerando funciones, riesgos y activos de la transacción. Por lo tanto, en un escenario donde se agrupen actividades con funciones y/o riesgos sensiblemente diferentes (considerando únicamente el monto de la misma), es factible lograr e incluso generar, resultados que no se ajustarían a los precios de mercado. Otro de los riesgos que involucra la utilización de los *safe harbours*, viene dado por la eventual posibilidad de generar doble imposición internacional, o también la denominada “doble no imposición”. La primera hipótesis ocurre cuando una compañía tiende a incrementar los precios que hubiera pactado de no estar incluida en el régimen especial, con el objetivo de alcanzar los márgenes de utilidad requeridos para que sus operaciones no sean fiscalizadas. Por lo cual, es de esperarse que determinados contribuyentes valoren excesivamente la certidumbre brindada por la aceptación de sus precios libres de auditorías, como para generar un aumento de los valores de sus operaciones, que repercutirá negativamente en los márgenes de su vinculada del exterior. En contraposición, puede suceder que las compañías beneficiarias de estos regímenes especiales desarrollen su planificación fiscal, de forma tal que minimicen su rentabilidad hasta los pisos requeridos, permitiendo que su contraparte del exterior declare sus ingresos sin ajustarse al principio *arm's length*.

Sin embargo, los aspectos negativos que fueron mencionados en el párrafo precedente no escapan a la preocupación de la comunidad fiscal internacional, sino que, son objeto de estudio para brindar posibles soluciones. Como resultado de esos análisis, puede destacarse el notable avance realizado por el Grupo de Trabajo No. 6 de la OECD¹⁴³, que ha propuesto una serie de memorándums de entendimiento para facilitar el desarrollo de *safe harbours* bilaterales, aplicables a casos como: servicios de manufactura, servicios de distribución, y a su vez, tareas de investigación y desarrollo. Las ventajas de la instauración de regímenes de protección bilaterales, solucionaría en gran medida los problemas que fueron mencionados en

¹⁴³ OECD, “Proposed revision of the section on safe harbour in chapter IV of the OECD Transfer Pricing Guidelines”, 2012. La revisión efectuada sobre la Sección E del capítulo IV de las *Guidelines*, ha sido aprobada por el Consejo de la OECD con fecha 16/05/2013, tal como puede verse en la página web de ese organismo.

el párrafo anterior, especialmente en lo que se refiere a posibles situaciones de doble imposición. No puede dejar de mencionarse, que dichos trabajos fueron inspirados de la experiencia que brindan los acuerdos suscriptos por los Estados Unidos y México, para las actividades llevadas a cabo por las compañías maquiladoras.

5.3. Armonización fiscal basada en Precios de Transferencia

Los temas que serán desarrolladas en esta sección final, comprenden básicamente cuestiones que afectan en mayor medida a los Estados en forma individual, y no así, a las relaciones transnacionales entre los mismos o llevadas a cabo por compañías multinacionales de distintos países. Ello se debe, a que el principio del operador independiente puede ser utilizado también para evaluar las operaciones domésticas, que son desarrolladas por compañías vinculadas radicadas dentro de un mismo país. Tomando como punto de partida uno de los citados informes de la OECD, referido a las medidas para simplificar el cumplimiento de las normas de precios de transferencia; nos permite utilizar algunas de sus conclusiones para el tema que aquí nos ocupa. Allí puede verse, que de los 33 países consultados, 20 han afirmado que las transacciones internas entre sujetos con algún tipo de vinculación nacional, se encuentran también sujetas al principio *arm's length*¹⁴⁴.

Como puede fácilmente observarse, tanto las *Guidelines* de la OECD como cualquier otra norma local o internacional sobre precios de transferencia, apunta a establecer regulaciones sobre el impuesto a la renta. Sin embargo, lograr una valoración adecuada o de mercado para las operaciones comerciales, es también el objetivo de otros gravámenes, especialmente IVA dentro de la gama de impuestos indirectos; y de la legislación aduanera para la importación de mercaderías. Los debates más profundos en torno a la prelación de una práctica sobre otra, se manifestaron para arribar una valuación consistente de los bienes, donde suele ponerse como obstáculo una aparente contraposición de intereses entre las Administraciones Tributarias y las Administraciones Aduaneras. Ello se debe, a que si en una operación de importación de bienes, se concluye que el precio de la transacción deba ser incrementado, la consecuencia inmediata es que se determinarán mayores tributos aduaneros (puede también incluirse en esta hipótesis el Impuesto al Valor Agregado - IVA). Por lo contrario, de considerarse a efectos tributarios el monto incrementado/ajustado en sede aduanera, al ser éste parte del costo de las operaciones del contribuyente, la consecuencia inmediata será una reducción de su impuesto a la renta.

Ante ese planteo, las compañías que efectúen operaciones de comercio exterior han de esperar razonablemente, que sus transacciones sean valuadas de la misma forma para todos

¹⁴⁴ OECD, op. cit. nota 138. Los aludidos países son: Austria, República Checa, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Francia, Alemania, Hungría, Irlanda, Israel, Luxemburgo, México, Países Bajos, Noruega, Polonia, Eslovenia, España, Turquía, el Reino Unido y los Estados Unidos.

los tributos que las alcancen, máxime en aquellos casos como nuestro país donde las Administraciones tributarias y aduaneras forman parte del mismo organismo (AFIP). Puede esperarse un efecto similar, cuando se analiza la valoración de mercaderías para el impuesto a la renta y al valor agregado, en el marco de operaciones domésticas. Las posibles variantes para arribar a una deseable armonización, han sido clasificadas en tres grupos por el trabajo de Ainsworth¹⁴⁵, que será tomado como guía para desarrollar los siguientes puntos:

- a) Homogeneización: Si bien han sido grandes los avances desde el punto de vista de los impuestos indirectos y valoración aduanera, es improbable esperar algún grado de homogeneidad internacional en el impuesto a la renta.

Cabe aquí recordar, que la adopción del criterio de “país de destino”, según el cual los bienes y servicios son gravados por los tributos indirectos en el país donde los mismos se consumen, constituyó al eliminar barreras al comercio y a favorecer la equidad interna de tributos indirectos. El citado criterio, ha sido implementado consistentemente por la comunidad internacional, lo que pareciera un constituir un gran avance. Por su parte, siempre con el objetivo de eliminar las distorsiones que generan las leyes locales sobre comercio internacional, numerosos países han suscripto al Acuerdo General de Aranceles y Comercio (G.A.T.T.) de 1947, siendo su versión más reciente la plasmada en el denominado Acuerdo del Valor en Aduana GATT 1994, mediante el cual, se especifica una forma equitativa y compatible con el comercio internacional, de valoración de la mercadería.

En franca contraposición, puede advertirse acerca de las normas que regulan la cuantificación del impuesto a la renta (fundamentalmente en la aplicación del principio de la fuente o el principio de residencia), generan hoy en día cuantiosas situaciones de doble imposición internacional, que han podido ser atenuadas mediante la suscripción de convenios bilaterales. En consecuencia, si no es factible arribar a una solución pacífica en operaciones donde los distintos países no se encuentran discutiendo su cuantía, pareciera ser bastante lejana la posibilidad de lograr algún tipo de homogeneización de normas de precios de transferencia, cuyo estudio resulta significativamente más complejo que otras disposiciones del impuesto a la renta. A riesgo de exteriorizar una conclusión casi obvia, queda claro que la motivación principal de la falta de entendimiento, se debe a que los Estados involucrados no quieren ver afectadas sus recaudaciones fiscales.

- b) Validación: El enfoque que pretende abordarse en este punto, es que cada uno de los sistemas vigentes, impuesto a la renta – IVA – aduana, mantenga su estructura de valoración actual; pero permita tomar como **válido** las conclusiones obtenidas por alguno de sus pares. En otras palabras, significaría que la determinación de la

¹⁴⁵ Ainsworth, Richard Thompson, “IT-APAs – Vertical harmonization of Transfer-Pricing Standards, Boston University Scholl of Law, Working Paper Series”, Law and Economics Working Paper No. 07-29, 2007.

base imponible efectuada en la aduana, debería servir para la evaluación de los precios de transferencia y la determinación del IVA.

Es aquí, donde los Estados involucrados deberían trabajar internamente sobre la aparente contraposición de objetivos entre el servicio aduanero y la Administración Tributaria. Sin embargo, cabe señalar que ambos sistemas aceptan en primer término como base de valoración el importe declarado por el contribuyente, siempre y cuando la vinculación entre las partes contratantes no haya influido en el precio; es decir, que ambos exigen el cumplimiento del principio *arm's length*.

Ahora bien, resulta oportuno agregar las palabras de Barreira, quien ha sostenido que la función de la Aduana no busca *"incrementar el valor declarado sino la de desestimar el artificialmente reducido y determinar el que fuera real y objetivamente procedente. Es que la finalidad del régimen de valor en Aduana no es la de obtener una mayor recaudación, sino la de establecer un sistema neutro que evite tanto la subfacturación por parte del importador como la manipulación de la Aduana para incrementar los tributos aduaneros por la vía indirecta de la ampliación de la base imponible, buscando dar bases seguras al intercambio comercial en cuanto éste es uno pilares en los que descansa la paz internacional."*¹⁴⁶.

Este tema, ha sido tratado también en la Conferencia sobre Precios de Transferencia y Valoración en Aduana, organizada conjuntamente por la OECD y la Organización Mundial de Aduanas. Como podía esperarse, si bien no se llegó a un acuerdo receptado por todos los partícipes, había quienes se encontraban a favor de la convergencia entre los distintos regímenes legales. Este grupo de representantes, coincidió en que las *Guidelines* de la OECD, presentan un desarrollo mucho mas acabado sobre las relaciones económicas y funcionales de las compañías multinacionales. A su vez, no debe perderse de vista que las referidas guías son reconocidas y adoptadas internacionalmente con bastante éxito, lo que permitiría lograr algún grado de homogeneización. Consecuentemente, no avizoraban mayores inconvenientes en que el servicio aduanero pueda aceptar una valoración aduanera mediante las normas de precios de transferencia; como ocurre actualmente en Canadá.

- c) Armonización vertical: En este punto, Ainsworth sostiene que la utilización de los APAs podrían facilitar la determinación de todos los tributos aquí analizados, especialmente si los acuerdos son bilaterales. El autor plantea un mecanismo de valoración flexible para cada caso en particular, sugiriendo que *"podría darse preferencia a los métodos de valoración en aduana de determinadas mercancías importadas, o a las metodologías de la OCDE cuando los productos se asocian a valores intangibles significativos. El IVA podría seguir la valoración en aduana"*

¹⁴⁶ Barreira, Enrique C., "El valor en Aduana y los precios de transferencia en las transacciones internacionales entre empresas vinculadas", Asociación Argentina de Estudios Fiscales, julio de 2001.

para las transacciones internacionales y al impuesto sobre la renta para las operaciones domésticas.”¹⁴⁷. No obstante lo consistente que podría ser la solución desde el punto de vista teórico, hemos visto ya que la posibilidad de concreción de los APAs bilaterales se encuentra recién en una etapa preparatoria. En consecuencia, la realidad internacional nos enseña que gran cantidad de Estados, como ser nuestro país, ni siquiera han implementado normas domésticas que permitan el desarrollo de acuerdos unilaterales para precios de transferencia, lo que hace pensar como al menos distante cualquier avance en este sentido.

En resumen, son muchos y serios los obstáculos que deben sortearse para llegar a un grado aceptable de armonización de leyes fiscales y aduaneras. Sin embargo, el empleo de las normas internacionales de precios de transferencia, fundamentalmente de las *Guidelines* de la OECD, ha logrado allanar el camino comenzaron a recorrer países como Canadá y el Reino Unido. Sus representantes, han manifestado que encontraban como auspicioso aprovechar los años de experiencia y el constante trabajo de ese organismo, a fin mantener actualizadas las recomendaciones sobre cómo deberían lidiar las distintas Administraciones Tributarias, con las cada vez más complejas relaciones comerciales llevadas a cabo por las compañías multinacionales. Este desarrollo, es factible de ser utilizado con otros propósitos, sobre todo si se tiene en cuenta que los impuestos indirectos como también las normas de valoración en aduana, exigen para su determinación la aplicación del principio *arm's length*.

Finalmente, cabe agregar que los avances en la materia no resultan privativos de los países miembros de la OECD, sino que también los miembros de la Comunidad Andina de Naciones (Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú), en el marco del proyecto 06-2012-INTERCAN; han solicitado la intervención de Jovanovich¹⁴⁸. La finalidad de ese trabajo, consiste en efectuar un diagnóstico sobre las normas de precios de transferencia en materia impositiva y de valoración en aduana; tanto para los cuatro países miembros como también a nivel comunitario. Adicionalmente, se requirió una propuesta de normativa comunitaria, que prevea la posibilidad de armonización del control de los precios de transferencia en materia aduanera.

¹⁴⁷ Ainsworth, Richard Thompson, op. cit. nota 145, página 11.

¹⁴⁸ Jovanovich, Juan Martín, Presidente del Instituto Argentino de Estudios Aduaneros (IAEA), quien a su vez ha presentado un trabajo sobre el tema en la mencionada Reunión Temática de la Vigésima Sesión del Comité Técnico de Valoración en Aduana (OMA-OECD), en abril de 2005; y es autor del libro *Customs Valuation and Transfer Pricing. Is It Possible to Harmonize Customs and Tax Rules?*, Kluwer Law International, 2002.

6. Conclusiones

Llegados a este punto, es momento de abordar los resultados obtenidos por el presente trabajo de investigación. Para ello, serán considerados en forma independiente cada uno de los objetivos individuales propuestos al comienzo, y finalmente, el análisis del cumplimiento general de su propósito.

- Los orígenes de las operaciones transnacionales y la evolución del principio *arm's length*: El primer capítulo de este trabajo, ha sido destinado al examen de las distintas formas de contratación entre las empresas vinculadas a lo largo de los últimos 70 años. Para ello, fue utilizada como guía una importante publicación de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), obra que fuera oportunamente citada.

Posteriormente, a fin de realizar el estudio de los orígenes del principio del operador independiente, fue utilizada la legislación de los Estados Unidos, por ser éste sin lugar a dudas, el país precursor en la materia. El desarrollo efectuado en el primer capítulo, brinda al lector un completo panorama, que abarca desde el inicio del concepto de “precio libre de mercado” hasta nuestros días, lo que permite comprender la relevancia fiscal que cobran los Precios de Transferencia para las economías mundiales. Por lo tanto, desde la óptica del autor, puede afirmarse que ha sido cumplido el objetivo aquí planteado.

- Análisis de las recomendaciones sobre métodos, por parte de los organismos internacionales: Una de las cuestiones importantes que fuera claramente señalada por quien es la tutora del trabajo; es que no constituye un aporte original hacer una obra enfocada a los métodos para evaluar los precios de las transacciones. En consecuencia, si se hacía algún desarrollo sobre este tema, surgía como una condición ineludible incorporar algún elemento novedoso. Con esa meta, han sido desarrollados los capítulos 2 y 3 de esta investigación, dedicados a las diversas cuestiones que deben considerarse para la aplicación del principio *arm's length* y sus métodos. En ese sentido, puede fácilmente advertirse que su estudio fue realizado mediante la constante comparación de las recomendaciones de la OECD, con el “*Transfer Pricing: Practical manual for developing countries*” elaborado por las Naciones Unidas. Este manual, que fuera publicado durante el año 2012, apunta a poner de manifiesto ciertas dificultades que encuentran los países en vías de desarrollo, para la adopción de las soluciones previstas en las *Guidelines*. De manera que, la evaluación de los Precios de Transferencia a través de sus distintas metodologías, fue llevada a cabo mediante la comparación de ambos enfoques (OECD – UN), lo que permite cumplir con el desafío propuesto, incorporando una perspectiva novedosa.

- Evolución normativa y jurisprudencial en la República Argentina: El capítulo 4 del presente trabajo de investigación, fue el destinado a cumplir con este objetivo. Puede señalarse con certeza, que el mencionado capítulo constituye sin dudas el más extenso, ya que si bien las modernas normas de Precios de Transferencia han sido incorporadas en el año 1998; fueron objeto de numerosas modificaciones que debían ser profundamente analizadas. De manera que, empleando los enfoques de la reconocida doctrina nacional (muchas veces contrapuestos entre sí), en opinión de este autor se ha logrado confeccionar un completo estudio de la legislación nacional en la materia que aquí nos ocupa. A su vez, el mismo fue complementado por la jurisprudencia relevante, lo que permite conocer las interpretaciones del fisco y de los distintos juzgadores, sobre el alcance con que deben entenderse las disposiciones estudiadas, fundamentalmente en la gran cantidad de casos no regulados.

- Objetivo general: Hemos dicho al comenzar, que se proponía lograr con este trabajo la confección de documento sobre Precios de Transferencia que cumpla con determinadas características:
 - a) Incorporación de elementos actualizados: Si bien ha sido utilizado material ineludible como ser las *Guidelines* de la OECD; puede notarse a lo largo de todo la investigación, el empleo de información reciente o de los últimos años, como puede ser: el comentado manual de las Naciones Unidas (2012), la propuesta de legislación de la OECD (2011); jurisprudencia nacional de los últimos 5 años; y adicionalmente, todos los temas abordados en el capítulo 5 (acuerdos anticipados de precios, *safe harbours* y armonización) fueron desarrollados en consideración del estado actual de cada uno de ellos en la legislación comparada.

 - b) Utilización de un lenguaje llano y simple: Otras de las metas pretendidas, consistía en poder desarrollar todos los conceptos que hacen a la práctica, especialmente a los métodos de evaluación de precio, sin emplear complejos ejemplos matemáticos. El motivo de ello, se debe a que resulta arduo para el lector involucrarse en cálculos aritméticos o estadísticos a fin de comprender una determinada idea. En consecuencia, han sido escasas las veces en que se recurrió a ejemplos numéricos, brindando la posibilidad de una lectura sencilla sobre temas que podrían considerarse de difícil entendimiento.

 - c) Brindar una herramienta a todos los profesionales no especialistas en la materia: Si bien resultaría infructuoso pretender cumplir esta meta con un documento que aún no es público, el enfoque con que fuera concebido y el empleo del lenguaje mencionado en el punto anterior, permitirían en opinión

del autor, transformar esta investigación en una herramienta de consulta para aquellos profesionales no especialistas en la materia. Ello se debe, a que es frecuente advertir en la práctica impositiva, gran cantidad de técnicos o expertos en tributación que no se involucran en temas de Precios de Transferencia; puesto que, desconocen los conceptos fundamentales de la práctica. Es entonces, que el presente trabajo les facilitaría la posibilidad de adentrarse en la materia, sin recurrir a complejas obras especializadas.

En síntesis, por todas las razones antes expuestas, se considera que fueron cumplidos los objetivos específicos y generales planteados al comienzo de la investigación.

7. Bibliografía

a) Libros consultados

- Baistrocchi, Eduardo A. Los acuerdos anticipados de precios: su vigencia en la red de convenios argentina. En: Goldemberg, Cecilia (directora), *Manual de Precios de Transferencia en Argentina*, Ed. La Ley. Año 2007.
- Dinice, Horacio. Método de precio de cotización a la fecha de embarque (sexto método). En: Goldemberg, Cecilia (directora), *Manual de Precios de Transferencia en Argentina*, Ed. La Ley. Año 2007.
- Diskenstein, Manuel G. y Blanco, Silvana. El art. 8º de la Ley de Impuesto a las Ganancias. Un Antecedente antes de la legislación moderna de precios de transferencia en Argentina. En: Goldemberg, Cecilia (directora), *Manual de Precios de Transferencia en Argentina*, Ed. La Ley. Año 2007.
- Goldemberg, Cecilia. Transferencias entre empresas vinculadas. Introducción a su tratamiento en el Impuesto a las Ganancias. En: Goldemberg, Cecilia (directora), *Manual de Precios de Transferencia en Argentina*, Ed. La Ley. Año 2007.
- Goldemberg, Cecilia. Método de división de ganancias. En: Goldemberg, Cecilia (directora), *Manual de Precios de Transferencia en Argentina*, Ed. La Ley. Año 2007.
- Gotlib, Gabriel y Vaquero, Fernando M., *Aspectos Internacionales de la Tributación Argentina*, Ed. La Ley. 2ª Edición año 2009.
- Heide, Guillermo, Grazzini, Guillermo y Lozano, Matías. El rango de precios o rentabilidades de mercado abierto. En: Goldemberg, Cecilia (directora), *Manual de Precios de Transferencia en Argentina*, Ed. La Ley. Año 2007.
- Jovanovich, Juan Martín, *Customs Valuation and Transfer Pricing. Is It Possible to Harmonize Customs and Tax Rules?*, Kluwer Law International, 2002.
- Massineo, Alejandro E. Principios generales para la aplicación e interpretación de los tratados. La interacción de la normativa de derecho interno anti-abuso frente a los convenios para evitar la doble imposición internacional. En: García, Fernando

(director), *Convenios para evitar la doble imposición internacional – Aspectos controvertidos*, Ed. La Ley. Año 2010.

- Olivero, Gabriela y Reyes, Carlos F.. Precios de transferencia. Tratamiento de los servicios intragrupo. En: García, Fernando (director), *Convenios para evitar la doble imposición internacional – Aspectos controvertidos*, Ed. La Ley. Año 2010.
- Raimondi, Carlos A. y Atchabahian, Adolfo, *El impuesto a las ganancias*, Ed. La Ley. 5ª Edición año 2010.
- Wolfsohn, Ariel E.; *Precios de transferencia: conceptos, determinación, régimen aplicable, solución de controversias*, Ed. Errepar, Agosto 2000.

b) Publicaciones y artículos especializados

- Ainsworth, Richard Thompson, “IT-APAs – Vertical harmonization of Transfer-Pricing Standards, Boston University Scholl of Law, Working Paper Series”, Law and Economics Working Paper No. 07-29, 2007.
- Araneda, Hugo Hurtado, “Los métodos de precios de transferencia y el ingreso de Chile a la OCDE”; Revista Chilena de Derecho, vol. 38 N° 3, 2011, páginas. 511 – 544.
- Atchabahian, Adolfo, “Precios de transferencia: acuerdos anticipados para establecerlos”, Periódico Económico Tributario, Buenos Aires Año 2003, 2004, páginas 46 a 53.
- Barreira, Enrique C., “El valor en Aduana y los precios de transferencia en las transacciones internacionales entre empresas vinculadas”, Asociación Argentina de Estudios Fiscales, julio de 2001.
- Goldemberg, Cecilia, “Comentarios a las modificaciones introducidas por la ley 25.784 al impuesto a las ganancias”, Doctrina Tributaria ERREPAR (DTE), diciembre 2003.
- Goldemberg, Cecilia, “Precios de transferencia. Operaciones con *commodities*. Las inconsistencias del sexto método”, Doctrina Tributaria ERREPAR (DTE), diciembre 2011.
- Goldemberg, Cecilia, “Reflexiones sobre precios de transferencia a partir del fallo ‘Aventis Pharma’”, Doctrina Tributaria ERREPAR (DTE), octubre 2010.
- Gotlib, Gabriel, “Precios de transferencia. En la búsqueda del método, más apropiado”, Doctrina Tributaria ERREPAR (DTE), febrero 2002.
- Isaac, Gonzalo Arias Esteban, “Estudio comparado sobre la Situación Actual de las Legislaciones de Precios de Transferencia en Latinoamérica”, Centro Interamericano de Administraciones Tributarias – CIAT, agosto 2010.
- Julius, 1990; UNCTAD, 1999, citado por José E. Durán Lima y Vivianne Ventura-Días en “Comercio Intrafirma: concepto alcance y magnitud”, CEPAL, Santiago de Chile, diciembre de 2003.
- Kern, Juan R., “Aplicación de la teoría del aporte y la utilidad. Empresas locales de capital extranjero. Precios de transferencia.”, La Ley, 1999.

- Lorenzo, Armando; Bechara, Fabián y Cavalli, César M., “Impuesto a las ganancias: operaciones entre empresas vinculadas”, Doctrina Tributaria ERREPAR (DTE), enero 2002.
- OECD, “Commentary on article 9 concerning the taxation of associated enterprises”, 2005.
- OECD, “Harmful Tax Competition. An Emerging Global Issue”, 1998.
- OECD, “Model Tax Convention on Income and on Capital”, Vol. I y II, julio 2010.
- OECD, “Multi-country analysis of existing transfer pricing simplification measures”, 2010.
- OECD, “Proposed revision of the section on safe harbour in chapter IV of the OECD Transfer Pricing Guidelines”, 2012.
- OECD, “Report Transfer Pricing and Multinational Enterprises”, 1979.
- OECD, “Three Taxation Issues”, 1984.
- OECD, “Thin Capitalization”, 1987.
- OECD, “Report Tax Aspects of Transfer Pricing within Multinational Enterprises: The United States Proposed Regulations”, 1993.
- OECD, “Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administration”, 2010.
- Parrondo, Alfredo Javier, “La Administración Tributaria frente a la planificación fiscal internacional en un contexto globalizado”, Boletín AFIP N° 26, 01/09/1999, página 1611.
- Scalone, Enrique L., “Precios de transferencia. Situación actual en Argentina”, Doctrina Tributaria ERREPAR (DTE), marzo 2000.
- United Nations Centre on Transnational Corporation, “International Income Taxation and Developing Countries”, 1988.
- United Nations Conference on Trade and Development, “Transfer Pricing Report”, 1999.
- United Nations, “Transfer Pricing: Practical manual for developing countries”, 2012.
- Yemma, Juan C. - Diskenstein, Manuel G., “Nueva modificación a la legislación de precios de transferencia”, Doctrina Tributaria ERREPAR (DTE), enero 2004.

c) Jurisprudencia

- “Aventis Pharma SA”, TFN, Sala D, 26/02/2010, y Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala III, 29/03/2012.
- “Boehringer Ingelheim SA/ s apelación”, TFN, Sala A, 13/04/2012.
- “Clemencia Van Rossm s/ausencia con presunción de fallecimiento”, C.S.J.N., 07/09/1959, (“Fallos”: 244- 418).
- “Compañía Ericsson SACI”, TFN, Sala C, 15/8/2007.
- “Curia, Floro c/Nóbile, Virginia s/ordinario”, C.S.J.N., 10/05/1961, (“Fallos”: 249- 613).

- “Devotto Solari, Oscar N. (TF 18.469-I c/ D.G.I.”, C.S.J.N., 08/06/2010.
- “Daimlerchrysler Argentina S.A.”, TFN, Sala A, 02/09/2009.
- “Eduardo Loussinian S.A.C.I.F.I.A., hoy Sudamericana de Intercambio S.A.C.I.F. s/recurso de apelación”, TFN, Sala B, 17/12/1979. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala III, 08/07/1978; y C.S.J.N., 20/09/1983, (“Fallos”: 305-1408).
- “Ford Motor Argentina SA”, C.S.J.N., 05/02/1974.
- “Laboratorios Bagó S.A.”, TFN, Sala B, 16/11/2006.
- “Oleaginoso Moreno SACIFIA s/apelación impuesto a las ganancias”, TFN, Sala A, 06/03/2012.
- “Parke Davis de Argentina y Cía. SA”, C.S.J.N., 31/07/1973.
- “Volkswagen Argentina SA s/apelación.”, TFN, Sala B, 11/12/2009, y Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala IV, 30/08/2012.
- “Alfred C Toepfer Internacional S.A. (TF 27014-I) c. DGI”, CNACAF, Sala II, 13/12/2012.
- “Nidera S.A. (TF 26938-I) c/DGI”, CNACAF, Sala III, 06/06/2013.
- Dictamen N° 104/2001, Dirección de Asesoría Legal, 03/12/2001.