
EL VALOR EN ADUANA Y LOS PRECIOS DE TRANSFERENCIA

PABLO GONZÁLEZ BIANCHI* Y FLAVIA FIGUEREDO**

Resumen: La finalidad de los sistemas de Precios de Transferencia y Valor en Aduana es determinar la base imponible de tributos (internos y al comercio exterior). El área común de ambos lo constituyen las transacciones de bienes corporales entre empresas vinculadas. La aplicación de los métodos establecidos por uno u otro sistema puede dar lugar a resultados opuestos. Si bien las finalidades de ambos institutos son diferentes, han existido esfuerzos de convergencia a nivel de la doctrina y de la legislación internacional (OCDE y OMA). El tema sigue siendo todavía objeto de debates, los cuales se intenta clarificar en este trabajo.

Palabras clave: Precios de Transferencia. Valor en Aduana. Arm's lenght. Valor de transacción.

Abstract: The purpose of the Transfer Price and Customs Value systems is the determination of the tax basis for the application internal taxes and customs duties. The common ground for both systems are the transactions of goods between related parties. The application of the methods set forth by each of the referred systems may result in different outcomes. Despite the fact that the objectives of both systems are different, there have been convergence efforts from the doctrine and the international legislation (OECD and WCO). However, this issue is still object to debate, which we will intend to clarify through this paper.

Key words: Transfer Price. Customs Value. Arm's lenght. Transaction Value.

1.- La evasión impositiva, los precios de transferencia y el standard "arm's lenght"¹.

* Abogado. Profesor Titular de "Derecho del Comercio Internacional" en la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo (Uruguay). ORCID id: <http://orcid.org/0000-0002-8274-8498>. pgonzalez@gbyasoc.com.uy

** Abogada. Profesora Adjunta de "Derecho del Comercio Internacional" en la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo (Uruguay). ORCID id: <http://orcid.org/0000-0003-2443-3030>. ffigueredo@gbyasoc.com.uy

1 Ver más ampliamente sobre este tema: BARREIRA, Enrique C.: "El valor en aduana y los precios de transferencia en las transacciones internacionales entre empresas vinculadas: dos enfoques ante un mismo fenómeno", en Boletín Informativo de la Asociación Argentina de Estudios Fiscales, Julio de 2001, págs. 33 a 50; FRANCO, Sergio y SHAW, José Luis: "Precios de transferencia en Uruguay", Revista Tributaria Número 126, Tomo XXII, mayo-junio de 1995, págs. 187 a 218; MAZZ, Addy: "La imposición sobre la renta derivada del suministro de tecnología", Revista Tributaria No. 142, Tomo XXV, Enero-Febrero de 1998, págs. 52 a 56; ARCIA NODARI, Sebastián: "Precios de transferencia en el Uruguay", Revista Tributaria No. 141, Tomo XXIV, Noviembre-Diciembre 1997, págs. 695 a 719; BOCCHIARDO, José C.: "La legislación antielusiva: la experiencia en los países latinoamericanos", Revista Tributaria No. 112, Tomo XX, Enero-Febrero 1993, págs. 5 a 32; ECHENAGUSÍA, Soledad y FAGET, Alberto: "Límites al uso de regímenes de baja tributación por parte de compañías multinacionales: medidas actuales y tendencias futuras", en Revista Tributaria No. 166, T. XXIX, Enero-Febrero 2002, págs. 45-54. Más actualmente, y luego de la reforma tributaria operada por la ley No. 18.083 de 27 de diciembre de 2006, ver entre otros: ABADI, Félix y JUAN, Nicolás: "Aspectos prácticos del régimen de precios de transferencia", en Revista Tributaria Tomo 38, No. 220, año 2011, págs. 5 y sgts.; LUCAS, Gonzalo y LABANDERA, Pablo: "Precios de Transferencia y Valores en Aduana: dos instrumentos jurídico-tri-

Es una realidad que, en diversas oportunidades, a través del manejo de los precios de operaciones comerciales internacionales entre empresas vinculadas –denominados “precios de transferencia” (PT)-, se obtienen economías tributarias con las consiguientes pérdidas fiscales para el o los Estados donde actúan las empresas que realizan dichas prácticas. Así, un precio de importación artificialmente alto o un precio de exportación artificialmente bajo, tienen la consecuencia de localizar en forma artificial el lugar donde se produce parte de la renta o ganancia. A ello debe adicionarse la situación de los llamados “paraísos fiscales”, o sea países o regiones con una bajísima presión tributaria, que determina, en base a la llamada “economía del impuesto”, la elección por los empresarios como lugar de localización de sus negocios a aquellas jurisdicciones que resulten más beneficiosas desde el punto de vista de las cargas fiscales que recaerán sobre sus rendimientos, su capital, fuerza de trabajo, etc. Los países de mayor desarrollo económico relativo que integran la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) se han preocupado por estos temas; esta organización ha trabajado desde mediados de la década del ochenta del siglo pasado generando los “Lineamientos² de los precios de transferencia para empresas multinacionales y administraciones tributarias”. La versión más reciente de esos lineamientos se denomina: “Directrices de la OCDE aplicables en materia de precios de transferencia a empresas multinacionales y administraciones tributarias 2010”³.

Así, en estos trabajos, la OCDE ha desarrollado diversos métodos tendientes a fijar el precio que debe tenerse en cuenta entre empresas independientes una de otra, a fin de considerarlo como costo de compra por parte de la empresa vinculada adquirente. Se trata de que los Fiscos de los países de exportación o de importación puedan aplicar los impuestos sobre la renta que normalmente hubieran aplicado en su propia jurisdicción fiscal si la transacción comercial se hubiera realizado en condiciones normales de mercado entre empresas independientes una de la otra.

De esta forma, existe un consenso respecto de la necesidad de fijar en las transacciones internacionales un precio “*arm’s length*”, entendiendo por este concepto el precio entre operadores independientes. La expresión *arms’ length basis* es un tecnicismo jurídico anglosajón que se utiliza con mucha frecuencia en los contratos. Sirve para indicar que las partes del mismo se encuentran en una posición de igualdad a la hora de negociar sus términos o a la hora de concluir una determinada operación. El origen de la expresión es muy antiguo y se remonta a los tiempos en los que, para que un duelo o una batalla fuera considerada justa, los contendientes debían portar armas de la misma longitud. Es decir, si una de las partes peleaba con cuchillo, la otra no podía hacerlo con espada o lanza, pues estaría en una posición de ventaja y la contienda no sería equilibrada.

El *Arm’s Length Principle* (ALP) se concreta por tanto en la exigencia de que las partes de una transacción estén en las mismas condiciones y tengan el mismo poder de nego-

butarios de ineludible coordinación”, Revista Tributaria N° 202 de Enero – Febrero 2008. BERGSTEIN, Jonás: “Apuntes a propósito de los precios de transferencia” en Revista Tributaria Tomo 36, No. 209, año 2009, págs. 215 y sgts.; HANSEN, Alvaro e ISOARDI, Leonardo: “La vinculación comercial en la valoración aduanera y su vinculación con los precios de transferencia en la tributación interna. Aspectos conflictivos”, en Revista Tributaria Tomo 37, No. 219, Año 2010, págs. 1001 y sgts.

2 También conocidos como “Principios”, en su versión en francés. Ver dichos Lineamientos en la publicación de la OCDE, julio de 1995.

3 Publicación conjunta (en la versión traducida al español) de la OCDE – Instituto de Estudios Fiscales (2010).

ciación para asegurar un trato justo. O dicho de otra forma, que *todas las operaciones entre las Partes se han llevado a cabo en condiciones de igualdad*. Esta última sería la **traducción más frecuente**, aunque también es usual utilizar otras expresiones similares como “en condiciones de mercado” o “en condiciones de plena competencia”⁴.

El consenso sobre la necesidad de fijar un precio de tales características, determina que el Fisco puede establecer las correcciones pertinentes a fin de reconstruir la realidad económica del negocio como si se tratara de empresas independientes⁵. Este principio fue recogido en las VII Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario (Caracas 1985), en las cuales se estableció que “el tratamiento impositivo de las empresas vinculadas debe seguir las reglas aplicables a las sociedades independientes”, sin perjuicio de otras recomendaciones⁶. Y por otra parte el art. 9.1 del Modelo de Convención Fiscal de la OCDE en su primera versión, establece que: “Cuando las dos empresas estén, en sus relaciones comerciales o financieras, unidas por condiciones aceptadas o impuestas *que difieran de las que serían acordadas por empresas independientes*, los beneficios que habrían sido obtenidos por una de las empresas de no existir dichas condiciones, y que, de hecho no se han realizado a causa de las mismas, podrán incluirse en los beneficios de dicha empresa y someterse a imposición en consecuencia”. En su novena versión (2015), el Modelo de Convención Fiscal modifica en algo el art. 9.1, que puede traducirse como sigue:

Cuando:

a) una empresa de un Estado contratante participa directa o indirectamente en la dirección, el control o en el capital de una empresa de otro Estado contratante o que

b) las mismas personas participan directamente o indirectamente en la dirección, el control o el capital de la empresa de un Estado contratante y de una empresa del otro Estado contratante, y que, en uno y otro caso, las dos empresas están, en sus relaciones comerciales o financieras, unidas por condiciones aceptadas o impuestas que difieren de aquellas que habrían sido convenidas entre empresas independientes, los beneficios que, sin esas condiciones, habrían sido realizados por una de las empresas pero no han podido obtenerse a causa de esas condiciones, pueden ser incluidos en los beneficios de esta empresa y someterse a imposición en consecuencia⁷.

En la última versión de las “Directrices” de la OCDE, se da cuenta de que se ha planteado en ocasiones, como una alternativa al principio del precio de libre competencia, el sistema del *reparto del beneficio global según una forma preestablecida*. La aplicación de esta alternativa implica que se distribuirían los resultados globales consolidados de un grupo multinacional entre las empresas asociadas localizadas en los distintos países según

4 <https://traduccionjuridica.es/que-significa-la-expresion-arms-length-basis/>.

5 BARREIRA, “El Valor en Aduana...”, cit., págs. 33-34 y 43; ECHENAGUSÍA y FAGET, “Límites...”, cit. pág. 45; ARCIA, “Precios de Transferencia en el Uruguay”, cit. pág. 696 y 698. En forma reciente (2015) la OMA ha publicado la “Guide de l’OMD sur l’évaluation en douane et les prix de transfert” (“Guía de la OMA sobre el valor en aduana y los precios de transferencia”) en donde se indica (pág. 26) que la denominación más adecuada es: “Principio de libre competencia (concur-rencia)”.

6 FRANCO y SHAW, “Precios de transferencia en el Uruguay”, cit. pág. 194; ARCIA, “Precios de transferencia en el Uruguay”, cit. pág. 698; MAZZ, “La imposición sobre la renta...”, cit. pág. 53

7 “Model Tax Convention on Income and on Capital” –OECD 2015.

una fórmula predeterminada. La fórmula se fundamentaría en base a una combinación de costes, activos, salarios y ventas. Luego de desarrollar los aspectos de este planteo⁸, se reafirma en las Recomendaciones que debe rechazarse esta alternativa teórica y se reitera el apoyo al principio de libre competencia⁹.

2.- Delimitación entre PT y valor en aduana.

El tema de los PT no refiere a la tributación a la importación. El sistema de PT tiende a solucionar un problema tributario interno, de determinación de la base de cálculo del impuesto a la renta o a las ganancias, básicamente en operaciones comerciales internacionales entre *empresas vinculadas*. No obstante, tiene *ciertos puntos de contacto* con la determinación del “valor en aduana” (VA). Así, *en ambos casos asistimos a la determinación de la base imponible de la tributación* –en un caso tributación interna, en otro caso, tributación al comercio exterior-, *en operaciones internacionales comerciales de bienes corporales entre empresas vinculadas*¹⁰. En adición a ello, es importante destacar la diferente función que cumplen ambos valores, así como la contraposición de intereses que puede producirse entre la administración fiscal interna y la administración aduanera, al aplicar por un lado las normas de los PT y por otro lado las normas sobre valoración aduanera. Sobre este último punto han existido en los últimos años esfuerzos doctrinarios, estudios de la OMA y aún soluciones legislativas para intentar una convergencia entre ambos conceptos, todo lo cual se verá más adelante.

3.- Métodos desarrollados por la OCDE.

En las Directrices elaboradas por la OCDE, se han desarrollado diversos métodos tendientes a determinar el precio que debe tenerse en cuenta entre empresas independientes una de otra, a fin de considerarlo como costo de compra por parte de la empresa vinculada adquirente. Dichos métodos pueden ser divididos en dos grandes grupos. El primero de ellos agrupa a los llamados “métodos tradicionales”, que se basan en la determinación del precio y son principalmente utilizados para la importación y exportación de mercaderías (están fundados sobre *la transacción examinada*). El segundo grupo agrupa a los métodos basados en la “determinación de la utilidad” (“Métodos de distribución de los beneficios de la transacción”). El primer grupo de métodos se utiliza primordialmente para la importación y la exportación de mercaderías ya que no resulta tan efectivo cuando se trata de transacciones de servicios o de derechos de la propiedad intelectual o industrial. Estos métodos constituyen el medio más directo para determinar si las condiciones de las relaciones económicas entre las empresas vinculadas son condiciones de plena competencia. Por ello son preferibles a los métodos del segundo grupo. Pero dada la complejidad de las situaciones en las cuales se encuentran concretamente las empresas, la aplicación de los métodos fundados sobre las transacciones puede generar un gran número de dificultades prácticas. En esas situaciones excepcionales, cuando los datos no están disponibles o cuando los datos disponibles no tienen una calidad su-

8 Párrafos 1.16 a 1.31 de las Recomendaciones.

9 Párrafo 1.32 de las Recomendaciones.

10 Hacemos notar que el régimen de PT refiere también a las transacciones internacionales de bienes intangibles, prestación de servicios y financiamiento; estas operaciones no merecen la atención de la normativa sobre valor en aduana.

ficiente para confiar de manera única o general en los métodos fundados sobre las transacciones, puede ser necesario investigar si y bajo cuales condiciones el segundo grupo de métodos puede ser utilizado.

A continuación enumeramos los métodos del primer grupo, apreciando la similitud que tienen con los métodos de valoración en aduana¹¹.

Los métodos de este primer grupo son:

- *Método del precio comparable entre partes independientes*¹². Parte de la base del precio pagado o por pagar (incluyendo el importe de las contraprestaciones no expresadas en dinero) en transacciones comerciales respecto de mercaderías idénticas o similares y en circunstancias comerciales comparables (en las mismas fechas o las más cercanas posibles, por cantidades similares y en el mismo nivel comercial) celebradas entre partes independientes. Este método es similar a los métodos contemplados en el régimen de valoración en aduana en los artículos 2 y 3 del Código de Valoración, es decir los correspondientes a las mercaderías idénticas o similares a las que son objeto de valoración.
- *Precio de reventa entre partes independientes*. Parte del precio obtenido por la reventa de la mercadería a un adquirente independiente en el mercado del lugar de importación, restándole la utilidad bruta usual entre partes independientes. Este método es similar al denominado “método sustractivo” o “deductivo”, que contempla el artículo 5 del Código de Valoración.
- *Costo más margen de utilidad*. Parte del costo de la mercadería y se le adiciona la utilidad bruta usualmente utilizada entre partes independientes. Este método es similar al denominado “método del valor reconstruido”, que contempla el artículo 6 del Código de Valoración.

Estos son los métodos tradicionales, basados en la transacción, y resultan los más aplicables si la transacción es sobre bienes corporales (interesan por tanto más cuando los PT se estudian en relación al valor en aduana). Los dos restantes métodos, como ya hemos visto, son genéricamente denominados: “Métodos de determinación de la utilidad” o “Métodos basados en el resultado de las operaciones”¹³, y resultan de más utilidad cuando son aplicados a las transacciones de servicios y bienes inmateriales. Estos últimos son:

- *Método de la división de ganancias o beneficios*. Este método busca eliminar la incidencia sobre los beneficios, de condiciones especiales convenidas o impuestas en una transacción entre empresas vinculadas, determinando el reparto de beneficios

11 En los desarrollos que siguen, seguimos los lineamientos expuestos por BARREIRA: “El valor en aduana y los precios de transferencia...”, cit., págs. 43—44; ARCIA: “Precios de transferencia en el Uruguay”, cit., págs. 698 y 699; FRANCO y SHAW: “Precios de transferencia en el Uruguay”, op. cit. págs. 205-206. En cuanto a los métodos basados en la “determinación de la utilidad”, nos remitimos a BARREIRA, op. cit., págs. 45-46.

12 “Comparable Uncontrolled Prices (CUP) Method”.

13 Según la versión en español de las “Directrices” (2010).

al cual empresas independientes habrían procedido normalmente y las mismas hubieran efectuado la o las transacciones objeto de examen. Este método consiste primeramente a identificar el monto global de los beneficios provenientes de las transacciones efectuadas por las empresas vinculadas. Estos beneficios son luego divididos entre las empresas asociadas en función de una base económicamente válida que se aproxime a la división de beneficios que habría sido anticipada y reflejada en un acuerdo realizado en condiciones de plena concurrencia. La contribución de cada empresa es mensurada sobre la base de un análisis funcional y evaluado en la medida de lo posible sobre la base de datos externos fiables, relacionados con el mercado que están disponibles. El análisis funcional es un análisis de las funciones ejercidas por cada empresa, teniendo en cuenta los activos implicados en la transacción y los riesgos asumidos por cada empresa.

- *Método del margen neto de la transacción.* Este método consiste en determinar, a partir de una base apropiada (por ejemplos los costos, las ventas o los activos), el margen de beneficios netos que obtiene un contribuyente como consecuencia de una transacción controlada. Por consiguiente, se aplica de manera similar al método del precio de reventa entre partes independientes y al método del costo más utilidad, y debe ser aplicado de manera compatible con las modalidades de estos métodos, lo que significa en particular, que el margen neto obtenido por el contribuyente en una transacción controlada, debería teóricamente ser determinado en referencia al margen neto que el mismo contribuyente realiza en virtud de transacciones comparables en el mercado libre.

4.- Legislación nacional.

4.1. Precios de Transferencia.

4.1.1. El *standard arm's length* y el valor de transacción.

La ley No. 18.083 de 27 de diciembre de 2006 (de "Reforma Fiscal"), estableció un nuevo sistema tributario. El art. 3° de esta ley estableció una nueva redacción del Título 4 del Texto Ordenado 1996 (Impuesto a la Renta de las Actividades Económicas –IRAE-) –en adelante "TO"-, y quedó de esa forma establecido en los artículos 38 a 46 del referido Título el sistema de precios de transferencia en sede de dicho Impuesto. Estos artículos fueron reglamentados por los decretos Nos. 56/009 y 392/009 de fechas 26 de enero y 24 de agosto de 2009, respectivamente. La ley y su reglamentación tomaron básicamente los lineamientos de la OCDE según se verá.

Nuestra legislación consagró el "*standard arm's length*" (art. 38 T.O.): "*Las operaciones que los sujetos pasivos de este impuesto realicen con personas o entidades vinculadas, serán considerados a todos los efectos, como celebradas entre partes independientes cuando sus prestaciones y condiciones se ajusten a las prácticas normales del mercado entre entidades independientes....*".

Hacemos notar desde ya que en el ámbito aduanero, el concepto de “prácticas normales de mercado entre entidades independientes”, no es un parámetro válido para fijar el valor en aduana. Así, dos empresas independientes, en condiciones de libre competencia, pueden lícitamente pactar un precio que no sea el “normal de mercado”: por ejemplo por la concesión de un importante descuento (por el motivo que fuere, salvo un descuento relacionado con una transacción anterior¹⁴), o un precio pactado con un distribuidor exclusivo al cual no le alcanzan ninguna de las causales de vinculación del art. 15.4 del Acuerdo de Valoración); o sea un precio que no coincide con lo que es la práctica normal del mercado entre empresas independientes, en relación al mismo tipo de mercaderías.

En estos casos (descuentos, distribuidor exclusivo) y otros, estaríamos en presencia de precios pactados en condiciones de libre competencia entre empresas independientes con igual fuerza económica, pero que no serían “los normales de mercado”. Esta distinción es efectuada por ejemplo en la Opinión Consultiva 2.1 del Comité Técnico de Valoración en Aduana de la Organización Mundial de Aduanas (OMA): “...el mero hecho de que un precio fuera inferior a los precios corrientes de mercado de mercancías idénticas no podría ser motivo de un rechazo a los efectos del artículo 1, sin perjuicio desde luego, de lo establecido en el artículo 17 del Acuerdo”.

Retomaremos el tema más adelante, al examinar la determinación del valor en aduana en caso de que las empresas (vendedor y comprador) estén vinculadas.

4.1.2. Las causales de vinculación en el escenario de los PT.

La vinculación es definida en forma amplia (art. 39 T.O.): la misma quedará configurada cuando “un sujeto pasivo de este impuesto realice operaciones con un no residente o con entidades que operen en exclaves aduaneros y gocen de un régimen de nula o baja tributación, y ambas partes estén sujetas, 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, el nivel de sus derechos de crédito, sus influencias funcionales o de cualquier otra índole, contractuales o no, tengan poder de decisión para orientar o definir la o las actividades de los mencionados sujetos pasivos”.

Se ha dicho que la definición anterior –tomada de la legislación argentina– es singularmente amplia y puede llegar a extenderse a una imprevisible gama de relaciones: contratos de agencia, distribución, concesión, franquicia y afines, operaciones de compra y venta, contratos de préstamos, servicios a façon, contratos de transferencia de tecnología, contratos llave en mano, relaciones de *joint-venture* y tantas otras¹⁵. Efectivamente, si bien esta definición estaría comprendiendo en forma amplia las situaciones de control de derecho (mediante participación de un sujeto en el capital accionario de la otra) y de hecho (poder de un sujeto de influir sobre las decisiones de otro en virtud de su mayor poder económico), lo cierto es que no existe, a diferencia del Acuerdo de Valoración, una enumeración taxativa y ordenada de las causales de vinculación.

14 Opinión Consultiva 8.1 del Comité Técnico de Valoración en Aduana de la OMA.

15 BERGSTEIN, Jonas: “Apuntes a propósito de los precios de transferencia”, en Revista de Derecho Tributario, Tomo 36, -año 2009, pág. 218. En igual sentido: ABADI y JUAN, op. cit., pág. 10. También FRASCHINI Juan Ignacio y RYBNIK, Daniel: “Precios de transferencia: carga de la prueba, método anti CUIP y otros aspectos de la normativa uruguaya” en Revista de Derecho Tributario Tomo 35, No. 206, año 2008, págs. 593 y sgts., especialmente pág. 595.

4.1.3. Los métodos previstos.

La legislación uruguaya estableció una metodología similar a la de la OCDE (identidad con los métodos de los Lineamientos de la OCDE especificados más arriba –ver art. 41 inciso 2º. Título 4 TO y art. 4º del decreto No. 56/09) y adoptó la regla del “mejor método”, indicando que “serán utilizados los métodos más apropiados de acuerdo al tipo de transacción realizada”¹⁶; no favoreció por tanto la aplicación en primer término del grupo de métodos “tradicionales”¹⁷, criterio establecido en las “Directrices” en su versión de 1995. No obstante, en la versión 2010 de las Directrices, esta jerarquía explícita fue eliminada como consecuencia de una consulta pública de amplia envergadura sobre la utilización de los métodos basados en el resultado de las operaciones y en definitiva se optó por la selección del “método más apropiado para las circunstancias concretas analizadas”¹⁸, con lo cual la legislación uruguaya, en este aspecto, está hoy en línea con las Directrices de la OCDE.

El artículo 42 del T.O. estableció, en materia de operaciones de importación o exportación de “commodities” dos métodos adicionales que la doctrina ha denominado “sexto método” y “CUP preceptivo”¹⁹.

El primer caso refiere a operaciones sobre “bienes respecto de los cuales pueda establecerse el precio internacional de público y notorio conocimiento a través de mercados transparentes, bolsas de comercio o similares”. En estos casos, es preceptiva la aplicación de dichos precios a los fines de la determinación de la renta neta de fuente uruguaya “salvo prueba en contrario”. El artículo 43 del T.O. previó como se decía, otro método adicional. Es el caso en que interviene, en la negociación entre sujetos vinculados que comercializan commodities, un intermediario en el exterior que no sea el destinatario efectivo de la mercadería. En este caso, se aplicará preceptivamente el método de precios comparables entre partes independientes (CUP), considerándose tal, “el valor de cotización del bien en el mercado transparente del día de la carga de la mercadería, cualquiera sea el medio de transporte utilizado, sin considerar el precio al que hubiera sido pactado con el intermediario”. La norma establece luego requisitos cuya existencia conjunta dará lugar en forma excepcional a la no aplicación de este método.

Según la doctrina, la norma en cuestión establece en realidad un método anti-CUP, ya que el valor de cotización del bien en el mercado transparente del día de la carga de la mercadería, en nada se parece al método CUP y refleja la lógica contraria: obliga a apartarse del CUP en situaciones en las que todo indica que el método CUP es el más apropiado para el análisis de los PT. El fin es claramente antielusivo: evitar la localización de utilidades en el exterior mediante la triangulación a través de intermediarios “pantalla”. La aplicación del método CUP, según la lógica, es ideal para analizar los PT en operaciones con productos que se negocian en los mercados de futuros²⁰.

16 Art. 41 T.O.

17 FRASCHINI, Juan Ignacio y RYBNIK, Daniel: “Precios de transferencia...”, op. cit. págs. 593 y sgts.; estos autores indican que la preferencia de la OCDE por los métodos tradicionales emana de los párrafos 2.5, 3.2 y 3.53 de los Lineamientos (pág. 595).

18 Ver párrafo 2.2 de las Directrices versión 2010. Cf.: “Guide de l’OMD sur l’évaluation en douane et les prix de transfert” – publicación de la Organización Mundial de Aduanas (2015), págs. 1 y 43-44.

19 Cf.: ABADI y JUAN, op. cit. pág. 37; HANSEN e ISOARDI, op. cit., pág. 1015.

20 FRASCHINI y RYBNIK: “Precios de transferencia...”, cit. págs. 593 y sgts., especialmente págs. 600-601.

4.1.4. Refugios seguros

Los Lineamientos de la OCDE otorgan la posibilidad de acordar regímenes de protección o “refugios seguros” (“safe harbours”) que tienen como finalidad eliminar la incertidumbre y no imponer a los contribuyentes y a las administraciones fiscales una pesada carga administrativa²¹. Por tanto, en ciertos casos los contribuyentes y las o las administraciones fiscales pueden acordar, para establecer los PT, un conjunto de reglas simples y los PT así fijados son aceptados en forma automática por la administración fiscal. Estas reglas pueden tener dos variantes. O bien puede crearse un refugio seguro excluyendo del ámbito de aplicación de los PT a ciertos contribuyentes u operaciones (por ejemplo mediante la fijación de umbrales por debajo de los cuales no debe realizarse el estudio); o bien mediante la simplificación de reglas (por ejemplo fijando un rango de precios o utilidad o un cierto margen específico para ciertas actividades). La simplificación y la seguridad de estos regímenes tienen como contrapartida el gran riesgo de doble imposición, resultante de una eventual incompatibilidad entre el régimen de protección y el principio de plena competencia²².

Al respecto, el art 44 del TO facultó al Poder Ejecutivo a establecer, con carácter general, para la determinación de la renta de fuente uruguaya, regímenes especiales de utilidad presunta en atención, entre otras, a las modalidades de las operaciones, giro o explotación, a las cuales podrán ampararse los contribuyentes. El Poder Ejecutivo hizo uso de esta facultad mediante el artículo 11 *bis* del decreto No. 56/009 de 26 de enero de 2009 (en la redacción dada por el artículo 4 del decreto 392/009 de 24 de agosto de 2009), por el cual se estableció que la DGI “podrá establecer un régimen especial de determinación de la utilidad presunta de las operaciones de importación y exportación que tengan por objeto los bienes referidos en los artículos 42 y 43 del Título 4 del Texto Ordenado 1996. Dicho régimen será de carácter opcional y su período de aplicación no podrá exceder de los tres ejercicios fiscales”²³.

4.1.5. Acuerdos anticipados sobre PT.

La posibilidad de *Acuerdos anticipados* en materia de PT (“APAs”, “APPs”, o “APVs” según sus siglas en inglés, francés y castellano, respectivamente), está prevista en los Lineamientos de la OCDE²⁴. Conforme dichos Lineamientos, se trata de un acuerdo que fija, en forma anticipada a transacciones entre empresas vinculadas, un conjunto apropiado de criterios (concernientes por ejemplo al método de cálculo, los elementos de comparación, los correctivos a aportar en estos casos y las hipótesis de base concernientes a la evolución futura) para la determinación de los PT aplicables a esas transacciones durante un cierto período. El procedimiento de un APV se inicia mediante la iniciativa del contribuyente; supone negociaciones entre el contribuyente, una o más empresas

21 Párrafos. 4.93 y sgts. de las “Directrices”.

22 ABADI y JUAN, op. cit, págs. 41-42

23 Los “bienes referidos en los artículos 42 y 43” son los “commodities” (“bienes respecto de los cuales pueda establecerse el precio internacional de público y notorio conocimiento a través de mercados transparentes, bolsas de comercio o similares”).

24 Párrafos 4.123 y sgts. de las “Directrices” (2010). O “Acuerdo previo de valoración de precios de transferencia” (APV) en la versión traducida al español.

vinculadas y una o más administraciones fiscales. El APV tiene por objeto completar los mecanismos tradicionales de naturaleza administrativa, judicial o convencional de solución de los problemas referentes a los PT. Este procedimiento se revela como el más útil cuando los mecanismos tradicionales fracasan o surgen dificultades para su puesta en práctica.

Este mecanismo ha sido previsto en el artículo 15 *bis* del decreto No. 56/009 de 26 de enero de 2009 (en redacción dada por el artículo 7º del decreto No. 392/009 de 24 de agosto de 2009) con el título: “Acuerdos anticipados de precios”, y reza así: La Dirección General Impositiva podrá celebrar acuerdos de precios con los contribuyentes, los cuales deberán suscribirse con anterioridad a la realización de las transacciones que comprenden, y no podrán exceder de tres ejercicios fiscales. El referido plazo se aplicará a los ejercicios cerrados a partir de aquel en que entre en vigencia el régimen. La Dirección General Impositiva establecerá las condiciones y formalidades exigidas para la suscripción de dichos acuerdos”.

Estos APV, al igual que los “refugios seguros”, tienen como gran ventaja la certidumbre que otorgan al contribuyente respecto de los criterios negociados y acordados con el Fisco. Existen APV unilaterales y multilaterales, siendo la diferencia entre ellos el número de autoridades fiscales involucradas (además del contribuyente) en la disputa por los PT. El problema del APV unilateral, es que determina de modo anticipado la posición respecto a los PT con respecto a un solo Fisco, con lo cual no se evita en este caso el riesgo de doble imposición. La ventaja de este tipo de acuerdo sobre el multilateral, consiste en que suele ser más sencillo arribar a un acuerdo entre el contribuyente y el Fisco, ya que son menos los intereses contrapuestos que participan en la negociación. Por el contrario, la gran ventaja de un APV multilateral es que evita o minimiza los casos de doble imposición²⁵.

4.2. Valor en aduana.

4.2.1. Fuente legal.

El “valor en aduana” es el valor de las mercancías a los efectos de la percepción de derechos de aduana *ad valorem* sobre las mercancías importadas. Existen seis métodos para determinarlo, previstos en el “Acuerdo relativo a la aplicación del art. VII del GATT de 1994”, denominado usualmente Acuerdo o Código de Valoración. Se trata de uno de los Acuerdos aprobados en la Ronda Uruguay del GATT, reunidos en el Acta Final firmada en Marrakech el 15 de abril de 1994 (nuestro país ratificó la totalidad de esos Acuerdos mediante la ley No. 16.671 de 13 de diciembre de 1994).

Esta Acta Final comprende el Acuerdo por el cual se establece la Organización Mundial del Comercio, cuatro Anexos, Decisiones y Declaraciones Ministeriales, el Entendimiento Relativo a los Compromisos en Materia de Servicios Financieros y el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y comercio (GATT de 1947). El Acuerdo de valoración está comprendido en el Anexo 1A (“Acuerdos Multilaterales sobre el Comercio de Mercancías”).

25 Cf.: ABADI y JUAN, op. cit., págs. 42-43.

4.2.2. Principios rectores.

El Acuerdo de valoración no brinda una definición de “valor en aduana”, sino que establece 6 (seis) métodos para su determinación, que se aplican en cascada, siguiendo el orden del articulado. Los tres primeros métodos están previstos en los artículos 1, 2 y 3 del Acuerdo y los tres restantes en los artículos 5, 6 y 7. El primer método (el más utilizado) establece que el valor en aduana de las mercaderías importadas será el valor de transacción, esto es el precio realmente pagado o por pagar por las mercancías cuando éstas se venden para su exportación al país de importación (ajustado de conformidad al artículo 8, y siempre que concurren determinadas circunstancias expresadas en el propio artículo 1).

Este método –método del “valor de transacción”- consagra una noción positiva de valor: el valor que realmente *tiene* una mercadería, conforme al precio pactado por las partes, y no el valor que la mercadería *debería tener* bajo ciertas circunstancias ideales o teóricas. No obstante, en el caso que se produzca la circunstancia de que las empresas vendedora y compradora estén vinculadas, se ha puesto en duda esta afirmación, como veremos más adelante²⁶.

Descartada la aplicación de este primer método, el valor en aduana será el valor de transacción de mercaderías idénticas (artículo 2 del Acuerdo) o similares; de no poderse aplicar los métodos anteriores, el valor en aduana será determinado en base al método deductivo (artículo 5); luego en base al método del valor reconstruido (artículo 6) y finalmente el artículo 7 prevé el método del “último recurso” que supone una revisión, por su orden, de la metodología prevista en los artículos anteriores, pero con una *flexibilidad razonable*. Ello, sin perjuicio de la aplicación de algún otro método no previsto en el Acuerdo, que sea compatible con los principios y las disposiciones generales del mismo y el artículo VII del GATT de 1994, sobre la base de datos disponibles en el país de importación.

Como puede apreciarse, los métodos de los artículos 2 y siguientes contienen elementos teóricos. Por ejemplo, en los previstos en los artículos 2 y 3, ya no se tomará en cuenta el valor pactado entre las partes para la concreta importación de determinadas mercancías, sino el valor de transacción de *otras* mercancías, que sean idénticas o similares.

Finalmente es importante resaltar que la valoración aduanera *no limita su campo de acción a las transacciones entre empresa vinculadas* (como sucede con los PT), sino que se aplica en cualquier transacción internacional en la cual tenga lugar una importación definitiva, y deban por tanto calcularse los derechos de aduana. En este escenario, la vinculación entre empresas está prevista como una de las “circunstancias” (art. 1 literales 1 d) y 2 del Acuerdo de valoración), cuya existencia *puede* determinar la no aceptación del valor de transacción (precio realmente pagado o por pagar), esto es el primer método de valoración.

26 *Infra* párrafo No. 6.2.

5. Comparación entre VA y PT.

5.1. Resumen de las características de cada método.

Los métodos establecidos para determinar el valor en aduana tienen determinadas características:

- a) Neutralidad;
- b) En el caso del primer método (y el más importante) establecen una noción positiva de valor;
- c) tienden a establecer una base de tributación predecible para el comercio internacional;
- d) el valor en aduana es la base de cálculo de impuestos indirectos;
- e) se aplica solamente en la importación de bienes corporales (mercancías);
- f) el Acuerdo de Valoración establece una prelación en la aplicación de los diferentes métodos;
- g) Finalmente, un valor en aduana elevado no preocupa a la Administración Aduanera del país receptor del bien, que de tal forma recauda más.

Los métodos para el establecimiento de PT tienen características inversas:

- a) no buscan establecer la neutralidad en las transacciones económicas;
- b) su finalidad es establecer un precio teórico (“*arm’s length*”), o, alternativamente, confirmar que el precio efectivamente pactado coincide con un precio teórico de libre competencia;
- c) Buscan evitar economías tributarias ilegítimas;
- d) los PT constituyen la base de cálculo de impuestos directos (impuesto a la renta o a las ganancias);
- e) no se establece una prelación de métodos (nuestra legislación hace referencia al método “*más apropiado*”, en lo cual coincide con la última versión de las “*Directrices*” de la OCDE);
- f) Un PT elevado preocupa a la Administración fiscal del país receptor del bien o servicio, ya que se recauda menos.

5.2. Algunas precisiones sobre las diferencias entre ambos métodos.

Es importante destacar que el Acuerdo de Valoración no establece como principio el valor “*arm’s length*”, sin perjuicio de lo que se dirá más adelante en relación a las empresas *vinculadas*. Contrariamente, los métodos para determinar los PT son claramente

teóricos y la finalidad buscada también es esa: fijar un precio teórico, un precio de libre competencia (para determinar la base imponible del impuesto a la renta o a las ganancias) que *no necesariamente* coincide con el precio real de la operación. En la práctica, las empresas vinculadas intentarán demostrar a las respectivas administraciones fiscales, mediante la aplicación de los métodos previstos, que el precio pactado es un precio de libre competencia. Esto es, el precio pactado en la operación puede coincidir con (o ser) un precio de libre competencia determinado conforme a los métodos establecidos para determinar los PT. Y si no coincide, la empresa deberá tributar en función de un precio que no es el acordado por las partes, pero que se ha determinado, en forma teórica, como de libre competencia.

En este sentido, los métodos para fijar un PT se emparentan con la Definición de Valor de Bruselas²⁷, esto es el sistema de valoración en aduana que precedió al vigente Acuerdo de Valoración de la OMC. En cambio, la noción de valor a los efectos de determinar el “valor en aduana” como base de la imposición de los tributos al comercio exterior, es *positiva*, sin perjuicio de algunos matices señalados con anterioridad, ya que los métodos de los artículos 2, 3, 5 y 6 del Código de Valoración tienen algunos elementos teóricos; pero también es cierto que el método principal (“valor de transacción”), consagra una noción *positiva de valor*.

Al respecto, es necesario efectuar alguna precisión respecto de la afirmación que hace la doctrina cuando estudia la fijación del valor en aduana en el caso de *empresas vinculadas* (art. 1.1.d) y art. 1.2 del Acuerdo de Valoración). Así, se ha dicho que la valoración de las mercaderías importadas entre partes vinculadas se determinará en función de los precios ‘*arm’s length*’, ya sea para aceptar el valor real de transacción, o para recurrir a los criterios secundarios de valoración. Esta afirmación se ligaría al hecho de que una empresa importadora vinculada al exportador podría demostrar que el precio no influyó en la vinculación, cuando el valor declarado “se aproxima mucho” al valor de transacción en las ventas de mercaderías idénticas o similares efectuadas por compradores no vinculados, esto es el “test” de los denominados “valores criterio”²⁸.

Así, más concretamente, el art. 2 b) i), ii) y iii) del Acuerdo de Valoración establece que en una venta entre personas vinculadas, se aceptará el valor de transacción y se valorarán las mercancías de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 (precio realmente pagado o por pagar por las mercancías), cuando el importador demuestre que dicho valor “se aproxima mucho” a alguno de los precios o valores “que se señalan a continuación” (entre los cuales está “el valor de transacción en las ventas de mercancías

27 El Convenio de Bruselas de 1950 (sustituido en la Ronda Uruguay del GATT por el Acuerdo Relativo a la aplicación del art. VII del GATT de 1994) contiene en el Anexo I la denominada “Definición del Valor de Bruselas” expresada a través de tres artículos, a continuación de los cuales figuran Notas Interpretativas. El artículo I del Anexo I indica que: “Para la aplicación de los derechos de aduanas *ad valorem*, el valor de las mercaderías importadas con destino al consumo es el precio normal, es decir, el precio que se estima pudiera fijarse para estas mercaderías en el momento en que los derechos de aduana son exigibles, como consecuencia de una venta efectuada en condiciones de libre competencia entre un comprador y un vendedor independientes entre sí”. Este sistema reposa en una asimilación perfecta de la noción de valor en aduana a la de un determinado precio de la mercadería que se denomina “precio normal”. Este precio se trata, no de un precio realmente previsto en una venta determinada, sino de un precio teórico: el que resulta de una venta efectuada en condiciones de libre competencia (más ampliamente ver GONZÁLEZ BIANCHI, Pablo: “El Valor en Aduana - La valoración de las mercaderías en el sistema GATT/OMC”, Volumen I, Universidad de Montevideo, 2003, Nos. 18-22, págs. 63-70).

28 ARCIA, Sebastián: “Precios de transferencia en el Uruguay”, cit. pag.707.

idénticas o similares efectuadas a compradores no vinculados con el vendedor, para la exportación al mismo país importador”).

Por el momento, lo que es necesario reafirmar es que estos “valores-criterio”, *no son valores de sustitución*, sino que sirven como confirmación de la base de valoración declarada (esto es que la vinculación no influyó en el precio), en tanto la discrepancia no sea muy alta²⁹. Obviamente que si el importador, por esta u otra vía no puede demostrar que la vinculación no influyó en el precio, se descartará la aplicación del primer método de valoración (precio realmente pagado o por pagar), *de carácter positivo*, para pasar a los métodos subsiguientes (sistema de la “cascada”), que sí tienen elementos teóricos.

5.3. Los intereses contrapuestos de la administración aduanera y la administración fiscal.

La realidad muestra que se ha planteado la existencia de dos sistemas tendientes al ajuste del mismo valor de transacción con métodos diferentes y con finalidades distintas. En materia de importación, el interés de la Administración Aduanera suele ser el de combatir la declaración aduanera de valores inferiores a los reales, procurando ajustarlos a fin de obtener una mayor base imponible para la aplicación de los derechos de importación. Por el contrario, el organismo recaudador del impuesto a la renta o a las ganancias suele ver con buenos ojos que los valores de importación sean bajos, pues de esa manera se incrementa la renta originada en la reventa que se produce en su propia jurisdicción, con lo cual hay mayor probabilidad de obtener un margen de ganancia superior y, por ende, una base imponible mayor en función del margen de utilidad obtenido por la diferencia entre la venta doméstica y la compra en el exterior. Esta situación paradójica, determina que el importador se encuentra entre dos fuegos, siendo amenazado con una investigación acerca del valor declarado, tanto por la sospecha que el mismo sea considerado alto o bajo de acuerdo a un patrón de difícil determinación. Ello redundará en inseguridad jurídica³⁰.

6. La discusión doctrinaria sobre la posible convergencia entre ambos métodos.

6.1. Imposibilidad de convergencia. Los principios que guían a uno y otro sistema.

Este tema ha sido desarrollado por BARREIRA. Este autor indica que el sistema que emana del Código de Valoración tiende a lograr el desarrollo del comercio internacional, mediante la eliminación de las barreras arancelarias o de otro tipo. La principal característica que diferencia al sistema de valoración aduanera del sistema de los precios de transferencia, es la búsqueda de un “valor objetivo”, esto es que no permita a las autoridades estatales el incremento de la tributación a la importación por medio de la base imponible. Así, uno de los puntos esenciales del sistema es la neutralidad y equidad,

29 Cf.: BARREIRA, “El valor en aduana y los precios de transferencia...”, cit., pág. 43, llamada No. 15.

30 BARREIRA, “El valor en aduana y los precios de transferencia...”, cit., pág. 36. Este punto ha sido mencionado en la doctrina nacional por FRANCO y SHAW, “Precios de transferencia en el Uruguay”, cit., pág. 212. Sobre los intereses antagónicos de ambas reparticiones ver también: LUCAS, Gonzalo y LABANDERA, Pablo: “Precios de transferencia y valor en aduana: dos instrumentos jurídico-tributarios de ineludible coordinación”, op. cit., págs. 55-56

que se traduce en la búsqueda de la imparcialidad de la norma, desechando intenciones de favorecer o de impedir el flujo comercial. El “valor en aduana” busca establecer un valor “neutro”, lo que no sucede en los métodos para la determinación de los “precios de transferencia”, que buscan que la mayor cantidad de ganancia se produzca en la jurisdicción del fisco interviniente, por lo que a éste último le convendrá que las importaciones vengan al menor precio posible para obtener la mayor diferencia en la jurisdicción del importador, pues es claro que el objetivo buscado por los ajustes de los precios de transferencia para la determinación de los impuestos a la renta en la tributación interior es el de maximizar la materia imponible en el mercado interno apropiando para la jurisdicción local la mayor cantidad de utilidad que surja de la operación global³¹.

Otros puntos que se derivan de lo anteriormente expuesto, contribuyen a alejar ambos sistemas. Así, en el caso del valor en aduana:

a) La aplicación “en la mayor medida posible” (Preámbulo del Acuerdo de Valoración) del VT que surge del artículo 1 del Código de Valoración, esto es el precio pagado o por pagar, busca que la tributación no se divorcie de los valores que son realmente objeto de esa específica transacción, con todas las particularidades que pudieron haber incidido en ella;

b) se establece una aplicación “secuencial” o en “cascada” de los métodos de valoración, con lo que refuerza la seguridad jurídica del importador, que sabe de antemano cuál es el valor en aduana que puede llegar a considerar aplicable la administración aduanera;

c) le otorga al importador un importante papel en el proceso de valoración, mediante un sistema de consultas con la aduana (v.g. cuando se trata de analizar un precio entre empresas vinculadas);

d) le permite al importador optar por alguno de los métodos (ver art. 4 del Código de Valoración);

e) busca la uniformidad y certeza en las relaciones internacionales, de manera tal que un hombre de negocios pueda predecir sus costos para establecer sus precios y estimar su utilidad, por lo que si el régimen de valoración es uniformemente aplicado en todas partes del mundo se incrementa la certeza de los negocios;

f) finalmente no impide que aun cuando hubiera vinculación, igualmente pueda tomarse en cuenta el valor de transacción, en la medida en que la vinculación no influya en el precio³².

El intento de utilizar los métodos empleados por el régimen del valor en aduana para adecuar los precios de transferencia a los fines fiscales o viceversa se hace difícil en razón de la diferente finalidad que persiguen unos y otros, de manera que la determinación de un valor en aduana aceptable para la aduana respecto de determinada mercadería de

31 BARREIRA, “El valor en aduana y los precios de transferencia...”, cit., pags. 42 y 47.

32 BARREIRA, “El valor en aduana y los precios de transferencia...”, cit. pags. 41-42.

importación, no condicionará la posible revisión del mismo a los fines de la liquidación del impuesto a las ganancias. Ello no significa que los métodos de ajuste de los precios de transferencia no puedan ser empleados como un medio de demostrar la admisibilidad del precio declarado ante la aduana a los fines de considerarlo como “valor de transacción” en los términos del art. 1 del Código de Valoración; para lo cual debe tenerse en cuenta que la celeridad del despacho aduanero exige simplificación y rapidez en el análisis de cada situación y que “la determinación del valor en aduana debe basarse en criterios sencillos y equitativos”³³.

6.2. La doctrina de la convergencia.

Al respecto, es particularmente valioso el aporte efectuado por JOVANOVIČH³⁴. Este autor hace referencia al artículo 1.2 del Acuerdo de Valoración que establece –en su criterio– un principio general en materia de precios entre *empresas vinculadas*: “Se aceptará el valor de transacción siempre que la vinculación no haya influido en el precio”. Por tanto –continúa el autor– el principio adoptado bajo el Acuerdo de Valoración es claramente similar al adoptado por los lineamientos de la OCDE. Es más, afirma que al hacer énfasis en “la influencia de la vinculación”, el Acuerdo de Valoración ha adoptado el standard *arm’s length* sobre la base de que los elementos desconocidos de la transacción pueden ser descubiertos a través de la comparación entre transacciones comparables controladas y no controladas.

Con más precisión todavía, JOVANOVIČH indica que el principio subyacente en la definición de la OCDE del precio de libre competencia, es idéntico al establecido en el art. 1.2.a) del Acuerdo, ya que en ambos casos se examinan los términos y condiciones de una transacción entre partes vinculadas, con referencia a las condiciones que hubieran sido pactadas de no haber existido tal vinculación³⁵.

Al respecto es de destacar que la Nota interpretativa del párrafo 2 del Acuerdo de Valoración indica: “En los casos en que pueda demostrarse que, pese a estar vinculados en el sentido de lo dispuesto en el artículo 15, el comprador compra al vendedor y éste vende al comprador como si no existiera entre ellos vinculación alguna, quedaría demostrado que el hecho de estar vinculados no ha influido en el precio”. Esto abonaría la tesis de JOVANOVIČH: si se demuestra que el precio entre empresas vinculadas es idéntico (o similar, o se aproxima mucho) a un precio de libre competencia, se habrá demostrado que la vinculación no influyó en el precio. Dice en efecto dicho autor: “...decir que un precio es aceptable como valor de transacción si la vinculación entre comprador y vendedor no influyó en él, es lo mismo que decir que ese precio debió ser pactado en condiciones de libre competencia, es decir, como si hubiera sido fijado entre partes independientes en condiciones comparables”³⁶.

33 BARREIRA, “El valor en aduana y los precios de transferencia...”, cit., págs. 48-50.

34 JOVANOVIČH, Juan Martín: “Customs Valuation and Transfer Pricing”, KLUWER, 2002, págs.12-13

35 JOVANOVIČH, Juan Martín: “Precios de transferencia en materia aduanera e impositiva. El uso de las Directrices de la OCDE en el contexto del artículo 1.2 (a) del Acuerdo de Valoración de mercaderías de la OMC” – Revista de Estudios Aduaneros (Instituto Argentino de Estudio Aduaneros), Año XVII, años 2005 y 2006, No. 17, pág. 80.

36 JOVANOVIČH, Juan Martín: “Valoración aduanera y precios de transferencia”, en “Relevancia tributaria del valor en aduana” de la mercadería importada” (autores varios), bajo la dirección de Germán PARDO CARRERO, Instituto Colombiano de Derecho Tributario, 2015, pág. 176.

6.3 Análisis crítico.

La afirmación de JOVANOVIČH supone que para demostrar que la vinculación no influyó en el precio, bastaría demostrar que las partes vinculadas negociaron libremente, en un régimen de plena competencia. Ello es correcto.

No obstante, debe recordarse el diferente fundamento de ambos sistemas, conforme se expuso anteriormente. Ello determina al menos una posible objeción a la afirmación de que el Acuerdo de Valoración ha adoptado el standard *arm's length* en el caso de empresas vinculadas. Así, el sistema de PT tiene la finalidad de evitar la evasión impositiva, en tanto el sistema del VA no busca evitar economías tributarias ilegítimas, sino que intenta establecer una base de valoración neutra, de tal manera que no se perjudiquen los flujos comerciales internacionales. El objetivo del Acuerdo de Valoración no es por tanto la protección de la renta aduanera.

En sede de valor en aduana, dos empresas independientes en condiciones de libre competencia, pueden pactar un precio que no sea el “normal” de mercado (por ejemplo por la concesión de un importante descuento, o un precio pactado con un distribuidor exclusivo al cual no le alcanzan ninguna de las causales de vinculación del art. 15.4 del Acuerdo de Valoración), o sea un precio que no coincide con lo que es la práctica *normal* del mercado entre empresas independientes, en relación al mismo tipo de mercaderías. El valor de transacción (aceptable como primer método de valoración) no es necesariamente un precio normal de mercado, lo que no quita que, a efectos aduaneros pueda considerarse un valor de transacción aceptable, e incluso un precio pactado en condiciones de libre competencia, en tanto las partes han negociado con total libertad.

En adición a ello, esto abre la puerta a la existencia de dos o más precios aceptables como “valor de transacción” a efectos aduaneros, correspondientes a dos o más compras de otras tantas empresas. Estaremos así en presencia de precios de libre competencia *que pueden diferir entre sí*, y ambos serán válidos desde el punto de vista de la valoración aduanera, lo que no sería admisible en el marco de un standard *arm's length*.

En el marco de los PT, el precio de libre competencia es el precio normal de mercado. En el marco del VA, el precio de libre competencia (admisible como valor de transacción) puede ser un precio que no corresponda a las prácticas usuales o normales de mercado. Sostener lo contrario en sede de VA, podría implicar retrotraerse a la Definición de Valor de Bruselas, que suponía un “ajuste” del precio contractual al precio normal o teórico.

Esto nos lleva al examen de los precios pactados entre empresas vinculadas. Así, el *valor de transacción* de mercancías idénticas o similares, con el cual se compara el fijado entre empresas vinculadas para hacer el “test” de comparación correspondiente conforme al análisis *particular* (valores-criterio), no tiene necesariamente las características de un *precio normal de mercado entre empresas independientes, ya que puede responder a un precio (entre empresas independientes) que no sea un reflejo de las prácticas normales de mercado*.

Lo que nos interesa destacar, es que en la comparación que se efectúa (para determinar si la vinculación influyó o no en el precio), entre un precio/valor entre vinculadas,

con un valor de transacción aceptado para mercaderías idénticas o similares puede descubrirse que estos valores de comparación, responden a diferentes valores de transacción, de mercaderías idénticas o similares. Si el valor de transacción puede diferir de las prácticas normales de mercado, la comparación será entonces con un precio de tales características; *y por consiguiente se podrá demostrar que la vinculación no influyó en el precio, en tanto dicho precio/valor entre vinculadas “se aproxime mucho” a un valor de transacción (aceptado por la Aduana) que no responde a las prácticas normales de mercado.*

Y si esto es así, no sería posible afirmar que el principio subyacente en la definición de la OCDE del precio de libre competencia, es idéntico al establecido en el art. 1.2.a) del Acuerdo.

Además, obsérvese que en los casos en que debe recurrirse al valor de transacción de mercaderías idénticas o similares (arts. 2 y 3 del Acuerdo de valoración), el inciso final de ambos artículos prevé que si “se dispone de más de un valor de transacción...se utilizará el valor de transacción *más bajo*” (el destacado es nuestro)³⁷. Este principio, no sólo se compadece con el concepto de valor de transacción ya examinado (puede existir más de un valor de transacción aceptable para las mismas o idénticas mercaderías), sino que es extensible al empleo comparativo de dicho valor de transacción en sede de valores-criterio en el art. 1.2.b) i).

Por tanto, el “análisis particular” (valores-criterio) puede determinar que el precio entre vinculadas, se aproxima mucho a uno de los tantos valores de transacción aceptados de mercaderías idénticas o similares. Es más, dicha comparación debe efectuarse con el valor de transacción más bajo, lo que genera oportunidades inmejorables para que el comprador vinculado demuestre que su precio de compra no fue influido por la vinculación.

El precio entre operadores independientes, fijado por los métodos de la OCDE, no deja de ser un precio teórico (que puede o no coincidir con el real de la operación). Y el valor de transacción no es teórico, como lo confirma el articulado del Acuerdo al establecer la existencia de dos posibles valores de transacción, igualmente válidos a los efectos aduaneros; en cuyo caso, como vimos, hay que acudir al valor más bajo, lo que significa que la empresa vinculada con su proveedor podrá demostrar que la vinculación no influye en el precio, mediante la comparación con el más bajo de todos los valores de transacción posibles de otras mercancías idénticas o similares. Ello, porque sobrevuela en todo el Acuerdo el principio de no discriminación, y por tanto la necesidad de evitar que la tributación aduanera se convierta en una barrera al comercio internacional. A lo que debe agregarse, conforme al principio interpretativo contenido en el Preámbulo del Acuerdo, que la base de valoración en aduana de las mercancías “*debe ser en la mayor medida posible su valor de transacción*”.

Ello no quita que un estudio de PT pueda ser un elemento útil, puesto que si en función del mismo se demuestra que el precio entre vinculadas es de libre competencia,

³⁷ Esta disposición responde a la denominada “regla del comprador prudente”; ver más ampliamente GONZÁLEZ BIANCHI, Pablo: “El valor en aduana – La valoración de las mercaderías en el sistema GATT/OMC”, Vol. II, Universidad de Montevideo – Montevideo 2010, No. 212, págs. 48-49, No. 265, pág. 134.

ello podría constituir una demostración –entre otras– de que la vinculación no influyó en el precio. Es cierto que tanto las Directrices o Lineamientos de la OCDE como el Acuerdo de Valoración, perseguirían el objetivo de determinar que el precio no está influido por la vinculación. Pero los métodos de la OCDE tienen como finalidad, en función de las características del vendedor y comprador vinculados, y de las circunstancias de las operaciones de venta entre ellos, la determinación de si el precio entre vinculadas es de libre competencia. El paradigma del Acuerdo de Valoración no es llegar a demostrar que el precio entre vinculadas es de libre competencia, sino simplemente demostrar que la vinculación no influyó en el precio. Un precio de libre competencia será una prueba más de esa situación. Pero el precio de libre competencia puede variar de comprador a comprador, y ello no sería aceptable en el marco del sistema de PT.

Por lo expuesto, si bien parecería que la identidad entre ambos sistemas no es absoluta (o sea, sostener que Acuerdo de Valoración ha consagrado el standard “*arm’s length*” para analizar el precio entre empresas vinculadas), ello no impide, en el marco de una deseable y conveniente armonización de las reglas sobre PT y sobre valoración aduanera, la utilización de los “Lineamientos” de la OCDE en el marco de la aplicación del art. 1.2(a) del Acuerdo³⁸. O dicho de otra forma, la armonización entre las legislaciones aduanera e impositiva debería efectuarse internamente en cada jurisdicción, otorgándoseles a los importadores la posibilidad de justificar el carácter *arm’s length* de sus precios de transferencia de un modo uniforme tanto en sede aduanera como tributaria³⁹.

Lo que, reiteramos, sería en nuestro concepto, *uno* (entre otros) de los “tests” para demostrar –en sede de valor en aduana– que la vinculación no influyó en el precio.

7.- Las convergencia de los dos sistemas (cont.).

7.1. Las conferencias internacionales.

La OCDE y la OMA organizaron en 2006 y 2007 dos conferencias conjuntas a efectos de profundizar el conocimiento y comprensión de esta cuestión, e intentar una armonización entre los dos conceptos; todo ello con la finalidad de que la Aduana por un lado y el organismo fiscalizador de impuestos internos por otro, no tengan posiciones contrapuestas que sólo contribuyen a generar inseguridad en el comercio exterior y en sus operadores. Como consecuencia de ello, se formó un Grupo especializado (conformado por funcionarios de las administraciones fiscales y aduaneras y representantes del sector privado) a efectos de examinar los temas clave que habían sido tratados en las Conferencias. Apareció en forma clara, como consecuencia de las conferencias y de la reunión del Grupo especializado (la cual tuvo lugar el 26 de octubre de 2007), que la armonización no era una proposición realista, teniendo en cuenta que la aplicación de la metodología del Acuerdo de la OMC, es una obligación para los países miembros de la Organización y no era concebible su modificación o actualización en el breve o mediano plazo. El desafío consistió en determinar lo que era posible hacer, teniendo en cuenta las limitaciones impuestas por las disposiciones del Acuerdo de la OMC en vigor. Se

38 JOVANOVIĆ, “Precios de transferencia en materia aduanera...”, cit., págs. 80-81.

39 Op. cit. en nota al pie anterior, pág. 82.

admitió que la utilización de los valores-criterio probablemente no sería útil en el caso de las empresas multinacionales que venden generalmente mercaderías únicas. En otros términos, es poco probable que los valores-criterio, que están fundados en disposiciones estrictas referidas a mercancías idénticas o similares, estén disponibles. Se decidió por tanto concentrar el análisis sobre las disposiciones concernientes a “las circunstancias de la venta”. El Grupo especializado recomendó al Comité Técnico del Valor de la OMA el estudio y examen de las cuestiones de orden técnico siguientes:

- Aplicación de la expresión “circunstancias propias de la venta” en el artículo 1.2. a) del Acuerdo de la OMC sobre valoración a las situaciones en las cuales interviene un PT.
- Examen del trato a acordar en materia de valoración a las situaciones en las cuales está estipulado en un acuerdo sobre PT, que el valor en aduana declarado será ajustado ulteriormente en tanto es necesario a efectos de determinar un margen de beneficio predeterminado (práctica denominada cláusula de revisión de precios). Esta tarea podría prolongar los trabajos emprendidos recientemente por el Comité técnico sobre las cláusulas de revisión de precios⁴⁰.

7.2. Análisis de la posible convergencia en el marco del “análisis general”.

En párrafos precedentes, hemos hecho mención al denominado “análisis general” (o análisis de las circunstancias de la venta) como forma de demostrar que la vinculación no influyó en el precio. Y en este sentido, los informes sobre precios de transferencia, que justamente analizan dichas circunstancias, pueden ser un valioso elemento a utilizar por parte de la Aduana y de los particulares. De ahí el punto de partida para intentar una armonización de las normas de precios de transferencia en materia aduanera y en materia tributaria.

Otro elemento abona la tesis de la conveniencia de utilizar los Estudios sobre PT en el marco del “análisis general” del Acuerdo de Valoración. Este elemento consiste en la relativa escasez de criterios para realizar dicho análisis general, frente a la riqueza técnica de los métodos de fijación de PT; por lo tanto estos últimos pueden constituir un valioso complemento para complementar la realización del “análisis general”.

La Nota interpretativa al párrafo 2 del artículo I del Acuerdo brinda dos ejemplos en los cuales el examen de las “circunstancias de la venta”, revela que la vinculación no influyó en el precio. La doctrina indica que estos ejemplos son solamente ilustrativos y deben ser utilizados únicamente como punto de partida y a efectos interpretativos⁴¹.

- Si el precio se hubiera ajustado de manera conforme con las prácticas normales de fijación de precios seguidas por la rama de producción de que se trate o con el modo en que el vendedor ajuste los precios de venta a compradores no vinculados con él, quedaría demostrado que la vinculación no influyó en el precio;

40 Se ha seguido lo expuesto en el trabajo ya citado de la OMA: “*Guide de l’ OMD...*” (2015), págs. 63-64.

41 JOVANOVIĆ, Juan Martín: Conferencia sobre Valor en Aduana y Precios de Transferencia – Dirección Nacional de Aduanas del Uruguay – 25 de Noviembre de 2010.

- Otro ejemplo sería que se demostrara que con el precio se alcanza a recuperar todos los costos y se logra un beneficio que está en consonancia con los beneficios globales realizados por la empresa en un periodo de tiempo representativo (calculado, por ejemplo, sobre una base anual) en las ventas de mercancías de la misma especie o clase, con lo cual quedaría demostrado que el precio no ha sufrido influencia.

Por tanto, puede verse que el Acuerdo de Valoración sólo contiene dos ejemplos ilustrativos. Por otro lado, la redacción de la Nota es muy amplia. Ambos elementos se conjugan para abonar la tesis de que un estudio sobre PT puede constituir un valioso aporte a los efectos de la realización del “análisis general”, esto es puede contener una cantidad de datos y conclusiones sobre las circunstancias de las ventas entre empresas vinculadas, y contribuir a alguna de las demostraciones ejemplificadas por el Acuerdo de Valoración.

ROSENOW y O’SHEA, indican que los métodos para fijar PT y los métodos de valoración en aduana, aunque tienen diferencias, coinciden en gran parte, lo que ha llevado a las administraciones de aduana a tomar la información sobre precios de transferencia como relevante –aunque no conclusiva– para determinar la aceptabilidad de un precio entre empresas vinculadas. Reproducen como ejemplo una decisión de las autoridades aduaneras de los EE.UU, en la cual se indica que si bien el precio de transferencia de un importador satisface uno de los métodos de la OCDE, ello no es determinante para la aceptación de dicho precio en el marco de los métodos de valoración en aduana; pero dichas autoridades reconocen no obstante que en ciertos casos un Estudio sobre PT puede contener información relevante sobre las circunstancias de la venta y por lo tanto puede ser considerado en el análisis de dicha venta. Por ejemplo, puede contener información pertinente sobre la forma en que las partes vinculadas celebran sus negocios y puede incluir información sobre ventas de productos similares a compradores no vinculados. El peso que pueden tener los hechos y conclusiones de un Estudio sobre PT, depende en gran medida de las circunstancias particulares y de la metodología utilizada para determinar el precio de transferencia⁴².

En este sentido, el Comité Técnico de Valoración de la OMA, ha emitido el Comentario 23.1, denominado: “Examen de la expresión *circunstancias de la venta* según el artículo 1.2 en relación con la utilización de estudios sobre PT”⁴³.

Reproducimos los numerales que nos interesan de dicho Comentario (los subrayados no están en el original):

“7.- La cuestión que se plantea entonces es la de saber si la Administración de Aduanas puede utilizar un estudio sobre PT elaborado a fines tributarios y facilitado por el importador como base para examinar las circunstancias de la venta

42 ROSENOW, Sheri – O’SHEA, Brian J.: “A Handbook on the WTO Customs Valuation Agreement”, World Trade Organization – Cambridge – december 2010, pág. 86.

43 Sobre el proceso que llevó a la redacción y aprobación de este Comentario, ver JOVANOVIĆ, Juan Martín: “Valoración aduanera y precios de transferencia”, en “Relevancia Tributaria del Valor en Aduana de la mercancía importada”, cit., págs.181-184. El autor citado tuvo importante participación en la elaboración de dicho Comentario.

“8.- Por una parte, es posible que un estudio sobre PT presentado por un importador resulte una buena fuente de información, si contiene información pertinente sobre las circunstancias de la venta.”

Por otra parte, puede que un estudio sobre PT no resulte pertinente o adecuado para examinar las circunstancias de la venta debido a las sustanciales y significativas diferencias que existen entre los métodos de determinación del valor de las mercancías importadas estipulados por el Acuerdo y los que se establecen en las Directrices de la OCDE en materia de precios de transferencia.

“9.- Por consiguiente, la utilización de un estudio sobre precios de transferencia, como medio eventual para examinar las circunstancias propias de la venta, debería ser estudiada caso por caso. En conclusión, todas las informaciones y documentos pertinentes proporcionados por un importador pueden ser utilizados para examinar las circunstancias propias de la venta. Un estudio sobre precios de transferencia puede constituir una de esas fuentes de información”.

Este Comentario fue en definitiva un instrumento adoptado por el CTVA para sentar las bases de futuras discusiones y para establecer un marco conceptual básico. La referencia a “información pertinente” quiere indicar que la información del estudio sobre PT debe estar preparada en forma tal que suministre datos útiles al Servicio Aduanero, básicamente no realizar un análisis global de las transacciones (las Directrices no “ordenan” realizar el análisis de tal forma), sino segmentar los estados de resultados para poder analizar transacciones o grupos de transacciones, de forma tal que el servicio aduanero disponga de información suficiente para examinar las circunstancias de la venta en los despachos de importación que desea examinar. En otras palabras, lo deseable es que los estudios sobre PT suministren información útil, esto es, sean realizados tomando en cuenta las exigencias de la legislación aduanera⁴⁴.

En relación a la expresión referida a las “sustanciales y significativas diferencias” que existen entre los métodos de determinación del valor en aduana y los que se establecen en las Directrices de la OCDE en materia de precios de transferencia, JOVANOVIČH señala que existe un error conceptual. Ello, porque el Acuerdo de Valoración no incorpora métodos para analizar las circunstancias de la venta ni en el artículo 1.2(a) ni en su nota interpretativa, sino una serie de *ejemplos* para ilustrar situaciones en las que podría considerarse que un valor de transacción no se encontraría afectado por la vinculación. Y que, al ser ejemplos, no impiden el uso de reglas más complejas y específicas desarrolladas por la OCDE. Tampoco tendría sentido pensar que la referencia del Comentario a “métodos”, comprende los métodos de valoración de los artículos 2, 3, 5, 6 y 7 del Acuerdo, ya que estos métodos secundarios resultan aplicables una vez que el valor de transacción se ha rechazado, esto es cuando se resolvió que la vinculación influía en el precio situación en la cual la discusión sobre PT ya finalizó⁴⁵.

44 JOVANOVIČH: “Valoración aduanera y precios de transferencia” cit., págs. 186-187

45 JOVANOVIČH: “Valoración aduanera y precios de transferencia”, cit., págs. 187-188.

Inclusive, la objeción de que las Directrices se aplican, en general, sobre grupos de transacciones y no “transacción por transacción” lo que resulta incompatible con el Acuerdo, no sería de recibo. En efecto, si bien es cierto que la Aduana valora cada importación de mercaderías en particular, no lo es que el examen de las circunstancias de la venta requiera que se examine exclusivamente esa operación, independientemente de las restantes operaciones de ese importador. Nada impide que la Aduana, a efectos de determinar si la vinculación influyó en el precio, examine todas las importaciones de mercaderías efectuada por ese importador durante un año, dado que las circunstancias de la venta podrían ser también idénticas. De hecho uno de los ejemplos de la Nota interpretativa del apartado 2 del artículo 1 obliga a efectuar el examen de las circunstancias de la venta sobre todas las operaciones de un “período de tiempo representativo”. Detrás del Comentario 23.1 se encuentra la idea general de que es posible y conveniente complementar la Nota interpretativa del artículo 1.2(a) del Acuerdo con instrumentos mucho más sofisticados y desarrollados, con la finalidad de aplicar en forma previsible y uniforme el Acuerdo; en tal sentido, las Directrices aparecen como el conjunto de reglas y principios adecuados para tales fines, en virtud de su alto grado de aceptación a nivel internacional en materia de impuestos a la renta⁴⁶.

7.4. Estudio de Caso 14.1. Margen Neto de la Transacción⁴⁷.

Este instrumento emitido por el CTVA presenta un estudio de PT bajo el método del Margen Neto de la Transacción (MMNT) con un análisis funcional, y con datos disponibles de ocho empresas comparables no vinculadas (que venden mercadería de la misma especie o clase), con las que su margen de explotación se asimila. El examen de estos elementos comparables externos podría llevar a concluir que, al examinar “las circunstancias de la venta” por parte de la aduana, el precio de venta resulta compatible con las prácticas normales de fijación de precios seguidas por la rama de producción (Nota interpretativa al artículo 1.2. a) del Acuerdo).

Los elementos fácticos de esta transacción son los siguientes.

XCO, un fabricante del país X, vende relés a su subsidiaria de propiedad integral ICO, un distribuidor del país I. ICO importa los relés y no compra ningún producto a vendedores no vinculados. XCO no vende relés ni mercancías de la misma especie o clase a compradores no vinculados.

En 2012, ICO introdujo sus mercancías utilizando el valor de transacción, calculado sobre la base del precio especificado en la factura comercial, que se presentó a la Aduana del país I. Tras la importación, la Aduana del país I decidió realizar un examen de las circunstancias de la venta de las mercancías entre ICO y XCO, de conformidad con el artículo 1.2 a) del Acuerdo, porque tenía dudas en cuanto a la aceptabilidad del precio.

El importador no proporcionó los valores-criterio exigidos para la aplicación del artículo 1.2 (b) y (c), como medio para demostrar que la vinculación no había influido en el precio.

46 JOVANOVIĆ: “Valoración aduanera y precios de transferencia”, cit., págs. 190 y 193.

47 Se reproduce en este párrafo el Estudio de Caso.

En respuesta a la petición de información por parte de la Aduana, ICO presentó un estudio sobre precios de transferencia para el periodo 2011, elaborado en su nombre por una empresa de contabilidad independiente.

El estudio sobre precios de transferencia utilizó el método del margen neto transaccional ("TNMM ") que, en este caso, compara el margen de explotación de ICO con el margen de explotación de distribuidores funcionalmente comparables de mercancías de la misma especie o clase, también establecidos en el país I, que realizan transacciones comparables no controladas en el mismo periodo de tiempo. El estudio sobre precios de transferencia se elaboró con el fin de satisfacer los requisitos relacionados con los reglamentos tributarios del país I, y se aplicaron los principios recogidos en las Directrices de la OCDE sobre Precios de transferencia para Empresas Multinacionales y Administraciones Tributarias de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico ("Directrices de la OCDE sobre Precios de transferencia").

El estudio sobre precios de transferencia cubría todos los relés que ICO había comprado a XCO.

El CTVA seleccionó como datos pertinentes para ICO, extraídos de los registros financieros de la empresa los siguientes:

Ventas 100,0; Coste de las mercancías vendidas (COMV) 82,0; Beneficio bruto 18,0; Gastos operativos 15,5; Beneficio de explotación 2,5; Margen de beneficio de explotación (sometido a prueba de comparabilidad) 2,5% de las ventas.

El estudio sobre precios de transferencia, utilizando datos extraídos de las cuentas financieras de ICO, indicaba que el margen de beneficio de explotación de ICO en la venta de relés comprados a XCO fue de 2,5 por ciento en 2011.

El Estudio de precios de transferencia utilizado, concluía que era posible encontrar transacciones comparables para ICO fiables y, consecuentemente, ICO fue seleccionado como la parte evaluada en el estudio sobre precios de transferencia.

El referido estudio había sido examinado por las administraciones tributarias de los países I y X en el marco de la negociación de un Acuerdo bilateral previo de fijación de precios (APP). Posteriormente, se concertó un APP entre ICO, XCO y las administraciones tributarias de los países I y X respecto a todas las transacciones concluidas entre ICO y XCO. Mientras era objeto de examen por parte de las administraciones tributarias de los países I y X, ICO facilitó información en la que se indicaba que los márgenes de beneficio que este obtenía en la venta de sus relés son generalmente los mismos que los obtenidos por distribuidores independientes en las empresas de aparatos eléctricos e industrias de componentes y accesorios electrónicos.

En el estudio sobre precios de transferencia, se seleccionaron ocho distribuidores, no vinculados con sus proveedores teniendo en cuenta que, al compararlos, sus funciones, riesgos y activos eran sustancialmente similares a los de ICO.

A efectos de comparación, la información relativa a estos ocho distribuidores se extrajo del ejercicio fiscal 2011. El intervalo del margen de beneficio de explotación obtenido por estos distribuidores no vinculados fue de 0,64 a 2,79 por ciento, con una mediana de 1,93 por ciento. En el marco de la negociación del APP, la administración tributaria aceptó dicho intervalo como intervalo en condiciones de igualdad del margen de beneficio de explotación para transacciones comparables a las transacciones que ICO realiza con XCO⁴⁸.

Dicho intervalo en condiciones de igualdad se estableció utilizando los márgenes de beneficios de las ocho empresas comparables, teniendo en cuenta los datos contables de dichas empresas disponibles en bases de datos de acceso público. El margen de beneficio de explotación de ICO fue de 2,50 por ciento, por lo que se situaba dentro del intervalo. El margen del 2,50 por ciento obtenido por el importador en el país de importación se ha calculado en función de: a) el precio realmente pagado o por pagar por parte de ICO a XCO, b) los ingresos obtenidos por ICO de sus propias ventas, y c) los propios costes de ICO.

Se determinó que no era preciso realizar los ajustes previstos en el artículo 8 del Acuerdo al precio realmente pagado o por pagar. Además, ICO no realizó ajustes compensatorios a efectos fiscales en 2011.

Se constató que ICO fijaba sus precios de venta de manera que permitían a la empresa obtener un beneficio de explotación que corresponde al rango (intercuartil) en condiciones de igualdad previsto en el estudio sobre precios de transferencia. El precio pagado o por pagar a XCO no había experimentado cambios significativos a lo largo del año.

La cuestión por resolver en el caso en estudio era la siguiente: ¿El estudio sobre precios de transferencia facilitado en el presente caso, elaborado teniendo en cuenta las Directrices de la OCDE sobre Precios de transferencia, y utilizado como base para un APP bilateral, facilita información que permita a la Aduana concluir si la vinculación entre las partes ha influido o no en el precio realmente pagado o por pagar por las mercancías importadas en el sentido de lo dispuesto en el artículo 1 del Acuerdo?

Como planteo del análisis realizado se detalló lo que sigue a continuación..

De conformidad con el artículo 1 del Acuerdo, un valor de transacción es aceptable como valor en aduana cuando no existe una vinculación entre el comprador y el vendedor, y si existe, dicha vinculación no influye en el precio. Si el comprador y el vendedor están vinculados, el artículo 1.2 del Acuerdo prevé dos medios para establecer si se puede aceptar el valor de transacción en el caso de que la Aduana tenga dudas sobre el precio:

1) se examinarán las circunstancias de la venta para establecer si la vinculación ha influido en el precio (artículo 1.2 a)); o

48 El artículo 8° del decreto No. 56/009 de 26 de enero de 2009 (“Criterios de ajuste”) establece que cuando se determinen dos o más transacciones comparables, se deberán determinar la mediana y el rango intercuartil de los precios, de los montos de las contraprestaciones o de los márgenes de valor. 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.

2) el importador demuestra que dicho valor se aproxima mucho a alguno de los tres valores criterios previstos (artículo 1.2 (b)). En el presente caso, tal como se indica en el párrafo 5, el importador no proporcionó valores criterio de forma que la Aduana examinó las circunstancias de la venta.

La Nota interpretativa al artículo 1.2 del Acuerdo establece que al examinar las circunstancias de la venta y “con objeto de determinar si la vinculación ha influido en el precio, la Administración de Aduanas debe estar dispuesta a examinar los aspectos pertinentes de la transacción, entre ellos la manera en que el comprador y el vendedor tengan organizadas sus relaciones comerciales y la manera en que se haya fijado el precio de que se trate.”

De la información obtenida de ICO, se desprende que XCO no vende las mercancías a compradores no vinculados. Por consiguiente, ICO no puede demostrar que el precio se fijó del mismo modo que en las ventas a partes no vinculadas, tal como se establece en la Nota 1 al artículo 1.2 (a) del Acuerdo.

Durante el examen de las circunstancias de la venta, al determinar si el precio se había fijado de manera conforme con las prácticas normales de fijación de precios seguidas por la rama de producción correspondiente con arreglo a la Nota al artículo 1.2 (a), la Aduana tuvo en cuenta el examen de la información que se exponía en el estudio sobre precios de transferencia. A este respecto, el término “rama de producción” incluye la industria o el sector de la industria que produce mercancías de la misma especie o clase (incluidas las mercancías idénticas o similares) que las mercancías importadas.

Teniendo en cuenta la información extraída de los registros financieros de la empresa se concluyó como sigue:

- La cifra correspondiente a las ventas se puede aceptar ya que ICO sólo vende a partes independientes (y se da por sentado que ICO pretende lógicamente optimizar sus beneficios al negociar con partes no vinculadas).
- Se ha examinado el importe correspondiente a los gastos operativos y dicho importe se ha aceptado como fiable ya que se determina que es ICO quien paga dichos gastos a partes independientes, puesto que ICO pretende reducir sus costes al mínimo y dichos gastos no se han pagado en beneficio del vendedor.
- El estudio sobre precios de transferencia confirma que el margen de beneficio de explotación de ICO se sitúa en el intervalo de condiciones de igualdad (es decir, se basa en un estudio sobre distribuidores -no vinculados- comparables pero independientes).
- El coste de las mercancías vendidas para ICO refleja el precio pagado o por pagar a XCO y representa la transacción entre ICO y su parte vinculada, XCO. Este es el precio de transferencia en cuestión.

Empezando por el intervalo en condiciones de igualdad del margen de beneficio de explotación y los otros datos aceptados expuestos más arriba, se pudo demostrar que el precio de transferencia corresponde a un importe en condiciones de igualdad. Esto demuestra que al examinar las circunstancias de la venta entre XCO e ICO, la información relacionada con la transacción ocurrida entre ICO y los distribuidores no vinculados puede resultar útil y pertinente para la Aduana.

El análisis funcional reveló que no existían diferencias significativas en cuanto a las funciones, los riesgos y los activos entre ICO y los ocho distribuidores no vinculados. Se observó además un nivel adecuado en cuanto al carácter comparativo del producto. Se habían elegido empresas comparables de aparatos eléctricos, e industrias de componentes y accesorios electrónicos (empresas que vendían mercancías de la misma especie o clase que las mercancías importadas). Así pues, se demostró que el margen de beneficio de explotación sobre la reventa de las mercancías importadas era generalmente el mismo que el obtenido por las industrias de aparatos eléctricos, y por las de componentes y accesorios electrónicos.

Concretamente, el estudio sobre precios de transferencia puso de manifiesto que en condiciones de igualdad, el porcentaje del margen de explotación de las empresas comparables se situaba entre 0,64 y 2,79 por ciento. Tal como se indicó anteriormente, el margen de explotación de ICO era de 2,50 por ciento. Por consiguiente, dado que todas las empresas comparables venden mercancías de la misma especie o clase, el estudio sobre precios de transferencia respalda la conclusión de que el precio acordado entre ICO y XCO se fijó de manera conforme con las prácticas normales de fijación de precios seguidas por la rama de producción correspondiente.

La conclusión final expresada en el Estudio de Caso que se ha traído aquí a colación fue la que sigue:

(Párrafo 23).

Tras examinar las circunstancias de la venta en lo que respecta a las transacciones entre partes vinculadas ocurridas entre ICO y XCO, la Aduana concluyó, mediante el análisis de un estudio sobre precios de transferencia basado en el método del margen neto transaccional y en información adicional relativa a los gastos operativos que se estimó necesaria, que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.2 a) del Acuerdo, la vinculación existente entre las partes no había influido en el precio.

(Párrafo 24).

Como se indica en el Comentario 23.1, la utilización de un estudio sobre precios de transferencia como base para examinar las circunstancias de la venta se debe considerar caso por caso.

7.5. Legislación comparada.

La utilización de los métodos de fijación de precios de transferencia en sede de la determinación del valor en aduana entre empresas vinculadas, ha merecido expresas consagraciones⁴⁹.

49 Ver más ampliamente: "Guide de l'OMD..." cit., Anexo I ("Iniciativas Nacionales"), págs. 80 y sgts.

Así, en Canadá, el Memorando D13-4-5 (fechado en Ottawa el 9 de abril de 2001), rotulado: “Método del Valor de Transacción en lo que concierne a las personas vinculadas (*Ley sobre Aduanas, Artículo 48*)” publicado por la Agencia de Aduanas e Impuestos del referido país indica lo siguiente en su numeral 14: “*Debe demostrarse que la diferencia entre el precio de venta y aquel que se habría fijado a un comprador no vinculado, en circunstancias idénticas, con excepción de la vinculación, es mínimo*” (párrafo 14 *in fine*).

El párrafo 15 de dicho Memorando expresa:

“La OCDE publicó un reporte titulado *Principios aplicables en materia de precios de transferencia referidos a las empresas multinacionales y las administraciones fiscales*. Este reporte presenta varios métodos de establecimiento del precio de las mercaderías para llegar a un precio que se podría considerar razonable en circunstancias similares si el vendedor y el comprador no hubieran estado vinculados. Estos métodos se establecen en el párrafo 16. *La Agencia de Aduanas e Impuestos del Canadá aceptará, a los fines de la determinación del valor, un precio pagado o a pagar establecido por medio de uno de los métodos enunciados en el Reporte de la OCDE, a menos que ya se disponga de informaciones sobre precios que estén más directamente ligadas a importaciones específicas*” (el destacado no está en el original).

8. Situación actual del régimen de PT. El plan BEPS.

En los últimos años la OCDE ha entendido que las normas actuales dejan al descubierto una serie de puntos débiles que generan oportunidades para la erosión de las bases imponibles y el traslado de beneficios (BEPS, por sus siglas en inglés), lo que exige decisiones drásticas y determinación por parte de los responsables políticos con miras a restablecer la confianza en el sistema tributario internacional y asegurarse de que los beneficios tributen allí donde se desarrollen efectivamente las actividades económicas y se genere valor. En septiembre de 2013, a raíz de la publicación del informe titulado “Lucha contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios en febrero de 2013”, los países de la OCDE y del G-20 avalaron y adoptaron un Plan de Acción conformado por 15 líneas de actuación o «acciones» para dar respuesta a los problemas BEPS. Dicho Plan de acción y las 15 medidas que lo conforman giran en torno a tres pilares fundamentales: dotar de coherencia a las normas de Derecho interno que afectan a las actividades transfronterizas; reforzar el criterio de actividad sustancial contemplada por las normas internacionales en vigor y, por último, mejorar la transparencia y la seguridad jurídica.

Como consecuencia de ello, y en relación a los PT, la OCDE elaboró un documento denominado: “Proyecto de la OCDE y del G-20 sobre la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios - Garantizar que los resultados de los precios de transferencia estén en línea con la creación de valor, Acciones 8 a 10 – Informes finales 2015”⁵⁰.

En el Resumen ejecutivo del documento emitido por la OCDE se dice: “Los intercambios comerciales intragrupo se han intensificado de manera significativa durante

50 OCDE (2016): Garantizar que los resultados de los precios de transferencia estén en línea con la creación de valor, Acciones 8 a 10–Informes finales 2015, Proyecto de la OCDE y del G-20 sobre la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios, Éditions OCDE, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264258280-es>.

las últimas décadas, acompañados en todo momento de una rápida globalización de la actividad económica. Las normas de determinación de precios de transferencia, utilizadas a efectos tributarios, tienen por objeto establecer las condiciones, incluido el precio, aplicables a las transacciones efectuadas en el seno de una empresa multinacional y que determinan el reparto y asignación de beneficios a las empresas del grupo ubicadas en distintos países. La incidencia de dichas normas en empresas y administraciones tributarias se ha incrementado a medida que han aumentado el volumen y valor de los intercambios intragrupo. Como ya señalase el Plan de Acción BEPS, los estándares internacionales vigentes en materia de precios de transferencia pueden ser objeto de una aplicación errónea a fin de obtener unos resultados en los que la atribución de beneficios no esté alineada con la actividad económica que los genera. El trabajo realizado en el marco de las Acciones 8 a 10 del Plan de Acción BEPS ha tratado de dar respuesta a este problema a fin de garantizar que los resultados de los precios de transferencia estén en línea con la creación de valor. Los países adoptan aplican el principio de plena competencia como piedra angular de las normas para la determinación de los precios de transferencia. Dicho principio está recogido en los convenios y se halla formulado en el apartado 1 del artículo 9 de los Modelos de Convenio de la OCDE y de las Naciones Unidas (MC OCDE y MC ONU, respectivamente). Las Directrices de la OCDE aplicables en materia de precios de transferencia a empresas multinacionales y administraciones tributarias (en lo sucesivo, «Directrices sobre precios de transferencia»), representan la interpretación común de numerosos países del principio de plena competenciaDicho principio ha demostrado ser útil como un estándar práctico y equilibrado para las administraciones tributarias y los contribuyentes no sólo para determinar los precios de transferencia entre empresas vinculadas, sino también para evitar la doble imposición. No obstante, debido a la aparente importancia otorgada a la asignación de funciones, activos y riesgos, las directrices existentes sobre la aplicación del principio han sido igualmente objeto de manipulación, generando así resultados distorsionados que no se corresponden con el valor creado por la actividad económica realizada por las empresas dentro del grupo multinacional. En consecuencia, el Plan de acción BEPS instó a aclarar y consolidar las bases de la aplicación práctica del principio de plena competencia, al tiempo que contemplaba la posibilidad de introducir medidas especiales tanto dentro como fuera del principio de libre competencia, en caso de persistir los riesgos inherentes a los precios de transferencia una vez aclaradas y consolidadas dichas bases. El trabajo en materia de precios de transferencia llevado a cabo en el marco del Plan de Acción BEPS se centra en tres áreas clave. El trabajo resultante de la Acción 8 analiza los aspectos de precios de transferencia relativos a las operaciones de intangibles, ya que la errónea distribución de los beneficios generados por activos de gran valor resulta en la erosión de la base imponible y al traslado de beneficios. El trabajo realizado en el marco de la Acción 9 trata la asignación contractual de riesgos económicos y la consiguiente atribución de ingresos a la(s) entidad(es) que asume(n) dichos riesgos, pudiendo no corresponderse dichos rendimientos con las actividades efectivamente desarrolladas. Asimismo, se aborda la tasa de retorno de la inversión realizada por una empresa del grupo multinacional con gran capital social y número de activos cuyos beneficios no corresponden al nivel de actividad realizado por la compañía que efectúa la inversión. El trabajo incardinado en la Acción 10 se centra en áreas que presentan riesgos significativos, como el alcance de la recalificación de las rentas derivadas de operaciones que resultan irracionales desde una perspectiva comercial para las distintas empresas involucradas, el uso de los métodos de determinación de los precios de transferencia que da

lugar al diferimiento de las rentas procedentes de las principales actividades económicas del grupo multinacional, y la necesidad de neutralizar el uso de ciertos tipos de pagos entre empresas pertenecientes a dicho grupo (como por ejemplo, los costes de gestión o los gastos de administración de la casa central) que erosionan la base imponible ante la falta de coherencia y compatibilidad con la creación de valor. El presente informe contiene la revisión de las directrices, dando respuesta a todas estas cuestiones y asegurando que las normas de determinación de los precios de transferencia atribuye los beneficios de explotación a las actividades económicas que los generan. Ésta es la premisa aceptada por los países participantes en el Proyecto BEPS de la OCDE/G20. En cuanto a los países firmantes de las Directrices sobre Precios de Transferencia, el informe expone las orientaciones formuladas en forma de modificaciones a las Directrices sobre Precios de Transferencia y refleja, asimismo, cómo se incorporarán dichos cambios a las Directrices. Para lograr este objetivo, las directrices revisadas exigen la cuidadosa delineación de la transacción real entre entidades vinculadas analizando, a tal fin, las relaciones contractuales entre las partes y sometiendo a examen la conducta de las mismas. En su caso, la conducta complementará o reemplazará los términos contractuales cuando estos estén incompletos o resulten incompatibles con la conducta de las partes. Junto con la correcta aplicación de los métodos de valoración de los precios de transferencia para evitar la asignación de beneficios en emplazamientos que no contribuyen a la generación de dichos beneficios, esto determinará la atribución de beneficios a las empresas que lleven a cabo las actividades empresariales correspondientes. Cuando la transacción entre empresas vinculadas carezca de racionalidad comercial, las directrices permitirán la ignorancia de los acuerdos a efectos de precios de transferencia. Asimismo, las directrices revisadas incluyen dos aclaraciones importantes en relación con los riesgos y los intangibles. El término «riesgo» se define como el efecto de la incertidumbre en la consecución de los objetivos del negocio. En todas las actividades de una empresa, en cada medida adoptada para explotar las oportunidades, en cada vez que una empresa gasta dinero o genera beneficios, existe incertidumbre y se asumen riesgos. Ninguna empresa con ánimo de lucro asume riesgos asociados a oportunidades comerciales sin esperar a cambios de rendimientos positivos...”.

Es difícil prever la futura evolución del sistema nacional de PT, en tanto, al no formar parte Uruguay de la OCDE, las normas de dicha organización son solamente “softlaw” y requieren su adopción por ley nacional, en virtud además de la soberanía fiscal del país⁵¹.

En forma reciente, la ley No. 19.484 de 5 de enero de 2017 incorporó en su Capítulo IV (arts. 64 a 68) normas que constituyen ajustes al régimen de precios de transferencia del IRAE, y que forman parte del plan BEPS (acciones 8, 10 y 13). Se incorpora así en la legislación de Uruguay el “Master File” y el “Country by Country Report”, informes requeridos en el régimen de PT. La presentación del “Master File” es requerida para los grupos multinacionales de gran dimensión económica, cuya existencia en el país es escasa⁵².

51 Sobre este nuevo tema pueden leerse, entre otros trabajos: BLANCO, Andrés: “Soberanía fiscal y el plan BEPS (Base Erosion and Profit Shifting de OCDE: un problema de legitimidad)” en Revista Tributaria, Tomo 43, número 253, págs. 529 y sgts.; MAZZ, Addy: “Plan de acción BEPS. Estado actual” en la misma Revista, Tomo y número, págs. 537 y sgts.; AISENBERG, Luis y MELGENDLER, Gustavo: “Medidas nacionales para evitar la erosión de la base tributaria. ¿Influencia de BEPS en Latinoamérica?”, en Revista Tributaria Tomo 43, número 252, págs. 341 y sgts.

52 MAZZ, Addy: “La adaptación de los tratados internacionales al marco multilateral propuesto por el Plan de Acción 15 Beps”, en Revista Tributaria, Tomo XLV, número 266, setiembre-octubre 2018, pág. 688.