

---

# **TRIANGULACION EN IMPORTACIÓN DE MERCANCIAS**

*La sustancia económica del precio realmente pagado o  
por pagar*

---

**Por**

**LUCAS JULIÁN RIOS**



**MAESTRÍA EN DERECHO TRIBUTARIO.  
UTDT**

Ciudad de Buenos Aires, Noviembre, 2015

---

El presente trabajo fue dirigido por el profesor JUAN MARTÍN JOVANOVICH, y es presentado al jurado de evaluación conforme al “Reglamento de Trabajo Final” de la Maestría en Derecho Tributario de la Universidad Torcuato Di Tella.

A tal fin, las personas propuestas para integrar el jurado son:  
PABLO M. REVILLA (Profesor UTDT), LEANDRO M. PASSARELLA (Profesor UTDT) y HERNÁN CAIRE (Profesional externo a la UTDT).



## ÍNDICE

<b>ÍNDICE .....</b>	<b>3</b>
<b>Hipótesis .....</b>	<b>7</b>
<b>Introducción .....</b>	<b>9</b>

### Capítulo I

<b>TRIANGULACIONES ADUANERAS .....</b>	<b>15</b>
<i>I. Caracterización .....</i>	<i>15</i>
1. Ejemplos.....	19
2. Algunos interrogantes .....	22
3. Las razones de mercado y el contexto económico .....	23
<i>II. Antecedentes del concepto “Triangulación” .....</i>	<i>25</i>
4. Las “triangulación” en el ámbito internacional .....	25
4.1. Los textos del Comité Técnico de Valoración en Aduana (CTVA).....	26
4.2. Europa.....	27
4.3. Estados Unidos.....	28
5. La “triangulación” en el ámbito del MERCOSUR y la ALADI.....	30
6. La “triangulación” en Argentina .....	32
6.1. Impuesto a las Ganancias .....	32
6.2. Normativa Administración Federal de Ingresos Públicos - Dirección General Impositiva (AFIP-DGI).....	34
6.3. Normativa Administración Federal de Ingresos Públicos - Dirección General de Aduanas (AFIP-DGA) .....	36
6.4. Normativa cambiaria dictada por el Banco Central de la República Argentina (BCRA).....	38
<i>III. Las consecuencias aduaneras derivadas de los esquemas de “triangulación” en importación .....</i>	<i>39</i>
<i>IV. El control de riesgos por la administración aduanera en materia de valoración de mercancías .....</i>	<i>40</i>
7. La “triangulación” como factor de riesgo para la administración aduanera .....	41
8. Las dudas sobre la veracidad o exactitud del valor declarado por el importador en operaciones de triangulación .....	45

### Capítulo II

<b>LAS DIRECTRICES DE LA OCDE SOBRE PRECIOS DE TRANSFERENCIA COMO GUÍA PARA INTERPRETAR EL ACUERDO DE VALOR DEL GATT .....</b>	<b>47</b>
--	-----------

<i>V. El principio arm's length en la metodología de Precios de Transferencia y Valoración en Aduana</i> .....	47
9. Las Directrices de la OCDE sobre Precios de Transferencia y la legislación argentina (El principio "arm's length").....	49
10. El principio "arm's length" y la vinculación con el artículo 1.2 (a) del Acuerdo de Valor del GATT .....	52
11. Inviabilidad de la concurrencia de dos principios sobre la misma realidad .....	55
<i>VI. Antecedentes en el ámbito internacional del tratamiento conjunto de ambas disciplinas</i> .....	57
<i>VII. El análisis de comparabilidad como fundamento del principio arm's length</i> .....	64

### **Capítulo III**

#### **LA APLICACIÓN DEL MÉTODO DEL VALOR DE TRANSACCIÓN A MERCANCÍAS IMPORTADAS EN ESQUEMAS DE "TRIANGULACIÓN" ..... 69**

<i>VIII. Introducción</i> .....	69
<i>IX. El primer método: El valor de transacción de las mercancías importadas</i> .....	70
10. La "venta" como primer requisito .....	70
11. La exportación al país de importación.....	71
12. El precio realmente pagado o por pagar .....	74
12.1. Aceptabilidad del valor de transacción como método de valoración .....	75
13. Vinculación .....	75

### **Capítulo IV**

#### **EL EXAMEN DE LA INFLUENCIA DE LA VNCULACIÓN SOBRE EL PRECIO ..... 77**

<i>X. Influencia de la vinculación</i> .....	77
14. Circunstancias a considerar para examinar si existe influencia de la vinculación sobre el precio .....	78
14.1. La manera en que el comprador y el vendedor tengan organizadas sus relaciones comerciales .....	79
14.2. La manera en que se haya fijado el precio. ....	80
15. El cauce procedimental y lo relativo a la carga de la prueba.....	83
15.1. El análisis de sí la compraventa se realiza como si no existiera vinculación entre las partes: artículo 1.2.a) del Acuerdo. ....	87
15.2. La prueba de que el precio declarado se aproxima mucho a alguno de los valores criterios establecidos en el artículo 1.2.b) del Acuerdo. ....	90
<i>XI. El principio arm's length como concepto jurídico indeterminado: rumbo a la eliminación de la potestad discrecional en materia de valoración</i> .....	91

## Capítulo V

### EL EXÁMEN DE LA CIRCUNSTANCIA DE LA VENTA Y EL CAPITULO 9 DE LAS DIRECTRICES DE LA OCDE COMO GUÍA PARA APLICAR EL ARTÍCULO 1.2 a) DEL ACUERDO DE VALOR A ESQUEMAS DE TRIANGULACIÓN ..... 93

#### XII. Introducción..... 93

#### XIII. La manera en que el comprador y el vendedor tengan organizadas sus relaciones comerciales. .... 96

##### 16. El análisis del factor riesgo. El marco teórico planteado.....96

##### 16.1. Los términos contractuales de asignación de riesgos y la conducta de las partes .....102

##### 16.2. La asignación de riesgos en condiciones *arm's length* .....106

##### 16.2.1. Asignación de riesgos y su control por una de las partes .....108

##### 16.2.2. La capacidad financiera de asumir el riesgo.....112

##### 16.2.3. Ilustración.....114

##### 16.3. Consecuencias de la distribución de riesgos .....114

##### 17. Los casos de reestructuración comercial .....116

##### 17.1. Los cambios en la distribución de los riesgos y las expectativas de ganancias en los procesos de reestructuración.....119

##### 17.2 Las razones de negocios y la mejor opción elegida por las partes .....120

##### 17.3. La indemnización como factor de análisis para examinar la circunstancias de la venta en los casos de reestructuración .....122

##### 17.4. Si el acuerdo que sufre el proceso de reestructuración fue formalizado por escrito y previó cláusulas de indemnización .....125

##### 17.5. Si los términos del nuevo acuerdo y la existencia, o no, de cláusulas de indemnización son consideradas *arm's length*.....126

##### 17.6. El derecho o la jurisprudencia comercial aplicable al momento de evaluar si corresponde indemnización.....128

#### XIV. La manera en que se haya fijado el precio .....129

##### 18. Interpretación del criterio dado en la Nota Interpretativa al artículo 1.2 del Acuerdo .....131

##### 18.1. Ejemplo 1 de la Nota Interpretativa .....132

##### 18.2. Ejemplo 2 de la Nota Interpretativa .....132

##### 18.2.1. La interpretación de la locución “beneficios globales” .....133

##### 18.2.2. La utilización del llamado método del “precio de reventa” (Resale Price Method) .....135

##### 18.2.2.1. La cuestión antes del desarrollo de las Directrices de la OCDE sobre Precios de Transferencia .....135

##### 18.2.2.2. Las Directrices de la OCDE sobre Precios de Transferencia .....136

##### 18.2.2.3. Recepción del método en Argentina a efectos impositivos .....138

##### 18.2.2.4. The U.S. Customs Services .....139

##### 18.2.3. La utilización del llamado “Método Costo Más Beneficio” (Cost plus method) .....140

##### 18.2.4. La utilización de un estudio de precios de transferencia como documento probatorio .....142

18.2.5. Cuestiones a tener en cuenta al momento de utilizar y/o preparar un estudio de precios de transferencia en el marco del Acuerdo de Valor de la OMC .....	143
18.2.5.1. La necesidad de contar con estudios de precios de transferencia segmentados .....	144
18.2.5.2. La cuestión temporal .....	146
18.2.6. Nuestro caso de estudio .....	148
19. Un ejemplo de política de fijación de precios .....	150
20. La incidencia de la política de fijación de precios en la minimización de los riesgos asumidos por las partes .....	151

## Capítulo VI

### EL ANÁLISIS INFRACCIONAL FRENTE A LA DENUNCIA POR PARTE DE LA ADMINISTRACIÓN ADUANERA ..... 153

<i>XV. El régimen infraccional previsto en el Código Aduanero .....</i>	<i>153</i>
21. Introducción .....	153
22. La declaración aduanera .....	156
23. El tipo infraccional de “declaración inexacta” en el artículo 954, inc. a) y b) del C.A. ....	159
24. El procedimiento infraccional de declaración inexacta en Argentina .....	163
<i>XVI. La infracción del artículo 954, inciso c del C.Ad. y las triangulaciones .....</i>	<i>165</i>
25. El estudio de valor y la “declaración inexacta” .....	167

### Conclusiones ..... 169

### Bibliografía ..... 175

<i>ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO .....</i>	<i>175</i>
<i>PUBICACIONES DE LA WCO.....</i>	<i>176</i>
<i>LEGISLACIÓN.....</i>	<i>176</i>
<i>JURISPRUDENCIA .....</i>	<i>176</i>
<i>LIBROS .....</i>	<i>178</i>
<i>ARTICULOS/PUBICACIONES/CONFERENCIAS.....</i>	<i>179</i>
<i>PUBICACIONES DE LA OCDE.....</i>	<i>180</i>

### *Hipótesis*

La fijación de los precios *intercompany* en condiciones *arm's length* para ventas de mercancías que serán importadas a través de esquemas de “triangulación” -fenómeno comprendido dentro de las llamadas “ventas sucesivas”-, debe partir de un examen de sus circunstancias a los fines de poder explicar que la vinculación no ha influido en el precio. Nuestro propósito es demostrar que a tal fin: (i) es conveniente efectuar un análisis eminentemente económico para comprobar si el precio de una venta efectuada en un esquema “triangular”, cumple o no con los términos del artículo 1.2 a) del Acuerdo de Valor de la OMC; y para ello (ii) un sistema valioso de reglas y principios que resulta de utilidad, tanto para las empresas multinacionales como para las administraciones aduaneras, son las Directrices de la OCDE (2010) en materia de Precios de Transferencia, particularmente el Capítulo IX que refiere a los procesos de reestructuración empresarial.





## *Introducción*

En el comercio internacional la gran mayoría de transacciones son efectuadas entre parte partes vinculadas, con estimaciones que van de un tercio (UNCTAD 1999) hasta un 60 por ciento (OCDE 2013)<sup>1</sup>. En las últimas décadas, se ha impuesto un fenómeno de estructuración comercial bien marcada y generalizada en el ámbito del comercio internacional, particularmente en este tipo de empresas pertenecientes a un mismo grupo económico (multinacionales), pues se han observado distribuciones transfronterizas de funciones, activos y/o riesgos, con marcado acento en una mayor racionalización y optimización de recursos, operaciones de logística, distribución, comercialización y ventas, de parte de estas multinacionales.

Según representantes empresariales que participaron en el proceso de consulta de la OCDE en 2005 y 2009<sup>2</sup>, las razones que motivan este tipo de estructuraciones parten del deseo, y tal vez también de la necesidad, de maximizar las sinergias y economías de escala para agilizar la gestión de líneas de negocios, buscando la mejora en la eficiencia y aprovechando el desarrollo de las tecnologías. Todo ello, con el marcado objetivo de maximizar la rentabilidad y/o limitar las pérdidas que puedan llegar darse en una economía de recesión.

De esta manera aparecen en la escena internacional nuevas formas de comercialización internacional a gran escala, y entre ellas, un fenómeno al que llamaremos “esquema de triangulación en el comercio internacional de mercancías”, cuya finalidad es aprovechar -entre otras- las ventajas

---

<sup>1</sup> World Customs Organization, *Guide to Customs Valuation and Transfer Pricing*, Version 1.0 – Junio 2015, p. 14. Documento digital disponible en: <http://www.wcoomd.org/en/topics/key-issues/revenue-package/~media/36DE1A4DC54B47109514FFCD0AAE6B0A.ashx>

<sup>2</sup> Organization for Economic Cooperation and Development, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, 2010, párrs. 9.1-9.4.

comparativas de una y otra región del planeta, con vistas a mejorar la eficiencia de producción en una economía cada vez más competitiva.

Los esquemas de “triangulación” como fenómeno comercial tienen su campo de acción fundamentalmente en el comercio internacional entre partes vinculadas, y podríamos caracterizarlo de la siguiente manera: en un mismo grupo económico tenemos una compañía manufacturera ubicada en el país de exportación, una compañía intermediaria ubicada en un tercer país, y una compañía importadora ubicada en el país de importación. La compañía manufacturera vende su producto al intermediario y éste lo revende al sujeto importador<sup>3</sup>, sin embargo, la mercadería es remitida directamente desde el país de exportación hacia el país de importación, sin pasar por otro país. Por lo tanto, hay dos ventas -una, entre la compañía manufacturera y la intermediaria, y otra, entre la intermediaria y la importadora<sup>4</sup>- y una sola operación de impo/exportación.

En estos casos, es común que el precio de la compraventa entre el intermediario y el importador sea mayor al precio pactado entre aquel y el exportador (es decir, una tendencia al *markup* en el precio). También, en situaciones anómalas puede darse el caso que el intermediario compre a un precio mayor al que vende. En uno u otro caso, resultará fundamental establecer el valor de transacción de la venta de que se trate<sup>5</sup>, pues a partir de allí (previo ajustes que correspondan, en su caso) se calcularán los tributos que gravan la importación.

La cuestión es que en este tipo de transacciones “triangulares” llevadas a cabo entre compañías vinculadas, las fuerzas del mercado están ausentes,

---

<sup>3</sup> Incluso puede darse el caso de que la venta al importador (la “re-venta”) se efectúe antes de la compra a la empresa manufacturera.

<sup>4</sup> Si bien hablamos de “primera” y “última” venta a los fines expositivos, ello no necesariamente tiene que coincidir con la secuencia cronológica acaecida en la relación comercial, pudiendo el contrato de la segunda venta ser de fecha anterior al de la primera.

<sup>5</sup> Tratándose los esquemas de triangulación de ventas sucesivas, se plantea la cuestión de que venta debe prevalecer (si la última o las ventas anteriores). Este tema es analizado en este trabajo en el punto 4.1, 4.2, 4.3 del Capítulo I y punto 11 del Capítulo III.

existiendo la posibilidad de que sus precios no coincidan con lo que habrían pactado partes independientes en análogas circunstancias. Por lo tanto, se impone la necesidad de contar con herramientas y principios que permitan fijar los precios *intercompany* como si estos hubieran sido pactados entre partes independientes, pues el valor de transacción de las mercancías importadas mediante este tipo de esquemas genera consecuencias tributarias relevantes.

Aquí, un principio resulta aplicable tanto en el sistema de cálculo de tributos aduaneros como en el de cálculo de impuestos: el principio *arm's length*, o “principio de libre competencia”<sup>6</sup>. La aplicación de este principio a los precios *intercompany* fijados en estructuras de triangulación aduanera, requiere de una metodología de aplicación, pues si bien el principio *arm's length* cuenta ya con ello en el marco de las Directrices de la OCDE sobre Precios de Transferencia, no ha ocurrido lo mismo en el marco del artículo 1.2.a del Acuerdo de Valor de la OMC y su Nota Interpretativa. Por lo tanto, aquellos lineamientos podrían ser utilizados para interpretar y aplicar estos últimos<sup>7</sup>.

El desarrollo de una metodología de aplicación del principio *arm's length* en el marco del Acuerdo de Valor de la OMC, permitiría a la compañías multinacionales diseñar y planificar una política de precios *intercompany* sobre la base de lineamientos objetivos, y también, brindaría una herramienta a las administraciones aduaneras para emprender un estudio de valor objetivo sobre las mercancías importadas.

---

<sup>6</sup> Juan M., Jovanovich, *Customs Valuation and Transfer Pricing - Is it Possible to Harmonize Customs and Tax Rules?*, London, Kluwer Law International, 2002, p. 12.

<sup>7</sup> La propuesta de que el lenguaje del artículo 1.2 del Acuerdo de Valor de la OMC y su Nota Interpretativa, son suficientemente amplias para permitir el uso de los lineamientos de la OCDE, fue originalmente presentada por Jovanovich en el año 2002 en el libro “*Customs Valuation and Transfer Pricing. Is it Possible to Harmonize Customs and Tax Rules?* Ver: Juan M., Jovanovich, *supra* nota 6., p. 16.

Ello, por cuanto, si bien suele aducirse a veces que existe manipulación de precios por parte de las compañías multinacionales (con el fin de obtener beneficios fiscales a nivel global), lo cierto es que muchas de estas compañías actúan de buena fe, y simplemente se encuentran con el problema de cómo fijar un precio *arm's length* (tanto en el campo de los tributos aduaneros, como en el de los tributos que gravan la renta y el consumo).

El desarrollo de una única metodología de aplicación clara y objetiva del principio *arm's length*, permitiría coadyuvar a solucionar estos dos problemas, y a la vez que eliminaría las posibles distorsiones que puedan llegar a generarse en los sistemas de cálculo tributarios en uno u otro sistema<sup>8</sup>.

Debemos tener en cuenta las distorsiones que se generan por falta de reglas claras. Por ello, insistimos, resulta imperiosa la necesidad de desarrollar un sistema que busque objetividad y seguridad jurídica para el análisis de este tipo de transacciones llamadas vulgarmente<sup>9</sup> “operaciones de triangulación”, poniendo foco en el análisis del valor de transacción, y su posible influencia por la vinculación.

De tal manera, el punto de partida del presente trabajo comienza con la pregunta acerca de: (i) ¿qué elementos y/o metodología debería emplearse para fijar un precio *arm's length* en una venta que provocará una impo/exportación a través de un esquema de “triangulación”?; o (ii) ¿qué elementos y/o metodología de análisis debería emplear la administración aduanera en un estudio de valor para examinar la circunstancia de esa venta, a efectos de determinar, en su caso, si la vinculación ha influido en el precio realmente pagado o por pagar?

---

<sup>8</sup> Juan M., Jovanovich, *supra* nota 6, p. 3-5.

<sup>9</sup> Decimos vulgarmente porque técnicamente se las suelen llamar “ventas sucesivas”. Lo que sucede es que normalmente la “triangulación” necesariamente supone vinculación entre las partes, lo que no siempre ocurre con las ventas sucesivas. Podríamos decir que “ventas sucesivas” es el género, y triangulación una “especie”.

Dicho análisis asume que el campo impositivo y el aduanero comparten un principio común que nos permite analizar casos como este. Así pues, resulta razonable utilizar la misma herramienta en ambos sistemas, sobre todo cuando ya han sido fuertemente desarrolladas en los últimos años en el campo impositivo, en tanto guarden armonía y compatibilidad con el Acuerdo de Valor de la OMC.

El presente trabajo está dividido en cinco capítulos. En el Capítulo I describimos y caracterizamos brevemente el esquema de “triangulación” en el comercio internacional de mercancías entre partes vinculadas, utilizando un modelo simplificado e intentando indagar acerca de sus antecedentes y principales consecuencias implicadas en materia de importación de bienes.

El Capítulo II tiene como finalidad realizar un repaso teórico e histórico acerca de la idea de utilizar las directrices de la OCDE sobre Precios de Transferencia como guía para aplicar el Acuerdo del Valor de la OMC.

El Capítulo III identifica y analiza el primer método de valoración del Acuerdo en la estructura de triangulación, así como los principales requisitos y condiciones a ser cumplidos.

El Capítulo IV provee algunas precisiones procedimentales y conceptuales dadas por el Acuerdo de Valor de la OMC, para examinar las circunstancias de una venta a los fines de analizar si un precio fue influido por la vinculación entre las partes.

El Capítulo V, adelantamos, constituye el corazón de este trabajo y pretende ser la novedad en la materia analizada, pues intenta utilizar el Capítulo IX de las Directrices de la OCDE como herramienta de análisis para aplicar e interpretar el artículo 1.2 (a) del Acuerdo de la OMC en casos de triangulación aduanera. Además, también se aplican algunos de los métodos contemplados en dichas directrices, entre otro de los puntos analizados.

Por último, en el Capítulo V se analiza el tipo infraccional contemplado en el artículo 954 del Código Aduanero (C.Ad.), aplicado a casos de triangulación.

## *Capítulo I*

### **TRIANGULACIONES ADUANERAS**

#### **I. Caracterización**

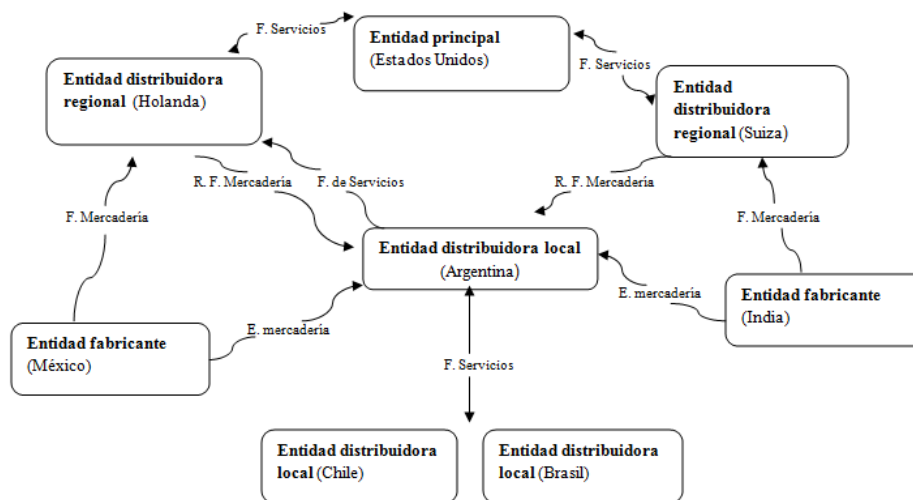
Pasaremos a través de un ejemplo a describir un esquema clásico de triangulación aduanera realizado entre compañías vinculadas. Imaginemos un grupo económico que opere en más de 100 países y que venda anualmente más de 5 millones de productos y partes. Desde luego que dicho grupo debería tener una política de precios a la hora de fijar el valor de sus productos, no solo para estimar los márgenes de ganancias y costos involucrados en cada operación, sino también a efectos de distribuir dichos márgenes dentro de cada jurisdicción, ajustándose siempre a la normativa fiscal de cada país.

Como contracara, dicha política no debe perder de vista que el producto exportado será luego importado en algún país determinado, y consecuentemente debe ser valorado conforme a la normativa aduanera de cada país. Todo lo cual nos lleva a reiterar que tendremos un mismo precio con implicancias aduaneras y fiscales, que deberán ser debidamente analizadas a la hora de programar la política de precios dentro del grupo.

En general, este tipo de políticas de precios buscan verificar que todas las operaciones efectuadas dentro del grupo económico, cumplan debidamente con el principio *arm's length*. El mismo que rige las directrices de la OCDE en materia de precios de transferencia, y también las disposiciones de la Ley de Impuesto a la Renta de la mayoría de los países en el mundo.

La estructura del grupo probablemente esté distribuida en distintas entidades. Probablemente algunas se dediquen a la producción de las mercancías y otras a su distribución, comercialización, administración, servicios de red, servicios financieros, marketing, publicidad, intangibles,

etc. A su vez, en este último caso, se pueden establecer distintos niveles de distribuciones (regionales y locales), según la conveniencia propia de la cadena de comercialización de que se trate. Así, habrá innumerables entidades dentro del mismo grupo con similares funciones pero con asignación territorial diferente, de acuerdo a la estrategia global comercial. Podríamos entonces graficar lo antedicho con el siguiente esquema simplificado.



### Referencias:

F. mercadería: facturación de mercadería

F. Servicios: facturación de servicios

E. mercadería: entrega de mercadería

R. F. mercadería: re-facturación de mercadería

Las Entidades fabricantes (EF) son aquellas que fabrican los productos y los vende a las Entidades de distribución regional (EDR). Las EDR normalmente tienen asignadas una región en particular o grupo de países (en el caso hemos realizado un modelo simplificado a los fines expositivos), y son quienes compran los productos a las Entidades de fábrica para redistribuirlos en varios países, a través de su reventa a las diversas



Entidades distribuidoras locales (EDL), o puntos de venta, ubicadas en diferentes países. Sin embargo, la mercadería es transportada directamente desde el país de producción hacia el país donde se encuentra la Entidad Distribuidora Local (EDL). La Entidad principal (EP) ejerce funciones de contralor, centralización, etcétera.

Las funciones de cada una de las entidades son variadas, y podríamos resumirlas así:

- Entidad principal (EP): su función principal consiste en gestionar los objetivos estratégicos de las distintas regiones (en el gráfico hemos realizado una simplificación), centralizar tareas de gestión y control, tales como estrategias de ventas global y apoyo logístico y comercial, gestiones asociadas al riesgo de divisas, así como funciones administrativas de contralor, legal, fiscal, recursos humanos y tecnología de la información.
- Entidad Distribuidora Regional (EDR) actúa como centro de inventario y montaje. Así, realizan funciones de logística, gestión de inventario y localización. También, actividades relacionadas a la adaptación del producto fabricado respecto a cada país de destino de acuerdo a cada fábrica de suministro<sup>10</sup>.
- Entidad fabricante (EF): sus principales funciones son marketing, ventas y distribución de productos en cada uno de los países en que está situado.
- Entidad Distribuidora Local (EDL): actúa como distribuidor local de las mercancías, y ejerce actividades de soporte y servicio a los clientes. Tiene designada un área de distribución local.

---

<sup>10</sup> Por ejemplo, el producto debe contener manuales de usuario en idioma local apropiado, sistemas de alimentación adecuados, etc.

Este esquema, nos servirá como modelo ilustrativo para ir desarrollando cada uno de los temas que serán tratados en el presente trabajo.

Cuando se realiza el examen de las circunstancias de la venta que motiva la importación de la mercadería por parte de la Entidad distribuidora local de argentina (EDLA), podemos observar que existe una cadena de ventas sobre la misma mercancía (entre la EF y la EDR, y luego entre ésta y la EDL). Llamaremos primera venta a la que realizan la EF y la EDR, y última venta a la que realizan esta entidad y la EDL, sin que ello se identifique con un orden cronológico<sup>11</sup>.

Como es natural en estos casos, es extraño que el valor de exportación de la primera venta coincida con el valor de importación de la última venta, puesto que los mismos corresponden a transacciones diferentes. Ello porque, la EF le vende la mercadería a una compañía diferente de la EDL, y esta última se la compra a una compañía que no es la EF. El valor a declarar por parte de la EDL es el precio pagado o por pagar a la EDR, con lo cual en el caso, la EDL debe declarar el valor de la re-facturación efectuada por la EDR.

Sin bien la lógica indica que el precio de la última venta será superior al de la primera, ésta puede ser igual o incluso inferior al precio de la primera venta. Todo ello, depende como veremos en el Capítulo IV de varios factores, entre ellos, “los riesgos involucrados” por cada una de las partes, puesto que de acuerdo a las reglas de mercado, el aumento del riesgo se compensa con un aumento del rendimiento esperado, aunque el rendimiento real puede efectivamente no coincidir con sus expectativas<sup>12</sup>.

Las variantes dadas a partir de este esquema son múltiples. En relación a los sujetos intervinientes en la cadena de ventas, puede haber más de un

---

<sup>11</sup> Es posible que la concertación de la última venta, sea anterior a la fecha de concertación de la primera venta.

<sup>12</sup> OCDE, *supra* nota 2, párr. 9.10.

intermediario entre la EF y la EDL. Por otra parte, el valor de exportación puede ser mayor o menor al valor de importación, y por último, la vinculación puede ser total o parcial, tal como aquellos casos donde todas las compañías intervinientes en la cadena de ventas son vinculadas excepto el fabricante exportador.

Para mayor ilustración, pasaremos a graficar algunas de estas situaciones siguiendo como modelo el esquema propuesto más arriba.

### *1. Ejemplos*

*Ejemplo 1. Cuando el precio de importación es mayor al precio de exportación.*

Este ejemplo es el más usual, puesto que es lógico que en una cadena de ventas el precio se incremente (*mark-up*) como consecuencia de la intermediación. La EDR puede asumir riesgos financieros, de cobranzas y cambiarios relativos al país de importación, a la vez que puede ejercer funciones de estrategia de venta y colocación de productos. Como consecuencia, tendrá sentido desde el punto de vista comercial que la EDR incorpore a su precio de venta un margen de ganancia<sup>13</sup>. Aquí, la razonabilidad de dicho margen de ganancia tendrá estricta relación con las funciones ejercidas, los activos involucrados y los riesgos asumidos por la EDR.

Así, los riesgos cambiarios asumidos justificarán un mayor margen de ganancia cuando, por ejemplo, el país de importación presente fluctuaciones significativas en la cotización de divisas con mercados cambiarios de divisas muy regulados y de difícil acceso. Ello, en muchos casos, puede llegar a representar un alto riesgo en el cobro de las ventas.

---

<sup>13</sup> Este punto es desarrollado en profundidad en el Capítulo IV.

En nuestro caso, la EF no asume los mismos riesgos cambiarios que la EDR, puesto que los riesgos de la primera tienen estricta relación con el contexto económico del país en donde se radica la EDR. Por otra parte, los riesgos cambiarios de la EDR dependerán del contexto económico del país en donde se encuentra situada la EDL.

Por su parte, las funciones ejercidas por cada una de las compañías del grupo constituyen otro factor importante para determinar el margen de ganancia. En nuestro ejemplo, dijimos que la EDR ejerce funciones de venta regional, teniendo la experiencia, capacidad técnica y financiera, para ejercer funciones de colocación del producto en el mercado del país de importación. El ejercicio de esta función requiere de un conocimiento específico de la estrategia global del grupo económico y de los mercados en los que se opera. Ello significa que la EDR ejercerá funciones de administración centralizada y control sobre la colocación del producto en los mercados donde opera, a diferencia de la EF, que tiene una función distinta de distribución y logística.

Por lo tanto, resulta razonable que la EDR al asumir tales riesgos y funciones tenga derecho a obtener una retribución justa -a través de un margen razonable de utilidad- por comprar y revender las mercaderías. La cuestión relevante aquí -y que se intentará responder en los capítulos siguientes- es: ¿Qué metodología de análisis podemos aplicar para examinar si el precio de venta entre la EDL y la EDR -que, a su vez, comprende el *markup* incorporado por la EDR- es armónico conforme al artículo 1.2 a) del Acuerdo de Valor de la OMC?

*Ejemplo 2. Cuando el precio de importación es menor al precio de exportación.*

Este supuesto podríamos denominarlo “triangulación anómala” por cuanto el valor de transacción de la mercadería importada es menor al precio de

exportación declarado para esa misma mercadería. Siguiendo con nuestro ejemplo, supongamos que dadas la característica de un producto determinado, se toma la decisión empresarial de colocarlo a precio inferior o igual a su costo. Dicho producto es conexo u accesorio a otro producto, y por lo tanto, para poder vender este último -altamente rentable- es necesario colocar en el mercado al primero. Pensemos, por ejemplo, en impresoras y cartuchos, o en maquinas de hacer café y sus “capsulas” para la preparación diaria, etc., en donde la colocación en el mercado de uno es condición necesaria para la venta del otro.

Entonces, es lógico desde el punto de vista comercial que la multinacional encargada de la comercialización de este tipo de productos, fije un precio de venta y/o colocación en el mercado inferior o igual al costo de fabricación, pues su interés es vender el producto accesorio o conexo que le dará mayor rentabilidad y periodicidad.

Así, supongamos que la EF fabrica maquinas de café a un costo de 100 por unidad, y por otro lado, también fabrica cartuchos de café a un costo de 2 por unidad. El objetivo es colocar ambos productos en Argentina. Entonces, la EDR paga un precio de 120 por las maquinas y de 3 por los cartuchos, de manera tal de darle cierta rentabilidad a la EF. Luego, la EDR observa que en Argentina el precio de 120 es muy alto para vender máquinas de café, y el de 3 es muy bajo para vender cartuchos, también observa que es más rentable la venta de cartuchos que de máquinas, pero que obviamente necesita colocar en el mercado a estas últimas para vender los primeros. Por lo tanto, la EDR vende a la EDL las máquinas de café a 90 y los cartuchos a 10.

Sin dudas, si bien la multinacional elige una estrategia de negocios, la misma está condicionada y determinada por el mercado del país de importación (Argentina) en el cual desarrolla su actividad la EDL. De lo

contrario, indefectiblemente, el modelo de negocio para ese ramo no sería viable.

## 2. Algunos interrogantes

A lo largo del presente trabajo tomaremos como ejemplo el esquema propuesto de acuerdo con las variantes del ejemplo 1 y 2 arriba comentado. Si bien hemos simplificado su exposición, las situaciones descritas han provocado innumerables conflictos entre el importador y la administración aduanera, tanto en materia de valor como en cuestiones infraccionales

Ello, porque los esquemas de triangulación constituyen “ventas sucesivas”, y esta modalidad de comercialización tiene particularidades propias, pues como vimos existe una etapa intermedia entre el origen y el destino de la mercancía, ya que la comercialización no se desarrolla entre origen y destino sino que estos, cada uno por separado, mantienen una relación comercial con el sujeto intermediario (el triangulador)<sup>14</sup>. De esta manera, se generan dudas respecto de **cuál transacción** debe declarar el importador de conformidad con el artículo 1 del Acuerdo, o también, **si** el valor de transacción de algunas de estas **será aceptable** bajo el artículo 1 del Acuerdo. Por tal motivo, los esquemas de triangulación constituyen un factor de riesgo para la administración aduanera<sup>15</sup>.

Por ello, volviendo a nuestro ejemplo, en un esquema de triangulación debemos advertir que existen fundamentalmente tres momentos que deben tenerse en cuenta: (i) cuando el comprador (la EDL) y el vendedor (la EDR) fijan el precio y deben asegurarse que éste sea *arm's length*<sup>16</sup>, antes de que

---

<sup>14</sup> En el punto II de este trabajo, veremos que existen diversas referencias en la legislación local e internacional sobre la intervención de un tercer operador en el comercio internacional.

<sup>15</sup> Ver punto IV de este trabajo.

<sup>16</sup> CTVA, Comentario 14.1: “Pregunta 6: ¿Incumbe el importador cerciorarse de que la vinculación no ha influido en el precio antes de declarar la mercancías para su valoración según lo dispuesto en el artículo 1? Respuesta: Si. Antes de declarar un valor en aduana determinado según el método del valor de transacción, el importador tiene que cerciorarse

la EDR lo declare a la administración aduanera; (ii) cuando el importador (EDL) declara sus precios ante la administración aduanera; (iii) cuando la Administración (tributaria y/o aduanera) fiscaliza los precios.

En cada uno de estos momentos, surgirán las siguientes preguntas:

- ¿Qué criterios deben utilizarse para analizar si un precio fijado entre el vendedor y el importador es *arm's length*?
- ¿Cuál es el valor que debe declarar el importador?
- ¿Qué criterio puede utilizarse para analizar si el mark-up adicionado por el vendedor-intermediario es *arm's length*?

### *3. Las razones de mercado y el contexto económico*

Existen razones legítimas y de mercado que encuentran en estos esquemas de triangulación una alternativa de comercialización frente a los contextos económicos globales que, muchas veces, imponen nuevos desafíos. La planificación comercial de las empresas multinacionales abarca muchos países y continentes del planeta. Sin embargo, es una realidad que muchas veces se recurre a estos mecanismos de triangulación no por razones comerciales, sino más bien por razones de planificación fiscal nociva.

El panorama se complica cuando además existen particulares incentivos tanto de las administraciones aduaneras (y/o Estados) como de las compañías multinacionales para perseguir la sobrefacturación y/o la subfacturación (según los casos). Es lógico pensar que ante un menor valor en aduana, se pagará una menor suma de tributos aduaneros, y como contrapartida el margen de ganancia en el país de importación será mayor, significando ello mayor tributación sobre la renta provocada por la venta del bien importado. Contrariamente, un mayor valor en aduana significará

---

en la medida de lo posible de que ningún elemento ha influido en el precio. Le impone esta obligación el artículo 1 al disponer que se aplicará el valor de transacción siempre que no exista una vinculación entre el comprador y el vendedor o, en caso de existir, pueda demostrarse que aquélla no ha influido en el precio”.

mayor tributación de derechos aduaneros, pero mayor costo del bien, y por lo tanto, menor rentabilidad (menor suma a pagarse en concepto de impuestos).

Ahora bien, en contextos anómalos, la pérdida de divisas y desequilibrio en la balanza de pagos en algunos países importadores, sumado a la creciente inestabilidad financiera, obliga a sus administraciones aduaneras a perseguir, paradójicamente, casos de sobrefacturación. Ello, dado la necesidad de muchas empresas extranjeras radicadas en el país de importación, que incrementan el valor de transacción de sus bienes importados como mecanismos de extracción de ganancias, ante las dificultades que encuentran en girar dividendos y/o pagos al exterior, por las medidas de control cambiarias.

En nuestra opinión, la actividad de valoración aduanera no debe ser utilizada con fines recaudatorios, anti-elusivos o parafiscales, pues para ello han de existir otros instrumentos y mecanismos. El principio establecido en el Acuerdo de Valor de la OMC no tiene como fin prioritario proteger la recaudación derivada de los derechos arancelarios, sino velar por un sistema neutro<sup>17</sup> de determinación del valor en aduana. Los principios en los que se inspira dicho sistema son la neutralidad y la equidad, los cuales se traducen en el rechazo de cualquier intento de favorecer o impedir el flujo comercial por fines fiscales o extra-fiscales, salvo los expresamente contemplados en el marco de los acuerdos de la OMC.

---

<sup>17</sup> Este principio tiene su fundamento dogmático en el apartado 4 de la Introducción General del Acuerdo, que expresa “*la necesidad de establecer un sistema equitativo, uniforme y neutro de valoración en aduana de las mercancías que excluya la utilización de valores arbitrarios o ficticios*”. De acuerdo al Principio de Neutralidad las disposiciones del Acuerdo de Valor deben aplicarse en forma equitativa y neutral, evitando la manipulación de sus reglas con el fin de entorpecer o distorsionar veladamente el comercio internacional mediante la aplicación de valores arbitrarios o ficticios; Ver: S. Sherman, y H. Glanshoff, *Customs Valuation. Commentary on the GATT Customs Valuation Code*, New York, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1988, p. 61 y 62.



La facultad para aplicar o interpretar el Acuerdo de Valor de la OMC que tienen las aduanas debe ejercerse con prudencia y teniendo en consideración los principios consagrados en el propio Acuerdo. El fin de maximizar la recaudación o la necesidad de introducir medidas proteccionistas, no puede afectar y/o distorsionar la correcta interpretación que cabe hacer del Acuerdo de Valor de la OMC.

Por lo tanto, el objetivo del presente trabajo no es otro que proponer, de algún modo, bases seguras a los operadores económicos para el intercambio comercial.

## **II. Antecedentes del concepto “Triangulación”**

En el presente apartado repasaremos el concepto apuntado en sus diversas variantes, según las disciplinas que lo han abordado de una u otra manera. Para ello, abordaremos el ámbito internacional, regional y nacional. Mencionaremos algunos documentos legales que han analizado casos de “triangulación”, o asimilables a tal. Ya sea en cuestiones aduaneras, impositivas o cambiarias, lo cierto es que este fenómeno ha sido recepcionado en algunos antecedentes que conviene repasar.

También, queremos aclarar que las circunstancias fácticas contempladas no necesariamente analizan casos de triangulación idénticos a los descriptos más arriba, ni tampoco se trata de casos donde las partes están vinculadas.

### *4. Las “triangulación” en el ámbito internacional*

Los textos que se mencionan a continuación tienen por objeto solucionar conflictos de valoración aduanera.

#### 4.1. Los textos del Comité Técnico de Valoración en Aduana (CTVA)

Entre los antecedentes del Comité Técnico de Valoración en Aduana (CTVA)<sup>18</sup> tenemos la Opinión Consultiva 14.1, cuyo texto configura un antecedente valioso en el cuál comienza a vislumbrarse el fenómeno de las “ventas sucesivas”. Dicho fenómeno consiste en dos o más contratos sucesivos concertados para la venta de mercancías. En dicha cadena de ventas existe una importación, igual que ocurre con las “triangulaciones aduaneras”.

Como veremos, el CTVA se encargó del tratamiento de este tipo de transacciones por residir en ellas una cuestión fundamental en materia de valoración aduanera. Esto es, conocer cuál de las ventas se utilizará para determinar el valor de transacción con arreglo al artículo 1 y 8 del Acuerdo<sup>19</sup>. Si bien, la Opinión consultiva 14.1 no precisa con claridad el significado de la expresión “se venden para su exportación al país de importación”<sup>20</sup> en los casos en que se presentan “ventas sucesivas”, dicho instrumento intenta establecer, a través de un aserie de ejemplos, una regla para identificar la transacción a declararse como valor en aduana frente a una importación en donde existen más de una venta.

De esta manera, se instala en el seno del CTVA el problema de la valoración en aduana de las mercancías que se venden más de una vez desde que son exportadas hasta que llegan al país de importación.

---

<sup>18</sup> “El Comité Técnico de Valoración en Aduana (CTVA) de la OMA se estableció en 1980 en virtud del Acuerdo sobre Valoración en Aduana de la Ronda de Tokio. Desde entonces, el CTVA y el Comité sobre Valoración en Aduana del GATT/OMC han mantenido una excelente relación como se ha descrito anteriormente. El Compendio de la OMA sobre valoración en aduana contiene opiniones consultivas, comentarios, notas explicativas y estudios de casos prácticos adoptados por el CTVA, que proporciona directrices sumamente útiles para abordar diversas cuestiones técnicas relacionadas con la valoración en aduana”. Información difundida por la Organización Mundial del Comercio, disponible en su sitio web oficial en: [http://www.wto.org/spanish/thewto\\_s/coher\\_s/wto\\_wco\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/thewto_s/coher_s/wto_wco_s.htm)

<sup>19</sup> Comentario 22.1 del Comité Técnico de Valoración en Aduana de la Organización Mundial de Aduanas.

<sup>20</sup> *Idem.*

El tema aparece nuevamente en el seno del CTVA con el Comentario 22.1, que trató específicamente el fenómeno relativo a las ventas sucesivas, a partir de un ejemplo de análisis. Dicho ejemplo, en su esquema estructural, es similar al expuesto en el punto 2 del presente Capítulo, pues existen tres sujetos situados cada uno en un país diferente. El sujeto *fabricante* (país C) vende sus productos a un *distribuidor* (país B), quién a su vez, acaba de firmar un contrato de compraventa con un sujeto *minorista* (país A) mediante el cual se compromete a entregarle el mismo tipo, calidad y cantidad del producto que le compró al sujeto fabricante. Entonces, el distribuidor le solicita al fabricante que directamente envíe la mercadería al País C, donde se encuentra el minorista.

Como veremos en el apartado IX, en el Comentario 22.1 el CTVA es claro al decir que **el precio de la última venta debe prevalecer** frente al precio de las ventas anteriores. Sin embargo, la Opinión Consultiva se encuentra vigente, lo cual permite aseverar ante determinadas hipótesis que pueda tomarse la venta anterior (el tratamiento de este tema se abordará en el apartado IX).

#### 4.2. Europa

La Comunidad Económica Europea adoptó en principio el mismo criterio<sup>21</sup>, pues sostuvo que la segunda frase del artículo 147 hace extensible el sistema del apartado 3.1 a los casos en que las mercancías se vendan más de una vez antes de su importación. En ellos, se contempla que se use la última venta efectuada antes de la introducción de las mercancías. En este sentido precisa que se entiende por "última venta" la última que, a lo largo de toda la cadena

---

<sup>21</sup> Comentario n° 7 del Comité del Código Aduanero (Sección del Valor en Aduana) sobre la aplicación del artículo 147 del Reglamento (CEE) n° 2454/93 de la Comisión de 2 de julio de 1993.

comercial, precede a la introducción de las mercancías en el territorio aduanero de la Comunidad.<sup>22</sup>

Cuando las mercancías hayan sido objeto de una venta anterior (es decir distinta a la última venta en el sentido especificado en 3.2.1), el declarante puede pedir a las autoridades aduaneras que acepten la venta anterior como base del valor en aduana, pero sólo si puede demostrar que la venta anterior tiene circunstancias específicas y significativas que determinaron la exportación al territorio aduanero de la Comunidad.

Para mayor facilidad, la 'última venta' puede ser también una venta efectuada cuando las mercancías se encuentran ya en la CE (por ej.: en un depósito aduanero).

#### 4.3. Estados Unidos

En EE.UU quizá el precedente más importante que ha analizado el conflicto que se presenta en materia de valoración frente a los casos de ventas sucesivas, fue el precedente “*Nissho Iwai American Corp.*”<sup>23</sup>.

El caso se trataba de un importador estadounidense, *Metropolitan Transportation Authority of New York City* (“MTA”), que había realizado la compra de unos vehículos a *Nissho Iwai American Corporation* (“NIAC”) a través de la celebración de un contrato<sup>24</sup>. El contrato estipulaba la producción y fabricación de vehículos en Japón, pero a través de un tercer sujeto, *Kawasaki Heavy Industries Ltd.* (Kawasaki)<sup>25</sup>. El contrato obligaba a *Kxawasaki* a utilizar sistemas de propulsión y frenos de EE.UU<sup>26</sup> en la

---

<sup>22</sup> Comisión Europea, *Compendio de textos sobre valor en aduana del Comité del Código Aduanero*, Bruselas, 8 de octubre de 2003.

<sup>23</sup> “*Nissho Iwai American Corp. v. United States*”, 982 F. 2d 505, 511 (Corte Federal de Circuito, 1992).

<sup>24</sup> *Idem.*

<sup>25</sup> *Idem.*

<sup>26</sup> *Idem.*

fabricación. El mismo día de la celebración del contrato NIAC asignó sus derechos y obligaciones a su vinculada *Nissho Iwai Corporation* ("NIC")<sup>27</sup>.

Por su parte, NIC celebraba un contrato con *Kawasaki* para la producción de los vehículos<sup>28</sup>. NIC y Kawasaki acordaron ser responsables solidarios por la calidad de los vehículos<sup>29</sup>. Kawasaki por su parte se comprometió a proporcionar asistencia técnica luego de la entrega. Además, dicha empresa se comprometió a entregarle los vehículos a NIC en Japón y en condiciones FOB.

En dicho precedente la Corte Federal de Circuito decidió que ambas operaciones cumplen los requisitos de la Sección 402<sup>30</sup>, por lo tanto la primera transacción es la que debe ser tomada como base para el valor de transacción de la mercancía importada a EE.UU.

El precedente dijo además que tal decisión se aplica únicamente a las situaciones en las que existe una legítima elección entre dos transacciones legalmente viables, y que ello depende de la presencia de dos hechos elementos específicos: (i) las mercancías estén "claramente destinada" a la exportación a los Estados Unidos; (ii) que el fabricante y el intermediario estén vinculados entre sí.

Luego de este caso, el Servicio Aduanero de EE.UU (*U.S. Customs Service*) analizó muchísimas operaciones de importación de índole similar.

---

<sup>27</sup> *Idem.*

<sup>28</sup> *Idem.* Kawasaki fabricaba los productos para la venta a MTA; Dichos vehículos no hubieran podido ser usados para otro propósito.

<sup>29</sup> *Idem.*

<sup>30</sup> Dicha sección 402 define el valor de exportación como el precio del país de exportación en el que la mercancía es vendido o puesta a la venta para la exportación a los EE.UU: ver: U.S.C. § 1401a, *amended by* Trade Agreements Act of 1979, Pub. L. No. 96- 39, 93 Stat. 144 (1980); EUGENE T. ROSSIDES, U.S. IMPORT TRADE REGULATIONS 401, 416-17 (1986), p. 133.

Por ejemplo, en una decisión administrativa<sup>31</sup> el Servicio Aduanero norteamericano analizó un caso en dónde una corporación situada en las Islas Vírgenes Británicas, que tenía un representante en los Estados, compraba prendas de vestir en nombre de sus clientes estadounidenses a Hong Kong y China, a través de una empresa vinculada situada en Hong Kong. En otros casos<sup>32</sup> más recientes también tenemos la misma situación que se plantea cuando existe un importador que compra a fabricantes extranjeros a través de un intermediario.

En todos ellos, siempre se menciona el precedente “*Nissho Iwai*” como base de análisis para computar la primer o la última venta, según se den las circunstancias apuntadas por la Corte Federal de Circuito.

##### 5. La “*triangulación*” en el ámbito del MERCOSUR y la ALADI

Otro supuesto de “*triangulación*”, más parecido al que expusimos en nuestro ejemplo, se ha analizado en el marco de la ALADI. En este caso, el conflicto no se relacionó con la problemática del valor en aduana de la mercadería, sino más bien con la utilización de regímenes de preferencias arancelarias.

Así, en un fallo<sup>33</sup> se analizó si correspondía considerar aplicable un régimen preferencial<sup>34</sup> en el marco de la ALADI, por tratarse de importación de mercaderías originarias y procedentes de Brasil hacía Argentina, en donde si bien las mercaderías eran originarias y procedentes de aquel país,

---

<sup>31</sup> Decisión HQ 545604, del 10 de marzo de 1995.

<sup>32</sup> Servicio Aduanero de EE.UU, HQ H097035; 545144; 545648; 544640. Y también, Números de Protesta: 4601-09-150323, 4601-09-150283; 4601-09-150149; 4601-09-150324; 4601-09-150163; 4601-09-150286; 4601-09-150223; and 4601-09-150228. Entre muchos otros.

<sup>33</sup> TFN, “*Di Dieco Francisco c/ Dirección General de Aduanas s/ recurso de apelación*”, JU-19803-2013. Confirmado luego por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo Federal, *in re “Di Dieco, Francisco (TF 19803-A) c. D.G.A.”*, sala IV, 17/06/2014.

<sup>34</sup> En este caso era el régimen P.A.R. N° 4.

las mismas habían sido vendidas (o “facturadas”) desde un tercer país no miembro de la ALADI (en este caso EE.UU), siendo que la utilización de dicho régimen -a juicio de la Aduana Argentina- bajo esta modalidad -“triangulación”-, se encontraba suspendido al tiempo del registro de los despachos de importación.

En dicho fallo, se mencionan ciertos documentos que hacen referencia, de una u otra manera, a esta forma de comercialización que denominamos “triangulación”, y que fue definida como *“operaciones cuya factura comercial es extendida por un tercer país”*<sup>35</sup>.

La instrucción decía: *“[...] cuando se trate de operaciones cuya factura comercial sea extendida desde un tercer país miembro o no de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), el productor o exportador deberá declarar que se trata de una operación por cuenta y orden de la firma que en definitiva será la que facture la operación a destino. Ejemplo: mercadería origen y procedencia Brasil. Certificado de Origen: Brasil. Factura: EE.UU. Para estos casos se exigirá del productor o exportador, de no constar en el Certificado de Origen, una certificación, la cual se agregará como documentación complementaria al despacho de importación”*<sup>36</sup>.

Entre algunos documentos que tratan de alguna u otra manera el concepto “triangulación”, podemos mencionar: Circular Télex DGA N° 7/98 (Instructivo respecto a la certificación de origen en casos de triangulación); Circular Télex N° 160/97 ALADI, importación (triangulación comercial);

---

<sup>35</sup> Conf. Fax N° 7 de la Dirección Nacional de Negociaciones Económicas Internacionales dirigido a la Administración Nacional de Aduanas - Secretaría Técnica; Fax N° 345-1778 Departamento Técnico de Importación; Circular Télex N° 19/94 - ANA, del 06.01.1994: cit. por Eduardo, Mallea, “Las denominadas “Triangulación” y “opacidad fiscal” en el comercio internacional. Algunas medidas adoptadas por la AFIP en el ámbito aduanero”, ASOCIACIÓN ARGENTINA DE ESTUDIOS FISCALES, IV Jornadas Internacionales de Derecho Aduanero, Panel 2: *“Exportaciones: Estímulos impositivos y aduaneros”*, p. 3.

<sup>36</sup> Circular Télex N° 354/92 - ANA, del 29.06.1992: cit. por Eduardo, Mallea, *supra* nota 35, pp. 3-4.

Fax SCI N° 116/95, triangulación comercial en el marco del MERCOSUR; Circular Télex N° 581/94: ALADI, importación (se autorizan operaciones de triangulación comercial).

## 6. La “triangulación” en Argentina

No hay antecedentes normativos en nuestro país que trate las “triangulaciones” para el caso de importación de bienes hacia Argentina. Recordemos que el Acuerdo de Valor del GATT así como todos los tratados internacionales afines a los que Argentina adhirió, aplican solamente a importación de bienes. En exportación, en cambio, no hay limitación y/o compromisos asumidos por parte de Argentina, en lo que a la materia de valoración respecta.

### 6.1. Impuesto a las Ganancias

Existen antecedentes normativos de “triangulación” en el Impuesto a las Ganancias de Argentina para el caso de exportación de bienes. La ley 25.784 incorporó un sexto párrafo en el artículo 15 de la Ley de Impuesto a las Ganancias (texto ordenado de 1997), denominado "sexto método" o "método a fecha de embarque". El mismo se incorporó como medida para contrarrestar la maniobra de triangulación en exportación de bienes de cotización conocida<sup>37</sup>.

Así, el sexto y séptimo párrafo del artículo 15 de la Ley de Impuesto a las Ganancias, establece:

“... cuando se trate de exportaciones realizadas a sujetos vinculados, que tengan por objeto cereales, oleaginosas, demás productos de la tierra, hidrocarburos y sus derivados, y, en general, bienes con cotización conocida en mercados transparentes, en las que intervenga un intermediario internacional que no sea el destinatario efectivo de la

---

<sup>37</sup> Ricardo, Echegaray, *La Administración Tributaria frente al Contribuyente Global – Aspectos técnicos y prácticos relevantes*, Buenos Aires, La Ley, 2013, p. 60.



mercadería, se considerará como mejor método a fin de determinar la renta de fuente argentina de la exportación, el valor de cotización del bien en el mercado transparente del día de la carga de la mercadería — cualquiera sea el medio de transporte—, sin considerar el precio al que hubiera sido pactado con el intermediario internacional.

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

Ya vimos que los esquemas de triangulación presuponen la existencia de un intermediario (*trader*) internacional que no es el destinatario final de la mercadería. A este respecto, el octavo párrafo incorporado a partir de la sanción de la ley 25.784 dice:

“El método dispuesto en el sexto párrafo del presente artículo no será de aplicación cuando el contribuyente demuestre fehacientemente que el sujeto intermediario del exterior reúne, conjuntamente, los siguientes requisitos:

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

Ya volveremos sobre el rol del intermediario en el Capítulo III. Por último, el artículo octavo agregado a continuación del artículo 21 del reglamento de la Ley de Impuesto a las Ganancias señala que:

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

## 6.2. Normativa Administración Federal de Ingresos Públicos - Dirección General Impositiva (AFIP-DGI)

En sintonía con lo anterior, recientemente la AFIP-DG emitió la Resolución General 3577 con el fin de establecer un régimen de percepción en el Impuesto a las Ganancias aplicable a operaciones de exportación definitiva para consumo, que efectúen los contribuyentes y/o responsables, respecto de las cuales se verifique que los países de destino físico de la mercadería difieren de los países o jurisdicciones donde se encuentran domiciliados los sujetos del exterior a quienes se le facturaron dichas operaciones de exportación (art. 1 RG 3577).

Veamos que dicen los considerandos:

“Que esta Administración Federal tiene entre sus objetivos el resguardo de la renta fiscal, significando un verdadero riesgo para los ingresos, la soberanía y la equidad fiscal, la erosión de la base imponible nacional y la transferencia de beneficios hacia otras jurisdicciones.

Que en el informe “Addressing Base Erosion and Profit Shifting” del año 2013, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) opina que constituyen problemas graves de equidad y disciplina tributaria los esquemas de planificación fiscal que provocan pérdidas en la recaudación tributaria, y que algunas empresas

realizan transacciones legales desde el punto de vista técnico, pero aprovechando las asimetrías entre normas tributarias nacionales e internacionales.

Que el Parlamento Europeo en su “Informe sobre la lucha contra el fraude fiscal, la evasión fiscal y los paraísos fiscales” del 2 de mayo del año 2013, expresó que la persistencia de prácticas fiscales perniciosas por parte de compañías transfronterizas contraviene el principio de competencia leal y responsabilidad empresarial, y a su vez, contribuyen a que se produzcan movimientos artificiales de capitales y efectos negativos en el mercado interno de cada país.

Que deben tomarse medidas más profundas y adecuadas para abordar los distintos aspectos del problema que pone en juego la integridad del impuesto a las ganancias, resultando que algunos contribuyentes que desarrollan actividades con el exterior obtendrían mayores ventajas competitivas con respecto a las empresas que desarrollan actividades a nivel nacional, lo cual, produciendo situaciones de inequidad, influye sobre el cumplimiento tributario voluntario.

Que entre las modalidades del comercio internacional, es factible encontrar operaciones de exportación en las cuales los países de destino físico de la mercadería difieren de los países donde se encuentran domiciliados los sujetos del exterior a quienes se les emitió la factura de exportación y, que en algunos casos, además, los destinatarios de tales comprobantes son sujetos domiciliados, constituidos o ubicados en países, dominios, jurisdicciones, territorios y estados asociados considerados como no “cooperadores a los fines de la transparencia fiscal”, siendo la utilización de tales jurisdicciones una maniobra de planificación fiscal que requiere su desarticulación.

Que en el informe “Draft Handbook on Transfer Pricing Risk Assessment” del 30 de abril de 2013, la OCDE señala que, en materia de precios de transferencia, a las transacciones con una jurisdicción no cooperadora a los fines fiscales podrá atribuírseles una alta probabilidad de no respetar el principio del operador independiente, aún cuando existieran razones comerciales que justifiquen operar con las señaladas jurisdicciones.

Que nuestro país adhirió a la Convención sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal impulsada por la OCDE, cuya entrada en vigor se produjo el 1° de enero de 2013, y que ello permitirá intercambiar información con numerosas jurisdicciones, remarcando su compromiso en materia de transparencia fiscal internacional.

Que, por otra parte, las administraciones tributarias deben profundizar las funciones de fiscalización y control de los gravámenes a su cargo e implementar medidas tendientes a desalentar aquellas prácticas que causan graves daños a la economía nacional.

### 6.3. Normativa Administración Federal de Ingresos Públicos - Dirección General de Aduanas (AFIP-DGA)

Nuevamente, igual que lo mencionado precedentemente, aunque tratándose de exportación de mercancías, la DGA emitió la Nota Externa N° 75/2009 para el caso de ventas sucesivas. Así, en los considerando se expuso:

“Que el Estado Nacional se encuentra empeñado en fortalecer los instrumentos para enfrentar la evasión fiscal y combatir las prácticas irregulares en operaciones de exportación de mercaderías ya que las mismas causan graves daños a la economía nacional.

Que se ha verificado en las operaciones de exportación de mercadería la existencia de una serie de ventas consistentes en contratos sucesivos concertados para la venta de la misma mercadería.

Que el creciente incremento del comercio internacional en operaciones en las que intervienen grupos internacionales ha provocado la utilización cada vez más frecuente del denominado "principio de ventas sucesivas" como elemento de planificación fiscal que puede reducir considerablemente el costo fiscal como consecuencia de la minoración del precio.

Que las sucesivas ventas permiten visualizar una significativa diferencia entre el valor declarado ante el servicio aduanero del país de origen de la mercadería y el valor declarado en el país de destino de la mercadería.

Que la determinación del valor imponible en el marco de la Ley 22.415 gira en torno del valor real de la mercadería por el cual se liquida el derecho de conformidad con el precio de compraventa entre un comprador y un vendedor independiente uno de otro.

Que la Organización Mundial de Aduanas ha analizado el tema de la valoración cuando existen ventas sucesivas para determinar el valor de transacción de manera tal de considerar aquella venta que refleje la esencia del conjunto total de la transacción.

Que el servicio aduanero, tratándose de transacciones entre empresas vinculadas, exige la justificación de los precios de exportación revirtiendo la carga de la prueba a fin de evitar manipulaciones de los precios con el objeto de minimizar el precio efectivo de la venta.”

A tal fin, se instruyó:

“1. En aquellas operaciones de exportación sujetas a precio oficial, constituyendo el mismo la base única de tributación, en las cuales el servicio aduanero corrobore la existencia de ventas sucesivas que haga presumir la existencia de una subvaloración de acuerdo a la información obtenida, se elaborará un informe técnico completo en el que se basa dicha apreciación con los elementos de juicio tenidos en cuenta, el que se remitirá al Banco Central de la República Argentina para su intervención en el marco de su competencia.

2. En aquellas operaciones de exportación no comprendidas en el apartado 1.- y que de la investigación efectuada se ha corroborado la existencia de ventas sucesivas que permite identificar una diferencia significativa entre el valor documentado en la aduana de origen y el valor documentado en la aduana de destino, se considerará que el precio pagado o por pagar no constituye una base idónea de valoración debiendo el servicio aduanero apartarse del mismo utilizando como base de valoración la que mejor se adecue teniendo en cuenta las previstas en el Art. 748 del Código Aduanero.

3. En este último caso se elaborará un informe técnico que se remitirá al Banco Central de la República Argentina a los fines de su intervención.”

#### 6.4. Normativa cambiaria dictada por el Banco Central de la República Argentina (BCRA)

Otro antecedente valioso lo encontramos en la COMUNICACION " A " 3616 del BCRA. La misma aplica a aquellos casos en donde el intermediario es un sujeto radicado en Argentina que compra mercancías en el exterior y las vende a sujetos radicados en terceros países, sin ingresarla al país.

Veamos:

“... las entidades financieras autorizadas a operar en comercio exterior, podrán dar curso a operaciones, con débito en cuenta corriente o uso de cheque propio del cliente, de ventas de divisas a clientes en concepto de “pagos al exterior por compras de mercancías no ingresadas al país y vendidas a terceros países”, siempre que:

1. se hubiera registrado en la entidad interviniente el ingreso de divisas en concepto de “compras de divisas por cobros de mercancías no salidas del país y vendidas a terceros países”, con crédito a la cuenta corriente o caja de ahorros del cliente.

2. el total acumulado de los ingresos registrados en la entidad por el concepto “compras de divisas por cobros de mercancías no salidas del país y vendidas a terceros países” en las condiciones señaladas, por las ventas realizadas por el cliente, deberá ser en todo momento, igual o superior a la sumatoria de las comisiones o ganancias por la intermediación comercial del operador local y de las transferencias en concepto de “pagos al exterior por compras de mercancías no ingresadas al país y vendidas a terceros países”.

La entidad interviniente deberá requerir la presentación de la documentación que avale la genuinidad de las operaciones realizadas.

### **III. Las consecuencias aduaneras derivadas de los esquemas de “triangulación” en importación**

Como vimos, los esquemas de "triangulación" desarrollados por las compañías multinacionales presuponen la existencia de intermediarios vinculados (*traders*) que realizan diversas funciones dependiendo de la planificación global de cada compañía. Partiendo de los activos, funciones y riesgos de éstos, se podrá analizar si resultan ser simples revendedores que no agregan valor al producto -ni desarrollan una tarea de comercialización-, o por el contrario, su rol es esencial y su relevancia en las operaciones resulta incuestionable desde un punto de vista comercial. Asimismo, habrá otros indicios, tales como la jurisdicción en la que éstos se encuentran alojados -por ejemplo, de baja tributación-.

Lo cierto es que el análisis de la circunstancias de la venta realizado entre el importador y su vinculado intermediario resulta trascendental por cuanto tiene impacto ya sea en el campo tributario-aduanero, como en el campo infraccional. Pensemos por un momento que el importador, al momento de realizar la importación de las mercancías cuya destinación solicitada estuviere gravada con algún tributo: (i) presentará la correspondiente *liquidación* ante el servicio aduanero (conforme al artículo 264 del C.Ad.), que procederá a la aprobación o rectificación de la misma. Eventualmente, si fuere necesario o conveniente, el servicio aduanero podrá practicar de oficio la liquidación pertinente; y (ii) realizará una declaración ante el servicio aduanero brindando información sobre el valor de transacción, si hay vinculación con el vendedor, si el precio declarado ha sido influido por la vinculación, etc.

El esquema analizado en el presente trabajo parte de una venta realizada entre partes vinculadas a través de un esquema de “triangulación”. Si el método de valoración utilizado por el importador es el contemplado en el artículo 1 del Acuerdo de Valor de la OMC, y la transacción entre el

importador y el intermediario ha sido influida por la vinculación, se podrá cuestionar no solo el valor utilizado como base de cálculo para el pago de los tributos que gravan la importación, sino que también, se podrá denunciar (en su caso) una infracción contra el importador por haber declarado que el precio no ha sido influido por la vinculación, siempre que se den algunas de las circunstancias establecidas en el artículo 954 del C.Ad.

Profundizaremos estos dos aspectos en los Capítulos IV y V del presente trabajo.

#### **IV. El control de riesgos por la administración aduanera en materia de valoración de mercancías**

Es común que las administraciones aduaneras ejerzan para el control en materia de valoración aduanera, normas y/o procedimientos de control, los cuales deben ser selectivos teniendo en cuenta factores de riesgo previamente establecidos. Es deseable que estos riesgos estén determinados de manera armonizada en todo el territorio aduanero.

Como consecuencia de estos controles y comprobaciones efectuadas por la administración aduanera, pueden surgir alertas respecto de muchos factores de riesgos. No es objeto del presente trabajo enumerar la mayoría de ellas, sino más bien mencionar aquellas que pueden tener relación con el fenómeno que nos ocupa. Así, alguno de los riesgos asociados a las “triangulaciones” en general son: a) Precios ostensiblemente bajos; b) Pagos indirectos; c) Vinculación entre el comprador y el vendedor; d) Pagos de cánones por el uso de derechos de propiedad intelectual; f) Facturas presumiblemente falsas o inexactas; h) Sobre facturación; i) Subfacturación; j) Falta de correspondencia entre la declaración de valor en aduana efectuada por el importador y los respectivos documentos que la debieran soportar (por ejemplo, la factura comercial); etc.



Cuando sobre la base de los factores de riesgos antes indicados o cualquier otro que pueda surgir, la administración aduanera tuviere una duda razonable, deberá con la indicación de los justificativos correspondientes fundamentar su duda razonable, y dar inicio a la investigación pertinente de valor, dándole oportunidad -como vimos- al importador para que pueda aportar las pruebas requeridas.

### *7. La “triangulación” como factor de riesgo para la administración aduanera*

Las administraciones aduaneras pueden analizar las operatorias de comercio solicitando datos al importador y/o utilizando los que obtiene de los distintos sistemas informáticos con los que opera. Asimismo, en algunos casos, también pueden utilizar el intercambio de información con otras aduanas.

En países como en la Argentina donde la administración tributaria y aduanera forman parte de la misma administración, la aduana tiene mejor comunicación y más fácil acceso a información. Por ejemplo, accede con facilidad a las Declaraciones Juradas presentadas por el importador (del impuesto a las ganancias, impuesto al valor agregado, impuestos a la ganancia mínima presunta, aportes y contribuciones de la seguridad social, etc.), consigue información de aquellas empresas relacionadas y/o vinculadas con el importador en el mundo, así como de los pagos efectuados.

De la documentación aduanera la aduana puede extraer información de todo lo relativo a las operaciones de importación, tales como destinaciones, montos FOB en dólares, cantidades importadas, etc. También, puede efectuar un análisis periódico de los últimos 5 años, a efectos de analizar las variaciones en los precios y en las cantidades importadas respecto de una o una serie de posiciones arancelarias.

Otro factor de análisis corresponde a la constatación del país de origen de las mercancías importadas como del país de facturación (es decir donde se encuentra situada la sociedad o persona que vende la mercancía al importador). Cuando el país de origen de las mercaderías importadas difiere del país de facturación (operatoria de “triangulación”), esto es causal de “alarma” y configura un “factor de riesgo” para la administración aduanera, por razones varias.

Puede suceder dentro del mismo grupo económico que exista mercadería importada en forma directa (desde el país de origen hacia el país de importación) o en forma triangulada respecto de la misma posición arancelaria, lo cual representa otra alarma en materia de valoración para la administración aduanera.

Por otro lado, el análisis de la operación de triangulación también merecerá otro tipo de análisis, tal como el “margen bruto de re-facturación”. El mismo surge con facilidad a través del intercambio de información (siempre que el país de origen tenga Acuerdo de Intercambio de Información con el país importador), pues solo hay que comparar el valor declarado en el país de origen respecto del precio oficializado en las destinaciones de importación.

Aquí una cuestión que merecen ser analizadas en el estudio de valor, es la razonabilidad y justificación del margen bruto de re-facturación, en relación con los activos, funciones y riesgo del intermediario triangulador de la operatoria analizada. La comparación del margen bruto debe hacerse contra una actividad verdaderamente comparable (por ejemplo, misma industria, mismo nivel comercial, etc.). También, debe compararse margen bruto contra margen bruto, pues es un error comparar margen bruto contra margen neto de una transacción.

Por su parte, es legítimo que se considere sospechoso (aunque pueda ser debidamente explicado) que a partir de un valor de transacción, el intermediario triangulador obtenga pérdidas al revender la mercancía al importador. O también, podría llegar a ser sospechoso que el importador pague un precio mayor, por la mercadería importada, al precio al que luego los revende en el mercado interno. En ambos casos, tanto el intermediario triangulador (ambos parte del mismo grupo económico), como el importador obtienen pérdidas, lo cual resulta sospechoso.

Este tipo de cuestiones pueden tener varias explicaciones según se trate del enfoque global del grupo económico, del intermediario triangulador, o simplemente del importador, pero simplemente adelantándonos al tratamiento que será abordado en el Capítulo IV, quisiéramos mencionar simplemente que puede resultar conveniente que una empresa compre un producto a un precio cuya reventa le genere pérdidas, si ello le permite competir en el mercado y vender otros productos conexos que le generen ganancias, de modo tal que éstas justifiquen la pérdida por la compra de aquella<sup>38</sup>. Veremos esto en detalle en el Capítulo IV. Frente a estos casos, no debería aplicarse el método del valor de transacción, sino alguno de los métodos secundarios.

Por otro lado, en mercados sumamente regulados como la Argentina, con importantes trabas a las sociedades para girar dividendos al exterior, el incremento en el valor de importación puede llegar a representar una manera que tiene el grupo económico para “extraer” la ganancia de su sociedad vinculada situada en Argentina. Lo cual, en dicho país la estructura triangular dispara otra alarma en este sentido.

---

<sup>38</sup> Volviendo al ejemplo de la máquina de café y las capsulas para su preparación como accesorios del primero. Un importador puede comprar máquinas cuyo precio de reventa le signifique pérdida, si luego lo recupera e incluso obtiene ganancias con la venta de cartuchos de café, sabiendo que colocar en el mercado la máquina de café es requisito indispensable para vender los cartuchos.

Por ejemplo, imaginemos un país de origen que sea miembro de algún fenómeno de integración regional (ejemplo, el MERCOSUR) en donde los derechos y aranceles de importación de las mercancías en examen no deban tributarse, mientras que el país de re-facturación pertenece a otro continente, sin dicha preferencia arancelaria, pues *a priori* cuesta imaginar que un grupo económico realice una cadena de ventas dentro del grupo, de manera tal de incrementar el valor de importación y tributar los aranceles y demás tributos que gravan la importación, pudiendo no hacerlo. Es decir, incrementa el valor de importación y lo hace tributar (pudiendo no hacerlo).

La administración aduanera argentina ha venido persiguiendo los casos de sobrefacturación utilizado la figura infraccional contemplada en el artículo 954, inciso c) del C.Ad.

Otra cuestión relevante es el país de re-facturación que en muchos casos recibe un tratamiento tributario ventajoso, sobre todo en el impuesto a las ganancias. Esta cuestión resulta fundamental, pues dentro del análisis de la planificación fiscal, la línea entre lo aceptable e inaceptable se hace muy difícil de trazar en muchos casos. En lo que al análisis de la legislación aduanera respecta, importa destacar que muchos de esos países son elegidos, también, por los beneficios impositivos que contemplan respecto al pago que reciben sus sociedades respecto de: dividendos, cánones, regalías e intereses. No olvidemos, por ejemplo, que los cánones y derechos de licencia en la medida que constituyan condición de venta de la mercadería importada, deberán ser añadidos al precio pagado o por pagar de la mercancía importada -artículo 8, apartado 1, inciso c) del Acuerdo-.

Recordemos que el valor en aduana de las mercancías importadas debe valorarse conforma al primer método (siempre que se den los requisitos), y solo si este es rechazado, deberá valorarse conforme a los métodos secundarios. Con lo cual, no podríamos pensar que la administración

aduanera puede apartarse de ello, máxime cuando las normas que lo imponen tienen jerarquía supra legal -al Acuerdo de Valor de la OMC-.

*8. Las dudas sobre la veracidad o exactitud del valor declarado por el importador en operaciones de triangulación*

Hasta aquí, podemos advertir que en las operaciones de triangulación, cuando los factores de riesgos analizados por la administración aduanera le genere motivos para dudar de la declaración del valor presentada por el importador, respecto a la veracidad, exactitud e integridad de los elementos de la declaración, podrá pedirle a éste explicaciones, así como documentos u otras pruebas, con el fin de efectuar las debidas comprobaciones que le permitan determinar si el valor en aduana declarado se corresponde con los elementos aportados.

Aquí estamos en el procedimiento del artículo 1, apartado 2, inciso a) del Acuerdo. El importador, como ya explicamos tiene dos opciones: (i) Demostrar que la compraventa se realiza como si no existiera vinculación alguna entre las partes -artículo 1.2.a) del Acuerdo-; o (ii) Demostrar que el precio declarado se aproxima mucho a alguno de los valores criterios establecidos en el artículo 1.2.b) del Acuerdo.

El presente trabajo, solo analizará el procedimiento de establecido en el artículo 1.2 a) del Acuerdo (la opción i) puesto que en general es la más frecuente y la que más margen de discrecionalidad genera en las administraciones aduaneras. En el Capítulo III expondremos los requisitos que deben configurarse para la aplicación del artículo 1 del Acuerdo de Valor de la OMC, pero antes, consideramos fundamental repasar en el Capítulo II los antecedentes que inspiraron la propuesta de utilizar la Directrices de la OCDE como guía de interpretación y aplicación del artículo 1.2.a. del Acuerdo.



## *Capítulo II*

### **LAS DIRECTRICES DE LA OCDE SOBRE PRECIOS DE TRANSFERENCIA COMO GUÍA PARA INTERPRETAR EL ACUERDO DE VALOR DEL GATT**

#### **V. El principio *arm's length* en la metodología de Precios de Transferencia y Valoración en Aduana**

La propuesta de este trabajo es utilizar principios y conceptos desarrolladas por la OCDE, sobre precios de transferencia, para analizar el examen de la circunstancia de una venta en importación de mercancías, efectuadas mediante esquemas de “triangulación”.

Para ello, se impone la necesidad de describir la conveniencia práctica y metodológica de establecer un sistema uniforme aplicable a ambos mundos, como también repasar brevemente el desarrollo en el ámbito internacional de esta iniciativa de utilizar las Directrices de la OCDE (o puntualmente un estudio de precios de transferencia) para interpretar el artículo 1 del Acuerdo de Valor del GATT.

Precios de transferencia es una especialización dentro del derecho tributario que consiste, básicamente, en determinar si un precio o valor de transacción llevado a cabo entre partes vinculadas es *arm's length*, es decir, pactado de la misma manera que lo hubieran pactado partes independientes, en análogas circunstancias. Normalmente en el análisis de precios de transferencia se analizan márgenes de ingresos y no operaciones individuales.<sup>39</sup>

Por su parte, el valor en aduana de las mercancías sujetas al pago de tributos que gravan la importación, deben ser valuadas de conformidad al artículo VII del GATT y su Acuerdo de Valor, cuyo primer método es el

---

<sup>39</sup> AA.VV., *Transfer Pricing and Customs Valuation - Two worlds to tax as one*, BAKKER, Anuschka y OBUOFORIBO, Belema, (editores), Amsterdam, IBFD, 2009, p. 3.

valor de transacción<sup>40</sup>. Dicho valor podrá ser utilizado entre compañías vinculadas cuando (igual que en precios de transferencia) el precio no ha sido influido por la vinculación (es decir un precio *arm's length*).

Ambas disciplinas comparten un principio que respetan a la hora de determinar el análisis tributario correspondiente a su imposición: la vinculación existente entre las partes no deben influir en el precio o valor de transacción, ya que en ese caso debe ser dejado de lado como base de cálculo<sup>41</sup>. Sin embargo, en materia aduanera se analiza en principio operaciones individuales<sup>42</sup>, lo cual no ocurre en materia impositiva. Mencionamos ello simplemente a título introductorio, por cuanto no es objetivo del presente trabajo enumerar las semejanzas y diferencias existentes entre ambos mundos, ni tampoco postular soluciones tendientes a una armonización.

El objetivo del presente trabajo es más bien pragmático, y consiste en buscar herramientas que permitan analizar de una manera sistemática, económica y financiera las operaciones de triangulación en importación de mercancías. A este respecto, entendemos que el Capítulo IX de las Directrices de la OCDE constituye esa herramienta, cuyos principios resultan ser una fuente valiosa para construir dicha metodología de análisis, que además resulta consistente con el Acuerdo de Valor de la OMC<sup>43</sup>.

En el presente capítulo bosquejaremos brevemente las principales disposiciones normativas de uno y otro sistema en relación con el punto bajo a análisis. También, repasaremos el surgimiento y desarrollo en el seno

---

<sup>40</sup> El "valor de transacción" se erige como la primera base de valoración de la mercadería en aduana (el propio Acuerdo en su parte introductoria así lo establece cuando dice que: "*El "valor de transacción", tal como se define en el artículo 1, es la primera base para la determinación del valor en aduana de conformidad con el presente Acuerdo...*"), y es el utilizado por la mayoría de las transacciones efectuadas en el mundo.

<sup>41</sup> Juan M., Jovanovich, *supra* nota 6, Introducción.

<sup>42</sup> AA.VV., *Transfer Pricing and Customs Valuation...*, *supra* nota 39, p. 4.

<sup>43</sup> Sobre la consistencia de la Directrices de la OCDE y las disposiciones del Acuerdo de Valor de la OMC, ver: Juan M., Jovanovich, *supra* nota 6, p. 1-3.



internacional de la idea de utilizar las Directrices de la OCDE como guía para interpretar el Acuerdo de Valor del GATT.

*9. Las Directrices de la OCDE sobre Precios de Transferencia y la legislación argentina (El principio “arm’s length”)*

En el mundo impositivo existe una metodología para fijar los precios de las transacciones realizadas entre empresas, sociedades, y/o partes de un mismo grupo económico (normalmente, las transacciones realizadas por las empresas multinacionales). Dicha metodología es conocida en el mundo del derecho tributario internacional como “Precios de transferencia” (“*transfer pricing*”), cuya finalidad consiste en establecer el valor de transacción pactado entre partes vinculadas, como si hubieren sido pactados entre partes independientes.

La base cardinal de esta metodología lo constituye el principio “*arm’s length*” contemplado en el artículo 9 del Modelo de la OCDE, sobre el cual se erige todo el sistema de precios de transferencia desarrollado en las Directrices de la OCDE. Así, un precio “*arm’s length*” es aquel que habría sido pactado entre partes independientes en análogas circunstancias. Veamos:

“1. Cuando a) una empresa de un Estado contratante participe directa e indirectamente en la dirección, el control o el capital de una empresa de otro Estado contratante, o b) unas mismas personas participen directa o indirectamente en la dirección, el control o el capital de una empresa de un Estado contratante y de una empresa del otro estado contratante, y, en uno y otro caso, 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, las utilidades que habrían sido obtenidas 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 las utilidades de esa empresa y someterse a imposición en consecuencia.

2. Cuando un Estado contratante incluya en las utilidades de una empresa de ese Estado -y, en consecuencia, grave- las de una empresa del otro Estado que ya hayan sido gravadas por este segundo estado, y estas utilidades así incluidas son las que habrían sido realizadas por la empresa del Estado mencionado en primer lugar si las condiciones convenidas entre las dos empresas hubieran sido acordadas entre empresas independientes, en ese otro Estado practicará el ajuste correspondiente de la cuantía del impuesto que ha percibido sobre esas utilidades. Para determinar dicho ajuste se tendrán en cuenta las demás disposiciones del presente Convenio y las autoridades competentes de los Estados contratantes se consultarán en caso necesario.”<sup>44</sup>

La explicación de este principio es muy sencilla. Cuando las partes independientes realizan una transacción, las condiciones comerciales y financieras de la misma están determinadas por las fuerzas del mercado, cosa que no ocurre cuando la misma transacción es realizada entre partes vinculadas<sup>45</sup>. En este último caso, la vinculación puede afectar las fuerzas del mercado, pudiendo resultar distorsionado las obligaciones fiscales e impuestos que deban pagarse en consecuencia. A partir de la aplicación del principio *arm's length* (y toda su metodología) las Administraciones tributarias pueden llegar a determinar la necesidad de practicar un ajuste al valor de transacción<sup>46</sup>.

Cabe aclarar, que si bien las compañías pueden llegar a tener incentivos para manipular los precios de transferencia dentro de su grupo económico,

---

<sup>44</sup> Artículo 9 del Modelo de Convenio Para Evitar la Doble Imposición de la OCDE.

<sup>45</sup> El concepto “empresas asociadas o vinculadas” se encuentra precisado también en el artículo 9 del Modelo OCDE como aquellas empresas controladas una por la otra, o ambas por una tercera. El término control, es definido como una participación directa o indirecta, en la gerencia, control o capital de una empresa. No hay especificación, ni porcentaje alguno en el marco del Modelo de Convenio relativo a dicha determinación, debiendo aplicarse en cada caso la legislación doméstica, de cada estado y las normas propias de cada Convenio.

<sup>46</sup> OCDE, *supra* nota 2, párr. 1.2.

no necesariamente deben identificarse las consideraciones propias de esta metodología con los casos de fraudes o elusión tributaria<sup>47</sup>.

El Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE adoptó las pautas de aplicación de este principio en las Directrices de la OCDE del 27 de julio de 1995, siendo publicada la última versión en Julio del 2010. Estas Directrices han venido constituyendo una fuente de derecho (*soft law*) importante en la regulación de esta disciplina en los países que regulan esta materia, a partir de la Recomendación del Consejo de la OCDE<sup>48</sup>. Asimismo, por ejemplo, el principio “*arm’s length*” se encuentra contemplado en las legislaciones domesticas y Convenios Para Evitar la Doble Imposición de todos los países miembros de la OCDE, y de una importante y creciente cantidad de países no miembros.

Un ejemplo de ello es Argentina, que si bien no es miembro de la OCDE, a la hora de establecer métodos para fijar el valor *arm’s length* de las transacciones efectuadas entre partes vinculadas, recogió en gran medida los lineamientos de la OCDE. Concretamente, los métodos previstos por el artículo 15 de la Ley de Impuesto a las Ganancias para fijar el valor de mercado entre partes independientes han recogido en gran medida el desarrollo de las recomendaciones OCDE<sup>49</sup>, y las reglas de la legislación norteamericana<sup>50</sup>.

Así, el marco normativo de este sistema en Argentina lo ubicamos en el artículo 15 de la Ley de Impuesto a las Ganancias, en el Decreto 1037/2000 del PEN, y fundamentalmente, en la Resolución General de AFIP 1122/2001 (y sus modificaciones).

---

<sup>47</sup> *Idem*.

<sup>48</sup> Recomendación del Consejo C(95)126/Final, en su versión modificada.

<sup>49</sup> Victor, Uckmar, *Manual de Derecho Tributario Internacional*, Buenos Aires, La Ley, 2011, p. 358.

<sup>50</sup> OCDE, informe sobre precios de transferencia de 1979 y su revisión de 1984 y 1995. V.OCDE, *Transfer Pricing Guidelines*, París, 1995. En la legislación estadounidense, puede consultarse la Secc. 482 del Código de renta fiscal nacional y sus posteriores integraciones. Cit por Victor, Uckmar, *supra* nota 49, p. 358.

*10. El principio “arm’s length” y la vinculación con el artículo 1.2 (a) del Acuerdo de Valor del GATT*

En el mundo aduanero el principio para establecer el valor de transacción de las mercancías importadas entre partes vinculadas se rige por el artículo 1 del Acuerdo de Valor de la OMC<sup>51</sup>, que en su parte pertinente establece:

“El valor en aduana de las mercancías importadas será el valor de transacción, es decir, el precio realmente pagado o por pagar por las mercancías cuando éstas se venden para su exportación al país de importación, ajustado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8...” (...)

Luego, el artículo 1. 2 a) establece:

“Al determinar si el valor de transacción es aceptable a los efectos del párrafo 1, el hecho de que exista una vinculación entre el comprador y el vendedor en el sentido de lo dispuesto en el artículo 15 no constituirá en sí un motivo suficiente para considerar inaceptable el valor de transacción. En tal caso se examinarán las circunstancias de la venta y se aceptará el valor de transacción siempre que la vinculación no haya influido en el precio. Si, por la información obtenida del importador o de otra fuente, la Administración de Aduanas tiene razones para creer que la vinculación ha influido en el precio, comunicará esas razones al importador y le dará oportunidad razonable para contestar. Si el importador lo pide, las razones se le comunicarán por escrito....”

La Nota Interpretativa al párrafo 2, en su parte pertinente establece:

“A este respecto, 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

---

<sup>51</sup> En Argentina incorporado, primero, por la sanción de la ley 23.311 que ratificó el Acuerdo para la Aplicación del Artículo VII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (Ronda Tokio del GATT), y luego con la ley 24.425, que aprobó el Acta Final de la Ronda de Uruguay del GATT y el Acuerdo de Marrakech. Estos crearon la Organización Mundial del Comercio (OMC) junto con un nuevo Acuerdo de Valoración que, en términos generales, ratificó los principios ya consagrados en la Ronda Tokio.

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. 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. Por ejemplo, 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 ha influido en el precio. 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 período 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.”

Como puede observarse el principio adoptado en el Acuerdo de Valor de la OMC es similar al adoptado por las Directrices de la OCDE<sup>52</sup>, pues ambos conllevan la idea de comparabilidad como guía para establecer y/o determinar si el valor de una transacción efectuada entre partes vinculadas ha sido influido por la vinculación. En todos los casos, habrá que comparar si los precios celebrados (o algunos los elementos que lo integran) entre partes vinculadas “se parecen” a los celebrados (o que hubieran celebrados) partes independientes en análogas circunstancias.

Ahora bien, no debe confundirse la similitud de los principios que subyacen ambos sistemas, con el procedimiento y/o metodología de aplicación de cada uno de ellos. Por ejemplo, el artículo 1.2 del Acuerdo no permite efectuar ajustes al valor de transacción (tal como si es posible en materia impositiva) en el marco de un estudio de valor, sino que solo se

---

<sup>52</sup> Juan M., Jovanovich, *supra* nota 6, p. 12-14.

aplica a los fines de determinar si la vinculación influyó en el precio<sup>53</sup>. Luego, si la Administración Aduanera determina que el precio ha sido influido por la vinculación, rechazará la aplicación del método del artículo 1 del Acuerdo (primer método), y procederá a aplicar los artículos 2, 3, 5, 6 and 7 del Acuerdo de Valor del GATT, en orden sucesivo<sup>54</sup>.

También, Sherman y Glashoff señalan que la aplicación de este estándar puede ser diferente según se trate del mundo aduanero o del impositivo, porque en aquel se tiene que valuar las mercaderías al momento de la importación, mientras que en este último existe la posibilidad de considerarse todo un período de tiempo de manera retrospectiva, y realizarse una equiparación de precios altos y bajos dentro de ese período<sup>55</sup>. Sin embargo, los mencionados autores señalan que de acuerdo con el Reporte de la OCDE sobre Precios de Transferencia y Empresas Multinacionales (1979)<sup>56</sup>, en principio un precio aceptado por cualquiera de las autoridades debe ser aceptado por la otra.

Por otra parte, Jovanovich considera que ante la ausencia de directrices para la aplicación del Acuerdo de Valor de la OMC, puede aplicarse las Directrices de la OCDE sobre precios de transferencia<sup>57</sup>. En efecto, la única posibilidad de determinar si un precio arribado en una transacción ha sido influido por la vinculación entre partes, es comparar dicha transacción con otras similares realizadas por partes independientes (en comparables circunstancias)<sup>58</sup>.

---

<sup>53</sup> Ver: Artículo 1.2 del Acuerdo de Valor del GATT, y su Nota Interpretativa.

<sup>54</sup> Ver: Comentario 14.1 y Caso de Estudio 10.1 del Comité Técnico de Valoración en Aduana (OMC).

<sup>55</sup> S. Sherman, y H. Glanshoff, *supra* nota 17, p. 193.

<sup>56</sup> Reporte del Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE, 1979, N° 29, p. 22. Cit por: S. Sherman, y H. Glanshoff, *supra* nota 17, p. 193.

<sup>57</sup> Juan M., Jovanovich, *supra* nota 6, p. 12.

<sup>58</sup> *Idem*.

### *11. Inviabilidad de la concurrencia de dos principios sobre la misma realidad*

Como vimos, en ambos sistemas se utiliza un principio análogo para establecer y/o determinar (según sea el importador o la administración aduanera), si el valor de transacción entre partes vinculadas, ha sido afectado por la vinculación.

Entonces, el primer interrogante que surge es si es posible aceptar que puedan existir dos metodologías diferentes de fijación de precios y/o valoración sobre la misma transacción, que puedan arrojar conclusiones desiguales.

Las empresas multinacionales de todos los sectores y en todas las partes del mundo se enfrentan a dificultades con respecto a la fijación de sus precios *intercompany*. Ello, porque se somete a las mismas transacciones a exámenes y criterios diferentes según se trate de un análisis fiscal o aduanero<sup>59</sup>.

Si la realidad analizada es la misma el punto de partida y llegada debiera ser el mismo. De lo contrario, se estaría propendiendo a la inseguridad<sup>60</sup>. Por lo tanto, existe una necesidad mínima de alcanzar la armonización de ambo sistemas, sobre la base de principios comunes, tales como: de neutralidad, capacidad contributiva y seguridad jurídica, etc.

La admisión de aplicar distintos sistemas sobre la misma manifestación de capacidad económica ha propiciado excesos. Así, el Tribunal Constitucional de Alemania (el *Bundesverfassungsgericht*) ha declarado

---

<sup>59</sup> WCO, *supra* nota 1, p. 85. Las administraciones fiscales y aduaneras aplican normas y metodologías diferentes sobre la misma transacción. Las administraciones fiscales aplican la metodología desarrollada por la OCDE sobre precios de transferencia, largamente desarrollada y aplicada por muchos países, mientras que las administraciones aduaneras se ajustan al artículo VII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio Código de Valoración (GATT).

<sup>60</sup> M., Carrobe Gene, *Problemas de valoración en Derecho Tributario*, n° 211, 1991, p. 159.

inconstitucional aquellas situaciones en donde existían pluralidad de valoraciones sobre la misma manifestación a través de una importante sentencia del 2 de junio de 1995<sup>61</sup>, lo cual coadyuva con la idea de propugnar la unicidad de una metodología que vinculen a las administraciones públicas, al menos en transacciones como las que analizamos.

Además, la incertidumbre y complejidad generada por la dicotomía de dos sistemas conducen al aumento de los costos, obstáculos en la realización de negocios, y riesgos significativo de imposición de sanciones. Incluso, cuando una empresa cumple tanto con las directrices de la OCDE como con las normas del Acuerdo de Valoración (OMC), ello no garantiza que no haya controversias entre dos países, o incluso, entre dos administraciones de un mismo país, a la hora de examinar si un precio fue pactado en condiciones *arm's length*<sup>62</sup>.

La libertad de fijar un valor de transacción de manera distinta, según se trate de uno u otro tributo, es contrario para Falcón y Tella, a una “exigencia de coherencia que entronca directamente con los principios de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad”<sup>63</sup>.

García Novoa considera que la diversidad de valores normativos o, lo que es lo mismo, la posibilidad teórica de que un bien tenga asignado distintos valores en función del impuesto que lo grave, no es contraria al principio de igualdad y a la seguridad jurídica, pero tal diversidad no debe

---

<sup>61</sup> “Un comentario sobre estas sentencia en el trabajo de FELIX, G., "Konsequenz aus den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zum Vermögens und zur Erbschaftsbesteuerung", B.B., 44/1995, pags. 2244 y ss. KIRCHHOF, P., "Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Vermögen und Erbschaftssteuer", Die Steuerberatung, 5/1996. TIPKE, K., "Vermögen und Erbschaftssteuer-Gerechtigkeit: Anmerkungen zu den B.Ver.G. Beschlüssen vom 22.6.1995; Monatsschrift für Deutsches Recht, 12/1995, pags. 1177 y ss.”; cit por: Cesar, García Novoa, “Precios de Transferencia y Valoración en Aduana”, *Revista Latinoamericana de Derecho Tributario*, ILDT, p. 159 (nota 66).

<sup>62</sup> WCO, *supra* nota 1, p. 85.

<sup>63</sup> Ramón, Falcón y Tella, "Unicidad de valoraciones y comprobación administrativa: una exigencia de coherencia", *Editorial, QF*, nº 17, 1994, p. 5.



confundirse con ausencia absoluta de vinculación por parte de la Administración tributaria cuando la misma, para un concreto tributo, procede a definir un concepto indeterminado como valor real, valor de mercado o precio que se fijaría entre partes independientes<sup>64</sup>.

Además, el mencionado autor considera que estas afirmaciones son especialmente importantes en relación con la valoración de bienes importados y la posibilidad teórica de valoraciones diferentes, e incluso contrapuestas, a efectos del principio arm's length y a efectos de valoración aduanera, pues están en juego las reglas de valoración, las cuales tienen como nota definitoria básica la posibilidad de incurrir en circunstancias que pueden afectar a la seguridad jurídica y al derecho de certeza de los contribuyentes<sup>65</sup>.

## **VI. Antecedentes en el ámbito internacional del tratamiento conjunto de ambas disciplinas**

La propuesta de que el leguaje de la Nota Interpretativa al artículo 1.2 es suficientemente amplia para permitir el uso de los lineamientos de la OCDE, fue originalmente presentada por JOVANOVIČH en el año 2002 en el libro *“Customs Valuation and Transfer Pricing. Is it Possible to Harmonize Customs and Tax Rules?”*<sup>66</sup>

Luego, la idea fue discutida en la 20ª Sesión del Comité Técnico de Valoración en Aduana (en adelante, el “Comité”) de la Organización Mundial de Aduanas (en adelante, la “OMA”)<sup>67</sup>, pues la “Valoración en Aduana y los Precios de Transferencia” fueron la principal temática que, desde entonces, quedaron instaladas en la agenda del Comité. En los años 2006 y 2007, la OMA y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo

---

<sup>64</sup> Cesar, García Novoa, *supra* nota 61, p. 159.

<sup>65</sup> *Idem*.

<sup>66</sup> Juan M., Jovanovich, *supra* nota 6, p. 16.

<sup>67</sup> Bruselas, Bélgica, 18 -19 de abril de 2005.

Económico (OCDE) organizaron en forma conjunta dos conferencias de “Precios de Transferencia y Valoración en Aduana”<sup>68</sup>.

El objetivo de la primer Conferencia<sup>69</sup> fue promover un foro de discusión entre funcionarios aduaneros, impositivos y operadores económicos, que tuvieran experiencia y participación en el comercio internacional de intercambio de bienes y tributación internacional, para dialogar acerca de la posibilidad de generar un puente entre la tributación aduanera y la impositiva, para los casos de transacciones transnacionales realizadas entre partes vinculadas<sup>70</sup>. Durante la Conferencia se hicieron recomendaciones<sup>71</sup>.

La segunda Conferencia<sup>72</sup> tuvo como objetivo examinar más detalladamente la divergencia de métodos existentes entre los sistemas de valuación de precios de transferencia, valoración aduanera e IVA.<sup>73</sup> Entre los debates y las decisiones se concluyó que las distintas áreas responsables del control de precios de transferencia y de valoración en aduana debían trabajar conjuntamente. También, se puntualizó que el principal obstáculo para la convergencia de ambos mundos era el hecho de que el sistema de precios de transferencia se aplica sobre los bienes al momento de su importación, mientras que el sistema de precios de transferencia se aplica sobre las ganancias al cierre del ejercicio. Así, el espacio de convergencia se podría ubicar, entre otros, en que el art. 1.2 a) del Acuerdo deja espacio para aplicar un análisis económico utilizando a las ganancias como un factor indicativo para determinar si el precio ha sido influido, o que el propio

---

<sup>68</sup> OMA/OCDE: Conferencias de Precios de Transferencia y Valoración en Aduana. Bruselas (Bélgica) 3 - 4 de mayo de 2006 y 22–23 Mayo 2007; WCO, *supra* nota 1, p. 56.

<sup>69</sup> Bruselas (Bélgica) 3 - 4 de mayo de 2006.

<sup>70</sup> AA.VV., *Transfer Pricing and Customs Valuation...*, *supra* nota 39, p. 24.

<sup>71</sup> AA.VV., *Transfer Pricing and Customs Valuation...*, *supra* nota 39, p. 25.

<sup>72</sup> Celebrada el 22–23 Mayo 2007.

<sup>73</sup> AA.VV., *Transfer Pricing and Customs Valuation...*, *ob. cit.*, p. 26.

estudio de precios de transferencia puede ser utilizado siempre y cuando se cumplan ciertas pautas<sup>74</sup>.

Como derivación de la Segunda Conferencia de Precios de Transferencia y Valoración en Aduana, organizada por la OCDE/OMA, se propuso la creación de un grupo focal (en adelante, el “Grupo”) para continuar analizando y desarrollando la convergencia entre ambos mundos. El Grupo estaría integrado por miembros de la OMA, de la OCDE y de la Organización Mundial del Comercio (OMC), funcionarios aduaneros, funcionarios de administraciones tributarias y miembros del sector privado.

La primera reunión del Grupo tuvo lugar durante la 25ª Sesión del Comité<sup>75</sup>. Uno de los objetivos perseguidos con esta iniciativa fue que los miembros del Comité puedan apreciar los beneficios de interactuar con los miembros del Grupo, formando parte de éste. Esta integración facilitaría la coordinación entre el Comité y el Grupo<sup>76</sup>.

Siguiendo las recomendaciones del Grupo, la Secretaria de la OMA preparó el documento de trabajo VT0604E1a, que contenía un resumen del encuentro del Grupo, que fue presentado a la 26ª sesión del Comité celebrada en abril de 2008. La Secretaria de la OMA sugirió que el Comité, debía identificar los objetivos, los temas principales, el fin último, y los principales caminos en temas de precios de transferencia y valoración en aduana.

La Secretaria sugirió el tratamiento de 3 de los 11 casos de estudios para ser presentados en la 27ª sesión del Comité. Estos casos de estudio referían a cómo podría admitirse el valor en aduana de una transacción llevada a

---

<sup>74</sup> Por ejemplo, (i) que sea posible segmentar las declaraciones; (ii) realizar revisión periódica de precios a efectos de reducir los ajustes de fin de año; (iii) implementar un sistema de revisión de precios que permitan retrasar la determinación del valor en aduana.

<sup>75</sup> Bruselas, Bélgica, 26 de octubre de 2007; AA.VV., *Transfer Pricing and Customs Valuation...*, *supra* nota 39, p. 27.

<sup>76</sup> Carta de invitación a los participantes del Grupo. Doc. 07VL0030-KS.

cabo entre partes vinculadas, utilizando Directrices de la OCDE sobre Precios de Transferencia para demostrar que la vinculación no influyó en el precio.

Siempre se tuvo presente que las Directrices de la OCDE sobre Precios de Transferencia no estaban expresamente contemplados en el artículo 1.2 (a) del Acuerdo. Sin embargo, el hecho de que no se encuentren expresamente contemplados no significa que el citado Acuerdo impida su utilización. A esos fines, es necesario interpretar que el acuerdo y determinar si tales metodologías están de acuerdo con él. El Comité consideró que el modo para hacerlo sería a través de los casos de estudio.

El Comité analizaría, caso por caso, la aplicación de los lineamientos y los métodos de la OCDE para el tema de precios de transferencia, teniendo en mente los objetivos trazados por el Acuerdo. De esta manera los importadores y las administraciones aduaneras, tendrían una guía de cómo resolver los temas de precios de transferencia de una manera uniforme y predecible. Esto daría la chance de que todas las administraciones aduaneras comprendan los métodos de la OCDE y se aproximen gradualmente a los temas de precios de transferencia. La idea de avanzar con los casos de estudio fue aceptada por todos los miembros durante la 27<sup>a</sup> Sesión del Comité.

En sesiones previas, la idea de una “convergencia” entre los regímenes de precios de transferencia establecidos en las leyes de impuesto a la renta y los tributos aduaneros siempre estuvo presente. Desde la 27<sup>a</sup> Sesión, el acercamiento a esta idea se fue modificando. Las discusiones comenzaron a tener foco en si las Directrices de la OCDE sobre Precios de Transferencia podrían ser utilizadas para interpretar o complementar el artículo 1.2 (a) del Acuerdo, o desde una perspectiva diferente, si la información de un estudio de precios de transferencia preparado de acuerdo a las Directrices de la OCDE podía ser utilizado por las administraciones aduaneras y los

importadores para determinar si el valor en aduana estaba influido por la vinculación.

La 27ª Sesión tuvo un muy importante avance. A partir de una propuesta llevada a cabo por la delegación de Japón, el tema de precios de transferencia y valoración en aduana pasó a formar parte del Item V de la Agenda. En otras palabras, el tema dejó de ser una cuestión discutida entre sesiones, para convertirse en un tema permanente de la agenda del Comité.

En la 27ª Sesión, el Comité adoptó la siguiente manera de proceder: a) determinaría, como asunto primordial, como debería ser examinado el valor de transacción entre partes vinculadas, ii) comenzaría a trabajar en un nuevo caso de estudio, que podría incluir todas las consideraciones que podrían estar involucradas en un caso de valor de transacción entre partes vinculadas, a la luz de precios de transferencia.

La delegación de Estados Unidos se ofreció a preparar un nuevo borrador de estado de caso. En el caso sometido a consideración, el Servicio Aduanero evaluaba la aceptabilidad del valor de transacción sobre la base del segundo ejemplo del parágrafo 3 de la Nota Interpretativa al artículo 1.2 (a) (vgr. *“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 período 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”*). Como esto albergaba algunas dudas acerca de la aceptabilidad del precio, el Servicio Aduanero examinó el precio de transferencia aportado por el importador, que había sido preparado sobre la base del margen neto de transacción de las Directrices de la OCDE sobre Precios de Transferencia. De manera interesante, el caso preparado por los Estados Unidos indicaba que el lenguaje de la nota interpretativa al artículo 1.2 era lo suficientemente amplio como para poder aplicar las Directrices de

la OCDE sobre Precios de Transferencia para determinar si el precio está afectado por la vinculación. Esta idea fue introducida por el Dr. Juan Martín Jovanovich al Grupo y presentada durante la sesión n° 27 del Comité<sup>77</sup>.

En la sesión 31 del Comité adoptó el Comentario 23.1 denominado “*Significado de la expresión “circunstancias de la venta” según el artículo 1.2 a) en relación con la utilización de estudios sobre precios de transferencia*”<sup>78</sup>. El Comentario 23.1 es el primer instrumento oficial que construye un lazo entre los tributos aduaneros y el mundo de precios de transferencia. En el comentario 23.1, el tema se centra en si un estudio de precios de transferencia preparado con fines tributarios (de acuerdo a Directrices de la OCDE sobre Precios de Transferencia) y aportado por el importador, puede ser utilizado por el Servicio Aduanero como base para analizar las circunstancias que rodean a la venta.

La idea que subyace es que las Directrices de la OCDE sobre Precios de Transferencia pueden ser aplicadas para interpretar o complementar lo dispuesto en el artículo 1.2 (a) del Acuerdo (i.e. “circunstancias del test de la venta”) siempre que el análisis se realice bajo ciertas condiciones de modo tal que arroje información pertinente para efectos aduaneros.

El Comité reconoció que el estudio de precios de transferencia puede ser una buena fuente de información si contiene información relevante sobre las circunstancias que rodean a la venta. Lo destacable, a nuestro entender, del comentario 23.1 es que constituye el primer puente entre dos mundos. En efecto, el comentario dice “...*la utilización de un estudio sobre precios de transferencia como una base posible para examinar las circunstancias de la*

---

<sup>77</sup> Ver Anexo III al documento del Comité VT0647E1a y Anexo I al documento del Comité VO0675Ea. La propuesta de que el lenguaje de la Nota Interpretativa al artículo 1.2 es suficientemente amplia para permitir el uso de los lineamientos de la OCDE para determinar si el valor de transacción está influenciado por la vinculación fue originalmente presentada en el libro “*Customs Valuation and Transfer Pricing. Is it Possible to Harmonize Customs and Tax Rules?*”, *supra* nota 6, p. 16.

<sup>78</sup> WCO, *supra* nota 1, p. 57.

*venta se debe considerar caso por caso.*”. Lo destacable del comentario es la expresión “*debe*”. Ello significa que si el importador le aporta al Servicio Aduanero un informe de precios de transferencia preparado con fines fiscales, el Servicio Aduanero debería considerar el informe de precios de transferencia, y, si la información es relevante, debería utilizarlo como base para examinar las circunstancias de la venta.

En los trabajos que precedieron al Comentario 23.1 del Comité de Valoración y que continuaron luego de su aprobación, incluían un estudio de caso presentado por Estados Unidos donde el Servicio Aduanero utilizaba la información de un estudio de precios de transferencia aportado por el importador para demostrar que la vinculación no había influido en el precio. El estudio de precios de transferencia referido en dicho estudio de caso examinaba las transacciones a través del método del margen neto de la transacción.

Este borrador de estudio de caso ya está muy avanzado en su discusión en el seno del Comité y ha merecido comentarios de parte de un gran número de países. Si bien no es un instrumento que haya sido aún adoptado por el Comité, dado su significativo grado de avance y el interés que ha suscitado en casi todos los miembros, creemos que es un antecedente muy importante que debería ser tenido en cuenta por los Servicios Aduaneros.

El estudio de caso viene siendo discutido desde la 26ª Sesión del Comité y ese Servicio Aduanero puede encontrar su última versión en el Documento VT0890E1a (VT/36/Apr.2013) del Comité de fecha 25/03/13. En el borrador de estudio de caso presentado por Estados Unidos puso el foco en el margen de utilidad neta operativa obtenido por el revendedor.

Por último, la Organización Mundial del Comercio publicó<sup>79</sup> recientemente un libro donde se receptan varios principios de las Directrices

---

<sup>79</sup> WCO, *supra* nota 1.

de la OCDE, con la finalidad de interpretar y aplicar el Acuerdo de Valor de la OMC.

## **VII. El análisis de comparabilidad como fundamento del principio**

### ***arm's length***

La aplicación del principio *arm's length* presupone la utilización de un análisis de comparabilidad entre la transacción efectuada entre partes vinculadas, y aquellas realizadas entre partes independientes, es decir, con libertad de concurrencia<sup>80</sup>. Para ello es necesario que las características económicas de la transacción sean suficientemente comparables<sup>81</sup>, o que de alguna manera, las diferencias que pudieren llegar a existir no afecten las condiciones de la transacción sujetas a comparación<sup>82</sup>.

Ello, es razonable por cuanto partes independientes cuando evalúan los factores de una transacción potencialmente sujeta a concertarse, la comparan con otras alternativas (otras transacciones) a los fines de elegir la más atractiva<sup>83</sup>. Las directrices de la OCDE dan el ejemplo de una empresa que no estaría dispuesta a vender su producto a un comprador a un precio dado, si sabe que hay otro comprador que pagaría un precio mayor por el mismo producto ante similares condiciones (misma calidad, cantidad, etc.)<sup>84</sup>.

El artículo 1.2 del Acuerdo de Valor de la OMC no hace ninguna referencia a un análisis de comparabilidad aunque esta idea es inherente a ese artículo<sup>85</sup>, pues la única posibilidad de examinar si la vinculación influyó en un precio arribado en el marco de una transacción efectuada entre partes vinculadas, es compararla con transacciones efectuadas entre partes independientes, en análogas circunstancias. Lógicamente, el resultado sería

---

<sup>80</sup> OCDE, *supra* nota 2., párr. 1.33.

<sup>81</sup> *Idem.*

<sup>82</sup> *Idem.*

<sup>83</sup> *Idem*, párr. 1.34.

<sup>84</sup> *Idem.*

<sup>85</sup> Juan M., Jovanovich, *supra* nota 6, pp.12-14.



útil si las características económicamente relevantes de la situación comparada son suficientemente comparables.<sup>86</sup>

La OCDE indica 5 factores importantes para determinar el grado de comparabilidad de una transacción, a saber: (i) características de la propiedad o de los servicios; (ii) las funciones realizadas por las partes (teniendo en cuenta los activos y riesgos asumidos); (iii) los términos contractuales; (iv) circunstancias económicas; y (v) estrategias de negocios.<sup>87</sup>

(i) Características de la propiedad o de los servicios

En condiciones de mercado las diferentes características de los bienes determinan en muchos casos que existan diferencias en los precios. Por ello, resulta relevante tener en cuenta este factor a la hora de realizar un análisis de comparabilidad, siendo importante tener en cuenta las características físicas de la mercadería, su calidad y fiabilidad, disponibilidad, volumen de suministro, etc.<sup>88</sup>

(ii) Las funciones realizadas por las partes (teniendo en cuenta los activos y riesgos asumidos)

De acuerdo a los lineamientos de la OCDE, en las transacciones efectuadas entre partes independientes la compensación normalmente reflejará las funciones efectuadas por las partes -teniendo en cuenta los activos y riesgos asumidos-. Este análisis -funcional- busca identificar y comparar las actividades económicamente significativas, responsabilidades asumidas, activos utilizados y riesgos asumidos por las partes. Para este propósito, puede ser útil intentar comprender la estructura y organización del grupo económico, y su influencia por contexto en donde opera. También

---

<sup>86</sup> Juan M., Jovanovich, *supra* nota 6, p.19.

<sup>87</sup> OCDE, *supra* nota 2., párr. 1.36.

<sup>88</sup> *Idem*, párr. 1.39.

será relevante determinar los derechos y obligaciones de los contribuyentes en el cumplimiento de las funciones.<sup>89</sup>

(iii) Los términos contractuales

Los términos contractuales generalmente definen como será distribuida la responsabilidad, los riesgos y los beneficios entre las partes. Cuando no existe contrato escrito, la relación entre las partes será deducida a través de su conducta y/o de principios económicos que generalmente las gobiernan.<sup>90</sup>

(iv) Circunstancias económicas

En el análisis de las circunstancias económicas resulta relevante el análisis del contexto y del mercado, pues un mismo producto comercializado en mercados diferentes probablemente tenga valores diferentes. Sin ir más lejos, la existencia de bienes sustitutos en un mercado, mientras que en el otro no, ya es un factor importante que impide el análisis de comparabilidad. Asimismo, la ubicación geográfica, el tamaño de mercado -cantidad de consumidores-, la competencia, regulaciones del mercado por parte del estado, costos, etc., son otros de los factores que pueden llegar a modificar notablemente el grado de comparabilidad de las transacciones.<sup>91</sup>

(v) Estrategias de negocios

La estrategia de negocios es otro factor importante a tenerse en cuenta. Entre estas tenemos la innovación y nuevo desarrollo de productos, toma de decisiones comerciales que incluyen aversión al riesgo, cambios políticos, etc. También, podemos incluir las penetraciones de mercado respecto de una marca y/o producto cuya determinación de precio puede llegar a ser, por estrictas razones comerciales, más baja que otros productos similares. Todos

---

<sup>89</sup> *Idem*, párr. 1.42.

<sup>90</sup> *Idem*, párr. 1.52.

<sup>91</sup> *Idem*, párr. 1.55.

estos, son algunos de los factores que deben ponderarse a la hora de efectuar un análisis de comparabilidad.



### *Capítulo III*

#### **LA APLICACIÓN DEL MÉTODO DEL VALOR DE TRANSACCIÓN A MERCANCÍAS IMPORTADAS EN ESQUEMAS DE “TRIANGULACIÓN”**

#### **VIII. Introducción**

El Acuerdo de Valor de la OMC establece 6 métodos de valoración<sup>92</sup> para la determinación del valor en aduana de las mercancías. El principio *arm's length* a que hicimos referencia en el anterior capítulo, únicamente tiene su ámbito de aplicación junto con el primer método de valoración del Acuerdo, particularmente con el artículo 1.2.a. De tal manera, el análisis que propone el presente trabajo, comienza y termina con el primer método de valoración.

Vale destacar, que en la Introducción General del Acuerdo se establece que el “valor de transacción”, tal como se define en el artículo 1, es la primera base para la determinación del valor en aduana, y se reconoce que esta debe ser en la mayor medida posible la base de valoración en aduana de las mercaderías<sup>93</sup>. Además, la Nota general interpretativa del Acuerdo establece que este método es el primero que debe aplicarse, y solo a falta de aplicación de este seguirá la aplicación de los restantes métodos en orden sucesivo<sup>94</sup>.

Los métodos cuarto y quinto pueden ser invertidos en el orden de aplicación, siempre y cuando lo solicite el importador y lo acepte la administración aduanera<sup>95</sup>. En este último caso, cuando se haya agotado la

---

<sup>92</sup> El Primer método es el “Valor de transacción de las mercancías importadas”. El Segundo método es el “Valor de transacción de mercancías idénticas”. El tercero es el “Valor de transacción de mercancías similares”. El Cuarto método es el “Método del valor deductivo”. El Quinto método es el “Método del valor reconstruido”. Y por último, el Sexto método es el “Método del último recurso”. El orden de aplicación de los métodos cuarto y quinto indicados puede ser invertido, si lo solicita el importador y lo acepta la administración aduanera

<sup>93</sup> Acuerdo de Valor de la OMC, Introducción General.

<sup>94</sup> Nota general interpretativa del Acuerdo de Valor de la OMC.

<sup>95</sup> *Idem.*

aplicación del método del valor reconstruido (quinto método) corresponderá aplicar el método del valor deductivo (cuarto método). Si luego de que la aduana haya aceptado la inversión, no es posible determinar el valor en aduana a través del método reconstruido o del método del valor deductivo, se acudirá entonces al método del último recurso (sexto método).

### **IX. El primer método: El valor de transacción de las mercancías importadas**

Como ya mencionamos, “valor de transacción” tal como se define en el artículo 1, es la primera base para la determinación del valor en aduana, y su aplicación es prioritaria. Esto quiere decir que las administraciones aduaneras deben ser extremadamente cautas antes de rechazar el valor de transacción como base de valoración, y deben previamente agotar todas las instancias previstas en el Acuerdo para llegar a dicha solución. Por otra parte, para la aplicación del método del “valor de transacción” se debe tener en cuenta no solo las disposiciones del artículo 1, sino también las del artículo 8 del acuerdo de valoración de la OMC, así como también sus notas interpretativas.

Así, el valor de transacción se define como

“... el precio realmente pagado o por pagar por las mercancías cuando estas se venden para su exportación al país de importación”, ajustado de conformidad con las adiciones previstas en el artículo 8, bajo ciertas condiciones<sup>96</sup>.

#### *10. La “venta” como primer requisito*

La letra del Acuerdo es clara al decir que el método del valor de transacción solo podrá aplicarse si la importación se realiza como resultado de una venta, pues si no existe venta, habrá que recurrir automáticamente a los métodos siguientes, de manera sucesiva y en el orden establecido en los artículos 2 a 7 del Acuerdo.

---

<sup>96</sup> Artículo 1, primer párrafo, Acuerdo de Valor de la OMC, Introducción General.

En propio artículo 1 del Acuerdo establece una serie de circunstancias que deben ser cumplidas para que el método del valor de transacción pueda ser aplicado y aceptado por la administración aduanera. Estos, se encuentran establecidos en el artículo 1, numeral 1, incisos a), b), c) y d) del Acuerdo de Valoración de la OMC.

Ciertamente, es fácil advertir que el Acuerdo condiciona la aplicación de este método a aquellos casos en donde exista una venta real y genuina producto de una negociación internacional efectiva. Como producto de ello, debe acordarse un precio real que implique la existencia de un pago. A su vez, esta misma venta tiene que producir la importación de la mercancía objeto de valoración<sup>97</sup>.

El Comité Técnico de Valoración en Aduana expresó la noción de “venta” en la Opinión Consultiva 1.1.<sup>98</sup>, indicando además que debe propenderse a lograr una uniformidad de interpretación y aplicación de la noción “venta” en el sentido más amplio posible.

Asimismo, resultará fundamental respaldar dicha operación con documentación, no solo respecto del precio realmente pagado o por pagar - directa o indirectamente- al vendedor de la mercancía importada, sino también de las mercancías importadas (por ejemplo, contratos, facturas comerciales, información contable de la empresa legalmente confeccionada).

### *11. La exportación al país de importación*

Como ya mencionamos, el artículo 1 del Acuerdo establece que la venta debe hacerse para la exportación al país de importación<sup>99</sup>. Es decir, debe existir una venta con el fin de introducir mercancías en el país de

---

<sup>97</sup> S. Sherman, y H. Glanshoff, *supra* nota 17, pp. 71-73.

<sup>98</sup> Opinión Consultiva 1.1 del CTVA.

<sup>99</sup> El Acuerdo de Valoración de la OMC define la expresión “país de importación” en el artículo 15 b).

importación sin que importe el país de origen, pues como señala Sherman y Glanshoff<sup>100</sup>, el Acuerdo no habla de “país de exportación”. Además, en nuestra opinión, dicha interpretación es la correcta por cuanto el Acuerdo no se encarga de definir esta última expresión, cosa que si hace con la expresión “país de importación” en el artículo 151.b).

Entonces, dicho de otro modo, lo fundamental para aplicar este método es que haya una transferencia internacional efectiva de la propiedad de las mercancías, con miras a introducirse en el país de importación.

Ahora bien, en el caso de ventas sucesivas antes de la importación (como son el caso de las triangulaciones), e primer interrogante que surge es cuál venta habrá que tomar como valor de transacción.

Como ya adelantamos en el punto 4.1 de este trabajo, para el Comité Técnico de Valoración Aduanera (CTVA) es claro en cuanto a que el precio de la última venta debe prevalecer frente al precio de ventas anteriores, pues el Comentario 22.1<sup>101</sup> del CTVA expresa que:

“... es posible que un valor de transacción basado en la primera venta no refleje completamente lo esencial de la información que se desprende o forma parte de la serie comercial completa existente en el momento de la importación, tal como prevén la Introducción General y los artículos 1 a 8 del Acuerdo. Por el contrario, un valor de transacción basado en la última venta reflejará más completamente la esencia del conjunto total de la transacción en la forma prevista” (Párrafo 20).

Así, concluye:

“El Comité Técnico es del parecer de que la hipótesis subyacente del artículo 1 es que normalmente el comprador estará establecido en el país de importación y que el precio realmente

---

<sup>100</sup> S. Sherman, y H. Glanshoff, *supra* nota 17, p. 99.

<sup>101</sup> Del año 2007.



pagado o por pagar se basará en el precio que pague dicho comprador. En una situación que presenta una serie de ventas el Comité Técnico concluye que el precio realmente pagado o por pagar por las mercancías importadas cuando éstas se venden para su exportación al país de importación es el precio pagado en la última venta que se produce antes de la introducción de la mercancías en el país de importación, y no en la primera venta (o venta anterior). Esto es conforme con la hipótesis subyacente y con los objetivos y el texto general del Acuerdo” (Párrafo 27).

Sin embargo, no podemos dejar señalar que anteriormente el CTVA había emitido la Opinión Consultiva 14.1, en la cual había adoptado un criterio flexible al interpretar el significado de la expresión “... *se venden para su exportación al país de importación*”, afirmando que debe tomarse como base de valoración aquella *transacción que implique una transferencia internacional efectiva de mercancías*.

Como señala Zolezzi<sup>102</sup>, ambos documentos del CTVA coexisten<sup>103</sup> y propugnan soluciones distintas (aunque no antagónicas), pues la Opinión Consultiva 14.1 con elasticidad propone que se considere aquellas transacciones que impliquen una transferencia internacional efectiva de mercancías, por lo que podría ser la última venta o una venta anterior. Por su parte, el Comentario 22.1 como vimos se inclina por la última venta, todo cual indica que si bien existe una inclinación en el seno del CTVA por tomar a la última venta como base de valoración, nada pareciera impedir que, cuando las circunstancias lo indiquen, pueda tomarse a la venta anterior fundamentándose en la Opinión 14.1.

---

<sup>102</sup> Daniel, Zolezzi, *Valor en Aduana*, Buenos Aires, La Ley, 2007, p. 44.

<sup>103</sup> Ello por cuanto el CTVA al emitir el Comentario 22.1 no revisó la Opinión Consultiva 14.1, encontrándose ello entre sus facultades. Ver: Daniel, Zolezzi, *supra* nota 102, p. 45.

## 12. El precio realmente pagado o por pagar

El precio realmente pagado o por pagar es el precio de las mercancías importadas y constituye el pago total realizado por el comprador al vendedor, sea que el mismo haya sido hecho, o se vaya a hacer, de manera directa y/o de manera indirecta.

Los pagos indirectos pueden ser, por ejemplo, aquellos que el vendedor hace a un tercero en beneficio del vendedor, o los pagos que un tercero hace al vendedor en beneficio del comprador<sup>104</sup>. Estos pagos, en general, se hacen para satisfacer una obligación del vendedor como condición impuesta en la negociación.

La característica común es que tales pagos se hacen de manera separada del pago directo efectuado por las mercancías importadas. Estos pagos deben ser declarados, debidamente sustentados y documentados por el importador a las autoridades aduaneras<sup>105</sup>.

También, los pagos anticipados o los que puedan estar documentados en dos o más facturas comerciales, pueden formar parte del precio realmente pagado o por pagar, y en ese caso deberán ser declarados ante la aduana y computado dentro de la base de valoración. Para ello, siempre los pagos deben guardar relación con las mercancías importadas, de lo contrario no forman parte del valor en aduana.

El pago por el precio de las mercancías importadas no tiene que hacerse necesariamente en dinero<sup>106</sup>, puede revestir otras formas, como un crédito documentario, un instrumento negociable o cualquier título representativo del mismo, así como cualquier otra forma de contraprestación que implique la existencia de ese precio y de dicho pago. De esta manera, son válidos los

---

<sup>104</sup> S. Sherman, y H. Glanshoff, *supra* nota 17, p. 74.

<sup>105</sup> *Idem*.

<sup>106</sup> S. Sherman, y H. Glanshoff, *supra* nota 17, p. 73.

giros, las transferencias de acciones, de obligaciones, o, en algunos casos, de algún documento negociable.

### 12.1. Aceptabilidad del valor de transacción como método de valoración

Para aceptar el valor de transacción como base de valoración de las mercancías, deben darse una serie de circunstancias, y además ajustarse conforme al artículo 8 del Acuerdo de Valor del GATT. No es objetivo del presente trabajo hacer un desarrollo extenso de todas y cada una de estas circunstancias, ni de los ajustes a efectuarse al valor de transacción, de acuerdo al artículo 8 del Acuerdo; únicamente nos centraremos en el análisis del artículo 1.2 del Acuerdo.

Así, **resultará necesario para aplicar el primer método de valoración** en aquellos casos en que exista vinculación entre las partes -en los términos del artículo 15, 4) del Acuerdo-, **que el precio no haya sido influido por la vinculación**, ya que ante ese supuesto, la mercancía importada no se podrá valorar conforme al método del valor de transacción, sino que entonces deberá valorarse recurriendo a los métodos restantes y de acuerdo al orden establecido por el propio Acuerdo.

### 13. *Vinculación*

Como ya mencionamos, los esquemas de triangulación que analizamos revisten como característica la existencia de vinculación entre comprador y vendedor, de conformidad con lo definido en el artículo 15, párrafo 4 del Acuerdo sobre valoración de la OMC. Dicha circunstancia, como vimos, no constituye por sí mismo un motivo suficiente para considerar inaceptable el valor de transacción (primer método de valoración), pues si éste no ha sido influido por la vinculación entre las partes, entonces resultará válidamente aplicable.

El supuesto “vinculación” está contemplado en el propio Acuerdo de Valor de la OMC. El artículo 15.4.b) del Acuerdo, se refiere a un caso de vinculación bajo el concepto “asociación en negocios”. Al respecto la Opinión Consultiva 21.1 del Comité Técnico de Valoración en Aduana, recoge la definición de socio como “una persona que se asocia con otra u otras en el mismo negocio, compartiendo con ellas sus beneficios y riesgos. Ciertamente, en estos casos habrá sociedad cuando se den las condiciones establecidas en la legislación nacional para la constitución de sociedades.

Otro caso de vinculación relevante para nuestro análisis lo encontramos en el artículo 15, párrafo 4 e) del Acuerdo sobre valoración de la OMC, el cual se refiere al control que puede ejercer una sociedad sobre otra. La nota interpretativa de este artículo establece que debe entenderse que una empresa controla a otra, cuando la primera se halla de hecho o de derecho en situación de imponer limitaciones o impartir directivas a la segunda, es decir, ejercer de cualquier modo capacidad determinante en las decisiones o gestión de la segunda.

Cuando se trate de establecimientos permanentes y/o sucursales, se plantea la cuestión de si éstas son o no reconocidas como personas jurídicas independientes. A tal efecto, resulta fundamental la legislación de cada estado. Sin embargo, la ausencia de reconocimiento de dichos entes como personas determina, al menos, dos cuestiones: (i) la inexistencia de vinculación, pues el artículo 15, párrafo 4) habla de “personas”, mientras que las sucursales forman parte de una misma persona; (ii) la inaplicabilidad del primer método de valoración, pues este requiere la existencia de una “venta”, cuyo principal requisito exige la voluntad de al menos dos partes.

No obstante ello, para simplificar el análisis en los capítulos que siguen, el presente trabajo se focalizará en los esquemas de triangulación efectuados por tres o más “personas jurídicas”.

## Capítulo IV

### EL EXAMEN DE LA INFLUENCIA DE LA VINCULACIÓN SOBRE EL PRECIO

#### X. Influencia de la vinculación

Como ya vimos, para aplicar el primer método de valoración en aquellos casos que exista vinculación entre las partes -en los términos del artículo 15, 4) del Acuerdo-, es necesario que el precio no haya sido influido por la vinculación. Lo que significa que, *mutatis mutandi*, se tendrá que aceptar dicho valor de transacción cuando la referida vinculación no haya influido en el precio.

Además, las administraciones aduaneras deben ser extremadamente cautas antes de rechazar el valor de transacción como base de valoración, pues como mencionamos anteriormente, el propio Preámbulo del Acuerdo reconoce que la base para la valoración en aduana de las mercaderías debe ser en la mayor medida posible su valor de transacción; por lo tanto, se deberán agotar todas las instancias previstas en el Acuerdo antes de rechazar la aplicación del primer método.

Como ha sido explicado en el punto 2, los esquemas de triangulación tienen particularidades propias ya que, como vimos, existe una etapa intermedia entre el origen y el destino de la mercancía en donde el fabricante, por un lado, y el importador, por el otro, mantienen una relación comercial con el mismo sujeto (el intermediario-triangulador)<sup>107</sup>.

De esta manera, vimos que se podían generar dudas respecto de **cuál transacción** debe declarar el importador de conformidad con el artículo 1

---

<sup>107</sup> En el punto 4 de este trabajo, vimos que existían diversas referencias en la legislación local e internacional sobre la intervención de un tercer operador en el comercio internacional.

del Acuerdo, o también, **si** el valor de transacción de algunas de éstas **sería aceptable** bajo el artículo 1 del Acuerdo.<sup>108</sup>

También, dijimos que existían fundamentalmente tres momentos a tenerse en cuenta: (i) cuando el comprador y el vendedor fijan el precio y deben asegurarse que éste sea *arm's length*; (ii) cuando el importador revisa sus precios antes de declararlo a la administración aduanera; (iii) cuando la Administración (tributaria y/o aduanera) fiscaliza esos precios.

Resumiremos estos puntos en **dos etapas** bien diferenciadas. En *primer lugar*, una etapa *ex ante* a la declaración (i) la necesidad de examinar por parte de la empresa multinacional las circunstancias derivadas de la vinculación que podrán influir en el precio pagado o por pagar<sup>109</sup>; En *segundo lugar*, una etapa *ex post* a la declaración (ii) el cauce procedimental que efectuará la administración aduanera para aceptar o rechazar el método del valor de transacción y, sobre todo, lo relativo a la carga de la prueba<sup>110</sup>.

#### 14. *Circunstancias a considerar para examinar si existe influencia de la vinculación sobre el precio*

En los esquemas de triangulación, las empresas multinacionales se enfrentan con el interrogante acerca de qué metodología utilizar para establecer o fijar un precio *intercompany* que sea *arm's length* a los fines aduaneros, pues recordemos que los lineamientos dados en el Acuerdo de Valor son demasiado amplios, y en muchos casos requiere de mayores precisiones a los fines de examinar si un precio ha sido influido por la vinculación. Veamos.

La Nota Interpretativa al artículo 1, párrafo 2 del Acuerdo, dice:

---

<sup>108</sup> Ver apartado XI (Opinión Consultiva 14.1 y Comentario 22.1, ambos del CTVA).

<sup>109</sup> CTVA, Comentario 14.1, *supra* nota 16.

<sup>110</sup> Artículo 1.2.a del Acuerdo de Valor de la OMC y su Nota Interpretativa.

“En el caso de que la Administración de Aduanas no pueda aceptar el valor de transacción sin recabar otros datos, deberá dar al importador la oportunidad de suministrar la información detallada adicional que pueda ser necesaria para que aquélla examine las circunstancias de la venta. A este respecto, 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.**” (El destacado nos pertenece).

De acuerdo a la Nota Interpretativa al artículo 1, párrafo 2 del Acuerdo<sup>111</sup>, las administraciones aduaneras al examinar las circunstancias de la venta deben analizar: (i) la manera en que el comprador y el vendedor tengan organizadas sus relaciones comerciales; y (ii) la manera en que se haya fijado el precio.

Entonces, una multinacional que distribuya y comercialice sus productos a través de esquemas donde existe vinculación, deberá poner especial cuidado en la *manera en que organiza sus relaciones comerciales*, y en la manera en que *fija el precio* de cada transacción. En nuestro ejemplo, será necesario examinar la estructura de la EP, teniendo en cuenta la distribución de sus activos, funciones y riesgos involucrados en la transacción, como también, el criterio de fijación de precios, de conformidad con los ejemplos dados por la Nota Interpretativa.

#### 14.1. La manera en que el comprador y el vendedor tengan organizadas sus relaciones comerciales

Toda organización comercial tiene fuerte incidencia en los precios de comercialización. En este sentido, si entre partes vinculadas observamos estructuras (analizando siempre los activos, funciones y riesgos de cada una de las partes) que distan de ser *arm's length*, seguramente ello arrojará una sombra de duda respecto de los precios pactados en el marco de éstas estructuras comerciales de triangulación.

---

<sup>111</sup> Punto 3 de la Nota Interpretativa al artículo 1.2 del Acuerdo de Valor de la OMC.

El Acuerdo y su Nota Interpretativa no desarrollan precisiones concretas y detalladas acerca de cómo debe estar organizado una relación comercial para que ésta sea compatible con sus principios. Por tal motivo, al analizar un esquema de triangulación nos enfrentamos con pocas herramientas al respecto. Por ello, en el capítulo siguiente de este trabajo proponemos la aplicación de los lineamientos desarrollados en el Capítulo IX de las Directrices de la OCDE sobre Precios de Transferencia, como guía de aplicación e interpretación de las disposiciones del artículo 1.2.a del acuerdo y de su Nota Interpretativa.

De esta manera, adelantamos, lo primero que deberá tenerse en cuenta en aquellos casos en donde existan estructuras de triangulación en el intercambio internacional de mercancías a lo largo y ancho del planeta (y siempre hablando de partes vinculadas), es si las transacciones que dan origen a cada una de las importaciones han sido efectuadas por partes, cuyos activos, funciones, y riesgos fueron distribuidos conforme al principio *arm's length*. En otras palabras, si las partes que participan de la transacción triangular, ejercen funciones, tienen activos y asumen riesgos, de la misma manera que lo harían partes independientes, en análogas circunstancias.

Sobre este punto, tratará el Capítulo V del presente trabajo, al cual nos remitimos.

#### 14.2. La manera en que se haya fijado el precio.

Aquí, la Nota Interpretativa<sup>112</sup> nos provee de tres ejemplos que resultan ilustrativos a los fines de examinar la *manera en que se ha fijado un precio*. Ello, nos permitirá desarrollar elementos y obtener bases para la elaboración

---

<sup>112</sup> *Idem.*



de una política de precios *intercompany*<sup>113</sup> compatible con los lineamientos del propio Acuerdo de Valor de la OMC.

Aquí, la Nota Interpretativa<sup>114</sup> resulta ser un poco más precisa que en el anterior punto y provee de tres ejemplos:

“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. Por **ejemplo**, 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 ha influido en el precio. **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 período 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.” (Lo resaltado nos pertenece).

Es decir que si el importador puede explicar que pese a estar vinculado, le compra al vendedor como si no existiera entre ellos vinculación alguna, quedaría justificado que la vinculación no influyó en el precio.

Luego, la Nota Interpretativa trata de precisar un poco dichos conceptos al dar tres ejemplos en donde el importador podría demostrar que la vinculación no ha influido en el precio, por ejemplo cuando: (i) el precio se ha ajustado de manera conforme con las prácticas normales de fijación de precios en la rama de industria de que se trate; (ii) el precio se ha ajustado de manera conforme con el modo en que el vendedor fija los precios de venta a compradores no vinculados a él; (iii) 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

---

<sup>113</sup> Desde el punto de vista de aquellas empresas multinacionales que operen a través de esquemas en donde exista triangulación.

<sup>114</sup> *Idem*.

tiempo representativo, en las ventas de mercancías de la misma especie o clase.

A este respecto, señalamos que:

(i) El Acuerdo no define el término "prácticas normales de fijación de precios", pero indudablemente para analizar ello se deberá tener en cuenta la naturaleza de las mercancías involucradas en la transacción, así como también el rol de las partes en la venta y cada una de sus funciones. Dicha información se encuentra disponible en estudios de precios de transferencia, con lo cual, dicha metodología debería poder servir de guía no solo al importador sino también a las administraciones aduaneras, quienes al menos deberían solicitarla y examinarla<sup>115</sup>.

(ii) Esta opción si bien es viable, su alcance de aplicación es más limitado, pues en muchas de las transacciones efectuadas entre partes vinculadas el importador resulta ser un distribuidor exclusivo en el país de importación, y por ello, probablemente no habrá transacciones efectuadas a partes independientes que puedan ser objeto de comparación. Sin embargo, si dichas ventas existieran, deberían ser utilizadas como punto de referencia para analizar las circunstancias de la venta<sup>116</sup>. Este ejemplo, será abordado por separado en el apartado XIV del presente trabajo, al cual nos remitimos.

(iii) Este ejemplo se centra en un examen de cómo el precio fue fijado teniendo en cuenta ciertos elementos del mismo<sup>117</sup>, tales como **los costos, los beneficios globales, ventas de mercancías de la misma especie o clase, etc.** Al igual que el anterior, este ejemplo será abordado por separado en el apartado XIV del presente trabajo, al cual nos remitimos.

---

<sup>115</sup> WCO, *supra* nota 1, p. 62.

<sup>116</sup> *Idem*.

<sup>117</sup> *Idem*, pp. 62-64.

### 15. El cauce procedimental y lo relativo a la carga de la prueba

De la misma manera que el importador necesita conocer *ex ante* si un precio estará afectado por la vinculación, luego de ello, la administración aduanera (*ex post* a la declaración por parte del importador) deberá seguir la metodología procedimental establecida en el artículo 1.2. del Acuerdo de Valor (y su Nota Interpretativa) para determinar si un precio ha sido influido por la vinculación.

Como vimos, la Nota Interpretativa del Acuerdo ordena a la administración aduanera examinar las circunstancias de la venta y aceptar el valor de transacción siempre que la vinculación no haya influido en el precio. La Nota Interpretativa al artículo 1 párrafo 2 del Acuerdo aclara que tal examen sólo es necesario cuando la administración aduanera tenga dudas en cuanto a la aceptabilidad del precio, pues aclara que el Acuerdo no exige en todos los casos que se haga un examen de las circunstancias de la venta.

Si la administración aduanera efectivamente tuviera dudas acerca de los efectos de la vinculación sobre el precio, entonces deberá comunicar al importador las razones por las que cree que la vinculación pudo haber influido en el precio<sup>118</sup>. Para ello, se le dará al importador un plazo razonable para que conteste y aporte las pruebas que demuestren que la vinculación no influyó en el precio, en su caso.

Esto está claramente explicado por el Comité Técnico de Valoración en Aduana en la respuesta a la Pregunta N° 5 del Comentario 14.1 del Compendio de Valoración en Aduana. El mencionado Comentario indica que, además, la Aduana deberá dar al importador oportunidad razonable

---

<sup>118</sup> Acuerdo de Valor de la OMC, artículo 1.2.a. y su Nota Interpretativa.

para contestar y derecho a que se le comuniquen por escrito las razones aducidas por las Aduanas.<sup>119</sup>

Reiteramos, la propia Nota Interpretativa establece que:

“... en el caso de que la Administración de Aduanas no pueda aceptar el valor de transacción sin recabar otros datos, deberá dar al importador la oportunidad de suministrar la información detallada adicional que pueda ser necesaria para que aquélla examine las circunstancias de la venta. A este respecto, 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”.

Aquí, comienza la etapa en que el importador podrá demostrar que la vinculación no ha influido en el precio. Para ello, podrá aportar pruebas tendientes a la aplicación de uno de estos dos procedimientos<sup>120</sup>:

a) Demostrar que la compraventa se realiza como si no existiera vinculación alguna entre las partes -artículo 1.2.a) del Acuerdo-. Para esto, se puede aportar cualquier información relevante (ver Capítulo V de este trabajo).

b) Demostrar que el precio declarado se aproxima mucho a alguno de los valores criterios establecidos en el artículo 1.2.b) del Acuerdo.

Una vez recibida toda la información aportada por el importador, si la administración aduanera aún tiene dudas razonables acerca de la veracidad, exactitud o integridad del valor declarado, podrá decidir, teniendo en cuenta las disposiciones del artículo 11 del Acuerdo sobre valoración de la OMC, que el valor en aduana de las mercancías importadas no se puede determinar

---

<sup>119</sup> En igual sentido el Código Aduanero Comunitario, artículo 29.2.a), y en Argentina, el procedimiento previsto en la Resolución General 2730/09, ANEXO III de la AFIP.

<sup>120</sup> Al decir de Zolezzi, los incisos a) y b) -artículo 1 párrafo 2, a) y b)- reglan dos procedimientos distintos para determinar la aceptabilidad del valor de transacción. Estos, no siempre han sido debidamente deslindados pese a que la Nota Interpretativa al artículo 1.2 lo advierte claramente. Daniel, Zolezzi, *supra* nota 102, p. 237.

en aplicación del método del valor de transacción, y que en consecuencia la valoración de las mercancías se debe realizar conforme a los métodos secundarios del Acuerdo.

Sin embargo, antes de adoptar una decisión definitiva, la administración aduanera comunicará al importador el acto administrativo, en el que indicará sus fundamentos y motivos que le permiten dudar de la veracidad o exactitud de los datos o documentos presentados, y le dará un plazo razonable para responder. Una vez adoptada la decisión definitiva, la administración aduanera la comunicará al importador indicando los motivos que la fundamentan. Siempre, para considerar si la vinculación ha influido en el precio, la administración aduanera debe tener en cuenta hechos comprobables, particularmente los lineamientos del párrafo 2 de la nota interpretativa al artículo 1º del acuerdo sobre valoración de la OMC.

Luego, si agotadas dichas instancias la base de valoración no pudiera determinarse de conformidad con el Artículo 1, la Introducción General del Acuerdo explica que deberán celebrarse consultas entre la administración aduanera y el importador con el objeto de establecer una base de valoración con arreglo a lo dispuesto en los artículos 2 o 3.

Estas consultas entre la administración aduanera y el importador no pueden omitirse dado que, tal como explica la propia Introducción, puede ocurrir que el importador posea información acerca del valor en aduana de mercancías idénticas o similares importadas y que la administración aduanera no disponga de manera directa de esa información en el lugar de importación. La Introducción agrega que:

“... la celebración de consultas entre las dos partes permitirá intercambiar la información, a reserva de las limitaciones impuestas por el secreto comercial, a fin de determinar una base apropiada de valoración en aduana.”

Si el valor en aduana no pudiera determinarse con arreglo a los Artículos 2 y 3, la Introducción indica que deberá acudirse a los métodos de los artículos 5 y 6. Aquí, nuevamente, la administración aduanera debe efectuar consultas con el importador para obtener la información necesaria para al menos intentar aplicar estos métodos.

Como puede verse, el sistema del Acuerdo está basado en la cooperación entre la administración aduanera y el importador, a través de conversaciones que permitan el intercambio de información. Tanto para determinar los efectos de la vinculación sobre el precio, como para aplicar los métodos secundarios, la existencia de conversaciones e intercambio de información entre la Aduana y el importador es esencial. Ello no es simplemente una práctica deseable, sino un requisito procedimental obligatorio establecido por el Acuerdo. Su inobservancia por parte de las administraciones aduaneras debe lugar a la nulidad de los actos administrativos así emitidos.

En este sentido, es importante considerar el Estudio de Caso 10.1 del Comité Técnico de Valoración en Aduana para determinar cuál es el procedimiento que debe seguir una Aduana al momento de emprender el examen de las circunstancias de la venta. El párrafo 3 del mencionado Estudio de Caso reza:

“Después de la importación, las Aduanas del país I deciden emprender un examen de las circunstancias de la venta de las mercancías por XCO a ICO, de conformidad con el Artículo 1.2 del Acuerdo, porque tienen dudas en cuanto a la aceptabilidad del precio. Por consiguiente, envían un cuestionario a ICO para recabar informaciones sobre la venta de productos que XCO realiza a otros compradores en el país I, y, si fuese necesario, obtener una justificación de las diferencias de precio, así como información sobre el costo de producción y los beneficios de XCO. A petición de ICO, las Aduanas han cursado, también, un cuestionario a XCO...”

En este párrafo del Estudio de Caso 10.1 puede verse la conducta debida por las Aduanas al momento de examinar las circunstancias de la venta bajo el Artículo 1.2 del Acuerdo. Obsérvese que, al emprender dicho examen, a

la administración aduanera envió un cuestionario al importador para recabar informaciones adicionales. Incluso, a pedido del importador, la administración aduanera también envió un cuestionario al vendedor del exterior.

15.1. El análisis de si la compraventa se realiza como si no existiera vinculación entre las partes: artículo 1.2.a) del Acuerdo.

Como ya vimos, de acuerdo a la Nota Interpretativa al artículo 1, párrafo 2 del Acuerdo, las administraciones aduaneras al examinar las circunstancias de la venta deben analizar: (i) la manera en que el comprador y el vendedor tengan organizadas sus relaciones comerciales; y (ii) la manera en que se haya fijado el precio. Asimismo, la nota interpretativa continúa diciendo que si el importador puede demostrar que, pese a estar vinculados, el comprador compra al vendedor y este vende a aquel como si no existiera entre ellos vinculación alguna, quedaría demostrado que la vinculación no influyó en el precio. Luego se mencionan tres situaciones que las administraciones aduaneras pueden considerar como una demostración de ello<sup>121</sup>.

Respecto a la cuestión procedimental, expertos en la materia son contestes en decir que:

“El orden en el que se desenvuelve el procedimiento previsto por el artículo 1.2 a) es el siguiente: En primer lugar, la aduana debe notificar al importador las razones por las que cree que su precio sufre la influencia de la vinculación, dándole una ‘oportunidad razonable para contestar’. La notificación, además de expresar las razones que tiene la aduana para creer que la vinculación ha influido en el precio, debe conferir al interesado un plazo razonable para que aporte argumentos y ofrezca pruebas de la aceptabilidad del valor declarado. El Acuerdo no ha fijado plazo, ni establece las consecuencias que produciría el silencio del

---

<sup>121</sup> (i) que el precio se ha ajustado de manera conforme con las prácticas normales de fijación de precios en la rama de industria de que se trate; (ii) que el precio se ha ajustado de manera conforme con el modo en que el vendedor fija los precios de venta a compradores no vinculados a él; (iii) 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, en las ventas de mercancías de la misma especie o clase.

importador luego de ser debidamente notificado. Deberá estarse, pues, a lo que disponga la ley nacional de cada parte contratante.”<sup>122</sup>

Entonces, el rechazo de ese valor de transacción debe darse mediante acto administrativo debidamente fundado, y el hecho de que el importador no pueda demostrar la aceptabilidad de su valor, no releva a la aduana de su obligación de fundar los motivos por los que lo declara inaceptable.<sup>123</sup> Este requisito elemental de fundar los actos de la Administración, jamás fue pasado por alto por parte de nuestros Tribunales de justicia. Así, la Sala III de la CN A CAF, *in re “Argaman S.A (TFN 20930-A) c/DGA”* -sentencia del 2/02/2011-, sostuvo que:

*“... la aduana... debe formular las observaciones al valor de transacción de manera fundada y motivada.”*

Más aún y dado el carácter del procedimiento bajo análisis –estudio de valor-, se establece como principio que la Aduana debe producir prueba eficiente respecto de la necesidad de un ajuste al valor declarado, y que ninguna carga pesa sobre el particular. Precisamente la Sala II de la CNACAF, *in re “Applica Americas Inc. Suc. Arg. (TFN 22145-A) c/DGA”* -sentencia del 11/11/2010-, sostuvo esto al decir que:

*“... cuando el área de valoración determina que el valor de la mercadería en cuestión no se ajusta al art. 1 del Acuerdo relativo a la aplicación del art. VII del GATT, debe dejar constancia indicando el o los motivos por los cuales se desestimó la aplicación de un método de valoración adoptado, requisito que no ha cumplido, por todo lo cual resulta claro que el servicio aduanero omitió satisfacer los recaudos esenciales que justificasen el rechazo del valor de transacción mediante el aporte preciso y específico de los datos, elementos y razones para la adopción de tal temperamento, lo cual impide que en el caso aquí ventilado se hubiese operado –en forma válida y eficaz- la traslación al importador de la carga de demostrar la verosimilitud de los valores declarados (confr. esta Sala, fallo del 28/10/10 “Distribución S.R.L. (TFN 22146) c/DGA”, Sala V, fallo del 16/02/10 “Applica Americas Inc. Suc. Arg. (TFN 21374-A) c/DGA”). En este sentido debe señalarse que en el procedimiento de ajuste de valor, quién afirma el hecho que origina el conflicto es el servicio aduanero,*

<sup>122</sup> Daniel, Zolezzi, *supra* nota 102, pp. 238-239.

<sup>123</sup> *Idem*, p. 240.



por lo tanto es quién deberá probar la veracidad de su cuestionamiento y, de lograrlo se transferirá al importador –en este caso- la carga de demostrar la legitimidad de su declaración. Así, hasta tanto la Aduana no produzca la prueba eficiente respecto de la necesidad de un ajuste del valor declarado, ninguna carga pesa sobre el particular (en este sentido Sala IV in re: “Macnet S.A. (TFN 14723-A) c/DGA” del 13/09/05).”

Con lo cual, el procedimiento contemplado en el artículo 1.2 a. del Acuerdo deviene ineludible y de trascendental acatamiento ante la necesidad de iniciar un estudio serio de valor por operaciones triangulares perfeccionadas entre compañías vinculadas. Dicho estudio debe cumplir al menos con ciertos pasos:

- El pedido de información tiene que incluir un pedido de explicación de la fijación de los precios. Cosa que no ocurrió.
- La Aduana debe dar oportunidad razonable de suministrar información que la vinculación no ha influido en el precio. Tampoco ocurrió.

Además, respecto del deber de demostrar la admisibilidad de los precios, Lascano nos recuerda un importante fallo del Tribunal Fiscal, al decir:

“El Tribunal Fiscal de la Nación expresó, sobre esta cuestión, que si el importador no rinde esta demostración, que liquidaría la cuestión, queda de todos modos pendiente la investigación para determinar la influencia de la vinculación, que surgirá del examen de las circunstancias de la venta. La influencia debe resultar de la referida investigación, y sus conclusiones deben darse sobre la base de elementos cuya prueba es a cargo de la Aduana. El Tribunal expresó que de ningún modo puede afirmarse la inversión de la carga de la prueba en estos casos, en el sentido de que si el importador no prueba que el precio pactado es muy aproximado a antecedentes comparables o que la vinculación no ha influido en el precio, la consecuencia será la desestimación de dicho precio. Por el contrario, la prueba que puede rendir el importador es un elemento ante el cual cede la investigación, pero en ausencia de dicha prueba, la efectiva influencia de la vinculación sobre el precio debe desprenderse razonablemente de elementos probatorios a cargo del Servicio Aduanero, entre los cuales pueden considerarse los mayores precios facturados a compradores no

vinculados para mercaderías comparables, o la cotización internacional de la mercadería importador<sup>124</sup>,<sup>125</sup>.

Por último, el Acuerdo de Valor no establece limitaciones para examinar las circunstancias de la venta, pues se puede utilizar cualquier información y documento pertinente facilitado por el importador. Un estudio sobre precios de transferencia podría constituir una de las fuentes de dicha información, en concordancia con lo previsto en el Comentario 23.1 del Comité técnico de valoración. Asimismo, el aporte de contratos y/o toda documentación contable y financiera correctamente llevadas pueden constituir aportes que, de acuerdo a las circunstancias del caso, resulten de vital importancia.

Como adelantamos, en el Capítulo siguiente desarrollaremos en profundidad la metodología de análisis propuesta del artículo 1.2.a) del Acuerdo.

#### 15.2. La prueba de que el precio declarado se aproxima mucho a alguno de los valores criterios establecidos en el artículo 1.2.b) del Acuerdo.

El artículo 1, apartado 2 b) del Acuerdo establece valores criterios, los cuales, constituyen una suerte de *safe harbor*, ya que demostrado alguno de ellos por el importador, la administración aduanera deberá aceptar el valor de transacción. Para ello, aquel deberá demostrar que el valor declarado con arreglo al artículo 1, primer párrafo, se aproxima mucho al: (i) valor de transacción de las ventas de mercancías idénticas o similares efectuadas a compradores no vinculados con el vendedor, para la exportación al mismo país importador; (ii) valor en aduana de mercancías idénticas o similares, determinado con arreglo a lo dispuesto en el artículo 5 - método del deductivo-; (iii) valor en aduana de mercancías idénticas o similares, determinado con arreglo a lo dispuesto en el artículo 6 -método del valor reconstruido-.

---

<sup>124</sup> TFN, Sala G, *Esso S.A.*, 6/10/93.

<sup>125</sup> Carlos J., Lascano, *El Valor en Aduana de las Mercaderías Importadas*, Buenos Aires, Osmar Buyatti, 2da edición, 2007, pp. 368-369.

El artículo 1, apartado 2 c) del Acuerdo establece que para aplicar alguno de estos criterios, deberá tenerse debidamente en cuenta las diferencias demostradas de nivel comercial y de cantidad, los elementos enumerados en el artículo 8 y los costos que soporte el vendedor en las ventas a compradores con los que no esté vinculado, y que no soporte en las ventas a compradores con los que tiene vinculación. También, resulta relevante que el valor a considerar sea lo más próximo posible al valor declarado por importador, puesto que es importante que las circunstancias que determinaron el valor criterio -las prácticas y condiciones de mercado- sean comparables a las del valor declarado por el importador.

Estos valores se utilizan en los casos de vinculación entre el comprador y su vendedor, a los fines de comparar precios para lograr la aceptación del valor de transacción por parte de la administración aduanera, pero de ninguna manera éste puede ser sustituido por el valor criterio.

Entonces, si el importador encuentra un valor criterio que le permita demostrar que su precio declarado se aproxima mucho, no será necesario que la administración aduanera examine la influencia de la vinculación sobre el precio.

#### **XI. El principio *arm's length* como concepto jurídico indeterminado: rumbo a la eliminación de la potestad discrecional en materia de valoración**

En estos casos, en que la determinación de la base imponible requiere un ejercicio de valoración con referencia a conceptos jurídicos indeterminados, tales como “valor de mercado”, “valor entre partes independientes” o, incluso, “valor de transacción”, el análisis exige la formulación de una apreciación técnica que corresponde a la administración aduanera. De esta

manera, puede surgir una violación de la seguridad jurídica puesto que se desconoce cuál es su apreciación<sup>126</sup>.

El uso de estos conceptos jurídicos indeterminados siempre provoca un cierto grado de incertidumbre, lo cual se evita exigiendo que esa facultad no se configure como una facultad libre de la administración sino más bien como una facultad reglada, pues los principios que inspiran el Acuerdo de Valor de la OMC tienden a la fijación de un valor neutro cuya finalidad es impedir prácticas obstaculizadoras del comercio internacional<sup>127</sup>.

Más problemática resulta la tarea de valorar conforme al artículo 1.2.a del Acuerdo en aquellos casos en donde existe triangulación. Por ello, frente a la incertidumbre de un concepto legal abstracto como “valor de transacción” o “valor entre partes independientes” para analizar casos de triangulación, propondremos acudir al Capítulo IX de las Directivas de la OCDE sobre Precios de Transferencia, como instrumento de interpretación del artículo 1.2.a del Acuerdo de la Valor de la OMC. Ello por cuanto, el Acuerdo es muy amplio, y sus disposiciones permiten desarrollar metodologías de análisis que permitan aplicar reglas más específicas, en tanto respeten los principios y el espíritu del Acuerdo<sup>128</sup>.

---

<sup>126</sup> J. Banacloche, "Necesidad de una ley única de valoraciones", La valoración fiscal y la seguridad del contribuyente, XXXV Semana de Estudios de Derecho Financiero, IEF, Madrid, 1990.

<sup>127</sup> Cesar, Garcia Novoa, *supra* nota 61, p. 153.

<sup>128</sup> Juan M., Jovanovich, *supra* nota 6., p. 16.

## Capítulo V

### EL EXÁMEN DE LA CIRCUNSTANCIA DE LA VENTA Y EL CAPITULO 9 DE LAS DIRECTRICES DE LA OCDE COMO GUÍA PARA APLICAR EL ARTÍCULO 1.2 a) DEL ACUERDO DE VALOR A ESQUEMAS DE TRIANGULACIÓN

#### XII. Introducción

En el Capítulo II vimos que el propio Acuerdo establece<sup>129</sup> que “*se aceptará el valor de transacción como valor en aduana siempre que la vinculación no haya influido en el precio*”. También, vimos en el apartado X que para ello se debe examinar: (i) la manera en que el comprador y el vendedor tengan organizadas sus relaciones comerciales<sup>130</sup>; y (ii) la manera en que se haya fijado el precio<sup>131</sup>. El principio rector contemplado es el estándar *arm's length*<sup>132</sup> (ver apartado V a VII), cuya aplicación presupone la utilización de un análisis de comparabilidad entre la transacción efectuada por partes vinculadas respecto de aquellas realizadas entre partes independientes, es decir, con libertad de concurrencia<sup>133</sup>.

Por su parte, en el apartado V hicimos un breve desarrollo de la aplicación de este principio en el marco del Acuerdo de Valor de la OMC, desde la perspectiva de las Directrices de la OCDE. Según esta metodología de la OCDE, para comparar transacciones es necesario que las características económicas de las mismas sean suficientemente

---

<sup>129</sup> Punto 2 de la Nota Interpretativa al artículo 1.2 del Acuerdo de Valor de la OMC.

<sup>130</sup> Punto 3 de la Nota Interpretativa al artículo 1.2 del Acuerdo de Valor de la OMC.

<sup>131</sup> *Idem*.

<sup>132</sup> El estándar *arm's length* contemplado en las Directrices de la OCDE sobre Precios de Transferencia, es compatible con el Acuerdo de Valor de la OMC: Juan M., Jovanovich, *supra* nota 6., p. 16.

<sup>133</sup> OCDE, *supra* nota 2, párr. 1.33.

comparables<sup>134</sup>, o que de alguna manera, las diferencias que pudieren llegar a existir no afectaren las condiciones sujetas a comparación<sup>135</sup>.

La primera comparación que debemos hacer es precios contra precios, pues si de la búsqueda de datos se obtienen precios pactados por partes independientes que resultan comparables con la transacción bajo examen por parte de la administración aduanera, entonces la cuestión resultará sencilla, pues como ya mencionamos el artículo 1, apartado 2 b) del Acuerdo establece valores criterios (*safe harbor*) que permitirán al importador lograr que su valor de transacción sea aceptado por la administración aduanera. El problema es que estos valores no siempre resultarán fáciles de encontrar.

De manera tal que, descartado lo anterior, la búsqueda de datos comparables como primera medida para analizar las circunstancias de la venta, deberá basarse en otros elementos (tales como, precios de reventa, márgenes de ganancias de operaciones similares, riesgos asumidos, etc.).

Así pues, la Nota Interpretativa del Acuerdo establece dos pautas a tener en cuenta: (i) la manera en que el comprador y el vendedor tengan organizadas sus relaciones comerciales; y (ii) la manera en que se haya fijado el precio.

La *primera*, hemos visto no da precisiones sobre los factores a tenerse en cuenta para analizarse la manera en que el comprador y el vendedor organicen sus relaciones comerciales, por lo cual ello será tratado en el apartado XIII. En dicho apartado, intentaremos desarrollar una metodología para el caso de las triangulaciones, que permita aplicar los principios sentados en el Acuerdo y en su Nota Interpretativa<sup>136</sup>, a través de la

---

<sup>134</sup> *Idem.*

<sup>135</sup> *Idem.*

<sup>136</sup> Juan M., Jovanovich, *supra* nota 6, p. 16.

propuesta de utilizar los lineamientos del Capítulo IX de las Directrices de la OCDE sobre Precios de Transferencia.

La *segunda*, hemos visto que el propio Acuerdo de Valor (particularmente su Nota Interpretativa<sup>137</sup>) provee algunos ejemplos sobre factores a tenerse en cuenta al momento de fijar un precio y/o examinar si el mismo ha sido influido por la vinculación entre las partes, lo cual será desarrollado en el apartado XIV del presente Capítulo. A tal efecto, intentaremos abordar algunos conceptos para interpretar los ejemplos dados en la Nota Interpretativa al artículo 1.2.a. del Acuerdo. Para ello, resultarán fundamentales los lineamientos dados por las Directrices de la OCDE sobre Precios de Transferencia respecto del “Método de Precio comparable” (*Comparable Uncontrolled Price Method* “CUP”<sup>138</sup>), el “Método del Precio de Reventa” (*Resale Price Method*<sup>139</sup>), y el “Método Costo Más Beneficio” (*Cost plus method*<sup>140</sup>).

Todo ello, teniendo presente que el Acuerdo de Valor es muy amplio y sus disposiciones permiten desarrollar metodologías de análisis que admitan aplicar reglas más específicas, en tanto respeten los principios y el espíritu del Acuerdo<sup>141</sup>.

Además recordemos, que el CTVA reconoció que el estudio de precios de transferencia puede ser una buena fuente de información si contiene información relevante sobre las circunstancias que rodean a la venta, pues el Comentario 23.1 dice “...*la utilización de un estudio sobre precios de transferencia como una base posible para examinar las circunstancias de la venta se debe considerar caso por caso.*”.

---

<sup>137</sup> Punto 3 de la Nota Interpretativa al artículo 1.2 del Acuerdo de Valor de la OMC.

<sup>138</sup> OCDE, *supra* nota 2, párrs. 2.13-2.20. También, puede verse la recepción y el desarrollo de esta metodología en la legislación Argentina en: AA.VV., *Manual de Precios de Transferencia en Argentina*, Cecilia Goldemberg, (directora), Buenos Aires, La Ley, 2007, pp. 231-237.

<sup>139</sup> OCDE, *supra* nota 2, párr. 2.21 y ss.

<sup>140</sup> OCDE, *supra* nota 2, párr. 2.40.

<sup>141</sup> Juan M., Jovanovich, *supra* nota 6, p. 16.

Ello significa que si el importador le aporta a la administración aduanera un informe de precios de transferencia preparado con fines fiscales, ésta debería considerar dicho informe, y, si la información es relevante, debería utilizarlo como base para examinar las circunstancias de la venta.

Por lo tanto, cabe tener presente dicha circunstancias ya que gran parte de las consideraciones que haremos a continuación a los de examinar las circunstancias de una venta en estructuras triangulares, requiere de información que normalmente se encuentra contenida en un informe sobre precios de transferencia.

### **XIII. La manera en que el comprador y el vendedor tengan organizadas sus relaciones comerciales.**

#### *16. El análisis del factor riesgo. El marco teórico planteado*

El marco teórico planteado en el Capítulo IX de las Directrices de la OCDE para los casos de reestructuración, es de suma utilidad para examinar **la manera en que el comprador y el vendedor tienen organizadas sus relaciones comerciales.**

Estas directrices se enfocan principalmente en la asignación, reasignación, o estructuración interna, de funciones, activos y riesgos dentro de una empresa multinacional, lo cual muchas veces genera esquemas de triangulación. Ello así, por cuanto estos esquemas debemos ubicarlos, fundamentalmente, **dentro del mundo de las transacciones efectuadas entre empresas vinculadas.**

Así, el origen de estas transacciones se debe en muchos casos a un fenómeno comercial dado en los últimos años, nacido del deseo de maximizar las sinergias y las economías de escala en una creciente necesidad de lograr el mejoramiento de la eficiencia en la cadena de suministro a nivel global. Así, la planificación y estructuración empresarial



constituye una herramienta clave para preservar la rentabilidad y/o limitar las pérdidas en una economía de recesión.<sup>142</sup>

Según la OCDE desde mediados de los años 90 se ha observado fenómenos de reestructuración comercial que han puesto foco en la centralización de activos intangibles y riesgos con potencialidad de generar mayores ganancias<sup>143</sup>. Por ejemplo, se ha podido advertir una tendencia a la limitación de los riesgos por parte de los distribuidores y/o comisionistas asociados, muchas veces con la variante de funcionar como “principal”. También, se ha observado un cambio en muchos fabricantes que han dejado de actuar como principal.<sup>144</sup>

El presente análisis se enfocará principalmente en analizar estructuras de triangulación (tomando como ejemplo el caso de estudio dado al comienzo), a partir de la asignación, reasignación, o estructuración interna, de funciones, activos y riesgos dentro de una empresa multinacional, puesto que todos estos factores tendrán fuerte incidencia en los precios pactados entre las partes, o dicho de otro modo, en el “valor de transacción” de los productos que se comercialicen entre las partes del grupo.

Así, el examen de la **manera en que el comprador y el vendedor organizan sus relaciones comerciales** en estructuras de triangulación, deberá partir del examen de una serie de elementos que permitan conocer los motivos que justifican una estructura de triangulación.

A este respecto, un elemento central de análisis sobre el cual girará presente capítulo será el examen de los riesgos asumidos por las partes de la transacción triangular bajo examen, y su comparación con la distribución de

---

<sup>142</sup> OCDE, *supra* nota 2, par. 9.1-9.4.

<sup>143</sup> *Idem*.

<sup>144</sup> O también, la transferencia de derechos de propiedad intelectual a una entidad central (por ejemplo, las llamadas “Compañía de IP”) dentro del grupo. Ello por cuanto, muchas reestructuraciones de negocios involucran también transferencias internacionales de bienes intangibles.

riesgos que habrían hecho partes independientes en análogas circunstancias. Ello así puesto que, como sabemos, la distribución de los riesgos tiene incidencia directa en los precios pactados.

La explicación es sencilla pues, en condiciones de mercado, el incremento de riesgo asumido por una de las partes suele ser compensado por un incremento en las expectativas de generar mayores ganancias por esa misma transacción<sup>145</sup>. Entonces, el examen de si la atribución de riesgos es *arm's length* o no será determinante.

Partiendo de ello, un primer análisis deberá indagar acerca de **cuándo** y **cómo** se estructuró la operación, pues nos permitirá conocer si la estructura triangular a examinarse fue así (i) desde el comienzo o (ii) fue producto de un proceso de reestructuración (ver el punto 17 del presente Capítulo).

Esta distinción, nos permitirán analizar con mayor detenimiento, por ejemplo, el factor “indemnización o remuneración”, pues en los procesos de reestructuración es frecuente que alguna parte asuma un nuevo riesgo, y otra como consecuencia de ello sea quién lo ceda.

De manera tal que si en condiciones de mercado el riesgo cedido debe ser indemnizado, o remunerado, tal comprobación (negativa o positiva) será valiosa a efectos de examinar la circunstancia de una venta efectuada en un esquema triangular producto de una reestructuración. Veamos el siguiente ejemplo:

Si la EDL comerció directamente con la EF durante 30 años y, de manera súbita, comienza la EDR a centralizar y organizar las compras dentro del grupo económico asumiendo las nuevas funciones y riesgos que describimos, cabe preguntarse si la EDR le quitó funciones a la EDL o la EF, porque en condiciones de mercado cambiar las condiciones contractuales de distribución puede determinar la obligación de indemnizar a una de las partes. Entonces,

---

<sup>145</sup> OCDE, *supra* nota 2, par. 1.45.

por ejemplo, podría la EDL o la EF tener derecho a recibir algún tipo de indemnización. Etc. (Ver punto 17).

Como consecuencia de ello, el examen de una estructura de triangulación, sea que haya comenzado desde su origen, o que haya sido producto de una reestructuración comercial, deberá partir del examen de sus contratos<sup>146</sup> y/o documentos.

Además, deberá analizarse si las conductas de las partes coinciden con las estipulaciones establecidas en los mismos, puesto que puede ocurrir (dado las particularidades que se presentan en los casos de vinculación comercial) que el contrato celebrado entre las partes refleje una asignación de riesgos *arm's length* que no se corresponde con sus conductas, es decir, con lo que efectivamente ocurre en la realidad.

Ello obliga a que dichos términos sean deducidos a partir del examen las conductas de las partes, como también de los principios económicos que gobiernan las relaciones comerciales en el mercado. Con lo cual, el examen de la circunstancia de la venta no empieza y termina en el análisis de los términos del contrato escrito, sino que también comprende el análisis de la adecuación o no de las partes a dichos términos<sup>147</sup>.

Daremos el siguiente *ejemplo* siguiendo el caso de estudio propuesto en este trabajo:

Supongamos que el riesgo asumido por la EDR (el intermediario) puede justificar un *markup* sobre el precio de venta (o reventa) al importador, a la vez que le dará veracidad a la (la última) venta para que pueda ser tomada como base de valoración<sup>148</sup>. Así, del examen del precio de

---

<sup>146</sup> Para ello, los derechos y obligaciones asumidas por las partes deben ser analizados en sentido amplio, es decir, no solo los acuerdos comerciales celebrados por escrito, sino también y a falta de ello, se podrá analizar comunicaciones, correspondencias, etc. OCDE, *supra* nota 2., párr. 9.11.

<sup>147</sup> OCDE, *supra* nota 2, párrs. 1.47-1.53.

<sup>148</sup> Pues recordemos que, como señala Zolezzi<sup>148</sup>, la Opinión Consultiva 14.1 con elasticidad propone que se considere aquellas transacciones que impliquen una

la primera venta (entre la EF y la EDR) y de la última (entre la EDR y la EDL) se puede calcular un porcentaje de refacturación (*markup*) por parte del triangulador (EDR), como también si hubo incremento en el valor.

El análisis de los términos contractuales (y la conducta de las partes) debe permitir evaluar si el *markup* es coherente con la asignación de riesgo efectuada por las partes, considerando las prácticas de mercado. Ello así, porque en condiciones *arm's length* el incremento del *markup* por parte de la EDR (el triangulador) se justifica, en general, con un incremento en los riesgos asumidos por el intermediario, tales como:

- (i) garantía del producto importado, es decir, soportar los gastos de garantía de los productos distribuidos;
- (ii) cambiario, por ejemplo, en caso de pactarse las compras en el exterior en dólares estadounidenses, por la variación de la cotización entre el dólar y la moneda local, o también, por asumir el riesgo derivado de la falta de pago de dichas compras ante la imposibilidad de acceder al mercado cambiario de compra y venta de dólares para girar divisas al exterior;
- (iii) riesgos de Inventario, por la obsolescencia de los bienes de cambio-;
- (iv) incobrabilidad, por el riesgo de crédito de las ventas locales;
- (v) mercado, sobre todo en países de inestabilidad económica en donde el costo de los productos puede verse influidos negativamente ante una devaluación de la moneda local-;
- (vi) el impacto de todos estos fenómenos en el precio de los productos, que puede derivar en una reducción de la demanda de dichos productos.

---

transferencia internacional efectiva de mercancías, por lo que podría ser la última venta o una venta anterior. Por su parte, el Comentario 22.1 como vimos se inclina por la última venta, todo cual indica que si bien existe una inclinación en el seno del CTVA por tomar a la última venta como base de valoración, nada pareciera impedir que, cuando las circunstancias lo indiquen, pueda tomarse a la venta anterior fundamentándose en la Opinión 14.1.

En el análisis de si la asignación y/o retribución de un riesgo entre las partes es *arm's length* o no, cobra relevancia el análisis de comparabilidad que habrá que efectuarse a tal efecto<sup>149</sup>.

Respecto de la asignación de riesgos dada por las partes en una estructura triangular, será importante determinar si la parte que los controla es, en definitiva, la parte que está en mejores condiciones de controlarlo, o si en verdad tiene capacidad financiera para asumirlo, pues en condiciones de mercado quién asume riesgos en general tiene patrimonio para enfrentarlo y personal para controlarlo<sup>150</sup>.

Sin dudas, el análisis de la distribución de riesgos en una estructura de triangulación resultará de fundamental importancia, y ello sin dudas se enmarca dentro del artículo 1.2.a) del Acuerdo de Valor de la OMC.

Frente a esquemas de triangulación dados (luego veremos aquellos productos de un proceso de reestructuración), deberá examinarse la circunstancia de la venta conforme a las siguientes preguntas:

- ¿Está documentada la operación bajo examen?
  - ▶ ¿La conducta de las partes coinciden con lo documentado?
- ¿La conducta de las partes coincide con la realidad económica de las operaciones examinadas?
- ¿La atribución de riesgos es *arm's length*?
- ¿Hay operaciones comparables? (internos o externos)
- ¿Quién está en mejores condiciones de controlar el riesgo?
- ¿La parte que lo asume tiene capacidad financiera para ello?

---

<sup>149</sup> Recordemos que, como mencionamos en el apartado IX, las Directrices de la OCDE sobre Precios de Transferencia, siguiendo la metodología del análisis funcional, **señala cinco factores** importantes para determinar el grado de comparabilidad de una transacción: tales como: (i) las características de la propiedad o de los servicios; (ii) las funciones realizadas por las partes (teniendo en cuenta los activos y riesgos asumidos); (iii) los términos contractuales; (iv) circunstancias económicas; y (v) estrategias de negocios.

<sup>150</sup> Veremos más adelante este punto, así como también lo que ocurre en el caso de que haya tercerización en el control de riesgos.

En otras palabras, el examen de las circunstancias de la venta en importaciones triangulares, debe comprender el examen de múltiples factores, a los fines de analizar si tuvo sentido desde el punto de vista económico la distribución de riesgos o funciones dadas. Sobre todo las de la EDR.

Los casos de triangulación requieren un examen complejo y sistemático, porque luego de que la operación es revisada, tanto el importador como la administración aduanera deben tener que poder dar respuesta a cada de las preguntas expuestas más arriba.

Las respuestas a dichas preguntas, requieren de información que normalmente se encuentra contenida en un estudio sobre precios de transferencia.

#### 16.1. Los términos contractuales de asignación de riesgos y la conducta de las partes

Como señalamos, el análisis de los contratos celebrados entre las partes, constituirá el punto de partida para el examen de las transacciones triangulares. Hemos visto que una de las características de este tipo de estructuras está dada por la vinculación existente entre las partes, lo cual significa que ante la falta de divergencia de intereses, podrá haber incentivos para que no hayan controles recíprocos sobre los términos contractuales.

Esto, claramente, no ocurrirá entre partes independientes donde la divergencia de intereses garantiza de alguna manera que haya reciprocidad en el control de los términos contractuales<sup>151</sup>.

El examen de los riesgos involucrados por cada una de las partes en una transacción dada, deberá partir: (i) del análisis del contrato que le da origen; (iii) dicha estructura de riesgo contractual deberá coincidir con la realidad

---

<sup>151</sup> OCDE, *supra* nota 2, párr. 9.13.

económica y con la conducta de las partes. Asimismo, ante la falta de contratos (ii) la asignación de riesgos podrá inferirse a raíz del examen de la conducta de las partes.

Por lo tanto, además del análisis de los contratos, deberá examinarse en todos los casos si la conducta de las partes se adecúan a los términos estipulados en aquellos, o por el contrario estos constituye una formalidad que no se corresponde con la real intención de las partes<sup>152</sup>, pues en definitiva, las conductas de las partes permitirán conocer la real intención de las partes en la transacción bajo examen.

*Ejemplo.* Supongamos que la EDR asume, en términos contractuales únicamente todos los riesgos vinculados a la desvalorización y obsolescencia de los bienes de cambio de la EDL. La EDR adiciona un *markup* a la mercancía que compra a la EF y luego revende a la EDL, en virtud de estos riesgos asumidos.

En principio, el análisis de **los términos contractuales** de la cadena de ventas celebradas entre la EF, EDR y EDL, será el primer factor indicativo de los riesgos asumidos por las partes, y luego, si las conductas de éstas se adecúan a dicho términos.

De esta manera, habrá que examinar y comparar si los riesgos contractuales asumidos por la EDR (vinculados a la desvalorización y obsolescencia de los bienes de cambio de EDL), y el margen de reventa adicionado a las mercancías revendidas, se corresponde con las prácticas de mercado para este tipo de riesgos. A partir de entonces, estaríamos en condiciones de afirmar si en términos contractuales el *markup* de la EDR sobre la venta a la EDL es *arm's length*<sup>153</sup>.

---

<sup>152</sup> *Idem.*

<sup>153</sup> Luego, habrá que ver cuánto ganan partes independientes en función de iguales o análogos riesgos asumidos, a los fines de ponderar si el *markup* es razonable.

Luego, quedará examinar si las conductas de las partes se adecuan o no a los términos contractuales de asignación de riesgos, pues como adelantamos, puede suceder que la EDR no sea la parte que efectivamente los soporta, sino otra parte, como por ejemplo la EP, la EF, etc.<sup>154</sup>, en cuyo caso el *markup* adicionado por la EDR no estaría justificado en base a esos riesgos que en la práctica nunca soportó.

Respecto de la cuestión probatoria relacionada con las conductas adoptadas por las partes, cualquier documentación puede constituir un indicio de que aquellas no coinciden con los términos contractuales de riesgos asumidos por éstas.

*Ejemplo.* Teniendo en cuenta el ejemplo dado párrafos más arriba (en relación a los riesgos de desvalorización y obsolescencia de los bienes de cambio asumidos por la EDR), se puede analizar el balance impositivo de la EDL y descubrir que esta parte realizó una previsión impositiva por desvalorización y obsolescencia de sus bienes de cambio, lo cual indicaría *a priori* un apartamiento de los términos contractuales acordado por las partes, pues recordemos que la EDR había asumido los riesgos vinculados a la desvalorización y obsolescencia de los bienes de cambio de la EDL.

Por lo tanto, si la administración aduanera detectare este tipo de situaciones (en donde incluso es deseable que le solicite colaboración al área impositiva), podría llegar determinar influencia de la vinculación sobre el precio por considerar que el valor de transacción declarado por la EDL ha sido influido por la vinculación con la EDR. El fundamento sería que el *markup* adicionado por la EDR no tendría soporte documental suficiente.

---

<sup>154</sup> Puede ocurrir que el riesgo de desvalorización y obsolescencia no sea efectivamente soportado por la EDL sino por otra entidad del grupo que no es la EDR. Esto se podría observar, por ejemplo, si se detectare de alguna manera que ante los casos de desvalorización y obsolescencia de los bienes de cambio de la EDL, la EDR recibe una indemnización por parte de otra entidad. Nuevamente, las conductas de las partes evidenciarían la real intención de las partes.



Aquí, estaremos ante un caso influencia de la vinculación en el precio “hacia arriba” o caso de sobrefacturación, frente a los cuales la administración aduanera tendrá incentivos para perseguirlos a través de la figura de declaración inexacta (artículo 954, inciso c. del C.Ad.), y no a través de un estudio de valor. Ello, por cuanto, la sobrefacturación implica una suba en la base imponible, y por consiguiente mayores derechos de importación. Esto será explicado en el siguiente capítulo.

Por otra parte, en la hipótesis de que los riesgos asumidos por el EDR sean reales, y que en lugar de haber un *markup* en el precio de reventa entre la EDR y la EDL existiera un descuento o una baja en el precio, probablemente la administración aduanera al detectar esta circunstancia, iniciará un estudio de valor, puesto que estaríamos ante un caso de subfacturación.

En este escenario, la administración aduanera tendría elementos para pensar que existió influencia de la vinculación sobre el precio, ello sin perjuicio de que el importador pueda efectuar algún tipo de defensa, conforme explicaremos en el apartado XIV.

Si la administración aduanera rechazare la aplicación del artículo 1 por considerar que el precio fue influido por la vinculación, entonces deberá rechazar el valor de transacción y aplicar los restantes métodos contemplados en el Acuerdo de Valor, siguiendo el orden de prelación previsto.

Sin embargo, también se ha observado que en lugar de ello procede a aplicar el artículo 1 primer párrafo<sup>155</sup> interpretándolo con elasticidad y de conformidad con la Opinión Consultiva 14.1. De esta manera, se toma como valor de transacción a la primera venta (entre la EF y la EDR), por entender

---

<sup>155</sup> “...el precio realmente pagado o por pagar por las mercancías cuando éstas se venden para su exportación al país de importación...”

que ésta es la que efectivamente implicó una transferencia internacional de la mercancía importada.

#### 16.2. La asignación de riesgos en condiciones *arm's length*

En este apartado, haremos referencia a la búsqueda de datos comparables como primera medida para analizar las circunstancias de la venta, pues se trata del factor más objetivo.

En primer lugar, un examen de los riesgos en condiciones *arm's length* deberá tener en cuenta la búsqueda y utilización de datos comparables. Si a partir de la utilización de datos se constata que la transacción bajo análisis posee una distribución de riesgos similar a aquellas efectuadas por partes independientes en circunstancias comparables, entonces la distribución contractual de los riesgos bajo examen deberá ser considerada *arm's length*.<sup>156</sup>

En dicha búsqueda de datos se pueden encontrar datos comparables internos o externos. Datos comparables internos, son aquellos que surgen a partir de la búsqueda de transacciones (análogas a la examinada) celebradas entre un de las partes vinculada con otra parte no vinculada<sup>157</sup>. Datos comparables externos, son aquellos que surgen a partir de la búsqueda de transacciones (análogas) celebradas entre partes independientes y que nada tienen que ver con la transacción controlada bajo examen.

Por ejemplo, supongamos que la EDR además de venderle mercancías a la EDL, le vende también (en comparable circunstancias) mercancías a un tercero independiente, pues entonces el precio sería un dato comparable interno. *Mutatis mutandi*, si la EDL además de comprarle mercancías a la

---

<sup>156</sup> OCDE, *supra* nota 2, párr. 9.18.

<sup>157</sup> De acuerdo a Jovanovich un análisis de la Nota al artículo 1.2 del Acuerdo evidencia que la idea de comparabilidad está claramente presente en esta provisión. Asimismo, en el ejemplo que da la Nota se muestra claramente la preferencia del Acuerdo en la utilización de comparables internos. La misma preferencia se observa en el párrafo 2.27 de la OCDE. Ver: Juan M., Jovanovich, *supra* nota 6, p.19.

EDR, le compra el mismo tipo de mercancías a un tercero independiente, tendríamos también datos comparables internos. Ahora bien, los datos comparables externos, surgen de información correspondiente a partes completamente independientes de aquellas cuya transacción es examinada, es decir, en el ejemplo, se trataría de partes que no son la EDR ni la EDL, sino más bien terceros.

Asimismo, como ya mencionamos, la búsqueda de comparables no debe realizarse en forma aislada del análisis de comparabilidad funcional de la transacción cuyo riesgo es asociado<sup>158</sup>. Finalmente, al momento de utilizar los datos recolectados deberán compararse con la transacción bajo examen a los fines de constatar si la misma es *arm's length*<sup>159</sup>.

Existe la posibilidad de que no haya o no se pueda recolectar datos comparables que permitan demostrar que la distribución de los riesgos en la transacción bajo análisis son *arm's length*.

Sin embargo, ello no significa *per se* que la distribución de riesgos escogida entre las partes no sea *arm's length*, pues todavía existirá a posibilidad de examinarse de alguna otra manera si tal distribución de riesgos es de aquellas que podría haber distribuido por partes independientes en análogas circunstancias.<sup>160</sup>

En este umbral el análisis pierde objetividad y se enmarca dentro de la aplicación de criterios y factores de análisis que no son determinantes, y deberán ser aplicados prudentemente según cada caso. Uno de los factores a ser analizados es (i) el examen de qué parte tiene relativamente mayor control sobre los riesgos; y el otro es (ii) la capacidad financiera de la parte para asumir tales riesgos.<sup>161</sup>

---

<sup>158</sup> *Idem.*

<sup>159</sup> *Idem.*

<sup>160</sup> OCDE, *supra* nota 2, párr. 9.19.

<sup>161</sup> OCDE, *supra* nota 2, párr. 9.20.

Dichos criterios permitirán examinar, en ausencia de datos comparable, si la asignación de riesgos dada por las partes en una estructura de triangulación, son consistentes con los precios pactados entre el importador (la EDL) y el vendedor (la EDR), pues a partir de dicho análisis de riesgos será posible analizar si los precios pactados son *arm's length*, y por el contrario han sido influidos por la vinculación.

En los dos apartados siguientes analizaremos aquellos elementos a tener en cuenta para analizar si una asignación de riesgos dada por las partes es *arm's length*.

#### *16.2.1. Asignación de riesgos y su control por una de las partes*

Todo control y asignación de riesgos tiene consecuencias en el mercado. Por lo tanto, en el mundo de las transacciones realizadas entre partes independientes vinculadas tendrá sentido que las partes asignen mayor riesgos sobre operaciones de las que tengan mayor control<sup>162</sup>.

*Ejemplo.* Supongamos que la EDR contrata a la EF para producir las mercancías que deberán luego distribuirse dentro del grupo de empresas asociadas. Supongamos también, que de acuerdo a los términos contractuales de distribución de las mercancías el nivel de producción y entrega de las mismas depende de la discrecionalidad de la EF. En tal caso, en condiciones *arm's length*, sería poco probable que la EDR esté de acuerdo en tomar el riesgo de inventario y stock en fábrica, ya que no ejerce control sobre el mismo -mientras que la EF sí-.

Por otro lado, como ya vimos, cuanto menos riesgo asuma la EDR menor *markup* podrá justificar sobre el precio de venta a la EDL, pues recordemos que el mayor riesgo deberá ser compensado con un incremento en la utilidad esperada.

---

<sup>162</sup> OCDE, *supra* nota 2, párr. 1.49.

Ahora bien, reviste fundamental importancia la precisión del **término “control”**, entendido éste como la capacidad de tomar decisiones que permitan asumir el riesgo de la parte de que se trate (ejemplo, poner el capital en riesgo), así como también la decisión acerca de cómo controlarlo (ejemplo, internamente o externamente).

Obviamente, la capacidad de decisión mencionada, comprende la facultad de los empleadores y/o directores de poder tomarlas.<sup>163</sup> Su fundamento radica únicamente en la experiencia, pues es común observar que en las transacciones *arm's length* se asigne mayor riesgo a quién tiene la capacidad de controlarlo.

Recordemos el ejemplo dado más arriba, en donde mencionamos que en condiciones *arm's length* sería poco probable que la EDR esté de acuerdo en tomar el riesgo de inventario, ya que no ejerce control sobre el mismo - mientras que la EF sí-.

Por otro lado, el simple control de riesgo tampoco significa por sí mismo su asunción como tal, puesto que es posible que la parte que asume el riesgo terciarize su control a un tercero para que se encarguen de su monitoreo diario.

No obstante ello, la parte que asume el riesgo tiene que ser capaz de evaluar los resultados de la supervisión y administración diaria ejercida por el proveedor de servicios, pues el nivel de control necesario y el tipo de evaluación del desempeño dependerá de la naturaleza del riesgo.<sup>164</sup>

*Ejemplo.* Supongamos que la EDR celebra un contrato con la EF para que fabrique productos cuya licencia tecnológica pertenece a la EP. Por otro lado, EP le autoriza a EF tal fabricación a través de otro contrato. El primer contrato (el de fabricación) garantiza a EF que EDR adquirirá el 100% de

---

<sup>163</sup> OCDE, *supra* nota 2, párr. 9.23.

<sup>164</sup> OCDE, *supra* nota 2, párr. 9.24.

los productos que EF fabrique de acuerdo a las especificaciones dadas por EDR respecto a un plan de producción que determine los volúmenes y plazos de entrega del producto.

A cambio de ello, la EF recibe una remuneración por la fabricación y entrega de esos productos, con independencia de si la EDR puede luego venderlos y/o colocarlos en el mercado.

Entonces, la fabricación diaria del producto es llevada a cabo por la EF, pero la EDR tiene a cargo una serie de decisiones a fin de controlar el riesgo de mercado y de inventario, tales como: (i) la decisión de seguir contratando (o rescindir el contrato) con EF; (ii) la decisión del tipo de productos que deben ser fabricados, incluyendo algunas especificaciones técnicas; y (iii) la decisión de los volúmenes que se fabricarán, como así también la fecha de entrega.

Asimismo, la EDR como cliente o la EP como licenciante, podrán evaluar el resultado de la fabricación, incluyendo el control de calidad del proceso de fabricación y de los productos manufacturados.

Por otro lado, la EF tendrá a cargo otros riesgos, tales como: (i) de fabricación; (ii) de perder la contratación; (iii) de sufrir una penalización en caso de negligencia; o (iv) el incumplimiento de calidad u otros requisitos exigidos por la licencia y/o el cliente (EDR). Sin embargo, estos riesgos son distintos a los riesgos de mercado y de inventario a cargo de la EDR.

Además, existirán riesgos sobre los que ninguna de las partes puede tener control significativo por estar más allá del alcance de cualquiera de las partes, por ejemplo, las condiciones económicas, monetarias, bursátiles, políticas, ambientales, patronales y/o tendencias sociales, competencia, disponibilidad de insumos materiales y mano de obra, etc.<sup>165</sup>

---

<sup>165</sup> OCDE, *supra* nota 2, párr. 9.28.

No obstante ello, las partes pueden tomar la decisión de exponerse o no a esos riesgos, como también una vez expuestos pueden tomar decisiones en torno a cómo mitigarlos. En cualquier caso, lo cierto es que la asignación y/o distribución de estos riesgos sobre los que ninguna de las partes tiene un control significativo, no constituyen un factor relevante para la determinación *arm's length*<sup>166</sup>. No obstante ello, los riesgos sobre los que ninguna de las partes puede tener control significativo, son riesgos que igualmente las partes acuerdan y distribuyen.

Otra cuestión importante que debemos tener en cuenta en el análisis de la circunstancia de la venta y de la incidencia de la distribución de los riesgos en el valor de transacción, es si el grupo de empresas multinacionales tiene alguna estrategia de cobertura de riesgos de negocios, tales como: contratos a plazo de venta, opciones, swaps, etc.

Muchas empresas miembros de una multinacional hacen uso de las coberturas, particularmente del sector financiero. De esta manera, una parte que tiene un mercado significativo de riesgo lo puede disminuir al cubrir su exposición, y entonces el costo de la cobertura pasaría a reemplazar (de alguna manera) al costo del riesgo.

Aquí será relevante determinar la parte que asume el costo de cobertura, puesto que puede ocurrir que el costo de tener el riesgo cubierto lo afronte otra empresa del grupo distinta de aquella que se encuentre asegurada por la cobertura, lo cual evidencia que en definitiva la parte que es cubierta por el riesgo, no es la misma que asume el costo de la cobertura.

Estas u otras estrategias de cobertura de riesgos deben tenerse en cuenta al momento de analizar si el precio pactado entre las partes de un mismo grupo es *arm's length*<sup>167</sup>

---

<sup>166</sup> *Idem.*

<sup>167</sup> *Idem.*

El factor “control” por sí solo no nos permite examinar si dicha asignación es *arm’s length* o no. Para ello, necesitaremos además de otro factor de análisis tal como “la capacidad financiera de asumir el riesgo”.

#### *16.2.2. La capacidad financiera de asumir el riesgo*

La capacidad financiera de asumir un riesgo al momento de su asignación, constituye otro factor relevante para el análisis *arm’s length* de asignación de riesgos en operaciones efectuadas entre partes vinculadas<sup>168</sup>.

Cuando se asignan riesgos a una de las partes en términos contractuales, y ésta (cesionario del riesgo) no tiene la capacidad financiera de asumirlos al momento de la celebración del contrato (sea porque no tiene la capacidad de soportar las consecuencias de los riesgos, o porque en ese caso, tampoco pone en marcha un mecanismo de cobertura), tal circunstancia puede suscitar dudas en cuanto al carácter *arm’s length* del riesgo asignado<sup>169</sup>.

En efecto, puede ocurrir que el riesgo sea efectivamente a cargo de la parte que lo transfirió, la sociedad matriz, los acreedores, u otra parte, dependiendo de los hechos y circunstancias del caso, independientemente de los términos contractuales supuestamente asignados al cesionario del riesgo<sup>170</sup>.

*Ejemplo.* Supongamos que la EDL tiene la responsabilidad de llevar y entregar los productos a sus clientes locales, y a tal fin, dentro del contrato de compraventa o en otro contrato, celebra un acuerdo con la EDR según la cual ésta le reembolsará a aquella todos los costos que pueda sufrir en relación con dicha responsabilidad para el caso que exista alguna reclamación.

---

<sup>168</sup> OCDE, *supra* nota 2, párr. 9.29.

<sup>169</sup> OCDE, *supra* nota 2, párr. 9.30.

<sup>170</sup> *Idem.*



En principio, por el contrato celebrado el riesgo se transferiría de la EDL a la EDR, y ésta tendría un factor que justificaría un incremento en el *markup* de su precio de reventa a la EDL.

Sin embargo, supongamos que al momento de la celebración del contrato la EDR no tiene la capacidad financiera para asumir dicho riesgo, es decir, se conoce de antemano que dicha entidad no tiene la capacidad para reembolsar a la EDL frente a una reclamación que pueda surgir de sus clientes, ni tampoco pone en marcha un mecanismo para cubrir este riesgo en caso de su materialización.

Como ya vimos, a propósito de las conductas de las partes, y dependiendo de los hechos y circunstancias del caso, puede suceder que, independientemente de la transferencia contractual de riesgo, en la práctica sea la EDL quién efectivamente soporte los costos de responsabilidad por los productos, resultando ser la transferencia del riesgo a la EDR una mera “fachada”. O también, puede ocurrir que quién efectivamente soporte el riesgo<sup>171</sup> sea la EP, u otra empresa del grupo, lo cual nuevamente evidencia que la transferencia del riesgo no es soportada por la EDR, sino por otra parte.

No obstante ello, nuevamente queremos destacar que la capacidad financiera de asumir el riesgo no necesariamente se identifica con la capacidad financiera de soportar todas las consecuencias de su efectiva materialización, pues como vemos el portador del riesgo puede protegerse de las eventuales consecuencias acaecidas. Por el contrario, un alto nivel de capitalización por sí mismo tampoco significa que la parte altamente capitalizada sea quién soporte el riesgo<sup>172</sup>.

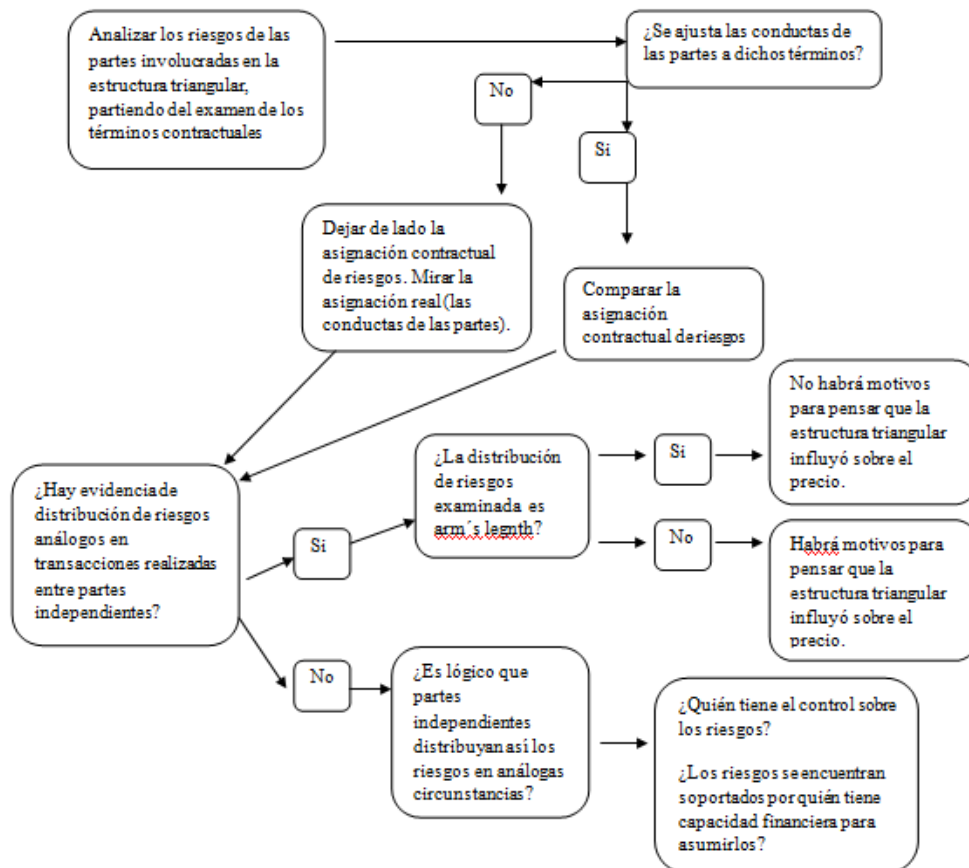
---

<sup>171</sup> Es decir, quién efectivamente cubra la reclamación por responsabilidad.

<sup>172</sup> OCDE, *supra* nota 2, párr. 9.32.

### 16.2.3. Ilustración

A continuación, ilustraremos la metodología de análisis de las circunstancias de la venta que hemos expuesto hasta aquí:



### 16.3. Consecuencias de la distribución de riesgos

En el mundo impositivo tiene sentido distinguir entre una distribución *arm's length* de riesgos y una distribución no *arm's length*, independientemente de que el precio sea *arm's length* o no, pues puede ocurrir que un precio no sea *arm's length* pero la distribución de riesgos entre las partes si lo sea, entonces se podrá corregir el precio (luego de un análisis de comparabilidad) a través de un ajuste impositivo. Por el contrario, si la distribución de riesgos no es *arm's length* no se podrá efectuar ajuste

impositivo alguno, y la administración tributaria solo podrá recalificar la operación<sup>173</sup>.

En cambio, en el mundo aduanero el Acuerdo de Valor no permite realizar otros ajustes que los contemplados en el artículo 8, con lo cual, siempre que haya influencia de la vinculación sobre el precio, se descartará la aplicación de ese precio como base de valoración.<sup>174</sup>

En el examen de estructuras de triangulación, será de suma utilidad analizar las consecuencias de distribución de riesgos efectuada por las partes, pues será un fuerte indicio para conocer si el precio pactado ha sido en condiciones *arm's length*, o por el contrario estuvo influido por la vinculación.

Cuando la asignación de riesgos entre partes relacionadas es *arm's length* ocurre que la parte a la que se le asigna el riesgo (i) asume de alguna manera los costos de gestión (sea internamente o mediante proveedores de servicios independientes) y/o los de mitigación del riesgo (ejemplo, asumiendo los costos de cobertura, o de seguro); asimismo (ii) soporta los costos que se derivan de la realización del riesgo (ejemplo, valuación de inventario) y/o reserva de provisiones; y como consecuencia (iii) suele ser compensado por un aumento en el rendimiento esperado.<sup>175</sup>

Frente a estas circunstancias, asumiendo que la EDR haya asumido dichos riesgos, y que la distribución sea *arm's length*, su incidencia sobre el precio pagado o por pagar deberá ser tenidas en cuenta, por un lado, por las compañías multinacionales al momento de fijar sus precios, y por el otro, por las administraciones aduaneras al momento de emprender un estudio

---

<sup>173</sup> OCDE, *supra* nota 2, párrs. 9.34-38.

<sup>174</sup> Eventualmente, podrá discutirse si tratándose de ventas sucesivas procede a aplicar igualmente el artículo 1 primer párrafo<sup>174</sup>, pero interpretándolo con elasticidad y de conformidad con la Opinión Consultiva 14.1, para así tomar como valor de transacción a la primera venta (entre la EF y la EDR), por entender que esta es la que efectivamente implicó una transferencia internacional de la mercancía importada.

<sup>175</sup> OCDE, *supra* nota 2, párr. 9.39.

infracional o de valor contra un precio declarado por el importador en un esquema de triangulación.

### *17. Los casos de reestructuración comercial*

Hasta aquí, examinamos la circunstancia de la venta en una estructura triangular asumiendo que la misma fue estructurada así desde un comienzo. Sin embargo, en la mayoría de los casos este tipo de estructuras han sido producto de una reestructuración dentro del grupo económico, pues en sintonía con lo mencionado anteriormente en este capítulo, la reestructuración empresarial ha tenido su origen en las últimas décadas en el deseo de maximizar las sinergias y las economías de escala, en una creciente necesidad de agilizar la gestión de líneas de negocios y en el mejoramiento de la eficiencia en la cadena de suministro, todo con el fin de aprovechar el desarrollo de tecnologías -como por ejemplo Internet-.<sup>176</sup>

Toda reestructuración, implica una reasignación de los riesgos entre las partes, cuyos efectos pueden resultar positivos o negativos, pues toda reestructuración, en general, supone la transferencia transfronteriza de algo que tiene valor, como también, de potenciales pérdidas.

También, las reestructuraciones pueden implicar la terminación o renegociación de acuerdos existentes, por ejemplo, nuevos acuerdos de fabricación, distribución, licencias, contratos de servicio, etc. En tales casos, aparece un elemento más en donde la administración aduanera puede indagar a los efectos de examinar las circunstancias de la venta.

*Ejemplo.* Supongamos que la multinacional de nuestro caso de estudio realizó una reestructuración. Antes de dicho proceso no existían las EDRs, con lo cual, las funciones estaban repartidas entre las EDLs y las EFs. Las primeras cumplían funciones de estrategia comercial, y soportaban riesgos

---

<sup>176</sup> De acuerdo a los representantes empresariales que participaron del proceso de consulta de la OCDE en 2005-2009: Ver OCDE, *supra* nota 2, párr. 9.4.

de inventarios, mientras que las segundas, además de realizar tareas de fabricación comercial, cumplían funciones propias de logística, etc.

Luego del proceso de reestructuración, se crean las EDRs y el esquema comercial queda configurado conforme a los lineamientos expuestos al comienzo, es decir se interponen estas últimas asumiendo funciones de logística, estrategia comercial, riesgos de inventarios, etc., y comienzan a funcionar como intermediarios entre las EFs y las EDLs.

Entonces, frente a esquemas de triangulación que fueron producto de un proceso de reestructuración, podría llegar a ser de suma utilidad a los fines de examinar la circunstancia de la venta, preguntarse (en virtud de todo lo analizado hasta aquí) lo siguiente:

- ¿Ocurrió una reestructuración?
  - ▶ ¿Cuáles fueron las causas?
  - ▶ ¿Cuándo se instrumentó la nueva operación?
  - ▶ ¿Cuándo comenzó a operar el triangulador (la EDR)?
  - ▶ ¿Por qué razón?
  - ▶ ¿Las causas de la reestructuración fueron amr´s length?
- ¿Está documentada la estructura?
- ¿Las conductas de las partes es consistente con la estructura documentada?
  - ▶ ¿Los riesgos, activos, y funciones asumidos por las partes son consistentes con la estructura?
  - ▶ ¿Los intangibles son efectivamente propiedad del triangulador o entidad central?
  - ▶ ¿Es razonable la asunción de riesgos por cada una de las partes?
  - ▶ ¿Tiene sentido la asunción de las nuevas funciones y riesgos asumidos por la EDR?

- ▶ ¿Cuáles son sus activos y su capacidad de asumir estas nuevas funciones?
  - ▶ ¿Es razonable que la EDR asuma este tipo de riesgos?
  - ▶ ¿Cuál de las partes le delegó a la EDR las nuevas funciones asumidas?
  - ▶ ¿Cuáles fueron estas funciones?
  - ▶ ¿Se transfirieron activos intangibles con potencialidad productora de rentas?
  - ▶ ¿Se reconocieron rentas en la entidad cedente en condiciones *arm's length* o algún tipo de indemnización?
  - ▶ ¿Las contraprestaciones reconocidas a cada parte son *arm's length*, considerando la estructura adoptada?
- ¿Tuvieron capacidad la EDL y la EF para delegarle dichas funciones a la EDR?
  - ¿Las partes cesionarias de las funciones conservaron las facultades de supervisión y/o control?
  - ¿Existen terceros que hagan este tipo de intermediación en el mercado?
  - Etc.

En otras palabras, el examen de las circunstancias de la venta en importaciones triangulares que han sido producto de una reestructuración comercial, debe comprender además de lo mencionado en los párrafos precedentes, el examen de otros factores, a los fines de analizar si tuvo sentido desde el punto de vista económico la nueva distribución de riesgos o funciones. En el caso, las que se atribuyeron a la EDR.

Es importante destacar que en condiciones de mercado las disposiciones contractuales con un tercero independiente no se cambian fácilmente. Si alguien revoca o rescinde un contrato de distribución y/o modifica alguna cláusula, es lógico esperar una reacción de su contraparte, y ser pasible

eventualmente de pagar una indemnización. En nuestro ejemplo, resultaría lógico preguntarse si la reestructuración o el desprendimiento del riesgo de inventario que hizo la EDL, se vio compensado con una retribución, o en su defecto, si es lógico desde el punto de vista económico que ello haya sido así.

Los casos de triangulación requieren un examen complejo y sistemático, porque luego de que la operación es revisada, tanto el importador como la administración aduanera deben tener que poder dar respuesta a cada de las preguntas expuestas más arriba.

#### 17.1. Los cambios en la distribución de los riesgos y las expectativas de ganancias en los procesos de reestructuración

Las reestructuraciones pueden tomar una gran variedad de formas pudiendo incluso involucrar varios miembros de una empresa multinacional<sup>177</sup>. El examen de la circunstancia de la venta en estructuras triangulares debe tener que identificar las funciones, activos y riesgos del intermediario-triangulador antes y después de la reestructuración, a los efectos de analizar si los derechos y obligaciones adquiridos por las entidades involucradas reflejan los principios económicos gobernados partes independientes en análogas circunstancias.

*Ejemplo.* Supongamos una modificación en el contrato entre un productor de bienes (EF) y el distribuidor vinculado (EDL) que se encargaba de la venta en el mercado, en donde se incorpora un tercer agente (EDR) entre el fabricante y el vendedor local.

Aquí, la reestructuración podría implicar una modificación mediante la cual el triangulador asume riesgos -por ejemplo de garantía del producto, cambiarios, etc.-, que antes eran asumidos por el fabricante, pues ahora la EDR es quién asume estos riesgos con motivo de la reestructuración.

---

<sup>177</sup> OCDE, *supra* nota 2, párr. 9.53.

Sin dudas, en virtud del acuerdo de reestructuración existió una transferencia de riesgos por parte de la EF a la EDR. Entonces, la pregunta que surge es: ¿Este tipo de modificación contractual habría sido acordado así por partes independientes en análogas circunstancias?

#### 17.2 Las razones de negocios y la mejor opción elegida por las partes

Las partes independientes sólo llevan a cabo una transacción siempre que la misma sea la más beneficiosa entre otras posibles, pues cuando evalúan una transacción la comparan con otras alternativas, y sólo eligen la que es claramente más atractiva<sup>178</sup> dentro de sus posibilidades. De esta manera, si una estructura de triangulación analizada resulta ser rentable, pero comercialmente es irracional por cuanto no constituye la mejor opción (entre otras posibles) que pudieron haber elegido las partes, aparece un factor indicativo de que los precios pactados en las transacciones arribadas en el marco de dicha estructura pudieron haber sido influidos por la vinculación. Analicemos lo expuesto siguiendo nuestro caso de estudio.

*Ejemplo.* Supongamos que la EDL antes de la reestructuración operaba bajo su propio riesgo de inventario y de mercado conforme a un viejo acuerdo contractual con su casa matriz (EP). También, supongamos que con base en sus derechos contractuales tiene la opción de aceptar o rechazar convertirse en un vendedor de bajo riesgo operativo trasladando estos riesgos a un nuevo distribuidor (EDR). Luego, la remuneración *arm's length* para tal actividad de venta de bajo riesgo se estima en un beneficio estable de + 2% por año, mientras que el exceso de ganancia esperable asociada con ese riesgo sería ahora atribuida al distribuidor EDR.

Para analizar el riesgo y margen de ganancia de la EDL y del nuevo distribuidor EDR, la pregunta que debemos hacernos es si el nuevo acuerdo para la EDL -en caso de aceptarlo- es mejor que la vieja alternativa de

---

<sup>178</sup> OCDE, *supra* nota 2, párr. 9.59.



mayor riesgo<sup>179</sup>, o por el contrario, si el acuerdo de reestructuración es tan mal negocio que sería necesario compensar a la EDL con una adecuada remuneración por la nueva reestructuración.

La perspectiva de la EDL puede ser ilustrada con el siguiente ejemplo:

<b>Ganancias<sup>180</sup> de la EDL antes de la reestructuración en los últimos 5 años. (actividad de riesgo)</b>	<b>Expectativas de ganancias<sup>181</sup> de la EDL antes de que haya reestructuración.</b>	<b>Ganancias<sup>182</sup> de la EDL luego de la reestructuración. (actividad de bajo riesgo)</b>
Caso 1: Año 1: (-2%) Año 2: + 4% Año 3: + 2% Año 4: 0 Año 5: + 6%	[-2% a + 6%] Rango de ganancia esperada	2% de ganancia neta por año garantizada
Caso 2: Año 1: + 5% Año 2: + 10 % Año 3: + 5% Año 4: + 5% Año 5: + 10%	[+5% a + 10%] Rango de ganancia esperada	2% de ganancia neta por año garantizada

En el caso no. 1, la EDL renuncia a una ganancia potencial con incertidumbre significativa por una ganancia relativamente baja pero estable. El hecho de que una parte independiente esté dispuesta a aceptar el

<sup>179</sup> También debemos tener en cuenta otros factores, tales como, la remuneración por las operaciones post-reestructuración, o si si hubo indemnización a la EF por dicha reestructuración, etc.

<sup>180</sup> Margen neto de ganancias.

<sup>181</sup> *Idem.*

<sup>182</sup> *Idem.*

riesgo dependerá de su nivel de tolerancia al riesgo, de sus opciones comerciales y de la posibilidad de compensarlas con la propia reestructuración.

En el caso no. 2, es poco probable que partes independientes en tales circunstancias estén de acuerdo en trasladar estos riesgos si dinero a cambio, pues perderían excelentes beneficios potenciales sin compensación adicional. Entonces, en este caso la EDL solo cedería el riesgo de inventario y de mercado a la EDR a cambio de una indemnización, de lo contrario cabría sospechar que la estructura triangular no es *arm's length*, y por tanto, ello arrojará una sombra de duda en el examen de la circunstancia de la venta entre la EDL y la EDR, pues la vinculación podría estar afectando el precio pagado o por pagar a la EDR.

### 17.3. La indemnización como factor de análisis para examinar la circunstancia de la venta en los casos de reestructuración

Como acabamos de ver, en los procesos de reestructuración empresarial a menudo se suele modificar la distribución y perfiles de riesgos de las partes involucradas, de tal manera que también cambia la asignación de pérdidas y ganancias esperadas entre cada una de ellas.

Usualmente dicho proceso comprende la renegociación o rescisión de al menos un acuerdo entre las partes. Frente a ello, cual cabe preguntarse si de acuerdo a las circunstancias de cada caso, partes independientes habrían acordado una indemnización -y en ese caso el qué *quantum*- a alguna de las partes reestructuradas.<sup>183</sup>

En el apartado anterior vimos dos hipótesis que pueden ocurrir en una reestructuración que provoca una nueva distribución de riesgos. Ahora, nos planteamos si partes independientes en similares circunstancias habrían

---

<sup>183</sup> OCDE, *supra* nota 2, párr. 9.100.

estado de acuerdo en pagar una indemnización a la entidad reestructurada en uno u otro caso.

En el *caso 1* podría admitirse, entre partes independientes, que no haya indemnización a la EDL que decide renegociar su acuerdo y ceder el riesgo de inventario y de mercado a cambio de una ganancia segura y estable.

En el *caso 2*, difícilmente sería admisible en el mundo *arm's length* que la EDL no exija una indemnización por transferir el riesgo de inventario y de mercado, cuando dicha transferencia implica la pérdida de ganancias potenciales superiores a la que establece el nuevo acuerdo.

Sin dudas, el factor “indemnización” puede cobrar un rol preponderante cuando se analiza la circunstancia de una venta perfeccionada en un esquema de triangulación, pues puede ser un indicio claro a la hora de examinar si un precio fijado entre el importador y el intermediario triangulador ha sido influido por la vinculación.

Además, imaginemos que la EDL (antes de que haya aparecido la EDR en escena) hubiera realizado inversiones cuantiosas con el objeto de mitigar los riesgos de inventario y de mercado, con el objeto de recuperar dicha inversión al quinto año y comenzar a generar utilidades a partir de sexto año.

Si a partir de ello (las inversiones realizadas por la EDL) encontramos que en el año 3 se produce la reestructuración del caso 2, claramente la EDL estaría en condiciones de reclamar una indemnización por el perjuicio sufrido a partir del nuevo acuerdo celebrado.

También, se plantea la cuestión de qué parte estaría a cargo de la indemnización, pues podría estar a cargo de la EDR, de la EP, o de cualquier otra entidad del grupo.

*Ejemplo.* Supongamos que la EF vendía y exportaba directamente a la EDL a un precio de 100 por unidad (supongamos) antes al proceso de reestructuración. Luego de la reestructuración, la EDL celebra un nuevo contrato de compra venta por los mismos productos con la EDR, pero a un precio de 120 por unidad, es decir, que la EDL tendrá un costo de 20 puntos más, pues le transfirió los riesgos a la EDR, a cambio de obtener una utilidad segura pero estable (sin riesgos). La EDR, por su parte, verá justificado el *markup* de 20 puntos en virtud de los riesgos transferidos por la EDL. La EF, seguirá vendiendo el mismo producto a 100 por unidad.

Ahora, supongamos que la renuncia de la EDL a la posibilidad de obtener mayores ganancias, es la del supuesto del *caso 2* del anterior apartado, es decir, un supuesto en donde en el mundo *arm's length* la EDL exigiría una indemnización por transferir un riesgo que implicó la pérdida de ganancias potenciales superiores a la que establece el nuevo acuerdo.

Si se descubre que la EDL jamás recibió indemnización por los riesgos transferidos a la EDR, claramente podríamos estar ante un caso de influencia del precio por la vinculación entre las partes, pues dado los hechos del caso el nuevo precio fijado entre la EDL y la EDR no sería *arm's length* y por tanto ello arrojaría una duda razonable de influencia de la vinculación.

*Mutatis mutandi*, si ante el mismo caso existió indemnización a la EDL y además el incremento en el precio se justificó por los nuevos riesgos asumidos por la EDR, entonces la transacción habría sido *arm's length*. Con lo cual, la aparición en escena de un intermediario triangulador, no podría *per se* constituir motivo suficiente para afirmarse que el precio ha sido influido por la vinculación.

Desde ya que no es posible obtener una única respuesta para todos los casos y además, el examen de cada de ellos deberá estar basada en un análisis de los hechos y circunstancias de la transacción.

Por un lado, puede haber casos en dónde ni la EDL ni la EDR estarían dispuestos a cargar con los costos de una indemnización, ya que ninguno de los dos espera obtener beneficios suficientes por el cambio.

Por otro lado, puede ser que dicha rescisión y/o renegociación es parte de una reestructuración de todo el grupo, en donde la EP a fin de obtener sinergias de todas las partes decida indemnizar a la EDL. O también, que a pesar de que el contrato de la EDL haya sido rescindido o renegociado, ésta obtenga mayores beneficios por las nuevas sinergias a nivel de grupo que superan el costo de la rescisión o renegociación.

De manera tal que para analizar la hipótesis de si corresponde que haya indemnización, y en ese caso si la misma es o no *arm´length*, al menos tres condiciones deben ser tenidas en cuenta<sup>184</sup>: (i) si el acuerdo que sufre el proceso de reestructuración, fue formalizado por escrito y previó cláusulas de indemnización; (ii) si los términos del nuevo acuerdo tienen o no cláusulas de indemnización, y si éstas son consideradas *arm´s length*; (iii) el derecho o la jurisprudencia comercial aplicable al momento de evaluar si corresponde indemnización.

#### 17.4. Si el acuerdo que sufre el proceso de reestructuración fue formalizado por escrito y previó cláusulas de indemnización

Como hemos expuesto hasta aquí, debemos partir siempre del análisis del contrato escrito, por ello cuando el acuerdo concluido, modificado y/o renegociado que da origen a la reestructuración de negocios fue formalizado por escrito, el punto de partida del análisis debe ser la revisión de sus

---

<sup>184</sup> OCDE, *supra* nota 2, párr. 9.103.

cláusulas, pues es común que se prevean cláusulas de indemnización u otro tipo de garantía frente a las modificaciones y/o conclusiones del acuerdo<sup>185</sup>.

Recordemos que en las transacciones entre partes independientes la divergencia de intereses garantiza que normalmente las partes tratarán de mantener entre sí los términos del contrato, y que los mismos solo serán ignorados o modificados sólo si existe interés en ambas partes.<sup>186</sup>

#### 17.5. Si los términos del nuevo acuerdo y la existencia, o no, de cláusulas de indemnización son consideradas *arm's length*

Una pregunta crucial que hicimos al comenzar el presente apartado, es si partes independientes en condiciones comparables hubieran decidido concluir, modificar y/o renegociar el contrato anteriormente celebrado, y en ese caso, bajo qué condiciones.<sup>187</sup>

Esto claramente dependerá nuevamente de elementos y/o datos de comparación con transacciones análogas celebradas entre partes independientes<sup>188</sup>. Cuando no se encuentren datos comparables, la determinación de si las partes independientes habrían decidido concluir, modificar y/o renegociar el acuerdo, o asimismo, efectuar uno u otro tipo de cláusula de indemnización (o su ausencia) deberá tenerse en cuenta los derechos y otros activos de las partes en el momento de la celebración del acuerdo, así como también el examen de la mejor opción para las partes entre las alternativa disponibles.<sup>189</sup>

Existen dos elementos importantes de análisis en este punto, por un lado, examinar las condiciones financieras de la reestructuración (indemnización,

---

<sup>185</sup> OCDE, *supra* nota 2, párr. 9.104.

<sup>186</sup> OCDE, *supra* nota 2, párr. 1.53.

<sup>187</sup> OCDE, *supra* nota 2, párr. 9.106.

<sup>188</sup> Cuando no existan las condiciones por escrito, las relaciones contractuales de la partes deben deducirse de su conducta y los principios económicos que generalmente rigen las relaciones entre partes independientes.

<sup>189</sup> OCDE, *supra* nota 2, párrs. 9.59-9.64.

inversiones previas y posteriores, etc), y por el otro, la remuneración de las transacciones objeto del acuerdo (como vimos en los dos casos previamente analizados), pues ambas son indicativas de los riesgos transferidos y/o asumidos.

Así, habrá situaciones en donde partes independientes no habrían tenido mejor alternativa que aceptar las condiciones de conclusión y/o renegociación anticipada del contrato, incluso sin indemnización, mientras que en otros casos, la renegociación anticipada del contrato determina en términos económicos y jurídicos un derecho a indemnización por rescisión anticipada.<sup>190</sup>

Ejemplo de esto sería un caso en donde la celebración de un contrato requirió una inversión importante por una de las partes que esperaba un retorno *arm's length* de largo plazo, y que como consecuencia de la rescisión anticipada, ni siquiera se alcanzó a recuperar la inversión.

Aquí una cuestión relevante, como ya vimos, será el control del riesgo, pues en condiciones de mercado la parte que hace una inversión cuyo riesgo no controla, probablemente no estaría dispuesta a asumirlo riesgo sin ninguna garantía (riesgo de rescisión)<sup>191</sup>. En tal caso, existe una variedad de formas en el que se puede tomar en cuenta el riesgo durante las negociaciones del contrato. Por ejemplo, a través de una cláusula de indemnización que permita de alguna manera fijar un precio para las partes a la hora de rescindir.

*Ejemplo.* Siguiendo con nuestro ejemplo, volvamos a la hipótesis en donde la EDL tiene un contrato de fabricación celebrado con la EF (asumiendo que todavía no se incorporaron los distribuidores -EDR- en la estructura), y aquella afronta el riesgo de inventario y de mercado.

---

<sup>190</sup> OCDE, *supra* nota 2, párrs. 9.61-9.62.

<sup>191</sup> OCDE, *supra* nota 2, párrs. 1.49 y 9.17-9.33.

Si la EDL con motivo de la celebración del acuerdo de fabricación hubiere realizado una inversión para mitigar de alguna manera el riesgo de inventario y de mercado, lógicamente existirá en cabeza de la EDL una especulación de retorno de ganancia arm's length sobre la inversión realizada. Es decir, frente a dicha circunstancia, un independiente esperará razonablemente obtener el retorno de la inversión más una ganancia durante el lapso de tiempo de vigencia del contrato.

Entonces, si se rescinde anticipadamente a los tres años el contrato celebrado entre la EDL y la EF, cuya duración estaba estipulada en cinco años, se planteará la cuestión de si un independiente en circunstancias comparables habría tratado de mitigar el riesgo financiero asociado a su inversión para los casos de rescisión anticipada del contrato, y en ese caso, de qué manera.

#### 17.6. El derecho o la jurisprudencia comercial aplicable al momento de evaluar si corresponde indemnización

Al momento de evaluar si corresponde que proceda una indemnización por la conclusión y/o renegociación de un contrato, un factor de análisis será el derecho comercial aplicable al caso bajo examen. La legislación mercantil aplicable o la jurisprudencia pueden proporcionar información útil sobre el resarcimiento de los perjuicios causados por la rescisión de los términos y condiciones de los acuerdos de distribución.<sup>192</sup>

Por ejemplo, si la legislación aplicable contempla que la parte que sufre una modificación y/o rescisión anticipada del contrato le corresponde el derecho a reclamar ante los tribunales una indemnización con independencia de si ésta estaba o no previsto en el contrato.

---

<sup>192</sup> OCDE, *supra* nota 2., párr. 9.115.



Cuando las partes pertenecen al mismo grupo de empresas multinacionales, sin embargo es poco probable que la parte a quién le terminaron el contrato litigue en la práctica contra su empresa asociada con el fin de buscar una indemnización. Por lo tanto, las condiciones de la rescisión anticipada pueden diferir de las condiciones en que se harían sido efectuadas por empresas independientes en circunstancias similares.<sup>193</sup>

#### **XIV. La manera en que se haya fijado el precio**

Otro de los elementos a ser analizados es la manera en que se ha fijado el precio *intercompany* en estructuras de trianguación, sobre todo ante la ausencia de datos comparables extraídos de transacciones realizadas entre partes independientes que permitan la comparación de los precios. La “manera en que se haya fijado el precio”, o bien, la “metodología de fijación de precios *intercompany*”, podrá partir fundamentalmente de uno de los siguientes factores: (i) el costo de producción de cada producto; o (ii) el precio de venta en el mercado local de dichos productos. Ambos, constituyen dos extremos del mismo mundo.

En primer caso (i), se tendrán en cuenta los costos y gastos de la mercancía mas una ganancia razonable de acuerdo a los activos riesgos y funciones de cada una de las partes que participaron en la cadena de venta y reventa de dicha mercadería. Este método está contemplado en las Directrices de la OCDE sobre Precios de Transferencia como “Método Costo Más Beneficio” (*Cost plus method*)<sup>194</sup>.

En el segundo caso (ii), se seguirá el proceso inverso, es decir que al precio de venta en el mercado local minorista se le descontarán los costos y gastos ocasionados en cada una de las ventas de ese mismo producto, más una ganancia razonable de acuerdo a los activos riesgos y funciones de cada

---

<sup>193</sup> *Idem*.

<sup>194</sup> *Idem*, párr. 2.39.

una de las partes que participaron en la cadena de venta y reventa de dicha mercadería. Este método está contemplado en las Directrices de la OCDE sobre Precios de Transferencia como “Método del Precio de Reventa” (*Resale price method*)<sup>195</sup>.

En este último caso, debemos tener en cuenta que el precio de venta en el mercado minorista puede llegar a ser de vital importancia para el examen de las circunstancias de la venta de conformidad con el artículo 1 del Acuerdo de Valor de la OMC. Ello así, por cuanto, se tratará de un precio pactado ya entre partes independientes (es decir, la venta al consumidor final en cada país), el cual determinará de una u otra manera la ganancia de la compañía por dicha venta.

Por otra parte, las administraciones aduaneras al analizar el valor en aduana de los productos importados, tienen mayores posibilidades de conocer el precio de venta de ese mismo producto en el mercado local de su país, que conocer con precisión el costo original de fabricación de ese producto, máxime cuando el mismo fue importado luego de una cadena de ventas sucesivas.

Decimos esto porque si bien los ejemplos dados en la Nota Interpretativa al artículo 1.2.a del Acuerdo son meramente ilustrativos<sup>196</sup>, y por consiguiente, en principio cualquier método que permita demostrar la falta de influencia de la vinculación sobre el precio debería ser aceptado<sup>197</sup>, en nuestra opinión, el método del “precio de reventa”, además de resultar accesible de constatar para la administración aduanera, es el que se puede inferir de la Nota Interpretativa al artículo 1.2 del Acuerdo de la OMC, conforme pasaremos a explicar en el apartado siguiente.

---

<sup>195</sup> OCDE, *supra* nota 2, párr. 2.21 y ss.

<sup>196</sup> S. Sherman, y H. Glanshoff, *supra* nota 17, p. 193; Juan M., Jovanovich, *supra* nota 6, p. 48.

<sup>197</sup> Entre ellos, todos los métodos contemplados en las Directrices de la OCDE Sobre Precios de Transferencia.

Por último, queremos aclarar que no es objetivo del presente trabajo desarrollar todos y cada uno de los métodos alternativos que pueden utilizarse (siguiendo las Directivas de la OCDE) para demostrar la falta de influencia de vinculación sobre el precio, sino algunos de ellos.

#### 18. *Interpretación del criterio dado en la Nota Interpretativa al artículo 1.2 del Acuerdo*

La Nota Interpretativa, en su parte pertinente, dice que:

“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. Por **ejemplo**, 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 ha influido en el precio. **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 período 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.” (Lo resaltado nos pertenece).

En primer lugar, debemos ser enfáticos en resaltar que los ejemplos dados por la Nota Interpretativa son ilustrativos, es decir que no se trata de “metodologías de valoración” como si las de los artículos 1, 2, 3, 5,6 y 7 del Acuerdo. Por lo tanto, estos ejemplos no excluyen otra prueba de tipo económica que permita demostrar la falta de influencia de la vinculación sobre el precio, lo cual significa que utilizar los principios y directrices de la OCDE sobre Precios de Transferencia a tal fin (siempre que se respete los términos del Acuerdo), es perfectamente válido.<sup>198</sup>

---

<sup>198</sup> *Idem.*

A continuación, desarrollaremos los ejemplos dados en la Nota Interpretativa, identificados como ejemplo 1 y 2 de la Nota Interpretativa, respectivamente.

#### 18.1. Ejemplo 1 de la Nota Interpretativa

“Por **ejemplo**, 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 ha influido en el precio.”

En relación a este ejemplo, Sherman y Glanshoff citan casos en que la administración aduanera de U.S. ha aceptado, frente a estos supuestos, precios publicados por diferentes industrias así como también costos estándares, también mencionan algunos casos donde se ha permitido a algunos exportadores capitalizar los costos de un *start-up* y amortizarlos durante un período de tiempo de acuerdo a prácticas contables.<sup>199</sup>

Jovanovich señala que este ejemplo es compatible con el método comparable<sup>200</sup> (*Comparable Uncontrolled Price Method* “CUP”), ya sea que se trate de comparables internos o externos. Lo importante, será siempre que las transacciones sean comparables de conformidad con la metodología desarrollada por la OCDE (y que hemos bosquejado brevemente en el apartado IX). A este respecto, nos remitimos a la obra desarrollada por este último autor.

#### 18.2. Ejemplo 2 de la Nota Interpretativa

Veamos nuevamente el primer ejemplo:

“... 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

---

<sup>199</sup> S. Sherman, y H. Glanshoff, *supra* nota 17, p. 192.

<sup>200</sup> OCDE, *supra* nota 2, párrs. 2.13-2.20. También, puede verse la recepción y el desarrollo de esta metodología en la legislación Argentina en: AA.VV., *supra* nota 138, pp. 231-237.

período 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.”

Varias cuestiones aquí deberán ser analizadas, tales como: (i) la interpretación de la locución “beneficios globales”; (ii) la utilización del llamado método del “precio de reventa” (*Resale Price Method*); (iii) cuestiones a tener en cuenta al aplicar dicha metodología en el marco del Acuerdo de Valor.

#### 18.2.1. La interpretación de la locución “beneficios globales”

La Nota Interpretativa no distingue si la locución “**beneficios globales**” refiere a los beneficios del importador, del vendedor, o del grupo. Por ejemplo, en nuestro caso de estudio, no sabríamos si se refiere a la EF, EDR, EDL o EP.

Lo que sí resulta claro es que para una administración aduanera el “análisis global” de un grupo económico resultaría sumamente complejo e innecesario, pues puede ocurrir que aun estando en consonancia los beneficios globales del grupo con las ventas de mercancías de la misma especie o clase, exista influencia de la vinculación sobre el precio pagado o por pagar del importador. Veamos el siguiente ejemplo, siguiendo el modelo del caso de estudio:

#### Ejemplo 1

EF	EDR	EDL	V.p.= 100
$P. EF-EDR= 40$	$P. EDR-EDL= 40$		$B.g.= 40+40-100=20$

#### Ejemplo 2

EF	EDR	EDL	V.p.= 100
$P. EF-EDR= 20$	$P. EDR-EDL= 60$		$B.g.= 20+60-100=20$

### Ejemplo 3

EF	EDR	EDL	V.p.= 100
$P. EF-EDR= 60$	$P. EDR-EDL= 20$		$B.g.= 60+20-100=20$

#### Referencias:

**P**= valor de transacción

**V.p.**= venta al público en el mercado del país de importación (partes independientes)

**B.g.**= beneficios globales (de EP)

En los tres ejemplos se observa que el beneficio global por la venta de la misma especie o clase de producto es de 20. Sin embargo, en cada uno de los ejemplos, los valores de transacción entre las partes varían, sin afectar el beneficio global. Así, si no colocamos del lado del importador, notamos que en el ejemplo 1, el precio pagado o por pagar fue de 40, en el ejemplo 2 fue de 60, y en ejemplo 3 fue de 20.

Evidentemente, un análisis sobre la “*consonancia con los beneficios globales realizados por la empresa (...) en las ventas de mercancías de la misma especie o clase...*”, no permite distinguir si los precios *intercompany* han sido adecuadamente fijados (o en el caso del importador, el precio pactado entre la EDR y la EDL), pues el análisis del beneficio global no distingue los beneficios de cada una de las partes.

Por lo tanto, en nuestra opinión la locución “beneficio global” literalmente interpretada queda desdibujada, pues se relaciona más bien con el precio de venta final al público (que es entre partes independientes) que con las ventas *intercompany*. Sin dudas, el precio de venta al público es el que determina la rentabilidad global del producto, mientras que el precio *intercompany* la rentabilidad parcial de cada parte del grupo.

De esta manera, consideramos razonable interpretar que la locución “beneficios globales” de la compañía con ventas de mercancías de la misma especie o clase, puede ser interpretada como “beneficios del importador” con ventas de mercancías de la misma especie o clase. De esta manera, resultará válido en los términos del Acuerdo proceder a examinar **el valor de la transacción** efectuada por el importador (la EDL), partiendo del análisis del **precio de reventa** en el mercado interno del país de importación, pues con ambos precios (mas otros elementos), podrá examinarse sin inconvenientes si con el precio de venta en el mercado interno se alcanzan a recuperar todos los costos (de mercadería vendida o valor de transacción) y gastos, y luego de ello se alcanza a lograr un beneficio razonable.

Por último, y en línea con lo expuesto, la locución “*que se demostrara*” deberá leerse “*que el importador demostrara*”, pues como acabamos de decir, si éste lograra demostrar que con el precio pagado o por pagar recupera todos los costos más un beneficio razonable en el país de importación, quedaría demostrado que el precio no ha sufrido influencia de la vinculación.

#### 18.2.2. La utilización del llamado método del “precio de reventa” (Resale Price Method)

##### 18.2.2.1. La cuestión antes del desarrollo de las Directrices de la OCDE sobre Precios de Transferencia

Ya en 1980, Sherman y Glanshoff señalaban un ejemplo<sup>201</sup> completamente en sintonía con lo expuesto en el anterior apartado, en relación a que es conveniente mirar al importador. Estos autores imaginaron el siguiente escenario:<sup>202</sup>

---

<sup>201</sup> S. Sherman, y H. Glanshoff, *supra* nota 17, p. 193.

<sup>202</sup> El ejemplo, no es traducción textual del original.

*Ejemplo:* El importador demuestra que el precio de reventa en el país de importación es dominado por un líder local. Por su parte, el importador podrá cubrir el costo de la mercancía importada (que luego será revendida) más los gastos, si le adiciona un 18% de *markup* sobre el valor de transacción en donde el 8% en concepto de ganancia no parece excesivo. De esta manera el importador, para arribar a un valor de transacción que sea aceptado, podrá partir del precio que prevalece en el mercado -en el segundo nivel comercial- en relación a la mercancía bajo examen, y luego deducirle un 15.25% (que se corresponde con el *markup* del 18%<sup>203</sup> a que hicimos referencia). De esta manera, el valor de transacción debería ser aceptado aunque el exportador únicamente le venda a su importador vinculado, o incluso aunque no pueda encontrarse datos en relación a los costos y ganancias del exportador.

#### 18.2.2.2. Las Directrices de la OCDE sobre Precios de Transferencia

Posteriormente, con el desarrollo que han tenido en los últimos 15 años las Directrices de la OCDE sobre precios de transferencia, apareció una metodología que brindó muchas herramientas económicas para analizar si un precio pactado entre partes vinculadas fue pactado como lo habrían hecho partes independientes en análogas circunstancias.

Así, Jovanovich (como ya mencionamos en el Capítulo II) en su obra “Customs Valuation and Transfer Pricing”, analiza e interpreta el Acuerdo de Valor, utilizando el desarrollo metodológico elaborado por la OCDE sobre precios de transferencia.

Así pues, en relación al segundo ejemplo de la Nota Interpretativa, el mencionado autor señala que puede interpretarse a través de la aplicación de un criterio flexible, que la Nota Interpretativa admite el llamado “Método

---

<sup>203</sup> Ello porque:  $100+18\%$  es casi igual a  $118-15.25\%$



del Precio de Reventa” (Resale price method)<sup>204</sup> contemplado en la Directrices de la OCDE sobre Precios de Transferencia.

La explicación es la siguiente: cuando el segundo ejemplo de la Nota Interpretativa dice “... *que se demostrara que con el precio [no se distingue si se refiere al “precio de compra” o “precio de venta”] 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 período de tiempo representativo... en las ventas de mercancías de la misma especie o clase...*”, la referencia que la nota hace respecto de los beneficios globales realizados por la empresa en las ventas de mercancías de la misma especie o clase, parece estar conectada con la palabra precio del comienzo del ejemplo de la nota, lo cual permite inferir que el “precio” mediante el cual se alcanzará a recuperar todos los costos y se logrará un beneficio, será el “precio de venta” y no el “precio de compra”.<sup>205</sup>

Sin embargo, ya sea que se trata de un precio de venta (vendedor) controlado o de un precio de compra (importador en el caso) controlado, se podrá afectar el margen de ganancia, con lo cual el mencionado autor sostiene que a partir de ello se puede sugerir aplicar un criterio flexible que permita utilizar el precio de reventa.<sup>206</sup> Además, recordemos que los ejemplos dados en las notas interpretativas son meramente ilustrativos<sup>207</sup>.

Y en este punto, Jovanovich menciona la experiencia Canadiense en cuanto a que la administración aduanera de ese país acepta<sup>208</sup> a efectos de la valoración aduanera, un precio pagado o por pagar derivado de la aplicación

---

<sup>204</sup> OCDE, *supra* nota 2, párr. 2.21 y ss.

<sup>205</sup> Juan M., Jovanovich, *supra* nota 6, p. 55 (nota 142).

<sup>206</sup> *Idem*.

<sup>207</sup> S. Sherman, y H. Glanshoff, *supra* nota 17, p. 193; Juan M., Jovanovich, *supra* nota 6, p. 48.

<sup>208</sup> MNR, Memorandum D13-4-5 “Transaction value method for related persons” (30 March 1989).

de uno de los métodos contemplados en las Directrices de la OCDE<sup>209</sup> (al menos que haya más información relacionada con las importaciones en cuestión)<sup>210</sup>.

Por su parte, como ya lo mencionamos en el Capítulo II, recientemente el Comentario 23.1 del CTVA ha dicho que *“Por una parte, es posible que un estudio sobre precios de transferencia presentado por un importador resulte una buena fuente de información, si contiene información pertinente sobre las circunstancias del a venta.”*

No obstante ello, se advierten algunas cuestiones críticas a tener en cuenta cuando aplicamos la metodología de las Directrices de la OCDE en el marco del Acuerdo de Valor. Las veremos en el punto 18.2.5.

#### 18.2.2.3. Recepción del método en Argentina a efectos impositivos

Este método se encuentra contemplado en el artículo 21.1.b del decreto 1037/200 del PEN. Se trata del precio pactado principalmente en operaciones de intermediación en la comercialización, donde el comprador controlado no agrega valor sustancial al bien objeto de la transacción<sup>211</sup>.

La regulación lo define como: al precio de adquisición de un bien entre partes relacionadas (excluimos por nuestra parte los servicios, por cuanto no tiene relación directa con el campo aduanero), que se determinará multiplicando el precio de reventa fijado entre partes independientes en operaciones comparables por el resultado de disminuir de la unidad, el porcentaje de utilidad bruta que hubiera sido pactado con o entre sujetos

---

<sup>209</sup> Juan M., Jovanovich, *supra* nota 6, p. 55.

<sup>210</sup> *Idem*.

<sup>211</sup> Victor, Uckmar, *supra* nota 49, pp. 359-360.

independientes entre operaciones comparables<sup>212</sup>. A tal efecto, el porcentaje de utilidad bruta resulta de relacionar ésta con las ventas netas<sup>213</sup>.

#### 18.2.2.4. The U.S. Customs Services

La U.S. Customs Services en la Decision HQ H219515 de fecha 11/10/2012 ha admitido la utilización de esta metodología a los fines de demostrar que un precio pagado o por pagar no ha sido influido por la vinculación. Veamos:

“In this case, the Importer’s transfer pricing study has not been approved by the IRS as of the date of this ruling. The CPM performed in the transfer pricing study compares the gross profits of functionally comparable companies to that of the tested party – the Importer. If the transfer pricing results indicate that the gross profits of the Importer are within the interquartile range established on the basis of gross profits of comparable companies, the prices charged (based on the percent of the U.S. list price in the Transfer Pricing Matrix) are viewed as acceptable for income tax purposes. If the profits are outside the interquartile range of comparable companies, an adjustment to the price would be made. We note that CPM is the least relevant method for customs purposes.

Further, CBP Regulations do not define what profit we are to consider – gross profit or operating profit. However, CBP is of the view that the operating profit margin is a more accurate measure of a company’s real profitability because it reveals what the company actually earns on its sales once all associated expenses have been paid. Nevertheless, in certain circumstances, gross profit can be considered. See HRL H037375. As stated in the FACTS portion of this ruling, gross margin compares sales price with costs of goods.

In this case, for an importer/distributor, the cost of goods would include all product related expenses but exclude those expenses not related to product, such as rent and administrative expenses. The Importer also performs many functions in the United States in addition to acting as a distributor of imported product, including manufacturing, research and development and after sales services. Parent company’s expenses for human resources, finance, legal, and general administration are also attributable for all of the Importer’s activities in addition to the Importer’s function, which would not be captured. In order to avoid making assumptions about the appropriate way to allocate these expenses, the Importer is able to effectively make an appropriate allocation by using the gross margin as the profit level indicator. The comparable companies selected for the analysis are product distributors and each company should have non-product

---

<sup>212</sup> Victor, Uckmar, *supra* nota 49, pp. 359-360.

<sup>213</sup> C+B= costo de venta x (1+margen de utilidad bruta). Cit por Victor, Uckmar, *supra* nota 49, p. 360.

costs described above common to and appropriate for product distributors. By requiring that the Importer's gross margin on the resale of imported products fit in the interquartile range of the gross margins reported by the comparable distribution companies, the Importer effectively achieves an appropriate allocation of non-product expenses that are common to independent distribution companies. Therefore, taking into consideration the above referenced factors and arguments, we agree with the Importer that in this particular case and in accordance with the facts presented by the Importer, gross margins provide a reliable and appropriate basis of comparison.

We also reviewed the comparable companies selected by the Importer's transfer pricing study and conclude that the products sold by the comparable companies are not of the same class or kind as the imported merchandise. The comparable companies distribute a range of goods, from medical products and supplies to notebooks and desktops. Under these circumstances, the comparison between the Importer and these other companies cannot be considered consistent with the market as a whole. However, even though the Importer's transfer pricing study by itself is not sufficient to show that a related party transaction value is acceptable for Customs purposes, the underlying facts and the conclusions reached in this transfer pricing study contain relevant information in examining the circumstances of the sale, since this transfer pricing study confirms the gross profit margins of the Importer, as set by the Importer and verified through the independent review of the analytical instruments industry and quantitative data of the Importer's direct competitors.

Accordingly, even though none of the information provided strictly falls under the three illustrative examples under 19 CFR §152.103(l)(1)(i)-(iii), we find that the sales price will not be considered influenced by the relationship for purposes of the circumstances of the sale test, based on the totality of the information considered and our review and examination of all relevant aspects of the transaction, including the way in which the Importer and the related manufacturers organize their commercial relations and the way in which the price in question was arrived at. As a result, we determine that transaction value is the proper method of appraisement for the related-party import transactions."<sup>214</sup>

### 18.2.3. La utilización del llamado “Método Costo Más Beneficio” (Cost plus method)

Este método consiste en determinar el precio *arm's length* de una venta efectuada a un sujeto vinculado, adicionándole un *markup* adecuado sobre el costo incurrido<sup>215</sup>. Según Jovanovich, esta definición es similar a la dada en el Acuerdo de Valor de la OMC en el artículo 6, método del valor

---

<sup>214</sup> U.S. Customs Services en la Decision HQ H219515, 11/10/2012.

<sup>215</sup> OCDE, *supra* nota 2, párr. 2.40.

reconstruido, el cual, si bien no resulta directamente aplicable sobre la disposición del artículo 1.2.a del Acuerdo, sirve de guía para aplicar el método del costo más beneficio, en el marco del artículo 1.2.a.<sup>216</sup>

La legislación argentina recepta esta metodología en el artículo 21.1.c del Decreto 1037/2000, en relación a la aplicación del artículo 15 de la Ley de Impuesto a las Ganancias, al establecer: “*Costo más beneficios: al que resulta de multiplicar el costo de los bienes, servicios u otras transacciones por el resultado de adicionar a la unidad el porcentaje de ganancia bruta aplicado con o entre partes independientes en transacciones comparables, determinándose dicho porcentaje relacionando la utilidad bruta con el costo de ventas*”.

Este método puede resultar útil, en lo que a nuestra materia respecta, para fijar el precio de reventa de productos semielaborados donde el riesgo asumido es limitado y requiere de poca inversión operativa<sup>217</sup>.

La U.S. Customs Services (en la decisión Decision HQ H176775 de fecha 06/03/2014), ha admitido la utilización de esta metodología a los fines de demostrar que un precio pagado o por pagar no ha sido influido por la vinculación. Veamos:

“KPMG utilized the CPM method to evaluate whether the operating margins of Company C, and Company B for the distribution of products from Company A, were at arm’s length during FY 08 and FY 09. To implement this analysis, KPMG compared Company C’s and Company B’s distribution segments’ three year and five year period-weighted average operating margins to the range of period-weighted average operating margins achieved by the selected comparable semiconductor manufacturing companies and comparable flash memory and USB companies. KPMG found that Company C and Company B’s distribution segment were both within the three year and five year ranges of companies. Even though the economic analyses were not presented to the IRS, the qualitative data serves as additional evidence that Company B’s operating margins are consistent with the arm’s length range of operating margins earned by

---

<sup>216</sup> Juan M., Jovanovich, *supra* nota 6, p. 63.

<sup>217</sup> Victor, Uckmar, *supra* nota 49, p. 360.

companies that distribute goods of the same class or kind (flash memory devices and products incorporating flash memory devices).

Accordingly, even though none of the information provided strictly falls under the three illustrative examples under 19 C.F.R. §152.103(l)(1)(i)-(iii), we find that the sales price will not be considered influenced by the relationship for purposes of the circumstances of the sale test, based on the totality of the information considered and our review and examination of all relevant aspects of the transaction, including the way in which Company B and Company A organize their commercial relations and the way in which the price in question was arrived at. As a result, we determine that transaction value is the proper method of appraisal for the related-party import transactions.”<sup>218</sup>

#### *18.2.4. La utilización de un estudio de precios de transferencia como documento probatorio*

Ya hemos dicho que en la sesión 31 del CTVA se adoptó el Comentario 23.1 denominado “*Significado de la expresión “circunstancias de la venta” según el artículo 1.2 a) en relación con la utilización de estudios sobre precios de transferencia*”<sup>219</sup>.

El Comité reconoció que el estudio de precios de transferencia puede ser una buena fuente de información si contiene información relevante sobre las circunstancias que rodean a la venta. En efecto, el comentario dice “...*la utilización de un estudio sobre precios de transferencia como una base posible para examinar las circunstancias de la venta se debe considerar caso por caso.*”. Lo destacable del comentario es la expresión “*debe*”.

Ello significa que si el importador le aporta al Servicio Aduanero un informe de precios de transferencia preparado con fines fiscales, el Servicio Aduanero debería considerar el informe de precios de transferencia, y, si la información es relevante, debería utilizarlo como base para examinar las circunstancias de la venta.

---

<sup>218</sup> U.S. Customs Services, en la decisión Decision HQ H176775, 06/03/2014

<sup>219</sup> WCO, *supra* nota 1, p. 57.

Por su parte, la U.S. Customs Services ha dicho que la existencia de un estudio de precios de transferencia, no impide ni excluye la necesidad de que se examine las circunstancias de la venta a los fines de determinar si el precio pactado entre partes vinculados puede ser aceptado a los fines de la valoración<sup>220</sup>.

Sin embargo, no hay dudas de que la información suministrada a la administración aduanera puede ser sumamente relevante para el examen de la circunstancia de la venta, pero su fuerza probatoria variará en cada caso dependiendo de los detalles de cada estudio de precios<sup>221</sup>. Aquí, también será significativo si el informe de precios de transferencia ha sido estudiado y aprobado por la administración tributaria<sup>222</sup>.

También, será relevante si el producto cubierto por el informe de precios resulta comparable a los productos importados<sup>223</sup>, como también la metodología escogida en el estudio de precios de transferencia<sup>224</sup>.

#### *18.2.5. Cuestiones a tener en cuenta al momento de utilizar y/o preparar un estudio de precios de transferencia en el marco del Acuerdo de Valor de la OMC*

Hay dos temas críticos que necesitan algún tipo de reglamentación si se pretendiere utilizar un estudio de precios de transferencia a los fines de demostrar que un “valor de transacción” dado no ha sido influido por la vinculación entre las partes: (i) uno de ellos, será la necesidad de contar con estudios de precios de transferencia segmentados, de manera tal que pueda

---

<sup>220</sup> U.S. Customs Services en: Decisión HQ H037375, 11/12/ 2009; Decisión HQ 546979, 30/08/2000; Decisión HQ H219515, 11/10/2012; Decisión HQ H176775, 06/03/2014.

<sup>221</sup> U.S. Customs Services en: Decisión HQ H037375 y Decisión HQ 548482, ambas del 23/07/2004; Decisión HQ H219515, 11/10/2012; Decisión HQ H176775, 06/03/2014.

<sup>222</sup> U.S. Customs Services en: Decisión HQ H037375 y Decisión HQ 546979, ambas del 30/08/2000; Decisión HQ H219515, 11/10/2012; Decisión HQ H176775, 06/03/2014.

<sup>223</sup> U.S. Customs Services en: Decisión HQ H037375 y Decisión HQ 547672, ambos del 21/05/2002. Decisión HQ H219515, 11/10/2012; Decisión HQ H176775, 06/03/2014.

<sup>224</sup> U.S. Customs Services en: Decisión HQ 548482, del 23/07/2004. Decisión HQ H219515, 11/10/2012; Decisión HQ H176775, 06/03/2014.

identificarse e individualizarse la línea de producto bajo examen por parte de la administración aduanera; (ii) el otro, será una cuestión temporal que diferencia al mundo impositivo (impuesto de base anual), del mundo aduanero en relación a los aranceles de importación (que corresponden a cada transacción en particular). Veamos.

18.2.5.1. La necesidad de contar con estudios de precios de transferencia segmentados

En el mundo aduanero, los aranceles previstos para una posición arancelaria pueden variar respecto de otra posición arancelaria, con lo cual un sujeto puede importar, por un lado, computadoras a un arancel de 5% sobre su valor en aduana, y por otro, tablets a un arancel de 20, habiendo sido ambas mercancías compradas a su parte vinculada en el exterior. Con lo cual, el importador puede tener incentivos en subir el precio de las tablet y compensarlo con una baja en el precio de las computadoras. Sin embargo, a nivel estudio de precios, probablemente los márgenes de utilidad probablemente sean correctos. Veamos el siguiente ejemplo:

**Caso 1.**

	<b>Valor de transacción</b>	<b>%DI</b>	<b>DI</b>
Mercancía (x) NCM xxxx	40	15%	6
Mercancía (y) NCM yyyy	40	5%	2
Administración aduanera: <b>TOTAL recaudación por DI</b>			8
Administración tributaria: <b>TOTAL a considerar por costo de mercadería</b>	<b>80</b>		



<b>vendida</b>			
----------------	--	--	--

**Caso 2.**

	<b>Valor arm's length</b>	<b>%DI</b>	<b>DI</b>
Mercancía (x) NCM xxxx	60	15%	9
Mercancía (y) NCM yyyy	20	5%	1
Administración <b>aduanera: TOTAL recaudación por DI</b>			10
Administración <b>tributaria: TOTAL a considerar por costo de mercadería vendida</b>	<b>80</b>		

En ambos casos, se vislumbra fácilmente como los valores *arm's length* de un producto (sin estar segmentados) pueden igual ser válidos a efectos impositivos, ya que en dicho campo de estudio se tributa sobre rentabilidad sin discriminar en función de la mercancía de que se trate en cuanto al precio. En cambio, ello no ocurre con materia de valoración aduanera, que como vimos, pueden variar los aranceles de producto en producto. Por lo tanto, un estudio de precios de transferencia a efectos aduaneros, debería tener que poder segmentarse por líneas de productos, o productos con similar posición arancelaria.

Tampoco será necesario, efectuar un análisis de vinculación sobre los precios “despacho por despacho” de importación, pues de hecho la propia Nota Interpretativa dice “*por ejemplo calculado en base anual*”. Ello, porque siempre que se calculan los costos y beneficios en relación a un

balance, se lo hace anualmente, porque si no sería muy difícil contemplar los costos indirectos. Por ejemplo, la publicidad global, etc.

Entonces, en la medida de que el importador pueda ofrecer información anualizada en relación a una línea de producto, ello debería tener que servir para demostrar la probanza con relación al precio. Ejemplo, que en relación a las tablet, se pueda demostrar que el importador ganó lo mismo (durante el año) que lo que establece el rango intercuantil contemplado en el estudio de precios de transferencia (a nivel bruto o neto depende el método utilizado).

También, podría ponerse no solo una línea de producto sino de todos aquellos que tengan el mismo arancel, para facilitar la vida al importador y a la aduana. Lo importante es que la empresa pueda efectuar una política de precios coherente con el acuerdo, y defendible ante la administración aduanera (eventualmente).

#### 18.2.5.2. La cuestión temporal

Como ya adelantamos, al momento de la importación de la mercancía muchos costos indirectos aún no están determinados. Por su parte, a efectos fiscales los ajustes compensatorios generalmente se efectuarán al finalizar el ejercicio fiscal, cuando los costos y gastos del importador ya se han cerrado. Esto obviamente ocurre con posterioridad al despacho de importación, lo cual le impide al importador efectuar ajustes al momento de declarar el valor de transacción ante la administración aduanera.

Actualmente nuestro sistema jurídico en Argentina no contempla una solución a este problema. Sin embargo, el Comentario 4.1 del CTVA dice en tanto y en cuanto exista una cláusula de revisión de precios, que haya producido pleno efecto en el momento de la valoración, no habrá problemas con la declaración, pues se conoce el precio realmente pagado o por pagar. Veamos íntegramente el comentario:

#### “COMENTARIO 4.1

##### **Cláusulas de revisión de precios**

1. En la práctica comercial, algunos contratos prevén una cláusula de revisión de precios, según la cual el precio se fija solo provisionalmente, estando el precio definitivo por pagar sujeto a ciertos factores que se establecen en las propias disposiciones del contrato.
2. La situación puede presentarse de diversas maneras. La primera es aquella en la que las mercancías se entregan en un plazo bastante alejado del momento del pedido (por ejemplo, bienes de equipo fabricados sobre pedido); el contrato estipula que el precio se determinará sobre la base de una fórmula convenida que tenga en cuenta el aumento o disminución del coste de elementos tales como la mano de obra, las materias primas, los gastos generales y otros factores que intervengan en la producción de las mercancías.
3. La segunda situación es aquella en la que las mercancías encargadas se fabrican y se entregan durante un periodo de tiempo determinado; teniendo en cuenta que las especificaciones del contrato son semejantes a las descritas en el párrafo 2, el precio definitivo del primer envío es diferente del último y de todos los otros, aunque cada precio deriva de la misma fórmula especificada en el contrato original.
4. Otra situación es aquella en la que el precio de las mercancías ha sido fijado provisionalmente, pero, nuevamente de conformidad con las disposiciones del contrato de venta, el precio definitivo depende de un examen o de un análisis en el momento de la entrega (por ejemplo, del grado de acidez de los aceites vegetales, de la proporción de metal en los minerales, de la proporción efectiva de lana, etc.).
5. El valor de transacción de las mercancías importadas, definido en el artículo 1º del Acuerdo, se basa en el precio realmente pagado o por pagar por las mercancías. Según la Nota interpretativa de este artículo, el precio realmente pagado o por pagar es el pago total que por las mercancías importadas haya hecho o vaya a hacer el comprador al vendedor. Por consiguiente, en los contratos con cláusulas de revisión de precios, el valor de transacción de las mercancías importadas debe basarse en el precio definitivo total pagado o por pagar de conformidad con las estipulaciones del contrato. Puesto que el precio por pagar realmente por las mercancías importadas puede determinarse sobre la base de datos especificados en el contrato, las cláusulas de revisión de precios, del tipo de las descritas en este comentario, no deben considerarse como si constituyeran una condición o contraprestación cuyo valor no pueda determinarse (véase artículo 1.1 b) del Acuerdo).
6. En la práctica, cuando las cláusulas de revisión de precios han producido ya su pleno efecto en el momento de la valoración, no se plantea ningún problema, puesto que se conoce el precio realmente pagado o por pagar. La situación es diferente cuando las cláusulas de revisión de precios dependen de variables que intervienen algún tiempo después de que las mercancías hayan sido importadas.
7. Sin embargo, puesto que el Acuerdo recomienda que la valoración en aduana se base, en la medida de lo posible, en el valor de transacción de las mercancías objeto de valoración, y dado que el artículo 13 prevé la posibilidad de demorar la determinación definitiva del valor en aduana, aun cuando no sea siempre posible determinar el precio por pagar en el momento de la importación, las cláusulas de revisión de precios no deberán, por sí solas, impedir la valoración según el artículo 1º del Acuerdo.”

En el Capítulo VI de este trabajo veremos como la falta de contemplación en nuestro sistema jurídico, de un sistema que permita ajustar el valor de transacción declarado, con posterioridad, puede generar lugar a una denuncia infraccional por declaración inexacta (artículo 954 del C.ad.) por parte de la administración aduanera.

#### *18.2.6. Nuestro caso de estudio*

Más allá de la utilización de un estudio de precios de transferencia, y teniendo en cuenta nuestro caso de estudio, podemos decir de acuerdo a lo expuesto, que: el examen de los siguientes elementos resultarán fundamentales: (i) el precio de venta en el mercado interno del país de importación (precio pagado a partes independientes); (ii) los gastos y otros conceptos incurridos por el importador (pagados a partes independientes); (iii) información respecto de ganancia neta *arm's length* de vendedores de la misma especie o clase de mercancía.

A través de esta información, podrá examinarse si el costo de la mercadería, o en el caso “el valor de transacción” entre la EDL y la EDR, fue influido por la vinculación, pues la secuencia lógica del razonamiento podría sintetizarse con los siguientes interrogantes:

- ¿La venta de la EDL en el mercado interno constituye una venta a partes independientes? Si.
- ¿Los gastos incurridos por la EDL fueron pagados también a partes independientes? Si.
- ¿Cuál es el margen neto de ganancias *arm's length* de vendedores de la misma especie o clase de mercancías? Aquí, resultará fundamental efectuar un análisis de comparabilidad.

A partir de estos elementos podemos construir la siguiente fórmula:

$$P=Z+Y+X$$

Donde:

**P:** el precio de venta en el mercado interno del país de importación (entre partes independientes)

**Z:** gastos y otros conceptos incurridos por el importador (entre partes independientes)

**Y:** ganancia neta *arm's length* de vendedores de la misma especie o clase de mercancía

**X:** costo de mercadería vendida o (en el caso) “valor de transacción”

De todos los factores expuestos en la ecuación, el que se necesita conocer es el factor X. Por su parte, el factor Y deberá buscarse, de acuerdo a un adecuado análisis de comparabilidad. Una vez resuelta la ecuación, obtendremos un “valor de transacción guía” que nos permitirá conocer si el “valor de transacción” real pactado entre la EDL y la EDR ha sido influido por la vinculación. Si ambos valores coinciden, o resultan ser muy cercanos, entonces podrá demostrarse que el precio pactado entre la EDR y la EDL no ha sido afectado por la vinculación, pues con el precio de venta en el mercado local el importador logra recuperar todos los costos y gastos, más un beneficio razonable.<sup>225</sup>

Recordemos que toda esta información estará disponible en el país de importación, sobre todo en la documentación de precios de transferencia de la compañía importadora, cuya información será fundamental para examinar las circunstancias de la venta<sup>226</sup>. Un estudio de precios de transferencia preparado a efectos aduaneros, debería tener que servir como medio probatorio.

---

<sup>225</sup> WCO, *supra* nota 1, pp. 62-64.

<sup>226</sup> WCO, *supra* nota 1, pp. 62-63.

19. *Un ejemplo de política de fijación de precios*

En nuestro ejemplo, imaginemos que el producto X se estima en un precio de venta en el mercado local de 1000. La EF venderá el producto a la EDR, quién luego la revenderá a la EDL. De acuerdo a los activos funciones y riesgos de cada una de las partes se estima los siguientes porcentuales de descuentos:

Producto	‘X’
Precio del producto por la EDL en el Mercado local	1,000
Precio de venta de la EDR a la EDL	700
Descuento	300
Porcentaje de descuento al precio	30%
Precio de venta de la EF a la EDR	600
Porcentaje de descuento al precio	10%



Precio al cual la EDR le vende el producto X a la EDL:

A. Precio del producto en el Mercado minorista	1,000
B. Descuento (30%)	300
C. Precio de venta de la EDR (A-B)	<b>700</b>

Precio al cual la EF le vende el producto X a la EDR:

A. Precio del producto en el Mercado minorista	1,000
B. Descuento (30%)	\$300
C. Descuento para la EDR (10%)	\$100
D. Precio de venta de la EF (A-B-C)	<b>\$600</b>

20. *La incidencia de la política de fijación de precios en la minimización de los riesgos asumidos por las partes*

Una cuestión importante a analizar es el impacto que puede llegar a tener una política de fijación de precios *inter-company* como factor mitigante de los riesgos distribuidos entre las partes. Es bastante factible que pueda argumentarse que debido a la existencia de un acuerdo de precios que garantice una remuneración a cada una de las empresas del grupo (como veremos), a través de un porcentaje de descuento que asegure un cierto nivel de utilidad bruta o neta, esa parte funciona con bajo riesgo.

Desde luego, los términos de compensación económica dados a una de las partes en una transacción no pueden ser ignorados en la evaluación del riesgo soportado por esa parte<sup>227</sup>. En efecto, el acuerdo de fijación de precios puede afectar directamente la asignación de ciertos riesgos entre las partes y puede, en algunos casos, crear un entorno de bajo riesgo.

En nuestro ejemplo, observamos que la multinacional que graficamos al inicio presenta diferentes niveles y/o canales de distribución para mover las mercancías desde las fábricas a los clientes comerciales. Identificamos al menos 3 niveles de entidades: EF, EDR y EDL. Debido a las implicancias impositivas y aduaneras que tiene la fijación de los precios *intercompany* (debiendo guardar conformidad con el principio *arm's length*), es probable que se persiga obtener que dichos precios sean fijados teniendo en cuenta

---

<sup>227</sup> OCDE, *supra* nota 2, párr. 9.45.

descuentos (o ganancias) *arm's length* conforme a las funciones y riesgos de la entidad del grupo de que se trate.

El hecho de que exista una política de precios *intercompany*, no garantiza que la compañía haya actuado conforme a dicho análisis, o que haya realizado el examen de los riesgos de manera correcta. Siempre será necesario un examen de las circunstancias de la venta.



## Capítulo VI

### EL ANÁLISIS INFRACCIONAL FRENTE A LA DENUNCIA POR PARTE DE LA ADMINISTRACIÓN ADUANERA

#### XV. El régimen infraccional previsto en el Código Aduanero

##### 21. Introducción

Como vimos, las triangulaciones pueden provocar una suba en el valor de transacción (sobrefacturación), es decir un *markup*, o una baja en el precio (subfacturación) como en el caso de las triangulaciones anómalas en donde el triangulador-intermediario venda al importador a un precio menor al que compró.

En ambos casos, podría la administración aduanera interponer una denuncia infraccional por declaración inexacta en los términos del artículo 954 del C.Ad., que en su parte pertinente establece:

“**ARTICULO 954.** – 1. El que, para cumplir cualquiera de las operaciones o destinaciones de importación o de exportación, efectuare ante el servicio aduanero una declaración que difiera con lo que resultare de la comprobación y que, en caso de pasar inadvertida, produjere o hubiere podido producir:

a) un perjuicio fiscal, será sancionado con una multa de UNO (1) a CINCO (5) veces el importe de dicho perjuicio;

(...)

c) el ingreso o el egreso desde o hacia el exterior de un importe pagado o por pagar distinto del que efectivamente correspondiere, será sancionado con una multa de UNO (1) a CINCO (5) veces el importe de la diferencia...”

El inciso a) aplicaría en aquellos casos de subfacturación, mientras que el inciso c) en casos de sobrefacturación.

Los casos de *subfacturación* resultan de interés (desde el punto de vista tributario) para las administraciones aduaneras desde el punto de vista recaudatorio, pues un menor valor de transacción implica una menor base

imponible sobre la cual recaerán los gravámenes. Con lo cual, la administración aduanera tiene incentivos en perseguir estos casos, a través del inciso a) reseñado.

En cambio, en las *sobrefacturaciones* la suba en el precio significa mayor base imponible para los tributos que gravan la importación, con lo cual cabe preguntarse por qué la administración aduanera podría tener interés en perseguir casos de sobrefacturación a través del inciso c) reseñado, ya que en este supuesto el problema pareciera ser más bien de tipo cambiario<sup>228</sup> o impositivo<sup>229</sup>.

Tal vez, el motivo sea que la fiscalización aduanera es más rápida y efectiva que las otras, pues si se “atacare” el “problema” impositiva o cambiariamente, y la Dirección General Impositiva realizare una investigación de precios de transferencia, o el Banco Central un sumario cambiario, en ambos casos el importador podría continuar con la operatoria comercial de la mercancía importada, y eventualmente postergar el pago de aquello que correspondiere, por ejemplo, impositivamente.

Sin embargo, la denuncia infraccional por declaración inexacta interpuesta por la administración aduanera permite detener el despacho de importación hasta tanto se otorgue una garantía<sup>230</sup> (que puede ser con aval bancario, en efectivo, etc<sup>231</sup>) respecto del importe correspondiente a la multa y/o mercadería, lo cual genera un efecto operativo desgarrador para el importador, y mientras tanto ingresan fondos a las arcas del Estado. De tal manera que en estos casos de sobrefacturación, el Estado tiene incentivos en utilizar el cauce aduanero infraccional reseñado.

---

<sup>228</sup> Existiría un egreso de divisas mayor al que correspondiere.

<sup>229</sup> Un mayor costo de mercancías de aquel que correspondiere, implicaría una mayor deducción de aquella que correspondiere en la base imponible del impuesto a las ganancias.

<sup>230</sup> De conformidad con lo contemplado en los artículos 454 a 465 del Código Aduanero.

<sup>231</sup> Los interesados podrán optar por cualquier de las formas contempladas en el artículo 455 del Código aduanero.

Quizá uno de los incentivos para denunciar todo tipo de inexactitud haya sido el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) *in re* “Bunge Born”<sup>232</sup>, que permitió a la administración aduanera denunciar todos los casos de declaración inexacta (es decir, también los de sobrefacturación), reivindicando el llamado “principio de veracidad y exactitud” en la manifestación o declaración ante la aduana.

De tal manera, el cauce procedimental del sumario infraccional por declaración inexacta en violación del artículo 954, inciso c) del C.Ad., reviste importancia en los casos de triangulación en donde se verifique sobrefacturación (*markup*) en los precios de las operaciones concertadas entre el importador y el vendedor, pues la figura permite imponer una multa en aquellos casos en que se verifique una declaración inexacta que de pasar inadvertida produzca, o haya podido producir, un importe pagado o por pagar distinto del que correspondiere.

De la misma manera, el cauce procedimental del sumario infraccional por declaración inexacta en violación del artículo 954, inciso a) del C.Ad., reviste importancia en los casos de triangulación en donde se verifique subfacturación en los precios de las operaciones concertadas entre el importador y el vendedor, pues la figura permite imponer una multa en aquellos casos en que se verifique un perjuicio fiscal.

Así, en el apartado \_\_\_ del presente Capítulo se analizará la figura infraccional del artículo 954, incisos a) y c) del C.Ad., en términos generales. Luego, en el apartado \_\_\_ se analizará la aplicación del artículo 954 inciso c) en aquellas declaraciones efectuadas (en las solicitudes de destinación de importación para consumo) por el importador en esquemas de triangulación donde se verifique la existencia de un *markup* en el precio.

---

<sup>232</sup> Fallos: 321:1614

Como veremos, la cuestión a determinarse es si el tipo infraccional de declaración inexacta del artículo 954 incisos a) y c) exige para su configuración la declaración inexacta del “valor en aduana” de la mercadería, o la mera declaración inexacta del “precio de la operación”, resultando ambas cosas distintas.

Antes, efectuaremos algunas consideraciones relativas a la llamada “declaración aduanera”.

## 22. La declaración aduanera

El tipo penal previsto en el artículo 954 del C.Ad., incisos a) y b), consta de un núcleo estructural que comprende los siguientes elementos: (i) que se trate de una destinación u operación de importación o exportación (importación en nuestro caso); (ii) que exista una declaración ante la administración aduanera; (iii) que la misma difiera del resultado de la comprobación que realizare la propia administración aduanera; y (iv) que de pasar inadvertida, produjera o tuviera virtualidad para producir: (iv.i) un perjuicio fiscal (inciso a); o (iv.ii) un ingreso o egreso de divisas distinto al que efectivamente correspondiente (inciso c).

El análisis de la noción de *declaración aduanera* resulta fundamental. Idelfonso Sánchez González la define como una manifestación del hecho imponible o impositivo, cuya realización se pone en conocimiento de la administración solicitando además que se permita su perfeccionamiento.<sup>233</sup> El Consejo de Cooperación Aduanera la define como “... *el acto efectuado en la forma prevista por la aduana, mediante el cual los interesados indican el régimen aduanero que ha de aplicarse a las mercancías y comunican los*

---

<sup>233</sup> Idelfonso Sánchez González, “La declaración aduanera”, *Derecho aduanero*, Año I, N° 11 Ediciones de contabilidad moderna, 1969, p. 961 a 969.

*elementos cuya declaración exige la aduana para la aplicación de este régimen.*<sup>234</sup>

Esta definición comprende dos conceptos distintos. Por una parte, hace referencia al acto mediante el cual el interesado indica a la administración aduanera el régimen aduanero que desea aplicar a la mercancía, es decir, exterioriza la voluntad del titular de la mercadería de someterla a determinada destinación aduanera, dando inicio al trámite denominado “despacho aduanero”. Este acto también implica el compromiso de cumplir con las obligaciones inherentes al régimen aduanero a las cuales debe someterse el interesado.

Por otro lado, el concepto comprende el acto mediante el cual el mismo interesado comunica a la aduana los datos exigidos por ésta para aplicar dicho régimen aduanero, conocida como “declaración en detalle”, o “declaración informativa”.

La declaración aduanera, en este sentido, tiene por finalidad hacer conocer a la aduana los datos relevantes de la operación y la mercancía involucrada, lo que permitirá el control de forma eficiente y rápida. Precisamente, el carácter informativo de la declaración viene dado por el hecho de permitir que la administración aduanera realice un examen preliminar que es denominado “admisión de declaración de mercadería” o “control de presentación”, el cual se circunscribirá a un control extrínseco de la presentación a fin de establecer que se encuentren reunidos todos los elementos que exige la reglamentación, y a su vez, que esté agregada totalidad de la documentación complementaria necesaria.

Respecto de la estructura de la declaración aduanera, cabe mencionar que ésta se encuentra concebida en dos etapas. En este sentido, la Resolución

---

<sup>234</sup> Enrique C. Barreira, “La solicitud de destinación aduanera y la declaración aduanera”, *Revista de Estudios Aduaneros*, publicación semestral Año XI 1º y 2º semestre 2001, N° 14, Instituto Argentino de Estudios Aduaneros, p. 116.

ANA 2433/1996, que modificó el punto 4.2 de la Resolución 1789/1992, expresa que *“la declaración comprometida consta estructuralmente de dos porciones: una fundamental, que comprende el ajuste a textos de la nomenclatura y una complementaria, que incluye obligatoriamente, de existir, los textos de los correspondientes desarrollos vigentes del arancel integrado aduanero (sistema María) y los códigos y textos de los consecuentes sufijos de valor y estadísticas que afecten a la posición arancelaria de que se trate, cualquiera fuese el nivel en que se inscriban tales sufijos (capítulo, partida, subpartida, posición)”*.<sup>235</sup>

Es decir, la primera etapa de la declaración aduanera debe ser realizada por el responsable del medio de transporte, cualquiera sea la vía de arribo al lugar de introducción al territorio aduanero. La segunda, que será efectuada por quien tenga la disponibilidad jurídica de la mercadería ya transportada.

Señala Enrique C. Barreira, que el transportista no tiene posibilidad de constatar las características de la mercadería contenida en los bultos contenedores cerrados, por lo que la declaración que supone la presentación del manifiesto sólo puede referirse a la cantidad de bultos, su volumen y su peso por lo que las diferencias punibles en esa fase sólo se deben a “sobrantes” o “faltantes”.<sup>236</sup>

Este sistema estructurado sobre dos declaraciones, la primera con motivo del arribo del medio transportador al territorio aduanero, y la segunda con motivo de darle a la mercadería una destinación aduanera por parte del que legalmente se encuentra habilitado para ello, tienen, en caso de discrepancias con la verificación, responsabilidades diferentes, ya que son distintos supuestos de exactitud y veracidad a observar.

---

<sup>235</sup> Mario A. Alsina y otros, *Código Aduanero Comentado*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011, Vol. III, p. 383.

<sup>236</sup> Enrique C. Barreira, *supra* nota 234, pp. 144-145.

Ahora bien, esta declaración de datos debe ser veraz, completa e inequívoca, dado que se pretende que la administración aduanera pueda correctamente clasificar y, según lo considere más apropiado, valorar la mercadería en el caso de la exportación.

Esto es así en tanto, salvo en los supuestos expresamente previstos por la propia ley, no se admitirá rectificación, ampliación o modificación a la declaración aduanera, por lo que ésta en principio es inalterable una vez registrada.<sup>237</sup>

La previa declaración posibilita lo que se denomina el “despacho de confianza”, mediante el cual la administración aduanera confía en la corrección de la declaración en cuanto a que contiene los elementos necesarios para su correcta clasificación y valoración.<sup>238</sup>

*23. El tipo infraccional de “declaración inexacta” en el artículo 954, inc. a) y b) del C.A.*

Como dijimos, el artículo 954 incisos a) y c) del C.Ad. sanciona al importador que efectúe ante la administración aduanera una declaración que difiera de la que resultare de la comprobación, siempre que produjere o hubiere podido producir: a) un perjuicio fiscal; (...); c) el ingreso o egreso desde o hacia el exterior de un importe pagado o por pagar distinto del que efectivamente correspondiere.

La comprobación de la administración aduanera debe limitarse a analizar si el importador realizó una declaración completa, consignando correctamente la naturaleza, especie, calidad, estado, cantidad, precio, origen y procedencia de la mercancía, de modo de permitirle, en su caso,

---

<sup>237</sup> Horacio Félix Alais, “Declaraciones inexactas y la causal exculpatória del art. 959 inc. A) del Código Aduanero”, *Instituto Argentino de Estudios Aduaneros*, 2/08/2010. Documento digital disponible en: <http://www.iaea.org.ar/doctrina-y-opinion/la-infraccion-aduanera-declaraciones-inexactas-y-la-causal-exculpatoria-del-art-959-inc-a-del-codigo-aduanero.htm>

<sup>238</sup> Mario A. Alsina y otros, *supra* nota 234, p. 381.

una correcta clasificación y/o valoración de ésta. Por lo tanto, no corresponde que la administración aduanera interprete como valor “comparado o que resultare de la comprobación” -en la terminología del artículo 954 del C.A.- a aquel que pudiere surgir de un ajuste de valor, siempre que el importador haya declarado el precio realmente pagado o por pagar.

El tipo infraccional no exige para su configuración la declaración inexacta del “valor en aduana” de la mercadería, sino la declaración inexacta del “precio de la operación”<sup>239</sup>, cosa bien distinta, pues como dice Sarli, aceptar lo primero carecería de sentido lógico, pues implicaría pretender exigir la declaración del “valor en aduana” para la correcta determinación del “valor en aduana”.<sup>240</sup>

Además, para que pueda imponerse una sanción al importador en los términos del 954, del C.Ad., debe mediar una prueba positiva y fehaciente a cargo de la administración aduanera tendiente a demostrar que el precio declarado es falso o inexacto,<sup>241</sup> pues deberá comprobarse que el precio declarado no coincide con el precio pagado. No debe perderse de vista que en el campo infraccional rige el requisito de tipicidad del hecho punible tal como rige para los delitos del derecho criminal, los cuales exigen el previo análisis de los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional, y 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, pues recordemos que los derechos y garantías aplicables en el proceso penal, resultan plenamente aplicables a los procedimientos administrativos infraccionales de naturaleza sancionatoria, conforme la jurisprudencia de la C.S.J.N.<sup>242</sup> y de la Corte

---

<sup>239</sup> TFN, “Acindar S.A. s/rec. de apelación”, TFN N° 28.374-A, Sala “E”, sentencia del 11/07/2013.

<sup>240</sup> Jorge C., Sarli, “Inadmisibilidad del valor de exportación”, “Estudios de Derecho Aduanero – Homenaje al Dr. Juan Patricio Cotter Moine”, *Lexis Nexis*, Bs. As. 2007, p. 377.

<sup>241</sup> Jorge C., Sarli, *supra* nota 240, p. 380.

<sup>242</sup> Véase: “Marchal”, CSJN, 10/04/2007, *Fallos* 330:1427, (Disidencia de los jueces Fayt y Zafaroni, pp. 5-7); “Org. Coord. Argentina”, CSJN, 27/06/200, *Fallos* 323:1787,



Interamericana de Derechos Humanos<sup>243</sup>. En este sentido, el C.Ad. ha introducido normas específicas que obedecen en parte a estos principios (arts. 894, 895 y 896).

Por ello, *a priori* una discusión que versa sobre el precio facturado por el vendedor y el precio del exportador donde la mercadería sale expedida, no pareciera tener cabida dentro de esta figura. Eventualmente, aquello podrá implicar una discusión acerca de la aceptabilidad del valor de transacción como base de valoración o sobre la influencia de la vinculación en el precio (ver lo explicado en el siguiente apartado).

Sin embargo, la cuestión se torna compleja cuando no resulta claro si el “precio declarado” (por ejemplo, el de la factura comercial) es realmente el “precio pagado o por pagar”<sup>244</sup>, pues puede ocurrir que el importador declare el precio consignado en la factura comercial emitida por el vendedor, pero luego se descubra que dicho precio no era el precio realmente “pagado o por pagar” de la operación, ya que el vendedor emitió notas de créditos (*a posteriori*) al importador en relación a dicha operación. Aquí, entonces, estaríamos frente a una operación cuyo precio se forma no

---

documento digital, pp. 3-4; “Butyl”, CSJN, 16/10/2002, *Fallos* 325:2711, documento digital, pp. 1-2; “Mallmann”, CSJN, 5/09/2000, *Fallos* 323:2357, documento digital, p. 5; “Hojman”, CSJN, 11/04/2006, *Fallos* 329:1180, documento digital, p. 13; “Messen”, CSJN, *Fallos* 244:301, documento digital, (Sumario, p. 1); “Giroldi”, CSJN, 7/04/1995, *Fallos* 318:314, documento digital, p. 3; “Martins”, CSJN, 30/04/1996, *Fallos* 319:699, documento digital, pp. 1-2; “Arce”, CSJN, 14/10/1997, *Fallos* 320:2145, documento digital, pp. 6-7; “Gorriarán”, CSJN, 19/10/1999, *Fallos* 322:2488, documento digital, pp. 2-3. Fallos disponibles en la web oficial de la CSJN, en: <http://www.csjn.gov.ar/jurisp/jsp/sumarios.do?usecase=goConsultaJurisprudencia&internet=Y>

<sup>243</sup> Véase: “Herrera Ulloa”, CIDH, 2/07/2004, *Serie C* N° 107, documento digital (pdf), p. 81; “Herrera Ulloa”, *cit.*, voto razonado del juez Ramirez, documento digital (Word), p. 9 y ss.; “Barreto Leiva”, CIDH, 17/11/2009, *Serie C* N° 206, documento digital (pdf), p. 19; “Castillo Petruzzi”, CIDH, 30/05/1999, *Serie C* N° 52, documento digital (pdf), p. 53; “Baena Ricardo”, CIDH, 28/11/2003, *Serie C* N° 104, documento digital (pdf), p. 32; “Ivcher Bronstein”, CIDH, 6/02/2001, *Serie C* N° 74, documento digital (pdf), pp. 51-52; “Tribunal Constitucional”, CIDH, 31/01/2001, *Serie C* No. 71, documento digital (pdf), *passim*. Fallos disponibles en la web oficial de la CIDH, en: <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>

<sup>244</sup> Conforme al artículo 1, *primer párrafo*, del Acuerdo de Valor de la OMC.

solo con la factura comercial, sino con otros documentos (las notas de créditos).

Otra cuestión, aún más compleja, es cuando el importador declara en la llamada “hoja de valor” que el precio no ha sido influido por la vinculación entre las partes, y luego, se descubre lo contrario. Aquí, si bien puede haber casos en donde el importador pudo haber declarado a sabiendas que el precio fue influido por la vinculación, lo cierto es que en muchos casos ello no surge patente, ni resulta claro a falta de una metodología clara, sistemática, precisa y concreta de aplicación del artículo 1 del Acuerdo de Valor de la OMC, y su Nota Interpretativa, que le permitan al importador *ex ante* a cada declaración, contar con herramientas precisas.

Ahora bien, aún en aquellos casos en donde la administración aduanera pretenda aplicar el artículo 954, incisos a) y b) del C.Ad. al importador que haya declarado falta de influencia de la vinculación sobre el precio, tal circunstancias deberá ser investigada en el marco de un *procedimiento de estudio de valor* de conformidad con lo previsto en el Acuerdo de Valor del GATT. Luego, y una vez determinada la influencia de la vinculación sobre precio, podrá entonces comenzar a discutirse la aplicación de la infracción.

En los casos de triangulación, de acuerdo a lo señalado en comienzo de este capítulo, la realidad demuestra que en la mayoría de los casos en que la administración aduanera cuando detecta diferencias de precios entre el país de expedición de la mercancía y el país vendedor, automáticamente y por esa sola circunstancia, interpone una denuncia por declaración inexacta del artículo 954 del C.Ad. contra el importador.

Incluso, en algunos casos, la administración aduanera ha llegado a sostener en el marco de un sumario infraccional la constatación de *estructuras comerciales que desplazan de manera “artificial” ganancias y costos de un lado al otro*. Ello, sin siquiera haber iniciado un procedimiento

de valor contra el importador, y sin que haya existido una determinación de oficio firme por parte de la Dirección General Impositiva.

Lo cierto es que, la sola circunstancia de que exista una estructura de “triangulación” por sí misma no implica declaración inexacta en los términos del artículo 954 del C.Ad., pues para que pueda imponerse una sanción al importador en dichos términos, debe mediar una prueba positiva y fehaciente a cargo de la administración aduanera tendiente a demostrar que el precio declarado es falso o inexacto,<sup>245</sup> pues deberá comprobarse que el precio declarado no coincide con el precio pagado.

En su caso, ante el hipotético caso que mediaren circunstancias o elementos de juicio que permitiesen a la Aduana apartarse del método de valoración previsto por el art. 1º del Acuerdo de Valoración de la OMC, es claro que tales circunstancias no implican por sí solas la falsedad del precio, ni constituyen la comprobación suficiente para sustentar una condena por infracción en los términos del 954, ap. 1, inc. c) del del C.A.<sup>246</sup>

#### *24. El procedimiento infraccional de declaración inexacta en Argentina*

Si el importador escoge valorar las mercancías conforme al primer método de valoración, la administración aduanera debe en principio respetar el valor de transacción, es decir, el precio acordado por las partes. Solo con motivos fundados, y luego del procedimiento previsto por el artículo 1.2.a. del Acuerdo de Valoración de la OMC y la Resolución General AFIP 2730/2009<sup>247</sup> (donde intervendrá el importador), puede la administración aduanera desestimar el valor de transacción declarado por el importador.

---

<sup>245</sup> Jorge C., Sarli, *supra* nota 240, p. 380.

<sup>246</sup> Fernando G., Camauër, “La punibilidad de la declaración de valor de importación - discrepancia en el seno del T.F.N.”, *Revista de Estudios Aduaneros*, p. 32. Documento digital disponible en: <http://www.iaea.org.ar/global/img/2010/09/Camauer1.pdf>

<sup>247</sup> Cuando la aduana estima necesaria una investigación sobre el valor de transacción por considerar que el mismo está influido por la relación de vinculación, debe dar oportunidad al importador de presentar información atinente a las circunstancias que

Por tal motivo, el sumario por declaración inexacta iniciado contra el importador por supuesta influencia de la vinculación sobre el precio, debe respetar el procedimiento previsto por el artículo 1.2.a. del Acuerdo de Valoración de la OMC y la Resolución General AFIP 2730/2009, de lo contrario la administración aduanera podría sustraerse de sus obligaciones internacionales a través de una simple maniobra procedimental.

La jurisprudencia de nuestros tribunales se ha encontrado enteramente en sintonía con estos lineamientos, pues ha dicho por ejemplo que *"la aduana... debe formular las observaciones al valor de transacción de manera fundada y motivada"*<sup>248</sup>.

En igual sentido, se ha dicho que:

"... cuando el área de valoración determina que el valor de la mercadería en cuestión no se ajusta al art. 1 del Acuerdo relativo a la aplicación del art. VII del GATT, debe dejar constancia indicando el o los motivos por los cuales se desestimó la aplicación de un determinado método y fundamentar la elección del método de valoración adoptado, requisito que no ha cumplido; por todo lo cual resulta claro que el servicio aduanero omitió satisfacer los recaudos esenciales que justificasen el rechazo del valor de transacción mediante el aporte preciso y específico de los datos, elementos y razones para la adopción de tal temperamento, lo cual impide que en el caso aquí ventilado se hubiese operado -en forma válida y eficaz- la traslación al importador de la carga de demostrar la verosimilitud de los valores declarados (confr. esta Sala, fallo de 28/10/10 "Distribución S.R.L. (TFN 22146) c/DGA", Sala IV, fallo del 16/02/10 "Applica Americas Inc. Sue. Arg. (TFN 21374-A) c/DGA"). En este sentido debe señalarse que en el procedimiento de ajuste de valor, quien afirma el hecho que origina el conflicto es el servicio aduanero, por lo tanto es quien deberá probar la veracidad de su cuestionamiento y, de lograrlo se transferirá al importador -en este caso- la carga de demostrar la legitimidad de su declaración. Así, hasta tanto la Aduana no produzca la prueba eficiente respecto de la necesidad de un ajuste del valor declarado, ninguna carga pesa sobre el

---

rodean la venta, incluyendo la forma en que el comprador y el vendedor tienen organizados sus negocios y la forma en que se ha fijado el precio, todo ello con vistas a determinar si la relación de vinculación ha influido o no en el precio. A tal fin, la misma AFIP a través de la Resolución General 2730/2009, estableció un procedimiento específico para el control del valor de importación.

<sup>248</sup> CNACAF, Sala III, "Argaman S.A. (TFN 20.930-A) c/ DGA", sentencia del 2 de febrero de 2011.

particular (en este sentido Sala IV in re: "Macnet S.A. (TFN 14723-A) c/DGA" del 13/09/05)"<sup>249</sup>.

En cuanto a la obligatoriedad de utilizar los métodos de valoración previstos en el Acuerdo, y en el orden allí establecido, el Tribunal Fiscal de la Nación ("TFN") tuvo la oportunidad de decir que:

"... la valoración en aduana de mercaderías importadas debe realizarse de conformidad con lo dispuesto por el Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994... que establece que el valor de transacción es la primera base para la determinación del valor en aduana... Que el sistema de valoración allí aprobado se basa en un criterio principal, contenido en el art. 1° y cuatro criterios secundarios, que deben aplicarse, en principio, sucesivamente en el mismo orden en que se los enumera (con la salvedad de la posibilidad de invertir el orden de aplicación previsto con relación a los arts. 5 y 6)"<sup>250</sup>.

## **XVI. La infracción del artículo 954, inciso c del C.Ad. y las triangulaciones**

Siguiendo con el caso estudio planteado en el presente trabajo, plantearemos un caso de sobrefacturación en operaciones de triangulación: supongamos que la EF le vende mercadería a la EDR, y ésta luego la re-vende a la EDL ubicada en Argentina. La mercadería es transportada directamente desde México (o India) a Argentina. Por su parte, la EDL declara el precio pactado con la EDR.

Luego, la administración aduanera procede a intercambiar información con el país desde donde la mercadería fue expedida, y observa que el precio de venta de la EF a la EDR es notablemente superior al precio de venta (o mejor dicho de re-venta) de la EDR a la EDL.

Desde el punto de vista económico, la primera sospecha es que la vinculación entre las partes habrían influido en el precio de venta entre la

---

<sup>249</sup>CNACAF, Sala II, "Applica Americas Inc. Sue. Arg. (TFN 22.145-A) c/DGA, sentencia del 11 de noviembre del 2011.

<sup>250</sup>TFN, "Quiroga Carlos c/Dirección Gral. de Aduanas s/recurso de apelación", Expte. 26812-A, sentencia del 17 de junio de 2013.

EDR y la EDL, pues *prima facie* no pareciera estar justificado en condiciones *arm's length* que el precio de venta entre la EDR y la EDL fuera inferior que entre la EF y la EDR.

A los fines infraccionales la administración aduanera probablemente afirmará que existe una inexactitud en el precio declarado y documentado por la EDL, pues el precio de exportación del lugar donde la mercadería fue expedida no coincide con aquel. De esta manera, aparecen dos precios, (i) el precio declarado por la EDL; y (ii) el *precio resultado de la comprobación* obtenida por la administración aduanera a través del intercambio de información con el país desde donde la mercadería fue expedida.

Luego, el funcionario llamado a resolver el procedimiento en sede aduanera seguramente confirmará el ajuste de valor, y al mismo tiempo, impone una condena por la infracción contemplada en el artículo 954, incisos a) y c) del C.Ad. (en el mismo procedimiento). Para ello, dará el mismo fundamento, es decir, dirá que existe diferencia entre el “precio declarado” por la EDL y el precio resultado de la comprobación.

Así es que, en los casos de triangulación, la mera discrepancia entre el precio dado entre la EF y la EDR, y el precio dado entre la EDR y la EDL, resulta motivo suficiente para que la administración aduanera efectúe la denuncia en los términos del artículo 954, inciso c), del C.A.

Frente a este panorama, el importador podrá recurrir al Tribunal Fiscal de la Nación argumentando que la norma requiere, para el perfeccionamiento de la infracción bajo examen, que exista una diferencia entre el “valor declarado y documentado”, por un lado, y el precio “pactado en la operación”, por el otro, cosas bien distintas.

En la instancia ante el Tribunal Fiscal de la Nación las sentencias de las distintas Salas suelen ser disimiles pues, ante la misma hipótesis, en algunos

casos condenan al importador y en otros lo absuelven<sup>251</sup>. Por otra parte, como señala Sarli, en la gran mayoría de estos casos los ajustes se efectúan sin seguir el procedimiento previsto y reglado en el propio Acuerdo de Valor del GATT.

### *25. El estudio de valor y la “declaración inexacta”*

Todo importador en Argentina tiene la obligación de declarar en la llamada “hoja de valor” si la vinculación influyó en el precio pagado o por pagar, a efectos de que la administración aduanera pueda revisar en detalle el valor transacción. Ahora bien, supongamos que la administración aduanera realiza un estudio de valor sobre importaciones efectuadas en esquemas de triangulación, y descubre que el precio ha sido influido por la vinculación, cabría preguntarnos si en ese caso se configura la infracción por declaración inexacta del artículo 954 del C.A.

Siguiendo con el caso que tomamos como examen, supongamos que la administración aduanera emprende un estudio de valor sobre los bienes importados por la EDL, y tal efecto, procede a revisar su estudio de precios de transferencia correspondiente. Supongamos que en el marco de dicho estudio observa que el margen neto de ganancias generadas por la venta en Argentina de los productos importados, se encuentran debajo del rango *arm's length* determinado en el propio estudio de precios de transferencia, y que como consecuencia de ello, la EDL indicó que recibirá notas de crédito de la EDR para compensar esa diferencia.

Desde el punto de vista aduanero, ello por si solo demostraría que el precio declarado por la EDL estuvo influido por su vinculación con la EDR. También, demostraría que el precio declarado por la EDL no fue el precio

---

<sup>251</sup> Entre otras sentencias tenemos, (i) sentencias condenatorias: “Junitex SRL”, TFN, 13/02/2007 -condena firme; “Di Tommaso” TFN, 29/04/2005. (ii) Sentencias absolutorias: “Leterve, J.”, TFN, 9/11/2004 -confirmada por la Cámara-; “Fullerton SRL”, TFN, 6/04/2005; “Tchokla”, 20/08/2002, TFN -quedó firme; “Amati”, 22/11/2006. Cit por: Jorge C. Sarli, *supra* nota 240, p. 372.

realmente pagado o por pagar, porque surgiría claramente del estudio de precios de transferencia que la EDR tendría que reembolsar parte de ese precio como consecuencia de la nota de crédito.

En este contexto, sería difícil utilizar el estudio de precios de transferencia para demostrar que el precio declarado por la EDL no estuvo influido por la vinculación, porque el ajuste realizado sobre el precio para caer dentro del rango *arm's length*, probaría por si mismo que el precio previamente declarado a la administración aduanera no fue *arm's length*, ni tampoco -como dijimos- que este fue el precio realmente pagado o por pagar por parte de la EDL.

Estos elementos tornarían inexacta la declaración, por dos razones: (i) si la EDL declaró en la hoja de valor que el precio no fue influido por la vinculación, ello se tornaría en una declaración inexacta; (ii) en el caso del reembolso de la EDR, también ello demostraría que el precio declarado es inexacto, por cuanto no se trató del precio realmente pagado o por pagar.



### *Conclusiones*

Cuando se está frente a una operación de triangulación debemos comenzar el análisis partiendo de un sin número de preguntas, pues dicho esquema debe ser analizado conforme a una metodología sistemática, racional y organizada. Dicha metodología son las directrices de la OCDE (puntualmente el Capítulo 9), que por su parte recepta en gran medida la propia LIG. Partiendo de esta información, habría que evaluar cómo aplicarlas y/o utilizarlas desde el punto de vista del derecho aduanero argentino.

Lo cierto es que si la operación de triangulación está debidamente estructurada y documentada en un estudio de precios de transferencia, no parecería razonable decir simplemente que el valor de transacción ha sido influido por la vinculación, y consecuentemente proceder a imponer una multa o ajustar el valor en aduana de la mercancía, según sea el caso.

De acuerdo a la metodología propuesta, el triangulador puede ser una entidad que asumió riesgos, tiene empleados, etc., y entonces la administración debe ir un poco más lejos que la mera discrepancia entre la constatación de los valores (a través del sistema INDIRA) entre el país de expedición de la mercancía y el valor declarado por el importador.

El examen y la indagación del precio realmente pagado o por pagar debe efectuarse con seriedad, y sobre todo utilizando la ventaja del intercambio de información, ya que en principio los trianguladores son personas jurídicas reales y sus ventas también lo son.

En la actualidad existen muchas herramientas económicas para analizar este tipo de fenómenos, que no dejamos de reconocer en muchos casos revisten suma complejidad desde el punto de vista económico. Pero también, debemos decir que muchas empresas realizan los estudios de

precios de transferencia de manera correcta, y justamente explican todos y cada uno de estos fenómenos. Dicha metodología ha sido desarrollada por la OCDE desde hace ya más de 14 años, lo cual indica que esta temática lleva ya un cierto desarrollo.

Muchos de los estos estudios de precios de transferencia son preparados de manera seria y precisa, con lo cual, resulta sumamente repudiable que la administración aduanera simplemente aduzca que el precio realmente pagado o por pagar ha sido influido por la vinculación en operaciones de triangulación, por su sola condiciones de ser.

Para ello, deberán buscarse los argumentos y explicar las razones que motivan a la administración aduanera a apartarse del análisis económico que el fenómeno requiere, pues si el importador adapta sus precios de importación a un estudio de precios de transferencia, el camino parece ser el correcto. Sin embargo, hoy día ello no garantiza nada, pues el Acuerdo de Valor de la OMC es muy amplio, y la administración aduanera no parece ser clara respecto del criterio a aplicar en los casos de triangulación. Hay pues, un grado sumamente amplio de discrecionalidad y arbitrariedad que sin dudas debe ser evitado.

En un mundo perfecto en el cual las empresas y la aduana cuentan con información disponible para preparar y analizar un estudio de precios de transferencia, no debería haber mayor grado de discusión, pues no habría dificultad en determinar, y/o analizar, si la política de precios de transferencia cumple o no con el valor de transacción determinado en el estudio de precios de transferencia, y si estos se corresponden con las transacciones examinadas por la administración aduanera.

El estudio de precios de transferencia confeccionado detalladamente, teniendo en consideración las reglas de uno u otro sistema, debería servir

para probar económicamente que el precio pagado o por pagar es *arm's length*. En ambos sistemas hablamos de una prueba de tipo económico, cuyo objetivo es probar que un precio se parece a otro, ¿a cuál?, al que habrían pactado partes independiente en análogas circunstancias, pues en precios de transferencia, sea en aduana o en impuestos, lo que se hace es probar la semejanza entre una y otra cosa. Hablamos siempre de una prueba de tipo económica, que serviría para fundamentar un precio tanto en materia aduanera como en materia impositiva.

De acuerdo al sistema propuesto y desarrollado, el importador podría fundamentar que la vinculación no afectó al precio pagado o por pagar, y si la administración aduanera no está de acuerdo, debería tener que explicar en qué sistema se basa para decir que hay otra forma de determinar que la vinculación influyó en el precio. Porque hasta ahora el único sistema conocido para demostrar que un precio es *arm's length*, y que cuenta con elaboración y adhesión de casi todos los países, es el desarrollado por la OCDE en sus Directrices. No hay otro sistema o reglas económicas para establecer si los precios en aduana entre empresas vinculadas son *arm's length*.

Cabe hacer especial mención a la utilización de bases de datos, por cuanto es frecuente que la administración aduanera se escude aduciendo que sus aseveraciones se fundamentan en consultas efectuadas en dichas base de datos. Pero lo cierto es que no se puede comparar precios contra precios tan fácilmente, pues no es fácil encontrar volúmenes, calidad o tipo de productos similares, por ello la metodología desarrollada por la OCDE tiene su grado de complejidad.

La tendencia en el plano internacional apunta a la armonización de ambos sistemas, o por lo menos a buscar puntos de conexión para utilizar las ventajas de un sistema sobre el otro. Los instrumentos del CTVA están

trabajando en la temática. Muy recientemente, incluso cuando el presente trabajo ya había concluido, la World Customs Organization, publicó las “*Guide to Customs Valuation and Transfer Pricing*” propendiendo a la armonización y conexión de ambos sistemas.

Es cierto que sucede que hay diferencias, las cuales están dadas principalmente por la metodología de trabajo de una y otra rama. Es decir, ocurre que precios de transferencia por lo general trabaja sobre información contable que engloba un conjunto de operaciones, mientras que la aduana por lo general examina una sola operación, o mas bien una serie de operaciones correspondiente a una o varias posiciones arancelarias. Incluso, muchos estudios de valor analizan todas las transacciones de un año, respecto de una o una serie de posiciones arancelarias, con lo cual hoy día no es extraño que la administración aduanera se refiera al concepto “margen de ganancias”, en el marco de un estudio de valoración en aduana de mercancías. Por lo tanto, que en el mundo de la valoración aduanera se analiza una sola transacción no parece ser tan cercano a la realidad.

Además, no es lo mismo que una compañía elabore un estudio de precios de transferencia sobre sus ganancias globales analizando globalmente las actividades de distribución sobre 4 líneas de productos distintas o 100 (donde probablemente la aduana diga que no le sirve del todo dicho estudio), a aquella situación en donde la compañía tiene una política de precios en la que puede demostrar que cuando compra a su proveedor cumple con todas y cada una de estas reglas de tipo económica. Es decir, compra cada línea de productos respetando siempre el mismo margen.

Por último, es cierto que hay que tratar de lograr que las empresas propendan a lograr dicho objetivo, es decir determinen sus precios teniendo en cuenta las reglas de ambos sistemas, y luego preparando estudios de precios de transferencia que pongan a disposición esta información para que

las aduanas tengan la posibilidad de controlar y examinar las circunstancias de la venta en tal sentido.



## *Bibliografía*

### **ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO**

#### COMITÉ TÉCNICO DE VALORACIÓN EN ADUANA

##### Opiniones Consultivas

- OMC, Comité Técnico de Valoración en Aduana, Opinión Consultiva 21.1.
- OMC, Comité Técnico de Valoración en Aduana, Opinión Consultiva 14.1.
- OMC, Comité Técnico de Valoración en Aduana, Opinión Consultiva 15.1.
- OMC, Comité Técnico de Valoración en Aduana, Opinión Consultiva 1.1.

##### Comentarios

- OMC, Comité Técnico de Valoración en Aduana, Comentario 22.1, año 2007.
- OMC, Comité Técnico de Valoración en Aduana. Comentario 14.1.

##### Caso de Estudio

- OMC, Comité Técnico de Valoración en Aduana, Caso de Estudio 10.1

##### Documentos

- OMC, Comité Técnico de Valoración en Aduana, Documento VT0647E1
- OMC, Comité Técnico de Valoración en Aduana, Documento 07VL0030-KS
- OMC, Comité Técnico de Valoración en Aduana, Documento VO0675Ea

## **PUBICACIONES DE LA WCO**

- World Customs Organization, *Guide to Customs Valuation and Transfer Pricing*, Version 1.0 – Junio 2015. Documento digital disponible en: <http://www.wcoomd.org/en/topics/key-issues/revenue-package/~media/36DE1A4DC54B47109514FFCD0AAE6B0A.as hx>

## **LEGISLACIÓN**

### **ARGENTINA**

- Ley 23.311
- Ley 24.425
- Ley 22.415 y sus modificaciones.
- Resolución General 2730/2009 de AFIP.

### **EUROPA**

- Comisión Europea, *Compendio de textos sobre valor en aduana del Comité del Código Aduanero*, Bruselas, 8 de octubre de 2003.

## **JURISPRUDENCIA**

### **ARGENTINA**

- CNFed. CA, Sala IV, “*Di Dieco, Francisco (TF 19803-A) c. D.G.A.*”, 17/06/2014.
- TFN, “*Di Dieco Francisco c/ Dirección General de Aduanas s/ recurso de apelación*”, JU-19803-2013.
- TFN, “*Acindar S.A. s/rec. de apelación*”, (Nº 28.374-A), Sala “E”, sentencia del 11/07/2013
- TFN, 17/VI/2013, *Quiroga Carlos c/Dirección Gral. de Aduanas s/recurso de apelación*.



- CNFed. CA, Sala III, 2/II/2011, *Argaman S.A (TFN 20930-A) v. DGA.*
- CNFed. CA, Sala III, 11/XI/2010, *Applica Americas Inc. Suc. Arg. (TFN 22145-A) c/DGA.*
- CNFed. CA, Sala II, 28/X/10, *Distribución S.R.L. (TFN 22146) c/DGA.*
- CNFed. CA, Sala II, 16/II/10, *Applica Americas Inc. Suc. Arg. (TFN 21374-A) c/DGA.*
- CIDH, “Barreto Leiva”, 17/11/2009, *Serie C N° 206.*
- CSJN, “Marchal”, 10/04/2007, *Fallos 330:1427.*
- TFN, “Junitex SRL”, 13/02/2007.
- TFN, “Amati”, 22/11/2006.
- CSJN, “Hojman”, 11/04/2006, *Fallos 329:1180.*
- CNFed. CA, Sala IV, 13/IX/05, *Macnet S.A. (TFN 14723-A) c/DGA.*
- TFN, “Di Tommaso”, 29/04/2005.
- TFN, “Fullerton SRL”, 6/04/2005.
- TFN, 9/11/2004.
- CIDH, “Herrera Ulloa”, 2/07/2004, *Serie C N° 107.*
- CIDH, “Baena Ricardo”, 28/11/2003, *Serie C N° 104,*
- CIDH, “Herrera Ulloa”, *cit.*, voto razonado del juez Ramirez.
- CSJN, “Butyl”, 16/10/2002, *Fallos 325:2711*
- TFN, “Tchokla”, 20/08/2002.
- CIDH, “Ivcher Bronstein”, 6/02/2001, *Serie C N° 74,*
- CIDH, “Tribunal Constitucional”, 31/01/2001, *Serie C No. 71,*
- CSJN, “Mallmann”, 5/09/2000, *Fallos 323:2357.*
- CSJN, “Org. Coord. Argentina”, 27/06/2000.
- CSJN, “Gorriarán”, 19/10/1999, *Fallos 322:2488.*
- CIDH, “Castillo Petruzzi”, 30/05/1999, *Serie C N° 52.*
- CSJN, “Arce”, 14/10/1997, *Fallos 320:2145.*
- CSJN, “Martins”, 30/04/1996, *Fallos 319:699.*
- CSJN, “Girolodi”, 7/04/1995, *Fallos 318:314.*
- TFN, Sala G, 7/X/1993, *ESSO S.A.P.A. v. A.N.A. s/ recurso de apelación.*
- CSJN, “Messen”, Fallos 244:301.

#### U.S.A

- *Nissho Iwai American Corp. v. United States*”, 982 F. 2d 505, 511, Corte Federal de Circuito de EE.UU, 1992.

#### DECISIONES ADMINISTRATIVAS

## U.S.A

- U.S. Customs Services, Decisión HQ 545604.
- U.S. Customs Services, Decisión HQ 097035.
- U.S. Customs Services, Decisión HQ 545144.
- U.S. Customs Services, Decisión HQ 545648.
- U.S. Customs Services, Decisión HQ 544640.
- U.S. Customs Services, Decisión HQ H219515.
- U.S. Customs Services, Decisión HQ H176775.
- U.S. Customs Services, Decisión HQ H037375.
- U.S. Customs Services, Decisión HQ 546979.
- U.S. Customs Services, Decisión HQ 548482.
- U.S. Customs Services, Decisión HQ 547672.
- U.S. Customs Services, Decisión HQ H219515.
- U.S. Customs Services, Números de Protesta 4601-09-150323.
- U.S. Customs Services, Números de Protesta 4601-09-150283.
- U.S. Customs Services, Números de Protesta 4601-09-150149.
- U.S. Customs Services, Números de Protesta 4601-09-150324.
- U.S. Customs Services, Números de Protesta 4601-09-150163.
- U.S. Customs Services, Números de Protesta 4601-09-150286.
- U.S. Customs Services, Números de Protesta 4601-09-150223.
- U.S. Customs Services, Números de Protesta 4601-09-150228.

## LIBROS

- AA.VV., *Transfer Pricing and Customs Valuation - Two worlds to tax as one*, BAKKER, Anuschka y OBUOFORIBO, Belema, (editores), Amsterdam, IBFD, 2009.
- AA.VV., *Manual de Precios de Transferencia en Argentina*, Cecilia, Goldemberg, (directora), Buenos Aires, La Ley, 2007.
- Carlos J., Lascano, *El Valor en Aduana de las Mercaderías Importadas*, Buenos Aires, Osmar Buyatti, 2da edición, 2007.
- Daniel, Zolezzi, *Valor en Aduana*, Buenos Aires, La Ley, 2007.

- Juan M., Jovanovich, *Customs Valuation and Transfer Pricing - Is it Possible to Harmonize Customs and Tax Rules?*, London, Kluwer Law International, 2002.
- Mario, Alsina, et. al., *Código Aduanero Comentado*, t. 3, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011.
- Ricardo, Echegaray, *La Administración Tributaria frente al Contribuyente Global – Aspectos técnicos y prácticos relevantes*, Buenos Aires, La Ley, 2013.
- S. Sherman, y H. Glanshoff, *Customs Valuation. Commentary on the GATT Customs Valuation Code*, New York, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1988.
- Victor, Uckmar, *Manual de Derecho Tributario Internacional*, Buenos Aires, La Ley, 2011.

#### **ARTICULOS/PUBLICACIONES/CONFERENCIAS**

- Cesar, García Novoa, “Precios de Transferencia y Valoración en Aduana”, *Revista Latinoamericana de Derecho Tributario*, ILDT.
- Eduardo, Mallea, “Las denominadas ‘Triangulación’ y ‘opacidad fiscal’ en el comercio internacional. Algunas medidas adoptadas por la AFIP en el ámbito aduanero”, *Jornadas Internacionales de Derecho Aduanero (año 2011)*, Panel 2: “Exportaciones: Estímulos impositivos y aduaneros”, Asociación Argentina de Estudios Fiscales, IV.
- Enrique C., Barreira, “La solicitud de destinación aduanera y la declaración aduanera”, *Revista de estudios aduaneros*, publicación semestral Año XI 1º y 2º semestre 2001, N° 14, Instituto Argentino de Estudios Aduaneros.
- Fernando G., Camauër, “La punibilidad de la declaración de valor de importación - discrepancia en el seno del T.F.N.”, *Revista de*

*Estudios Aduaneros*, p. 32. Documento digital disponible en:  
<http://www.iaea.org.ar/global/img/2010/09/Camauer1.pdf>

- Horacio, Félix Alais, “Declaraciones inexactas” y la causal exculpatoria del art. 959 inc. A) del Código Aduanero”, *Revista de estudios aduaneros*, Instituto Argentino de Estudios Aduaneros, 2/08/2010.
- Idelfonso, Sánchez González, “La declaración aduanera”, *Derecho aduanero*, Año I, N° 11 Ediciones de contabilidad moderna, 1969.
- Jorge C., Sarli, “Inadmisibilidad del valor de exportación” en “Estudios de Derecho Aduanero – Homenaje al Dr. Juan Patricio Cotter Moine”, *Lexis Nexis*, Bs. As. 2007.
- J. Banacloche, J., "Necesidad de una ley única de valoraciones", La valoración fiscal y la seguridad del contribuyente, XXXV Semana de Estudios de Derecho Financiero, *IEF*, Madrid, 1990.
- M., Carrobe Gene, *Problemas de valoración en Derecho Tributario*, n° 211, 1991
- Ramón, Falcón y Tella, "Unicidad de valoraciones y comprobación administrativa: una exigencia de coherencia", *Editorial, QF*, n° 17, 1994.
- OMA/OCDE: Conferencias de Precios de Transferencia y Valoración en Aduana. Bruselas (Bélgica) 3 - 4 de mayo de 2006 y 22–23 Mayo 2007.

## **PUBICACIONES DE LA OCDE**

- Organization for Economic Cooperation and Development, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, Paris, 2010.