

# Precios de Transferencia para materias primas. Aplicación del sexto método al sector minero

Mariano Ballone

ARGENTINA

## I. INTRODUCCIÓN

Bien sabido es, que la magnitud de las transacciones internacionales entre empresas vinculadas en las últimas décadas y la relevancia de los precios de transferencia en ellas involucrados, han llevado a los países a dictar sus propias normas en la materia, con la noble finalidad de evitar perder potestad tributaria sobre la renta sujeta a su imposición. Muchos de ellos lo han hecho apoyados en las Directrices de Precios de Transferencia de la OECD, cuyo primer antecedente de un texto ordenado en la materia fue el informe de Precios de Transferencia y Empresas Multinacionales (1979). La última versión de estas “guías” es de julio de 2010, sin perjuicio que, con el Informe Final BEPS, Acciones 8 a 10, de octubre de 2015, la OECD revisa nuevamente y actualiza el alcance de las directivas en la materia.

Aun países no miembros de la OECD, y varios de ellos de nuestra región, han adoptado las Directrices OECD para proyectar sus normas locales, mayormente apoyadas en los métodos tradicionales para determinar si los precios acordados entre partes relacionadas se identifican con los parámetros *arm's length* o del operador independiente. Las guías indican que la selección del método más apropiado se determine en función de las circunstancias del caso concreto, y que otros métodos pueden ser utilizados siempre que satisfagan el principio *arm's length* y en tanto pueda explicarse que los métodos tradicionales no ofrecen para el caso soluciones más apropiadas.

En 1998, Argentina incorporó a su legislación interna del impuesto a las ganancias, normas estructurales de precios de transferencia siguiendo las directrices de las Guías de la OECD, en base a cinco de los seis métodos allí previstos [i.e., (i) precio comparable no controlado o “CUP” –por su sigla en inglés–; (ii) precio de reventa; (iii) costo más beneficio; (iv) división de ganancias y (v) margen neto de la transacción]. Años más tarde, en 2003, Argentina consideró insuficientes los cinco métodos tradicionales y fue el primer país en incorporar un método específico, relativo a la comercialización internacional de materias primas o *commodities*, que con el tiempo fue conocido como el “sexto método”. Las directrices de la OECD no contemplaban menciones a este método; su tratamiento específico –e incorporación a continuación del Capítulo II de las Directrices– se observa recién en el informe final BEPS<sup>1</sup> del 5 de octubre pasado.

Con posterioridad a la Argentina, varios otros países de la región, principalmente exportadores de materias primas, incorporaron normas referidas al sexto método, con algunos matices y más morigeradas, según más adelante señalaremos. Para esos países, la exportación de *commodities* representa un ingreso fundamental en su economía, y de allí los esfuerzos de sus gobiernos para evitar, eventualmente, la manipulación de los precios y la erosión de la base imponible.

<sup>1</sup> BEPS (Base Erosion and Profit Shifting)

Por ser pionero en la materia y por contar, tal vez, con las previsiones más radicalizadas en cuanto a precios de transferencia en transacciones internacionales con materias primas, el desarrollo del presente trabajo estará principalmente focalizado en el funcionamiento del sexto método en la Argentina, para luego ahondar en los aspectos regionales y nuestras conclusiones.

## II. DESARROLLO

### 1. La Normativa Argentina.

Mucho antes de incorporar a su ley de impuesto a las ganancias normas programáticas de precios de transferencia (1998) y de incluir el sexto método (2003), la Argentina había adoptado ya en 1976 la regla *arms's length*<sup>2</sup> al prever que las transacciones entre empresas vinculadas locales y del exterior debían ser entendidas como celebradas entre partes no relacionadas cuando se ajustaran a las prácticas normales del mercado entre sujetos independientes; caso contrario, el fisco podía practicar los ajustes pertinentes sobre la base del principio del aporte y la utilidad.

Aquella reforma estructural de 1998, que incorporó expresamente los cinco métodos antes referidos para el estudio de precios de transferencia<sup>3</sup>, acogió las directivas de la OECD, aún sin que la Argentina fuera miembro de ese organismo. Con el correr de los años, nuestros propios tribunales han ido receptando las directivas de la OECD en la materia como fuente válida de consulta para interpretar el alcance de nuestras normas<sup>4</sup>. Hasta la incorporación del sexto método, la regla *arm's length* o del operador independiente jamás había sido cuestionada.

La incorporación del sexto método a la ley del impuesto a las ganancias<sup>5</sup> se originó en la iniciativa de la autoridad fiscal (Administración Federal de Ingresos Públicos o AFIP), pues a raíz de una investigación sobre el sector cerealero se habrían hallado evidencias de triangulaciones nocivas en la exportación de *commodities* entre empresas vinculadas, con la utilización de *traders* en el exterior sin suficiente sustancia económica<sup>6</sup>. Para el fisco, ese tipo de triangulación nociva permite deslocalizar parte de la renta que, a su criterio, es de fuente argentina.

Este método especial se orienta entonces a determinar la renta de fuente argentina en operaciones de exportación de materias primas con cotización en mercados transparentes, siempre que se efectúen con sujetos vinculados e intervenga un intermediario del exterior que no sea el destinatario de la mercadería. En tales casos se considera como "mejor método" a aquellos fines determinativos, el valor de cotización del bien en el mercado transparente al momento de la carga, sin considerar el precio pactado por las partes, salvo que este fuera mayor<sup>7</sup>. El sexto método no es aplicable

2 Conf. ley 21.481 que modifica el Art. 14 de la ley de impuesto a las ganancias

3 Art. 15, párr. 1° a 5°, ley de impuesto a las ganancias

4 Conf. entre otros, Compañía Ericsson SACI s/ recurso de apelación, Tribunal Fiscal de la Nación, Sala C, 15.08.07; Aventis Pharma SA s/ recurso de apelación s/ impuesto a las ganancias, Tribunal Fiscal de la Nación, Sala D, 26.02.10; Boehringer Ingelheim S.A. s/ apelación, Tribunal Fiscal de la Nación, Sala A, 13.04.12; Nobleza Piccardo SACIF s/ apelación-Ganancias, Tribunal Fiscal de la Nación, Sala B, 15.07.10.

5 Por ley 25.784 del 22.10.03

6 El por entonces Administrador Federal de Ingresos Públicos, Lic. Abad, nuevamente en el cargo desde diciembre último, participó del debate parlamentario de esta ley (de fecha 9.9.03) y sostuvo "... esta norma es anti elusión, y se aplica solamente a un caso, cuando esté referida a sujetos vinculados, o sea que forma parte de un grupo económico y que, además de estar vinculados utilizan a un tercero, a un intermediario -que nosotros llamamos pantalla- y es un intermediario que no tiene entidad propia o sea que no tiene sustancia económica (...) alcanza exclusivamente a los sujetos vinculados que exportan triangulando las operaciones con sujetos fantasmas o pantalla (...) si las operaciones son entre vinculadas y usan un trader real también usamos el mecanismo general de precios de transferencia. Ahora cuando aparece un trader que es pantalla y que no tiene sustancia económica, le ponemos una alerta adicional" Para el entonces Senador Capitanich, "... la modificación que se propone ... determina una corrección para aquellas empresas que se denominan 'empresas pantallas' porque a partir de ahora van a tener que regularizar su situación porque deben demostrar que efectivamente son empresas perfectamente constituidas, con una adecuada ponderación del activo, función y riesgos que adepteen, un balance contable junto con el marco legal y adecuado de funcionamiento..." (ver, Sesión Ordinaria nro. 67 de la ley 25.784, del 1.10.2003).

7 Art. 15.6 "Sin perjuicio de lo establecido en el párrafo precedente, cuando se trate de exportaciones realizadas a sujetos vinculados que tengan por objeto cereales, oleaginosas, demás productos de la tierra, hidrocarburos y sus derivados y, en general, bienes con cotización conocida en mercados transparentes, en las que intervenga un intermediario internacional que no sea el destinatario efectivo de la mercadería, se considerará como mejor método a fin de determinar la renta de fuente argentina de la exportación, el valor de cotización del bien en el mercado transparente del día de la carga de la mercadería -cualquiera sea el medio de transporte- sin considerar el predión al que hubiera sido pactado con el intermediario internacional". Art. 15.7 "No obstante lo indicado en el párrafo anterior, si el precio convenido con el intermediario internacional fuera mayor al precio de cotización vigente a la fecha mencionada, se tomará el primero de ellos para valorar la operación".

cuando se demuestre fehacientemente que el intermediario reúne conjuntamente una serie de requisitos que permiten verificar una actividad real y un volumen de operaciones ajenas al grupo económico del exportador local<sup>8</sup>.

Ahora bien, los ajustes en precios de transferencia que realizan *per se* los Estados aplicando parámetros discordantes son fuente ineludible de doble imposición económica. Al utilizarse criterios divergentes en la determinación de la base imponible, al menos una porción de renta queda sujeta a imposición en más de una jurisdicción. La uniformidad en la pauta a utilizar por los Estados en materia de precios de transferencia permite eliminar, o al menos neutralizar, fuentes innecesarias de distorsión en la imposición. Es por ello que, aun como forma de evitar unilateralmente la doble tributación, los Estados han incorporado en sus legislaciones internas normativas que siguen el criterio del operador independiente y los lineamientos establecidos en las Directivas OECD.

Los ajustes dispuestos por la normativa interna sobre precios de transferencia sólo son procedentes en presencia de un presupuesto objetivo que es la “anormalidad” del valor atribuido al bien o al servicio transferido o prestado. Esta anomalía se verifica en la discrepancia entre este valor y un valor de referencia que se identifica como precio de libre competencia o *arm's length price*<sup>9</sup>.

El principio del operador independiente intenta replicar el funcionamiento de un mercado abierto (e independiente) para casos de transferencias de bienes y servicios entre empresas asociadas. En ese sentido, la regla del operador independiente requiere que las empresas multinacionales establezcan sus precios de transferencia en forma similar a lo que harían partes independientes en situaciones similares. Por ello, si el criterio del operador independiente es abandonado, se atenta contra el principio de neutralidad de la imposición, convirtiéndose las reglas de precios de transferencia en fuente indudable de doble o múltiple imposición económica.

Las Directivas OECD sostienen que el principio del operador independiente constituye el mejor parámetro para juzgar las transferencias de bienes y servicios entre partes vinculadas. Su aplicación se fundamenta en el criterio de comparabilidad y es así que los propios lineamientos y también los países cuyas regulaciones se adaptan de alguna manera a sus pautas, reconocen a los métodos allí previstos como adecuados para la validación de los precios de transferencia.

Sin embargo, el sexto método está en completa contradicción con los antecedentes, normas y principios establecidos en la ley de impuesto a las ganancias (que siguen la regla *arm's length* y las Directrices OECD); incorpora en materia de *commodities* un método totalmente desconocido en la práctica internacional hasta ese momento y cuya aplicación es violatoria del principio del operador independiente, ya que utiliza un precio de referencia notablemente disociado del que hubieran pactado partes no relacionadas en operaciones comparables.

En general, para establecer si las condiciones de una operación concertada entre partes vinculadas se adecuan a las que hubieran concertado partes independientes, resulta necesario identificar operaciones comparables perfeccionadas entre partes independientes y analizar si existen diferencias en relación al precio, al margen de ganancias de aquéllas, u otros factores de comparabilidad (i.e., características de las transacciones, análisis de las funciones o actividades de las partes, términos de los acuerdos que instrumentan las operaciones, y circunstancias económicas y de otra índole).

Así pues, el sexto método utiliza un criterio de validación de precios de transferencia –i.e., precio del producto al momento de embarque de la mercadería– que se aparta del principio del operador independiente desde que utiliza como precio de referencia, el correspondiente a una operación que no es comparable con la que se intenta validar, ya que ignora un elemento esencial en la determinación del precio cual es la fecha de concertación de la operación.

8 Art. 15.8 “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 las operaciones negociadas; 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 intermediación extranjera.”

9 Balzani, Francesca, El Transfer Pricing, en *Curso de Derecho Tributario Internacional*, Dir. Uckmar, Ed. Abaco, 2003, pág. 379

Por ello, si todos los elementos de un contrato son iguales, excepto por la fecha en que el contrato fue celebrado, las operaciones no son comparables y la variación del precio puede ser significativa. Es por ello que acertadamente se ha manifestado que: "...este enfoque legal entraña nada menos que ignorar la importancia enorme que, en el comercio internacional de esta clase de bienes, tienen los mercados a futuro, con evidente fijación de precios y demás condiciones para la transacción"<sup>10</sup>. Parte de la doctrina ha incluso denominado a este método como "Anti-CUP", puesto que refleja la lógica exactamente contraria al método CUP (*comparable uncontrolled price* o precio comparable entre partes independientes)<sup>11</sup>.

Por las razones expuestas, el precio de transacción que establece el sexto método, no es el precio que hubiesen pactado empresas independientes en condiciones normales de mercado en operaciones y circunstancias comparables. Esta afirmación no solo se funda en lo señalado, sino en las propias previsiones de la ley de impuesto a las ganancias para operaciones entre partes independientes, pues en tales casos se acepta (como es técnicamente correcto) que el precio de referencia de la transacción no sea el del día del embarque sino el del día de la concertación de la operación entre las partes.

No es razonable tampoco, que una norma que pretende regular precios de transferencia recepte los concertados por las partes en una fecha determinada sólo si estos son mayores a los del mercado en otra fecha posterior (*i.e.*, fecha de embarque). Si la norma ubica una fecha como referencia del precio de mercado (*i.e.*, el del día de la carga) esa fecha tendría que tomarse en todos los casos y no solo cuando es favorable a la recaudación. Lo que sucede con el sexto método es que esa referencia no se condice con la realidad de la operatoria que, en todos los casos, remite al momento de la concertación del contrato, pues es allí donde el precio de la operación ha sido establecido, tanto por partes vinculadas como independientes. Así lo reconocen las propias Directivas de la OECD al establecer para las administraciones tributarias, el momento relevante para establecer el precio comparable, es el momento de la conclusión del contrato<sup>12</sup>.

Es evidente que el sexto método encausa un propósito diferente al que presentan las normas generales de precios de transferencia, que intentan evitar la erosión de la base imponible de una jurisdicción determinada ajustando los precios de las operaciones concertadas entre empresas vinculadas, en razón de las condiciones que hubieran sido acordadas entre partes independientes, presumiendo que dichas condiciones conducen a la determinación de la renta real de la operación. Por el contrario, el sexto método parte de una conjetura generalizada de supuesta elusión fiscal entre partes vinculadas y consagra un trato ficticio, más gravoso, a través de la aplicación como precio de referencia de un precio (el del día de la carga) diferente del que hubieran acordado partes no vinculadas en transacciones similares.

Aunque el propósito de la norma pudo haber sido contrarrestar supuestas maniobras elusivas, la solución adoptada avanza más allá y absorbe inexorablemente materia imponible (la del *trader* del exterior) ajena territorialmente a nuestro país, "...al hacer caso omiso de las operaciones llevadas a cabo en mercados transparentes del exterior por sujetos que, aun vinculados económicamente, actúan con legitimidad"<sup>13</sup>. Ignora la norma no solo que se trata de un mercado de futuros, sino también que el intermediario no es un corredor (comisionista); es un comprador efectivo, que se vincula con el exportador del país a través de un contrato de compraventa internacional, y que obtiene la renta por su participación activa en el negocio.

La mayor crítica, reiteramos, se concentra en tomar como eje el precio del mercado transparente de la fecha de la carga cuando, en rigor, el precio de la concertación es el que los usos y costumbres de este mercado indica tomar, inclusive es el que se toma para otros propósitos fiscales, como ser la base imponible para derechos aduaneros o el impuesto al valor agregado. Además, no siempre el *trader* vende al destinatario final y ni siquiera lo hace antes del embarque, sino con posterioridad; existen en este sentido operaciones llamadas de *string* donde la mercadería puede

10 Atchabahian, Adolfo, Decreto 916/04: reglamenta reformas a la ley de impuesto a las ganancias por ley 25.784. Periódico Económico Tributario, julio de 2004)

11 Rybnik, Daniel, El Nuevo método de precios de transferencia para exportaciones de *commodities*, IMP, 2003-B, 2015

12 Párrafo 1.66.

13 Goldemberg, Cecilia Comentarios a las modificaciones introducidas por la ley 25784 al impuesto a las ganancias, Doctrina Económica de Errepar, Tomo XXIV, diciembre de 2003

ser adquirida por varios sujetos antes de su destinatario definitivo. Esto sucede porque en un mercado de *commodities*, la volatilidad es la característica principal y el intermediario internacional cubre esos riesgos a través de contratos de coberturas, como costumbre generalizada en el sector y no como excepción. Sin dudas que en operaciones de este tipo, asumir como cierto que la renta del exportador se relaciona con los precios del mercado transparente del día de la carga (a veces varios meses después de la concertación del contrato) desatiende la realidad del negocio.

Por ello, tal vez hubiera sido más acertado en la reforma considerar lo sugerido por el Senador Lamberto en el debate parlamentario de la ley 25784, quien con buen criterio y al fundar su disidencia parcial sostuvo "...propondré un artículo alternativo por el que se declare que el precio del embarque es la excepción cuando no se puede demostrar el precio de concertación de manera fehaciente e indudable, de acuerdo con los parámetros de mercado".

Prueba elocuente de la equivocada presunción de elusión fiscal que contiene el sexto método puede encontrarse en los considerandos del decreto que la reglamenta<sup>14</sup>, que dicen: "Que (...) en lo que hace a precios de transferencia, la citada reforma incorporó un nuevo método para la determinación de la ganancia de fuente argentina cuya finalidad esencial es brindar a la administración tributaria una herramienta que le permita neutralizar de manera ágil y rápida, operatorias en las que a través de la interposición de intermediarios internacionales, se deslocaliza parte del beneficio atribuible a dicha fuente proveniente de la exportación de bienes con cotización conocida en mercados transparentes".

Si ésa fue la intención del sexto método, debió haber ofrecido la posibilidad (hoy vedada) de demostrar que el precio acordado se ajusta al del operador independiente cuando así sucede y no disponer una ficción que contraría las reglas de precios de transferencia adoptadas por la propia ley del impuesto a las ganancias y por las Directrices OECD.

Hasta aquí, y aun con las críticas que el sexto método encierra, según lo dicho y lo que mencionamos más adelante, lo claro es que aquél se aplica a las exportaciones de *commodities* trianguladas entre, valga la redundancia, tres partes; un exportador local, el intermediario internacional (no es requisito que sea vinculado), y el destinatario de las mercaderías que sea un sujeto vinculado al exportador local. En tales casos, el "mejor método", según reza la norma, consiste en tomar el precio mayor que resulte de comparar el precio de mercado del *commodity* a la fecha de embarque con el precio acordado entre las partes intervinientes al momento de concertación de la operación.

Surge elocuente que aquél no es el mejor método pues, en el particular caso de los *commodities*, el mejor método es, por definición, el del "precio comparable no controlado", que obliga a respetar las condiciones acordadas entre el exportador y el *trader* vinculado; condiciones entre las que se destaca el precio fijado al momento de concertar la exportación, además de que se impone considerar los aspectos de rutina que hacen a la comparabilidad, calidad del producto, lugar de entrega, financiación, garantías y otros factores<sup>15</sup>.

Sin conformarse con la ficción que envuelve el sexto método, en cuanto a considerar uno que no respeta las pautas de comparabilidad basadas en la naturaleza del contrato de compraventa internacional, el Poder Ejecutivo amplió más aun la aplicación de aquél método, pues a través del referido decreto 916/04, ordenó aplicarlo a "todas" las operaciones donde intervenga un intermediario que no reúna los requisitos de sustancia ya enumerados, abandonando el parámetro fundamental del sexto método, esto es, la condición de que el destinatario de la mercadería sea un sujeto vinculado con el exportador local<sup>16</sup>.

Se altera así de manera radical el sexto método, porque de considerarse aplicable a una situación triangulada que puede entenderse como aislada [i.e., cuando el sujeto local (primer sujeto) exporte a un sujeto vinculado (segundo sujeto) con la intervención de un intermediario que no reúna los requisitos de ley (tercer sujeto)], pasa ahora a requerirse sólo la intervención de dos [el exportador local (primer sujeto), y el intermediario que no reúna los requisitos (segundo sujeto)], pues al incluir a "todas" esas operaciones, deja de ser relevante (ilegitimamente según nuestra

14 Decreto 916/04

15 Goldemberg, Cecilia E., Reglamentación de las reformas en el impuesto a las ganancias, Doctrina Tributaria Errepar (DTE), XXV, Octubre de 2004.

16 Art. 1, inc. h) "[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".

opinión) la situación del tercer sujeto, el destinatario de la mercadería vinculado, cuya participación necesaria es dejada de lado por la norma reglamentaria.

Ya hemos expresado que tanto la autoridad fiscal argentina como los legisladores que habían participado de la ley que incorporó el sexto método fueron contundentes en que se aplicaría a las *exportaciones trianguladas de commodities*<sup>17</sup>, de manera que la ampliación que propone el reglamento se excede de la norma reglamentada y, además, se aleja de la tendencia internacional en la materia.

## 2. La Aplicación del Sexto Método. Criterio de la Autoridad Tributaria. La Reacción del Sector y la Visión de la Jurisprudencia

Fue expreso el propósito que tuvo el gobierno al introducir el sexto método; captar renta proveniente de la exportación de *commodities* en una época (2003) donde los precios internacionales, especialmente de la soja, habían subido como nunca antes. Ello, bajo la sospecha de que el sector agroexportador deslocalizaba renta argentina a través de la intervención de un *trader* internacional sin sustancia. Así se creó la ficción de considerar que, bajo determinadas circunstancias (i.e., un intermediario internacional que no reuniese las condiciones mencionadas por la ley argentina), el mayor valor, si hubiera, entre el precio pactado por las partes y el de cotización al tiempo del embarque, constituye renta de fuente argentina para el exportador local.

Si bien, en algún caso las circunstancias extraordinarias de triangulación nociva, pudo haber justificado un interés del fisco por intervenir en este sector, lo cierto es que, en su afán recaudatorio hizo uso y, a veces, hasta abuso de esta herramienta, no solo por aplicarla a situaciones imprevistas por la ley --aunque si en el reglamento--, sino además porque desconoce en muchos casos el cumplimiento fehaciente de los requisitos que admiten la exclusión del sexto método.

La doctrina ha calificado como ilusoria o hasta de "...*rancio sabor burocrático*"<sup>18</sup> la expresión "*sin perjuicio de lo establecido en el párrafo precedente*" ubicada al inicio de la norma que regula el sexto método<sup>19</sup>, pues aparece como dando crédito a una posible convivencia de este método con los otros cinco tradicionales ya mencionados. Sin embargo, nada más alejado que esa idea, pues lo cierto es que el sexto método desplaza e inhibe cualquier posibilidad de aplicar los demás métodos alternativos.

Con la intención de hallar una regla anti elusión, lo que la norma argentina en rigor hace es echar por tierra cualquier regla aceptable de precios de transferencia, que siempre tiene en cuenta las modalidades prevaletentes en el mercado para el tipo de transacción de que se trate. Ello no ocurre en la especie, pues este método valorativo ignora adrede la fecha de la concertación de la transacción, como indican los usos y costumbres del mercado de *commodities*, eligiendo cuasi caprichosamente el valor de cotización a la fecha del embarque, sin comprender que en este mercado tal fecha es sólo una etapa de la comercialización (la de la logística), pero sin ninguna incidencia sobre la fijación del precio de las materias primas.

Las Directivas de la OECD --que resultan como dijimos adecuadas para interpretar la normas de precios de transferencia de la ley de impuesto a las ganancias ya que constituyen su fuente inmediata-- establecen que las administraciones fiscales, no deberían automáticamente asumir que las partes asociadas intentaron manipular sus ganancias, así el problema de precios de transferencia no debería confundirse con problemas de fraude o elusión fiscal, aún cuando las mismas políticas podrían ser utilizadas para dichos propósitos<sup>20</sup>.

17 El Diputado Martínez Raymonda sostuvo que "(...)¿[c]uándo será de aplicación este artículo? (refiriéndose al artículo 2 de la ley 25.784) Cuando se haga una operación entre empresas vinculadas en las que intervenga un intermediario internacional que no sea el destinatario efectivo de la operación (...) solamente cuando hay triangulación...". El Diputado Pemasetti dijo que "(...) [e]sta es una norma anti-evasión y está dirigida exclusivamente a aquellas empresas que triangulan con empresas vinculadas (...) Los que no están dentro de esa caracterización pueden quedarse tranquilos, porque nadie los va a molestar" (Diario de sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, 13 Reunión-5 Sesión Ordinaria, 13 de Agosto de 2003).

18 Atchabahian, Adolfo El sexto método para determinar precios de transferencia, ante el impuesto a las ganancias: desacuerdo con la OCDE, Revista Impuestos, Buenos Aires, Mayo 2016, pág. 5.

19 Art. 15, párrafo sexto, ley de impuesto a las ganancias

20 Messineo, Alejandro, Directivas OCDE y normativas nacionales en precios de transferencia, Revista Argentina de Derecho Tributario 2003, núm. 6, pág. 339)

También sugieren que el contribuyente, no puede tener la obligación de probar la corrección de sus precios de transferencia, a menos que la administración fiscal demuestre que aquéllos son inconsistentes con el criterio del operador independiente. Es así que, en la mayoría de las jurisdicciones extranjeras, la administración fiscal tiene la carga de la prueba, tanto en el proceso administrativo como judicial. En otros países, la carga de la prueba puede ser invertida permitiendo a la autoridad fiscal estimar la renta imponible, solo en supuestos excepcionales de mala fe del contribuyente (*e.g.*, incumplimiento de los requerimientos de presentación o declaraciones juradas informativas)<sup>21</sup>.

En igual sentido, las Directivas agregan que en los casos que el contribuyente presente al fisco argumentos y evidencia que sugiera que los precios de transferencia se adecuaron al criterio del operador independiente, la carga de la prueba puede legalmente o de hecho ser trasladada a la administración fiscal, que será la encargada de refutar la posición del contribuyente.

En razón de lo expuesto, para ser consistente con los principios contenidos en las Directivas, la legislación argentina debería haber evitado utilizar un método contrario al principio del operador independiente. Si, en un caso dado, su convencimiento indicara que el precio predominante entre partes no vinculadas es distinto al concertado, conforme con las Directivas debería aportar pruebas y justificar su accionar, o en su caso permitir que el contribuyente pruebe la adecuación de su práctica a los parámetros utilizados entre partes independientes.

Por el contrario, el sexto método resulta cuestionable, porque se basa en premisas no justificadas (como que el precio entre independientes siempre es el del día de la carga), sin necesidad de probar la exactitud de tal presunción, que además resulta ser del tipo *iuris et de iure*, quitándole al contribuyente la posibilidad de probar la corrección de su accionar y, por sobre todas las cosas, la verdad material, cuya búsqueda no sólo constituye un principio básico del derecho tributario sino que, también, se condice con el principio de la realidad económica, premisa insoslayable para la interpretación de los hechos y actos de los contribuyentes y la determinación de la renta imponible.

La ficción jurídica creada por el sexto método distorsiona normas generales sobre prueba en contrario y búsqueda de la realidad económica vigente en materia de precios de transferencia. Así, el contribuyente debería estar siempre legitimado a probar que sus precios se condicen con los que hubieran pactado partes independientes, ya que son dichos precios los que intentan revelar las normas de precios de transferencia a los fines de validar las operaciones entre partes vinculadas. En ese sentido, se ha dicho que: *"...debemos advertir muy especialmente que, de acuerdo con la norma de la ley, la adopción de este nuevo método para determinar la ganancia de fuente argentina ha de estar sometida a la admisión de la prueba en contrario"*<sup>22</sup>.

Por lo demás, asignar a una operación entre partes vinculadas un precio que se aleja del que hubieran acordado partes independiente constituye sin lugar a dudas una ficción legal inaceptable y por ello se ha sostenido que: *"...no puede dejarse de alertar que estas ficciones implican serios peligros desde el punto de vista de la justicia tributaria, ya que en la mayoría de los casos en su aplicación abjuran del principio de capacidad contributiva"*<sup>23</sup>.

En síntesis, el principio del operador independiente --criterio rector en materia de precios de transferencia-- intenta replicar el funcionamiento de un mercado abierto e independiente, para casos de transferencia de bienes; aquel principio parte de la premisa que los precios entre partes no relacionadas son precios de mercado y, en consecuencia, son reveladores de la renta real. Es así que, validando las operaciones entre partes vinculadas en razón de lo que hubieran acordado partes independientes, se arribaría a la renta real derivada de la operación y se lograría la correcta atribución de renta a una jurisdicción determinada.

En razón de ello, el sexto método así concebido no es un método de determinación de precios de transferencia entre partes vinculadas, aunque cosméticamente así se lo haya presentado, sino una norma de otra naturaleza, anti elusión, pero que en su aplicación termina siendo incompatible con garantías y derechos constitucionales del contribuyente ya que no admite probar en contrario lo que la presunción supone (*i.e.*, que el precio acordado entre

21 Directivas OECD, párrafos 4.11 al 4.17

22 Atchabahan, *ob. y pág. cit.* en nota 3

23 Díaz, Vicente, La utilización de presunciones para reconstruir la materia imponible y la razonabilidad de su aplicación, Revista La Información, LIII-803

las partes es inferior al del mercado), dando por resultado la imposición sobre rentas que, en rigor, no son de fuente argentina porque no corresponden al exportador local sino al intermediario del exterior.

Por lo demás, el fisco ha avanzado con la pretensión del sexto método según la redacción del decreto 916/04, es decir, omitiendo considerar que el destinatario final de la mercadería debe ser un sujeto necesariamente vinculado con el exportador local. Algunos exportadores llevaron este tema a la justicia, impugnando la legitimidad de una norma (la del decreto) en aparente contradicción con los términos de la ley, pues extiende la aplicación del sexto método a casos no previstos.

Varios fallos, han declarado la inconstitucionalidad de la ampliación del sexto método dada por el decreto 916/04, al sostener por ejemplo que la intención del legislador al incorporar el sexto método fue *“determinar un método de valuación de operaciones de exportación en las que intervenían tres sujetos: el exportador nacional; el intermediario internacional –que no es el destinatario final de las mercaderías- y un sujeto del exterior vinculado con el exportador nacional, por ello, lo dispuesto por el Decreto 916/04 importa alterar la “ratio legis” de la ley 25.784 al pretender extender el nuevo método de valuación en forma indiscriminada a todas las operaciones de exportación en las cuales se verifique la existencia de un destinatario del exterior vinculado con el sujeto exportador argentino”*<sup>24</sup>.

También el fisco ha intentado avanzar con la aplicación práctica del sexto método (consideración del precio transparente de la fecha del embarque si fuera mayor al pactado por las partes) a supuestos anteriores a su vigencia, en el entendimiento que esta opción ya estaba prevista en la ley interna, bajo el paraguas del precio comparado no controlado. Sin embargo, se ha encontrado con el valladar de la Corte Suprema de Justicia de la Nación quien ha sostenido *“...la actora sostiene que la posibilidad de computar únicamente las operaciones favorables al Fisco, y simultáneamente desechar las desfavorables, el Congreso Nacional recién lo ha permitido a partir del 22/10/03 por la ley 25.784, por lo que –a criterio de dicha parte y sin abrir juicio sobre su constitucionalidad– su aplicación al año 1999 implicaría darle una vigencia retroactiva de la cual carecería”*<sup>25</sup>.

Luce claro que la acción fiscal se ha orientado hasta aquí, y pese a la vigencia normativa o amplitud del método, a descartar en todo caso lo acordado por las partes vinculadas en comparación con lo que en las mismas circunstancias pudieron pactar partes no vinculadas, para dar lugar a la presunción de la fecha del embarque, como parámetro incuestionable de medición. Este criterio se lleva de bruces con los últimos criterios de la OECD, plasmados en el informe final BEPS, como luego se verá, y tampoco se asemeja a la aplicación del sexto método en otros países de la región.

### 3. La Aplicación del Sexto Método en la Región

Como anticipamos, si bien la Argentina fue el primer país en adoptar el sexto método, no ha sido el único; lo han seguido varios países, mayormente de nuestra región. Si bien en líneas generales son similares, y la intención de contar con una norma anti elusión es perceptible, también se observa una mayor flexibilidad en cuanto a la demostración que la transacción es de mercado y, con ello, el método específico se asimila mejor a un método para regular los precios de transferencia. Veamos resumidamente las características de alguno de los países que han incorporado normas en la materia.

#### (\* ) URUGUAY

El primer país en incorporar previsiones de este tipo fue Uruguay, a final de 2006<sup>26</sup>. Las diferencias con el método argentino son, básicamente, que (i) siempre toma el precio transparente del día de la carga como mejor precio y no sólo si este es mayor al concertado; (ii) se aplica tanto a exportaciones como a importaciones entre sujetos vinculados, en la medida que intervenga un intermediario del exterior que no sea el destinatario de la mercadería; y (iii) además

24 Conf. Aceitera General Deheza S.A. c/ E.N.A. s/ acción de inconstitucionalidad”, sentencia del 27.4.09 de la Cámara Federal de Córdoba, Sala II. En el mismo sentido se pronunció la justicia *in re Topfer*, Juzgado Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal N° 5, sentencia del 21.8.12; *in re Oleaginoso Moreno*, Juzgado Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal N° 12, sentencia del 8.5.12; *in re Vicentin S.A.I.C c/ Estado Nacional – Poder Ejecutivo*, Juzgado Federal de Reconquista, sentencia del 30.7.15.

25 Nidera S.A. c/ DGI s/ varios, sentencia del 9.8.16

26 Ley 18.083, del 27.12.06



de no aplicarse si el intermediario reúne los requisitos de sustancia similares a los de la legislación argentina, tampoco se aplica el sexto método, y si el precio del mercado transparente de la fecha de la concertación del contrato, si éste se inscribe dentro de los cinco días hábiles del mes siguiente al de su celebración, en un registro especial instrumentado por la autoridad uruguaya, con la condición que el contrato tenga un plazo para embarcar el producto menor a 240 días.

Es evidente que la norma uruguaya, acertadamente, reserva el sexto método para aquellos casos extremos de contratos que no hayan sido inscriptos, y además resulta más equilibrado que el método argentino ya que, de aplicarse el método, siempre será el precio de la carga y no únicamente cuando este sea mayor.

#### **(\*) BRASIL**

En 2012<sup>27</sup> la legislación brasileña dictó normas específicas para atender la temática de los precios de transferencia y, en materia de exportación de *commodities*, se incorporó el método del precio según cotización para exportaciones (PECEX), que de algún modo complementa o sustituye el método del precio comparable entre partes independientes (CUP). El PESEX se define como el precio diario promedio de bienes sujetos a precios públicos en productos para entrega futura y bolsas de valores internacionalmente conocidos.

Se aplica obligatoriamente cuando la exportación se realice a sujetos vinculados, a sujetos residentes de jurisdicciones favorecidas o que cuenten con regímenes fiscales diferenciales. Como regla general, el precio a considerar es el promedio a la fecha de la transacción, excepto que no pueda identificarse la fecha de concertación, en cuyo caso el precio a considerar es el transparente al tiempo del embarque de la mercadería.

Más que un sexto método o un mecanismo anti elusión, esta regla aparece como un método sobre comparables específicos (i.e., los precios públicos internacionalmente conocidos).

#### **(\*) PERU**

Para el tratamiento de los precios de transferencia para la exportación (e importación) de *commodities* (también para bienes agrarios, hidrocarburos y sus derivados, harina de pescado y concentrado de minerales, cuando el precio se fije tomando como referencia el precio del commodity), entre partes vinculadas en las que intervenga un intermediario internacional que no sea el destinatario de la mercadería o cuando se trata de operaciones con países de baja o nula tributación, cuatro opciones prevé la ley de impuesto a la renta<sup>28</sup> como precio de mercado bajo el método de precio comparable no controlado: (i) el valor de cotización del día del embarque de la mercadería; (ii) el promedio de cotizaciones en un período de 120 días a cuatro meses previos al término del embarque; (iii) la fecha de suscripción del contrato; o (iv) el promedio de cotizaciones de un período comprendido entre el día siguiente de la suscripción del contrato y 30 días posteriores a ella. Este valor de mercado puede ser ajustado en razón de premios, descuentos, penalidades, diferenciales, gastos de maquila, de refinanciación, etc.

Sin embargo, ninguno de estas opciones se aplicará y prevalecerá el valor del contrato, si se tratan de contratos de futuros con fines de cobertura de los bienes exportados, lo que es más que normal en este tipo de mercados. Tampoco aplica el método si el intermediario internacional reúne los requisitos de sustancia de los que ya hemos hecho mención.

#### **(\*) PARAGUAY**

La legislación paraguaya incorporó en 2014<sup>29</sup> a su ley de impuesto a la renta una disposición de ajuste de precios de transferencia en la exportación de ciertas materias primas (soja y sus derivados), que no funciona exactamente como un sexto método (i.e., triangulación), sino simplemente se trata de utilizar, a los efectos del impuesto y en lugar del precio acordado por las partes, el valor de cotización del mercado transparente (según valor referencial que identifique la administración tributaria tomando los precios de los mercados transparentes) del día del cumplimiento de embarque. La diferencia entre ambos precios constituye renta de fuente local. El precio referencial, acepta el ajuste en menos de los costos necesarios para la entrega de la mercadería.

27 Instrucción Normativa RFB 1312 (31.12.12), Art. 34, modificada luego por la Instrucción Normativa RFB 1395 (13.9.13)

28 Ley de impuesto a la renta ordenada por decreto supremo 179-2004-DF con sus modificaciones, en particular esta norma aplica desde 2013

29 Ley 5061/13, reglamentado por el decreto 1832/14

Cuando los contratos de exportación sean inscriptos en un registro dispuesto al efecto por la administración federal y el plazo entre la celebración del contrato y fijación del precio no excede de 365 días, el valor referencial es el del día de la celebración del contrato para operaciones de entrega a futuro, si el precio se fijó en valores absolutos, o bien a la fecha fijada, si ello no surge del contrato principal.

En síntesis, la registración del contrato opera como mecanismo de reconocimiento del precio del día del contrato entre las partes, y cuando no es así, se toma como referencia el valor del día de entrega.

Algunos otros varios países contemplan normas de similar naturaleza al sexto método, encontrando a Ecuador como la más similar a la prevista en la Argentina (i.e., aplicación del método en operaciones trianguladas salvo que el intermediario reúna los requisitos e sustancia que justifique su independencia), pero mayormente esta no es la regla, sino que el denominador común es vincular el precio de referencia con la fecha de la carga de la mercadería en situaciones extremas y no como principio general, tal cual ocurre en la Argentina.

#### 4. La Posición de la OECD para la Aplicación del Sexto Método

Como anticipamos, el sexto método fue un “invento argentino”, luego replicado, con matices, en la región. Sin perjuicio de que, en general, los países han seguido en materia de precios de transferencia las directrices OECD, ellas no se referían al sexto método. Recién con el informe final BEPS, acciones 8-10, de octubre de 2015, se aborda concretamente la cuestión al incorporar conceptos precisos al Capítulo II de las Directrices OECD, no sin antes haber puesto la temática en debate de los distintos sectores y países, que hicieron su aporte.

Por el lado argentino, la Asociación Argentina de Estudios Fiscales sostuvo que el sexto método implica una desviación del principio del *arm's length*, ya que no se puede afirmarse que en las transacciones entre partes no relacionadas, la fecha de fijación de precios de los *commodities* siempre se identifica con la fecha de embarque. No es acorde con los hechos y no refleja los usos y las prácticas de la industria; ya que ni siquiera contempla los términos y condiciones mínimas involucradas en la logística y los procedimientos de despacho de aduanas. Por su parte, la Cámara de Exportadores de la República Argentina, recordó que si el precio se identifica con la fecha de embarque y no con la verdadera fecha de fijación, ganancias inexistentes podrían ser sometidas a imposición. En tanto, la Cámara de la Industria Aceitera de la República Argentina avaló el “precio comparable no controlado” como el método más apropiado para determinar los precios de transferencia, ya que éste permite lograr una profunda reducción en la incidencia de BEPS, al tiempo que minimiza la doble imposición internacional.

Finalmente el informe final BEPS<sup>30</sup> no acepta como recomendación el sexto método versión argentina porque entendió la desproporción sustancial entre el fin perseguido (prevenir el ahucamiento de la base imponible nacional mediante ciertas estructuras tributarias consideradas “nocivas”) y el método elegido (la utilización de un precio ficticio para valuar las operaciones de comercio internacional), que concluye -indefectiblemente- en una doble imposición internacional. Es que, como se advierte con meridiana claridad, la premisa de la OCDE en sus planes de acción es exactamente la inversa: alinear las soluciones técnicas al problema de los precios de transferencia con la creación de valor en cada jurisdicción. Ello conlleva, por necesaria implicancia, no gravar el valor agregado, generado fuera del país, por la cadena internacional de comercialización<sup>31</sup>. De allí que toma como principio general el precio acordado entre las partes y sólo bajo circunstancias especialísimas, apartarse de él y fijar los precios de transferencia de los *commodities* a la fecha de embarque.

Dentro de los párrafos que el informe final BEPS sugiere incorporar a continuación de los puntos 2.16 de las directrices OECD, destacamos el que señala “2.16.E. *Un factor especialmente importante para las transacciones con materias primas que se determina tomando como referencia la cotización es la fecha del precio, que se refiere al período, día y hora concretos (por ejemplo, intervalo específico de fechas en el que se determina un precio medio) elegido por las partes para determinar el precio de las transacciones con materias primas. Cuando el contribuyente puede demostrar de forma fiable la fecha convenida por las empresas asociadas para la fijación del precio en la*

30 Ver Acciones 8 a 10, el Informe BEPS, ver en particular las págs. 51 a 54 referidas a *Transacciones con Commodities, Adiciones al Capítulo II de las Regulaciones de Precios de Transferencia*

31 Conf. Rosso Alba, Cristian E., La OCDE se opuso a un recurso fiscal que usa la AFIP, Suplemento de Comercio Exterior, Diario La Nación, 8.12.15

*transacción vinculada con materias primas en el momento de suscribirse la transacción (pueden ser justificantes fiables, por ejemplo, las propuestas y aceptaciones, acuerdos o contratos registrados u otros documentos donde figuren los términos de los acuerdos) y su acuerdo se ajusta al comportamiento real de las partes o a otros hechos del caso, de conformidad con las directrices de la Sección D del Capítulo I sobre la definición con precisión de la transacción real, las administraciones tributarias deberían determinar el precio de la transacción con materias primas por referencia a la fecha convenida por las partes asociadas a tal efecto. Si la fecha especificada para la fijación del precio en cualquier contrato suscrito por las empresas asociadas no concuerda con la conducta real de las partes o con otros hechos del caso, las administraciones tributarias podrán establecer otra fecha para la fijación del precio en consonancia con esos otros hechos y con lo que empresas independientes habrían acordado en circunstancias comparables (teniendo en cuenta las prácticas del sector). Cuando el contribuyente no aporta justificantes fiables de la fecha convenida por las empresas asociadas para la fijación del precio en la operación vinculada y la administración tributaria no puede determinar por otro medio la fecha de fijación del precio según lo establecido en la Sección D del Capítulo I, las administraciones tributarias podrán considerar la fecha de fijación del precio de la transacción con materias primas basándose en las evidencias disponibles, que podrán ser la fecha de envío especificada en el conocimiento de embarque o un documento equivalente dependiendo del medio de transporte utilizado. Así, el precio de la materia prima objeto de la transacción sería determinado por referencia a la cotización promedio en la fecha de envío, sujeto a cualquier ajuste de comparabilidad relevante en función de la información que tenga la administración tributaria a su disposición....”* (el subrayado es propio).

El pronunciamiento de la OECD, deja en claro que el sexto método no es un método de precios de transferencia idóneo para identificar el precio probable, al que hubieran arribado partes independientes que hubieren realizado la misma operación en condiciones comparables, porque, simplemente, los actores del mercado de *commodities* se mueven con otras pautas de fijación del precio, que deben ser consideradas en el análisis de precios de transferencia para no caer en arbitrariedades<sup>32</sup>.

## 5. El Sexto Método en Bolivia

En 2014 Bolivia dicta las primeras normas de precios de transferencia<sup>33</sup> y las incorpora al texto de la ley del impuesto sobre las utilidades de las empresas<sup>34</sup>. Establece el principio *arm's length* como regla fundamental, pues “*el “valor de transacción” deberá ser aquel que se hubiera acordado entre partes independientes en operaciones comparables de mercado*” (Art. 45). La administración fiscal cuenta con la facultad de ajustar los precios en función de la realidad económica si es que ello produce una erosión en la base imponible (Art. 45, bis).

Se establecen los cinco métodos tradicionales para el estudio de precios y se incorpora, en cuanto aquí interesa, un sexto método, denominado “*Método del Precio Notorio en Transacciones en Mercados Transparentes*”, cuyas condiciones de aplicación quedó a cargo de la reglamentación<sup>35</sup>. Sobre la descripción del método “*Consiste en fijar el precio para operaciones de importación y/o exportación de bienes, en las que intervenga o no un intermediario internacional como tercero ajeno al origen o destino del bien sujeto a comercio, a precios consignados en mercados internacionales transparentes, bolsas de comercio de conocimiento público, en la fecha de embarque*”.

No se conoce, al tiempo de preparar este trabajo, normas complementarias, quedando a nuestro criterio aspectos por atender, como ser la definición acerca de qué mercados transparentes se referirá la norma y en relación con qué producto; si sobre esos precios habrá ajustes en función de los costos de transporte; si la administración creará un registro para la inscripción de los contratos; si la regla del precio de cotización a la fecha del embarque tendrá alguna exención o se aplicará en cualquier caso.

32 Conf. Goldemberg, Cecilia, Exportación de Commodities. La OCDE rechaza el sexto método, Tax Memo, [www.gshr.com.ar](http://www.gshr.com.ar), octubre 2015; Atchabahan, Adolfo, *ob. cit.* nota 17; Osman Moreno, Juan Pablo, El denominado “sexto método” de los precios de transferencia y su impacto en la exportación de commodities, Revista Impuestos, Buenos Aires, Abril 2016, pág. 43)

33 Ley 549, del 21.7.14

34 Se modifica el Art. 45 de la ley 843 (20.5.86) y se incorpora el Art. 45 bis

35 Art. 7, decreto supremo 2227 del 31.12.14

### III. CONCLUSIÓN

El análisis precedente permite concluir, en primer término, que como método de precios de transferencia, el sexto método según la versión argentina y algún otro de similar naturaleza, como el ecuatoriano, fallan porque no respetan el principio fundamental del operador independiente en operaciones comparables. Las operaciones con *commodities* tienen sus propias peculiaridades, es común que el precio se acuerde a futuro, que al momento de la celebración del contrato se acuerden condiciones tales como producto, calidad, modo de determinación del precio, tiempo de embarque, etc. Esto hace *per se* que una operación de futuro no pueda ser comparada con una operación *spot*, siendo entonces determinante que la fecha del embarque no refleje lo que partes independientes hubieran podido acordar en transacciones similares (i.e., transacciones de futuro).

En segundo lugar, aun cuando la intención de evitar la erosión de la base imponible del país exportador sea un objetivo noble y digno de apoyar, no puede soslayarse que existen principios fundamentales en la tributación que una norma anti elusión específica --como pretende ser el sexto método (versión argentina)-- no puede dejar de lado. Así, si la cláusula anti elusión no admite probar en contrario la ficción de que el precio de la operación es el precio de la carga, entonces se corren altísimos riesgos, y sucede en la práctica, de gravar rentas que no pertenecen al exportador local sino al intermediario legítimo del exterior (y al país de su residencia), produciéndose no solo una prórroga de jurisdicción ilegítima del fisco que aplica el sexto método; sino también que persigue en cabeza del exportador de su país una renta manifiestamente inexistente, con indudable afectación al principio de capacidad contributiva.

Es determinante la OECD en cómo tratar los precios de transferencia en operaciones con *commodities*, reservando la valoración según el precio del mercado transparente del día de la carga de la mercadería sólo para casos excepcionales, donde no pueda demostrarse la fecha de concertación de la operación o la de la fijación del precio.

Las jurisdicciones que excluyen la aplicación del sexto método cuando hay una real identificación del contrato, por ejemplo por su inscripción en un registro público, y toman el precio del mercado transparente a dicha fecha se orientan en la senda más justa, porque se ubican dentro del método del precio comparable no controlado, lo que devuelve al método la finalidad de valorar la transacción como entre partes independientes.

En nuestra opinión, el sexto método de Bolivia, al menos por el momento y en ausencia de una reglamentación complementaria, corre riesgo de quedarse en una norma anti elusión que no sigue los parámetros OECD; ello sin perjuicio que *a priori* faltan definiciones sobre qué mercados transparentes correspondería tomar a sus efectos. Como norma anti elusión le caben las críticas antes mencionadas.

En síntesis, propiciamos que los países de la región adopten las recomendaciones de las directivas OECD (versión informe final BEPS) y contemplen un sexto método donde la posibilidad de acudir, sin más, al valor de cotización del día de la carga de la mercadería, no sea más que una última posibilidad necesaria para ajustar precios, en los casos donde la información que brinda el contribuyente y la operación no es apta para determinar el precio según el principio *arm's length*.

Por cierto, en el nuevo marco de transparencia internacional, que se viene consolidando a través de los acuerdos multilaterales para intercambio de información, será más dinámica la posibilidad de que un Estado solicite información relevante a los efectos de valorar, en estos casos de excepción, si pudo haberse deslocalizado renta de fuente local.

De seguirse las recomendaciones de la OECD en la materia, seguramente el mercado de los *commodities* no se verá afectado por pretensiones fiscales desmedidas que no responden a la realidad de las operaciones del sector, que exceden a menudo la potestad del Estado respecto de su base imponible y que afectan sin dudas la seguridad jurídica de los negocios, perdiéndose en tales supuestos el equilibrio que debe existir entre esos dos fines.