

**Subtema B:**

**INTERACCIÓN DEL RÉGIMEN DE TRANSPARENCIA FISCAL  
INTERNACIONAL Y LAS NORMAS DE PRECIOS DE  
TRANSFERENCIA PERUANO**

Ponente Individual: **Edwin Sarmiento Lazo**<sup>1</sup>

A través del presente artículo propondremos un debate que –a la fecha– no ha sido profundizado por el mundo académico/tributario local: la interacción (correcta) de los regímenes de Transparencia Fiscal Internacional y Precios de Transferencia vigentes en la Ley del Impuesto a la Renta peruano.

Para tal efecto, intentaremos responder a la duda de si dichos regímenes son excluyentes y/o deben coexistir de forma armoniosa en el ordenamiento jurídico y, en consecuencia, qué resultados se deben esperar cuando estas reglas se apliquen concurrentemente.

Por otro lado, como bien lo detallaremos más adelante, en el mundo de las operaciones *cross-border* existen estructuras que –a primera impresión– parecerían explotar las lagunas creadas por el derecho tributario internacional y las incoherencias entre los regímenes locales a fin de poder obtener posiciones fiscales más beneficiosas.

En este contexto, procederemos a describir –a grandes rasgos– los regímenes de Transparencia Fiscal Internacional y Precios de Transferencia, para luego poder intentar esbozar una primera aproximación sobre su aplicación concurrente a la luz del ordenamiento tributario vigente.

**1. RÉGIMEN DE TRANSPARENCIA FISCAL INTERNACIONAL EN EL PERÚ**

El Régimen de Transparencia Fiscal Internacional (en adelante, “RTFI”) entró en vigencia el 1 de enero de 2013.<sup>2</sup> En consecuencia, dicho régimen es aplicable sólo respecto de las rentas generadas a partir de dicha fecha.

Según lo dispuesto por el Artículo 111 de la Ley del Impuesto a la Renta (en adelante, “Ley del IR”), la aplicación del mismo alcanza a aquellas personas naturales y/o jurídicas domiciliadas en el Perú propietarias de compañías offshore<sup>3</sup> que califiquen como una Entidad Controlada No Domiciliada (en adelante, “ECND”) respecto de sus rentas pasivas, siempre que se encuentren sujetos al Impuesto a la Renta (en adelante, “IR”) en el Perú respecto de sus rentas de fuente extranjera.

<sup>1</sup> El autor agradece el apoyo de Mauricio Dulanto por la investigación y análisis preliminar del presente artículo.

<sup>2</sup> Régimen incorporado por el artículo 4 del Decreto Legislativo N° 1120, publicado el 18 de julio de 2012 y vigente a partir del 1 de enero de 2013.

<sup>3</sup> Para efectos del presente trabajo, el término “Compañías offshore” será utilizado para hacer referencia a cualquier tipo de entidad y/o vehículo constituido fuera del territorio peruano.

Para tal efecto, según lo dispuesto por el Artículo 112 de la Ley del IR, califican como ECND aquellas compañías offshore que cumplan –concurrentemente– los siguientes requisitos:

a) **Personería jurídica distinta de las personas que las integran:** se entenderá que una entidad no domiciliada tiene personería jurídica distinta cuando:

- Pueda generar rentas que deban ser reconocidas por ella, y
- En ausencia del RTFI, sus socios, asociados, participacionistas o, en general, las personas que la integran, domiciliadas en el país, debieran reconocer dichas rentas para fines del impuesto en el país únicamente cuando tal entidad las ponga a su disposición.

En todo caso, incluye cualquier sociedad, fondo de inversión, trust, partnership, asociación o fundación.

b) **Lugar de constitución o residencia:** se encuentren constituidas y/o sean residentes en un país o territorio:

- De baja o nula imposición, o
- En el que sus rentas pasivas no estén sujetas al IR o, estándolo, el IR sea igual o menor al 75% del IR peruano que se aplicaría sobre la misma renta. Para efectos de la comparación del impuesto, se debe tomar en cuenta la “tasa efectiva” (sistema de tributación efectivamente soportado).

c) **Propiedad de contribuyentes domiciliados:** Se entenderá que la entidad no domiciliada es de propiedad de un contribuyente domiciliado en el país cuando, al cierre del ejercicio gravable, éste –por sí solo o conjuntamente con sus partes vinculadas domiciliadas en el país– tengan una participación, directa o indirecta, en más del 50% del capital o en los resultados de dicha entidad o en los derechos de voto en ésta.

De esta forma, el artículo 113 de la Ley del IR dispone que las rentas netas pasivas que obtengan ECND serán atribuidas a sus propietarios domiciliados en el país que, al cierre del ejercicio gravable tenga una participación –directa o indirecta– en más del 50% en los resultados de dicha entidad.

Para tal efecto, la Ley del Impuesto a la Renta (en adelante, “Ley del IR”) ha considerado como rentas pasivas atribuibles para fines del RTFI, entre otras, a las siguientes:

- Dividendos y otras formas de distribución de utilidades (salvo por los conceptos previstos en los incisos g) y h) del artículo 24-A de la Ley del IR<sup>4</sup> y los dividendos y

---

<sup>4</sup> El artículo 24-A de la Ley del IR señala que, “para los efectos del Impuesto se entiende por dividendos y cualquier otra forma de distribución de utilidades: (...)”

g) Toda suma o entrega en especie que resulte renta gravable de la tercera categoría, en tanto signifique una disposición indirecta de dicha renta no susceptible de posterior control tributario, incluyendo las sumas cargadas a gastos e ingresos no declarados.

h) El importe de la remuneración del titular de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, accionista, participacionista y en general del socio o asociado de personas jurídicas así como de su cónyuge, concubino y familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, en la parte que exceda al valor de mercado”.

otras formas de distribución de utilidades pagadas por una ECND a otra).<sup>5</sup>

- Intereses.
- Ganancias de capital proveniente de la enajenación, redención o rescate de valores mobiliarios.
- Regalías.

Además, si las rentas pasivas obtenidas por la ECND representan el 80% o más de sus ingresos, entonces el total de sus ingresos será considerado como renta pasiva para efectos de aplicar el RTFI.

Cabe señalar que en caso la ECND se encuentre constituida y/o sea residente de un país o territorio de baja o nula imposición, se presumirá, salvo prueba en contrario,<sup>6</sup> que:

- Todas sus rentas son rentas pasivas.
- Genera, en un ejercicio gravable, una renta pasiva igual al resultado de multiplicar la tasa de interés activa más alta que cobren las empresas del sistema financiero del país o territorio de baja o nula imposición donde esté constituida o sea residente la ECND, por el valor de adquisición de la participación o el valor de participación patrimonial, el que resulte mayor, que corresponda a la participación directa o indirecta de los propietarios de la ECND.

Finalmente, según lo dispuesto por el Artículo 116-A de la Ley del IR, los dividendos y cualquier otra forma de distribución de utilidades que las ECND distribuyan a los contribuyentes domiciliados en el país, no estarán gravados con el IR en el país en la parte que correspondan a rentas netas pasivas que hubiesen sido atribuidas conforme a lo previsto en el Artículo 113 de la ley del IR. Para estos efectos, se considerará que los dividendos y otras formas de distribución de utilidades distribuidas corresponden a las rentas netas pasivas en forma proporcional a la parte que dichas rentas representan respecto del total de las rentas netas de la ECND.

En base a los lineamientos expuestos, dicho régimen consiste en que las rentas pasivas que obtenga la ECND sean atribuidas a los contribuyentes domiciliados al cierre del ejercicio gravable no obstante que no haya habido un efectivo reparto de dividendos en su favor.

## 2. PRECIO DE TRANSFERENCIA

Según lo dispuesto por el Artículo 32 de la Ley del IR –por regla general– en los casos de ventas, aportes de bienes y demás transferencias de propiedad, de prestación de servicios y cualquier otro tipo de transacción a cualquier título, **el valor asignado a**

---

<sup>5</sup> A efectos de determinar si quien paga un dividendo u otra forma de distribución de utilidades es una ECND, únicamente bastará que se cumplan el primer y tercer requisito para calificar como una ECND; es decir, que tenga personería jurídica distinta de las personas que las integran y sea de propiedad de contribuyentes domiciliados en el país.

<sup>6</sup> Ello quiere decir que la carga probatoria será del contribuyente domiciliado. En ese sentido, ante cualquier eventual fiscalización, dicho contribuyente deberá presentar ante la Administración Tributaria la documentación que sustente que dicha presunción no le es aplicable.

**los bienes, servicios y demás prestaciones, para efectos del Impuesto, será el de mercado.** Si el valor asignado difiere al de mercado, sea por sobrevaluación o subvaluación, la SUNAT procederá a ajustarlo tanto para el adquirente como para el transferente. Para tal efecto, se entenderá por “valor de mercado” –entre otros supuestos– a los siguientes:

- **Para las existencias:** el que normalmente se obtiene en las operaciones onerosas que la empresa realiza con terceros. En caso no sea posible aplicar los criterios anteriores, será el valor de tasación.
- **Para los valores:** será el que resulte mayor entre el valor de transacción y:
  - El valor de cotización, si tales valores u otros que correspondan al mismo emisor y que otorguen iguales derechos cotizan en Bolsa o en algún mecanismo centralizado de negociación; o
  - El valor de participación patrimonial, en caso no exista la cotización a que se refiere el literal anterior; u,
- **Para los bienes de activo fijo:** dependerá de cuando se trate de:
  - Bienes respecto de los cuales se realicen transacciones frecuentes en el mercado: será el que corresponda a dichas transacciones;
  - Bienes respecto de los cuales no se realicen transacciones frecuentes en el mercado: será el valor de tasación.
- **Para las transacciones entre partes vinculadas** (o que se realicen desde, hacia o a través de países o territorios de baja o nula imposición): **los precios y monto de las contraprestaciones que hubieran sido acordados con o entre partes independientes en transacciones comparables**, en condiciones iguales o similares, de acuerdo a lo establecido en el Artículo 32-A (Reglas de Precios de Transferencia).

Por su parte, el Artículo 32-A de la Ley del IR señala el régimen de Precios de Transferencia será de aplicación a las **transacciones realizadas por los contribuyentes del impuesto con sus partes vinculadas o a las que se realicen desde, hacia o a través de países o territorios de baja o nula imposición.**

Asimismo, dicho artículo dispone que sólo procederá ajustar el valor convenido por las partes cuando éste determine en el país un menor impuesto del que correspondería por aplicación de las normas de Precios de Transferencia. En ese contexto, la SUNAT podrá ajustar el valor convenido aun cuando no se cumpla con el supuesto anterior, si dicho ajuste incide en la determinación de un mayor impuesto en el país respecto de **transacciones con otras partes vinculadas.**

Finalmente, concluye que el ajuste del valor asignado por la Administración Tributaria o el contribuyente surte efecto tanto para el transferente como para el adquirente.

### **3. INTERACCIÓN ENTRE EL RTFI Y LAS NORMAS DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA**

En base a los regímenes antes expuestos, resulta válido hacerse la siguiente pregunta: ¿el RTFI son un respaldo y/o complemento para las reglas de precios de transferencia peruanas y/o viceversa?

Según la OCDE, se puede considerar que el RTFI es un “respaldo” para las reglas de precios de transferencia pero sólo en aquellos casos en los que se permite “reestablecer el derecho a gravar de todas las jurisdicciones involucradas”.<sup>7</sup>

Ahora bien, si bien ambos regímenes (RTFI y precios de transferencia) atacan los mismos ingresos, lo hacen desde perspectivas totalmente distintas. En efecto, el primer régimen (RTFI) es utilizado como una norma *anti-deferral* y, de esta forma, “captura” los ingresos derivados de las transacciones; sin embargo, el segundo régimen (precios de transferencia) es utilizado para “valorizar” los mismos y, en consecuencia, tiene un efecto directo en la determinación del “valor de mercado” de la operación.

No obstante dicha diversidad de enfoque, ocurre un efecto disuasivo importante a tener en cuenta. La OCDE afirma que las reglas de precios de transferencia y el RTFI no “eliminan la necesidad del otro conjunto de reglas”; en otras palabras, la utilización de un régimen no excluye la utilización del otro. Por ejemplo, si bien el RTFI no puede reestablecer el valor de mercado de las transacciones en todos los casos, el RTFI elimina los incentivos del grupo económico para aparcarse y/o trasladar las ganancias a un paraíso fiscal o una jurisdicción de baja o nula imposición.

La OCDE señala lo siguiente:<sup>8</sup>

*“(…) Las normas de TFI son a menudo consideradas como normas de soporte –backstops– de las normas de precios de transferencia. Sin embargo, esta terminología puede inducir a error, ya que las normas de TFI no siempre sirven de complemento a las normas de precios de transferencia.*

*Puede ocurrir que las normas de TFI y las normas de precios de transferencia, en algunos casos, se dirijan a la misma renta, pero en la práctica es poco probable que la existencia de unas u otras elimine la necesidad de que existan las otras. Por el contrario, aunque las normas de TFI puedan capturar algunas de las rentas no capturadas por las normas de precios de transferencia (y viceversa), ninguno de estos conjuntos de normas cubre la totalidad de las rentas que la otra pretende cubrir.*

*Las normas de precios de transferencia, que generalmente se basan en un análisis de hechos y circunstancias y se centran fundamentalmente en pagos entre partes asociadas, no hacen innecesaria la existencia de normas de TFI. Las normas de TFI son generalmente normas de aplicación más mecánica y selectiva que las normas de precios de transferencia, al capturar automáticamente aquellas categorías de renta que tienen más probabilidades de ser móviles desde un punto de vista geográfico y que, por ende, son más susceptibles de ser trasladadas a jurisdicciones extranjeras de baja tributación, independientemente del hecho de que la renta proceda o no de una parte asociada”.*

<sup>7</sup> OECD, Discussion Draft, BEPS Action 3: Strengthening CFC Rules (OECD 12 May 2015), para. 21, International Organizations’ Documentation IBFD.

<sup>8</sup> Proyecto de la OCDE y del G-20 sobre la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios - Diseñar normas de transparencia fiscal internacional eficaces, página 13 - Acción 3 Informe final 2015.

En este contexto, resulta evidente –pues– que ambos regímenes se complementan. Si bien no pueden ser considerados “respaldos” uno del otro, sí pueden ser considerados como “necesarios” para controlar el precio de las transacciones y minimizar los casos de erosión de la base imponible en operaciones transfronterizas.

No obstante lo anterior, la imposibilidad de ser considerado un “respaldo” no se basa esencialmente en el “objetivo” de cada norma sino, quizás en el tipo de RTFI que cada jurisdicción tenga. En efecto, según la doctrina, pueden haber dos tipos de RTFI. A saber los siguientes:

– **RTFI completo (*full inclusion rule*)**:

Este tipo de RTFI tiene un sistema de inclusión mucho más amplio. En otras palabras, no sólo abarca las rentas pasivas sino, a su vez, rentas activas que genere la ECND.

– **RTFI restringido (*passive income rule*)**:

Este tipo de RTFI tiene un sistema de inclusión parcial. En efecto, sólo se incluirán cierto tipo de rentas. Por ejemplo, existen RTFI (como el caso peruano) que –a efectos de la aplicación del régimen– sólo considera a las rentas pasivas eximiendo a los ingresos activos generados al cierre del ejercicio).

Por lo expuesto, es posible que el “RTFI restringido” no sea capaz de capturar los ingresos reales derivados de los ajustes de precios de transferencia en todas las circunstancias, pues se encuentra vinculado (y en consecuencia resulta aplicable) únicamente a ciertos tipos de ingresos (rentas pasivos y no activas). Por lo tanto, si la el ajuste por precios de transferencia está vinculado con ingresos activos, el “respaldo” de dicho tipo de RTFI sería nulo.

Por el otro lado, distinto sería el caso si consideramos al “RTFI amplio” toda vez que al ser un régimen de inclusión total, todos los ingresos (pasivos y activos) podrían ser considerados. Sobre este punto, concordamos con lo dispuesto por la OCDE que considera que dicho sistema es “el ejemplo más completo del efecto de respaldo (backstop effect)”;<sup>9</sup> sin embargo, existen otros casos en donde las normas de ambos regímenes pueden sobreponerse en cuyo caso, la autoridad fiscal deberá decidir, qué régimen debe primar para el análisis del caso en concreto.<sup>10</sup>

Ahora bien, sobre este punto resulta importante señalar que –a nivel doctrinario– estos dos tipos de regímenes (amplio y restringido) se encuentran acompañados de diversos métodos de atribución. Actualmente, los diversos RTFI otorgan prioridad a determinados métodos de atribución de resultados pero, a diferencia de lo que ocurre en el Perú, dicho método se encuentra expresamente señalado.

Generalmente, el método de atribución que cada jurisdicción opte por incluir en su legislación dependerá –entre otros factores– al nivel de información que usualmente cuenta dicha jurisdicción/Administración Tributaria respecto de inversión extranjera. Por ello, el método más utilizado en países en desarrollo es el “*branch-equivalent*”

<sup>9</sup> Sin embargo, la OCDE también afirma que el RTFI amplio aún no puede eliminar la necesidad por aplicar reglas de precios de transferencia.

<sup>10</sup> Ver el caso de *overlapping* entre entidades alemanas y suizas. Resolución que marcó un precedente en Alemania. Federal Tax Court: Judgment of March 19th, 2002 – IR 4/01 – DStR 2002. 1477.



*calculations*".<sup>11</sup>

En efecto, según lo mencionada el Board of Taxation del gobierno australiano "(...) *that the branch-equivalent method be retained and be made available to all taxpayers with interests in foreign entities*".<sup>12</sup>

Por todo lo expuesto, el legislador peruano –al parecer– ha optado por incluir dentro de la Ley del IR un RTFI restringido únicamente a rentas netas pasivas generadas por la ECND en el exterior. Sin embargo, no nos queda claro –desde una perspectiva académica– qué tipo de método de atribución se ha elegido.

La respuesta (casi) automática debiera ser que el método elegido por el legislador peruano fue el "*branch-equivalent calculation*"; es decir, aplicar la atribución como si dicha ECND fuera una "sucursal" o fuera "transparente"; no obstante, parece que –en nuestro caso particular– existe una combinación con el otro método denominado "*Deemed rate of return method*", el cual los sujetos domiciliados tendrán que tributar aplicando una "tasa presunta" sobre el valor de sus inversiones en el extranjero.

En efecto, si revisamos a detalle la inclusión efectuada en nuestra legislación, sólo en caso la ECND se encuentre constituida y/o sea residente de un país o territorio de baja o nula imposición, se presumirá –entre otro supuesto– que genera, en un ejercicio gravable, una renta pasiva igual al resultado de multiplicar la tasa de interés activa más alta que cobren las empresas del sistema financiero del país o territorio de baja o nula imposición donde esté constituida o sea residente la ECND, por el valor de adquisición de la participación o el valor de participación patrimonial, el que resulte mayor, que corresponda a la participación directa o indirecta de los propietarios de la ECND.

Como se puede apreciar, este supuesto de excepción es –en esencia– la metodología de atribución según el "*Deemed rate of return method*", toda vez que para que se aplique dicho método tiene que existir: i) la tasa de interés presunta (i.e. la tasa de interés activa de la jurisdicción tax haven, por ejemplo); y, ii) la base sobre la cual se deba aplicar dicha tasa (i.e. valor de adquisición o participación patrimonial, por ejemplo).

Cabe señalar un punto adicional, existe una metodología de atribución de rentas bajo otros RTFI (aquellos de alcance amplio). Dicho régimen es el denominado "*full inclusion*" a través del cual todas las rentas netas (sin discriminar que sean pasivas o activas) serán atribuidas a la entidad domiciliada como un "dividendo presunto".

Entonces, a modo de síntesis, podría entenderse lo siguiente:

- Aquellas rentas que sean atribuidas bajo el método del "*branch-equivalent calculation*" serán trasladadas "como si" la ECND fuera un entidad transparente y en, consecuencia, dichas rentas son trasladadas directamente a la entidad domiciliada.
- Aquellas rentas que sean atribuidas bajo el método del "*Deemed rate of return method*" serán trasladadas como un "rendimiento" a favor de la entidad domiciliada en la fecha que la legislación local lo señale (usualmente al final del ejercicio

<sup>11</sup> El cual es una ficción que convierte a la ECND en una entidad transparente para fines tributarios locales.

<sup>12</sup> Según lo dispuesto por el Board of Taxation del Australian Government en su Review of the Foreign Source Income. Anti-tax-deferral regimes - Position paper. January 2008.

gravable para efectos tributarios).

- Aquellas rentas que sean atribuidas bajo el método del “*full inclusion*” serán trasladadas a la entidad domiciliada como si fueran “dividendos presuntos”.

Hasta este punto, resulta válido preguntarse cómo todas las metodologías antes descritas y los regímenes explicados (amplio y restringido) interactúan con el tema bajo cuestión; es decir, la forma en cómo el régimen de Precios de Transferencia aplica (concurrentemente o no) con el RTFI peruano.

En efecto, a efectos de encontrar una primera aproximación, se deberá identificar qué metodología de atribución prima en nuestra legislación. En principio, podríamos decir que –desde un punto de vista etimológico– el RTFI se fundamenta en la “transparencia de la ECND”; es decir, la existencia de una ficción a través de la cual las rentas netas pasivas que se generaron en el exterior, serán atribuibles –al cierre del ejercicio– a la entidad domiciliada en el Perú. En otras palabras, existiría una suerte de “transparencia” con lo cual las rentas netas pasivas mantendrían su naturaleza jurídica, las cuales tendrían que tributar en cabeza de la entidad domiciliada.

No obstante ello, como hemos mencionado, existe la regla de excepción que más se parece al “*Deemed rate of return method*” a través de la cual la Ley del IR aplica una tasa de interés sobre el patrimonio, por ejemplo, de la ECND. Con lo cual, dicha presunción de existencia de las rentas netas pasivas serán catalogados como “rendimientos” a favor de la entidad domiciliada en Perú. No obstante ello, al ser una regla de excepción, no consideramos que dicha metodología sea la “aplicable” de forma general a todo el RTFI vigente.

Ahora bien, a efectos de poder determinar si la metodología de atribución “*full inclusion*” podría ser aplicable en el Perú (no obstante nuestro RTFI sólo grava rentas netas pasivas), debemos señalar que –respecto a la distribución de utilidades generadas por ECND con anterioridad del 1 de enero de 2013– la Quinta Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Supremo N° 258-2012-EF dispone que cualquier distribución de utilidades que una ECND realice con posterioridad al 1 de enero de 2013, se entenderá que corresponde a las utilidades pendientes de distribución a dicha fecha y, una vez que no existan saldos pendientes de distribución, se aplicará lo previsto en el artículo 64-D del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta; es decir, la atribución de rentas netas pasivas.

En este punto, como primera conclusión preliminar (y en base a las normas vigentes) podemos determinar que dicho régimen consiste en que las rentas pasivas (RTFI limitado) que obtenga la ECND sean atribuidas a los contribuyentes domiciliados al cierre del ejercicio gravable no obstante que no haya habido un efectivo reparto de dividendos en su favor.

Asimismo, consideramos que la propia Ley del IR (así como la Quinta Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Supremo N° 258-2012-EF) le otorgan un tratamiento de “distribución de dividendos presuntos”; es decir, todas las rentas netas pasivas que se hayan generado en cabeza de la ECND cambiarían su naturaleza y serían atribuidas al sujeto domiciliado en calidad de “dividendos”. Recordemos que nuestro RTFI fue incorporado a la Ley del IR con la única finalidad de evitar el diferimiento de rentas en aquellos casos de inversionistas peruanos que interponían entidades holding en el extranjero y nunca distribuían dividendos a favor de dichos sujetos domiciliados. De esta forma, el RTFI combatió directamente la “no distribución” generando una ficción de “distribución” y no de “transparencia”.



Entonces, podemos concluir que la metodología de atribución adoptada por la Ley del IR es una “especial” toda vez que tiene las bases del “full inclusion” (dividendo presunto) pero que sólo está ligada a las rentas netas pasivas (RTFI restringido).<sup>13</sup>

Entonces considerando que nos encontramos frente a una distribución de dividendos presunta, la pregunta final sería ¿cómo aplico las reglas de Precios de Transferencia a dicha presunción de distribución? O, ¿son aplicables las reglas de Precios de Transferencia en este supuesto?

Como bien sabemos, las reglas de Precios de Transferencia cumplen el rol de corregir el precio de las operaciones que no se encuentren en condiciones *arm's length* o de libre competencia.<sup>14</sup>

Pongamos el ejemplo de si una ECND realiza operaciones con partes vinculadas en el exterior y, a fin del ejercicio, todas las rentas netas pasivas (i.e. regalías) son atribuidas (como dividendos presuntos) a favor de la entidad domiciliada en el país. Entonces, ¿qué operación está sujeta a las reglas de Precios de Transferencia?

Como se puede apreciar, esta estructura *cross-border* consta de dos tramos:

- **Primer tramo:** Transacciones realizadas entre la ECND y sus partes vinculadas.
- **Segundo tramo:** la distribución presunta de dividendos efectuada por la ECND a favor del sujeto domiciliado en el país.

En este escenario, consideramos que el Primer tramo –de forma independiente– no podría evaluarse bajo las normas de Precios de Transferencia peruana toda vez que las rentas que se generen en cabeza de la ECND no serán renta gravada en el Perú.

En consecuencia el ajuste no podrá efectuarse a ese nivel extranjero.

Ahora bien, distinto podría ser el caso del Segundo tramo. No obstante ello, hay que hilar fino en el análisis a fin de determinar si dicho tramo –de forma individual– podría ser ajustado por las reglas de Precios de Transferencia.

¿qué operaciones se está analizando en el Segundo tramo? Pues, una distribución presunta de dividendos. Entonces, enfoquemos nuestro análisis en la naturaleza de dicha operación.

¿Cuál es el alcance de las reglas de Precios de Transferencia? Como bien lo hemos indicado anteriormente, dicho régimen aplica a las **transacciones** realizadas por los contribuyentes del impuesto con sus partes vinculadas o a las que se realicen desde, hacia o a través de países o territorios de baja o nula imposición, concluyendo que –de

<sup>13</sup> En efecto, no podemos afirmar que es un “full inclusion” en su integridad, toda vez que si fuera así, la ECND tendría que atribuir no sólo las rentas netas pasivas sino también las rentas activas.

<sup>14</sup> Éste es el estándar reconocido por la OCDE en sus Directrices aplicables en materia de Precios de Transferencia a Empresas Multinacionales y Administraciones Fiscales del mes de Julio de 2017 e implica que los precios, márgenes o contraprestaciones de cualquier operación entre partes relacionadas deben corresponder con los que partes independientes hubieran acordado entre sí, en transacciones comparables y bajo condiciones iguales o similares. Disponible para revisión en: <<https://www.wtsserbia.com/wp-content/uploads/2018/01/OECD-Transfer-Pricing-Guidelines-2017.pdf>>.

ser necesario – el ajuste del valor asignado por la Administración Tributaria o el contribuyente surte efecto **tanto para el transferente como para el adquirente**.

Entonces, a efectos de poder determinar si el Segundo tramo podría ser analizado bajo las normas de Precios de Transferencia debemos –primero– determinar si una “distribución” de dividendos califica como una “transacción con una parte vinculada”.

Nuestra respuesta –a todas luces– es negativa. Consideramos que la distribución de dividendos a favor de un accionista (sea domiciliado o no) no puede ser considerado como una “transacción” por las siguientes razones:

- El término “transacción” implica una operación y/o actividad comercial acordada y efectuada entre dos partes a fin de lograr un objetivo económico. Por ejemplo, la prestación de un servicio o la enajenación de un bien.
- Esta definición se condice con lo dispuesto en la Ley del IR cuando dispone que “el valor ajustado surtirá efecto tanto para el transferente como para el adquirente” (entendemos, de un bien o un servicio). Asimismo, de acuerdo a la exposición de motivos del Decreto Legislativo N° 945, se puede apreciar que a efectos de poder explicar el “alcance” de dicho régimen se tomó en cuenta diversos tipos de operaciones nacionales e internacionales, todas ellas relacionadas a la actividad comercial con terceros y entre partes relacionadas.
- La distribución de dividendos es sólo un acto societario. En efecto, dicho acto es el ejercicio del derecho económico que tienen los accionistas de una sociedad que les permite beneficiarse de los rendimientos generados por ella misma (utilidades). En efecto, el ejercicio de este derecho en su concepción concreta<sup>15</sup> depende de la existencia de utilidades y de la toma de un acuerdo social. Como es de apreciarse, lejos de encontrarnos ante una operación comercial que genere rendimientos empresariales, la distribución de dividendos consiste simplemente en el ejercicio de un derecho frente a la sociedad de recaudación de dichos rendimientos.

Por lo antes expuesto, consideramos que la “distribución (presunta) de dividendos” no podría ser catalogada como una “transacción entre partes vinculadas” y en consecuencia, las normas de Precios de Transferencia no podrían aplicar al Segundo tramo. En efecto, ante la eventual fiscalización formulada por la Administración Tributaria, el “evento” materia de ajuste sería la distribución de dividendos. En ese escenario nos pregunta, ¿cómo podría efectuarse dicho ajuste y cuál sería el valor de mercado de los dividendos distribuidos? O, mejor dicho, ¿los dividendos se pueden distribuir a un valor inferior al de mercado? Creemos que la respuesta es negativa y, en consecuencia, las reglas de Precios de Transferencia no pueden ajustar operaciones reguladas por el RTFI peruano.

Lima, mayo de 2018.

-----o-----

<sup>15</sup> LIU ARÉVALO, Rocio y TIMANA CRUZ, Johana. “Dividendos: aspectos tributarios de su distribución en proporción distinta a la participación en el capital social; renuncia y caducidad”. En: *XI Jornadas Nacionales de Derecho Tributario - Incidencia del Impuesto a la Renta en las operaciones societarias*. Instituto Peruano de Derecho Tributario. Lima, 2010. Pág. 229.