

Precios de transferencia

REDACTOR: JORGE LUIS PICÓN GONZALES^(*)

INTRODUCCIÓN

Las normas sobre precios de transferencia, como la mayoría de las normas tributarias, tienen su origen en una desconfianza sistemática en el comportamiento de los contribuyentes, la misma que se origina en una secuencia de afirmaciones:

- a. Los impuestos son pagos hechos al Estado a cambio de los cuales las empresas no reciben ninguna prestación concreta o identificable.
- b. Teniendo tal naturaleza, es razonable afirmar que para una empresa común, el pago de impuestos no es un egreso que genere valor a su organización.
- c. La tendencia de todas las organizaciones es a maximizar su Valor Actual Neto.

Esta combinación de hechos da como resultado que el promedio de empresas busca pagar la menor cantidad de impuestos posible, sin violar las normas legales.

Es importante indicar que el uso o no de los mecanismos de reducción de impuestos (entre los que se encontrará la manipulación de los precios entre partes vinculadas), dependerá de la sensación de riesgo generada por la Administración Tributaria.

¿Es un tema nuevo?

No realmente. Desde hace más de 20 años, tanto el funcionamiento de la Administración Tributaria como la jurisprudencia del Tribunal Fiscal vienen analizando con ojos diferentes las operaciones de las empresas vinculadas y su efecto en el detrimento de la recaudación tributaria. Así, podemos remontarnos hasta comienzos de la década de los 80 para encontrar las

^(*) Con la colaboración de Oscar Picón Gonzalez, Mónica Venegas Abensur, Poul Ponce, Héctor Véliz, Sonia Elaine Dávila, Iván Mannucci y Antonio Casabona.

primeras resoluciones del Tribunal Fiscal que le daban a las operaciones entre empresas vinculadas un tratamiento particular, no muy diferente al que hoy se encuentra descrito en la Ley del Impuesto a la Renta.

No es sino hasta 1996 que se incorpora en la Ley del Impuesto a la Renta la primera regulación sobre operaciones entre empresas vinculadas. En efecto, en aquellos años, la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria - SUNAT presentó un Proyecto de Ley sobre Tributación de los Grupos Económicos. El proyecto fue descompuesto y analizado de manera separada. Dos de sus componentes fueron introducidos como segundo párrafo de la Norma VIII del Título Preliminar del Código Tributario (norma que regula la calificación económica del hecho imponible) y como inciso d) del artículo 32 de la Ley del Impuesto a la Renta (norma que regulaba el valor de mercado de operaciones entre empresas vinculadas). Fue una primera aproximación de la legislación nacional al tema que origina este texto.

Durante cinco años rigió esta norma, sin que se haya generado una determinación de deuda tributaria por la SUNAT que resulte memorable. En el año 2000, la SUNAT, apoyada por consultores internacionales, introdujo en la Ley del Impuesto a la Renta la regulación de Precios de Transferencia, cuya vigencia inició en el 2001.

A partir del 2004 se aprueba una legislación, que está vigente hoy en día, que incurre en un reglamentarismo excesivo y en formalidades onerosas, cuyo objetivo de control resulta realmente dudoso.

¿Es un tema de importancia fiscal?

Potencialmente sí. Aquellas administraciones tributarias que se han preparado de manera seria para afrontar el reto de fiscalizar los precios de transferencia, no sólo han logrado grandes triunfos de recaudación, sino una gran rentabilidad en el uso de sus recursos, en comparación con otro tipo de intervenciones de control tributario.

¿Está la SUNAT preparada para aplicar estas normas?

Cuando se evalúa la experiencia de otros países, se puede ver que el perfil profesional de los auditores o inspectores fiscales es multidisciplinario, normalmente liderado por economistas o ingenieros especializados en el sector económico materia de revisión. Para obtener niveles óptimos de recaudación o riesgo tributario proveniente de las normas de precios de transferencia, la SUNAT deberá ampliar el perfil profesional de sus auditores, el cual actualmente es abarcado principalmente por la disciplina contable.

PRIMERA SECCIÓN ASPECTOS GENERALES

Las empresas multinacionales realizan sus operaciones en países que cuentan con distintas legislaciones tributarias y tasas impositivas.

Dicha situación les otorga un incentivo económico casi natural para trasladar una importante cantidad de utilidades hacia los países que ofrezcan la menor carga impositiva. En nuestro país, la manera como los precios de transferencia pueden funcionar como instrumentos de elusión tributaria ha sido explicada con mediana claridad en el Informe sobre Convenios para Evitar la Doble Tributación Internacional y la Evasión, publicado por el Ministerio de Economía y Finanzas en el Diario Oficial “El Peruano” el 5 de abril de 2001, para comentarios ciudadanos.

Los valores de transacción entre dos empresas independientes quedan determinados por el mercado y la natural contraposición de intereses de sus agentes; sin embargo, si las empresas que negocian están vinculadas entre sí, pueden acordar el precio de transferencia, por ejemplo, en razón de las mayores ventajas que obtengan desde el punto de vista tributario.

Así, si se cobra un monto mayor por un bien o servicio, esa mayor renta estará gravada en un país con menor incidencia tributaria, y el mayor gasto que representa para la empresa adquirente le ayudará a tener un menor impuesto en aquél país donde seguramente la incidencia tributaria es mayor. La ventaja que se produce en conjunto es manifiesta.¹

La coyuntura internacional ha determinado que los negocios se desarrollen cada día más dentro de los patrones de una economía globalizada; en este entorno, las reglas de precios de transferencia resultan de vital importancia, tanto para las empresas multinacionales, como para los gobiernos y sus respectivas autoridades tributarias.² Mientras que las empresas multinacionales se valen de ellas como un elemento de planeamiento para reducir su carga impositiva consolidada y evitar problemas de doble tributación internacional, los gobiernos de los países en que estas empresas realizan sus operaciones las perciben como un instrumento para incrementar significativamente su recaudación fiscal.

¹ Informe sobre Convenios para Evitar la Doble Tributación Internacional y la Evasión, publicado en el Diario Oficial El Peruano, de fecha 5 de Abril de 2001, por el Ministerio de Economía y Finanzas.

² Las reglas sobre precios de transferencia, normalmente, comprenden cuando menos las siguientes transacciones: compraventa de bienes tangibles; arrendamiento de bienes tangibles; cesión en uso de bienes intangibles, servicios; préstamos en dinero; y compraventa de acciones.

Con el objeto de evitar que una legítima recaudación tributaria sea erosionada por causas ajenas al mercado,³ diversos países se han visto en la necesidad de regular los precios de transferencia que se deberán aplicar a las transacciones que se realicen entre empresas que guardan entre sí una vinculación económica. Cabe señalar que la legislación peruana aplica también las reglas de los precios de transferencias a las operaciones que se realicen desde, hacia o a través de los paraísos fiscales, lo que nuestra legislación ha denominado Países o Territorios de Baja o Nula Imposición.

En la presente sección desarrollaremos diversos temas de índole general:

- a. Relevancia de los precios de transferencia.
- b. Criterios de vinculación económica y tipos de vinculación (por control, capital y dirección), tanto en la legislación peruana como en la legislación comparada, en países como Argentina, España y Alemania.
- c. Alcance del concepto de paraísos fiscales en nuestra legislación, como supuesto para la aplicación de los precios de transferencia.

1. RELEVANCIA DE LOS PRECIOS DE TRANSFERENCIA

Los precios de transferencia son los que fijan empresas o grupos vinculados por transacciones entre ellos, que pueden ser distintos de los precios fijados por empresas independientes actuando en condiciones similares.⁴

*“El precio de transferencia presupone la divergencia de precio entre el precio estipulado entre empresas asociadas, conjunto vinculado y el precio de competencia, fijado por empresas independientes actuando en circunstancias similares. La determinación del precio en el conjunto vinculado es diverso al que resultaría si las entidades no fueran miembros del mismo y respetaran los precios del mercado”.*⁵

Considerando la diversidad y tamaño de las organizaciones involucradas, las operaciones entre empresas vinculadas presentan una variedad de prestaciones prácticamente ilimitada, que pueden estar referidas a transferencias de existencias en distinto estado de elaboración, *royalties* para uso de filiales, asistencia técnica, cesión de créditos u otros activos, pres-

³ GARCIA SCHRECK, Marcial. “Precios de Transferencia en el Perú: ¿Estamos verdaderamente preparados?”. En Revista *Ius et Veritas*. N° 22. Lima, Perú. Pág. 255.

⁴ VILLEGAS, Héctor B. “Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario”. Pág. 629.

⁵ ALTAMIRANO, Alejandro. “Régimen de los Precios de Transferencia”; en *Vectigalia 01*; Editorial Comercializadora Cartolán, Lima, 2005, páginas 46-68.

taciones de variados servicios, compraventa y arrendamiento, tecnología, suministro de mercancías, marcas o préstamos efectuados por otra empresa del mismo grupo, entre otras.

1.1. Razones de su regulación

Diversos motivos han determinado que los precios de transferencia reciban especial atención regulatoria, entre ellas:

- El proceso de globalización ha permitido liberalizar la economía y el comercio en la mayoría de países desarrollados y en vías de desarrollo.
- Los negocios informáticos y la operatividad de las grandes compañías multinacionales, generan constantes alianzas estratégicas para lograr el incremento en sus transacciones y minimizar significativamente el impacto tributario en sus negocios.

En este escenario de apreciable “desaparición” de las fronteras y la soberanía de los Estados, el control de los precios de transferencia representa un hecho ineludible para las administraciones tributarias en la fiscalización de las desviaciones impositivas de negocios celebrados entre compañías vinculadas y establecidas en diversas jurisdicciones.

Siendo así, se observan dos extremos; por un lado, el interés de las empresas que persiguen formas mucho más eficientes para operar en sus transacciones más complejas, buscando ganar mayor rentabilidad en sus negocios mediante la disminución -muchas veces inadecuada- del impacto tributario; y, por otro, el interés de los Estados, que buscan desalentar toda forma dañina de conducta fiscal de las empresas.

Bajo esta perspectiva, la regulación de precios de transferencia se encamina justamente a crear elementos suficientes para verificar si las operaciones con efectos tributarios han sido celebradas en términos de mercado o de libre competencia.

Una regulación de esta naturaleza permitiría constatar si los precios de bienes y servicios, tasas de interés en casos de préstamos, entre otras operaciones entre sujetos vinculados, son los que corresponden al mercado interno y externo y no están siendo utilizados para menoscabar la recaudación tributaria; y, en caso que se distorsionen, se cuente con elementos que permitan regular o sancionar un efecto nocivo en el comportamiento comercial.

“De ahí la importancia de la regulación de los Precios de Transferencia, pues su principal función es evitar la derivación de recaudación de un país a otro, buscando que las transacciones comer-

*ciales efectuadas entre partes vinculadas sean realizadas al mismo valor al que éstas se realizarían en el caso de una operación con un tercero no vinculado”.*⁶

Nuestra legislación no ha sido ajena a esta preocupación, que es compartida por una gran cantidad de países, y atendiendo a las Guías o Directivas aplicables en materia de Precios de Transferencia a Empresas Multinacionales y Administraciones Tributarias de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (en adelante, OCDE), las ha regulado en el artículo 32-A de la Ley del Impuesto a la Renta y en el artículo 108º y siguientes de su Reglamento.

1.2. Precios de Transferencia en la Legislación Peruana

Las regulaciones de precios de transferencia se sustentan sobre la base de un principio fundamental denominado Principio de Libre o Plena Concurrencia (*Arm's Length*)⁷ (también conocido como Principio de Libre Competencia).

Estas normas también resultan de aplicación a las transacciones que se realicen desde, hacia o a través de países o territorios de baja o nula imposición, conocidos como paraísos fiscales.

Artículo 32, numeral 4 de la Ley del Impuesto a la Renta

(...) Para los efectos de la presente Ley se considera valor de mercado:

- 4. Para las transacciones entre partes vinculadas⁸ 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 32º-A.*

1.2.1. El Valor de Mercado según la Ley del Impuesto a la Renta

El valor de mercado para efectos tributarios, regulado por las normas del

⁶ Asociación Fiscal Internacional - Grupo Peruano: “*Materiales de Enseñanza - Resumen Ejecutivo*”, Lima, Setiembre de 2007, 254 pág.

⁷ Hasta donde entendemos, no existe una traducción de este concepto al español y, por lo tanto, distintos autores, autoridades gubernamentales y legisladores de diferentes países de habla hispana lo han traducido de manera diversa. La legislación peruana ha acogido la traducción como el Principio de Libre Concurrencia.

⁸ Sobre el concepto de “partes vinculadas”, ver numeral 2.1.

Impuesto a la Renta, no necesariamente significa aquél que se obtiene en la plaza, producto de la oferta y la demanda. En efecto, en la mayoría de los casos las normas tributarias buscan una conducta coherente del contribuyente, exigiendo de él, por ejemplo, que cobre un mismo precio cuando se presenten condiciones similares, aun cuando dicho precio no sea parecido a aquél que se cobra en el mercado en el cual compite.

La regulación del Impuesto a la Renta establece dos grupos de normas, según los sujetos con los cuales el contribuyente se relacione:

El primer grupo, reúne los métodos para determinar el valor de mercado, en general.

El segundo grupo, reúne los métodos que se utilizan cuando el contribuyente se relaciona con sujetos vinculados o con entidades residentes en lugares de baja o nula imposición; éstos son los precios de transferencia.

1.2.2. Supuestos para la aplicación de precios de transferencia

Tenemos que aclarar que las reglas de los precios de transferencia no serán de aplicación al total de las operaciones entre empresas vinculadas, sino en aquéllas en las que exista la posibilidad de un perjuicio del fisco.

Para que pueda existir un perjuicio en la determinación de un precio entre empresas vinculadas, es necesario que una de ellas esté en capacidad de someter las rentas a una imposición distinta, lo que se puede originar en diferentes situaciones, como tener domicilio en un país diferente, tener pérdidas o gozar de beneficios tributarios, entre otros.

Por tal motivo, la Ley el Impuesto a la Renta ha incorporado los siguientes supuestos para la aplicación de las reglas de los precios de transferencia:

Artículo 32-A, inciso a) de la Ley del Impuesto a la Renta

a) Ámbito de Aplicación

Las normas de precios de transferencia serán de aplicación cuando la valoración convenida hubiera determinado un pago del Impuesto a la Renta, en el país, inferior al que hubiere correspondido por aplicación del valor de mercado. En todo caso, resultarán de aplicación los siguientes supuestos:

- 1) Cuando se trate de operaciones internacionales en donde concurren dos o más países o jurisdicciones distintas.*
- 2) Cuando se trate de operaciones nacionales en las que, al menos, una de las partes sea un sujeto inafecto, salvo el*

Sector Público Nacional; goce de exoneraciones del Impuesto a la Renta, pertenezca a regímenes diferenciales del Impuesto a la Renta o tenga suscrito un convenio que garantiza la estabilidad tributaria.

- 3) *Cuando se trate de operaciones nacionales en las que, al menos, una de las partes haya obtenido pérdidas en los últimos seis (6) ejercicios gravables.*

1.2.3. Aplicación de los Precios de Transferencia

Las normas peruanas han recogido la regulación elaborada por la OCDE, que ha desarrollado una metodología para la aplicación de los precios de transferencia. Para dicha aplicación se tomará en cuenta:

a) Principio de libre concurrencia

La Administración Tributaria tiene la facultad de ajustar el valor de las operaciones entre sujetos vinculados, adoptando el valor que hubieran tenido si se hubiera realizado entre sujetos no vinculados.

b) Métodos

Para la correcta determinación del precio de transferencia, hace falta contar con una adecuada: i) calificación de la naturaleza de la operación materia de análisis (saber qué operación se está analizando, a pesar del nombre de los contratos); ii) selección del método de valoración idóneo según las normas vigentes y naturaleza de la operación; y, iii) aplicación del método seleccionado.

Respecto a los métodos para determinar los precios de transferencia, encontramos dos grupos:

Los basados en las operaciones y transacciones, que parten de la comparación de las operaciones comparables del propio contribuyente con sujetos no vinculados y ante la ausencia de éstas se recurre al mercado (operaciones comparables entre sujetos no vinculados entre sí).

Los que dividen la utilidad de los negocios en función a los riesgos e inversiones que cada empresa vinculada realice.

c) Comparabilidad

Resulta necesario que las operaciones cuyo valor se tome como referencia sean comparables a las realizadas entre los sujetos vinculados.

Para tal efecto, se tomará en cuenta lo siguiente:

Artículo 32-A, segundo párrafo del inciso d) de la Ley del Impuesto a la Renta

d) *Análisis de comparabilidad*

(...)

Para determinar si las transacciones son comparables se tomarán en cuenta aquellos elementos o circunstancias que reflejen en mayor medida la realidad económica de las transacciones, dependiendo del método seleccionado, considerando, entre otros, los siguientes elementos:

- i) Las características de las operaciones.*
- ii) Las funciones o actividades económicas, incluyendo los activos utilizados y riesgos asumidos en las operaciones, de cada una de las partes involucradas en la operación.*
- iii) Los términos contractuales.*
- iv) Las circunstancias económicas o de mercado.*
- v) Las estrategias de negocios, incluyendo las relacionadas con la penetración, permanencia y ampliación del mercado.*

Cabe indicar que la jurisprudencia del Tribunal Fiscal ha recogido, aún de manera muy limitada, el concepto de comparabilidad para la resolución de casos.

RTF N° 622-2-2000⁹

El precio de venta que utiliza el contribuyente es de una operación que no tiene las mismas características que la operación materia de examen, siendo normal que dado el volumen de la mercadería transferida se haga un descuento adicional.

RTF N° 5881-1-2003¹⁰

Si bien el Tribunal reconoce las variaciones en el precio de acuerdo a la práctica usual del mercado, atendiendo al volumen de operaciones y condiciones de pago, el contribuyente debe sustentar la diferencia entre los contratos comparados.

⁹ Resolución del Tribunal Fiscal de fecha 21 de julio de 2000.

¹⁰ Resolución del Tribunal Fiscal de fecha 17 de octubre de 2003.

RTF Nº 2312-5-2004¹¹

No resulta amparable lo argumentado por la recurrente en el sentido que por una estrategia comercial (sin sustentar como puede ésta justificar en su caso la diferencia de precios) y teniendo por finalidad la ostentación de rentas gravadas a nivel grupo económico, sin causar perjuicio fiscal, se realizan las ventas a una empresa vinculada a precio costo.

d) Ajustes

Una vez que se efectúen las comparaciones entre sujetos y operaciones iguales o similares, y establecido que el valor fijado por las partes vinculadas para determinada transacción difiere del valor de mercado, sea porque han sido sobrevaluadas o subvaluadas, la SUNAT podrá efectuar los ajustes necesarios, tanto para el transferente como para el adquirente de los bienes o servicios.

2. CRITERIOS DE VINCULACION Y LUGARES DE BAJA O NULA IMPOSICIÓN

Las normas de precios de transferencia, de acuerdo a la legislación nacional, se aplican en dos tipos de transacciones:

- a. Aquéllas realizadas entre partes vinculadas.
- b. Aquéllas que se realicen desde, hacia o a través de países o territorios de baja o nula imposición, también conocidos como paraísos fiscales.

Cabe indicar que las normas sobre precios de transferencia no se aplicarán a todas las operaciones indicadas, sino respecto de aquéllas que además cumplan las condiciones que se desarrollarán en el Capítulo 3, Ámbito de Aplicación.

2.1. Partes vinculadas

Para determinar el contenido del concepto Empresas Vinculadas (“Associated Enterprises”) resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 9, apartados 1a) y 1b), del Modelo de Convenio Fiscal de la OCDE, el cual establece que existirán partes vinculadas cuando una de ellas se encuentre dentro de alguno de los supuestos siguientes:

Artículo 9, apartados 1a) y 1b) del Modelo de Convenio Fiscal de la OCDE

¹¹ Resolución del Tribunal Fiscal de fecha 21 de abril de 2004.

“(…) a) una empresa de un Estado Contratante participa directamente 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; 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, los beneficios que serían acordados por empresas independientes, los beneficios que habrían sido obtenidos por una de las empresas de no existir estas condiciones, y que de hecho no se ha producido a causa de las mismas, pueden ser incluidas en los beneficios de esta empresa y sometidos a imposición (...)”

La OCDE establece como elementos configurantes de vinculación al capital, la dirección y el control. Bastaría verificar la existencia de cualquiera de ellos para considerar que las partes involucradas se encuentren vinculadas.

Sin embargo, no se puede perder de vista el hecho que la redacción empleada es indeterminada y potencialmente subjetiva, ya que si bien establece alcances respecto a lo que debe entenderse por partes vinculadas, no sucede lo mismo para el caso de dirección, control o capital, pudiendo variar las definiciones de estos conceptos dependiendo de la legislación vigente en cada país.

2.2. Criterios de vinculación

Los criterios de vinculación permiten establecer la relación existente entre dos o más agentes económicos, definiendo hasta qué punto su vinculación puede provocar que de forma directa o indirecta la toma de sus decisiones en la operación, administración o definición de sus intereses u objetivos, se realice de manera coordinada.

2.2.1. Vinculación de Control

Es criterio mayoritario de la doctrina calificar el control como una forma de poder, entendiéndose en su connotación societaria, como la posibilidad de disponer de los bienes ajenos y de decidir por otros como prerrogativa propia, es decir, *“El control de sociedades es una forma de poder sobre el patrimonio de otro u otros”*.¹²

¹² DE AGUINIS, Ana María; “Control de Sociedades”; Editorial: Abeledo - Perrot, Buenos Aires 1996, 182 pág.

Este tipo de vinculación de control no sólo es analizada desde un punto de vista económico, sino también desde uno contractual o legal, conocidos igualmente como control interno o externo:

- **Control interno:** aquél que se ejerce de manera directa o indirecta, mediante el control de la mayoría de votos en los órganos de decisión de otra sociedad, o de la cantidad de votos suficientes para adoptar las decisiones en las reuniones societarias, o mediante acuerdo de votos o convenios de sindicación de acciones entre accionistas que impliquen formar la voluntad social.
- **Control externo:** se configura a través de acuerdos o contratos de derecho común, que otorguen a una corporación la prerrogativa de influenciar de manera dominante sobre otra.

Este tipo de vinculación se presenta a través de la influencia dominante y continua que una empresa ejerce en las decisiones o gestión de otra empresa. Comúnmente se entiende que una persona o sociedad ha obtenido el control de otra, cuando ejerce o adopta la mayoría absoluta de votos para la toma de decisiones en los órganos de la administración de otra sociedad o, lo que es equivalente, cuando posee un porcentaje significativo (50% ó más) del poder de voto de la sociedad con la cual se vincula.

No obstante, el parámetro bajo referencia será distinto dependiendo de cada jurisdicción y las circunstancias que cada caso presente.

2.2.2. Vinculación de Capital

Este tipo de vinculación corresponde al control directo o indirecto de la mayoría representada en el capital social de una empresa controladora, sobre otra controlada.

Se presenta cuando una persona natural o jurídica goza de una participación sobre el capital social de una empresa, de forma directa o a través de un tercero, o cuando el capital social de dos o más empresas pertenece a una misma persona o grupo de personas, de manera directa o indirecta.

Sin embargo, ¿cómo determinar la participación en el capital social de una persona jurídica? En su mayoría, la doctrina y legislación comparada consideran que la participación accionaria se determina por medio de la posesión directa o indirecta de las acciones con derecho a voto en una sociedad.

En este sentido, el control de las acciones con derecho a voto sería el criterio determinante al establecer si existe o no una vinculación de capital entre determinadas empresas. La legislación societaria permite la creación de

clases de acciones con diferentes derechos, los cuales deberán ser analizados al momento de determinar si la propiedad de determinada clase de acciones puede o no otorgar control sobre la sociedad emisora de las mismas.

2.2.3. Vinculación de Dirección

Conocida también como vinculación de administración, es una de las formas más comunes de vinculación. Se configura cuando una sociedad o agente económico se encuentra en capacidad de impartir directivas y ejercer cualquier forma de poder sobre la gestión o decisiones corporativas de otra sociedad, que influyan en su planeamiento, organización, ejecución y dirección de actividades.

Este tipo de vinculación suele concretarse cuando una o varias personas naturales o jurídicas tienen la capacidad de lograr la mayoría en las votaciones de las sesiones de directorio u órgano equivalente, o cuando se establecen prerrogativas financieras y comerciales de una empresa controlante, ya sea mediante el Estatuto de la empresa controlada o mediante contrato.

La forma más común de expresión de este tipo de vinculación es cuando dos empresas cuentan con gerentes, directores, administradores u otros directivos con capacidades de decisión financiera y comercial, comunes a las empresas vinculadas.

2.3. Supuestos de vinculación en la Ley del Impuesto a la Renta

Cabe indicar que la legislación peruana presenta diferentes definiciones de vinculación aplicables a diversos fines, tales como la regulación bancaria o concursal. En este punto nos centraremos únicamente en la regulación que plantea la Ley del Impuesto a la Renta.

2.3.1. Operaciones con sujetos vinculados o residentes en lugares de baja o nula imposición

La Ley no recoge ninguna definición sobre vinculación; en su lugar, señala que se considera que dos o más personas, empresas o entidades son partes vinculadas, cuando una de ellas participa de manera directa o indirecta en la administración, control o capital de varias personas, empresas o entidades. También operará la vinculación cuando la transacción se realice utilizando personas interpuestas, cuyo propósito sea encubrir una transacción entre partes vinculadas.

Artículo 32-A, inciso b) de la Ley del Impuesto a la Renta

Se considera que dos o más personas, empresas o entidades son

partes vinculadas cuando una de ellas participa de manera directa o indirecta en la administración, control o capital de la otra; o cuando la misma persona o grupo de personas participan directa o indirectamente en la dirección, control o capital de varias personas, empresas o entidades.

La descripción exacta de los supuestos que deben ser entendidos como “vinculación”, se encuentran descritos en el artículo 24º del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta, los mismos que hemos agrupado en base a los siguiente criterios:

a. Propiedad común

- *Una persona natural o jurídica posea más del treinta por ciento (30%) del capital de otra empresa, directamente o por intermedio de un tercero.*
- *Más del treinta por ciento (30%) del capital de dos (2) o más empresas pertenezca a una misma persona natural o jurídica, directamente o por intermedio de un tercero.*
- *En cualquiera de los casos anteriores, cuando la indicada proporción del capital pertenezca a cónyuges entre sí o a personas vinculadas hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad.*
- *El capital de dos (2) o más empresas pertenezca, en más del treinta por ciento (30%), a socios comunes a éstas.*
- *Dos o más empresas consoliden estados financieros.*
- *Exista un contrato de colaboración empresarial con contabilidad independiente o uno de asociación en participación, en cuyo caso el contrato se considerará vinculado con cada una de las partes contratantes que tenga una participación superior al 30%.*
- *Cuando una empresa no domiciliada tenga uno o más establecimientos permanentes en el país, en cuyo caso existirá vinculación entre la empresa no domiciliada y cada uno de sus establecimientos permanentes y entre los establecimientos permanentes entre sí.*

b. Dirección común

- *Las empresas cuenten con una o más directores, gerentes, administradores u otros directivos comunes, que tengan poder de decisión en los acuerdos financieros, operativos y/o comerciales que se adopten.*
- *Una persona natural o jurídica ejerza influencia dominante en las decisiones de los órganos de administración de una o más personas jurídicas o entidades.*

c. Relación contractual

- *Una empresa en el ejercicio gravable anterior, el ochenta por ciento (80%) o más de sus ventas las realice a otra o a sus vinculadas, siempre que tales operaciones, a su vez, representen por lo menos el treinta por ciento (30%) de las compras o adquisiciones de la otra parte en el mismo período. Tratándose de empresas que tengan actividades por períodos mayores a tres ejercicios gravables, tales porcentajes se calcularán teniendo en cuenta el porcentaje promedio de ventas o compras, según sea el caso, realizadas en los tres ejercicios gravables inmediatos anteriores.*

Cabe indicar que al comparar el artículo 24º del Reglamento y el artículo 32-A de la Ley del Impuesto a la Renta, se podría cuestionar la legalidad de calificar como empresas vinculadas el supuesto descrito en el punto c, es decir, aquella vinculación que se origina en el nivel de ventas o compras establecido entre las partes intervinientes.

Según lo descrito en el artículo 24º del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta, veamos de forma desagregada los supuestos en los cuales las personas, empresas o entidades involucradas son partes vinculadas:

a) Una persona natural o jurídica posea más del 30% del capital de otra persona jurídica, directamente o por intermedio de un tercero.

En aplicación de este supuesto, todo accionista o socio que tenga una participación igual o mayor al 30% en el capital social de una persona jurídica, sea de manera directa o indirecta, a través de otra persona natural o jurídica, se le considerará vinculado con la persona jurídica en la cual participa.

b) Más del 30% del capital de dos o más personas jurídicas pertenezca a una misma persona natural o jurídica, directamente o por intermedio de un tercero.

El supuesto contempla la formación de un grupo económico, pues de existir un conjunto de personas jurídicas, cualquiera sea su actividad u objeto social, que estén sujetas al control de una misma persona natural o jurídica, estaremos ante un conglomerado o grupo de empresas.

Por ejemplo, tenemos una empresa en la que A tiene el 35% del capital social de la empresa B y el 45% de participación en el capital social de la empresa C a través de la empresa D, de la cual es accionista mayoritario. En tal caso, la ley considera que A, B, C y D se encuentran vinculadas.

c) En cualquiera de los casos anteriores, cuando la indicada proporción

del capital pertenezca a cónyuges entre sí o a personas naturales vinculadas hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad.

Es decir, cuando el 30% de participación en el capital social de una persona jurídica pertenece a cónyuges entre sí; o, personas que se vinculan por parentesco por consanguinidad en su condición de abuelos, padres, hijos o nietos en línea recta o hermanos en línea colateral; o, personas que se vinculan por parentesco por afinidad, es decir, aquéllos que tengan las calidades indicadas respecto del cónyuge (suegros, cuñados, entre otros).

Por ejemplo, tenemos una empresa X cuyo 35% del capital social pertenece a César Pérez, y otra empresa Y cuyo 40% pertenece al padre de César Pérez. Por otro lado, tenemos a la empresa Z que pertenece en un 35% a José Pérez, hermano de César. En este caso, X, Y y Z estarán vinculadas.

d) El capital de dos o más personas jurídicas pertenezcan en más del 30% a socios comunes de ésta.

Ello significa que dos o más personas jurídicas serán partes vinculadas cuando tengan socios comunes, los cuales deberán poseer en cada una de dichas entidades más del 30% de participación en el capital social.

Por ejemplo, tenemos a las empresas M y N cuyo 15% pertenece a Enrique López y el 20% a Humberto Gonzalez, en ambas empresas. M y N están vinculadas.

e) Las personas jurídicas o entidades cuentan con uno o más directores, gerentes, administradores u otros directivos comunes, que tengan poder de decisión en los acuerdos financieros, operativos y/o comerciales que se adopten.

Es razonable que dos o más personas jurídicas estén vinculadas cuando comparten directores, gerentes o administradores, pues generalmente los accionistas quieren tener una persona de su confianza en la gestión de la sociedad; aquellos accionistas que tengan más participación en el capital social tendrán mayor posibilidad de elegir a los miembros del directorio y, por lo tanto, al personal de gerencia.

Cabe señalar que la coincidencia de un miembro del directorio en dos o más empresas normalmente no determinará la existencia de vinculación entre ellas, debido a que el directorio es un órgano colegiado cuya mayoría determina las decisiones correspondientes. En tal sentido, en el caso del directorio, será necesaria la coincidencia de la mayoría del directorio en dos o más empresas, para considerarlas vinculadas.

Por ejemplo, tenemos a las empresas P y Q, siendo Julio Rueda el gerente

general en ambas empresas. P y Q están vinculadas.

f) Dos o más personas jurídicas consoliden estados financieros

Los estados financieros consolidados muestran la situación financiera o los resultados de las operaciones de dos o más empresas asociadas, apareciendo como si fueran una sola organización. Es usual que los conglomerados financieros o los grupos empresariales lleven sus estados financieros de manera consolidada, debido a que la consolidación evita duplicidad de información cuando las empresas que conforman el grupo celebran transacciones entre ellas, pues la preparación de un estado financiero consolidado implica la eliminación de cuentas entre compañías, inversiones, ventas y otras partidas.

Cabe señalar que la consolidación de estados financieros no constituye en sí misma un supuesto de control o propiedad común, sin embargo, ante la ausencia de accionariado o dirección común, se muestra como un indicio de una propiedad oculta, debido a que sólo bajo dicho supuesto el legislador considera razonable que dos sociedades que no tienen ni propiedad ni dirección común evidente, consoliden sus estados financieros.

g) Una empresa no domiciliada tenga uno o más establecimientos permanentes en el país

En este caso existirá vinculación entre la empresa no domiciliada y cada uno de sus establecimientos permanentes y entre todos ellos entre sí.

Cabe señalar que esta norma tiene una importancia mayor a la sola aplicación de los precios de transferencia. En efecto, al calificar la norma tributaria a los establecimientos permanentes como sujetos vinculados a su principal, está afirmando también que se trata de agentes económicos tributariamente diferentes, por lo que resultaría aceptable que la principal pueda facturar a sus establecimientos permanentes diversas operaciones, y viceversa, debiéndose aplicar los precios de transferencia para determinar el valor correcto de dichas operaciones.

h) Una empresa domiciliada en territorio peruano tenga uno o más establecimientos permanentes en el extranjero

Existirá vinculación entre la empresa domiciliada y cada uno de sus establecimientos permanentes.

2.3.2. Otros supuestos de vinculación

Con la modificación introducida por el Decreto Supremo Nº 190-2005-EF en el Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta, vigente a partir del

ejercicio 2006, se han ampliado los supuestos de vinculación y otros se han precisado. Los supuestos adicionales son los siguientes:

a) Cuando exista un contrato de colaboración empresarial con contabilidad independiente

El contrato se considerará vinculado con aquellas partes contratantes que participen,¹³ directamente o por intermedio de un tercero, en más del 30% del contrato o cuando alguna de las partes contratantes tenga poder de decisión en los acuerdos financieros, comerciales u operativos que se adopten para el desarrollo del contrato, caso en el cual la parte contratante que ejerza el poder de decisión se encontrará vinculado con el contrato.

Este supuesto ha sido precisado con respecto al que se regulaba antes de la modificación, pues no basta la sola participación para que se configure la vinculación entre el contrato y las partes intervinientes, sino que se exige que exista una participación, de manera directa o indirecta, en más del 30% del contrato.

Cabe señalar que la vinculación se establecerá entre el contribuyente creado por el contrato de colaboración empresarial con contabilidad independiente y la parte que cumple con alguno de los supuestos previstos en la norma; pero no se establece vinculación entre las partes contratantes.

Por ejemplo, las empresas A y B han celebrado un contrato de colaboración empresarial que llevará contabilidad independiente (Consortio AB), participando cada una del 50% de la utilidad del proyecto. En este caso, existirá vinculación entre el Consortio AB y la empresa A, y también entre el Consortio AB y la empresa B; pero no existirá vinculación entre las empresas A y B.

b) En el caso de un contrato de colaboración empresarial sin contabilidad independiente¹⁴

La vinculación entre cada una de las partes integrantes del contrato y la contraparte se deberá verificar individualmente, aplicando alguno de los criterios de vinculación establecidos en otros supuestos. Es decir, la existencia de un contrato de colaboración empresarial entre dos empresas no

¹³ Cabe señalar que la participación en un contrato de colaboración empresarial se define el contrato correspondiente, pudiendo la participación definirse en base a los ingresos, productos, márgenes brutos, resultados, entre otras alternativas.

¹⁴ Las situaciones en las que un contrato de colaboración empresarial puede no llevar contabilidad independiente están determinadas en el artículo 65º de la Ley del Impuesto a la Renta.

genera por sí misma vinculación entre ellas.

c) Si existe un contrato de asociación en participación

Si alguno de los asociados, directa o indirectamente, participa en más del 30% en los resultados o en las utilidades de uno o varios negocios del asociante, se considerará que existe vinculación entre el asociante y cada uno de sus asociados que tenga tal participación.

También existirá vinculación cuando alguno de los asociados tenga poder de decisión en los aspectos financieros, comerciales u operativos en uno o varios negocios del asociante.

Por ejemplo, la empresa A ha celebrado con la empresa B un contrato de asociación en participación, según el cual B (asociado) participará del 50% de la utilidad que genere un contrato de obra que ha celebrado A (asociante). En este caso, A y B son empresas vinculadas.

d) Una persona natural o jurídica ejerza influencia dominante en las decisiones de los órganos de administración de una o más personas jurídicas o entidades

Se considerará que las personas jurídicas o entidades influidas están vinculadas entre sí y con la persona natural o jurídica que ejerce dicha influencia.

La misma norma señala que se entiende que una persona natural o jurídica ejerce influencia dominante cuando, en la adopción del acuerdo, ejerce o controla la mayoría absoluta de votos para la toma de decisiones en los órganos de administración de la persona jurídica o entidad.

Por ejemplo, si la empresa A celebra con la empresa B un contrato de gerencia, según el cual la empresa B ejercerá la gerencia general de la empresa A. A y B están vinculados.

Asimismo, la norma establece que en el caso de decisiones relacionadas con los asuntos mencionados en el artículo 126 de la Ley General de Sociedades (en adelante LGS), existirá influencia dominante de la persona natural o jurídica que, participando en la adopción del acuerdo, por sí misma o con la intervención de votos de terceros, tiene en el acto de votación el mayor número de acciones suscritas con derecho a voto, siempre y cuando cuente con, al menos, el 10% de las acciones suscritas con derecho a voto.

2.4. Legislación Comparada

2.4.1. Argentina

La Ley del Impuesto a las Ganancias argentina regula en su artículo 15º los criterios de vinculación económica entre sociedades de capital, empresas unipersonales, establecimientos estables y sociedades o empresas pertenecientes a sociedades o personas físicas residentes en el exterior y que realicen operaciones con empresas del exterior.

Esta legislación ha establecido dos supuestos, a efectos de los precios de transferencia, en los cuales se entenderá que existe vinculación entre dos personas jurídicas. Según:

- a) Los criterios de vinculación que se presentan de manera directa o indirecta en la dirección o control de las empresas; y
- b) Los criterios de vinculación que se presentan cuando existe entre las empresas relacionadas (vinculadas) el poder de decisión de una de ellas (controladora) para orientar y definir la actividad de la sociedad controlada, mediante:
 - i) Su participación en el capital social
 - ii) El grado de acreencia de una sobre la otra
 - iii) Influencias funcionales de cualquier tipo
 - iv) Influencias contractuales o no

De esta manera, la vinculación se entenderá configurada cuando quienes realicen transacciones con sujetos del exterior estén sujetos de manera directa o indirecta a la dirección o control de las mismas personas físicas o jurídicas. Asimismo, cuando los sujetos del exterior con que operen las sociedades, sea por su participación en el capital, grado de acreencias, influencias funcionales, entre otros supuestos contractuales o no, tengan poder de decisión para orientar o definir las actividades de cualquiera de las partes.

2.4.2. España

En la jurisdicción española es a través del artículo 16º de la Ley 43/1995, Ley del Impuesto sobre Sociedades y el artículo 15º de su Reglamento que se ha previsto la regulación sobre los precios de transferencia.

Los criterios de vinculación que aquella normativa prevé son:

- a) **Vinculación entre la sociedad y los socios:** entendida como aquella vinculación que se produce cuando las operaciones realizadas entre una sociedad y sus socios directivos o administradores, así como entre los cónyuges y familiares ascendientes y descendientes de los últimos

con la sociedad, engloban una participación de aquéllos, correspondiente a un 5% del capital o un 1% del mismo.

- b) Vinculación con no residentes:** Este tipo de vinculación involucra aquellas operaciones que realice una sociedad residente con un establecimiento permanente no residente o aquélla que se produzca entre una empresa matriz (casa central) con un establecimiento permanente residente.
- c) Vinculación entre sociedades del mismo grupo:** Es aquella vinculación que se configura cuando se realizan operaciones entre dos sociedades pertenecientes a un mismo grupo, englobando igualmente a las transacciones efectuadas entre los directores, administradores, gerentes, y/o socios o cónyuges, ascendientes o descendientes de aquéllas vinculadas.
- d) Vinculación entre sociedades en relación orgánica:** Comprende aquella operación u operaciones que involucren a una sociedad (controladora) y otra controlada indirectamente por la primera, a través de al menos el 25% de su capital social y con la capacidad de decidir sobre la segunda.

No obstante los cuatro criterios mencionados, que ciertamente engloban todos los supuestos que la norma de precios de transferencia española prevé (trece supuestos de vinculación), la doctrina autorizada de aquel país presenta una agrupación que se circunscribe básicamente a cinco criterios:

- i) Criterio de vinculación que se produce por el dominio directo o indirecto de las sociedades;
- ii) Criterio de vinculación que se presenta por la pertenencia a un grupo de sociedades;
- iii) Criterio de vinculación que se determina a propósito del ejercicio del poder de decisión;
- iv) Criterio de vinculación por la relación matriz - establecimiento permanente; y,
- v) Criterio de vinculación por la pertenencia a un grupo de sociedades cooperativas.

2.4.3. Alemania

En la jurisdicción alemana, la Ley del Impuesto sobre las Sociedades de 1991 no ha previsto normas especiales de valoración aplicables a las operaciones entre sociedades vinculadas.

Sin perjuicio de ello, la jurisprudencia de este país ha determinado que las operaciones que se realicen entre sociedades vinculadas deben de realizarse a su valor de mercado.

Asimismo, en sus normas se ha previsto que habrá vinculación cuando se compruebe una participación del accionariado de una empresa sobre otra que represente por lo menos el 25% del capital social, o que represente directa o indirectamente el control de decisión de una sociedad sobre otra (controladora y controlada), o cuando una persona pueda influir en la toma de decisiones de otra persona por razones no basadas en su relación comercial o tenga interés propio en la obtención de ingresos por parte de la persona controlada.

Finalmente, se entiende que existe vinculación para la jurisdicción alemana, cuando una sociedad pueda ejercer influencia preponderante sobre las condiciones del contrato motivo de la operación, que van mucho más allá de las relaciones normales.

2.5. Países o Territorios de Baja o Nula Imposición

A partir del ejercicio 2001,¹⁵ se introduce en la legislación del Impuesto a la Renta las llamadas “normas antiparaíso”, relacionadas con determinadas jurisdicciones en el mundo, en función a un grupo de características que permiten la elusión de impuestos en países de imposición fuerte como el nuestro, conocidas como “paraísos o escondites fiscales”.¹⁶

A pesar que la legislación comparada ofrece una mayor variedad de normas antiparaíso,¹⁷ la legislación peruana ha adoptado dos medidas específicas contra los llamados paraísos fiscales (lugares de baja o nula imposición):

- a. Precios de transferencia.
- b. Prohibición de deducción como gasto de servicios o transferencia de intangibles, con las excepciones previstas en la norma.

¹⁵ Cabe indicar que el redactor considera que estas normas no entraron en vigencia durante el ejercicio 2001, sino en el 2002.

¹⁶ Si el lector desea conocer más sobre esta materia, resulta pertinente indicar que la mayor parte de la literatura sobre la materia está en idioma inglés, el cual denomina estas jurisdicciones *tax heaven* o *tax haven*.

¹⁷ Específicamente, la legislación peruana no ha adoptado las normas antiparaísos contra los fenómenos conocidos como “domicilios de conveniencia” y “sociedades base”, contra las cuales, respectivamente, se presentan normas como “la cuarentena fiscal” y “la transparencia fiscal internacional”.

2.5.1. Opciones normativas para definirlos

Es importante remarcar que la definición de “lugar de baja o nula imposición”, varía en la legislación comparada en función a dos técnicas principales:

- a. Un listado taxativo que, según el país, varía en cantidad (hay listados que exceden los 90 territorios calificados como paraísos fiscales).
- b. Una definición que suele hacer referencia a la tasa efectiva de imposición, la cual puede estar planteada en dos formas:
 - b.1. Establecer una tasa mínima, debajo de la cual el país será calificado como “lugar de baja o nula imposición”. Por ejemplo, hay países que señalan que aquellas jurisdicciones que tienen una tasa inferior a 25% ó 30% serán calificadas como de baja o nula imposición.
 - b.2. Establecer un mínimo en función a su propia imposición. Por ejemplo, señalar que son de baja o nula imposición aquellas jurisdicciones que tengan una imposición inferior a 2/3 de la imposición que el país que realiza la calificación.

2.5.2. Legislación peruana

La normatividad del Impuesto a la Renta peruana ha adoptado una solución mixta; por un lado, ha dado una definición que abarca una gran cantidad de supuestos; y, por otro, ha establecido un listado que no es taxativo, es decir, en caso alguna jurisdicción califique dentro de la definición del Reglamento, aun cuando no esté en el listado, las transacciones que se realicen desde, hacia o a través de dicho territorio o países estarán sujetas a las reglas de los Precios de Transferencia.

2.5.2.1. Definición reglamentaria

Según la legislación peruana, para que un país o territorio califique como “de baja o nula imposición” debe cumplir con dos requisitos:

- a. El Impuesto a la Renta empresarial del país en cuestión que efectivamente se pague, debe ser menor al 15%. Si el país devuelve parte del Impuesto pagado o establece créditos contra su Impuesto, dichos montos no deberán considerarse para calcular el 15%.
- b. Adicionalmente, deberá cumplir con cualquiera de los siguientes supuestos:

- b.1. No intercambiar información con la SUNAT (lo que puede no ser conocido por el contribuyente).
- b.2. Que otorgue beneficios a los no residentes, excluyendo a los residentes.
- b.3. Que condicione los beneficios a que la empresa no opere en el país (empresa *off shore*).
- b.4. Que el país sea publicitado como un paraíso o escondite fiscal.

Artículo 86º de la Ley del Impuesto a la Renta

DEFINICIÓN DE PAÍS O TERRITORIO DE BAJA O NULA IMPOSICIÓN

Se consideran países o territorios de baja o nula imposición a los incluidos en el Anexo del presente reglamento.

Sin perjuicio de lo señalado en el párrafo anterior, también se considera país o territorio de baja o nula imposición a aquel donde la tasa efectiva del Impuesto a la Renta, cualquiera fuese la denominación que se dé a este tributo, sea cero por ciento (0%) o inferior en un cincuenta por ciento (50%) o más a la que correspondería en el Perú sobre rentas de la misma naturaleza, de conformidad con el Régimen General del Impuesto, y que, adicionalmente, presente al menos una de las siguientes características:

- a) *Que no esté dispuesto a brindar información de los sujetos beneficiados con gravamen nulo o bajo.*
- b) *Que en el país o territorio exista un régimen tributario particular para no residentes que contemple beneficios o ventajas tributarias que excluya explícita o implícitamente a los residentes.*
- c) *Que los sujetos beneficiados con una tributación baja o nula se encuentren impedidos, explícita o implícitamente, de operar en el mercado doméstico de dicho país o territorio.*
- d) *Que el país o territorio se publicite a sí mismo, o se perciba que se publicita a sí mismo, como un país o territorio para ser usado por no residentes que desean escapar del gravamen en su país de residencia.*

Artículo 87º. DEFINICIÓN DE TASA EFECTIVA

Para efecto de lo dispuesto en el artículo anterior, se entiende por tasa efectiva al ratio que resulte de dividir el monto total del impuesto calculado entre la renta imponible, multiplicado por cien (100) y sin considerar decimales.

2.5.2.2. Listado

El Anexo del Reglamento del Impuesto a la Renta presenta un listado de 43 países que son calificados como lugares de baja o nula imposición. Es decir, aun cuando en algún momento por alguna modificación legislativa de alguno de dichos países, dejen de cumplir con los requisitos señalados en la definición del punto anterior, en la medida que están dentro del listado, serán calificados como “lugares de baja o nula imposición”.

- | | |
|---------------------------|---|
| 1. Alderney | 23. Islas Vírgenes Británicas |
| 2. Andorra | 24. Islas Vírgenes de Estados Unidos de América |
| 3. Anguila | 25. Jersey |
| 4. Antigua y Barbuda | 26. Labuán |
| 5. Antillas Neerlandesas | 27. Liberia |
| 6. Aruba | 28. Liechtenstein |
| 7. Bahamas | 29. Luxemburgo |
| 8. Bahrain | 30. Madeira |
| 9. Barbados | 31. Maldivas |
| 10. Belice | 32. Mónaco |
| 11. Bermuda | 33. Monserrat |
| 12. Chipre | 34. Nauru |
| 13. Dominica | 35. Niue |
| 14. Guernsey | 36. Panamá |
| 15. Gibraltar | 37. Samoa Occidental |
| 16. Granada | 38. San Cristóbal y Nevis |
| 17. Hong Kong | 39. San Vicente y las Granadinas |
| 18. Isla de Man | 40. Santa Lucía |
| 19. Islas Caimán | 41. Seychelles |
| 20. Islas Cook | 42. Tonga |
| 21. Islas Marshall | 43. Vanuatu |
| 22. Islas Turcas y Caicos | |

SEGUNDA SECCIÓN ASPECTOS ESPECÍFICOS

3. ÁMBITO DE APLICACIÓN

Los precios de transferencia no se aplican a todas las transacciones entre partes vinculadas. Para que resulte de aplicación la normatividad de precios de transferencia, salvo en determinadas excepciones, resulta necesario que exista la potencialidad que el fisco peruano sea afectado por la determinación de precios en las transacciones indicadas.

Es pertinente aclarar que así como las normas sobre precios de transferencia tienen un ámbito dentro del cual son aplicables, también las obligaciones formales derivadas de la aplicación de las normas sobre Precios de Transferencia, es decir, la Declaración Jurada Informativa sobre Precios de Transferencia y los Estudios de Precios de Transferencia, tienen sus respectivos ámbitos de aplicación, siempre subordinados a lo que se desarrollará en el presente capítulo.

En otras palabras, si una empresa no está obligada a aplicar la normatividad sobre Precios de Transferencia, resulta claro que tampoco estará obligada a presentar la Declaración Jurada Informativa sobre Precios de Transferencia ni a contar con Estudios de Precios de Transferencia.

3.1. Regulación nacional

Las normas sobre precios de transferencia están vigentes en nuestro país desde el período fiscal 2001. En la normatividad aplicable desde el ejercicio 2001 al 2003, las reglas de precios de transferencia eran de aplicación a cualquier operación entre empresas vinculadas, aun cuando dicha operación no implicara un riesgo para el fisco peruano.

Con la publicación del Decreto Legislativo N° 945, vigente a partir del ejercicio 2004, se dio un cambio importante en varios aspectos de la normativa. Uno de los más trascendentes fue la determinación de un ámbito de aplicación para las metodologías de valoración, así como su aplicación a personas naturales vinculadas (antes de ello sólo se comprendía a las personas jurídicas vinculadas). Mediante la publicación del Decreto Supremo N° 190-2005-EF,¹⁸ se precisaron los criterios para la aplicación de las normas sobre precios de transferencia.¹⁹

¹⁸ Publicado el 31 de diciembre de 2005.

¹⁹ En este sentido nos dice García Schreck: *“En efecto luego de una larga espera, mediante Decreto Supremo N° 190-2005-EF, se incorporó en dicho Reglamento todo*

Las normas vigentes del Impuesto a la Renta establecen que para la aplicación de la regulación de los precios de transferencia debe existir la posibilidad que, dadas las condiciones de los sujetos intervinientes, se configure un pago inferior del impuesto a la renta en el país.

Bajo esta perspectiva, la Ley y el Reglamento del Impuesto a la Renta han previsto dos tipos de reglas para determinar el ámbito de aplicación de los precios de transferencia. La primera es una regla general, que indica que los precios de transferencia serán aplicables a supuestos en los cuales la valoración convenida por las transacciones señaladas pueda determinar un pago del impuesto a la renta inferior en el país. La segunda, hace referencia a supuestos específicos.

Artículo 32 - A, inciso a) de la Ley del Impuesto a la Renta

a) Ámbito de aplicación

Las normas de precios de transferencia serán de aplicación cuando la valoración convenida hubiera determinado un pago del Impuesto a la Renta, en el país, inferior al que hubiere correspondido por aplicación del valor de mercado. En todo caso, resultarán de aplicación los siguientes supuestos:

- 1. Cuando se trate de operaciones internacionales en donde concurren dos o más países o jurisdicciones distintas.*
- 2. Cuando se trate de operaciones nacionales en las que, al menos, una de las partes sea un sujeto inafecto, salvo el Sector Público Nacional; goce de exoneraciones del Impuesto a la Renta, pertenezca a regímenes diferenciales del Impuesto a la Renta o tenga suscrito un convenio que garantiza la estabilidad tributaria.*
- 3. Cuando se trate de operaciones nacionales en las que, al menos, una de las partes haya obtenido pérdidas en los últimos seis (6) ejercicios gravables.*

3.1.1. Regla general

La regla general para la aplicación de los normas de precios de transferencia en nuestra legislación, está prevista en el artículo 32-A de la Ley del Impuesto a la Renta.

un capítulo relativo a este aspecto tan importante de la tributación (...) Como se sabe, el objetivo central de esta normatividad está dirigido esencialmente a combatir la evasión fiscal, disuadiendo a los contribuyentes de trasladar utilidades a empresas vinculadas, por medio de la sobrevaluación o subvaluación de sus operaciones para obtener ventajas fiscales.”

Artículo 32 - A, inciso a) de la Ley del Impuesto a la Renta

a) *Ámbito de aplicación*

Las normas de precios de transferencia serán de aplicación cuando la valoración convenida hubiera determinado un pago del Impuesto a la Renta, en el país, inferior al que hubiere correspondido por aplicación del valor de mercado.

Precisando, el literal a), numeral 1) del artículo 108º del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta dispone:

Artículo 108º, literal a), numeral 1) del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta

(...)

a) *Las normas de precios de transferencia se aplicarán en los siguientes casos:*

1) *Cuando la valoración convenida por las partes determine, en el país y en el ejercicio gravable respectivo, un Impuesto a la Renta inferior al que hubiera correspondido por aplicación de valor de mercado.*

Ocasionan una menor determinación del Impuesto, entre otros, la comprobación del diferimiento de rentas o la determinación de mayores pérdidas tributarias de las que hubiera correspondido declarar.

Es decir, todo pago reducido del impuesto a la renta, como consecuencia de la valoración otorgada en operaciones entre empresas vinculadas, se deberá sujetar a las reglas de los Precios de Transferencia y, por lo tanto, ser susceptible de ajustes en el ejercicio gravable en el que se realizaron.

Sin embargo, el Reglamento no ha determinado si el pago inferior del impuesto a la renta en el país se debe apreciar considerando el impacto tributario en una de las empresas vinculadas o considerando, de manera conjunta, la imposición de las empresas vinculadas nacionales como una sola. Es decir, si tenemos dos empresas vinculadas domiciliadas (A1 y A2), ambas con utilidad, sujetas al régimen general del Impuesto a la Renta, ninguna tiene pérdidas tributarias, ni goce de ningún beneficio tributario, y se ve que A1 vendió a A2 un bien a S/. 100, cuando según las reglas de Precios de Transferencia debió venderlo a S/. 20 ¿se aplicarían las normas sobre Precios de Transferencia?

Una potencial aplicación poco razonable de la norma, nos llevaría a decir que en el ejemplo planteado se deben aplicar las reglas de los Precios de

Transferencia, pues cuando las entidades vinculadas realizan la transacción a un valor diferente al de mercado, siempre una de ellas pagará menor impuesto (la que subvaluó la transacción o la que dedujo un gasto a valor sobrevaluado, en este caso A2) y consecuentemente, la otra parte pagará un mayor impuesto (la que dedujo un menor gasto o la que sobrevaluó la transacción, en este caso A1).

A nuestro entender, la legislación sobre precios de transferencia constituye un mecanismo antielusivo, por lo que su aplicación se reserva a operaciones que tengan la posibilidad de generar una elusión del Impuesto a la Renta peruano. En otras palabras, cuando en una evaluación conjunta de la operación se concluyera que las condiciones de la misma y el régimen tributario de los contribuyentes no permitió la generación de un perjuicio fiscal,²⁰ no deberían aplicarse las reglas sobre precios de transferencia. En otras palabras, entendemos que en el ejemplo indicado, la operación entre A1 y A2 no se regirá por las reglas de los Precios de Transferencia.

Para que se cumpla el supuesto previsto por la norma, se tendrá que configurar la posibilidad que un pacto global de la transacción vinculada, pueda provocar un pago inferior del impuesto en el país, no siendo justificable su aplicación en el supuesto contrario.²¹

Con relación a la evaluación del pago inferior del impuesto a la renta en el ejercicio gravable en el que ha ocurrido la transacción vinculada, la norma reglamentaria tiene como criterio que la apreciación del menor pago del impuesto se determine objetivamente, aplicando la regla en el ejercicio en que ocurrió la operación entre vinculadas.

3.1.2. Supuestos específicos

En adición a la regla general, nuestra legislación ha previsto supuestos específicos adicionales, en los que serán de aplicación las normas sobre precios de transferencia:

Operaciones internacionales (cuando se da la confluencia de dos o

²⁰ En este entendido, especialistas sobre la materia sostienen que la apreciación aislada de pago inferior del impuesto a la renta, servirá como un pretexto para obligar al sujeto pasivo de la norma a rectificar la base imponible del impuesto a pagar, produciéndose la posible exigencia del pago de multas e intereses moratorios derivados de la rectificación, convirtiendo así a la norma en un instrumento de imposición indirecta de sanciones e intereses olvidando su propósito principal que es combatir prácticas elusivas y lesivas del interés fiscal del Estado.

²¹ VILLANUEVA GUTIÉRREZ, Walter; "Comentarios al reglamento de precios de transferencia", En Análisis Tributario, Enero 2006, página 30.

más jurisdicciones).

Operaciones nacionales, cuando al menos una de las partes sea:

1. Sujeto inafecto (salvo el Sector público nacional).
2. Goce de Exoneración del Impuesto a la Renta.
3. Pertenzca a regímenes diferenciales del Impuesto a la Renta.
4. Cuento con convenios de estabilidad tributaria.

Operaciones nacionales con vinculadas, siempre que una de ellas haya tenido pérdidas en los seis últimos ejercicios

3.1.2.1 Operaciones nacionales

Artículo 32 - A, literal a), numeral 2) de la Ley del Impuesto a la Renta

(...) En todo caso, resultarán de aplicación en los siguientes supuestos:

- 2) *Cuando se trate de operaciones nacionales en las que, al menos, una de las partes sea un sujeto inafecto, salvo el Sector Público Nacional; goce de exoneraciones del Impuesto a la Renta, pertenezca a regímenes diferenciales del Impuesto a la Renta o tenga suscrito un convenio que garantiza la estabilidad tributaria.*

De ello se deriva que, estarán comprendidas aquellas operaciones con efectos fiscales para nuestra jurisdicción, realizadas dentro del territorio nacional, que lleven a cabo dos o más personas (naturales o jurídicas, dependiendo del caso) en donde por lo menos una de ellas, esté comprendida entre los sujetos inafectos (salvo el Sector Público Nacional) que prevé el artículo 18 de la Ley del Impuesto a la Renta, o exonerados a que se refiere el artículo 19 del mismo cuerpo legal.

Cabe indicar que la aplicación del artículo 19º podría dar lugar a confusiones, debido a que el mismo establece exoneraciones subjetivas (por ejemplo para las asociaciones sin fines de lucro) y objetivas (por ejemplo, para los intereses pagados por entidades del Sistema Financiero Nacional o ganancias en la Bolsa de Valores de Lima).

Una interpretación extensiva de esta norma obligaría a todas las empresas que tienen cuentas bancarias en un banco local se deberían sujetar a las reglas de los precios de transferencia por sus operaciones con sujetos vinculados, puesto que al recibir intereses exonerados del Impuesto a la Renta, estaría gozando de una exoneración, aún cuando ésta no tiene ninguna incidencia en la transacción con la parte vinculada.

Igual que en el caso anterior, entendemos que la única forma de entender de manera razonable esta norma es que la exoneración afecte, por lo menos potencialmente, la determinación de impuesto con motivo de la ocurrencia de la operación entre sujetos vinculados.

Asimismo, la norma comprende a los sujetos que se encuentren comprendidos en alguno de los regímenes diferenciales del impuesto a la renta y aquéllos que hayan celebrado convenios de estabilidad tributaria con el Estado.

En relación al primer supuesto, de conformidad con una respuesta a una consulta institucional, la SUNAT ha opinado que cuando una empresa de construcción difiere resultado de conformidad con el inciso c) del artículo 63º de la Ley del Impuesto a la Renta, procederá la aplicación de los Precios de Transferencia. Asimismo, serán de aplicación las reglas de los precios de transferencia cuando una de las partes esté sujeto a un régimen tributario diferente a aquél aplicable a su vinculada, tales como el Régimen Especial del Impuesto a la Renta (RER), Régimen Único Simplificado (RUS), entre otros.

En lo que respecta a la aplicación de las reglas de los Precios de Transferencia por la simple celebración de un convenio de estabilidad tributaria con el Estado, consideramos que la norma debió señalar que esta norma se aplicaría en la medida que dicho convenio tenga una régimen tributario aplicable diferente al vigente a la fecha de la operación, pero dada la redacción de la norma, se aplicaría en todos los casos que una de las partes tenga estos convenios.

3.1.2.2. Operaciones internacionales

Artículo 32 - A, literal a), numeral 1) de la Ley del Impuesto a la Renta

(...) En todo caso, resultarán de aplicación en los siguientes supuestos:

- 1) Cuando se trate de operaciones internacionales en donde concurren dos o más países o jurisdicciones distintas.*

De esta manera, el ámbito de aplicación previsto por la norma, incidiría sobre las operaciones que concurrentemente comprendan:

Transacciones entre dos o más partes vinculadas (control, capital y dirección),

Que se realicen en dos o más jurisdicciones (países) distintas.

Cabe indicar que al incluir este supuesto, resulta claro que cualquier operación con países o territorios de baja o nula imposición (paraísos fiscales) estará dentro del ámbito de aplicación de las reglas de los precios de transferencia.

3.1.2.3. Operaciones nacionales con vinculadas en pérdida

Artículo 32 - A, literal a), numeral 3) de la Ley del Impuesto a la Renta

(...) En todo caso, resultarán de aplicación en los siguientes supuestos:

- a. Cuando se trate de operaciones nacionales en las que, al menos, una de las partes haya obtenido pérdidas en los últimos seis (6) ejercicios gravables.*

Artículo 108, literal a), numeral 2), segundo párrafo del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta

(...) La pérdida tributaria a que se refiere el numeral 3) del inciso a) del Artículo 32º-A de la Ley, es la que resulta de las actividades comprendidas en el Artículo 28 de la Ley, que se haya generado en cualquiera de los últimos seis (6) ejercicios gravables cuyo plazo para presentar la declaración jurada anual del Impuesto ya hubiera vencido.

Tal como está fraseado el reglamento da a entender que si la empresa A1 tuvo pérdida tributaria en el 2006, aunque la hubiera compensado con su renta neta del 2007, si hace una operación con una parte vinculada en el 2008, deberá aplicar las reglas de los precios de transferencia, aún cuando resulta claro que en este caso el fisco peruano no podría verse perjudicado.

3.1.2.4. Transacciones celebradas a título oneroso o gratuito

Artículo 108º, literal a), numeral 3), del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta

- 3) En transacciones celebradas a título oneroso o gratuito, incluyendo las que corresponden a la cesión gratuita de bienes muebles a que se refiere el inciso h) del Artículo 28º de la Ley.*

Lo primero a ser observado es que este supuesto ha sido incorporado por el Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta, a pesar que la Ley ya había descrito el ámbito de aplicación de estas normas, lo que podría ser entendido como una violación al principio tributario constitucional de Reserva de Ley.

Sin perjuicio de ello, se debe indicar que tal como está fraseada esta norma, se entendería que, aún cuando la operación no genere un menor impuesto conjunto en el país, se debería aplicar las reglas de Precios de Transferencia.

3.3. Aplicación de los precios de transferencia al IGV e ISC

Dispone el artículo 42º de la Ley del Impuesto General a las Ventas:

“(…) las operaciones entre empresas vinculadas se consideraran realizadas al valor de mercado. Para este efecto se considera como valor de mercado al establecido por la Ley del Impuesto a la Renta, para las operaciones entre empresas vinculadas económicamente.”

Siendo así, es importante resaltar que las reglas de precios de transferencia tienen incidencia tanto para la determinación del Impuesto a la Renta como para realizar los ajustes debidos en el Impuesto General a las Ventas e Impuesto Selectivo al Consumo.

Sin embargo, cabe precisar que tales reglas no serán de aplicación cuando se busque determinar el saldo a favor materia de devolución, compensación y valoración aduanera dado que no se encuentran contemplados en la hipótesis de incidencia de las normas tributarias.

Asimismo, para efectuar los ajustes al IGV, en aplicación de las normas de los precios de transferencia, no se deben utilizar aquellos métodos de ajustes aplicables para el Impuesto a la Renta, sino que en este caso se tendrá que seguir lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 109º del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta, debiéndose imputar los ajustes de la manera siguiente: i) Cuando se pueda imputar directamente a un período o períodos en los cuales se realizaron las operaciones sujetas a los ajustes, se imputará en ese periodo o periodos; ii) De no ser posible ello, el ajuste será prorrateado, teniendo en consideración todas las operaciones realizadas con las partes vinculadas y todas las transacciones efectuadas sean gravadas, exoneradas o inafectas con el IGV o ISC.

4. PRINCIPIO DE LIBRE CONCURRENCIA

El principio de plena concurrencia, libre competencia o *arm's length principle*²² apareció hace más de siete décadas²³ como el parámetro a utilizar

²² La legislación peruana a través del Decreto Supremo Nº 045-2001-EF, lo ha consagrado como el “Principio de Libre Concurrencia”.

en la determinación y atribución de rendimientos obtenidos por una empresa no residente, a través de un establecimiento permanente situado en el territorio de un Estado.

Tal como ha sido concebido, el principio de la libre competencia constituye un parámetro internacional que los países miembros de la OCDE, así como un número creciente de otros países del mundo, han adoptado para la evaluación de los precios de bienes, servicios, y demás prestaciones entre empresas relacionadas, como un medio para asegurar que se asigne a cada país o territorio la materia imponible que le corresponde, evitando al mismo tiempo que se produzcan entre ellos problemas de doble tributación internacional.²⁴

Este principio plantea que cuando las empresas independientes realizan transacciones entre sí, las condiciones de sus relaciones comerciales y financieras normalmente son establecidas por las fuerzas del mercado, que normalmente establecen una oposición de pretensiones entre las partes, dado que ambas intentarán optimizar su rentabilidad. Sin embargo, cuando las empresas vinculadas realizan transacciones entre sí, sus relaciones comerciales y financieras pueden no estar influenciadas por las fuerzas externas del mercado de la misma forma que las no vinculadas. Ante tal situación, para efectos tributarios se ajustará el valor de las operaciones entre empresas vinculadas, a fin de corregir las distorsiones originadas por la relación existente entre ellas.

El mandato del principio de Plena Competencia se expone de manera expresa en el parágrafo 1 del artículo 9º del Modelo de Convenio Fiscal sobre Renta y Patrimonio de la OCDE, el mismo que señala que:

“Cuando:

- a. Una empresa de un Estado contratante participe directa o indirectamente en la dirección, el control o el capital de una empresa del otro Estado contratante; o,*

²³ Sin perjuicio de la antigüedad del principio, en los últimos años se han advertido algunos problemas sobre su adecuada aplicación, debido a una serie de criterios interpretativos divergentes recogidos en la doctrina, la legislación interna, la práctica administrativa y la jurisprudencia comparada.

²⁴ Los miembros originales de la OCDE desde 1961 son: Austria, Bélgica, Canadá, Dinamarca, Francia, Alemania, Grecia, Islandia, Italia, Luxemburgo, Holanda, Noruega, Portugal, España, Suecia, Suiza, Turquía, el Reino Unido y los Estados Unidos. Posteriormente los siguientes países se convirtieron en miembros por adhesión: Japón (1964), Finlandia (1969), Australia (1971), Nueva Zelanda (1973), México (1994), La República Checa (1995), Hungría (1996), Polonia (1996), Corea (1996), la República Eslovaca (2000).

- 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 de 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, los beneficios que habrían sido obtenidos por una de las empresas de no existir dichas condiciones, y que de hecho no se han realizado a causa de las mismas, podrá incluirse en los beneficios de esa empresa y sometidos a imposición en consecuencia”²⁵

4.1. Modelo de Convenio de la OCDE para evitar la doble tributación - Artículo 9º

Este artículo se refiere a la imposición de las empresas asociadas o vinculadas. Según la definición establecida por el Convenio de la OCDE, se entiende por “libre concurrencia” al principio por el cual los precios acordados en transacciones entre empresas vinculadas deben corresponder a los precios que habrían sido acordados en transacciones entre sujetos no vinculados entre sí, en condiciones iguales o similares en un mercado abierto.

Por medio de este principio se busca que las partes vinculadas fijen el precio de sus transacciones a un valor usual y real, el cual, consideramos, no debe ser necesariamente el fijado por el mercado, pues dependerá de las condiciones y circunstancias en que dichas transacciones sean realizadas.

En efecto, si bien para comparar y establecer los principios fijados en transacciones realizadas entre partes vinculadas las reglas sobre precios de transferencia obligan a acudir al valor acordado por dichas partes con terceros no vinculados, o en su defecto, al acordado entre partes no vinculadas (independientes), tales comparaciones se deberán efectuar respecto de transacciones que sean comparables, esto es, transacciones realizadas en condiciones iguales o similares.

En el Apartado 1 de los Comentarios de la OCDE al mencionado artículo 9º, se señala que en los casos descritos, las autoridades fiscales de un Estado contratante podrán, al calcular las bases imponibles, rectificar la contabilidad de las empresas si, por las relaciones especiales existentes entre las mismas, sus libros no reflejaran los beneficios imponibles reales obtenidos en ese Estado. Se añade que no será admisible la rectificación de la conta-

²⁵ Traducción del Instituto de Estudios Fiscales, España.

bilidad de las empresas asociadas si sus transacciones se han producido en condiciones de libre mercado (plena concurrencia).

4.2. Referencia a una transacción concreta

De acuerdo a lo señalado en las Guías de la OCDE, la aplicación del principio de plena competencia se basa generalmente en la comparación de las condiciones de una operación vinculada con las condiciones de las operaciones entre empresas independientes.²⁶ Dicha comparación se deberá hacer respecto de una transacción concreta y particular.

Cuando las relaciones entre dos empresas vinculadas se ajustan a las condiciones que hubieran sido acordadas entre empresas independientes, y el beneficio obtenido hubiera sido distinto del generado por empresas no vinculadas, se ajustarán los beneficios obtenidos por la empresa vinculada en función del que se hubiera generado por una empresa no vinculada y podrá ser gravado en consecuencia en el Estado correspondiente.

4.3. La comparación o analogía

A efecto de la utilidad de las comparaciones de libre competencia, las características económicas más importantes de las operaciones que se cotejan deben ser lo suficientemente comparables.

Es necesario cotejar las características de las operaciones o de las empresas que hubieran influido en las condiciones de las negociaciones en plena competencia, para poder determinar el grado de comparabilidad actual y poder realizar así los ajustes apropiados para establecer las condiciones de plena competencia (o un rango de las mismas).

Ser comparable significa que *“ninguna de las diferencias (si las hay) entre las situaciones que se contrastan pueda afectar materialmente a las condiciones analizadas en la metodología (por ejemplo, el precio o el margen) o que se pueden realizar ajustes suficientemente precisos para eliminar los efectos de dichas diferencias”*.²⁷

Por lo tanto, cuando se proceda a las comparaciones que implica la aplicación del principio de plena concurrencia, las Administraciones Tributarias deberán tener en cuenta también estas diferencias para determinar si las situaciones analizadas son comparables y cuáles son los ajustes que pue-

²⁶ Directrices Aplicables en Materia de Precios de Transferencia a Empresas Multinacional y Administraciones Tributarias de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OECD).

²⁷ Ídem.

dan resultar necesarios para lograrla.

En la determinación del grado de comparabilidad, incluyendo los ajustes que resulten necesarios para lograrla, se ha de comprender cómo evalúan las sociedades independientes las posibles operaciones.

En este sentido, las empresas independientes, al valorar los términos de una posible operación, los comparan con otras opciones reales que disponen y sólo participarán en ella si no ven una alternativa que sea claramente más atractiva.

Por ejemplo, no parece probable que una empresa acepte un precio ofertado por una empresa independiente, si sabe que otros clientes potenciales desearían pagar más por su producto en condiciones similares. Este punto es relevante en la cuestión de la comparabilidad, en razón que las empresas independientes, con carácter general, tendrán en cuenta cualquier diferencia con relevancia económica entre las opciones realmente disponibles a la hora de valorarlas (tales como diferencias en el grado de riesgo u otros factores comparables que se mencionan más adelante).

4.4. Acuerdo contractual de derecho privado

Para determinar si una operación entre empresas vinculadas es comparable con una establecida entre empresas no vinculadas, se debe tener presente el contexto en torno al cual gira la operación. Concretamente, se alude en este punto a los términos sobre los cuales las partes se obligan a cumplir con sus respectivas prestaciones.

En el marco de la libertad contractual, las partes celebran contratos que ciertamente pueden resultar siendo *siu generis* al establecer diferentes tipos de obligaciones, prestaciones, responsabilidades y distribución de riesgos.

Resulta conveniente, por ejemplo, recordar que la rentabilidad es directamente proporcional al riesgo:

- (i) Mayor riesgo, mayor rentabilidad.
- (ii) Menor riesgo, menor rentabilidad.

En tal sentido, es de suma relevancia determinar lo que cada una de las partes, en el marco de su compromiso contractual, asume a fin de cumplir con su prestación, debido a que en función a dicho acuerdo se determinará el verdadero valor de la transacción.

Al respecto, la OCDE señala lo siguiente:

*“In arm’s length dealings, the contractual terms of a transaction generally define (...) how the responsibilities, risks and benefits are to be divided between the parties. As such, an analysis of contractual terms should be a part of the functional analysis (...).”*²⁸

“En el marco del principio de libre competencia, los términos contractuales de una transacción generalmente definen (...) cómo deben ser repartidos entre las partes las responsabilidades, riesgos y beneficios. Así, un análisis de los términos contractuales debería formar parte del análisis funcional (...)” (traducción libre).

Finalmente, se debe indicar que, a diferencia de las transacciones entre empresas independientes, donde la contraposición de intereses asegura que se propugne el cumplimiento de los términos contractuales (modificados sólo si resulta de interés para las partes), en el caso de operaciones entre empresas vinculadas puede no existir dicha oposición de intereses; por lo tanto, resulta importante examinar si la conducta de las partes va en la línea de lo acordado contractualmente y no son meramente simuladas. Consecuentemente, debe existir un análisis más minucioso para establecer las verdaderas condiciones de la operación, más allá de aquéllas que constan en un documento suscrito, muchas veces como una mera formalidad.

4.5. Mercado abierto

Sobre el estudio del principio de libre competencia y su implicancia en los precios de transferencia, un mercado abierto implica aquel sistema en el cual el precio de los bienes y servicios es acordado por el consentimiento mutuo y espontáneo de vendedores y compradores, a través de las leyes de la oferta y la demanda.

Asimismo, en la implementación efectiva de un mercado libre se requerirá entre quienes participan del mismo, transacciones comerciales ajenas de coerción y fraude, suponiendo que todas ellas se realicen de manera voluntaria y adecuada sobre información suficiente que permita garantizar la competencia.

En este sentido, las implicancias del principio de libre competencia, en cuanto a la realización de operaciones entre vinculadas, precisa que el análisis de comparabilidad realizado entre las empresas independientes a

²⁸ Directrices Aplicables en Materia de Precios de Transferencia a Empresas Multinacional y Administraciones Tributarias de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OECD). Página I-12.

la operación que se analiza y contrasta por las administraciones tributarias, debe participar en un mercado abierto, de libre competencia, sobre el cual los privilegios que operan entre vinculadas no sea apreciable en transacciones independientes.

4.6. Características subjetivas

En muchos casos la aplicación del principio de libre competencia conduce a la obtención de un único resultado confiable. Sin embargo, generalmente, se acepta que puedan haber ocasiones en que su aplicación produce un rango de resultados, todos los cuales pueden llegar a ser igualmente confiables. La inconsistencia de los resultados obtenidos, no obstante, puede en algunos supuestos evidenciar que la información requiere ser ajustada para eliminar los efectos de las diferencias existentes entre las mismas.²⁹

En caso de duda, se debe analizar con mayor profundidad la información disponible o eventualmente recurrir a información de ejercicios anteriores o posteriores a aquél en que se llevó a cabo la transacción materia de evaluación.

Se debe tener presente que el principio de libre competencia busca que las partes vinculadas fijen el precio de sus transacciones a un valor usual y real, que dependerá de las condiciones y circunstancias en que dichas transacciones sean realizadas.

5. MÉTODOS DE VALORACIÓN

Antes de entrar al desarrollo de los métodos de valoración de operaciones entre empresas vinculadas vigentes en nuestra legislación, es importante que el lector sea consciente que la aplicación de diversos métodos a una misma operación podría dar resultados diferentes.

En tal sentido, en este punto del análisis (tomando en cuenta ya todo lo dicho) resulta esencial para la correcta determinación del precio de transferencia, la corrección de las siguientes operaciones: a) calificación de la operación materia de análisis (saber qué operación se está analizando, a pesar del nombre de los contratos); b) selección del método de valoración idóneo según las normas vigentes y naturaleza de la operación; y, c) aplicación del método seleccionado.

²⁹ GARCIA SCHRECK, Marcial. "Precios de Transferencia en el Perú: ¿Estamos verdaderamente preparados?". Revista Ius et Veritas. Nº 22. Lima, Perú. Pág. 256.

En relación a la legislación peruana sobre los métodos para valorar las operaciones, resulta pertinente indicar que el artículo 32 y 32-A de la Ley del Impuesto a la Renta agrupa en dos partes estos métodos:

Por un lado, los de aplicación general.³⁰ En estos casos, los métodos varían según el tipo de transacción, así por ejemplo se establecen una variedad de métodos diferentes para la transferencia de existencias, activos fijos, valores, instrumentos financieros derivados, entre otros.

Por otro lado, los aplicables a operaciones entre sujetos vinculados y las que se realicen desde, hacia o a través de países o territorios de baja o nula imposición. En estos casos, si la operación se encuentra dentro del Ambito de Aplicación de los Precios de Transferencia, de acuerdo a lo indicado en este documento, se aplicarán los métodos de valoración que se desarrollarán en el presente capítulo.

Así encontramos dos tipos de métodos de valoración de las operaciones, dentro del ámbito de aplicación de los precios de transferencia:

Los basados en las operaciones y transacciones, que parten de la comparación de las operaciones comparables del propio contribuyente con sujetos no vinculados y ante la ausencia de éstas se recurre al mercado (operaciones comparables entre sujetos no vinculados entre sí).

Los que dividen la utilidad de los negocios en función a los riesgos e inversiones que cada empresa vinculada realice.

De acuerdo a lo dispuesto por los lineamientos de la OCDE, los métodos tradicionales deben ser preferidos a aquellos basados en utilidades, debido a que constituyen un medio más directo y veraz de establecer si las condiciones, en una relación comercial o financiera entre empresas vinculadas, respetan el principio de la libre competencia.

En la práctica, parece haber quedado demostrado que, en la mayoría de los casos, es posible emplear los métodos tradicionales y que los mismos arrojan resultados suficientemente confiables.³¹

³⁰ Aplicable a operaciones entre sujetos no vinculados y las que no se realicen desde, hacia o a través de países o territorios de baja o nula imposición

³¹ Es importante puntualizar que los lineamientos de la OCDE no son de observancias obligatoria, ni siquiera entre los países miembros de dicha organización. En tal sentido, prevalece la legislación interna de cada uno de ellos. Los lineamientos únicamente pretenden servir de guía como un marco que contribuye al desarrollo y la cooperación entre los países que integran la OCDE y entre aquellos que han seguido su ejemplo.

No obstante, cabe señalar que las legislaciones internas de algunos países miembros de la OCDE, como la de los Estados Unidos, no establecen una jerarquía de métodos. Por el contrario, señalan que se debe aplicar aquél que refleje mejor la realidad económica de las operaciones comparadas o que produzca los mejores resultados.

Debemos anotar que, de acuerdo a la legislación peruana, entre los métodos plasmados en el numeral 6 del artículo 32-A de la Ley del Impuesto a la Renta que se desarrollarán a continuación, se deberá seleccionar aquél que mejor refleje la realidad económica de la operación materia de análisis. Sobre el particular, si bien el propio artículo 32-A de la Ley del Impuesto a la Renta dispone que las Guías sobre Precios de Transferencia para Empresas Multinacionales y Administraciones Fiscales de la OCDE serán utilizadas para interpretar las normas peruanas sobre precios de transferencia, no se puede entender que la prelación de métodos establecida en dichas Guías (primero los directos o tradicionales y luego los indirectos) procede en nuestra legislación, a pesar de la expresa mención sobre la aplicación del método que mejor refleje la realidad económica.

5.1. Métodos tradicionales

Las Guías sobre Precios de Transferencia para Empresas Multinacionales y Administraciones Fiscales de la OCDE reconocen tres métodos tradicionales para la aplicación del principio de la libre competencia.³² Estos métodos son los siguientes: (i) El Método de Precios Comparables No Controlados (CUP); (ii) El Método del Precio de Reventa; y (iii) El Método de Costo Incrementado.

5.1.1. Método de Precios Comparables No Controlados (CUP)

5.1.1.1. Características

Bajo este método se compara el valor asignado a los bienes o servicios transferidos e intangibles cedidos en una transacción controlada o entre empresas vinculadas, con aquél que normalmente obtiene el propio contribuyente en transacciones comparables no controladas (es decir, en operaciones con sujetos no vinculados). En aquellos casos en que el contribuyente no tuviera operaciones comparables con sujetos no vinculados,

³² Las prácticas acordadas por los países miembros de la OCDE para determinar precios de transferencia han sido recogidas en una nueva edición del trabajo denominado Lineamientos para Empresas Multinacionales y Administraciones Tributarias. Estos lineamientos fueron aprobados en julio de 1995 y constituyen una revisión de los lineamientos preparados por la OCDE en 1979, donde se elaboró el concepto del principio de la libre competencia, tal como ha sido consagrado en el Artículo 9 del Convenio Modelo de la OCDE.

para determinar el precio de transferencia se deberá recurrir al precio utilizado en transacciones comparables entre terceros independientes (empresas no vinculadas).

Cuando es posible ubicar transacciones no controladas comparables, el método CUP constituye el medio más directo y confiable para aplicar el principio de la libre competencia.³³ Por esa razón, en esos supuestos, los lineamientos de la OCDE recomiendan que éste debe ser preferido a cualquier otro método de valoración.

Al considerar si una transacción controlada y una no controlada son comparables, todos los elementos materia de dicha comparación deben ser cuidadosamente examinados. Cualquier diferencia entre los bienes transferidos en una y otra transacción pueden afectar sustancialmente el precio, aun cuando la naturaleza de las actividades empresariales desarrolladas sea suficientemente parecida como para generar los mismos márgenes de utilidad. En este análisis, se deben tomar en consideración, entre otros, los siguientes factores de comparación: funciones desarrolladas, riesgos asumidos y términos contractuales. Cuando existan diferencias entre las transacciones que se quiere comparar, que puedan tener un impacto material en los resultados, se deben efectuar los ajustes necesarios para eliminar los efectos de esas diferencias.

De acuerdo a la Ley del Impuesto a la Renta, en el inciso e) del Artículo 32-A, este método se describe de la siguiente manera:

Inciso e) del Artículo 32-A de la Ley del Impuesto a la Renta

1) *El método del precio comparable no controlado*

Consiste en determinar el valor de mercado de bienes y servicios entre partes vinculadas considerando el precio o el monto de las contraprestaciones que se hubieran pactado con o entre partes independientes en operaciones comparables.

En conclusión, consiste en determinar el valor de mercado de bienes y servicios entre partes vinculadas considerando el precio o el monto de las contraprestaciones que se hubieran pactado con independientes en operaciones comparables, y sólo ante la ausencia de dicha casuística, se recurre a las operaciones que las empresas transan con sujetos no vinculados en operaciones comparables. Además, es importante señalar que este método es el más confiable y directo, pero presenta inconvenientes

³³ Es importante recordar que el margen de utilidad bruta resulta de dividir la utilidad bruta entre el ingreso neto total que se obtiene de la venta de bienes o prestación de servicios: Margen de Utilidad Bruta = Utilidad Bruta/Ingreso neto.

cuando no existan transacciones no controladas comparables o la información no sea pública.

5.1.1.2. Ventajas

En razón de su aplicabilidad, directa y apropiada, de acuerdo como lo establecen los lineamientos de la OCDE, resulta el método más sencillo de aplicar.

Es el método más aceptado en las legislaciones impositivas a nivel mundial, pudiendo aplicarse tanto para operaciones de compra como de venta.

5.1.1.3. Desventajas

Las desventajas de usar este método se concentran básicamente en cuatro supuestos:

Dificultad de establecer mercados comparables económicamente, especialmente si los productos no se encuentran normalizados.

En situaciones de monopolio, que pueden segmentar mercados en diferentes países, las estrategias discriminatorias de precios conseguirán diferencias en precios de mercado entre países. No está claro qué precios se deben aplicar en estas circunstancias.

Los precios de mercado no toman en cuenta los ahorros que una empresa es capaz de conseguir en su estructura interna, que pueden generar diferencias en los precios.

Las empresas pueden intentar defraudar a las autoridades tributarias creando precios artificiales, a través de ventas a otras partes a precios de mercado incorrecto.

5.1.2. Método del precio de reventa

5.1.2.1. Características

El método del precio de reventa se sustenta en un análisis de los márgenes de utilidad bruta que, normalmente, se obtienen en transacciones comparables entre empresas no vinculadas, para definir si en una transacción entre empresas vinculadas se ha observado o no el principio de la libre competencia.

Este método generalmente es empleado tratándose de bienes tangibles que han sido adquiridos para ser revendidos en el mismo estado o sin agregarles ningún valor adicional sustancial.

Para determinar si el margen de utilidad bruta (en adelante, el margen) del revendedor de una transacción controlada es equivalente al que se obtendría en una operación realizada en condiciones de libre concurrencia, se debe comparar ese margen con aquél que el mismo revendedor normalmente obtiene en transacciones comparables con terceros no vinculados, o en su defecto, con el margen que se obtiene en transacciones comparables entre terceros independientes.

En la práctica de lo que se trata es de restar de los ingresos netos del revendedor, el margen que se hubiera conseguido en una relación comparable entre empresas no relacionadas.

Sobre el particular, J. Isenbergh señala que:

“The resale price method approaches a sale between related persons from the perspectiva of a buyer who will resell the goods to an unrelated person (...)”.³⁴

“El método del precio de reventa analiza una venta entre partes vinculadas desde la perspectiva de un comprador que vendería los bienes a una persona no vinculada (...)” (traducción libre).

Asimismo, la OCDE expresa que:

“The resale price method begins with the price at which a product that has been purchased from an associated enterprise is resold to an independent enterprise”.

“El método del precio de reventa comienza con el precio al que un producto que ha sido comprado de una empresa vinculada es vendido a otra independiente (...)” (traducción libre).

Para determinar el precio de transferencia utilizando este método, se debe tener presente que el precio debe contener un margen apropiado que exprese el monto con el que el revendedor debe cubrir sus gastos de venta y de operación, considerando siempre los activos y riesgos asumidos, con la finalidad de obtener una utilidad apropiada. En dicha línea, el costo más el margen del proveedor en la transacción controlada, idealmente debe ser establecido con referencia al costo más el margen que el mismo proveedor obtiene en transacciones comparables no controladas (sin perjuicio de ello, el costo más el margen que hubiera sido obtenido en transacciones comparables por una empresa independiente puede servir como guía).

³⁴ Joseph Isenbergh. En: Internatinal Taxation, Concepts and insights series. Pág. 64.

Igual que en el método anterior, si es que el contribuyente materia de análisis no ha realizado operaciones comparables, se deberá recurrir al mercado y determinar el margen que se obtiene en operaciones comparables entre sujetos no vinculados.

Así, el margen bruto de reventa entre vinculadas puede ser establecido sobre la base del margen bruto que el revendedor obtiene sobre artículos adquiridos y vendidos a compradores independientes en transacciones comparables o; el margen obtenido por una empresa independiente en transacciones no controladas comparables.³⁵

Lo expuesto puede ser resumido y plasmado en un ejemplo práctico que se estructura en base a las premisas siguientes:

- Una sociedad vende un producto a través de distribuidores independientes en cinco países en los que no tiene filiales.
- Los distribuidores se limitan a comercializar el producto sin desempeñar ninguna tarea adicional.
- La sociedad ha establecido una filial en un país.
- Por la importancia estratégica de este mercado concreto, la sociedad exige a su filial que venda sólo su producto y que preste servicios técnicos a sus clientes.

En tal situación, incluso si todos los demás factores y circunstancias son similares, si los márgenes proceden de empresas independientes que no están sujetas a acuerdos de venta en exclusiva ni realizan servicios técnicos como los asumidos por la filial, es necesario plantear la necesidad de hacer algunos ajustes para lograr la comparabilidad.³⁶

En la práctica, de lo que se trata es de restar de los ingresos netos del revendedor, el margen que se hubiera conseguido en una relación comparable entre empresas no relacionadas.

En nuestra legislación, el artículo 32-A de la Ley del Impuesto a la Renta nos presenta el método de la siguiente manera:

Inciso e) del Artículo 32-A de la Ley del Impuesto a la Renta

2) El método del precio de reventa

Consiste en determinar el valor de mercado de adquisición de

³⁵ ROSA, Rando. Los precios de Transferencia. Campus virtual. Pág. 9.

³⁶ Directrices aplicables en materia de Precios de Transferencia a empresas multinacionales y administraciones tributarias. Ob. Cit. pág. Lxxviii.

bienes y servicios en que incurre un comprador respecto de su parte vinculada, los que luego son objeto de reventa a una parte independiente, multiplicando el precio de reventa establecido por el comprador por el resultado que proviene de disminuir, de la unidad, el margen de utilidad bruta que habitualmente obtiene el citado comprador en transacciones comparables con partes independientes o en el margen que habitualmente se obtiene en transacciones comparables entre terceros independientes.

5.1.2.2. Ventajas

De lo desarrollado anteriormente se desprende que el método bajo comentario tiene las ventajas expuestas a continuación:

Es el método más apropiado para las operaciones de reventa de bienes. Así por ejemplo, el método del precio de reventa será adecuado cuando se trate de entidades comercializadoras.³⁷

No son necesarios tantos ajustes como sí lo son en el método del precio comparable no controlado (CUP); ello como consecuencia que pequeñas diferencias en el producto tienen poco efecto sobre el margen de beneficios.

5.1.2.3. Desventajas

Tal como fue adelantado, este método puede presentar ciertas dificultades de orden práctico en su aplicación.

Así por ejemplo, existe dificultad en calcular el margen de reventa, particularmente en la determinación de los costos, por cuanto se debe determinar el margen obtenido en un caso específico que puede encontrarse influenciado por otras circunstancias, tales como rebajas en los precios de bienes o servicios relevantes por razones de competencia, de escala u otras que no permiten discernir entre el nivel de costos incurridos y el precio de mercado abierto.

Según señala la OCDE, este método se debe aplicar cuando una de las partes conexas realiza exclusiva o casi exclusivamente funciones de distribución ya que el cálculo del margen se dificulta cuando el valor añadido por la empresa resulta de procesos de fabricación.

³⁷ HERRERO, Carlos. Precios de transferencia internacionales. Editorial Aranzadi. Navarra. Pág. 81.

Asimismo, aun desarrollando actividad de distribución, el problema se agrava cuando el revendedor desarrolla actividades de publicidad, actividades de distribución complejas, posee la exclusiva para la venta de los productos en un determinado territorio, etc.³⁸

En general, tiene más importancia la función de la empresa que el tipo de producto vendido, salvo que se trate de bienes intangibles y cuando hay mayor número de factores similares que sean distintos del propio producto.

5.1.3. Método de Costo Incrementado

5.1.3.1. Características

Este método es normalmente empleado en circunstancias en que productos en proceso o semi terminados son transferidos entre empresas del mismo grupo o conjunto económico, o cuando se trata de la prestación de servicios entre empresas vinculadas. El método de costo incrementado evalúa si el precio acordado entre empresas vinculadas se ajusta a valores de libre competencia por referencia a la relación existente entre la utilidad o margen bruto y los costos incurridos en la transferencia de bienes o prestación de servicios.

Así, en la Décima Reunión de Expertos en Cooperación Internacional en asuntos tributarios se señaló que:

“This method is used in the case of the sale of semi-finished products, of joint facility agreements long-term buy-and-supply contracts or the provision of services within the multinational group. The mark up can be derived from the profit mark-up that the same supplier earn in comparable transaction may serve as a guide (...).”³⁹

“Este método es usado en el caso de venta de productos intermedios, de contratos de distribución de largo plazo en que se comparten instalaciones o la prestación de servicios dentro de un grupo multinacional. El diferencial puede ser obtenido del margen que el mismo proveedor obtiene en transacciones comparables (...)” (traducción libre).

³⁸ HERRERO, Carlos. Precios de transferencia internacionales. Editorial Aranzadi. Navarra. pág. 90.

³⁹ Ad Hoc Group of Experts on International Cooperation in Tax Matters, Tenth Meeting: Transfer Pricing - History C State of the Art C Perspectives, Geneva 10 - 14 September 2001.

En este entendido, bajo este método el valor de la libre concurrencia es fijado sobre la base de adicionar el costo de producción del bien o de prestación del servicio controlado, el margen que normalmente se obtiene en transacciones entre empresas no vinculadas.

En este caso, el margen debe ser entendido como el coeficiente resultante de dividir la utilidad bruta registrada, entre el costo del bien transferido o servicio prestado en operaciones comparables no controladas.

De preferencia, el margen que debe ser considerado para efectos de la comparación, es aquél que la propia empresa que transfiere el bien o presta el servicio habitualmente reporta en transacciones comparables con terceros no vinculados. No obstante, también es aceptable usar el margen que normalmente se obtiene en transacciones comparables entre terceros independientes.

Siendo así, el método distingue dos enfoques, uno basado en márgenes brutos y otro en netos; resultando el primero de usar márgenes calculados después de los costos indirectos y directos de producción, mientras que el margen neto se basa en el uso de cálculos después de deducir los gastos de operación de una empresa.

En este entendido, nuestra legislación ha recogido el método bajo análisis en el artículo 32-A de la Ley del Impuesto a la Renta precisando:

Inciso e) del Artículo 32-A de la Ley del Impuesto a la Renta

3) *El método del costo incrementado*

Consiste en determinar el valor de mercado de bienes y servicios que un proveedor transfiere a su parte vinculada, multiplicando el costo incurrido por tal proveedor, por el resultado que proviene de sumar a la unidad el margen de costo adicionado que habitualmente obtiene ese proveedor en transacciones comparables con partes independientes o en el margen que habitualmente se obtiene en transacciones comparables entre terceros independientes.

El margen de costo adicionado se calculará dividiendo la utilidad bruta entre el costo de ventas.

5.1.3.2. Ventajas

Una de las principales ventajas de este método es que a diferencia de los anteriores es el más adecuado para valorar bienes tangibles, resultando menos dependiente de las características de los bienes, encontrando

como referencia principal las funciones de las partes en las operaciones en las cuales se evalúa.

Asimismo, al igual que el método del precio de reventa requiere de menos ajustes para explicar las diferencias del producto, dándole así importancia a otros factores de comparabilidad que guardan razones de mayor importancia en cuanto al margen de incremento del costo, que aquél que se presenta sobre el precio.

Otra de las ventajas a destacar se concentra en la aplicación del método, el cual es pasible de llevar a cabo tanto en las transacciones de bienes como de servicios e industrias con transferencias de productos semi elaborados, que normalmente sufren de un mercado de venta, así como en la compra venta a largo plazo.

5.1.3.3. Desventajas

En cuanto a las desventajas podemos referir básicamente:

El método no es de fácil aplicación cuando se toman riesgos significativos por el productor de los bienes.

El método otorga una exagerada importancia al costo histórico del producto, resultando ajeno a la demanda del mismo y dejando de reflejar las condiciones de la competencia.

Con este método resulta muy difícil la determinación de los costos de los bienes y/o servicios implicados en la transacción.

5.2. Métodos no Tradicionales

Conocidos también como métodos de aplicación subsidiaria, por cuanto han de ejecutarse únicamente bajo circunstancias en las cuales sea imposible o netamente complicado aplicar los métodos tradicionales.

En este sentido, la OCDE ha previsto métodos alternativos que pueden ser utilizados a la hora de determinar lo más certeramente posible las condiciones de los precios en plena competencia, bajo criterios de plena o libre concurrencia.

Así, los únicos métodos de utilidad serán aquéllos que satisfagan el principio de libre competencia, que para la OCDE se enfoca básicamente en los métodos que son consistentes con la división de utilidades o método transaccional de margen neto.

En este sentido, abordaremos a continuación el estudio de algunos méto-

dos de valoración no tradicionales mediante los cuales es posible determinar los precios de transferencia en operaciones entre empresas vinculadas.

5.2.1. Método de Reparto de Beneficios

Este método busca prescindir de la incidencia que sobre los beneficios provocan las condiciones especiales acordadas o impuestas en una operación vinculada, fijando una distribución de beneficios que sería obtenida normalmente entre empresas independientes.

Bajo esta perspectiva, el método se enfoca en el beneficio a distribuir entre empresas vinculadas, obtenido por las operaciones realizadas entre ellas. Así, la distribución de beneficios entre sociedades vinculadas se debe realizar en función de unos criterios económicamente justificables que se aproximen al reparto de beneficios que se hubiera previsto y reflejado en un acuerdo de libre concurrencia (entre sujetos no vinculados).

De ello se deduce que el beneficio conjunto de la operación se representa en el beneficio total derivado de las operaciones o de un beneficio residual que representa la ventaja que no se puede asignar fácilmente a una de las partes, como es aquella derivada de intangibles de gran valor en ocasiones únicas.

En este entendido, una de las principales cualidades del método resulta de su independencia de las transacciones semejantes comparables, pudiendo usarse aún en aquellos casos en que no se identifican transacciones semejantes entre empresas independientes. Igualmente se deduce que bajo este método es muy improbable que una de las partes en la transacción controlada tenga una situación extrema y de utilidades poco probable, toda vez que las partes que participan en la transacción son evaluadas, con motivo de la aplicación del mismo.

No obstante ello, si bien el método tiende a depender menos de la información sobre empresas independientes y a gozar de una ventaja con aquel motivo, las administraciones tributarias suelen tener más dificultades para obtener información de las empresas afiliadas extranjeras al momento de aplicarlo.

5.2.2. Método de Margen Neto de la Operación

Este método determina, el precio de transferencia, partiendo de una base idónea del margen neto de beneficio que obtiene un contribuyente de una operación vinculada.

De ello se desprende que el margen neto que obtiene el contribuyente de una operación vinculada se debiera establecer considerando como punto de partida el margen neto que el mismo contribuyente obtiene en operaciones comparables con empresas no vinculadas.

Bajo este criterio, cuando esto no sea posible de llevar a cabo, puede resultar referencial el margen neto que habría obtenido en operaciones comparables una empresa independiente. Asimismo, es necesario enfatizar un análisis funcional de la empresa asociada con motivo de su aplicación y en último término de la empresa independiente con la finalidad de precisar si las operaciones estudiadas son comparables y qué ajustes se deben practicar para obtener resultados virtuosos.

5.2.3. Método de Partición de Utilidades

A través de este método se busca determinar el valor de mercado en las transacciones de bienes y servicios, mediante la distribución de la utilidad global que proviene de la suma de utilidades parciales obtenidas en cada una de las transacciones entre partes vinculadas.

En este sentido, el método pretende establecer la proporción que hubiera sido distribuida con o entre partes independientes, teniendo en cuenta entre otros las ventas, gastos, costos, riesgos asumidos, activos implicados y las funciones desempeñadas por las sociedades vinculadas.

5.2.4. Método Residual de Partición de Utilidades

Con motivo de este método se pretende determinar el valor de mercado de bienes y servicios, distribuyendo la utilidad global en la siguiente forma:

Fijando la utilidad mínima que corresponda a cada parte vinculada, mediante la aplicación de cualquiera de los métodos aprobados, sin tomar en cuenta la utilización de intangibles significativos.

Determinando la utilidad residual, disminuyendo la utilidad mínima de la utilidad global, la utilidad residual será distribuida entre las partes vinculadas tomando en cuenta, entre otros elementos, los intangibles significativos utilizados por cada uno de ellos en la proporción que hubiera sido distribuida con o entre partes independientes.

5.2.5. Método de Margen Neto Transaccional

Método que funciona de modo similar a los de costo más margen y precio de reventa, consiste básicamente en determinar la utilidad que hubieran obtenido las partes vinculadas en operaciones comparables con sujetos no

vinculados, teniendo en cuenta factores de rentabilidad basados en variables tales como activos, ventas, gastos, costos, flujos de efectivo, entre otros.

Para aplicar de manera adecuada el método, el margen neto del contribuyente debe ser establecido con relación al margen neto que el mismo contribuyente obtendría u obtiene en operaciones o transacciones comparables no controladas. Si aquello no fuera posible resulta de utilidad aplicar el margen neto que hubiera obtenido una empresa independiente en transacciones comparables.

Siendo así, el método resulta conveniente toda vez que los márgenes netos están menos influidos por diferencias transaccionales que en el caso del precio. Igualmente estos márgenes pueden ser más tolerantes para algunas diferencias funcionales entre empresas controladas y no controladas que los márgenes de utilidad bruta.

Sin embargo, a través de este método podría resultar difícil establecer con precisión el ingreso y los gastos operacionales relacionados a las transacciones controladas para establecer el retorno financiero utilizado como medida de utilidad. Asimismo, se requiere para su aplicación suficiente información específica sobre las utilidades atribuibles a transacciones no controladas, que muchas veces es de acceso restringido para los contribuyentes.

6. COMPARABILIDAD EN LOS VALORES DE MERCADO

Para la Real Academia de la Lengua Española “comparable” es aquello que *“puede o merece compararse con algo”*, realizando la acción de comparar cuando fijamos nuestra atención en dos o más objetos para descubrir sus relaciones o estimar sus diferencias o semejanzas.

Aplicando dicho aquel significado a los valores de mercado, nos detendremos a analizar las operaciones por las cuales se establece el precio, tratando de determinar si existe alguna diferencia entre ellas, de tal manera que podamos comparar el precio establecido entre partes vinculadas y aquél originado entre terceros no vinculados bajo las mismas circunstancias;⁴⁰ por ello, será de suma importancia la información brindada sobre estos aspectos, la misma que tiene que ser fiable, de lo contrario el estudio de los precios de transferencia no será el más adecuado.

⁴⁰ Básicamente, esto es a lo que se refiere el principio de plena competencia (arm’s length principle).

6.1. Factores determinantes de comparabilidad (OCDE)

En este punto analizaremos los factores determinantes que permitirán o no comparar las operaciones, desarrollados por la OCDE en las Guías o Directrices aplicables a los precios de transferencia a empresas multinacionales y administraciones tributarias de la OCDE, las mismas que de acuerdo a la Ley del Impuesto a la Renta rigen en nuestro país con carácter supletorio (a pesar que no hay una versión oficial en español al alcance de los contribuyentes, facilitada por la SUNAT).

La comparabilidad consiste en establecer las semejanzas o diferencias entre las operaciones que un contribuyente mantiene con sujetos vinculados y aquéllas que ha establecido con sujetos no vinculados o que se establecen en el mercado; este análisis se aplica cuando existen dudas sobre si los valores de las operaciones entre los sujetos vinculados son distintos a los establecidos en el mercado.

¿Qué debemos entender por operaciones semejantes? ¿cuál va a ser el grado de comparabilidad exigido? La OCDE nos indica que las operaciones comparables son aquéllas en las cuales, existiendo diferencias, éstas no afectarían materialmente las condiciones analizadas en la metodología o en todo caso, que se pueden realizar los ajustes necesarios para eliminar los efectos de las diferencias.⁴¹ Es decir, para que dos operaciones sean comparables, el grado de diferencia que pudiera existir entre las operaciones de las empresas vinculadas y aquéllas realizadas entre independientes sea mínima, para lo cual se deberá analizar los siguientes factores de manera conjunta en cada transacción efectuada:

- a) Las características de los activos o de los servicios,
- b) Las funciones desempeñadas por las empresas vinculadas (el denominado análisis funcional),
- c) Las cláusulas contractuales,
- d) Las circunstancias económicas de las partes; y,
- e) Las estrategias que cada parte persiga.

Por la importancia que consideramos tienen los literales a) y b) arriba señalados, les dedicaremos un apartado especial; sin embargo también abordaremos los literales c), d) y e).

Las cláusulas contractuales están estrechamente relacionadas con las

⁴¹ Directrices aplicables en materia de precios de transferencia a empresas multinacional y administraciones tributarias de la OCDE.

funciones que cada parte se ha obligado a hacer o con aquéllas que efectivamente las empresas vinculadas realicen, dado que es a través de ellas que podremos determinarlas y compararlas con partes independientes, asumiendo las mismas actividades a realizar, con la finalidad de ver el entorno de cada relación y poder saber si ante las mismas obligaciones hubiera variado el precio o no, o si realmente entre partes independientes se hubieran asumido las mismas obligaciones.

Cabe precisar que por cláusulas contractuales no sólo entendemos aquéllas que se han dispuesto en un contrato formal, sino también aquéllas que se manifiestan de las comunicaciones entre sociedades vinculadas mediante cualquier medio (como por ejemplo, los correos electrónicos).

No basta analizar las cláusulas contractuales por sí solas, debido a que debemos ver en el contexto en el que surge la operación entre las partes vinculadas. Es decir, no se podrá comparar dicha operación con aquélla que provenga de un mercado totalmente distinto al que contrataron las vinculadas; siempre se deberá efectuar la comparación con una operación semejante en una economía con similares circunstancias, debiéndose analizar:

- la ubicación geográfica y la dimensión del mercado,
- el grado de competencia y la posición competitiva relativa en el mismo de compradores y vendedores,
- la disponibilidad de bienes o servicios sustitutos,
- los niveles de oferta y demanda en el mercado en su totalidad,
- el poder de compra de los consumidores,
- los costes de producción (incluido el trabajo y el capital invertido),
- los costes de transporte,
- la fase de comercialización,
- el periodo de operación, entre otros.

Por ejemplo, si una de las partes vinculadas tiene una posición de dominio en el mercado, las operaciones realizadas por ella con sus vinculadas no podrán compararse con aquéllas realizadas por una empresa que carece de dicha posición en otro mercado.

Adicionalmente, se tendrá en cuenta la estrategia comercial perseguida por las vinculadas, así por ejemplo, es legítima una estrategia de “penetración de mercado”, según la cual una empresa vende bienes a su empresa vinculada a un menor precio al que los vende a terceros no vinculados

(normalmente en otros mercados), para que el grupo económico, a través de su empresa vinculada, venda a precio menor a los clientes, con la finalidad de ingresar de manera agresiva al mercado objetivo.

6.1.1. Características de los activos o de los servicios

Los activos o servicios a ser comparados deberán tener las características específicas de los bienes o servicios transados entre las vinculadas, dado que las características propias de éstos son los que determinan el precio final de venta.

En tal sentido, será preciso tener en cuenta las siguientes características a la hora de evaluar la comparabilidad:

- a) Para la transferencia de bienes tangibles:
 - i) características físicas,
 - ii) cualidades,
 - iii) finalidad,
 - iv) disponibilidad; y,
 - v) volumen de la oferta.

- b) Para la prestación de servicios:
 - i) naturaleza; y,
 - ii) alcance.

- c) Para el caso de activos intangibles
 - i) forma de la operación (licencia, concesión o venta),
 - ii) tipo de activo (marca, patente, know how),
 - iii) duración y grado de protección; y,
 - iv) beneficios previstos derivados de su utilización.

6.1.2. Análisis funcional

El análisis funcional busca determinar cuáles son las actividades realizadas por las sociedades vinculadas y cuáles son los límites de las responsabilidades asumidas frente a cada una.

En concreto, nos servirá para saber si resulta razonable que la empresa vinculada realice determinadas actividades por la retribución pactada, lo que nos ayudará a responder si haría lo mismo una empresa independiente por dicha retribución.

En tal sentido, si el caso fuera que sólo una parte asume todos los riesgos, habría que determinar si la empresa independiente también lo haría, y qué precio cobraría por tales condiciones.

El análisis funcional no sólo tomará en cuenta el servicio brindado o el bien que se deba entregar, sino también todas aquellas actividades y riesgos relacionados con el bien o servicio; por lo que se tendrá que ver por ejemplo:

- i) diseño,
- ii) fabricación,
- iii) montaje,
- iv) investigación y desarrollo,
- v) prestación de servicios,
- vi) compras,
- vii) distribución,
- viii) comercialización,
- ix) publicidad,
- x) transporte,
- xi) financiación y gestión.

6.1.3. Cláusulas Contractuales

Las cláusulas contractuales son aquéllas que definen tácita o expresamente la forma cómo se distribuirán entre las partes las responsabilidades, riesgos y beneficios.

En este sentido, resulta necesario aclarar que la contraposición de intereses existente entre las partes no relacionadas asegura que las mismas optarán por dar cumplimiento a las condiciones contractuales.

Por ello, es importante examinar si el proceder de las partes se ajusta a las cláusulas contractuales o si éste da cuenta que tales cláusulas son falsas o han sido incumplidas.

El estudio de comparabilidad debe abarcar el análisis en ambas partes de las cláusulas contractuales cuya influencia tenga efectos en el precio o margen determinado. Entre los ítems evaluados se debe tomar en cuenta todas aquellas posibles obligaciones, compromisos, condicionamientos, transacciones, retribuciones, garantías así como también la duración del contrato, entre otros que se estime conveniente.

6.1.4. Circunstancias Económicas

La variación de los precios de transferencia se produce como consecuencia

del propio desarrollo del mercado en que se encuentren las empresas y su actuar en otros mercados.

Por esta razón es muy importante el poder señalar las circunstancias económicas capaces de influir en el monto de la operación como pueden ser el tamaño de los mercados, sus respectivas ubicaciones en el mundo, el tipo de mercado, los costos de producción y transporte, las características del consumidor, entre otros.

De este modo, para que se pueda realizar la comparabilidad se necesita que tanto la empresa independiente como la asociada se encuentren en mercados comparables y que sus diferencias sean las mínimas posibles, de forma tal que tales diferencias no tengan un efecto importante o que puedan ser ajustadas apropiadamente.

6.1.5. Estrategias Mercantiles

Éstas deben ser analizadas al determinar la comparabilidad para fines de precios de transferencia.

Las estrategias mercantiles deben apuntar hacia la innovación y el desarrollo de nuevos productos que hagan eficientes las empresas otorgándoles mayor rentabilidad, lo cual les permita reducir sus precios o asumir mayores costos en publicidad y servicios adicionales postventa.

Esto permitirá que sean mucho más competitivos frente a otras compañías del rubro y en su oportunidad poder analizar la posibilidad que una entidad no asociada sacrifique su rentabilidad durante similar periodo de tiempo bajo las mismas circunstancias económicas y condiciones de competencia.

6.2. La comparabilidad en la Legislación Nacional

En cuanto a la comparabilidad, nuestra Ley del Impuesto a la Renta establece que las transacciones resultan comparables, cuando se cumple al menos una de las siguientes condiciones:

- a) Que ninguna de las diferencias que existan entre las transacciones objeto de comparación o entre las características de las partes que las realizan pueda afectar materialmente el precio, monto de contraprestaciones o margen de utilidad; o,
- b) Que aún cuando existan diferencias entre las transacciones objeto de comparación o entre las características de las partes que las realizan, que puedan afectar materialmente el precio, monto de contrapresta-

ciones o margen de utilidad, dichas diferencias pueden ser eliminadas a través de ajustes razonables.

6.2.1. Artículo 110º del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta

Para determinar si las transacciones son realmente comparables se deberán tomar en cuenta aquellos elementos o circunstancias que reflejen en mayor medida la realidad económica de las transacciones, para cuyo efecto se considerarán los siguientes elementos:

6.2.1.1. Características de las operaciones

Las características de los bienes o servicios transados en el mercado, tales como la calidad, la disponibilidad y el volumen vendido, en el caso de bienes; o su naturaleza y duración, en el caso de servicios.

Artículo 110º.- Análisis De Comparabilidad

A efectos de determinar si las transacciones son comparables de acuerdo con lo establecido en el inciso d) del Artículo 32º- A de la Ley, se tendrá en cuenta los siguientes elementos o circunstancias:

1. *Las características de las operaciones, incluyendo:*
 - a) *En el caso de transacciones financieras, elementos tales como:*
 - (i) *El monto del principal.*
 - (ii) *Plazo o período de amortización.*
 - (iii) *Garantías.*
 - (iv) *Solvencia del deudor.*
 - (v) *Tasa de interés.*
 - (vi) *Monto de las comisiones.*
 - (vii) *Calificación del riesgo.*
 - (viii) *País de residencia del deudor.*
 - (ix) *Moneda.*
 - (x) *Fecha.*
 - (xi) *Cualquier otro pago o cargo, que se realice o practique en virtud de las mismas.*
 - b) *En el caso de prestación de servicios, elementos tales como:*
 - (i) *La naturaleza del servicio.*
 - (ii) *La duración del servicio.*
 - c) *En el caso de transacciones que impliquen la enajenación, arrendamiento o cualquier otra modalidad de cesión en*

uso de bienes tangibles, elementos tales como:

- (i) Las características físicas.*
 - (ii) Calidad y disponibilidad del bien.*
 - (iii) Volumen de la oferta.*
- d) En el caso de cesión definitiva o en uso de bienes intangibles, elementos tales como:*
- (i) La forma contractual de la transacción: Licencia, franquicia o cesión definitiva.*
 - (ii) La identificación del intangible (derechos de la propiedad intelectual o de la propiedad industrial) así como la descripción de cualquier método, programa, procedimiento, sistema, estudio u otro tipo de transferencia de tecnología.*
 - (iii) La duración del contrato.*
 - (iv) El grado de protección y los beneficios que se espera obtener de su uso.*
- e) En el caso de enajenación de acciones, participaciones u otros valores mobiliarios representativos de derechos de participación, se considerarán elementos tales como:*
- (i) El valor de participación patrimonial de los valores que se enajenen, el que será calculado sobre la base del último balance de la empresa emisora cerrado con anterioridad a la fecha de enajenación o, en su defecto, el valor de tasación.*
 - (ii) El valor presente de las utilidades o flujos de efectivo proyectados.*
 - (iii) El valor de cotización que se registre en el momento de la enajenación, tratándose de enajenaciones bursátiles.*
 - (iv) El valor promedio de apertura y cierre registrado en la bolsa de valores o mecanismo centralizado de negociación, tratándose de enajenaciones extrabursátiles de acciones u otros valores que coticen en bolsa.*

6.2.1.2. Funciones o actividades económicas

Las funciones o actividades económicas, incluyendo los activos utilizados y riesgos asumidos en las operaciones, de cada una de las partes involucradas en la operación.

Para el caso de los activos se tomará en cuenta su clase, naturaleza, antigüedad, valor de mercado y situación jurídica.

En el caso de los riesgos de la operación, se tomará en cuenta, entre otros:

- Los riesgos de mercado, incluyendo fluctuaciones en el precio de los insumos y de los productos finales.
- Los riesgos financieros, incluyendo fluctuaciones en tipo de cambio de divisas extranjeras y tasas de interés.
- Los riesgos de pérdidas asociados con la inversión.
- Los riesgos de crédito y cobranza.
- Los riesgos en la calidad del producto.
- Los riesgos comerciales generales relacionados con la posesión de bienes, plantas y equipo.
- Los riesgos relacionados con el éxito o el fracaso de las actividades de investigación y desarrollo.

Las funciones o actividades a considerar son:

- Investigación y desarrollo.
- Diseño e ingeniería del producto.
- Fabricación, extracción y ensamblaje.
- Compra y manejo de materiales.
- Distribución, comercialización y publicidad.
- Transporte, almacenamiento y servicio de posventa.
- Servicio de apoyo y gestión.
- Servicios administrativos, legales, de contabilidad y finanzas, de crédito y cobranza.

La comparación de las funciones llevadas a cabo por las partes está basada en un análisis funcional que tiene como objeto identificar y comparar las actividades económicamente significativas y las responsabilidades asumidas por las partes independientes y por las partes vinculadas, con incidencia en su estructura y organización.

En este análisis se atenderá a la relevancia económica de esas funciones en términos de su frecuencia, naturaleza y valor para las respectivas partes de la transacción.

Se deberán identificar las principales funciones llevadas a cabo por la parte objeto de análisis, con la finalidad de efectuar los ajustes para eliminar

cualquier diferencia material en relación con las funciones asumidas por cualquier parte independiente considerada comparable.

Para identificar y comparar las funciones llevadas a cabo por las partes de la transacción, se tomará en cuenta, adicionalmente:

Los activos utilizados, considerando:

- (i) La clase de activos utilizados.
- (ii) Su naturaleza.
- (iii) Antigüedad.
- (iv) Valor de mercado.
- (v) Situación jurídica.

Así como los riesgos de la operación, como:

- (i) Riesgos de mercado, incluyendo fluctuaciones en el precio de los insumos y de los productos finales.
- (ii) Riesgos financieros, incluyendo fluctuaciones en tipo de cambio de divisas extranjeras y tasas de interés.
- (iii) Riesgos de pérdidas asociados con la inversión.
- (iv) Riesgo de crédito y cobranza
- (v) Riesgos en la calidad del producto.
- (vi) Riesgos comerciales generales relacionados con la posesión de bienes, plantas y equipo.
- (vii) Riesgos relacionados con el éxito o el fracaso de las actividades de investigación y desarrollo.

6.2.1.3. Términos contractuales

Las condiciones y términos contractuales pactados por las partes intervinientes en la transacción, tales como la forma de pago, la existencia de descuentos, responsabilidades, riesgos y beneficios asumidos, la duración del contrato, etc.

Sobre este caso en particular, existen resoluciones del Tribunal Fiscal que establecen ciertos criterios a tenerse en cuenta a efectos de determinar el valor de mercado en las transacciones.

Por ello, en las Resoluciones del Tribunal Fiscal N° 881-2-99 y N° 308-4-96, se considera posible que se otorgue a un cliente, un precio más ventajoso que el que se concede a los demás clientes, más aun si se tiene en consideración las circunstancias tales como volumen anual de operaciones, el pago anticipado, precios en dólares establecidos de antemano durante un periodo de una fuerte y constante devaluación de moneda, entre otros.

Los Términos contractuales incluyen:

- a) Condiciones de pago.
- b) Volumen de ventas o compras.
- c) Responsabilidades, riesgos y beneficios asumidos entre las partes que podrían basarse en:
 - (i) Las cláusulas contractuales definidas explícita e implícitamente.
 - (ii) La conducta de las partes en la transacción y los principios económicos que generalmente rigen las relaciones entre partes independientes.
- d) Duración del contrato.
- e) Realización de transacciones colaterales o relaciones comerciales continuas entre el comprador y vendedor, incluyendo acuerdos para la presentación de servicios auxiliares.

6.2.1.4. Circunstancias económicas

Las circunstancias económicas dentro de las cuales se realizan las transacciones, tales como la dimensión del mercado, su ubicación geográfica, la fase de comercialización (distribuidor, mayorista o minorista), el grado de competencia, la disponibilidad de los bienes o servicios (niveles de oferta y demanda), la existencia de bienes o servicios sustitutos, etcétera.

Sobre este caso, encontramos pronunciamientos del Tribunal Fiscal, tales como las Resoluciones N° 873-2-2000 y N° 8746-3-2001, que establecen:

“el valor de mercado no necesariamente debe ser superior al costo, pudiendo ocurrir que una empresa venda sus productos por debajo del costo si el valor de mercado es menor; asimismo, el mayor costo puede originarse por factores tecnológicos, por una mayor carga financiera soportada por una empresa en comparación con otra, al acceso a los mercados de insumo, entre otros motivos (...)”.

Las circunstancias económicas, que pueden ser relevantes para calificar como comparables a dos mercados, entre otros:

- a) Ubicación geográfica.
- b) Nivel de mercado o fase de comercialización: Distribuidos, mayorista, minorista.

- c) Dimensión del mercado y grado de desarrollo económico de cada mercado.
- d) El nivel de competencia de los mercados.
- e) Las posiciones competitivas relativas a los compradores y vendedores.
- f) La participación en el mercado de los productos, bienes y servicios.
- g) La disponibilidad de bienes y servicios sustitutos.
- h) La condición económica de la industria, incluyendo si está en contracción o expansión.
- i) Los costos de producción y los costos de transporte.
- j) La naturaleza y extensión de las regulaciones públicas que inciden en los mercados.

6.2.1.5. Estrategias de negocios

Las estrategias de negocios, tales como las relacionadas con la penetración de mercado, permanencia y ampliación de negocios, la innovación y el desarrollo de nuevos productos, la valoración del impacto de los cambios políticos, etc.

En este supuesto, si bien para establecer los precios de transferencia de las transacciones realizadas entre partes vinculadas, se toman como referencia los precios o montos pactados por ellas con terceros no vinculados o los pactados entre sí por terceros no vinculados, esto no resulta suficiente, debiéndose tener en cuenta además las condiciones y circunstancias en las que tales transacciones son realizadas.

Sólo una vez efectuadas las comparaciones entre sujetos y operaciones iguales o similares, y establecido que el valor fijado por las partes vinculadas para determinada transacción difiere del valor de mercado, sea porque han sido sobrevaluadas o subvaluadas, la SUNAT podrá efectuar los ajustes necesarios tanto para el transferente como para el adquirente de los bienes o servicios.

Las estrategias de negocios, tales como:

- a) La innovación y el desarrollo de nuevos productos.
- b) El grado de diversificación, aversión al riesgo, valoración del impacto de los cambios políticos y de las leyes laborales existentes o previstas.
- c) Las estrategias de penetración, permanencia o ampliación de mercados.

Adicionalmente, se podrá tomar en consideración información del contribuyente y de las operaciones comparables correspondientes a dos o más ejercicios anteriores.

De igual manera, se podrá utilizar información de años anteriores con el fin de determinar el origen de las pérdidas declaradas, cuando las mismas son parte de otras pérdidas generadas en transacciones comparables o son el resultado de condiciones concretas de años anteriores.

Para efecto de lo dispuesto en la Ley, no se consideran transacciones comparables, entre sí, las realizadas por personas, empresas o entidades, conformantes de grupos empresariales o asociaciones, joint ventures, consorcios y demás contratos de colaboración empresarial no consideradas como persona jurídica para efecto del Impuesto a la Renta, derivadas de un contrato o acuerdo bajo el cual dichas partes transfieren o prestan bienes o servicios por precios idénticos y que el adquirente o contraparte sea la misma entidad o empresa.

6.3. Legislación Comparada

En el caso de Argentina, el Reglamento de la Ley de Impuesto a las Ganancias (en su artículo 21.1), desarrolla lo que ha dispuesto la norma legal, refiriendo las maneras de cómo elaborar en base a promedios, índices y coeficientes; parámetros de comparabilidad entre sociedades independientes con actividades iguales o equivalentes a las empresas vinculadas con las cuales se compararán.

De esta manera la legislación de aquel país autoriza a su Administración Tributaria a determinar la ganancia neta sujeta al impuesto, usando como medio estimaciones, las cuáles en base a promedios, índices y coeficientes establezcan con exactitud las ganancias de fuente argentina.

En el caso de Brasil, fue con la ley número 9.430/96 que se estableció de modo inequívoco el régimen de los precios de transferencia. Dicha Ley estableció la prevalencia del precio objetivo, precio de plena competencia, en las relaciones entre sociedades vinculadas, regulando de esta manera las operaciones comerciales tanto activas como pasivas, como las operaciones financieras (activas y pasivas).⁴²

El Fisco de Brasil estará facultado de graduar precios de transferencia cuando la venta de bienes o prestación de servicios de las exportaciones entre vinculadas, sea inferior al 90% del precio medio efectuado en la

⁴² XAVIER, Alberto: "Dereito Tributario Internacional do Brasil - Tributacao Das Operacoes Internacionais", Editora Forense, Río de Janeiro, 2002, 740 páginas.

venta de bienes o prestación de servicios en un mismo período entre sociedades independientes en el mercado brasilero y en condiciones semejantes (comparables), teniendo la posibilidad de aplicar para ello, los métodos de valoración tradicionales en la determinación de los precios.

7. AJUSTES Y ELIMINACIÓN DE DIFERENCIAS EN LOS PRECIOS

7.1. De los ajustes

Una vez que se efectúen las comparaciones entre sujetos y operaciones iguales o similares, y establecido que el valor fijado por las partes vinculadas para determinada transacción difiere del valor de mercado, sea porque han sido sobrevaluadas o subvaluadas, la SUNAT podrá efectuar los ajustes necesarios, tanto para el transferente como para el adquirente de los bienes o servicios.

Cabe anotar que para determinar el valor de mercado se analizará la transacción, de manera separada, salvo que:

- i) Las transacciones separadas se encuentren estrechamente relacionadas.
- ii) Se trate de operaciones continuadas en las que no es posible efectuar una evaluación independiente de cada transacción.

Si las transacciones han sido contratadas en forma integrada, corresponderá efectuar una evaluación separada de las mismas a fin de determinar independientemente el valor de mercado para cada elemento, para posteriormente determinar si el valor de la transacción de forma integrada sería el que hubiesen pactado partes independientes.

La Ley del Impuesto a la Renta y su reglamento establecen que en el caso de existir una subvaluación o sobrevaluación de precios, la SUNAT podrá realizar ajustes sobre el valor asignado, el cual surtirá efecto tanto para el transferente como para el adquirente, siempre que éstos se encuentren domiciliados o constituidos en el país.

El ajuste por aplicación de la valoración de mercado se imputará al ejercicio gravable en el que se realizaron las operaciones con partes vinculadas o con residentes en países o territorios de baja o nula imposición.

Para la aplicación de los ajustes, el Decreto Supremo N° 190-2005-EF, vigente desde el 1 de enero de 2006, estableció las disposiciones a seguir al momento de realizar los ajustes a las operaciones mencionadas.

7.1.1. Ajuste Primario

Tratándose del Impuesto a la Renta, el ajuste que proviene de las operaciones comprendidas en el ámbito de aplicación de los precios de transferencia se imputará de la siguiente forma:

7.1.1.1. Ajuste Unilateral

El ajuste surte efecto para el sujeto domiciliado en el país y se imputará al ejercicio gravable en el que se realizaron las operaciones con la parte vinculada.

Artículo 109º del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta

Para la aplicación de los ajustes a que se refiere el inciso c) artículo 32º-A de la Ley, se tendrá en cuenta las siguientes disposiciones:

a) Ajustes primarios

- 1) Tratándose del Impuesto a la Renta, el ajuste que proviene de las operaciones comprendidas en el ámbito de aplicación de los precios de transferencia se imputará de la siguiente forma:*

(i) Ajuste unilateral

El ajuste surte efecto para el sujeto domiciliado en el país y se imputará al ejercicio gravable en el que se realizaron las operaciones con la parte vinculada.

Sin embargo, si el ajuste se relaciona con transacciones que originan rentas de fuente peruana a favor de países o territorios de baja o nula imposición y, a su vez, implican para el sujeto domiciliado en el país un gasto no deducible de acuerdo a lo señalado por el inciso m) del Artículo 44º de la Ley, el ajuste se imputará al período o períodos en los que se pagó o acreditó las rentas a los beneficiarios no domiciliados, correspondiendo exigir la obligación tributaria al responsable.

En otras palabras, cuando se realice un ajuste a una operación entre sujetos vinculados, siendo uno de ellos domiciliado y el otro no domiciliado, se realizará el ajuste al sujeto domiciliado, sea para ajustar su gasto o la retención del Impuesto a la Renta correspondiente al sujeto vinculado no domiciliado, que debió realizar por la operación.

Cabe indicar que entre el ejercicio 2001 y 2003, la Ley del Impuesto a la

Renta dispuso que todos los ajustes por precios de transferencia eran unilaterales, lo que resulta claro podría haber generado determinaciones confiscatorias, motivo por el cual se modificó la norma a partir del ejercicio 2004.

7.1.1.2. Ajuste Bilateral

El ajuste surte efecto tanto para el transferente como para el adquirente cuando ambos se encuentran domiciliados en el país y se imputará al ejercicio gravable en el que se realizaron las operaciones con la parte vinculada.

Los resultados provenientes del ajuste por la aplicación de las normas de precios de transferencia no modificarán la base imponible de los pagos a cuenta del contribuyente.

Una de las partes más cuestionables de la normatividad nacional sobre precios de transferencia, corresponde a la extensión de sus efectos hacia el Impuesto General a las Ventas, lo que a nuestro entender no tiene sentido, considerando que el IGV es un Impuesto al consumo que grava el valor agregado y su mecánica de determinación no hace razonable la aplicación de la dinámica de los precios de transferencia.

En el caso del Impuesto General a las Ventas o del Impuesto Selectivo al Consumo, de ser el caso, el ajuste que proviene de las operaciones comprendidas en el ámbito de aplicación de los precios de transferencia se imputará de la siguiente forma:

- i) Si el ajuste pudiera imputarse directamente al periodo o periodos en los que se realizaron las transacciones, dicho ajuste será atribuido a tales periodos.
- ii) Si el ajuste no se pudiera atribuir directamente a las transacciones que lo originaron, conforme ocurre en los métodos basados en las utilidades, el ajuste se prorrateará considerando todas las operaciones realizadas por las partes vinculadas, teniendo en cuenta las transacciones gravadas, exoneradas o inafectas con el Impuesto General a las Ventas o el Impuesto Selectivo al Consumo, que se hubieren realizado.

Los resultados provenientes del ajuste por la aplicación de las normas de precios de transferencia no modificarán la base imponible de los pagos a cuenta semanales del Impuesto Selectivo al Consumo que haya considerado el contribuyente.

La aplicación de las normas de precios de transferencia para el Impuesto General a las Ventas o el Impuesto Selectivo al Consumo sólo tendrá

efecto cuando se trate de operaciones realizadas por partes vinculadas en operaciones nacionales.

Artículo 109º del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta

Para la aplicación de los ajustes a que se refiere el inciso c) artículo 32º-A de la Ley, se tendrá en cuenta las siguientes disposiciones:

a) Ajustes primarios

1) Tratándose del Impuesto a la Renta, el ajuste que proviene de las operaciones comprendidas en el ámbito de aplicación de los precios de transferencia se imputará de la siguiente forma:

(ii) Ajuste bilateral

El ajuste surte efecto tanto para el transferente como para el adquirente cuando ambos se encuentren domiciliados en el país y se imputará al ejercicio gravable en el que se realizaron las operaciones con la parte vinculada.

7.1.2. Ajuste correlativo

Para las administraciones tributarias, tal como surge de analizar la doctrina del Tribunal Económico-Administrativo Central en España, esta cuestión significa que cualquier ajuste por precios de transferencia ha de basarse en información correcta obtenida de operaciones comparables entre empresas independientes.

Frecuentemente, la controversia entre la Administración y el contribuyente va a centrarse en torno a esa discutida idoneidad de los comparables.⁴³

Mediante la aplicación de los métodos para determinar los precios de transferencia y cumpliendo con el principio de plena concurrencia (arm's length), se corrige o ajusta el beneficio de las empresas en operaciones concretas. Esto puede producir que el Estado "A" incremente su recaudación con respecto a la empresa que es su residente, lo que va a suponer que ese beneficio no debería haber aparecido posiblemente en sede de la empresa residente en el otro Estado ("B"). Cabe indicar que si el Estado A ajusta el precio entre vinculadas, reduciendo el precio que cobra la empresa vinculada residente en el Estado B de 1000 a 100, esto supondrá que

⁴³ CORDÓN EZQUERRO, Teodoro: "Manual de Fiscalidad Internacional". Tema 8 Precios de Transferencia págs. 247 a 274- Instituto de Estudios Fiscales (2001) Escuela de Hacienda Pública- España.

la empresa vinculada residente en el Estado A tendrá un menor costo y por lo tanto un mayor Impuesto a la Renta que pagar; sin embargo si el residente del Estado B pagar sus tributos considerando que ha obtenido un ingreso de 1000, a pesar que su filial sólo puede deducir 100, se estaría dando una potencial doble imposición económica que desincentivaría el comercio internacional. Por lo tanto, este segundo Estado (B) debería en principio aceptar el ajuste del primer Estado (A), llamado ajuste correlativo.

En este sentido, los comentarios de la OCDE destacan que no existe obligación inmediata para al segundo Estado (B) de aceptar dicho ajuste correlativo, el que sólo procederá si ese segundo Estado entiende que el ajuste primario ha sido correcto; es decir, que dicho ajuste refleja las utilidades que hubieran existido si las transacciones se hubieran efectuado bajo el principio de plena concurrencia. El Estado (A) que ha propuesto el ajuste primario, carga con el peso de la prueba para demostrar al otro Estado (B) que el ajuste está justificado en relación a los principios, metodologías y cantidades utilizadas.⁴⁴

Así, tenemos que el ajuste correlativo es un ajuste de la deuda tributaria de la empresa vinculada establecida en una segunda jurisdicción fiscal (Estado B), efectuado por la Administración tributaria de esa jurisdicción para tener en cuenta el ajuste primario realizado por la Administración tributaria de la primera jurisdicción (Estado A) con el fin de obtener un reparto coherente de los beneficios entre los dos países.

7.1.3. Ajuste secundario

Si los Estados contratantes practican los ajustes primario y correlativo la situación resultante no es en realidad aun equivalente a la que hubiera surgido de haberse aplicado las condiciones que se hubieran dado entre empresas independientes. Los ajustes no han impedido que haya habido un desplazamiento de fondos de una empresa a favor de otra como consecuencia de los precios convenidos o de las condiciones pactadas.

Para terminar de corregir la situación, surge el llamado ajuste secundario, que permite tratar ese desplazamiento de fondos como un dividendo encubierto o como una distribución encubierta de beneficios en el seno del grupo económico. Por supuesto, ese ajuste secundario plantea básicamente la cuestión de la posible tributación adicional que proceda en sede de la empresa no residente, en la medida en la cual ese ajuste refleje o presuma existente una renta obtenida por esa empresa no residente, básicamente como beneficiaria de una distribución encubierta de beneficios.⁴⁵

⁴⁴ CORDÓN EZQUERRO, Teodoro: "Manual de Fiscalidad Internacional". Op. Cit.

⁴⁵ CORDÓN EZQUERRO, Teodoro: "Manual de Fiscalidad Internacional" Op. Cit.

De esta manera, los ajustes secundarios tratan de tomar en consideración la diferencia entre las nuevas utilidades gravables determinadas y las que originalmente se registraron en libros. El gravar con impuestos a una transacción secundaria origina un ajuste secundario sobre precios de transferencia. De esta manera, los ajustes secundarios pueden servir para evitar la evasión de impuestos. Un ajuste secundario puede resultar en doble tributación, a menos que el crédito correspondiente u otra forma de condonación sea proporcionada por el otro país por el pasivo fiscal adicional que podría resultar de un ajuste secundario. El comentario del modelo de convenio para evitar la doble imposición y el fraude fiscal de la OCDE, indica que el artículo no se refiere a ajustes secundarios, y de esta manera ni prohíbe ni requiere a las administraciones fiscales que hagan ajustes secundarios.⁴⁶

7.2. De la eliminación de diferencias

A partir de lo desarrollado en los capítulos 1, 4, 5 y 6, se ha evidenciado que el análisis a través de la comparación, constituye una piedra angular para la aplicación de los Precios de Transferencia, ya que, en última instancia, el precepto de comparación subyace implícito al propio *principio de libre competencia o plena concurrencia (arm's length principle)*; fundamento internacional estándar que las empresas multinacionales y las administraciones tributarias de los países miembros de la OCDE, señalan como el principal referente para propósitos tributarios en materia de Precios de Transferencia.

De acuerdo a los lineamientos de la OCDE,⁴⁷ la aplicación del *principio de plena concurrencia* se encuentra generalmente basado en una comparación de las condiciones en transacciones controladas con las condiciones en transacciones entre empresas independientes. Sin embargo, a fin de que dicha comparación sea útil, las características económicas de las situaciones a ser comparadas deben ser lo suficientemente comparables.

Sobre el particular, Isenbergh⁴⁸ señala lo siguiente:

“it follows that the operative Standard of the Regulations as a practical matter, is comparability. Comparability depends on all factors that could effect prices or profits in arm's length dealings”

⁴⁶ Tesis Susana Horlacher en: http://www.iefpa.org.ar/criterios_digital/monografias/horlacher.pdf

⁴⁷ Directrices aplicables en materia de precios de transferencia a empresas multinacional y administraciones tributarias de la OCDE.

⁴⁸ ISENBERTH, Joseph. En: *Internacional Taxation*, Foundation Press 2000. P. 63.

“Se desprende que el estándar operativo empleado por el reglamento es la comparabilidad. Comparabilidad que depende de todos los factores que pueden afectar precios o ganancias operando bajo el principio de libre competencia” (traducción libre).

En adición, se considera menester traer a colación que los *precios de libre competencia* o *arm's length prices* son aquéllos que habrían sido acordados entre partes no vinculadas en las mismas o similares transacciones y en un mercado abierto;⁴⁹ ello en tanto tal definición permite ser desagregada en los siguientes aspectos:⁵⁰

Referencia a una transacción concreta: El precio de plena competencia se debe establecer con relación a una operación identificada y única.

Comparación o analogía: La transacción identificada y única debe ser comparada con otra transacción análoga.

Acuerdo contractual de derecho privado: El precio de libre competencia debe considerar todas las obligaciones legales que sean asumidas por las partes contratantes.

Mercado abierto: Cualquier precio de libre competencia debe basarse en un mercado abierto, sin limitaciones.

Características subjetivas de la operación: Esta es la razón por la que el precio de plena competencia puede diferir del “*valor de libre mercado*”.

Análisis funcional de las operaciones realizadas por las empresas: Permite identificar las funciones y contribución de cada empresa en una operación, el riesgo económico asumido, el alcance de las responsabilidades en cuanto a actividades como la producción, investigación, comercialización, entre otros, y valoradas en relación con un producto o grupo de productos.

Como se puede apreciar, los *precios de libre competencia*, en el marco de los Precios de Transferencia, se encuentran estrechamente ligados a la comparación, y, asimismo, afectos a una serie de factores que lo determinan y condicionan.

Sobre este punto, Gustafson⁵¹ expone que:

⁴⁹ Informe de la OCDE de 1979, párrafo 2.

⁵⁰ HERRERO, Carlos: Precios de Transferencia Internacionales - Estudio Tributario y Macroeconómico Pamplona 1999, Editorial Aranzadi S.A.

⁵¹ Charles Gustafsona, Robert Proniy Richard Crawford Pugh. En: Taxation of International Transactions. West Publishing Co. St. Paul, Minn., 1997. P. 509.

“(...) while prior regulations contemplated adjustments to reflect various differences between the controlled transactions and the uncontrolled comparison, the new regulations identify a number of factors under the various methods of approaching comparability deserving particular attention:

- i. Functions. The economic functions carried out and resources employed by the parties involved in the controlled and uncontrolled transactions must be identified and compared.*
- ii. Contractual terms. The contractual terms of the controlled and uncontrolled transactions must be analyzed. Relevant terms include the form of consideration, volume of sales, scope and terms of warranties, rights to updates or modifications, duration of the agreement, collateral transactions or on-going business relations and credit and payment terms.*
- iii. Risks. The comparability of risks involve in the controlled and uncontrolled transactions must be considered. These include market risks, risks associate with the success or failure of re-search and development activities, financial risks, credit and collection risks, product liability risks and general business risks.*
- iv. Economic conditions. The conditions of the controlled and uncontrolled transactions must be weighed. These include the similarity in size and composition of geographic markets, the market level, market shares, location-specific costs of the factors of production, extent of competition, economic condition of the industry and alternatives reasonably available to the parties.*
- v. Nature of property or services. The propert or services that are the basis of both the controlled and uncontrolled transactions must be compared. The regulations emphasize that any intangible property embedded in tangible property must be included in such comparison.” (Subrayado agregado)*

“(...) mientras los reglamentos anteriores contemplaban ajustes para reflejar diferencias entre las transacciones controladas y las no controladas, las nuevas disposiciones identifican un número de factores bajo los varios métodos basados en la comparabilidad, mereciendo especial atención:

- i. Funciones. Las funciones económicas desarrolladas y los recursos empleados por las partes involucradas en transacciones controladas y no controladas, deben ser identificadas y comparadas.*

- ii. *Términos contractuales. Los términos contractuales de transacciones controladas y no controladas deben ser analizados. Entre los terminus relevantes figuran la forma de pago, el volumen de ventas, el alcance y los términos de las garantías, derecho a actualizaciones o modificaciones, duración del acuerdo, transacciones colaterales o vinculación con el negocio en marcha y términos de pago.*
- iii. *Riesgos. La comparabilidad de riesgos implica considerar tanto los de transacciones controladas como no controladas. Éstos incluyen riesgos de mercado, riesgos asociados con el éxito o fracaso de actividades de investigación y desarrollo, riesgos financieros, riesgos de crédito y cobranza, riesgos de productos defectuosos y riesgos generales de negocio.*
- iv. *Condiciones económicas. Las condiciones de transacciones controladas y no controladas deben ser sopesadas. Éstos incluyen la similitud en tamaño y composición de mercados geográficos, los niveles de mercado, los porcentajes de mercado, los costos asociados a la ubicación de factores de la producción, niveles de competencia, condición económica de la industria y alternativas razonablemente disponibles para las partes.*
- v. *Naturaleza de la propiedad o servicios. La propiedad o servicios que son la base de ambas, operaciones controladas y no controladas, deben ser comparadas. El reglamento enfatiza que cualquier propiedad intangible subsumida en bienes tangibles debe ser incluida en tal comparación.” (Subrayado agregado) (traducción libre).*

En dicho sentido, a fin de establecer el valor que correspondería a la transacción entre sujetos vinculados, en caso se hubiera celebrado entre partes no vinculadas (independientes) es necesario, primero, cuestionarse si es que la primera transacción (entre partes vinculadas) resulta comparable respecto de la otra (entre partes no vinculadas).

Al respecto, se debe indicar que la mayoría de los métodos de constatación de Precios de Transferencia, basan su análisis en una comparación, interna o externa, a fin de verificar que los precios sujetos a evaluación, cumplen con el principio de *plena competencia*.

Comparación interna: Surge cuando la compañía contribuyente realiza, con partes relacionadas, transacciones similares a las que realiza con terceros independientes.

Comparación externa: Corresponden a comparaciones realizadas con

operaciones similares, efectuadas entre terceros independientes.

Es preciso tener en cuenta que la existencia, por sí sola, de operaciones similares con terceros (comparación interna) o entre terceros (comparación externa), no debe llevar a asumir que ello configura un escenario suficiente para realizar una comparación directa de precios, debido a la muy probable presencia de una serie de diferencias en la formación de precios de las operaciones aparentemente comparables.

Si bien es más probable que sean las transacciones comparables externas, aquéllas que presentan el mayor número de diferencias en relación con las transacciones sujetas a análisis, la presencia de transacciones similares con partes vinculadas y con terceros independientes, no es una condición suficiente para una comparación directa de precios, sin una previa evaluación de la comparabilidad entre ambas operaciones.

En efecto, de acuerdo a los Lineamientos de la OCDE, cuando las empresas desarrollan operaciones con otras, las condiciones de sus relaciones comerciales y financieras están generalmente determinadas por fuerzas de mercado. Por otro lado, cuando empresas vinculadas desarrollan operaciones entre ellas, las relaciones comerciales y financieras pueden no estar directamente afectadas en la misma manera por las fuerzas externas del mercado y ello no debería llevar a asumir, automáticamente, una manipulación de los ingresos del contribuyente.⁵² Ello permite afirmar que resulta difícil la determinación de un precio de mercado en ausencia de fuerzas de mercado o en aquéllos casos en los que dicho precio se circunscriba a una determinada estrategia comercial.

En este sentido y, por consenso, los países miembros de la OCDE consideran que, para efectos fiscales, los ingresos entre empresas vinculadas o asociadas pueden ser ajustados a fin de corregir tales distorsiones y, de esta manera, asegurar el cumplimiento de las condiciones de comparabilidad, que subyacen al *principio de plena competencia*

Asimismo, los miembros de la OCDE consideran que un ajuste apropiado se obtiene cuando es posible replicar, con partes vinculadas, las condiciones de las relaciones comerciales y financieras que se esperarían encontrar entre partes independientes, en transacciones similares, bajo circunstancias similares.

Algunos factores que pueden distorsionar las condiciones comerciales y financieras establecidas entre partes vinculadas pueden ser los siguientes:

⁵² Directrices aplicables en materia de precios de transferencia a empresas multinacional y administraciones tributarias de la OCDE.

Sujeción a presiones gubernamentales relacionadas con valuaciones personalizadas, obligaciones anti-dumping, controles de precios, entre otros.

Requerimientos de determinados flujos de caja exigidos a una compañía por parte del grupo al que pertenece.

Sobre el particular, cabe agregar que Isenbergh⁵³ señala que:

“the factor underlying comparability are 1) the economic functions carried on by the taxpayers, 2) the contracts between them, 3) the risks they incur, 4) prevailing economic conditions, and 5) the nature of the property or services over which they trans”

“los factores subyacentes a la comparabilidad, son: 1) funciones económicas desarrolladas por los contribuyentes, 2) los contratos entre ellos, 3) los riesgos en que incurren, 4) condiciones económicas prevalecientes y 5) la naturaleza de la propiedad o servicios sobre los que negocian” (traducción libre)

En efecto, tales diferencias pueden influir tanto a nivel de precios, como en los márgenes generados por una compañía en sus operaciones con partes relacionadas, con lo cual, el no considerarlas en un análisis de Precios de Transferencia, podría conllevar a obtener conclusiones sesgadas, independientemente de si dicha conclusión provenga de una evaluación basada en los métodos transaccionales o de aquéllos basados en utilidades.

Las Guías o Directivas de la OCDE⁵⁴ reconocen que las empresas, al momento de efectuar sus transacciones, escogen entre una gama de alternativas, eligiendo aquélla que más les permita maximizar su beneficio. Por tanto, la confiabilidad del método de análisis será menor en la medida que no todas las características de las transacciones no controladas, que afectan el precio, sean comparables a aquéllas que se encuentran bajo análisis.

Entre dichas características, según las Guías de la OCDE, tal como lo hemos visto anteriores, se tienen las siguientes:

Características de los bienes o servicios transferidos.

Las funciones asumidas por las partes (teniendo en cuenta los activos empleados y los riesgos asumidos).

⁵³ Joseph Isenberth. En: Internacional Taxation, Foundation Press 2000. P. 63.

⁵⁴ Directrices aplicables en materia de precios de transferencia a empresas multinacional y administraciones tributarias de la OCDE.

Los términos contractuales.

Las circunstancias económicas.

Las estrategias de negocios.

Es en el marco de las diferencias originadas por estas características, que surge la necesidad de realizar ajustes, a fin de incrementar la comparabilidad entre las transacciones controladas y las no controladas.

Así, la normatividad de Perú establece que para determinar la comparabilidad de las transacciones deberán tomarse en cuenta, entre otros, los elementos o circunstancias ha exponerse seguidamente:

❖ Desde la perspectiva de las características de las operaciones:

Transacciones financieras: El monto del principal, Plazo o período de amortización, Garantías, Solvencia del deudo, Tasa de interés, Monto de las comisiones, Calificación del riesgo, País de residencia del deudor, Moneda, Fecha, Cualquier otro pago o cargo, que se realice o practique en virtud de las mismas.

Prestación de servicios: La naturaleza del servicio, la duración del servicio.

Transacciones que impliquen la enajenación, arrendamiento o cualquier otra modalidad de cesión en uso de bienes tangibles: Las características físicas, calidad y disponibilidad del bien, volumen de la oferta.

Cesión definitiva o en uso de bienes intangibles: La forma contractual de la transacción, licencia, franquicia o cesión definitiva; la identificación del intangible (derechos de la propiedad intelectual o de la propiedad industrial) así como la descripción de cualquier método, programa, procedimiento, sistema, estudio u otro tipo de transferencia de tecnología; la duración del contrato; el grado de protección y los beneficios que se esperan obtener de su uso.

Enajenación de acciones, participaciones u otros valores mobiliarios representativos de derechos de participación: el valor de participación patrimonial de los valores que se enajenen (calculado sobre la base del último balance de la empresa emisora cerrado con anterioridad a la fecha de enajenación o, en su defecto, el valor de tasación); el valor presente de las utilidades o flujos de efectivo proyectados; el valor de cotización que se registre en el momento de la enajenación, tratándose de enajenaciones bursátiles; el valor promedio de apertura y cierre registrado en la bolsa de valores o mecanismo centralizado de negociación, tratándose de enajenaciones extrabursátiles de acciones u

otros valores que coticen en bolsa.

❖ Desde la perspectiva de las funciones o actividades económicas:

Investigación y desarrollo; diseño e ingeniería del producto; fabricación, extracción y ensamblaje; compra y manejo de materiales; distribución, comercialización y publicidad; transporte, almacenamiento y servicios de postventa; servicios de apoyo a la gestión; servicios administrativos, legales, de contabilidad y finanzas, de crédito y cobranza.

Los activos utilizados, entre otros: La clase de activos utilizados, su naturaleza, antigüedad, valor de mercado, situación jurídica.

Los riesgos de la operación, entre otros: Riesgos de mercado, incluyendo fluctuaciones en el precio de los insumos y de los productos finales; riesgos financieros, incluyendo fluctuaciones en tipo de cambio de divisas extranjeras y tasas de interés; riesgos de pérdidas asociados con la inversión; riesgo de crédito y cobranza; riesgos en la calidad del producto; riesgos comerciales generales relacionados con la posesión de bienes, plantas y equipo; riesgos relacionados con el éxito o el fracaso de las actividades de investigación y desarrollo.

❖ Desde la perspectiva de los términos contractuales:

Condiciones de pago.

Volumen de ventas o compras.

Responsabilidades, riesgos y beneficios asumidos entre las partes que podrían basarse en las cláusulas contractuales definidas explícita e implícitamente y la conducta de las partes en la transacción y los principios económicos que generalmente rigen las relaciones entre partes independientes.

Duración del contrato.

Realización de transacciones colaterales o relaciones comerciales continuas entre el comprador y vendedor, incluyendo acuerdos para la presentación de servicios auxiliares.

❖ Desde la perspectiva de las circunstancias económicas, que pueden ser relevantes para calificar como comparables a dos mercados:

Ubicación geográfica.

Nivel de mercado o fase de comercialización (Distribuidor, mayorista, minorista)

Dimensión del mercado y grado de desarrollo económico de cada mercado.

El nivel de competencia de los mercados.

Las posiciones competitivas relativas a los compradores y vendedores.

La participación en el mercado de los productos, bienes y servicios.

La disponibilidad de bienes y servicios sustitutos.

La condición económica de la industria, incluyendo si está en contracción o expansión.

Los costos de producción y los costos de transporte.

La naturaleza y extensión de las regulaciones públicas que inciden en los mercados.

❖ Desde la perspectiva de las estrategias de negocios:

La innovación y el desarrollo de nuevos productos.

El grado de diversificación, aversión al riesgo, valoración del impacto de los cambios políticos y de las leyes laborales existentes o previstas.

Las estrategias de penetración, permanencia o ampliación de mercados.

En dicho contexto, luego de realizar el análisis correspondiente tomando en cuenta los elementos expuestos, entre otros, deberá procederse a realizar ajustes que resulten razonables a fin de eliminar las diferencias existentes teniendo en cuenta, entre otros, los elementos que pasarán a exponer seguidamente.

❖ **Plazo de pago**

Conforme a nuestra legislación este elemento implica que las diferencias de los plazos sean ajustadas considerando el valor de los intereses, según el plazo concedido para el abono de las obligaciones, la tasa de interés aplicada, las comisiones, gastos administrativos y todo otro tipo de monto incluido en la financiación.

En dicho contexto, se postula un caso hipotético que expone el ajuste bajo comentario desde una perspectiva práctica:

Descripción del Negocio: Derivados S.A. (en adelante DESA) es una compañía domiciliada en el Perú cuya actividad principal consiste en la manufactura de productos químicos, para lo cual adquiere insumos diversos de partes relacionadas y de terceros independientes.

Durante el ejercicio bajo análisis, la compañía adquirió el compuesto "X", tanto de su vinculada Químicos S.A., como de las empresas independientes A, B y C, según se muestra en el cuadro a continuación:

Compañía	Cantidad (Kg)	Precio unitario (US\$/Kg)	Días de Financiamiento
Químicos S.A.	21,000	2.26	180
Químicos S.A.	20,000	2.15	180
Químicos S.A.	19,500	2.15	180
Compañía A	20,000	2.13	120
Compañía B	20,000	2.13	90
Compañía C	18,000	2.35	120

Luego de evaluar las condiciones de la operación, se determinó que la principal diferencia entre las operaciones controladas y las no controladas, consiste en los plazos de financiamiento recibidos de cada proveedor. En efecto, como se aprecia en el cuadro previo, las compras realizadas a partes vinculadas fueron a plazos de 180 días, en tanto que las compras a terceros se realizaron a plazos de 90 y 120 días.

En este sentido, resultaría posible aplicar el Método de Precio comparable No Controlado (CUP), en su versión interna, dado que se dispone de información suficiente y confiable para realizar los ajustes necesarios para eliminar las diferencias identificadas, y, de esta manera, incrementar la comparabilidad del análisis.

Debido a que en el caso de las compras del Compuesto "X", la Compañía estaría recibiendo financiamiento de sus proveedores independientes, los precios de adquisición generan cuentas por pagar y, consecuentemente, tendrían un interés implícito como consecuencia de dicho financiamiento. Por lo tanto, a fin de incrementar la comparabilidad entre los precios pactados en las operaciones controladas (al contado) y los pactados con empresas independientes (a crédito), se realizará un ajuste para eliminar los intereses implícitos del precio de venta de cada proveedor.

Formula 1:

$$\text{Ajuste de cuentas por pagar} = \frac{\text{Tasa de Interés} * \text{CP}}{1 + \frac{\text{Tasa de Interés} * \text{DP}}{365}}$$

Donde,

CP = Cuentas por pagar.

DP = Días de cuentas por pagar y se calcula así:

Formula 2:

$$DP = \frac{CP * 365}{\text{Costo de mercadería}}$$

Despejando CP de la Fórmula 2 (Cabe indicar que DP es un dato conocido en todos los casos), la Fórmula 1 puede reescribirse de la siguiente forma:

$$\text{Ajuste de Cuentas por pagar} = \frac{\text{Tasa de Interés} * (DP/365) * \text{Costo de mercadería}}{1 + \text{Tasa de Interés} * (DP/365)}$$

De este modo se calculó el financiamiento implícito recibido por la DESA de sus proveedores en cada una de las operaciones de compra; éste se dedujo de los precios de compra, en cada caso, a fin de comparar precios ajustados. A continuación se muestran los resultados:

Compañía	Cantidad (Kg)	Precio unitario (US\$/Kg)	Días de Financiamiento	Ajuste CxP (US\$/Tn)	Precio Unitario Ajustado (US\$/KG)
Químicos S.A.	21,000	2.26	180	0.1	2.16
Químicos S.A.	20,000	2.15	180	0.1	2.05
Químicos S.A.	19,500	2.15	180	0.1	2.05
Compañía A	20,000	2.13	120	0.06	2.07
Compañía B	20,000	2.13	90	0.05	2.09
Compañía C	18,000	2.35	120	0.07	2.28

A partir de los precios ajustados se obtiene el siguiente rango intercuartil (en US\$/Kg):

Cuartil Inferior	Mediana	Cuartil Superior
2.08	2.09	2.18

El precio promedio de las compras al proveedor vinculado en el ejercicio bajo análisis fue de US\$ 2.09 por Kg, resultado que se encuentra dentro del rango intercuartil de precios comparables ajustados.

❖ **Cantidades negociadas**

Nuestra legislación establece que respecto a las cantidades negociadas es necesario que se realice un ajuste sobre la base de la documentación de la empresa vendedora u otra parte independiente, a partir de la cual se desprenda la utilización de descuentos o bonificaciones.

En dicho contexto, se postula un caso hipotético que expone el ajuste bajo comentario desde una perspectiva práctica

Descripción del Negocio: Lácteos S.A. (en adelante LASA) es una compañía peruana cuya actividad principal consiste en la producción y comercialización de productos lácteos.

La empresa realiza exportaciones de productos lácteos a su compañía vinculada “Lácteos Brasil S.A.” (LABRAS) y también a otras compañías no vinculadas en Brasil.

El producto que LASA exporta es leche entera en polvo (LEP).

En el siguiente cuadro se resumen las características de las operaciones vinculadas y las no vinculadas:

Exportaciones de LEP a LABRAS	Exportaciones de LEP a compañías no vinculadas en Brasil
– Los productos se exportan en bolsas de 25kgs.	– Los productos se exportan en bolsas de 25kgs.
– Las exportaciones se realizan a lo largo del año, pero enfrentan una mayor demanda (que se traduce en mayores precios) durante el verano.	– Las exportaciones se realizan a lo largo del año, pero enfrentan una mayor demanda (que se traduce en mayores precios) durante el verano.
– Los volúmenes exportados son generalmente de 1000 toneladas por operación.	– Los volúmenes exportados son generalmente de 500 toneladas por operación.
– Condiciones comerciales: plazo de 30 días de pago	– Condiciones comerciales: plazo de 30 días de pago

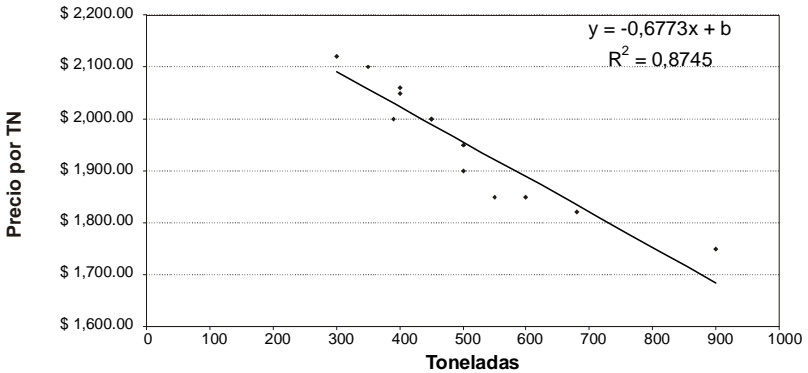
El cuadro siguiente, muestra el detalle de cada una de las operaciones (vinculadas y no vinculadas):

Producto	Compañía	Toneladas	Precio Unitario por Tonelada
LEP	No Vinculada	900	\$ 1,750.00
LEP	No Vinculada	600	\$ 1,850.00
LEP	No Vinculada	500	\$ 1,900.00
LEP	No Vinculada	680	\$ 1,820.00
LEP	No Vinculada	550	\$ 1,850.00
LEP	No Vinculada	500	\$ 1,950.00
LEP	No Vinculada	500	\$ 1,950.00
LEP	No Vinculada	450	\$ 2,000.00
LEP	No Vinculada	450	\$ 2,000.00
LEP	No Vinculada	400	\$ 2,050.00
LEP	No Vinculada	400	\$ 2,060.00
LEP	No Vinculada	390	\$ 2,000.00
LEP	No Vinculada	350	\$ 2,100.00
LEP	No Vinculada	300	\$ 2,120.00
LEP	LABRAS	1000	\$ 1,600.00
LEP	LABRAS	1000	\$ 1,600.00
LEP	LABRAS	1500	\$ 1,400.00
LEP	LABRAS	1500	\$ 1,400.00
LEP	LABRAS	800	\$ 1,700.00
LEP	LABRAS	800	\$ 1,700.00
LEP	LABRAS	1000	\$ 1,600.00

La evaluación de las operaciones permitió determinar que resulta posible aplicar el Método de Precio comparable No Controlado (CUP), en su versión interna, dado que se cuenta con información sobre exportaciones de LEP de la misma compañía, realizadas efectuadas con terceros independientes (comparables internos), con suficiente detalle para realizar los ajustes que puedan ser necesarios.

Debido a que los volúmenes transados en las operaciones controladas y no controladas difieren, se evaluará el impacto del volumen de venta sobre el precio, a fin de determinar si LASA otorga descuentos por volumen. Para ello se plantea una regresión econométrica simple, cuyos resultados se ilustran seguidamente:

Operaciones con Compañías Independientes



Luego de corroborarse la existencia de descuentos por volumen (según la relación expresada en el coeficiente -0.6773), se concluye que es necesario ajustar las diferencias en volumen de las operaciones para tornarlas comparables.

Para ello se estima el descuento individual sobre el precio de venta de cada una de las transacciones bajo análisis, en función del volumen de la operación. Los resultados se muestran en el siguiente cuadro:

Producto	Compañía	Toneladas	Precio Unitario por Tonelada	Descuento otorgado	Precio sin descuento (ajustado)
LEP	No Vinculada	900	\$ 1,750.00	\$ 610.00	\$ 2,362.00
LEP	No Vinculada	600	\$ 1,850.00	\$ 408.00	\$ 2,258.00
LEP	No Vinculada	500	\$ 1,900.00	\$ 340.00	\$ 2,240.00
LEP	No Vinculada	680	\$ 1,820.00	\$ 462.40	\$ 2,282.00
LEP	No Vinculada	550	\$ 1,850.00	\$ 374.00	\$ 2,224.00
LEP	No Vinculada	500	\$ 1,950.00	\$ 340.00	\$ 2,290.00
LEP	No Vinculada	500	\$ 1,950.00	\$ 340.00	\$ 2,290.00
LEP	No Vinculada	450	\$ 2,000.00	\$ 306.00	\$ 2,306.00
LEP	No Vinculada	450	\$ 2,000.00	\$ 306.00	\$ 2,306.00
LEP	No Vinculada	400	\$ 2,050.00	\$ 272.00	\$ 2,322.00
LEP	No Vinculada	400	\$ 2,060.00	\$ 272.00	\$ 2,332.00
LEP	No Vinculada	390	\$ 2,000.00	\$ 265.00	\$ 2,265.20
LEP	No Vinculada	350	\$ 2,100.00	\$ 238.00	\$ 2,338.00
LEP	No Vinculada	300	\$ 2,120.00	\$ 204.00	\$ 2,324.00
LEP	LABRAS	1000	\$ 1,600.00	\$ 680.00	\$ 2,280.00
LEP	LABRAS	1000	\$ 1,600.00	\$ 680.00	\$ 2,280.00
LEP	LABRAS	1500	\$ 1,400.00	\$ 1,020.00	\$ 2,420.00
LEP	LABRAS	1500	\$ 1,400.00	\$ 1,020.00	\$ 2,420.00
LEP	LABRAS	800	\$ 1,700.00	\$ 544.00	\$ 2,244.00
LEP	LABRAS	800	\$ 1,700.00	\$ 544.00	\$ 2,244.00
LEP	LABRAS	1000	\$ 1,600.00	\$ 680.00	\$ 2,280.00

Precio promedio controlado ajustado	\$ 2,336.00
-------------------------------------	-------------

Cuartil Inferior	Mediana	Cuartil Superior
\$ 2,269.50	\$ 2,298.00	\$ 2,323.50

El análisis muestra que las operaciones celebradas con partes vinculadas, no se encuentran alejadas sustancialmente de los precios de mercado.

❖ **Propaganda y publicidad**

Conforme se establece en nuestra legislación, cuando el precio de los bienes, servicios o derechos adquiridos incluye un monto adicional por propaganda, publicidad o promoción, el precio podrá exceder al de otra parte que no asuma dicho gasto, hasta el monto pagado, por unidad de producto y por este concepto.

Sin embargo, se deberá tener presente la finalidad de la propaganda y publicidad por lo siguiente:

Si aquélla está vinculada al nombre o marca de la empresa, entonces los gastos deben ser prorrateados entre todos los bienes, servicios o derechos venidos en el país, en función de las cantidades y respectivos valores de los bienes, servicios o derechos.

Si está referida a un producto específico, entonces el prorrateo deberá realizarse en función de las cantidades del producto.

Ello ocurrirá cuando Y hubiera acordado con X que ella se encargaría de promocionar el producto en su país, adquiriría las computadoras como mercadería, por lo cual, para venderlas Y promocionará las mismas. El menor precio pagado por Y, tendrá su justificación en tanto Y tenga que promocionar con sus recursos propios el producto de X.

❖ **Costo de intermediación**

En nuestra legislación si se emplean datos de una empresa que incurre en gastos de intermediación en la compra de bienes, servicios o derechos y cuyo precio resultara comparable para una empresa comprendida en el ámbito de aplicación de los precios de transferencia y que no está sujeta al referido cargo, entonces el precio del bien, servicio o derecho de esta última podrá exceder al de la primera, pero hasta el monto correspondiente a ese cargo.

❖ **Acondicionamiento**

Conforme a la normatividad interna, los precios se deben ajustar considerando las diferencias de costos de los materiales utilizados en el acondicionamiento del bien materia de la transacción, así como el flete y seguro que inciden en cada caso concreto.

❖ **Naturaleza física y de contenido**

En aplicación de la normatividad interna, los precios deben ser ajustados en función de los costos relativos a la producción del bien, la ejecución del servicio o de los costos referidos a la generación del derecho; ello cuando se está ante bienes, servicios o derechos comparables.

8. RATIOS DE RENTABILIDAD USUALMENTE CONSIDERADOS POR LAS ADMINISTRACIONES TRIBUTARIAS PARA AJUSTAR LOS RESULTADOS A CONDICIONES DE COMPETENCIA

Los estados financieros de las empresas constituyen información valiosa al momento de determinar los precios de transferencia. Su interpretación es con frecuencia una labor de especial cuidado, por cuanto su resultado nos permite otorgar un mayor sentido a los análisis que se estén llevando a cabo, sobre todo porque nos entregan datos comparativos o relativos de especial importancia.

En este sentido, los indicadores por excelencia, son los del nivel de rentabilidad, aplicados en los diferentes campos de las finanzas y el análisis de negocios. Estos nos muestran la eficacia con que la dirección de una empresa genera utilidades sean éstas sobre las ventas, los activos o sobre la inversión de los accionistas del negocio.

Así, los indicadores de rentabilidad se encargan de medir la efectividad de la administración de las empresas para controlar costos y gastos, transformando las ventas en utilidades, convirtiéndose en un instrumento que permite al inversionista analizar la forma como se generan los retornos de los valores invertidos en la empresa, mediante el grado de rentabilidad del patrimonio y del activo del negocio.

Bajo este criterio, los indicadores de nivel de rentabilidad, constituyen los ratios que posibilitan la medición de las utilidades ganadas en una compañía en relación a los costos incurridos y a los recursos empleados en el proceso productivo.

De esta manera, la elección de uno u otro indicador, dependerá del tipo de

función que desarrolle la compañía bajo análisis de las circunstancias económicas de la transacción a analizar, así como de la confiabilidad de información disponible existente de las compañías comparables.

Sobre los indicadores de rentabilidad las Directrices de la OCDE nos refieren que los márgenes netos deben utilizarse cuando se aplique el Método del Margen Neto Transaccional, recomendando que:

“el margen neto de utilidad relativo a una base adecuada (por ejemplo costos, ventas, activos) obtenida por un contribuyente en una transacción controlada, debe ser examinado.”

Teniendo ello presente, los indicadores de rentabilidad más utilizados por las Autoridades Fiscales (incluyendo la normativa internacional de la OCDE) para ajustar los resultados alejados de las condiciones de libre competencia son:

- a) El margen operativo sobre ventas,
- b) El ratio de costo adicionado,
- c) El ratio de retorno sobre activos operativos, y
- d) El ratio de Berry.

Atendiendo a ello, nuestra legislación ha previsto en el artículo 113º del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta los márgenes que pueden ser utilizados a efectos de establecer los precios de transferencia entre empresas vinculadas.

Numeral 6 del Artículo 113º del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta -Método de Valoración más apropiado. Método del Margen Neto Transaccional

Los márgenes netos podrán estar basados, entre otras, en las siguientes relaciones:

- (i) Utilidades entre ventas netas.*

Generalmente útil en prestaciones de servicios y operaciones de distribución o comercialización de bienes.

- (ii) Utilidades entre costos*

Generalmente útil en operaciones de manufactura, fabricación o ensamblaje de bienes.

...

Para efecto de aplicación del método de valoración más apro-

piado, los conceptos de costos de bienes y servicios, costo de producción, utilidad bruta, gastos y activos se determinarán con base a lo dispuesto en las Normas Internacionales de Contabilidad, siempre que no se oponga a lo dispuesto en la Ley.

8.1. Principales indicadores de rentabilidad

Los principales indicadores de rentabilidad son:

- Margen bruto sobre Ventas
- Margen bruto sobre Costos
- Margen Operativo sobre Ventas
- Margen Neto sobre Costos Totales
- Retorno sobre Activos Operativos
- Ratio de Berry

Margen Bruto sobre Ventas

$$\frac{\text{Utilidad Bruta}}{\text{Ventas}}$$

El margen bruto sobre las ventas constituye la razón financiera que mide la rentabilidad relativa de las ventas de una empresa después de deducir el costo de venta, revelando así la gestión de la dirección de la empresa en cuanto a la toma de decisiones referente al precio de los productos a la venta controlando igualmente la política sobre los costos de producción.

Margen Bruto sobre Costos

$$\frac{\text{Utilidad Bruta}}{\text{Costo de Ventas}}$$

Esta razón es utilizada generalmente para analizar operaciones de manufactura, fabricación y prestaciones de servicios, cuando hay similitud de funciones.

Margen Operativo sobre Ventas

$$\frac{\text{Utilidad Operativa}}{\text{Ventas}}$$

Donde: Utilidad Operativa = Utilidad Bruta - Gastos Operativos

A través de esta comparación el analista financiero tiene la posibilidad de observar si el negocio es o no rentable en términos económicos, al margen de la forma como se ha financiado el proyecto.

Así, mediante el margen operativo sobre las ventas se mide la utilidad obtenida después de deducir el costo de ventas y los gastos operativos.

Margen Neto sobre Costos Totales o Margen de Costo Adicionado

$$\frac{\text{Utilidad Operativa}}{\text{Costos y Gastos}}$$

El Margen de Costo Adicionado es frecuentemente utilizado en corporaciones que se dedican a las actividades de prestación de servicios o a la prestación de servicios de ensamblaje, asimismo, es empleada en análisis de precios de transferencia, para medir los niveles de utilidad de empresas pertenecientes a la industria maquiladora, y a las actividades de manufactura cuando estas se deben medir como una proporción de las utilidades sobre costos y gastos.

Retorno sobre Activos Operativos

$$\frac{\text{Utilidad Operativa}}{\text{Total de Activos Operativos}}$$

Donde: Activos Operativos = Total de Activos - Caja - Inversiones

Total de activos = Cuentas por cobrar, inventarios, etc.

Esta razón se aplica generalmente cuando es claro que la empresa obtiene sus retornos fundamentalmente del uso de sus activos.

Ratio de Berry

$$\frac{\text{Utilidad Bruta}}{\text{Gastos de comercialización + Gastos de administración}}$$

El origen de este ratio se produjo cuando Charles Berry, profesor de economía de la Universidad de Princeton, intervino a pedido de la Administración Tributaria de Estados Unidos (IRS), en la evaluación de hechos económicos relacionados a la disputa entre el laboratorio químico más grande del mundo: E.I. DuPont de Neumours Co. de Wilmington, Delaware (DuPont); y la Administración, a fines de los años 60.

El caso se presentó de la siguiente manera:

En el mercado americano, el éxito de la empresa radicaba en sus técnicas de ventas y en las actividades de soporte de ventas indirectas, las mismas que no podían ser efectuadas por distribuidores europeos.

Es entonces cuando la tesorería de la empresa emitió un memorándum al comité buscando la posibilidad de neutralizar el riesgo de inversión europea mediante el uso de una compañía profit-sanctuary. El memorándum explicaba que dicha compañía (domiciliada en un país de menor o nula imposición a la renta) es principalmente útil para acumular rentas de inversión en el extranjero sin la incidencia de impuestos estadounidenses.

La utilidad que se preveía con la operación oscilaba alrededor de los \$30 millones de dólares al año, antes de impuestos a la renta, de los cuales, una parte se encontraría libre de impuestos a través de la compañía profit-sanctuary.

La evidencia mostraba que el memorándum era la extensión de un estudio que el departamento de tesorería había empezado a comienzos de Agosto de 1957, examinando la pregunta de *“si sería factible, desde el punto de vista contable y tributario de la compañía, transferir bienes a una subsidiaria a un país de menor o nula tributación, a precios menores que a los que se transfieren a otras subsidiarias o Departamentos Industriales, generando fondos para la inversión”*.

Siendo así y mientras el Juez y la Corte de Reclamos encontraron que los principales propósitos de organizar la nueva entidad extranjera eran comerciales por naturaleza, también encontraron que las potenciales ventajas tributarias debían ser consideradas.

Como resultado del análisis del tesorero de la compañía, se propuso una metodología de precios que arrojaba como resultados una repartición del 25% y 75% entre Dupont y DISA. El abogado de impuestos que había sido contratado para asesorar a Dupont, había recomendado una repartición de utilidades del 10% y 90%.

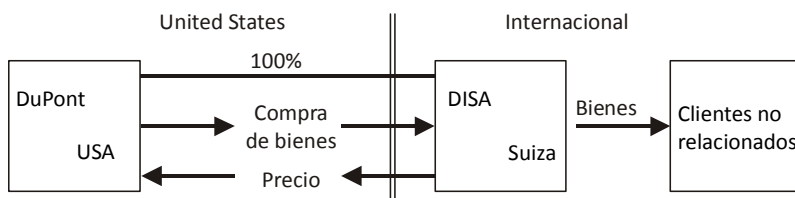
El Juez encontró que DISA desempeñaba muchas funciones comercialmente beneficiosas.

El modelo del caso es ilustrado en el gráfico esbozado en las líneas siguientes. Después de la evaluación, el Servicio propuso una deficiencia basada en el desarrollo de los márgenes obtenidos por compilaciones estadísticas.

Al evaluar los márgenes obtenidos por DISA, la Corte de Reclamos concluyó que no existían transacciones no controladas que pudieran ser

utilizadas como directrices y aplicar el método del precio de reventa.

Dupont presentó el testimonio de tres testigos (2 economistas y un consultor de negocios), quienes indicaron que la repartición de utilidades era la apropiada, pero después del interrogatorio, ellos reconocieron que en dicha repartición se asumía que DISA tomaba un riesgo empresarial significativo.



Finalmente, la Corte de los Estados Unidos, concluyó que los precios cobrados a DISA fueron establecidos en su totalidad sin considerar factores que normalmente se toman en cuenta al establecer un precio de libre competencia y habría sido pura coincidencia si dichos precios hubieran resultado ser equivalentes a precios de mercado. Este no es uno de esos casos en el que el contribuyente intenta, como mejor puede, establecer precios entre compañías sobre una base del principio de Libre Competencia, y luego va en contra de un IRS que discrepa en detalle con el cálculo. DuPont nunca hizo ese esfuerzo.

Siendo así, la Corte solicitó a Charles Berry, uno de los testigos del gobierno, determinar el precio de libre competencia que debería haberse pactado entre DuPont y DISA. Era importante considerar, que DISA no era un típico distribuidor, y que desarrollaba una combinación de funciones incluyendo investigación de mercado, marketing y publicidad, logística y algunas funciones contables.

Para evaluar los retornos que podrían ser generados por compañías comparables independientes, Berry evaluó las actividades de DISA separadamente.

En el análisis referente a investigación de mercados y consultores de gestión, comparó el ratio de utilidad bruta sobre gastos operativos de DISA con el ratio de ingresos totales sobre costos totales de servicios de terceros independientes.

En cuanto al análisis referente a los servicios de publicidad, comparó el ratio de utilidad bruta sobre los gastos operativos de DISA con el ratio de comisiones pagadas, que pueden ser consideradas similares a la utilidad bruta, sobre los costos operativos de agencias de publicidad.

Para el caso de la función de distribución, se comparó el ratio de utilidad bruta sobre los gastos operativos con el ratio de utilidad bruta menos intereses e ingresos extemporáneos sobre costos operativos (sin considerar costos por intereses y depreciación).

Es así que el ratio de utilidad bruta sobre gastos operativos fue posteriormente conocido como ratio de Berry, en honor a Charles Berry.

Siendo que, el análisis de Berry reveló que DuPont había compensado a DISA por sus servicios, a un nivel significativamente superior al que se hubiera pactado en términos de libre competencia.

En consecuencia, este caso representa uno de los pocos, relacionados a precios, que ha sido en efecto, una completa victoria para el gobierno americano.

En este sentido el ratio de Berry es usado para empresas que prestan servicios así como para distribuidores rutinarios o “puros” y se puede pensar como el establecimiento de un margen (mark up) sobre los gastos operativos. Aplicando precisamente la misma lógica, este ratio también podría ser usado para testear si las empresas que prestan servicios han ganado suficiente margen de gastos operativos.

En esencia, el ratio de Berry implícitamente asume que existe una relación entre el nivel de gastos operativos y el nivel de utilidad bruta obtenida por distribuidores rutinarios y proveedores de servicios.

Aunque el ratio de Berry es conceptualmente una simple medida de rentabilidad, es probablemente uno de los ratios mal empleados en el contexto de análisis de precios de transferencia, esto se debe primordialmente a la falta de entendimiento de sus limitaciones al evaluar diferentes tipos de compañías.

El ratio de Berry no puede ser aplicado para distribuidores integrados (distribuidores que también desarrollan funciones de manufactura).

En muchos casos en los que Estados Unidos y otra jurisdicción de la OCDE están envueltos, los contribuyentes a menudo usan el “modificado” método del precio de reventa o el método del costo incrementado para testear márgenes que obtienen distribuidores o proveedores de servicios respectivamente, y para corroborar su análisis hacen uso del CPM o TNMM. Por ejemplo cuando información transaccional no se encuentra disponible para los análisis, los lineamientos de la OCDE dan la opción de usar métodos “modificados”, los cuales hacen uso de compañías externas potencialmente comparables.

Específicamente, el párrafo de los lineamientos de la OCDE sostiene:

“the only profit methods that satisfy the arm’s length principle are those that are consistent with the (profit - Split methods) or the transactional net margin method as described in this guidelines...in particular, the so - called “comparable profits method” or “modified cost plus / resale price methods” are acceptable only to the extent that they are consistent with this guidelines”.

“los únicos métodos basados en utilidades que satisficen el principio libre competencia son aquéllos que son compatibles con el método de distribución de utilidades o el método de margen neto transaccional como están descritos en estas Directivas ...en particular, el así - llamado “método de utilidades comparables” o “métodos de costo incremento o precio de reventa modificados” son aceptables sólo para el grado que ellos son compatibles con estas directrices” (traducción libre).

9. CONCLUSIONES

Conclusiones Capítulo 1

Los precios de transferencia son aquellos fijados por empresas o grupos vinculados en transacciones entre ellos, o, de acuerdo con nuestra legislación, los establecidos en operaciones desde, hacia o a través de los países o territorios de baja o nula imposición. Estos precios pueden ser distintos de los precios de competencia fijados por empresas independientes actuando en condiciones similares.

La principal razón por la que la normatividad y la administración tributaria analizan de manera particular los precios de transferencia, radica en la posibilidad que éstos sean utilizados para reducir o minimizar el impacto tributario en sus negocios, trasladando sus utilidades a jurisdicciones o entidades de menor imposición.

Ante esta perspectiva, en la que se desdibujan las fronteras y la soberanía de los Estados, el control fiscal de los precios de transferencia representa un hecho que las Administraciones Tributarias no pueden pasar por alto, ya que se contraponen el interés fiscal del Estado en proteger su recaudación tributaria contra el interés de las empresas que persiguen formas mucho más óptimas de operar en sus transacciones más complejas, ganando mayor rentabilidad en sus negocios, disminuyendo el impacto tributario.

Bajo este escenario, la importancia de una adecuada regulación y aplicación de los precios de transferencia se encamina justamente a crear elementos

suficientes para verificar de manera efectiva que las operaciones de los implicados en una conducta con efectos tributarios sean reales y se apeguen a las circunstancias que en el momento fueron determinantes al celebrar un acto por debajo de sus estándares normales o al contratar un servicio.

Asimismo, dado el grado de complejidad de esta materia y su potencial efecto en la recaudación tributaria, resulta necesario que tanto la Administración Tributaria (SUNAT) como el sector privado posean una adecuada capacitación sobre el tema, a fin de evitar, por un lado, la merma de la recaudación nacional, y, por otro, la generación de contingencias tributarias que pueden desincentivar la inversión en nuestro país. Por otro, para obtener niveles óptimos de recaudación o riesgo tributario proveniente de las normas de precios de transferencia, la Administración Tributaria deberá contar con un perfil profesional multidisciplinario de sus auditores, quienes deberán comprender, entre otros, materias como la ingeniería y la microeconomía.

Conclusiones Capítulo 2

Las normas de precios de transferencia, de acuerdo a la legislación nacional, se aplican en dos tipos de transacciones:

- a. Entre partes vinculadas.
- b. Desde, hacia o a través de países o territorios de baja o nula imposición, también conocidos como paraísos fiscales.

La OCDE establece como elementos configurantes de vinculación al capital, la dirección y el control, los cuales han sido plasmados en la normatividad tributaria peruana en diversos supuestos, tales como, una propiedad común del 30% o más de varias empresas, una dirección financiera y/o comercial común, una relación de nivel de ventas superior al 80% que tenga como correlativo un nivel de compras del 30%.

En relación a los países o territorios de baja o nula imposición, la normatividad del Impuesto a la Renta peruano ha definido estas figuras (paraíso fiscales) mediante una fórmula mixta; por un lado, ha dado una definición que abarca una gran cantidad de supuestos; y, por otro, ha establecido un listado que no es taxativo, es decir, en caso alguna jurisdicción califique dentro de la definición del Reglamento, pero no esté en el listado, las transacciones que se realicen desde, hacia o a través de estos territorios o países estarán sujetas a las reglas de los Precios de Transferencia.

Conclusiones Capítulo 3

Las reglas de los precios de transferencia no se aplican a todas las transacciones entre partes vinculadas y las ocurridas desde, hacia o a través de países o territorios de baja o nula imposición, también conocidos como paraísos fiscales. La Ley y el Reglamento del Impuesto a la Renta han previsto dos tipos de reglas para determinar el ámbito de aplicación de estas regulaciones. La primera es una regla general, que indica que los precios de transferencia serán aplicables a supuestos en los cuales la valoración convenida por las transacciones señaladas pueda determinar un pago del impuesto a la renta inferior en el país. La segunda, hace referencia a supuestos específicos: operaciones internacionales, operaciones entre empresas vinculadas domiciliadas en las que una de las partes ha tenido pérdida tributaria en algunos de los últimos 6 ejercicios o goce de algún beneficio tributario o haya celebrado un convenio de estabilidad tributaria.

Conclusiones Capítulo 4

El principio de la libre competencia constituye un parámetro internacional que los países miembros de la OCDE, así como un número creciente de otros países del mundo, han adoptado para la evaluación de los precios de transferencia de bienes, servicios, y demás prestaciones entre empresas relacionadas; como un medio para asegurar que se asigne a cada país o territorio la materia imponible que le corresponde, evitando al mismo tiempo que se produzcan entre ellos problemas de doble tributación internacional.⁵⁵

Este principio plantea que cuando las empresas independientes transan entre sí las condiciones de sus relaciones comerciales y financieras normalmente son establecidas por las fuerzas del mercado, las mismas que normalmente establecen una oposición de pretensiones entre las partes, dado que ambas intentarán optimizar su rentabilidad. Sin embargo, cuando las empresas vinculadas transan entre sí, sus relaciones comerciales y financieras pueden no estar influenciadas por las fuerzas externas del mercado de la misma forma que las no vinculadas. Ante tal situación, para efectos tributarios, se ajustará el valor de las operaciones entre empresas vinculadas para corregir las distorsiones originadas por la relación existente entre ellas.

De acuerdo a lo señalado en las Guías de la OCDE, la aplicación del princi-

⁵⁵ Los miembros originales de la OCDE desde 1961 son: Austria, Bélgica, Canadá, Dinamarca, Francia, Alemania, Grecia, Islandia, Italia, Luxemburgo, Holanda, Noruega, Portugal, España, Suecia, Suiza, Turquía, el Reino Unido y los Estados Unidos. Posteriormente los siguientes países se convirtieron en miembros por adhesión: Japón (1964), Finlandia (1969), Australia (1971), Nueva Zelanda (1973), México (1994), La República Checa (1995), Hungría (1996), Polonia (1996), Corea (1996), la República Eslovaca (2000).

pio de plena competencia se basa generalmente en la comparación de las condiciones de una operación vinculada, con las condiciones de las operaciones entre empresas independientes. Dicha comparación se deberá hacer respecto de una transacción concreta y particular.

La aplicación del principio de libre competencia supone que las operaciones analizadas se dan en un mercado abierto, de libre competencia.

Conclusiones Capítulo 5

Para la correcta determinación del precio de transferencia, hace falta contar con una adecuada: a) calificación de la naturaleza de la operación materia de análisis (saber qué operación se está analizando, a pesar del nombre de los contratos); b) selección del método de valoración idóneo según las normas vigentes y naturaleza de la operación; y, c) aplicación del método seleccionado.

En relación a la selección del método de valoración, según la Ley del Impuesto a la Renta, se deberá aplicar aquél que mejor refleje la realidad económica de la operación materia de análisis.

Respecto a los métodos para determinar los precios de transferencia, encontramos dos grupos:

Los basados en las operaciones y transacciones, que parten de la comparación de las operaciones comparables del propio contribuyente con sujetos no vinculados y ante la ausencia de éstas se recurre al mercado (operaciones comparables entre sujetos no vinculados entre sí).

Los que dividen la utilidad de los negocios en función a los riesgos e inversiones que cada empresa vinculada realice.

De acuerdo a lo dispuesto por los lineamientos de la OCDE, los métodos tradicionales deben ser preferidos a aquellos basados en utilidades, debido a que constituyen un medio más directo y veraz de establecer si las condiciones, en una relación comercial o financiera entre empresas vinculadas, respetan el principio de la libre competencia.

Se debe tener en cuenta que una incorrecta selección del método o una inadecuada aplicación del mismo, dará como resultado resultados equivocados, cuya materialidad dependerá de cada caso.

Conclusiones Capítulo 6

La comparabilidad de los valores a efectos de determinar los precios de

transferencia, consiste en analizar las operaciones por las cuales se establece el precio, tratando de determinar las diferencias y semejanzas entre ellas, de tal manera que podamos comparar el precio establecido entre partes vinculadas y aquél originado entre terceros no vinculados bajo las mismas circunstancias; por ello, es de suma importancia la información brindada sobre estos aspectos (debe ser fiable), de lo contrario el estudio de los precios de transferencia no será el más adecuado.

Se entienden como operaciones comparables aquéllas en las que existiendo diferencias, éstas no afectan materialmente las condiciones analizadas en la metodología o, en todo caso, que se pueden realizar los ajustes necesarios para eliminar sus efectos.

Para determinar si dos operaciones son comparables, se deberán analizar las características de los activos o de los servicios, las funciones desempeñadas por las empresas, las cláusulas contractuales, las circunstancias económicas de las partes; y, las estrategias que cada parte persiga.

Conclusiones Capítulo 7

Una vez que se efectúen las comparaciones entre sujetos y operaciones iguales o similares, y establecido que el valor fijado por las partes vinculadas para determinada transacción difiere del valor de mercado, sea porque han sido sobrevaluadas o subvaluadas, la SUNAT podrá efectuar los ajustes necesarios, tanto para el transferente como para el adquirente de los bienes o servicios.

Cuando se realice un ajuste a una operación entre sujetos vinculados, siendo uno de ellos domiciliado y el otro no domiciliado, se realizará el ajuste al sujeto domiciliado, ya sea para ajustar su gasto o la retención del Impuesto a la Renta (correspondiente al sujeto vinculado no domiciliado) que debió realizar por la operación.

El ajuste surte efecto tanto para el transferente como para el adquirente cuando ambos se encuentran domiciliados en el país y se imputará al ejercicio gravable en el que se realizaron las operaciones con la parte vinculada, afectando la determinación del Impuesto a la Renta (no los pagos a cuenta) y el IGV.

Cuando se trata de una operación internacional, se puede aplicar un ajuste “correlativo” que consiste en un ajuste de la deuda tributaria de la empresa vinculada establecida en una segunda jurisdicción fiscal (Estado B) -efectuado por la administración tributaria de esa jurisdicción-, para tener en cuenta el ajuste primario realizado por la administración tributaria de la primera jurisdicción (Estado A), con el fin de obtener un reparto coherente

de los beneficios entre los dos países. Cabe indicar que, salvo la existencia de convenios sobre la materia, la administración tributaria de la segunda jurisdicción fiscal no está obligada a aceptar el ajuste.

Como consecuencia del ajuste correlativo, surge el llamado “ajuste secundario”, que permite tratar desplazamiento de fondos que exceden el valor de mercado, como un dividendo encubierto o como una distribución encubierta de beneficios en el seno del grupo económico.

Conclusiones Capítulo 8

En torno a los ratios de rentabilidad que son utilizados por las administraciones tributarias para ajustar los resultados de empresas vinculadas a condiciones de competencia, se debe señalar que son los indicadores por excelencia del nivel de rentabilidad y nos muestran la eficacia con que la dirección de una empresa genera utilidades, sean éstas sobre las ventas, los activos o sobre la inversión de los accionistas del negocio.

Bajo esta premisa, los indicadores de nivel de rentabilidad constituyen los ratios que posibilitan la medición de las utilidades ganadas en una compañía en relación a los costos incurridos y a los recursos empleados en el proceso productivo.

Al respecto la OCDE ha trazado una posición, estableciendo incluso cuáles son los ratios a utilizar dependiendo de la circunstancia.

Los indicadores de rentabilidad más utilizados por las autoridades fiscales (incluyendo la normativa internacional de la OCDE) para ajustar los resultados alejados de las condiciones de libre competencia son:

El margen operativo sobre ventas

Que mide la relación entre la utilidad operativa y las ventas. Mediante este ratio se mide la utilidad obtenida después de deducir el costo de ventas y los gastos operativos.

El ratio de costo adicionado

Que es la relación entre la utilidad operativa y los costos y gastos. Es frecuentemente utilizado en corporaciones que se dedican a las actividades de prestación de servicios.

El ratio de retorno sobre activos operativos

Consiste en la relación entre la utilidad operativa y el total de activos operativos. Esta razón se aplica generalmente cuando es claro que la empresa obtiene sus retornos fundamentalmente del uso de sus ac-

tivos.

El ratio de Berry

Que mide la relación entre la utilidad bruta y los gastos de comercialización más los gastos de administración.