

# ***Ponencia General***

***RUDOLF RÖDER SANCHEZ***

## **I. PRESENTACIÓN**

Las jornadas del presente año, a diferencia de años anteriores, presentan a los asociados dos temas generales, que más que permitir profundizar en un aspecto tributario acotado, buscan abarcar una temática más extensa agrupada en torno a dos temas generales. En nuestro caso, el tema son los precios de transferencia.

Se han presentado 18 ponencias individuales, las cuales han cubierto un amplio espectro de temas. Algunos de estos temas se han centrado en temas jurídicos, discutiendo dispositivos legales, su tenor y sus posibles interpretaciones, incluyendo recomendaciones de derogaciones totales o parciales o de nuevas redacciones, en algunos casos inspirados en la legislación comparada y otras en propuestas de los ponentes individuales. Otras ponencias han abordado temas técnicos asociados con las herramientas, las limitaciones, las metodologías y la información disponible, que existen y que se le presentan al profesional, contribuyente o consultor, para acreditar que determinada transacción o grupo de transacciones cumplen con las reglas de valor de mercado.

Comoquiera que en el caso de Perú las normas de precios de transferencia no solamente tienen incidencia en la determinación del impuesto sobre la renta, los trabajos presentados han cubierto tanto temas relativos al impuesto a la renta y al impuesto general a las ventas, como a aspectos de derecho en general del Código Tributario y del derecho constitucional tributario.

Esta diversidad de temas plantea una dificultad sistemática en la presentación de una ponencia general, toda vez que más que agrupar las ideas planteadas en busca de un conjunto de propuestas y conclusiones, la ponencia general deberá dentro de las limitaciones de tiempo y espacio, presentar un abanico de temas y para aquellos que resultan más relevantes proponer temas de discusión y posibles conclusiones y recomendaciones.

Espero que la ponencia general acierte en presentar un acercamiento estructurado a los distintos temas tratados y haga justicia a los aportes presentados por los ponentes individuales.

## II. INTRODUCCIÓN

Conceptualmente, los precios de transferencia son parte de la tributación internacional. Surgen como parte de un esfuerzo colectivo realizado por las naciones con economías más globalizadas por defender su recaudación tributaria, en un contexto en el que las empresas multinacionales se encontraban en posición de transferir beneficios económicos de una jurisdicción con una legislación tributaria onerosa a otra jurisdicción menos onerosa a través del establecimiento de una política de precios intra-compañía que difiriera de una política de precios para con terceros.

Desde que los primeros esfuerzos normativos quedaron plasmados tanto en algunas normativas internas como, de manera más general, en el artículo 9 del Modelo de Convenio para evitar la doble imposición de la OCDE y en las guías para su implementación emitidas por el mismo organismo y denominadas de manera general “Guías sobre Precios de Transferencia para Empresas Multinacionales y Administraciones Fiscales”, la globalización de la economía se ha intensificado. No sólo se ha incrementado el volumen de las operaciones internacionales al interior de empresas multinacionales, sino que, ante una apertura cada vez mayor de los principales mercados y de muchas economías emergentes, estas empresas han comenzado a modificar sus modelos de negocios atendiendo a las ventajas comparativas que ofrecen los distintos mercados.

En ese sentido, los últimos años han visto un desplazamiento de los grandes centros de producción de bienes de Europa y Estados Unidos de América a jurisdicciones con ventajas comparativas asociadas a la producción y mercadeo. El caso más saltante es la China, que sobre la base inicialmente de costos de mano de obra reducidos y luego con el desarrollo de eficiencias de productividad notables, pasa a ser una de los principales centros de producción de bienes del mundo. La China, siendo la más saltante, no está sin embargo sola y existen muchas otras jurisdicciones en Asia y Latinoamérica que están incrementando su nivel de industrialización debido a su mayor cercanía a los recursos naturales que procesa, debido a políticas económicas estables, que originan que el riesgo de trasladar centros de producción a dichos mercados no sea percibido como muy oneroso, y también debido a un paulatino incremento de las condiciones económicas de sus mercados que los convierten en mercados finales interesantes.

Por su parte, las economías más desarrolladas están migrando su propio

modelo económico, pasando de ser economías preponderantemente industrializadas a economías que se basan fundamentalmente en la prestación de servicios y licenciamiento de tecnologías y otros intangibles. Esto origina que el control en aduanas de los precios de venta internacional de bienes sea cada vez menos eficaz para conservar la recaudación en los países más desarrolladas. Esto origina también que las administraciones tributarias de estas jurisdicciones se vean compelidas a evaluar con mayor diligencia operaciones otrora menos relevantes y que ahora constituyen el elemento principal de la generación de su producto bruto interno y, por ende, de su recaudación. Esto sin duda también está originando que estas jurisdicciones estén intentando asignar un mayor valor a los intangibles y a los servicios producidos en dichos territorios, en desmedro del valor de los procesos de producción mismo que se están trasladando al exterior, con el propósito de mantener su recaudación, por lo que las naciones emergentes deben estar atentas.

Si bien las naciones emergentes pueden establecer sus propios lineamientos de precios de transferencia y aplicarlos a los contribuyentes con nexos de conexión a sus jurisdicciones, si ellos no se encuentran alineados con los lineamientos de la otra jurisdicción, ello originará probablemente doble imposición. Esta posible doble imposición es un sobre costo que, aunque pueda ser justificado, le resta atractivo a la plaza receptora del capital extranjero. Por ello, es conveniente no sólo incrementar la red de convenios para evitar la doble imposición a efectos que cualquier ajuste planteado en el Perú contra una indebida carga económica trasladada a contribuyentes locales se refleje también en una disminución de la carga fiscal en el país de origen, reduciendo el riesgo de doble imposición, sino también el incluir en el modelo de negociación peruano la cláusula arbitral, que ante la ineficiencia del procedimiento de acuerdo mutuo reconocida ya por la OCDE, permita una eficiente solución a problemas de precios de transferencia en aplicación del artículo 9 del modelo.<sup>1</sup>

Los fenómenos económicos señalados, que incluyen la proliferación de tratados bilaterales y multilaterales para liberalizar el comercio, también están dando lugar a la movilización de funciones estratégicas de los negocios a jurisdicciones en los cuales se encuentran profesionales especializadas o con atributos específicos. No es extraño que multinacionales trasladen sus operaciones de financiamientos a jurisdicciones en las que se cuente con centros financieros especializados y mercados bursátiles im-

---

<sup>1</sup> Cabe señalar que en el sonado caso de GlaxoSmithKline, que importaba un posible ajuste de precios por transacciones entre la principal inglesa y su filial norteamericana, Estados Unidos de América y el Reino Unido se enfrascaron en una disputa sin solución en el procedimiento de acuerdo mutuo, lo que demostró la ineficacia de esta herramienta cuando el resultado de la disputa determina la pérdida de recaudación por un estado en beneficio del otro.

portantes. Tampoco lo es que trasladen sus funciones de apoyo de sistemas a lugares como la India, que cuenta con un número muy significativo de expertos en esta materia, de costo relativamente más bajo, y con un manejo del idioma inglés nativo, o que piensen en establecer su “call center” para servicio al cliente latino en el Perú, debido a que la pronunciación peruana del español es relativamente neutra.

Como se puede apreciar, los modelos de negocios de las multinacionales se están modificando fundamentalmente por razones distintas a las fiscales, por lo que es posible sostener que es un proceso inherente a la globalización y que continuará en forma sostenida en tanto el mundo siga dejando caer las barreras al intercambio comercial y financiero. Sin embargo, los análisis fiscales no son ajenos a ninguna decisión de negocios, por lo que la política fiscal peruana debe enfrentar un reto dual: por una parte se debe preservar la recaudación que corresponda a las actividades realizadas en el Perú por empresas multinacionales, pero por el otro debemos ser conscientes que en un contexto de movilización global de las funciones y riesgos de los negocios, el Perú puede ganar si aplica el régimen de una forma equitativa, sin los abusos que con tanta frecuencia comete la Administración. No es extraño que las naciones europeas hayan reducido en forma tan significativa en los años recientes sus tasas al impuesto a la renta de las empresas. Existe un alto riesgo que ante los altos costos operativos de estar en estas jurisdicciones, las empresas muevan sus funciones (plantas de producción, centros de investigación, etc.) a jurisdicciones más benignas en mercados emergentes, por lo que estas naciones están tratando de compensar esta situación con tasas corporativas más bajas, pero asegurando que todo el beneficio que corresponda a esa nación sea efectivamente gravado en ella en aplicación de las reglas de precios de transferencia.

Cabe señalar, finalmente, que nuevos vientos soplan en la OCDE en torno a la regulación de precios de transferencia. Si bien Perú no es miembro de la OCDE, por lo que los cambios en las Guías no tienen una influencia directa, la remisión de la Ley del Impuesto a la Renta a las Guías como fuente de interpretación podría originar que estos cambios tuvieran alguna incidencia en la aplicación de las normas existentes por parte de la Administración. Si bien ello podría considerarse una contravención al régimen constitucional peruano en tanto vulneraría el principio de legalidad,<sup>2</sup> este fenómeno ya se viene observando con la continua referencia de la Administración e incluso del Tribunal Fiscal a las normas internacionales de contabilidad (NICs) y normas internacionales de reporte de información

---

<sup>2</sup> Ver más adelante el análisis de los problemas constitucionales derivados de la aplicación de las normas de precios de transferencia, así como la ponencia individual de Cesar Gamba Valega.

financiera (NIIFs), pretendiendo que cambios en dichos estándares contables determinen modificaciones en la forma de determinar la base imponible del impuesto a la renta.

Los cambios más significativos que se vienen discutiendo en la OCDE están asociados al “principio de libre concurrencia”, que es el término utilizado para referirse al “arm’s length standard”, que durante años ha sido la columna vertebral de los precios de transferencia a nivel mundial y que constituye también el principio rector de nuestra legislación. En breve, el arm’s length standard prescribe que el precio de una operación entre empresas vinculadas debe ser evaluada con referencia a una operación similar realizada entre empresas no vinculadas. Si bien ese estándar tiene una serie de inconvenientes, algunos de los cuales son expuestos en las propias Guías, se ha considerado que es el que mejor permite una aproximación a la determinación del valor de mercado de una transacción intra grupo. Hoy se vienen discutiendo opciones alternativas, aunque con alcances limitados, que buscarían resolver los temas de precios de transferencia a través de una atribución de beneficios sobre la base de atribuciones proporcionales,<sup>3</sup> así como enfoques que se adhieran más a la sustancia de las operaciones, considerando, e.g. que hay operaciones entre afiliadas que son impensables entre terceros y donde cualquier intento de identificar una transacción comparable sería una ficción.

La exposición de los temas materia de las ponencias individuales que sigue a continuación ha sido agrupada para su presentación primero en atención al ámbito legislativo al que corresponden. Así, iniciaremos con la discusión de los temas constitucionales y de derecho tributario general, para continuar con los temas relativos específicamente al impuesto general a las ventas y finalmente al impuesto a la renta. Luego, al interior del análisis de los temas referidos al impuesto sobre la renta, se han agrupado por separado los temas asociados a los servicios intra grupo, que incluyen las operaciones financieras, las operaciones sobre intangibles, las operaciones de back-office y las operaciones a título gratuito, de las operaciones sobre bienes, tema que tiene resonancia en la determinación del valor de aduanas del derecho aduanero.

### **III. ASPECTOS CONSTITUCIONALES Y DE DERECHO TRIBUTARIO GENERAL**

#### **3.1. Aspectos Constitucionales**

---

<sup>3</sup> Este es el enfoque que la OCDE viene proponiendo para el caso de transacciones entre empresas y sus establecimientos permanentes, los cuales se atribuirían considerando el personal asignado a cada unidad considerando pesos distintos para funciones distintas.

Cuando se introduce en la normatividad tributaria alguna nueva institución, como lo fue el caso de los precios de transferencia, todos los primeros esfuerzos se enfocan en entender la nueva norma legal que le sirve de fundamento y, seguidamente, las normas reglamentarias que establecen sus características específicas y la forma de su implementación. Así, no es inusual que se soslaye el análisis constitucional de las disposiciones promulgadas, debido probablemente a que el contribuyente presume *prima facie* que una norma emitida por el Congreso cumple con los preceptos constitucionales que los miembros del Congreso han jurado cumplir.

Sin embargo, pudimos observar desde el Perú el proceso legislativo por el cual Colombia introdujo en su normativa tributaria las reglas de precios de transferencia. En dicho proceso, en una etapa inicial, se previó incluir una referencia en la ley a la aplicación de las Guías de la OCDE a efectos de determinar el cumplimiento de los contribuyentes colombianos con el principio de valor de mercado. Como parte del proceso de aprobación de la norma, dicha disposición debió ser revisada por el poder judicial para determinar su cumplimiento con la Constitución de Colombia y en ese proceso se determinó que, en esos términos, la norma no cumplía con la Constitución.

Si no por sistemática jurídica, este precedente justifica a todas luces la necesidad de revisar las normas sobre precios de transferencia a la luz de los preceptos constitucionales.

Para abordar los aspectos constitucionales que tienen incidencia en la aplicación de la normativa de precios de transferencia seguiremos esencialmente la presentación realizada por Cesar Gamba en su ponencia individual.

Al respecto, Cesar Gamba plantea con acierto que la normativa de precios de transferencia, en tanto versa y determina ajustes a la materia imponible, uno de los elementos esenciales del hecho imponible, es imperativo que ellas cumplan con el principio de legalidad o reserva de ley. Ello no implica, por su puesto, que toda la normativa deba estar contenida en normas de rango legal. Así, explica Gamba, tanto en lo que denomina “plano horizontal”, referido a la regulación de campos distintos del derecho tributario, como el “plano vertical”, el detalle de cada norma o concepto de derecho tributario, es posible que existan temas que sean abordados por normas de jerarquía inferior. Pero en la determinación de la materia imponible, sí debe prevalecer el principio de legalidad.

Lo anterior debe manifestarse, entre otros, en dos aspectos, el normativo y el administrativo. En el primer caso, señala Gamba, el régimen debe estar regulado suficientemente en normas con rango de ley a efectos de

evitar que las disposiciones reglamentarias sean las que finalmente decidan o cuantifiquen la base imponible. El plano administrativo debe eliminar cualquier posible actuación discrecional por parte de la Administración relativa a la cuantificación de la materia imponible.

En ese sentido, un primer cuestionamiento a la constitucionalidad del régimen estaría dado por la referencia en el penúltimo y último párrafos del artículo 32 del impuesto a la renta, a la posibilidad de establecer criterios de valorización para establecer el valor de mercado para otras transacciones distintas a las comprendidas en el citado artículo. Si bien el artículo 32 de la ley del impuesto sobre la renta no es propiamente parte de la normativa de precios de transferencia, coincidimos con el ponente en su apreciación.

Un segundo cuestionamiento realizado en la ponencia individual es el referido a la definición de partes vinculadas que tiene su asidero legal en el artículo 32(A)(e) de la ley del impuesto sobre la renta. En este sentido, se cuestiona que, en tanto la ley autoritativa establece el criterio de vinculación por propiedad, vinculación por administración y vinculación por control, como supuestos que originan que dos empresas sean consideradas como partes vinculadas para propósitos del régimen de precios de transferencia, el artículo 24 del reglamento ha incluido supuestos que difícilmente encajan en dichos supuestos. Ello originaría, según Gamba, que esta norma reglamentaria devenga en ilegal.

Al respecto, si bien nosotros compartimos la idea de que el reglamento no puede exceder lo dispuesto por la ley y que en algunos supuestos, como la vinculación por volumen de ventas y compras esto parecería estar ocurriendo, también se podría considerar que una importante interdependencia comercial puede significar, en algunos casos, que una empresa tiene control sobre la otra, especialmente en el tema de fijación de precios. No obstante, en la medida en que esta no es la regla, consideramos que, en efecto, aquellos supuestos del artículo 24 del reglamento que no encuadran en los tres supuestos del artículo 32(A)(e), no resultan de aplicación para la normativa de precios de transferencia, pudiendo, no obstante, tener efecto en otros aspectos de la ley.

La tercera objeción planteada por Gamba es relativa a la definición de los países que califican como países de baja o nula imposición, llamados también paraísos fiscales. Considera que, en la medida que al identificar a una jurisdicción como país de baja o nula imposición se está, automáticamente, incluyéndolo, por vía reglamentaria, al ámbito de aplicación. En efecto, si consideramos que el propio legislador consideró necesario incluir la definición de ámbito de aplicación en la ley, por tratarse de una definición que origina consecuencias inmediatas respecto de la determinación de la

base imponible del contribuyente, entonces el propio legislador debería conceder que, si a través de un cambio en el reglamento se pueden incluir operaciones en dicho ámbito, esta norma reglamentaria estaría trasgrediendo el principio de legalidad.

A diferencia del supuesto anterior, donde la norma reglamentaria claramente excede a su norma autoritativa, en este caso el tema materia de análisis es si la materia regulada por el reglamento, en tanto puede determinar que una transacción califique dentro del ámbito de aplicación de la normativa de precios de transferencia, corresponde a la ley o no. Al respecto, aun cuando la argumentación de Cesar Gamba tiene cierto mérito, tengo dificultades en aceptar que el reglamento no pueda establecer criterios para calificar a una jurisdicción como de nula o baja imposición. Sí consideraría, en cambio, que hay una violación de la norma legal si alguna de dichas jurisdicciones aplicara una imposición que no fuera baja o nula, que es el supuesto establecido por la ley. Sin embargo, el reglamento cuida, al establecer su definición general, de señalar que el requisito que debe cumplirse necesariamente es que la tasa nominal en la jurisdicción materia de análisis sea menor al 50% de la tasa peruana.

La cuarta objeción establecida por Gamba es la que se origina en la remisión establecida por el artículo 32(A)(h) de la ley del impuesto sobre la renta a las Guías de la OCDE para propósitos interpretativos. Su posición no es que tales Guías no puedan ser utilizadas como medio interpretativo sino la aparente preferencia que la norma legal establece para su utilización, la que, según Gamba, atentaría contra los principios de interpretación establecidos en el Título Preliminar del Código Tributario.

A este respecto, coincidimos con Cesar Gamba en que, la mera referencia a una fuente externa como posible fuente de interpretación para la norma interna no es una violación al principio de legalidad. Referencias similares han sido hechas anteriormente por el Código Tributario que, por ejemplo, incluye a la doctrina como fuente de derecho tributario.

El caso de la interpretación es, sin embargo, distinto al de la integración del derecho. En tanto las fuentes de derecho no vinculantes pueden ser utilizadas válidamente para interpretar un dispositivo legal, no pueden llenar vacíos legales. Este, sin embargo, no parece ser el caso del artículo 32(A)(h), que específicamente hace referencia a la función interpretativa y no de complementación.

Ahora bien, en relación a la aparente prelación que estaría estableciendo el artículo bajo análisis, nosotros consideramos que ello no es el caso. Más bien, consideramos que, en ausencia de una referencia en el Código Tributario a documentos de la naturaleza de las Guías, que podrían calificar



como doctrina, pero no lo son en estricto, era conveniente, para propósitos de asegurar una adecuada interpretación de la normativa de precios de transferencia, hacer esta inclusión. Entendemos que su valor interpretativo tendrá que ser aquilatado en cada caso puntual, siguiendo las reglas normales de interpretación, y en línea con lo anterior, también entendemos que por su grado de especialización, muchas veces será el elemento interpretativo al que se le asigne el mayor peso relativo por quienes aplican la norma, no porque lo establezca el artículo 32(A)(h) de la ley del impuesto sobre la renta, sino porque en el contexto se determine que esa interpretación llevará al sentido más apropiado de la norma interpretada.

Finalmente, la última objeción constitucional de Cesar Gamba está referida a la posible utilización de comparables secretos. Entendemos que la utilización de este tipo de comparables constituiría una clara violación del debido proceso administrativo y convenimos con el autor de la ponencia individual que esta norma sería inconstitucional.

### **3.2. Problemas en la definición del ámbito de aplicación**

Una de las novedades establecidas a partir del ejercicio 2004 fue la incorporación de artículo 32(A)(a) de la ley del impuesto sobre la renta que incluyó la noción del ámbito de aplicación. Este dispositivo estableció ciertos requisitos adicionales a la sola vinculación de tal manera que recién con su cumplimiento quedaba una empresa y transacción sujeta a las reglas de precios de transferencia.

La primera duda que se generó era la situación en la que quedaban las transacciones entre empresas vinculadas que, en virtud de lo establecido por el artículo 32(4) de la ley del impuesto sobre la renta, no estaban sujetas a las reglas de valoración establecidas en el citado artículo 32, pero que en virtud de la definición de “ámbito de aplicación” tampoco estaban gobernadas por el artículo 32(A) de la ley. Esta primera duda se zanjó cuando se estableció que ellas debían quedar comprendidas dentro del régimen general del artículo 32 y, por tanto, no escapaban del principio de aplicar el valor de mercado en sus transacciones.

En consecuencia, para una transacción cualquiera entre empresas vinculadas cabe uno de los siguientes escenarios:

- (1) La transacción está comprendida en el ámbito de aplicación, en cuyo caso, la transacción deberá reportarse, documentarse y deberá contar con un estudio de precios de transferencia, salvo que la Administración la exceptúe de alguna de las obligaciones formales. En ese sentido, deberá utilizar los métodos de precios de transferencia descritos en el artículo 32(A) de la ley del impuesto sobre la renta para justificar

el precio de sus transacciones con afiliadas y con empresas en paraísos fiscales.

- (2) La transacción no está comprendida en el ámbito de aplicación, en cuyo caso, no estará obligado a cumplir las obligaciones formales del artículo 32(A) de la ley del impuesto sobre la renta. Para justificar el precio de sus transacciones con empresas vinculadas no aplicará los métodos del artículo 32(A) sino aquéllas del artículo 32 de la ley del impuesto sobre la renta.

Por lo expuesto, en tanto la ley del impuesto sobre la renta contemple la obligación de realizar todas las transacciones a valor de mercado y mantenga la facultad de la Administración de ajustar cualquier transacción, sea entre vinculadas o no, la discusión sobre si una transacción cae dentro del ámbito de aplicación sólo determinará la aplicación de una metodología de valorización diferente y la sujeción al cumplimiento de obligaciones formales.

En este punto cabe cuestionarse si aun se justifica mantener en la ley del impuesto sobre la renta una norma que obligue a todos los contribuyentes, como principio general, de realizar sus transacciones a valor de mercado y que faculte a la Administración a ajustar el precio para comprador y vendedor cuando el éste difiere del valor de mercado.

Al respecto, Javier Luque señala en su ponencia individual que esta regulación carece de sentido, toda vez que el valor de mercado, por definición, se forma en la interacción libre entre comprador y vendedor. A esta línea de pensamiento también se adhieren otros ponentes aun cuando no se encuentra expresado necesariamente en estos términos en sus ponencias. Sin embargo, es conveniente recordar que el otrora artículo 31 de la ley del impuesto a la renta, el actual artículo 32, contenía el principio de realizar las transacciones de toda venta a valor de mercado desde muchos años antes de que los precios de transferencia hicieran su aparición en la escena tributaria local.

Aun cuando no existen documentos que expliquen las razones que tuvo el legislativo para incorporar esta regla en la ley del impuesto sobre la renta, parece razonable suponer que una primera preocupación pudieron haber sido las transacciones entre accionistas y empresa, los posibles dividendos en especie y algunas ventas de propiedades entre familiares. Ello sin embargo, no justifica la inclusión de todos los contribuyentes, ya que los anteriormente citados calificarían como relacionados o vinculados.

Nuestra interpretación es que en una economía tan pequeña como lo era la peruana hace unos 30 años, las transacciones entre no vinculados eran,

por regla general, transacciones entre conocidos, amigos, emparentados políticos u otras formas de vinculación no jurídica, pero no por ello menos estrecha. Podría ser que, en ese contexto, el legislador haya pensado en la conveniencia de proteger su recaudación ante lo que podrían haber sido arreglos entre estas partes no vinculadas jurídicamente, pero si afectivamente.

Como quiera que haya sido, vale la pena replantearnos hoy la conveniencia de mantener este dispositivo, toda vez que por definición todas las obligaciones entre terceros son a valor de mercado y que son justamente estas transacciones con terceros las que se usan en el contexto de los precios de transferencia como comparables válidos. En ese sentido, parece absurdo que una transacción entre terceros sea suficientemente buena para servir de comparable y justificar una transacción entre vinculados, pero no ser suficientemente buena para justificarse a si misma. Por lo demás, es evidente que la economía nacional a crecido lo suficiente como para pensar que las posibilidades de arreglos de precios entre terceros afines puedan ser una preocupación para la Administración.

En cuanto a la definición en si del ámbito de aplicación, varios ponentes han manifestado distintas preocupaciones relacionadas con la referencia en el artículo 32(A) al concepto de “cuando la valorización convenida hubiera determinado un pago del impuesto a la renta en el país inferior al que hubiere correspondido por aplicación del valor de mercado”, que es lo que se ha venido a llamar en la práctica “el perjuicio al fisco”.

Al respecto, Claudia Gonzáles plantea la conveniencia de eliminar tal referencia, siguiendo para ello el modelo de legislación de Colombia. De esta manera existiría certeza respecto de los casos en que se deben aplicar las reglas de precios de transferencia y se estaría sujeto a la duda, en casos límite, que podrían originar que años después de realizada la transacción se pudiera considerar o quedara en evidencia que hubo un perjuicio al fisco y se puedan aplicar sanciones.

Un ejemplo podría ser una operación de venta a plazos entre dos empresas perfectamente normales, sin pérdidas acumuladas, donde el valor de venta se encuentra por encima del valor de mercado y donde el vendedor comienza a experimentar pérdidas importantes a partir del año siguiente, en tanto el comprador se mantiene con resultados positivos. En este caso, la renta diferida excesiva del vendedor se absorbería con las pérdidas futuras y el comprador habría gozado de una mayor deducción, ya sea vía gasto, amortización, depreciación, o como un mayor costo de ventas, dependiendo del activo de que se trate.

Así, el perjuicio al fisco no era previsible, pero se dio a posteriori y podría

originar los efectos negativos señalados.

Sin embargo, también existen posiciones como las expresadas en la ponencia individual de Miguel Puga con Fernando Becerra y en la ponencia individual de Ítalo Fernández. Según Fernández, el perjuicio al fisco debe ser un requisito que debería verificarse en todos los casos, dado que existe el riesgo de que, en ausencia de este perjuicio, un posible ajuste de precios podría determinar un régimen sancionador paralelo. Así señala Fernández, que si no habiendo perjuicio al fisco pero habiendo una diferencia de precios en relación al valor de mercado, la Administración realizara un ajuste, ello simplemente originaría un perjuicio innecesario al contribuyente.

En línea con lo anterior, entendemos que Fernández consideraría que la referencia al perjuicio al fisco no solo debe mantenerse, sino que debería ser un encabezado del artículo 32(A)(a), del manera que se aplique incluso a los casos del artículo 32(A)(a) (1) y (2), que como están redactados actualmente expresan la intención de ser supuestos en los que de todas maneras se califica para el ámbito de aplicación, haya o no perjuicio. Entendemos que hay otros ponentes que simpatizan también con esta postura.

En nuestra opinión, el tema del ámbito de aplicación no puede verse en forma separada del problema anotado anteriormente respecto de la aplicación de ajustes a valor de mercado para transacciones entre terceros. En efecto, como hemos señalado, una transacción que no califica para el ámbito de aplicación no deja de estar por ello excluida de la posibilidad de que se efectúe un ajuste a su precio. En ese contexto, nos parece más conveniente que la referencia al perjuicio al fisco se mantenga dado que, en el supuesto que finalmente resulte que hubo un perjuicio al fisco y la Administración decide aplicar un ajuste a una transacción entre empresas vinculadas, lo hará con las reglas de precios de transferencia y no con las reglas generales de valor de mercado, lo que sería más consistente. En efecto, de otra manera, el contribuyente podría resultar teniendo operaciones con vinculadas cuyo valor se verifica con las reglas de valor de precios de transferencia y otras cuyo valor se verifica con las reglas generales.

En cambio, si dada la madurez de nuestra economía se considerara que la aplicación de reglas de mercado a transacciones entre terceros ya no es necesaria, el análisis sería distinto. En este caso, no caer dentro del ámbito de aplicación significaría no estar sujeto a la posibilidad que la Administración realice un ajuste al precio, si consideramos que este difiere del valor de mercado. Por ello, consideramos que también en este caso parecería tener sentido mantener la regla de perjuicio al fisco, ya que le serviría a la Administración como garantía en caso que se le pudiera estar perjudicando por una transacción no contemplada en el hoy artículo 32(A)(a)(2).

En relación con los supuestos objetivos del artículo 32(A)(a)(2) también se han efectuado algunos comentarios. En ese sentido, la ponencia individual de Miguel Puga y Fernando Becerra hacen referencia al supuesto en que una empresa ha tenido pérdidas en alguno de los 6 ejercicios anteriores y consideran que si bien este supuesto puede justificar en algunos casos la necesidad o conveniencia de documentar las transacciones, ciertamente no es así en otros casos, por lo que sería conveniente darle un desarrollo normativo más apropiado a este requisito.

Finalmente tanto la ponencia individual de Miguel Puga con Fernando Becerra, como la ponencia de Claudia Gonzáles hacen hincapié en la necesidad de regular de una manera más eficiente las exclusiones de las obligaciones de precios de transferencia. Así, si bien actualmente, vía resolución de la Administración, se ha establecido una limitante al cumplimiento de estas obligaciones sobre la base del valor conjunto de las operaciones de una empresa, tanto con todos sus clientes como con los clientes y proveedores vinculados, no existe aun una limitante que se determine sobre el valor de cada transacción, llevando muchas veces a la necesidad de documentar operaciones menores y poco relevantes para la Administración, pero que no obstante cuestan recursos al contribuyente.

### **3.3. Problemas en el análisis de la vinculación**

En adición a los temas constitucionales planteados por Cesar Gamba relativos a la definición de partes vinculadas, la ponencia individual Walter Núñez trata en específico problemas de vinculación en los convenios de colaboración empresarial, para lo cual se basa en el análisis de distintas fuentes, pero especialmente la legislación comparada.

En opinión de Núñez es posible considerar que como vinculado a un contrato de colaboración empresarial que lleva contabilidad independiente, aun cuando no es una entidad independiente, sobre la base del tratamiento como contribuyente que le da la legislación del impuesto a la renta. Así, Walter Núñez entiende que, en la medida que exista poder de decisión de las partes sobre el contrato de colaboración empresarial. En línea con lo anterior, sin embargo, sugiere que la normativa esclarezca para este tipo de contratos los supuestos en los que se daría este poder de decisión, considerando que sólo debería considerarse que existe poder de decisión en los casos en que el control fuera superior al 50% del poder de voto.

Así mismo, para la aplicación del requisito del 80% de las ventas y 30% de las compras, en caso este se considerara que cumple con los preceptos constitucionales, señala que sólo deben considerarse como parte de estas compras y ventas aquéllas que generen ingresos para quien vende o gastos o costos para quien adquiere.

## **IV. ASPECTOS RELATIVOS AL IMPUESTO GENERAL A LAS VENTAS**

### **4.1. Introducción**

Si bien no es frecuente que las legislaciones comparadas incluyan al impuesto general a las ventas dentro del alcance de las normas de precios de transferencia, existen algunos casos, como el español, que ha adoptado también la posición de dar efecto al los ajustes para determinar la base imponible de este impuesto.

Para el presente análisis, vamos a seguir el análisis realizado por Javier Luque Bustamante, quien es el único ponente individual en haber analizado el tema en forma sistemática, aun cuando otros ponentes también han efectuado algunos comentarios sobre este tema en el contexto de sus respectivos análisis.

Es de notar que tanto las Guías como la normativa interna peruana están claramente enfocadas a permitir su aplicación al impuesto sobre la renta. De hecho, como se señaló líneas arriba, las Guías surgen como un instrumento para viabilizar la aplicación del artículo 9 del Modelo de Convenio para evitar la doble imposición a la renta de la OCDE. En ese contexto, habida cuenta de las diferencias estructurales entre ambos impuestos, parecería razonable suponer que para una aplicación sin tropiezos de esta normativa al caso del impuesto general a las ventas habría sido conveniente contar con mayores lineamientos que los que contiene la legislación nacional actualmente.

### **4.2. Diferencias estructurales entre el impuesto a la renta y el impuesto general a las ventas y su impacto en el alcance de la referenciación normativa**

Una primera diferencia estructural relevante para el presente análisis es el de la forma de reconocimiento de la manifestación económica materia de gravamen. En tanto para efectos de las normas de precios de transferencia el principio relevante es el del devengamiento,<sup>4</sup> que en principio no requiere de ningún hecho formal para su reconocimiento más allá de que se haya efectivamente o se presuma que ha ocurrido un enriquecimiento económico para una de las partes, para efectos del impuesto general a las ventas el reconocimiento de la manifestación de riqueza se debe materializar a través de una “retribución acordada”, lo que presupone la existencia de un contrato, una factura o alguna nota de crédito o débito que esta-

---

<sup>4</sup> El artículo 9 del Modelo de convenio para evitar la doble imposición de la OCDE hace expresa referencia a los beneficios indebidamente devengados para un contribuyente en detrimento del otro.

blezca el monto. En este contexto, la aplicación de la normativa de precios de transferencia al impuesto general a las ventas presenta las mismas dificultades que de hecho presenta al interior del impuesto a la renta en el caso de rentas que se reconocen de acuerdo a lo percibido o pagado: el primer caso sería el del reconocimiento de ciertas rentas de fuente extranjera para empresas domiciliadas o el caso de préstamos de personas naturales a empresas abordado por Mauro Castillo en su ponencia individual; el segundo caso sería el de la renta del no domiciliado proveniente de pagos realizados o acreditados contablemente por contribuyentes domiciliados en el Perú.

Una segunda diferencia, aunque relacionada con la primera es la de la regla de valuación, que como explica Javier Luque es de tipo subjetivo en el caso del impuesto a la renta en tanto que en el impuesto a la renta es de carácter objetivo. La primera regla hace referencia a la necesidad de que el valor sea “acordado” entre las partes y, por ello, es subjetiva, mientras que en la segunda el valor es aquél que objetivamente tiene la prestación recibida y es indiferente a lo pactado por las partes.

Una tercera diferencia está referida al tratamiento tributario del receptor del bien o servicio y que, por ende, está potencialmente sujeto a un ajuste del gasto y del crédito fiscal. A este respecto, al menos en principio, para efectos del impuesto a la renta bastará que el gasto esté devengado, i.e. haya ocurrido una reducción patrimonial producto del nacimiento de una obligación de pago, mientras que para la utilización del crédito fiscal es necesario cumplir con una serie de obligaciones formales. Si bien esta diferencia se ha reducido a raíz de la prohibición a la deducción de gastos que no cuenten con comprobante de pago, este requisito opera más bien como un requisito probatorio, en tanto que los requisitos formales para la utilización del crédito fiscal son constitutivos del derecho. Esta diferencia se ha vuelto más notoria a raíz que la ley del impuesto a la renta prescribe el ajuste bilateral al interior de este impuesto, lo que evidencia que no es necesario contar con comprobante de pago alguno para efectuar la deducción de un ajuste por precios de transferencia, en tanto que no hay ninguna precisión al interior de la ley del impuesto general a las ventas que deje claro a todas luces que el mayor impuesto que corresponda a una parte de la transacción producto de un ajuste de precios de transferencia dará derecho al crédito fiscal aun sin cumplir con los requisitos formales establecidos por esa ley.

A este respecto, Javier Luque plantea que para utilizar el crédito fiscal tendría que emitirse una nota de débito o crédito. Sin embargo, es importante notar que tales comprobantes se emiten cuando se ha efectuado un ajuste real al valor de la transacción y que en el caso de ajustes de precios de transferencia este ajuste real no existe, sino solo un ajuste tributario.

En línea con lo anterior, cuando un contribuyente se percata que en una operación con un vinculado a cobrado un valor mayor o menor al de mercado, puede recurrir a su contraparte para negociar un ajuste real al valor de la transacción, la cual se documentará a través de las notas de contabilidad correspondientes y con incidencia en los estados financieros. En este caso, no estaremos ante un ajuste de precios de transferencia sino ante un ajuste del valor real de la transacción destinado a alinearla con los principios de precios de transferencia.

En cambio, si el contribuyente no se percata oportunamente o, percatándose, no logra renegociar el precio pactado, procederá un ajuste de precios de transferencia que, de no realizarse voluntariamente vía declaración jurada, será determinado por la Administración. Este ajuste, que no origina la emisión de ningún documento contable, debería ser bilateral en el caso de operaciones entre dos empresas domiciliadas. Sin embargo, ante la falta de una norma clara al interior de la ley del impuesto general a las ventas, esta utilización del crédito fiscal en el ajuste bilateral se hace cuestionable, aun cuando no hay duda que su utilización obedece a la lógica de la normativa. En ese sentido, el comentario de Javier Luque es comprensible al buscar solventar, vía la emisión de una nota de contabilidad, la inseguridad generada por no contarse con normas claras al interior de la ley del impuesto general a las ventas que prescriban en forma clara la posibilidad de utilizar el crédito fiscal en forma automática, como ocurriría para efectos del impuesto sobre la renta.

Las diferencias estructurales anotadas parecen dar sustento a una dualidad de interpretación respecto de las normas de precios de transferencia al impuesto general a las ventas. Así, una primera interpretación sería de tipo restrictivo y determinaría que la normatividad de precios de transferencia solo sería de aplicación cuando tal aplicación también se sustente en las propias normas del impuesto general a las ventas. Este sería el caso en que, de acuerdo a lo establecido en el artículo 42 de la ley del impuesto general a las ventas, la retribución acordada no es fehaciente por ser inferior al valor usual de mercado. Quedaría afuera entonces el caso en que una empresa que está reduciendo sus operaciones pero cuenta con crédito fiscal acumulado importante, factura sobrevalorados ciertos servicios efectivamente prestados, logrando así transferir indebidamente parte importante de este crédito fiscal inutilizable de otra manera. Nótese que en este caso se estaría originando un perjuicio al fisco, al recuperarse parte del crédito fiscal que se encontraría inutilizado en la empresa que reduce sus operaciones, pero que al no tratarse de una retribución inferior al valor usual de mercado no calificaría como una retribución no fehaciente.

Una segunda interpretación, basada en el tenor literal de la normatividad de precios de transferencia y su vigencia posterior sería que esta norma-



tiva sería de aplicación a todos los supuestos de operaciones gravadas con el impuesto general a las ventas. Entendemos que esta ha sido la intención de la norma y convenimos con Javier Luque que esta debería ser la posición interpretativa que prime.

### **4.3. Ámbito de aplicación**

Si bien este tema será abordado en la parte pertinente al impuesto sobre la renta, cabe en este punto analizar el alcance del concepto del perjuicio al fisco, que determina que una transacción se encuentre dentro del ámbito de aplicación de la normativa de precios de transferencia.

En efecto, en la medida que sin perjuicio de su ubicación física al interior de la ley del impuesto sobre la renta la normativa de precios de transferencia es aplicable tanto al impuesto a la renta como al impuesto general a las ventas, es necesario deslindar si el perjuicio al fisco que determina la inclusión de una transacción en el ámbito de aplicación de la normativa es un perjuicio en relación con el impuesto a la renta, en relación con el impuesto general a las ventas, o en relación con ambos. Así mismo, debe definirse si determinado un posible perjuicio para efectos del impuesto a la renta ello origina la inclusión de la transacción dentro del ámbito de aplicación para todos los efectos, i.e. para efectos del impuesto a la renta y para efectos del impuesto general a las ventas, o si el efecto debe limitarse al impuesto respecto del cual se percibe se puede estar originando un perjuicio.

Al respecto, la normatividad de precios de transferencia, aun cuando incluida al interior de la ley del impuesto sobre la renta, ha sido concebida de forma unitaria. Es decir, no se ha establecido un régimen para cada impuesto sino únicamente un régimen, que está destinado a salvaguardar los intereses del fisco respecto de los dos tributos más importantes que administra. Es este carácter unitario el que nos permite sostener que, aun a falta de una norma específica al interior de la ley del impuesto general a las ventas, la disposición que prescribe el ajuste bilateral para transacciones entre empresas domiciliadas es suficiente para que el adquirente sometido a un ajuste de precios de transferencia pueda reclamar la utilización del crédito fiscal aun sin contar con un documento que le permita efectuar un registro en el Libro de Compras.

Si aceptamos que el régimen de precios de transferencia es un régimen unitario, sin perjuicio de que se deba incluir mayor precisión normativa para su debida aplicación al impuesto general a las ventas, fluiría de sí que una vez establecido que una transacción puede originar un perjuicio al fisco respecto de cualquiera de los dos tributos comprendidos en el régimen, la transacción deba incluirse en el ámbito de aplicación con efecto para ambos impuestos.

Sin embargo, una segunda posición a la que adhiere Javier Luque sostiene que si solo se materializa el riesgo de perjuicio al fisco respecto de uno de los tributos comprendidos dentro del régimen, debe entenderse que solo este tributo está sometido al ámbito de aplicación.

#### **4.4. Efecto del ajuste en el caso del impuesto general a las ventas**

De lo expuesto en los numerales anteriores, se deriva un segundo análisis, que involucra el efecto del ajuste que realizaría la Administración de identificarse una desviación del precio pactado con el valor de mercado. Al respecto señala Javier Luque que en la medida que la interpretación que prevalezca respecto de la regla de valor aplicable y del alcance de la normativa de precios de transferencia sea la de que tal normativa solo resulta aplicable cuando se alinea con lo dispuesto en la ley del impuesto general a las ventas y es, en consecuencia, un régimen complementario más que un régimen unitario, el ajuste realizado respecto de operaciones entre empresas vinculadas respecto de este impuesto debería aplicarse únicamente como un ajuste de la Administración en el momento de realizar la fiscalización y no debería estar afecto a sanciones o intereses, en la medida que, a diferencia de lo establecido para el impuesto a la renta, el contribuyente no está obligado a realizar el ajuste.

El propio Javier Luque, sin embargo, considera esta posibilidad como remota, toda vez que considera que es probable que respecto de los temas tratados en los numerales anteriores prevalezca la interpretación contraria y porque, aun en el supuesto que ella no prevaleciera, los precedentes emitidos por el Tribunal Fiscal indicarían que procederían las sanciones e intereses.

#### **4.5. Método más apropiado y ajuste para efectos del impuesto general a las ventas**

De acuerdo a lo establecido en el artículo 109(a)(2) del reglamento de la ley del impuesto sobre la renta, que no obstante estar en este cuerpo normativo se refiere expresa y exclusivamente al impuesto general a las ventas e impuesto selectivo al consumo, los ajustes para efectos de estos impuestos se realizarán sin perjuicio del método utilizado para la verificación del cumplimiento con el principio de libre concurrencia.

En ese sentido, el artículo señalado prescribe que cuando el ajuste pueda atribuirse específicamente a determinadas transacciones, los ajustes se harán con efecto en la oportunidad que se realizaron las mismas. En cambio, señala, cuando ello no sea posible, lo que ocurre e.g. cuando se usan los métodos basados en utilidades, el ajuste se hará a prorrata.

En este contexto, Javier Luque identifica un problema en la posibilidad de realizar un ajuste cuando el método aplicado es distinto al método de precio comparable no controlado. En efecto, en tanto el impuesto a la renta grava beneficios, i.e. resultados netos, el impuesto general a las ventas grava precio de venta. Por ello, si el método utilizado es un método que determina un ajuste al precio, el mismo sería perfectamente aplicable al impuesto general a las ventas, en tanto que si el método prescribe un ajuste sobre la base de un margen bruto o un margen operativo insuficiente, este ajuste al margen sería perfectamente ejecutable en el caso del impuesto a la renta, pero no lo sería al caso de la base del impuesto general a las ventas.

Aun cuando la argumentación presentada tiene una lógica estructural muy clara, consideramos que es debatible sobre la base de la propia racionalidad de los precios de transferencia. En efecto, la normativa de precios de transferencia, como su nombre y su exégesis lo indican, buscan establecer parámetros para los precios pactados entre partes relacionadas. Cuando la metodología de precios de transferencia recurre a la comparación de márgenes, ya sean brutos u operativos, o incluso cuando recurre a la atribución de los beneficios netos, no lo hace con el propósito de realizar un ajuste a dicho margen o beneficio, sino en el entendido que el margen se ha visto afectado por un precio mal pactado, ya sea que este precio afecte la línea de ventas (cuando la entidad ha vendido el bien o prestado el servicio) o que afecte alguna línea de costos o gastos (cuando la entidad ha adquirido el bien o el servicio).

Por ello, aun en los casos en que se efectúe un ajuste sobre la base de la comparación de márgenes brutos u operativos o cuando se atribuye una parte del beneficio neto, lo que se está haciendo indirectamente es corrigiendo el precio de la operación de venta o de costos o gastos. Si aceptamos este trasfondo conceptual de la normativa de precios de transferencia, entonces deberemos concluir que no existe objeción alguna a que ajustes planteados sobre la base de cualquier método puedan aplicarse válidamente a la imposición al valor agregado. En cambio, si se considera que al efectuar un ajuste sobre la base de márgenes lo que se está ajustando es el margen propiamente dicho, entonces habrá que concluir con Javier Luque que el ajuste para efectos del impuesto general a las ventas solo procederá cuando se aplique el método del costo comparable no controlado.

El autor de esta ponencia general, se inclina por la primera posición, que permitiría efectuar el ajuste determinado sobre la base de cualquiera de los métodos.

## V. ASPECTOS RELATIVOS AL IMPUESTO SOBRE LA RENTA

### 5.1. Operaciones de servicios

#### 5.1.1. Servicios intra grupo: traslado del costo, con o sin margen

Si bien el comercio mundial de bienes se está incrementando en forma dramática, debido a la consolidación y reubicación de centros de producción de las empresas multinacionales, originado en la globalización y liberalización de los mercados mundiales, el campo más significativo de incremento de transacciones se da en el campo de los servicios y de los intangibles.

Como se ha señalado, las economías desarrolladas están migrando su modelo económico para convertirse en prestadores mundiales de servicios y tecnologías y sus jurisdicciones fiscales, afectadas por la pérdida de la recaudación por la actividad industrial, están poniendo cada vez más énfasis en asegurar que los gastos incurridos por las empresas en dichas jurisdicciones y que de alguna manera puedan estar vinculados con operaciones en el extranjero, sean trasladados a tales unidades en el extranjero con el margen que pudiera corresponder. Este fenómeno ha quedado evidenciado recientemente con un cambio normativo aprobado en los Estados Unidos de América a través de una norma reglamentaria temporal, que modifica las disposiciones que permitían trasladar ciertos costos incurridos en beneficio de unidades operativas del exterior sin aplicar un margen,<sup>5</sup> exigiendo ahora que sí se aplique un margen. De igual manera, se viene revisando el capítulo VII de las Guías, que hasta el momento reconocen la posibilidad de trasladar ciertos costos asociados a servicios intra grupo sin aplicar un margen y que podría eventualmente significar un cambio en su posición si los miembros de la OCDE consideran que esta es una herramienta apropiada para defender su base impositiva.

En el Perú, la normatividad existente no ha previsto ni ha excluido la posibilidad de que ciertos costos incurridos por servicios prestados a favor de una empresa afiliada puedan ser trasladados a la afiliada sin margen. Si bien, dicha normatividad en principio establece la necesidad de que todos los servicios sean prestados a valor de mercado, lo cual llevaría implícito la aplicación de un margen sobre el costo como beneficio para el prestador del servicio (lo cual no es distinto, como principio, a lo establecido por las Guías), al establecer que las Guías constituyen un referente obligatoria para la interpretación de la normatividad interna, podría concluirse que en tanto las Guías consideran que no aplicar un margen o incluso que subven-

---

<sup>5</sup> Esto era viable cuando el servicio prestado a la afiliada del extranjero no constituía el giro habitual del negocio y era un ingreso marginal

cionar algunos servicios puede estar en ciertos casos alineado con el principio de libre competencia, ello determinaría que este criterio interpretativo prevalezca en el Perú. Una modificación de dicho criterio por la OCDE, sin embargo, podría significar un cambio de la posición interpretativa local, sin perjuicio de los problemas constitucionales que esta referencia de la ley a un texto emitido por un organismo del que Perú no es parte origina.

## **5.1.2 Servicios recibidos y prestados por empresas peruanas**

### **5.1.2.1 La efectiva prestación del servicio**

El análisis económico descrito anteriormente permite vislumbrar claramente que este tema va a adquirir la mayor relevancia en los próximos años, conforme las jurisdicciones de los países desarrollados ejerzan mayor presión sobre sus empresas domiciliadas a efectos que trasladen los costos incurridos en relación con sus operaciones en el extranjero a dichas entidades del extranjero. Hay que tener presente que muchas de estas legislaciones no exigen que el traslado al exterior se fundamente por servicios efectivamente prestados sino que se limita muchas veces a exigir el cargo al exterior de cualquier gasto incurrido en relación con las operaciones en el exterior.

A efectos de hacer frente a esta tendencia, el Perú ya ha desarrollado una posición conceptual bastante definida y que es expuesta ampliamente en la ponencia individual de Marcial García, la cual seguimos. Según indica García citando el capítulo VII. De las Guías se desprende que el análisis de fijación de precios de transferencia de los servicios intra-grupo debe llevarse a cabo en dos fases: en una primera etapa, lo que hay que hacer será comprobar si los servicios han sido efectivamente prestados, y sólo superada esta primera valla, se procederá a determinar si el valor pactado respecta el principio de libre competencia.

En relación con el principio de libre competencia, las Guías establecen una prueba adicional que es relevante para propósitos de nuestro análisis. Así, señala el párrafo 7.6 citado por Marcial García que “(...) Si la actividad no es de las que una empresa independiente hubiera estado dispuesta a pagar por ella o hubiera ejecutado ella misma, no debería, en general, considerarse como un servicio intra-grupo de conformidad con el principio de libre competencia. (...)”

La consecuencia de lo establecido en el párrafo precedente es de la mayor importancia. Ni las Guías, ni las normas de precios de transferencia tienen la capacidad de denegar una deducción de un gasto; solo pueden ajustar el valor pactado si este difiere del precio de libre competencia. Sin embargo, lo que se deriva del párrafo anterior es que, si un servicio no fuera tal que

la empresa hubiera estado dispuesta a pagar por él a un tercero independiente o a contratar al personal que pudiera realizarlo internamente, entonces no se trataría de un servicio que cumpla con el principio de libre concurrencia. Si este fuera el caso, tendríamos que a dicho servicio le correspondería una retribución de “0”, lo que determinaría que, en la práctica, pudiera denegarse la deducción de estos gastos.

La relevancia de lo señalado en el párrafo precedente nos lleva a concurrir con Marcial García en la relevancia para el contribuyente de contar con la documentación que, en primer lugar, acredite que un servicio ha sido efectivamente prestado,<sup>6</sup> en segundo lugar, que el servicio era tal que hubiera sido contratado de todas maneras, así no fuera una afiliada quien lo prestara, y en tercer lugar, acreditar que el precio pagado corresponde al de libre concurrencia.

Señala finalmente Marcial García que ante la necesidad de producir toda esta evidencia y dada la relevancia de los montos usualmente involucrados en la prestación de estos servicios, es conveniente que se establezcan con carácter objetivo el tipo de documentos que la Administración debe considerar suficiente a efectos de evitar excesos en la solicitud de documentación sustentatoria.

### **5.1.2.2. La determinación de la parte a ser analizada**

La determinación del valor de mercado de un servicio recibido por una empresa domiciliada en Perú requiere de un análisis previo, que es determinar cuál debe ser la empresa a ser analizada. Este paso previo se basa en la premisa de que, en principio, si una transacción se realiza a valor de mercado, debe ser posible comprobar este hecho tanto desde la perspectiva de quien prestó el servicio como de la perspectiva de quien lo recibió. Esta premisa se cumple toda vez que el valor de mercado se establece justamente por el punto de intersección de la curva de demanda (adquiriente del servicio) con la curva de la oferta (prestador del servicio).

Si, en teoría, el análisis realizado en cabeza de cualquiera de los participantes en la transacción debe dar el mismo resultado, i.e. si la operación se realizó a valores de mercado o no, no es necesario realizar los dos análisis y bastará con realizar uno de ellos.<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup> El Tribunal Fiscal ya se ha manifestado en reiteradas oportunidades respecto de la necesidad de evidenciar la prestación del servicio para poder reclamar la deducción del gasto.

<sup>7</sup> Hay que tener en cuenta, sin embargo, que la Administración ha señalado en respuesta a una consulta un criterio distinto, que determinaría que cada entidad debe realizar su propio análisis desde su perspectiva. Entendemos que este criterio es errado y que vulnera el principio de la aplicación del método más apropiado,

La selección de la entidad a ser analizada puede estar determinada por la propia ley impositiva. Así, por ejemplo, Marcial García cita el caso de ley Argentina, que prescribe que, en todo caso, la entidad a analizar debe ser la entidad domiciliada en la Argentina. Este criterio, si bien en términos técnicos es poco feliz como veremos a continuación, responde a una preocupación legítima del fisco Argentino que teme no estar en condiciones de fiscalizar la entidad extranjera si ella fuera la entidad analizada.

En el caso del Perú, la normatividad de precios de transferencia no prescribe la obligatoriedad de analizar una u otra entidad. En cambio, la normatividad peruana se concentra en establecer parámetros para la elección del método más apropiado. En este sentido cabe anotar que, en la mayoría de casos, la elección del método más apropiado va a dejar establecido cuál es la entidad a ser analizada.

En efecto, asumamos que tenemos una empresa que le presta servicios a otra empresa afiliada. Para definir cuál es el método más apropiado para analizar esta transacción recurro al artículo 113 del reglamento a la ley del impuesto sobre la renta y encuentro que el artículo 113(a)(3) establece que el método que mejor compatibiliza con la operación es el costo incrementado (compatibiliza con operaciones (...) donde se proporcionan servicios que agregan bajo riesgo a una operación principal). Así mismo, verificamos que, de acuerdo a lo establecido por el artículo 113(b), 113(c) y 113(d), el servicio cuenta con buena calidad y cantidad de información, esta información permite un alto grado de comparabilidad sobre la base de partes, transacciones y funciones, y no requiere la realización de mayores ajustes. Sobre la base de este análisis, no hay duda que debe utilizarse el método del costo incrementado.

Ahora bien, el método de costo incrementado es un método que debe aplicarse en cabeza de quien presta el servicio, ya que es ahí donde se encuentran los costos de producción del servicio. Por lo tanto, si en lugar de tener una transacción entre dos empresas domiciliadas tenemos una transacción en la que una empresa no domiciliada le presta servicios a una empresa domiciliada, la entidad a ser analizada según nuestro ordenamiento jurídico deberá ser tal empresa, debido a que solo así podremos utilizar el método más apropiado establecido de acuerdo con las normas reglamentarias.

El ejemplo anterior es sólo un caso posible. Como señala Marcial García, otro ejemplo aun más convincente es el de la empresa de servicios no domiciliada pero relacionada, que presta servicios similares a terceros no rela-

---

que está referido a un tipo de transacción, con prescindencia de si la entidad es quien presta o quien recibe el servicio.

cionados y donde podría utilizarse el método de precio comparable no controlado, el mejor método posible en los casos en que resulta aplicable. En este caso también, la parte analizada deberá ser la entidad no domiciliada.

Hemos señalado anteriormente que en teoría el análisis en la entidad que presta el servicio debe arrojar el mismo resultado que el análisis desarrollado en la entidad que recibe el servicio. El motivo por el que esta identidad podría no materializarse está dado por el hecho que, en tanto para analizar la operación en cabeza de una de las partes existe adecuada información y la empresa es menos compleja y permite realizar un análisis segmentado, la otra empresa podría ser más compleja, no permitir un análisis segmentado o podría no contar con la mejor cantidad y calidad de información. Bajo nuestra normatividad interna, es probable que el análisis de esa entidad deba desecharse en base al análisis del método más apropiado. La OCDE plantea paralelamente en las Guías que debe realizarse un análisis específico de la entidad a analizarse, debiendo escogerse a la entidad que tenga los procesos más sencillos y que permita el análisis más confiable.

Lo anterior no sólo pone de manifiesto la relevancia de escoger adecuadamente la parte analizada y abre las puertas a tener que basar el análisis en una entidad no domiciliada, sino que establece también el fundamento de por qué debe desecharse la verificación desde ambas partes del resultado de una transacción. En la medida que el análisis de una de las partes determine un resultado confiable y el análisis de la otra no, esperar que ambas partes deban justificar sus precios en base a análisis distintos, como lo ha manifestado la Administración,<sup>8</sup> solo generará confusión y errores en las conclusiones derivadas del análisis.

Así, por ejemplo, nos indica Marcial García que si tuviéramos que analizar una operación como la descrita anteriormente en cabeza del receptor del servicio y se tratara de un servicio general que no es atribuible directamente a una línea de producción, sería necesario realizar nuestro análisis sobre la base de información de la rentabilidad global del negocio. Esto nos llevaría por lo general a la utilización del método del margen neto transaccional sobre un resultado global que vulneraría lo dispuesto en el artículo 112 del reglamento de la ley del impuesto sobre la renta, que establece de manera general que el análisis se realice transacción por transacción.

A diferencia de lo que ocurre cuando la empresa que presta el servicio es no domiciliada, cuando ella es domiciliada normalmente el análisis se podrá realizar en dicha empresa. Sin embargo, es probable que la jurisdic-

---

<sup>8</sup> Carta No.223-2006-SUNAT de 24 de agosto de 2006, citada por Marcial García en su ponencia individual



ción en la que se encuentre la entidad receptora de los servicios, si tiene reglas de precios de transferencia, tenga algunas reservas a aceptar a la empresa peruana como parte analizada, que no son distintas a las que tendrá la Administración peruana para aceptar como parte analizada a una empresa no domiciliada. Estas reservas e inquietudes las pasamos a analizar en el punto siguiente.

### **5.1.2.3. La capacidad de fiscalizar una entidad del exterior**

La reserva más importante para aceptar como parte analizada a una entidad no domiciliada es la posible limitación de la Administración de fiscalizar a dicha entidad no domiciliada. De los dos ejemplos utilizados en el punto anterior, uno comprendía la posible aplicación del método del costo comparable no controlado sobre la base de comparables internos y el otro la aplicación de un costo más margen.

En el primer caso, la Administración debería estar en condiciones de verificar que la entidad no domiciliada prestó servicios similares a terceros, que dichos terceros no califican como partes vinculadas de acuerdo a nuestra legislación, y que los montos cobrados realmente son los efectivamente devengados. Para el segundo caso, en cambio, la facultad de fiscalización resulta mucho más compleja, toda vez que requiere de quien presta el servicio tenga un sistema de costos apropiado, que permite absorber solo los costos directa o indirectamente vinculados al servicio prestado, que los mecanismos y fórmulas de distribución de los costos indirectos y generales se haya escogido y aplicado en forma apropiada siguiendo “drivers” que se condigan con la actividad costeadada.

Dado que la Administración debe estar en condiciones de fiscalizar los supuestos arriba señalados, ello origina una doble preocupación. Por una parte, el contribuyente podría incurrir en gastos excesivos en tratar de contar con información suficiente para que la Administración se satisfaga de la información presentada por el prestador de servicios del exterior. Por otra parte, podría ocurrir en cambio que la Administración exagere en sus requerimientos de información, lo que podría originar que un precio adecuadamente establecido no sea aceptado por no haberse podido producir la información exigida arbitrariamente por la Administración.

Para evitar los problemas arriba señaladas y, no obstante, permitir la adecuada documentación de una transacción de servicios inter compañía cuando la parte analizada debe ser la parte extranjera, Marcial García sugiere que debe establecerse por vía normativa la documentación con que debe contar el contribuyente para sustentar el análisis desarrollado en sede de la empresa no domiciliada. Dicha información podría incluir, a su entender, pericias realizadas por auditores independientes que le merez-

can confianza a la Administración y que le permitan obtener un nivel de certeza suficiente.

### **5.1.3. Operaciones financieras**

La importancia de los servicios y operaciones financieras en el entorno actual se ha puesto de manifiesto por el hecho que 3 ponencias individuales se han abocado a analizar y comentar distintos aspectos de estas operaciones, tanto aquellas operaciones que se pueden pactar a título oneroso como aquellas que se prestan a título gratuito.

#### **5.1.3.1. Operaciones financieras a título oneroso**

Una de las operaciones más frecuentes que debe ser evaluada en los estudios de precios de transferencia hoy en día son las operaciones de financiamiento, tanto debido a lo frecuente que resulta que una empresa afiliada facilite fondos a una empresa local,<sup>9</sup> como al hecho que muchas entidades crediticias se encuentran ubicadas en centros financieros que resultan ser jurisdicciones de baja o nula imposición.

Como señalan Claudia Haro y Álvaro León, estas operaciones son normalmente analizadas utilizando el método del precio comparable no controlado, y excepcionalmente, en forma indirecta, por el método del margen neto transaccional. La utilización como regla general del método del precio comparable no controlado, en la que la tasa expresada como porcentaje es el precio, impone la necesidad, mayor que en la utilización de otros métodos, de establecer un alto nivel de correlación entre el servicio prestado entre las empresas afiliadas con las transacciones utilizadas como comparables.

Así lo entiende también el legislador, y lo pone de manifiesto al desarrollar el artículo 110(1)(a) del reglamento de la ley del impuesto sobre la renta, en el que incluye 11 elementos de comparabilidad que deben analizarse en el caso de operaciones de financiamiento para establecer un rango de mercado.

Los elementos ahí indicados incluyen un análisis de garantías, un análisis de solvencia del deudor, la calificación del riesgo del instrumento financiero,<sup>10</sup> país de residencia del deudor y el monto de las comisiones paga-

---

<sup>9</sup> Los casos más saltantes son los que ocurren en el caso de empresas mineras de exploración y empresas petroleras de exploración, pero ciertamente no se limita a ellas.

<sup>10</sup> El análisis de riesgo del instrumento incluye tanto un análisis de solvencia del deudor, de las garantías, de los mejoramientos, de las posibles coberturas de derivados, de las expectativas, entre otros.

das. Esta información es, en algunos casos, obtenible del deudor o acreedor materia de análisis. Sin embargo, esta información es, en la práctica, imposible de encontrar respecto de los posibles comparables.

Un tema de la mayor relevancia anotado por Claudia Haro y Álvaro León es el relativo a las garantías. En tanto un accionista le puede prestar a su afiliada sin exigir una garantía concreta considerando que su control sobre la sociedad le va a permitir recuperar el préstamo, un préstamo de un tercero comparable requeriría de una garantía específica que compense la inexistencia de control. Sin embargo, el análisis de comparabilidad indicará que en tanto un crédito tiene garantías el otro no y, por ende no son comparables. No existe en nuestra normativa directiva alguna que permita evaluar el impacto del control de la sociedad como un elemento reductor del riesgo.

Un segundo tema es el relativo a la estimación del riesgo. La mejor forma de obtener comparables que muestren vencimientos, riesgos y tasas de interés son los bonos colocados por empresas domiciliadas en el mercado nacional y extranjero. Sin embargo, dichas colocaciones aun son insuficientes como para permitir desarrollar un rango confiable. Por otra parte, considerando que una colocación de bonos por oferta pública solo se justifica si las AFPs, los inversionistas más importantes, las pueden suscribir, y que ellas están limitadas en su capacidad de tomar deuda que no tenga un alto rating crediticio, hace que no existan colocaciones de bonos de empresas con ratings regulares o bajos. Y son justamente estas las empresas que obtienen financiamiento de sus afiliadas del extranjero, con lo cual no es posible encontrar un comparable local. La opción de utilizar comparables extranjeros, si bien existe, tiene como limitante la necesidad de realizar un rating crediticio del deudor, un proceso complejo y caro, realizar además una conversión de su rating peruano para poderlo comparar con el rating extranjero de la plaza que se use como comparable<sup>11</sup> y también realizar los ajustes por riesgo país que correspondan.

Todo este procedimiento es particularmente complejo y rara vez se justifica considerando los niveles de endeudamiento con empresas afiliadas de las empresas domiciliadas. En línea con lo anterior, sería conveniente que alternativamente, se hicieran las coordinaciones para que la Superintendencia de Banca y Seguros o el Banco Central de Reserva publiquen información más detallada de los créditos otorgados en la plaza local, indicando rating de riesgo crediticio, y garantías a efectos de poder contar con información adecuada. En ausencia de lo anterior, como lo señalan Claudia Haro y Álvaro León, la Administración deberá aceptar análisis menos complejos con tasas más generales que se ajusten a las características del

---

<sup>11</sup> El mecanismo de rating varía significativamente de jurisdicción a jurisdicción.

crédito, aun cuando ello origine trabajar con rangos más amplios de los que la Administración podría esperar. Ello en tanto no se logre que las entidades financieras produzcan mejor y mayor información que pueda utilizarse en un análisis más complejo.

### **5.1.3.2. Operaciones financieras a título gratuito**

Al igual que en el caso anterior, las operaciones de financiamiento entre afiliadas sin pactar una tasa de interés está entre las operaciones más frecuentes que deben ser analizadas. Para este análisis vamos a seguir las ponencias individuales de Mauro Castillo, así como el detallado trabajo de Silvia Muñoz.

Tanto Mauro Castillo como Silvia Muñoz realizan un análisis de la evolución de las normas que regulan los ajustes por precios de transferencia para el caso de servicios, recordando el período durante el cual, a falta de una norma que estableciera la ficción jurídica de la renta presunta para el caso de servicios, no resultaba de aplicación la norma de valoración establecida en el artículo 32 de la ley del impuesto sobre la renta. Así mismo, ambos hacen referencia al nuevo régimen establecido a partir del año 2006 que incluiría tanto la norma creando la ficción como la norma de valor; sin embargo ambos difieren en lo que entienden es la norma que establece la ficción.

En tanto que para Mauro Castillo la norma que establece la ficción jurídica de la renta para el servicio gratuito es el propio artículo 32 de la ley del impuesto a la renta, lo que se encuentra en línea con la posición de la Administración, Silvia Muñoz considera que la ficción se encuentra en el artículo 26 de la ley del impuesto a la renta, sustentándose para ello en doctrina española basada en legislación que sería similar a la peruana y a una resolución del Tribunal Fiscal de junio de 2006.

Considerando, sin embargo, que ambos coinciden en que a partir del 2006 la ley del impuesto a la renta contiene ambos requisitos, se puede concluir que las operaciones de financiamiento gratuito generan, en principio, un posible ajuste para el prestador.

Ambos ponentes individuales han señalado también que cuando el préstamo gratuito se combina con una situación de infla capitalización, el posible ajuste para quien realiza el préstamo no originaría un ajuste recíproco, dado que aun cuando este es potencialmente posible, el mismo deviene en no deducible producto de las reglas de infra capitalización.

Mauro Castillo realiza, a su vez, un breve análisis de los efectos del impuesto general a las ventas, que resulta relevante. Señala Castillo que en

tanto la definición de servicio incluida en la ley del impuesto general a las ventas establece que solo es servicio la prestación por la cual se percibe una retribución, ningún servicio gratuito y, puntualmente, ningún préstamo gratuito estaría sujeto al impuesto general a las ventas. Esta exclusión del impuesto general a las ventas no se debería al hecho de que no haya base imponible, ya que esta se construiría sobre la base de la normativa de precios de transferencia, sino por el hecho que la operación no es un servicio. Así, aun cuando se le creara una base imponible sobre la base de una ficción, dicha ficción no tendría el efecto de restituirle su carácter de servicio. Señala finalmente Castillo, que esta posición habría sido compartida por la Administración en el informe 009-2004-SUNAT/2B0000 y 148-2004-SUNAT/2B0000.

Aun cuando conceptualmente lo señalado por Mauro Castillo vulnera la esencia de un ajuste de precios de transferencia, no es menos cierto que la forma en la que se encuentra redactada la definición de servicios en la ley del impuesto general a las ventas permite literalmente arribar a dicha conclusión.

Finalmente ambos autores realizan un interesante análisis de los créditos gratuitos provenientes del extranjero y concluyen que en ellos no se genera la posibilidad de un ajuste, tanto porque no se genera un perjuicio al fisco, lo que excluiría estas operaciones del ámbito de aplicación, como porque incluso en el caso que se pretendiera aplicar un ajuste sobre el interés dejado de cobrar, no podría considerarse al deudor como responsable del impuesto, toda vez que la renta ficta no genera la obligación de participar como agente retenedor. Coincidimos con dicha posición.

Ninguno de los ponentes individuales a analizado un tema asociado a los préstamos gratuitos y que considero relevante analizar. El cuestionamiento surge a partir de lo establecido en los párrafos 1.36 y 1.37 de las Guías, las cuales establecen como regla principal que para propósitos del análisis de precios de transferencia, las operaciones deben evaluarse de acuerdo con la forma jurídica que las partes le han dado a la operación. Sin embargo, agregan las Guías, hay dos circunstancias excepcionales en que, para propósitos del análisis de precios de transferencia la operación puede ser analizada bajo un procedimiento distinto al que correspondería a la forma adoptada contractualmente. Los dos supuestos recogidos son el caso en que la forma no guarde relación con la sustancia de la operación, en los que se cita como ejemplo la posible re-caracterización de un préstamo de accionistas como una entrega de capital, y el caso que aun cuando ambos coincidieran, la forma dada no responde a lo que habrían realizado partes no vinculadas.

Entendemos, sin embargo, que en tanto la re-caracterización no sólo esté

destinada a ajustar el quantum de la operación sino también su naturaleza, será necesario que se cumpla, adicionalmente, con los requisitos de la Norma VIII del Código Tributario antes de que pueda aplicarse lo dispuesto en las Guías.

#### **5.1.4. Operaciones sobre intangibles**

Aun cuando el tema de la aplicación de los precios de transferencia a transacciones con intangibles es uno de los más ricos y fue el tema bajo disputa en la caso GlaxoSmithKline, que originó el ajuste de precios de transferencia más importante hasta la fecha, la ponencia general solo va a abordar el tema relativo a los intangible valiosos, sobre la base de la ponencia individual presentada por Roberto Fernández.

Como señala correctamente Sophia Castro en su ponencia individual, el Perú ha adoptado una regla para definir el método de precios de transferencia aplicable sobre la regla del método más apropiado. Se distancia en este sentido la normatividad peruana de lo establecido en las Guías, las que han mantenido hasta la fecha una preferencia expresa por los métodos transaccionales,<sup>12</sup> considerando los métodos basados en las utilidades como métodos de último recurso. Señala Sophia Castro, sin embargo, que la evidencia muestra que estos así llamados métodos de último recurso han dominado la escena de precios de transferencia e incluso algunos sectores tienden a pronosticar que los métodos basados en la distribución de utilidades serán los que a futuro serán preferidos o incluso otros métodos.

Con el propósito de establecer parámetros más claros de respecto de los criterios a ser considerados para definir el método más apropiado, el reglamento de la ley del impuesto a la renta a establecido un conjunto de reglas contenidas en el artículo 113 que permiten tener algunos elementos objetivos para identificarlo.

El procedimiento establecido en el citado artículo 113 contempla evaluar y ponderar cuatro elementos básicos que son:

- (i) una lista que indica específicamente que métodos son los que mejor compatibilizan con determinada transacción
- (ii) una evaluación que deberá hacer el contribuyente de cuál método le permite contar con la mejor cantidad y calidad disponible de información
- (iii) una evaluación que deberá efectuar el contribuyente de qué método

---

<sup>12</sup> El método del precio comparable no controlado, el método del costo incrementado y el método del precio de reventa

le permite alcanzar una mejor comparabilidad con las empresas comparables sobre la base de las funciones, las transacciones y las partes

- (iv) una evaluación que deberá efectuar el contribuyente de que método le permite utilizar información comparable que requiera el menor ajuste posible.

La preocupación, en el caso de las regalías que se cobran por la cesión de intangibles y que normalmente se establece en la forma de un porcentaje para que el precio se vaya ajustando automáticamente al valor económico que generan, radica en que el método internacionalmente más aceptado para su evaluación es el precio comparable no controlado y que, aparentemente, la normativa nacional de precios de transferencia estaría proscribiendo su utilización.

En efecto, el artículo 113(a)(1) del reglamento de la ley del impuesto sobre la renta señala que el método del precio comparable no controlado no compatibiliza con aquellas operaciones que implican la cesión definitiva o el otorgamiento de la cesión en uso de intangibles valiosos.

Al respecto, debe tenerse presente que aunque relevante, la lista de métodos que mejor compatibiliza con una transacción determinada no es el único elemento para la determinación del método más apropiado ni tampoco es jerárquicamente el más importante. La redacción de la norma reglamentaria permite deducir que cada uno de los 4 elementos señalados para la determinación del método más apropiado es igualmente relevante por lo que, en caso el método del precio comparable no controlado cumpliera mejor que cualquier otro método con los elementos del (ii) al (iv), lo cual ocurrirá en muchos casos, debería ser perfectamente aceptable que se considera a este como el método más apropiado.

Sin perjuicio de lo anterior, también es necesario definir el alcance del concepto “intangible valioso”, que en tanto adjetivado, debe distinguirse de los otros intangibles que pueden ser materia de cesiones en uso.

De la ponencia individual de Roberto Fernández se deduce que, en su opinión, una marca que es materia de licenciamiento es un intangible valioso. Sin embargo, la ponencia no desarrolla la forma en que se llega a esa conclusión ni establece cuáles otros intangibles calificarían como intangibles no valiosos o menos valiosos.

Al respecto, parece evidente que hay marcas más valiosas que otras, por lo que no toda marca calificaría como un intangible valioso. Pero ello no resuelve el problema ya que no hay ningún indicativo respecto de a partir de qué monto se considerará a una marca como un intangible valioso.

Por otra parte, aquéllos intangibles cuyo precio está determinado por un porcentaje sobre, por ejemplo, las ventas de un producto, como suele ser el caso de las marcas, tienden a auto valorizarse. En efecto, si bien la tasa porcentual puede ser la misma que la aplicable a una marca menos valiosa, al calcularse la retribución como un porcentaje sobre el impacto económico que dicho intangible genera, el intangible valioso recibirá una contraprestación valiosa, mientras que el intangible menos relevante obtendrá una contraprestación menor.

Por lo expuesto parecería que la norma reglamentaria debería excluir del citado artículo 113(a)(1) la cesión de intangibles que se valorizan como porcentaje sobre el impacto económico que tienen sobre el licenciatario, ya que ellos contemplan un sistema de ajuste automático que, a su vez, opera como un sistema de distribución de beneficios.

Cabe, no obstante, concluir que resulta de toda relevancia que se defina el alcance del concepto de intangible valioso a efectos de no tener luego contratiempos a la hora de tener que defender la aplicación de un método.

En caso que el método del precio comparable no controlado no resultara aplicable, correspondería aplicar el método residual de participación en las utilidades. Así lo considera también Roberto Fernández, quien anota a renglón seguido las dificultades que se pueden encontrar en identificar a un comparable que licencie también una marca, pero una no valioso, si eso es lo que ha buscado el reglamentador.

Por su parte, Tania Quispe, al analizar la transferencia de intangibles valiosos en forma definitiva concluye que ninguno de los métodos incluidos en nuestra legislación resulta apropiado para esta tarea. En ese sentido, señala, recurriendo a un autor extranjero,<sup>13</sup> que los métodos más apropiados para la valuación de este tipo de transacciones incluyen método con el enfoque en el mercado (la búsqueda de comparables), método con el enfoque en los ingresos (flujo de caja descontado esperado), y método con el enfoque en costo (el valor del intangible está en función de lo invertido en él). Cabe advertir que estos métodos son similares a los establecidos por el INDECOPI para la valorización de intangibles.

## **5.2. Operaciones sobre bienes tangibles y su interrelación con el derecho aduanero (Gilberto Ramos, Marcos Rivera, Renee Villagra)**

A diferencia de las operaciones de servicios, no se han presentado una cantidad importante de ponencias que discutan aspectos relacionados con

---

<sup>13</sup> DREWS, David: Intellectual Property Valuation Techniques



las transferencias de bienes, como podrían haber sido las transferencias gratuitas de bienes, brevemente reseñadas por Silvia Muñoz en su ponencia sobre operaciones de financiamiento a título gratuito, la posibilidad de utilizar el costo incrementado como método para justificar la adquisición de insumos de una empresa vinculada para la fabricación de bienes, las metodologías para descomponer el margen de una empresa productiva que decide trasladar funciones y riesgos a otras jurisdicciones, entre otros.

No obstante, sí se han presentado tres muy completas ponencias individuales que analizan en forma comparativa las reglas de valorización aduanera y las reglas de precios de transferencia, efectúan un análisis de las metodologías y objetivos de las mismas y buscando caminos hacia la convergencia de ambos regímenes, de tal manera de preservar la recaudación y, al mismo tiempo permitir a los contribuyentes cumplir adecuadamente con ambos regímenes sin tener que enfrentar situaciones que pudieran originar doble imposición.

Al respecto señala Renée Villagra que, por sentido común, se reconoce que la noción de que los precios o el valor para efectos de aduanas y del impuesto a la renta deben ser consistentes. Sin embargo, acota siguiendo a Guglielmo Maisto, existe la posición contraria en el sentido que ambas valorizaciones deben diferir. Entre las razones expuestas para sostener el tratamiento diferenciado se encuentran la diferencia del hecho generador del impuesto (la importación, en el caso del tributo aduanero, y la adquisición o venta para el impuesto a la renta), y los objetivos de cada tributo (restringir y canalizar los flujos de bienes a través de la frontera e incrementar la recaudación producto del comercio exterior en el caso de aduanas, y el evitar la desviación de beneficios a otras jurisdicciones en el impuesto sobre la renta).

Renée Villagra continúa describiendo en su ponencia diferencias indiscutibles en la aplicación de las normas aduaneras y de imposición a la renta y consumo, reseñando que en cada uno de ellos existen diferencias de reconocimiento temporal (el momento de la importación versus el momento del contrato o el momento del balance, si se utiliza un método basado en utilidades), diferencias metodológicas (prelación de métodos establecida para aduanas versus regla del método más apropiado para tributos internos), y diferencias en los intereses de ambas autoridades.

En relación con los aspectos metodológicos, tanto Gilberto Ramos como Marcos Rivera han realizado una comparación detallada de cada uno de los 6 métodos utilizados en la determinación del valor aduanero y contrastándolos con los 6 métodos utilizados para la determinación del rango de valores para los precios de transferencia. Estas consideraciones llevan a concluir a Marcos Rivera que si bien los métodos de ambos comparten

conceptos, no comparten los mismos objetivos, como ya había señalado también Renée Villagra.

Los tres ponentes individuales coinciden con diferencia de matices en la conveniencia de que, en mercado globalizado, se busque alguna forma de homogenizar estas dos normativas, siendo concientes de la distancia existente entre ambas el día de hoy y del poco avance que se ha logrado en los últimos años. Sin embargo, los ponentes ven la convergencia como un proceso inevitable a la larga y proponen distintas alternativas para alcanzarla.

Por una parte, Gilberto Ramos considera que existe una primera tarea que debe ser abordada por el propio contribuyente y que apunta a sustentar y documentar adecuadamente sus operaciones de manera tal que los valores asignados puedan prevalecer ante procesos de fiscalización aduanera y de tributos internos, señalando así mismo que las posibilidades de éxito serán mayores si el tipo de análisis de precios de transferencia que se realice sea utilizando el método del costo comparable no controlado.

Un segundo elemento citado por Ramos y con el que coinciden los otros dos ponentes es en la necesidad de lograr cierto nivel de flexibilización de las autoridades aduaneras a efectos que ellas den mérito apropiado al análisis de precios de transferencia y reconozcan sus conclusiones en tanto ellas no vulneren normas aduaneras específicas.

Finalmente, y en línea con la experiencia internacional, sostiene Ramos que sería ideal que pudieran darse avances en el campo de los acuerdos anticipados de precios, ya que dichos instrumentos podrían permitir presentar a las autoridades fiscales los hechos y circunstancias de las operaciones del contribuyente y alcanzar determinados principios de valuación que le permitan cumplir adecuadamente con ambas Administraciones, la aduanera y la de tributos internos, aunque lamentablemente en la actualidad este instrumento no se viene utilizando por falta de experiencia de las autoridades.

Por su parte, Marcos Rivera apunta a la necesidad de alcanzar un primer nivel de estandarización entre las legislaciones a efectos de iniciar un proceso de convergencia. Plantea, por ejemplo, la necesidad de que los conceptos de vinculación para efectos aduaneros y tributarios se pudiera homogenizar.

Así mismo, Rivera hace notar la necesidad de manejar el tema de los intangibles, que merecen un tratamiento importante en el campo de los precios de transferencia, que no necesariamente se replica en el tema de valorización aduanera. Toda vez que en ambos casos el desarrollo normativo en el Perú es un desarrollo de cambios normativos en el exterior, así

como de cambio en los lineamientos de la Organización Mundial del Comercio “OMC” y la OCDE, reconoce que en este campo se podrán ver avances en la medida que a nivel internacional estos temas se vayan decantando.

Marcos Rivera también coincide con la importancia que tiene en este proceso el desarrollo de la práctica de celebrar acuerdos anticipados de precios.

Finalmente, Renée Villagra coincide en plantear la importancia de los acuerdos anticipados de precios como una herramienta para forjar el camino hacia la convergencia, así como la conveniencia de que las autoridades aduaneras flexibilicen sus posiciones y permitan incluso como una opción válida la aceptación de valores conforme a estudios de precios de transferencia, rescatando de esta manera la experiencia internacional.

## **VI. TEMAS TÉCNICOS**

Se han presentado 4 ponencias individuales que, más que analizar una transacción en particular, se han abocado a tratar algún tema técnico relativo a los precios de transferencia, que analizamos a continuación.

### **6.1. Las adiciones para la determinación de la renta imponible y los indicadores de rentabilidad**

Una de las ponencias individuales propone una interesante hipótesis de trabajo al plantear la posible doble incidencia que tendrían en la determinación de la renta, por una parte, los agregados y deducciones ordinarios para la determinación de la renta imponible, que en la generalidad de los casos dan por resultado un incremento de la base imponible respecto del resultado financiero, y por la otra, el ajuste de precios de transferencia.

Así, de acuerdo con Karilin Arenas, en la medida que la base imponible del impuesto sobre la renta no se determina esencialmente sobre la base del resultado financiero, como sí ocurriría en otras jurisdicciones y, en cambio, surgiría de un conjunto de reglas distintas, contenidas en la ley del impuesto a la renta y destinadas primordialmente a elevar la base imponible producto de desconocer la deducción de una serie de gastos reales pero que devienen en no deducibles producto de ciertas políticas fiscales, el efecto resulta ser que la rentabilidad del negocio se ve incrementada ficticiamente, al menos para propósitos tributarios.

Plantea, en ese sentido, Karilin Arenas que en ese contexto, en el que la rentabilidad del contribuyente domiciliado se ha visto incrementada, pare-

cería no tener sentido y, en cambio, originaría un doble efecto pernicioso sobre el contribuyente, el que, al amparo de las normas de precios de transferencia se pretenda incrementarle aun más la renta imponible, de corresponder un ajuste de precios de transferencia, a efectos de que su rentabilidad financiera, que habría sido insuficiente en relación a los comparables, llegue a estar dentro del rango intercuartil.

Así, plantea Arenas que el análisis de los márgenes brutos u operativos, según el caso del contribuyente, deberían realizarse sobre la base de los resultados tributarios y no financieros que, al incluir ya los agregados, muestra la real rentabilidad tributaria, que es la que debería prevalecer para el análisis que justamente busca ajustar la rentabilidad tributaria. De esta manera, se plantea finalmente, el sistema peruano se acercaría al efecto de otros sistemas tributarios en que la base imponible del impuesto sobre la renta está constituida esencialmente por los resultados financieros.

A pesar de lo atractivo del planteamiento de Arenas, nosotros tenemos algunos reparos a dicha propuesta. Si bien tenemos cuestionamientos importantes a la política de desconocimiento de gastos por parte de la Administración que eleva la tasa efectiva del impuesto sobre la renta<sup>14</sup> a niveles muy superiores que la tasa nominal del mismo y que, en conjunto con un posible ajuste de precios de transferencia podría producir resultados manifiestamente exagerados, entendemos que la racionalidad de ambos ajustes es distinta y, por lo tanto, no constituyen un doble cargo por conceptos equivalentes.

En efecto, el ajuste de precios de transferencia tiene por propósito ajustar el valor de la primera línea, la línea de los ingresos, o, en el caso de servicios recibidos, ajustar una de las líneas de gastos, por considerarse que la transacción financiera real fue sobre o sub-estimada. En puridad, busca restituir el ingreso o costo del estado financiero a lo que debería haber sido, si la transacción se hubiera pactado a valores de mercado.

Por ello, entendemos, la única forma de poder establecer si lo realmente transado entre las partes vinculadas corresponde a valores de mercado es utilizando el estado financiero del contribuyente y no así su estado de ganancias y pérdidas tributario. Si entendemos la liquidación de la base imponible como un proceso en el que se parte del resultado financiero para luego hacerle adiciones y deducciones para llegar a la renta imponible, el ajuste de precios de transferencia viene a ser un ajuste al supuesto resultado financiero, que según la lógica de los precios de transferencia, habría sido artificialmente disminuido. No constituiría por tanto una dupli-

---

<sup>14</sup> La tasa efectiva es la relación entre el impuesto efectivamente pagado dividido sobre el resultado financiero

cidad en el incremento de la base imponible, sino un agregado adicional, que se justificaría por razones de mercado.

Si convenimos en que se trata de un ajuste adicional por un concepto distinto más bien relacionado con un resultado financiero artificialmente disminuido (o incrementado, si fuera el caso), no habría una justificación jurídica para pretender reducir el impacto de este ajuste a través de medir y comparar la rentabilidad tributaria del contribuyente con los resultados de las empresas comparables.

Sin perjuicio de nuestro comentario anterior, convenimos en que la política fiscal en el Perú está generando muchas distorsiones en la determinación del impuesto a la renta, que originan que las tasas efectivas se eleven muy por encima de las tasas nominales. Aun cuando es un tema de política fiscal respecto del cual no somos expertos, tendría mucha mayor transparencia un régimen en el que la tasa efectiva del impuesto tienda a acercarse a la tasa nominal, lo que implicaría que se reconozcan los gastos reales del contribuyente y su estado financiero se parezca más a su determinación de la renta imponible. Para mantener los mismos niveles de recaudación, ello obligaría al fisco a elevar la tasa nominal del impuesto a la renta, mostrando realmente la proporción de los beneficios empresariales que cobra, lo que naturalmente no sería una medida muy popular.

## **6.2. Jerarquía y limitaciones metodológicas (Tania Quispe, Sophia Castro, Edward Salazar)**

Tres ponencias individuales han analizado aspectos técnicos relacionados con la metodología para determinar los precios de transferencia.

En primer lugar, Sophía Castro realiza un análisis de la evolución de los métodos para aplicar los precios de transferencia, comparando el enfoque norteamericano y el de la OCDE respecto de la jerarquía en su aplicación. Así, señala Castro que la OCDE, nuestro referente inmediato para temas de precios de transferencia, establece en las Guías una prelación en cuanto a la utilización de los métodos de precios. A su entender y en línea con el principio del precio de libre competencia, la OCDE considera que deben tomar precedente los métodos transaccionales, i.e. aquellos que se basan en el análisis de transacciones específicas, ya sea comparando precios (método del precio comparable no controlado) o comparando márgenes brutos (método del precio de reventa y método del costo incrementado). En cambio, considera que los métodos basados en las utilidades, entre los que se encuentran el método del margen neto transaccional (que involucra un paquete de transacciones, así como la atribución de costos indirectos) y los de distribución de utilidades deben considerarse como métodos de último recurso.

Esta posición, que viene siendo adoptada por la OCDE desde hace un buen tiempo, sin embargo ha contrastado con la realidad, en la cual por diversos factores, las empresas multinacionales han recurrido en mayor medida a la sustentación de sus precios por medio del método del margen neto transaccional. Esta aseveración es documentada por Sophía Castro a través de una serie de estadísticas que prueban no solo que la utilización del método del margen neto transaccional es de uso mayoritario en la preparación de estudios técnicos de precios de transferencia, sino que también es el método utilizado con mayor frecuencia en la celebración de acuerdos anticipados de precios.

Esta divergencia entre las Guías y la realidad ha originado que en el año 2006 la OCDE hiciera una convocatoria para discutir respecto de la conveniencia de seguir con este criterio o si, en cambio, convenía reevaluarlo.

El Perú, como es notorio, se apartó de esta noción de prelación de métodos y estableció, en línea con otras legislaciones, entre ellas la norteamericana, la conveniencia de establecer el parámetro del método más apropiado. Cabe aclarar que el método más apropiado no es necesariamente el método que mejor compatibiliza con un tipo de operación, como se ha señalado anteriormente en el contexto de las operaciones con intangibles. En efecto, el método más apropiado se determina ponderando el método que mejor compatibiliza con el tipo de operación, con otros elementos, como son la existencia de información apropiada, la viabilidad de la comparación sobre la base de funciones, partes y transacciones, y la posibilidad de utilizar data que no requiere de mayores ajustes macro o macroeconómicos.

En ese sentido, los parámetros establecidos en el artículo 113 del reglamento de la ley del impuesto sobre la renta sirven como una guía para el contribuyente y como una limitante para la Administración, que no puede cuestionar lo apropiado de un método en forma arbitraria sino únicamente en línea con lo dispuesto por el reglamento.

Cabe señalar, sin embargo, que si bien saludamos que la legislación nacional se apartara del sistema jerárquico de la aplicación de métodos, es lamentable que también se haya apartado de los lineamientos de la OCDE en la parte que en las Guías reconocen la conveniencia y necesidad de recurrir a otros métodos en casos de ciertas operaciones, cuando estos métodos permiten una aproximación más confiable del valor de mercado.

En este sentido, la legislación nacional adoptó, en un primer momento, la posición por la cual los precios de mercado podían ser evidenciados, entre otros, por los métodos entonces recogidos en la norma reglamentaria.

Atendiendo a que los métodos efectivamente podían servir de determinantes de la materia imponible, y respetuosos de las normas constitucionales, el legislador trasladó los métodos al texto de la ley del impuesto a la renta. Sin embargo, al efectuar este cambio modificó la redacción estableciendo que solo los métodos indicados en la ley resultaban de aplicación.

Ello origina que en la actualidad existan una serie de transacciones respecto de las cuales debe recurrirse a un método menos confiable pero recogido en la ley del impuesto a la renta, en lugar de recurrir a métodos más confiables. Tanto Sophía Castro como Edward Salazar convienen en sus ponencias en la necesidad de permitir la utilización de otros métodos distintos a los recogidos por la ley, cuando las circunstancias determinan que tales métodos puedan arrojar resultados más confiables.

Edward Salazar enfoca su ponencia individual en un aspecto técnico distinto al específicamente relacionado con el método aplicable. Su preocupación se centra en el establecimiento de políticas de precios de transferencia y las dificultades que ello importa.

Según Salazar, las empresas multinacionales deben establecer políticas de precios que sirvan de guía para que sus afiliadas cumplan apropiadamente con el principio de libre concurrencia en cada una de sus jurisdicciones. Sin embargo, señala, un típico problema de fijación de precios que no refleja el valor de mercado surge cuando la empresa adopta políticas flexibles de precios, en lugar de aplicar las políticas en forma consistente. Cabe agregar que otro problema que se presenta es que, existiendo una política de precios de transferencia y habiéndose verificado el cumplimiento de ésta con el principio de valor de mercado, esta se incumple por errores en la ejecución, en la facturación entre compañías o por otros motivos.

Los problemas metodológicos descritos encuadran también dentro de lo tratado por la ponencia individual de Tania Quispe, quien desarrolla un ejemplo de análisis de precios de transferencia y señala los distintos problemas que se van presentando y que son connaturales a esta metodología. Concluye Tania Quispe señalando que la metodología de precios de transferencia solo permite dar resultados aproximados en cierto tipo de transacciones, sin perjuicio de lo cual, incluso en estos casos, es una herramienta útil para la Administración, siempre que sea conciente de las limitaciones de esta herramienta.

## **VII. CONCLUSIONES**

- 1.- Los cambios económicos originados por la globalización hacen necesario mantener y perfeccionar régimen de precios de transferencia.

- 2.- Para evitar los perjuicios derivados de la doble imposición originada por ajustes de precios de transferencia, es recomendable incrementar agresivamente la red de convenios.
- 3.- La referencia del artículo 32, últimos 2 párrafos, delegando al reglamento establecer otros métodos de valoración para otras transacciones transgrede el principio de legalidad.
- 4.- Aquéllos supuestos de vinculación establecidos en el artículo 24 del reglamento que no obedecen a un supuesto de propiedad, administración o control común, no tienen eficacia para la normativa de precios de transferencia.
- 5.- La definición para calificar como país de baja o nula imposición y la inclusión de un país en el listado de paraísos fiscales del reglamento solo será legal en la medida que, en efecto, tales jurisdicciones apliquen una tasa baja o nula de imposición.
- 6.- La referencia a las Guías como fuente interpretativa podría devenir en ilegal si establece una prelación en las fuentes interpretativas. Si solo es una fuente más, no sería ilegal. El hecho de que quien interpreta la norma pueda preferir esa fuente luego de ponderarlas todas producto del proceso de interpretación jurídico no viola el principio de legalidad.
- 7.- La utilización de comparables secretos viola el debido proceso administrativo.
- 8.- Si una operación entre vinculadas no califica dentro del ámbito de aplicación, se aplican las reglas generales.  
  
Si una operación entre las mismas vinculadas califica dentro del ámbito de aplicación, se aplican las normas de precios de transferencia.  
  
Ambas operaciones pueden concurrir en un contribuyente en un ejercicio.
- 9.- ¿Es conveniente mantener el régimen general del artículo 32?  
  
Hay razones para mantenerlo. No hay que descartar que se pueda eliminar en el futuro.
- 10.- El párrafo de inclusión en el ámbito por el perjuicio al fisco es conveniente en el actual contexto. Sería conveniente eliminarlo, pero para ello, todas las transacciones entre vinculadas deben estar dentro del ámbito de aplicación.
- 11.- El párrafo de inclusión en el ámbito específico es conveniente, en el



actual contexto, pero deben aclararse el supuesto de las empresas con pérdidas en alguno de los 6 años precedentes. Si se realiza la modificación anterior, se debe derogar.

- 12.- Es conveniente adaptar las normas reglamentarias de vinculación para definir los supuestos de poder de decisión en el caso de contratos de colaboración empresarial.
- 13.- Existen diferencias estructurales entre el impuesto a la renta y el impuesto general a las ventas que ameritan que la aplicación de estas normas al IGV cuente con normas más detalladas de aplicación.
- 14.- La generalidad del régimen de precios de transferencia y su posterioridad al tratamiento a operaciones no fidedignas, determinan su aplicación sin restricciones al impuesto general a las ventas.
- 15.- Entendemos el régimen de precios como un régimen unitario, por lo que un perjuicio en un impuesto podría generar un ajuste para el otro. Esta unicidad hace también que un efecto de ajuste que se da en un impuesto sea aplicable automáticamente en el otro.
- 16.- La aplicación del ajuste correlativo en forma de crédito fiscal es automática, igual que la del gasto para el impuesto a la renta.
- 17.- Dado que el impuesto grava esencialmente al consumidor final y este es un tercero, debería evaluarse la eliminación de esta normativa al caso del impuesto general a las ventas, ya que no hay riesgo de que se trasladen beneficios a otras jurisdicciones.
- 18.- En tanto las Guías contemplan la prestación de ciertos servicios intra grupo al costo, esto debe ser aceptado también en el Perú.
- 19.- Un cambio en la posición de la OCDE, podría originar un cambio interpretativo en el Perú.
- 20.- La parte analizada en un servicio intragrupo puede ser la empresa no domiciliada, cuando resulte ser la parte más simple de analizar o cuando el método más apropiado así lo requiera.
- 21.- Para esos casos, se debe reglamentar el tipo de documentación que la Administración podría solicitar al contribuyente a efectos de evitar excesos.
- 22.- La correcta atribución de los costos es determinante cuando se utilizan métodos basados en márgenes. La Administración debería aceptar evidencia pericial presentada por terceros que acredite la debida asignación de los costos.

- 23.- La Administración debe gestionar que la SBS o el Banco Central produzcan información financiera apropiada para permitir los análisis de precios. Mientras tanto, debe aceptarse las aproximaciones razonables al rango de mercado.
- 24.- Los préstamos gratuitos no originan renta para el receptor del crédito.
- 25.- Una operación de crédito que es en realidad una forma de aporte, podría ser recaracterizada de acuerdo con las Guías.
- 26.- No resultan de aplicación en ningún caso los ajustes para rentas de fuente peruana percibidas por un no domiciliado, dado que no hay responsabilidad para quien recibe el servicio financiero (u otro) al no ser agente.
- 27.- Debería eliminarse esta limitación, ya que el PCNC es un método que compatibiliza bien con este tipo de transacciones.
- 28.- Para las transferencias definitivas de intangible, así como de otros instrumentos (acciones, bonos, etc) debe permitirse métodos que sean apropiados y compatibilicen con ese tipo de transacciones.
- 29.- Los contribuyentes deben realizar un planeamiento previo, que les permita sortear ambos requerimientos con el menor perjuicio posible.
- 30.- Las autoridades aduaneras deben flexibilizar su posición e incluso deberían aceptar estudios de precios como fundamento de los importadores.
- 31.- Deben realizarse avances en el área de Acuerdos Anticipados de Precios con efectos en ambos tributos que permitan a los importadores un grado de certeza adecuado.
- 32.- El Perú se ha apartado de la noción de jerarquía de métodos de precios de transferencia y es posible que la OCDE lo haga también próximamente.
- 33.- El Perú también difiere de la OCDE en no aceptar otros métodos.
- 34.- Las empresas deben establecer políticas de precios objetivas a efectos de evitarse sorpresas derivadas de una aplicación flexible de las mismas.
- 35.- Debe incluirse legislación que permita la utilización de otros métodos cuando ello sea necesario por la naturaleza de la operación.

Lima, 22 de abril de 2008