

Los préstamos gratuitos, su tratamiento en las normas de precios de transferencia

MAURO RAÚL CASTILLO GAMARRA ^(*)

I. INTRODUCCIÓN

Cuando hablamos de Precios de Transferencia, uno de los temas más recurrentes, es sin duda, el tratamiento de los préstamos gratuitos, no sólo por tratarse de una operación muy frecuente entre partes vinculadas, sino también por la falta de claridad en las normas que regulan este tema.

Como sabemos, las normas sobre Precios de Transferencia se incorporan a la legislación peruana el año 2001 y hasta la fecha han sufrido más de una modificación con el propósito de mejorarlas. Es materia de este artículo analizar dichas normas en lo relativo al tratamiento de los préstamos gratuitos, debido a que las mismas no han sido ni son claras respecto al tema planteado, pues dependiendo del período y de la norma vigente de que se trate, es posible interpretaciones contradictorias. Así se puede llegar a concluir que, los préstamos gratuitos no están dentro del ámbito de aplicación de las normas de precios de transferencia, que sí están dentro del ámbito de aplicación o que siéndoles dichas normas aplicables no se ha establecido el procedimiento adecuado para su aplicación.

Estas diversas interpretaciones ocasionan inseguridad jurídica y falta de predictibilidad de las resoluciones de las instancias administrativas y judiciales, lo cual como es lógico tiene efectos económicos, pues ante una mayor incertidumbre el inversionista exigirá un mayor retorno por su inversión, restando competitividad a nuestro país.

II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1. *Ejercicios 2001 a 2005:*

El artículo 32º del Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta,

^{*} Analista de TP Consulting. Licenciado en Economía de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Bachiller en Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

en adelante TUO de la LIR, vigente para los ejercicios 2001 al 2005 establecía que:

“En los casos de ventas, aportes de bienes y demás transferencias de propiedad a cualquier título, así como prestación de servicios y cualquier otro tipo de transacción, el valor asignado a los bienes, servicios y demás prestaciones, para efectos del Impuesto, será el de mercado”.

La norma se refiere a los servicios, sin hacer distinción entre servicios gratuitos y onerosos, por ello podríamos llegar a la conclusión de que se refiere a ambos, considerando que no debemos hacer distinción donde la ley no lo hace.

Además el artículo 26º del TUO de la LIR aprobado por Decreto Supremo Nº 054-99-EF y vigente para los ejercicios fiscales 2001 al 2003, antes de ser sustituido por el Decreto Legislativo Nº 945, establecía una tasa de interés presunto para los préstamos gratuitos y dicho artículo no hacía distinción entre préstamos entre independientes y préstamos entre vinculados, por lo que se podía entender que estaban incluidos los préstamos entre partes vinculadas.

Por otro lado, el citado artículo 32º cuando se refiere a la venta de bienes señala expresamente “a cualquier título”, en cambio cuando se refiere a la prestación de servicios no lo hace, lo cual haría suponer que se refiere sólo a la prestación de servicios onerosos.

Asimismo de acuerdo al inciso c) del artículo 2) del TUO de la LIR aprobado por Decreto Supremo Nº 054-99-EF vigente hasta el ejercicio 2003, norma recogida en el inciso d) del artículo 1º del TUO de la LIR vigente desde el ejercicio 2004 hasta la fecha, el Impuesto a la Renta (en adelante IR) grava las rentas imputadas establecidas en la LIR; no habiendo en la LIR una norma que establezca una renta presunta por intereses para el caso de los préstamos gratuitos entre partes vinculadas, no se podría gravar dicho ingreso presunto; pues cuando la norma quiere establecer un ingreso presunto lo hace expresamente, como en el caso del inciso h) del artículo 28º del TUO de la LIR; por lo que no queda claro si los préstamos gratuitos están o no dentro del ámbito de aplicación de las normas de precios de transferencia para los ejercicios 2001 al 2005.

2. Ejercicios 2006 a 2008:

La situación cambia para los ejercicios 2006 al 2008, con la publicación de la Ley Nº 28655 con fecha 29 de diciembre de 2005, norma que sustituye el artículo 32º del TUO de la LIR, estableciendo que:

“En los casos de ventas, aportes de bienes y demás transferencias de propiedad, de prestación de servicios y cualquier otro tipo de transacción a cualquier título, el valor asignado a los bienes, servicios y demás prestaciones, para efectos del Impuesto, será el de mercado”.

Esta norma a diferencia de la anterior, precisa que en el caso de la prestación de servicios “a cualquier título”, es decir incluida la prestación de servicios a título gratuito, el valor asignado será ajustado a valor de mercado, para efectos del IR. Sin embargo, no se establece una norma de intereses presuntos, como la que existe para los préstamos entre independientes contemplada en el artículo 26º del TUO de la LIR. Conforme señaláramos líneas arriba, de acuerdo al inciso d) del artículo 1º del TUO de la LIR, el IR grava las rentas imputadas establecidas en la LIR, pero es el caso que, para los préstamos entre partes vinculadas no existe una norma como la del artículo 26º aplicable para los préstamos entre independientes, en que se establece la tasa de interés presunto y la posibilidad de prueba en contrario.

III. Análisis del problema

1. En lo referente al Impuesto a la Renta:

Las normas referidas a los préstamos gratuitos contenidas en el TUO de la LIR, son las que figuran en el siguiente cuadro:

Variaciones de las normas contenidas en el TUO de la LIR referidas a Préstamos Gratuitos

TUO DE LA LIR	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007
Artículo 32º	El IR grava la prestación de servicios. La norma no establece si se grava sólo los servicios onerosos o también los gratuitos.			El IR grava la prestación de servicios a cualquier título			
Artículo 26º	Se presume que todo préstamo devenga un interés no inferior a la TAMN (...). La norma no diferencia entre préstamos a vinculados y a dependientes			Se presume que todo préstamo devenga un interés no inferior a la TAMN (...). La Norma sólo es aplicable a préstamos entre independientes, para el caso de préstamos vinculados nos remite al artículo 32º-A			
Literal c) del Art. 2º	El IR grava las rentas imputadas establecidas en la LIR						
Literal d) del Art. 1º				El IR grava las rentas imputadas establecidas en la LIR.			

1.1 Ejercicios 2001 a 2005:

Conforme señaláramos, el artículo 32º del TUO de la LIR vigente para los ejercicios 2001 al 2005, para el caso de la prestación de servicios no indica “a título gratuito”, como sí lo hace para el caso de la transferencia de bienes. Asimismo la propia LIR señala que se gravará las rentas imputadas establecidas en la LIR; sin embargo, no existe ninguna norma que establezca una renta imputada similar a la regla establecida en el artículo 31º de la LIR para el caso de las entregas gratuitas.

Si bien es cierto el artículo 26º de la LIR, vigente para los ejercicios 2001 al 2003, establecía un interés presunto para los préstamos otorgados sin distinguir si eran otorgados a vinculados o independientes; también lo es que, dicho artículo no establecía la aplicación del principio de arm`s length para los préstamos gratuitos, si se tiene en cuenta que para los préstamos en moneda nacional fijaba como tasa mínima la TAMN, tasa que por lo general es superior a la tasa de interés que obtienen las grandes empresas, y además establecía que, no se aplicará esta presunción cuando se pruebe lo contrario con los libros contables del deudor; es decir, lo que al final prevalecerá es lo registrado en los libros del deudor, y por lo tanto el principio de arm`s length no sería de obligatorio cumplimiento.

El artículo 26º de la LIR fue modificado mediante el Decreto Legislativo Nº 945, así la nueva versión del artículo 26º vigente desde el ejercicio 2004 en adelante, establece en su último párrafo que:

“Las disposiciones señaladas en los párrafos precedentes serán de aplicación en aquellos casos en los que no exista vinculación entre las partes intervinientes en la operación de préstamo. De verificarse tal vinculación, será de aplicación lo dispuesto por el numeral 4) del artículo 32º de esta Ley.”

En consecuencia, lo dispuesto en dicho artículo será de aplicación sólo a las transacciones entre partes independientes y para el caso de las transacciones entre partes vinculadas será de aplicación lo dispuesto en el numeral 4) del artículo 32º; pero como indicáramos, el artículo 32º no establece una regla de valor de mercado para el caso de la prestación de servicios gratuitos, pues no se refiere expresamente a los servicios prestados a cualquier título como sí lo hace para el caso de la transferencia de bienes, además la LIR no contiene ninguna norma de valor de mercado para los servicios gratuitos, como sí lo hace para el caso del retiro de bienes en el artículo 31º. Por ello se debe entender que, para los ejercicios fiscales del 2001 al 2005 no existe regla de valor de mercado para los servicios gratuitos.

En este orden de ideas, la Administración Tributaria en el Informe N° 055-2003-SUNAT/2B0000, haciendo una interpretación conjunta de varios artículos de la LIR señala que:

“Cuando la Ley del Impuesto a la Renta ha querido considerar una operación como gravada, aún cuando dicha operación en los hechos no generaría una ganancia, la misma ha sido incluida expresamente en la norma, tal como en el caso del antes glosado artículo 31º (entrega gratuita).

Lo manifestado anteriormente, nos lleva a considerar que si para el retiro de bienes el legislador incluyó dicha operación en forma expresa, para el caso de los servicios gratuitos -operación que tampoco generaría una ganancia-, si la intención hubiera sido la misma, el legislador también hubiera utilizado dicha técnica, o sea la de incluirlos expresamente como rentas”.

Por lo expuesto en el referido Informe se debe entender que, si no hay una norma expresa que incluya a los servicios gratuitos dentro del ámbito de aplicación del IR, como sí lo hay en el caso del retiro de bienes, dichos servicios no se encuentran gravados con el IR; conclusión a la que llega la Administración en el citado Informe y que reitera en sucesivos informes como el Informe N° 143-2005-SUNAT/2B0000.

Cabe resaltar que, toda esta confusión se originó debido a la inadecuada redacción de la norma, artículo 32º de la LIR vigente para los ejercicios fiscales 2001 al 2005; hubiera sido mejor que dicha norma establezca expresamente que sólo se refería a la prestación de servicios a título oneroso.

1.2 Ejercicios 2006 a 2008:

La situación cambia para los ejercicios 2006 al 2008, pues con fecha 29 de diciembre de 2005 se publicó la Ley N° 28655, mediante la cual se sustituye el artículo 32º de la LIR. Esta norma arriba citada, a diferencia de la anterior establece que la prestación de servicios a cualquier título, es decir incluido los servicios gratuitos, serán ajustados a valor de mercado para efectos del IR.

Cabe destacar que parte de la doctrina sostiene que, si bien el artículo 32º establece que la regla del valor de mercado es aplicable a los servicios gratuitos, esta norma regula sólo un elemento del hecho gravado que es la base imponible, pero no regula en estricto el hecho gravado presunto en forma similar a lo regulado en el artículo 26º de la LIR para los préstamos entre independientes; en consecuencia, no existiendo en la LIR una norma

que establezca el interés presunto para los préstamos entre vinculados, dichos préstamos no estarían gravados con el IR, considerando que de acuerdo al inciso d) del artículo 1º de la LIR, están gravados con el IR las rentas imputadas establecidas en la LIR, y al no haberse imputado adecuadamente la renta, no podría cobrarse IR sobre ella.

No compartimos esta posición de la doctrina, pues si bien el artículo 32º no establece una determinada tasa de interés, como lo hace el artículo 26º para el caso de los préstamos entre independientes; sí se establece una tasa de interés determinable, que es la de mercado, la misma que se calculará construyendo un rango intercuartil de las tasas comparables a la operación analizada, siendo la mediana de dicho rango intercuartil, la tasa sobre la cual se calcularán los intereses y el IR.

Por su parte, la Administración Tributaria, al analizar la referida norma en el Informe N° 090-2006-SUNAT/2B0000 señala:

“Al respecto, debe tenerse en cuenta que el primer párrafo del artículo 32º del TUO de la Ley del Impuesto a la Renta ha incorporado una ficción legal mediante la cual se imputa una renta en el caso de prestación de servicios realizados a título gratuito; lo cual implica que la normatividad del Impuesto a la Renta ha incorporado dentro del campo de aplicación de dicho impuesto a los servicios prestados a título gratuito, atribuyéndole el carácter de renta gravada”.

En suma queda claro que a partir del ejercicio fiscal 2006, los préstamos gratuitos deben ser ajustados a valor de mercado para efectos del IR.

1.3 Regla de la subcapitalización:

Es necesario mencionar que el último párrafo del inciso a) del artículo 37º del TUO de la LIR sustituido mediante Decreto Legislativo N° 945, vigente desde el ejercicio 2004, señala que:

“Serán deducibles los intereses provenientes de endeudamientos de contribuyentes con partes vinculadas cuando dicho endeudamiento no exceda del resultado de aplicar el coeficiente que se determine mediante decreto supremo sobre el patrimonio del contribuyente; los intereses que se obtengan por el exceso de endeudamiento que resulte de la aplicación del coeficiente no serán deducibles”.

La regulación anterior incorporada mediante Ley N° 27356, vigente desde el 01 de enero de 2001, era muy similar, con la única diferencia que en

lugar de referirse a “partes vinculadas” decía “sujetos o empresas vinculadas”.

Por su parte el numeral 6) del inciso a) del artículo 21º del Reglamento de la LIR, incorporado por el Decreto Supremo Nº 045-2001-EF publicado el 20 de marzo de 2001 y vigente hasta la fecha, establece que:

“El monto máximo de endeudamiento con sujetos o empresas vinculadas, a que se refiere el último párrafo del inciso a) del Artículo 37º de la Ley, se determinará aplicando un coeficiente de 3 (tres) al patrimonio neto del contribuyente al cierre del ejercicio anterior (...).”

Así, tenemos que en el caso de un ajuste por precios de transferencia a los préstamos gratuitos; la empresa que recibe el préstamo sólo podrá deducir como gastos financieros los intereses correspondientes al crédito de hasta tres veces su patrimonio neto al cierre del ejercicio anterior y el exceso de los intereses no serán deducibles. Por otro lado, la parte que otorga el préstamo deberá pagar el IR por el total de los intereses presuntos.

1.4 Préstamos gratuitos otorgados por personas naturales:

Cabe precisar que, el Informe Nº 090-2006-SUNAT/2B0000 analiza la prestación de servicios gratuitos realizados por empresas, pues la consulta se refiere a dicho supuesto; así el citado informe en sus conclusiones señala:

“Los servicios a los que se refiere el primer párrafo del artículo 32º del TUO de la Ley del Impuesto a la Renta comprenden tanto a aquellos realizados a título oneroso, como aquellos realizados a título gratuito por empresas, los cuales deberán ser ajustados al valor de mercado para efectos del Impuesto a la Renta.” (El subrayado es nuestro)

Como se puede apreciar el Informe sólo se refiere al caso de los servicios prestados por empresas. Nos preguntamos ¿Qué ocurre cuando el préstamo lo otorga una persona natural, por ejemplo el accionista?, ¿el resultado sería el mismo? En este supuesto hay que tener en cuenta que, si el préstamo generara intereses, estos serían renta de segunda categoría para la persona natural, y por lo tanto, se regirían por el principio de lo percibido; en consecuencia, si la persona natural no percibe intereses, no estaría en la obligación de pagar IR sobre los mismos, aún cuando el ingreso se hubiese devengado.

En este orden de ideas, tenemos que el artículo 24º de la LIR, que regula las rentas de segunda categoría, no ha contemplado ingresos presuntos;

como sí lo hace el inciso d) del artículo 23º y el inciso h) del artículo 28º de la LIR, que se refieren a las rentas de primera y tercera categoría respectivamente, las mismas que se rigen por el principio de lo devengado, por lo cual es posible atribuir al contribuyente rentas presuntas.

Por lo expuesto, podemos colegir que, en el caso de los préstamos otorgados por personas naturales, no se podría imputar rentas presuntas, dado que son rentas de segunda categoría que se rigen por el principio de lo percibido, por lo tanto sería inviable el ajuste a valor de mercado de los intereses por dichos préstamos.

2. Lo que establece la OCDE:

La Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, en adelante OCDE, en el punto 7.2 del Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations establece una lista enunciativa de los servicios intra-grupos, entre los que se encuentran los servicios contables, legales, financieros y administrativos; los mismos que también se pueden obtener de terceros independientes.

Asimismo en el punto 7.6 define el servicio intra-grupo como aquél que tiene un valor económico o comercial y además mejora la posición comercial de la empresa que recibe dicho servicio, y agrega que el servicio intra-grupo será aquel por el cual una empresa independiente hubiera estado dispuesta a pagar o a desarrollarlo por sí misma.

Además en el punto 7.37 establece que, cuando el impuesto recaudado por la Administración sea menor al costo de determinar el precio que cumple con el principio de arm's length, se admitirá que el servicio intra-grupo sea prestado a su costo; salvo en los siguientes casos: cuando la provisión del servicio es la actividad principal de la empresa asociada, cuando el beneficio es relativamente significativo o cuando el cobro directo puede ser la base para determinar el precio que cumpla con el principio.

De acuerdo a lo establecido por la OCDE los préstamos calificarían como servicios intra-grupo, además en el supuesto arriba descrito podrían ser prestados al costo, pudiendo ser dicho costo inferior al precio de mercado y sin ameritar un ajuste por parte de la Administración.

Por su parte, la legislación nacional si bien se refiere a los servicios en general y establece que los mismos deben cumplir con el principio de arm's length, no se refiere expresamente a los servicios intra-grupos y más bien en el inciso h) del artículo 32º-A vigente a partir del ejercicio 2004 establece que:

“Para la determinación de lo dispuesto en este artículo, serán de aplicación las Guías sobre Precios de Transferencia para Empresas Multinacionales y Administraciones Fiscales, aprobadas por el Consejo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico - OCDE en tanto las mismas no se opongan a las disposiciones aprobadas por esta Ley.”

Entendemos que el artículo 32º de la LIR al señalar que, el valor asignado a los servicios para efectos del IR será el valor de mercado, está incluyendo a los servicios intra-grupos; por lo que los mismos deben cumplir con el principio de arm's length. No obstante ello, resultaría conveniente que la norma nacional regule expresamente los servicios intra-grupo.

3. En lo referente al IGV:

Respecto a si el otorgamiento de préstamos gratuitos está gravado con IGV, es necesario mencionar que, el numeral 1) del inciso c) del artículo 3º del TUO de la Ley del Impuesto General a las Ventas señala que:

“Para los efectos de la aplicación del Impuesto se entiende por:

(...)

c) Servicios:

1) Toda prestación que una persona realiza para otra y por la cual percibe una retribución o ingreso que se considere renta de tercera categoría para los efectos del Impuesto a la Renta, aún cuando no esté afecto a este último impuesto”. (El subrayado es nuestro)

Conforme la norma lo señala expresamente, para que un servicio sea tal se requiere que sea oneroso; por lo tanto, para efectos del IGV los préstamos gratuitos no calificarían como servicio, y por ende no están gravados con este impuesto.

Por otro lado, la LIR en su artículo 32º-A señala que:

“Las normas de precios de transferencia también serán de aplicación para el Impuesto General a las Ventas e Impuesto Selectivo al Consumo, salvo para la determinación del saldo a favor materia de devolución o compensación. (...)”

Por su parte, el Reglamento de la LIR, en el artículo 109º regula los ajustes del IGV por la aplicación de las normas de precios de transferencia.

De acuerdo a estas normas, se debería realizar un ajuste del IGV en el caso

de otorgamiento de préstamos gratuitos. Es evidente que en este tema, existe una seria contradicción entre lo estipulado por las normas de la LIR y su Reglamento, y lo regulado en la Ley del IGV. Cabe señalar que para decidir cuál de las normas se debe preferir hay que tener en cuenta la especialización de las normas y la naturaleza jurídica del IGV.

Tal como lo señala el artículo 13º del TUO de la Ley del IGV, la base imponible del IGV en el caso de la prestación de servicios, está constituida por el total de la retribución; en concordancia con la definición de servicio contenida en el numeral 1) del inciso c) del artículo 3º del TUO de la Ley del IGV. Si en el caso de los préstamos gratuitos, se realizara un ajuste del IGV de acuerdo a lo establecido en el Reglamento de la LIR, ello implicaría cambiar la base imponible del IGV y trastocar la lógica jurídica de dicho impuesto, tal como lo señala Villanueva Gutiérrez.¹ Por ello consideramos que, se debe preferir lo establecido en la Ley del IGV y no lo regulado en la LIR y su Reglamento.

En relación a los ajustes del IGV en el caso de prestación de servicios a título gratuito; la Administración en reiterados pronunciamientos tales como el Informe N° 009-2004-SUNAT-2B0000 e Informe N° 148-2004-SUNAT/2B0000 ha señalado que, dichas prestaciones de servicios no califican como tales para efectos del IGV, de acuerdo a lo establecido por el numeral 1) del inciso c) del artículo 3º del TUO de la Ley del IGV; por lo que, no procedería realizar un ajuste por IGV. Nosotros compartimos esta posición; pero apuntando que es perentorio que las normas sobre precios de transferencia para ser aplicadas al IGV deben ser modificadas a fin de incorporar en ellas la lógica jurídica de este impuesto.

IV. Análisis del perjuicio fiscal

De acuerdo al artículo 32º-A del TUO de la Ley del Impuesto a la Renta:

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

Dicha norma establece que “en todo caso será de aplicación en los siguientes supuestos:”

1) Operaciones internacionales:

¹ VILLANUEVA GUTIÉRREZ, Walker. “Precios de Transferencia en el IGV (segunda parte)”. EN: Revista Informe Tributario, Diciembre 2007, pag. 5.

Con respecto a los préstamos gratuitos recibidos del exterior no hay perjuicio al interés fiscal pues la empresa peruana no está incurriendo en gastos financieros; como lo señala el artículo precedente, se aplicará las normas de precios de transferencia cuando haya perjuicio al interés fiscal, supuesto que no se presenta en los préstamos recibidos del exterior.

Respecto a los préstamos otorgados al exterior sí hay perjuicio al interés fiscal; y el ajuste se realizaría sólo para el caso de la parte domiciliada, excepto en los casos para los cuales el Perú haya suscrito un convenio internacional para evitar la doble imposición que contemple ajustes por precios de transferencia. En la actualidad el Perú sólo tiene suscrito dos convenios internacionales para evitar la doble tributación, con Chile y Canadá, ambos suscritos en el 2001 y ninguno de los dos se refiere expresamente a los precios de transferencia y menos a los ajustes en caso de préstamos gratuitos.

- 2) Cuando se trate de operaciones nacionales y las partes pertenezcan a regímenes diferenciados del Impuesto a la Renta:

Al respecto consideramos que, la redacción de la norma no es adecuada porque dice “Cuando (...) al menos una de las partes sea sujeto inafecto (...)”, es decir, la norma considera que si las dos partes son sujetos inafectos existe posibilidad de perjuicio al interés fiscal, ¿cómo podría ser esto posible? Nosotros consideramos que la posibilidad de un menor pago del IR y por ende de perjuicio al interés fiscal, se da cuando las partes están gravadas con diferentes tasas del IR; pues aún perteneciendo a diferentes regímenes del IR si ambas partes pagan la misma tasa no existe posibilidad de perjuicio al interés fiscal.

El perjuicio se produciría cuando la parte que está sujeta a una mayor tasa del IR es la que otorga el préstamo gratuito, siendo la cuantía del perjuicio el monto del interés presunto por el diferencial de las tasas. Así por ejemplo, si una empresa gravada con el 30% de IR otorga un préstamo gratuito a su vinculada exonerada del IR, el perjuicio sería el 30% de los intereses presuntos.

Cuando el que otorga el préstamo es la parte que paga una menor tasa, no existe perjuicio al interés fiscal, pues si se realizará un ajuste bilateral como lo establece el inciso c) del artículo 32º-A de la LIR, el resultado conjunto sería un menor pago del IR. Así por ejemplo, si la Empresa A que paga 15% de IR, otorga un préstamo gratuito de S/. 1´000,000 a la empresa B que paga 30% de IR, y se realizará un ajuste aplicando una tasa de interés del 10%, la Empresa A tendría ingresos

presuntos por S/. 100,000 y por dicho ingreso pagaría por IR S/. 15,000 (15% de S/. 100,000), mientras que la empresa B tendría que reconocer un gasto financiero por S/. 100,000 lo que disminuiría su utilidad antes de impuestos y por ende reduciría el IR que debe pagar en S/. 30,000 (30% de S/. 100,000); es decir, el efecto neto para la Administración sería una menor recaudación por S/. 15,000. Por lo tanto, dado que las normas de precios de transferencia sólo se deben aplicar en caso de perjuicio al interés fiscal manifestado en un menor pago del IR, tal como lo señala el artículo 32º-A de la LIR; en el presente caso, no procedería realizar un ajuste por precios de transferencia.

- 3) Cuando se trate de operaciones nacionales y al menos una de las partes haya obtenido pérdidas en los últimos seis ejercicios gravables:

El perjuicio al interés fiscal se producirá cuando la empresa que no tiene pérdida arrastrable otorga el préstamo a una empresa que sí tiene pérdida arrastrable, pues si la primera cobrará intereses pagaría IR en dicho ejercicio, mientras que la receptora del préstamo sólo aumentaría sus pérdidas, lo que se traduciría en dejar de pagar IR en los ejercicios fiscales futuros en que genere utilidad; es decir, el perjuicio se configura porque la prestamista deja de pagar IR en el presente ejercicio fiscal, para que la prestataria pague IR en futuros ejercicios fiscales o nunca pague en caso no genere utilidad y cierre.

Si bien es cierto que, la norma establece que los ajustes son bilaterales, en la práctica la Administración ajusta a quien pagó menor IR y el que pagó mayor IR puede pedir la devolución del pago indebido, pero esto último en muchos casos no sucede, por temor a ser fiscalizado.

V. Análisis de las obligaciones formales

La Resolución de Superintendencia Nº 167-2006-SUNAT en su artículo 3º establece quiénes están obligados a presentar Declaración Jurada Anual Informativa y en su artículo 4º señala quienes están obligados a contar con Estudio Técnico de Precios de Transferencia; en ambos casos, se establece límites cuantitativos para determinar quienes tienen dichos deberes formales. Sin embargo, no quedaba del todo claro cuál debería ser el monto a considerar en el caso de préstamos gratuitos para efectos de determinar si un contribuyente pasaba o no dichos límites; últimamente, esto ha sido aclarado por lo señalado por la Administración Tributaria al absolver las preguntas frecuentes en su web (www.sunat.gob.pe/orientacion/preciosT/index.html), de fecha 12 de febrero de 2008, específicamente en la pregunta 15 donde se aclara que el monto del servicio corresponde sólo a los intereses y no al capital, y en la pregunta 18 en la cual se señala que,

tratándose de las transacciones a título gratuito se debe considerar el costo computable, y como sabemos, en el caso de los préstamos gratuitos entre vinculados el costo computable es cero.

VI. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

1. Para los ejercicios 2001 al 2005 la norma no está adecuadamente redactada, hubiera sido mejor que se señale expresamente que sólo está gravada la prestación de servicios a título oneroso. Sin embargo, en base al análisis realizado consideramos que, para dicho período no hay norma que faculte a la Administración Tributaria al ajuste por precios de transferencia para el caso de la prestación de servicios a título gratuito.
2. Para los ejercicios 2006 en adelante, la norma es clara y grava el otorgamiento de préstamos gratuitos realizado por empresas, estableciendo un interés presunto igual a la tasa de mercado para préstamos similares.
3. En el caso de los préstamos otorgados por personas naturales, los intereses serían renta de segunda categoría que se rigen por el principio de lo percibido; en consecuencia, al no haber percibido intereses no estarían afectos al IR. No obstante resulta necesario que la Administración se pronuncie a través de un Informe, respecto a cual debe ser el tratamiento que recibirán dichos préstamos gratuitos.
4. Los préstamos gratuitos no están afectos a IGV, incluso en el caso de que se hubiera realizado un ajuste para efectos del IR. Asimismo, consideramos perentorio que el legislador adecue las normas de precios de transferencia que se refieren al IGV a la naturaleza jurídica de este impuesto.

VII. Bibliografía

ARNOLD, Brian y MCINTYRE Michael: International Tax Primer. The Netherlands: Kluwer Law International, 1995.

Informe N° 055-2003-SUNAT/2B0000

Informe N° 009-2004-SUNAT-2B0000

Informe N° 148-2004-SUNAT/2B0000

Informe N° 143-2005-SUNAT/2B0000

Informe N° 090-2006-SUNAT/2B0000

OCDE: Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations. 2001.

Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta

TUO de la Ley del Impuesto a la Renta

TUO de la Ley del Impuesto General a las Ventas

VILLANUEVA GUTIÉRREZ, Walker. Precios de Transferencia en el IGV (segunda parte). En Revista Informe Tributario, diciembre 2007.