

TRIBUTACIÓN

La incidencia de la pandemia del COVID-19 en el análisis de los precios de transferencia para efecto del impuesto a la renta en el Perú: medidas requeridas*

Renée Antonieta Villagra Cayamana

Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú

En el presente trabajo, se analiza la incidencia en Perú de las recomendaciones brindadas por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) en su Guía sobre las implicancias de la pandemia del COVID-19 en los precios de transferencia (*Guidance on the transfer pricing implications of the COVID-19 pandemic*), publicada el 18 de diciembre de 2020. Este documento representa la perspectiva en consenso de los más de 137 miembros del Marco Inclusivo de BEPS, entre los que se encuentra Perú. La investigación se centra en la aplicación del principio de libre concurrencia para problemas generados o exacerbados por la pandemia. En particular, se analiza la problemática del análisis de comparabilidad en un escenario de carencia de transacciones y empresas comparables de información del ejercicio 2020 y periodos siguientes afectados por la pandemia. Igualmente, se aborda el tema de las pérdidas desde dos perspectivas: como transacción o empresa comparable, y como la generación de pérdidas en los modelos de negocios de riesgo limitado. Se concluye que varias de las medidas recomendadas por el Marco Inclusivo pueden materializarse a través de la flexibilización y apertura de la administración

* La presente investigación se ha realizado con la ayuda del Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica (CICAJ) del Departamento de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP).



tributaria en las fiscalizaciones. No obstante, permitir la modificación del análisis de los precios de transferencia reflejado en el reporte local en función a información de transacciones y empresas comparables obtenida con posterioridad requiere la emisión de una norma legal que no condicione la declaración rectificatoria a la verificación de la SUNAT, y que suspenda la aplicación de infracciones y sanciones por la declaración de datos y cifras falsos.

Palabras clave: COVID-19, precios de transferencia, libre concurrencia, BEPS

The incidence of the COVID-19 pandemic in the analysis of transfer prices for income tax in Peru: required measures

This paper analyzes the incidence in our country of the recommendations provided by the OECD in its Guide on the implications of the COVID-19 Pandemic on transfer pricing *Guidance on the transfer pricing implications of the COVID-19 pandemic* published on December 18, 2020 and which represents the consensus perspective of the more than 137 members of the BEPS Inclusive Framework, among which is Peru, regarding the application of the arm's length principle for problems generated or exacerbated by the pandemic. In particular, the problem of comparability analysis is evaluated in a scenario of lack of comparable transactions and companies in the 2020 and subsequent years affected by the pandemic. Likewise, the issue of losses is addressed from two perspectives, those as a comparable result and the generation of losses in business models with limited risk. It is concluded that several of the measures recommended by the Inclusive Framework can be materialized through the flexibility and openness of the Tax Administration in audits; however, allowing the modification of the transfer pricing analysis reflected in the Local Report based on information of comparable companies obtained later requires the issuance of a legal norm that does not condition the rectifying return to the verification of SUNAT and temporarily avoid the application of infractions and sanctions for the declaration of false data.

Keywords: COVID-19, transfer pricing, arm's length, BEPS

A incidência da pandemia COVID-19 na análise dos preços de transferência para o efeito do imposto de renda no Peru: medidas necessárias

Este artigo analisa a incidência em nosso país das recomendações fornecidas pela Organização para a Cooperação y el Desarrollo Económicos (OCDE) em seu Guia sobre as implicações da Pandemia COVID-19 sobre preços de transferência "Orientações sobre as implicações dos preços de transferência da pandemia COVID-19" publicado em 18 de dezembro de 2020 e que representa a perspectiva consensual dos mais de 137 membros do Marco Inclusivo BEPS, entre os quais está o Peru, a respeito da aplicação do princípio da livre concorrência para os problemas gerados ou agravados pela pandemia. Em particular, o problema da análise de comparabilidade é analisado em um cenário de falta de transações e empresas de informações comparáveis em 2020 e anos subsequentes afetados pela pandemia. Da mesma forma, a questão das perdas é tratada sob

duas perspectivas, a de uma transação ou empresa comparável e a da geração de perdas em modelos de negócios com risco limitado. Conclui-se que várias das medidas preconizadas pelo Marco Inclusivo podem ser materializadas através da flexibilidade e abertura da Administração Tributária nas auditorias; No entanto, permitir a modificação da análise dos preços de transferência refletidos no Relatório Local com base em informações sobre transações e empresas comparáveis obtidas posteriormente requer a emissão de norma legal que não condicione a declaração retificativa à verificação da SUNAT e que suspenda a aplicação de infrações e sanções para a declaração de dados e números falsos.

Palavras chave: COVID-19, preço de transferência, princípio de plena concorrência, BEPS

1. INTRODUCCIÓN

La pandemia del COVID-19 ha generado y exacerbado problemas de precios de transferencia que involucran a las empresas multinacionales con sus subsidiarias, sucursales u otros establecimientos permanentes ubicados en Perú. A nivel internacional, la pandemia ha creado condiciones económicas únicas y sin precedentes: las empresas han sufrido interrupciones en sus cadenas de suministro, incluida la reducción de sus operaciones y producción, y se han visto obligadas a cambiar la forma en que se llevan a cabo sus negocios. Muchas compañías se han visto obligadas a cerrar, al menos temporalmente, y el riesgo permanece latente, dado que la pandemia no concluye y surgen preocupantes variantes del virus. En algunas industrias, la demanda ha caído drásticamente, mientras que en otras simplemente ha cambiado o incluso ha aumentado, como, por ejemplo, en el mercado de venta de computadoras e impresoras, y los servicios de videoconferencia en línea. Por su parte, ante la falta de liquidez de las empresas, la necesidad de renegociar contratos, y la urgencia de realizar gastos y costos no previstos (incluyendo los vinculados al personal), aunado a la carencia de información de empresas independientes en un escenario internacional en el que cada Estado ha manejado de distintas formas la emergencia, surge la necesidad de evaluar, desde la perspectiva peruana, soluciones operativas y legales que faciliten la determinación de los precios que inciden directamente en el impuesto a la renta que pagan las empresas y que para el Estado significa recaudación.

En el presente trabajo, se analiza la incidencia en Perú de las recomendaciones brindadas por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (en adelante, OCDE) en su Guía sobre las implicancias de la pandemia del COVID-19 en los

precios de transferencia¹ (en adelante, Guías específicas), que fue publicada el 18 de diciembre de 2020. De acuerdo al mismo documento, este representa la perspectiva en consenso de los 137 miembros del Marco Inclusivo de BEPS² con respecto a la aplicación del principio de libre competencia para problemas generados o exacerbados en el contexto de la pandemia (OCDE, 2020a, p. 1)³. Es importante recordar que el Marco Inclusivo se creó en 2016 para garantizar que los países y jurisdicciones interesados, incluidas las economías en desarrollo que

podieran participar en condiciones de igualdad en el desarrollo de estándares sobre cuestiones relacionadas con la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios, revisando y fiscalizando al mismo tiempo la implementación del Proyecto BEPS de la OCDE y el G-20 (2020b, p. 1).

Perú llegó a ser el miembro 91 del Marco Inclusivo (Orbitax, 2020, p. 1). Es preciso señalar que, si bien en el ámbito nacional se emitieron algunas normas para atenuar los efectos de la pandemia en relación al impuesto a la renta⁴, tales medidas escapan del ámbito del presente trabajo, pues son de índole general, y están orientadas para todo contribuyente y no exclusivamente a las operaciones entre partes vinculadas, cuya problemática es la que se aborda en el presente trabajo.

2. GUÍA SOBRE LAS IMPLICANCIAS DE LA PANDEMIA DEL COVID-19 EN LOS PRECIOS DE TRANSFERENCIA

Las Guías específicas clarifican comentarios e ilustran la aplicación del principio de libre competencia en cuatro problemas prioritarios: (i) el análisis de comparabilidad, (ii) las pérdidas y la atribución de costos específicos de COVID-19, (iii) los programas de asistencia gubernamentales, y (iv) los Acuerdos Previos sobre Precios (en adelante, APA). Los aspectos que se tratarán en el presente trabajo se limitan a los primeros problemas señalados. Estos son la problemática del análisis de comparabilidad y el tratamiento de las pérdidas bajo dos perspectivas: (i) como elemento comparable y

¹ *Guidance on the transfer pricing implications of the COVID-19 pandemic.*

² BEPS proviene de *Base Erosion and Profit Shifting*, el plan contra la erosión de la base y el desvío de utilidades.

³ A febrero de 2021, la OCDE (2021) reportó tener 139 miembros (p. 1).

⁴ El Decreto Legislativo 1481 (publicado el 10 de mayo de 2020) extendió hasta por cinco años el plazo para compensar la pérdida neta total de tercera categoría registrada por el ejercicio de 2020, bajo el Sistema A de compensación de pérdidas. Por su parte, el Decreto Legislativo 1488 (publicado el 10 de mayo de 2020) estableció, de manera excepcional y temporal, un régimen especial de depreciación y modificó algunos plazos de depreciación.

(ii) como resultado atribuible a la empresa. Si bien las Guías específicas abordan el tratamiento de los programas asistenciales otorgados por los gobiernos con motivo de la pandemia (lineamientos 60 al 86)⁵ —en tanto tal tipo de medidas con relación a partes vinculadas no se han implementado en Perú—, no se abordará este tema. De igual forma, quedan fuera del ámbito del presente trabajo los lineamientos 87 a 112 de las Guías específicas sobre los APA, debido a que, si bien tales instrumentos son reconocidos por la Ley del Impuesto a la Renta, en la práctica no se tiene conocimiento de que estos se han llevado a cabo a la fecha en Perú.

Cabe señalar que la OCDE (2020a) parte de la premisa de que las *Directrices de la OCDE aplicables en materia de precios de transferencia a empresas multinacionales y administraciones tributarias* de 2017 (en adelante, Guías) siguen siendo confiables para ayudar a encontrar soluciones satisfactorias tanto para las empresas multinacionales como para las Administraciones Tributarias, incluso en la situación única de la pandemia. Además, señala que las Guías específicas se centran en la forma de aplicar el principio de libre competencia a los problemas que pueden surgir o exacerbarse con motivo de la pandemia, y deja claro que no desarrolla una guía especializada más allá de lo que actualmente abordan las Guías y que estas no constituyen una extensión o revisión de las Guías (pp. 2-3). En Perú, las Guías constituyen una fuente interpretativa en virtud de lo previsto por el inciso h del artículo 32º-A de la Ley del Impuesto a la Renta.

3. ANÁLISIS DE COMPARABILIDAD

En relación al análisis de comparabilidad, que involucra la comparación de precios o márgenes de la empresa frente a otras empresas, y que constituye la parte medular de la metodología de precios de transferencia, las Guías específicas han identificado dos circunstancias problemáticas como consecuencia de la pandemia. Tales circunstancias se presentan a continuación:

- i. La disponibilidad de data o información sobre comparables, en tanto en esta se refleja el efecto de la asistencia de cada gobierno en el que el grupo multinacional opera.
- ii. La repentina pérdida de importancia de la data histórica en el análisis de precios de transferencia, en tanto la pandemia ha tenido un impacto significativo en el precio de algunas transacciones entre empresas independientes (OCDE, 2020a, p. 5).

⁵ Entre otros aspectos, se encuentran los programas de asistencia monetaria y no monetaria, subsidios de costos laborales, provisionamiento de infraestructura, deducciones tributarias, inversiones deducibles, y exoneraciones de impuestos indirectos.

Si bien la OCDE alude a la «asistencia» de los gobiernos como un factor que origina la falta de disponibilidad de comparables y la descalificación de algunos comparables que sostenidamente en el tiempo venía usando una empresa, es importante destacar que, desde la postura de esta investigación, son el «comportamiento» de los gobiernos y su forma de enfocar la pandemia los que han determinado o incidido en la invalidez de comparables que antes eran válidos para un caso concreto en ejercicios ordinarios. Como ejemplo del disímil comportamiento de los gobiernos para afrontar el problema, destaca en Latinoamérica el caso de Uruguay, en el que no se dispuso ningún confinamiento obligatorio durante el ejercicio de 2020 (Lissardy, 2021). En cambio, en el caso peruano, mediante el Decreto Supremo 044-2020-PCM, publicado el 15 de marzo de 2020, se declaró el Estado de Emergencia Nacional, que dispuso una cuarentena obligatoria que fue sucesivamente prorrogada. Evidentemente, tales situaciones generaron en ambos países desenvolvimientos del sector productivo muy diferentes. En el plano mundial, resalta el caso de Japón, en el que las medidas restrictivas recién cobraron fuerza en 2021, a diferencia de 2020 (Siripala, 2021). Incluso, en un mismo país, como Estados Unidos, la duración y la intensidad del confinamiento en los diferentes estados no ha sido uniforme (Bryson, 2021).

Por otro lado, una circunstancia que no es explícita en las Guías específicas, pero que es considerada importante desde la perspectiva práctica y la experiencia es la consistencia, que es una característica de la operatividad de los precios de transferencia, que se evidencia, entre otros, en la utilización del mismo método, del mismo juego de comparables y de la aplicación del mismo tipo de ajustes de comparabilidad. Sin embargo, mientras no se modifique el modelo de negocios a lo largo del tiempo, no se espera que la consistencia se cumpla en los ejercicios involucrados en la pandemia, en tanto, conforme se ha explicado, esta ha introducido diferencias en las empresas y transacciones que antes eran comparables por ser iguales o similares. Así, en muchos casos ha descalificado la calidad de comparables por los distintos factores que han incidido en la operatividad de la empresa. A continuación, se desarrollarán tres aspectos del análisis de comparabilidad que son considerados cruciales para aplicar la metodología de precios de transferencia en los ejercicios afectados por la pandemia: (i) los ajustes de comparabilidad, (ii) lo relativo al marco temporal y la comparabilidad, y (iii) la utilización de comparables correspondientes a varios años.

3.1. Ajustes de comparabilidad

El escenario de la pandemia requiere que los contribuyentes y las administraciones tributarias consideren enfoques prácticos para abordar las deficiencias de información, utilizando como herramienta a los ajustes de comparabilidad. Estos deben ser

coherentes con la política de precios de transferencia del contribuyente a lo largo del tiempo. Los ajustes de comparabilidad, según los lineamientos 3.50 y 3.54 de las Guías de la OCDE, deben ser considerados únicamente con el propósito de mejorar la fiabilidad de los resultados. Para efectuar tales ajustes, deben evaluarse la importancia de la diferencia por la que se considera el ajuste, la calidad de los datos sometidos al ajuste, el objeto de este y la fiabilidad del criterio utilizado para practicarlo. Asegurar el nivel de transparencia preciso en los ajustes de comparabilidad puede depender de la posibilidad de ofrecer una explicación para cada uno de los ajustes efectuados, las razones que han llevado a considerarlos apropiados, el procedimiento de cálculo seguido, y la forma en la que el ajuste modifica los resultados para cada comparable y mejora la comparabilidad (OCDE, 2017, p. 184).

La Ley del Impuesto a la Renta considera que el mecanismo para nivelar o eliminar diferencias en transacciones que no se dan en condiciones iguales es el ajuste de comparabilidad, y señala la razonabilidad como único requisito para su procedencia. En efecto, el inciso d) del artículo 32-A de la Ley del Impuesto a la Renta señala lo siguiente:

Las transacciones a que se refiere el numeral 4) del artículo 32 son comparables con una realizada entre partes independientes, en condiciones iguales o similares, cuando se cumple al menos una de las dos condiciones siguientes:

- 1) Que ninguna de las diferencias que existan entre las transacciones objeto de comparación o entre las características de las partes que las realizan pueda afectar materialmente el precio, monto de contraprestaciones o margen de utilidad; o
- 2) Que aún cuando existan diferencias entre las transacciones objeto de comparación o entre las características de las partes que las realizan, que puedan afectar materialmente el precio, monto de contraprestaciones o margen de utilidad, *dichas diferencias pueden ser eliminadas a través de ajustes razonables* [cursivas añadidas] (Decreto Supremo 179-2004-EF, 2004, artículo 32).

Por su parte, el lineamiento 28 de las Guías específicas brinda un ejemplo sencillo de un ajuste de comparabilidad, referido a la intervención del Gobierno que obliga a un contribuyente a cerrar sus instalaciones de distribución durante tres meses, circunstancia que motiva un análisis de comparabilidad que verifica que las empresas comparables hayan enfrentado restricciones o condiciones similares. En caso contrario, podría ser necesario ajustar el período de comparación excluyendo la información

económica correspondientes a los tres meses en los que el contribuyente no pudo operar. No obstante, la OCDE (2020a) señala que los contribuyentes y las administraciones tributarias deben determinar caso por caso la necesidad de tales ajustes (p. 10). En relación al ejemplo, cabe precisar que las bases de datos comerciales utilizadas para extraer información de comparables, como Bureau van Dijk (Bvd) ORBIS y Amadeus, S&P Compustat Global Vantage, Bloomberg, Oriana, Osiris, OneSource, Mergent, Alibaba.com, SPARK, DataGuru.in, y Ruslana, entre otras, usualmente no contienen información de Perú ni de países de la región (Villagra, 2020, p. 186). Por ello, debido a los confinamientos dispuestos por el gobierno, para el caso de empresas peruanas, es frecuente que sea imposible identificar comparables cuyos periodos de paralización hayan coincidido. Sin embargo, el ejemplo está orientado a demostrar que está permitida la reducción del período anual a efectos de la comparabilidad a través de ajustes al set de comparables, lo cual es bastante útil en esta coyuntura.

La Guía específica considera como alternativa la utilización de información financiera proyectada *budgeted* para respaldar la fijación de precios de plena competencia (OCDE, 2020a, p. 6). Se entiende que esto se concreta recurriendo a los ajustes de comparabilidad. En tal sentido, un enfoque apropiado para aproximar los efectos particulares de la pandemia en los ingresos, costos y márgenes consiste en comparar los resultados financieros proyectados (presupuestados o pronosticados) con los realmente logrados. Tal análisis refleja los resultados financieros que los contribuyentes dentro de una transacción controlada habrían logrado «de no ser por el impacto de la pandemia». Con este fin, la OCDE (2020a) identifica cuatro tareas que deben cumplir las empresas:

- la preparación de un análisis de pérdidas y ganancias detallado que muestre cambios en los ingresos y gastos, con una explicación de las variaciones resultantes de la pandemia (variación de los resultados proyectados pre-COVID) versus los resultados reales;
- detalles de rentabilidad, ajustados al resultado que se habría obtenido si no hubiera ocurrido la pandemia, considerando todos los factores que tienen impacto positivo o negativo;
- la justificación y evidencia de cualquier mayor asignación de costos o una reducción de ventas (y cambios subsecuentes en los márgenes operativos) a la parte probada en la transacción controlada, tomando en consideración su función, activo y perfil de riesgo; y

- evidencia de cualquier asistencia gubernamental proporcionada o que afecte a la parte probada en la transacción controlada, su efecto y su tratamiento contable (p. 7).

En Perú, el Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta trata los ajustes de comparabilidad al enumerar los elementos que se deben tomar en cuenta «a fin de eliminar las diferencias, a través de ajustes razonables, entre las transacciones objeto de comparación o entre las características de las partes que las realizan o las funciones que ejecutan» (Decreto Supremo 122-1994-EF, 1994, artículo 111). Con relación a las soluciones sugeridas por la OCDE y la pertinencia de los ajustes de comparabilidad propuestos, cabe señalar que, del análisis de recientes pronunciamientos del Tribunal Fiscal, se observa que los actores del derecho tributario en Perú no identifican con precisión, en algunos casos, las características del ajuste de comparabilidad que incide en el análisis de los precios y márgenes, y, en muchas oportunidades, las confunden con el ajuste al valor en la determinación del impuesto a la renta propiamente dicho.

Tal es el caso de la Resolución del Tribunal Fiscal 00652-3-2019 referido a un caso en el que la SUNAT de *motu proprio* realizó un ajuste de comparabilidad con características muy especiales a efecto de obtener un comparable interno para determinar el valor de mercado de acciones enajenadas, para luego, a partir de tal único comparable, aplicar el método del precio comparable no controlado (en adelante, PCNC)⁶. La SUNAT comparó el monto del «total patrimonio» entre la fecha de compra y la de venta de las acciones, y, a efecto de considerar como comparable interno la primera operación, procedió a incrementar el precio de compra de acciones en la proporción en que creció el patrimonio (Resolución 00652-3-2019, artículo 3). Durante la fiscalización, frente al ajuste de comparabilidad efectuado por la administración tributaria, la empresa alegó la procedencia del artículo 110 del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta, numeral 1, inciso e) para la determinación por parte de la SUNAT del «ajuste de comparabilidad», que evidencia que este confunde al «ajuste de comparabilidad» con el «ajuste del valor». El Tribunal Fiscal falló en contra de lo reparado por la SUNAT porque consideró, al igual que la empresa, que el valor de mercado de la enajenación de acciones determinado por la administración tributaria no se ceñía a los elemen-

⁶ Escapa del ámbito del presente trabajo el análisis de la pertinencia de la comparabilidad de una operación de compra con una de venta, la preferencia por aplicar el PCNC con un único comparable interno con ajustes de comparabilidad frente a varios comparables externos que no requieren ajustes, y, principalmente, la alegada prelación del comparable interno frente al externo prevista en las Guías de la OCDE y no reconocida en la Ley del Impuesto a la Renta. Estos son aspectos del proceder de la SUNAT sumamente discutibles.

tos que normativamente se requieren para el análisis de comparabilidad⁷ (Resolución 00652-3-2019, artículos 10-11). Así, dejó de lado el hecho de que no existe procedimiento normativo para efectuar ajustes de comparabilidad previos al análisis propiamente dicho.

Distinto es el caso de la Resolución del Tribunal Fiscal 06144-4-2019, relacionado con la determinación de la utilidad de una empresa farmacéutica en el que el propio contribuyente incorpora un ajuste de comparabilidad en la determinación de sus precios de transferencia. En este caso, si bien la SUNAT coincide en la procedencia del ajuste de comparabilidad debido a que su inclusión mejora la comparabilidad y fiabilidad de los resultados al efectuar el análisis de comparabilidad (Tribunal Fiscal, 2019b, pp. 36-37), la controversia surge con respecto a los períodos considerados por la SUNAT y por el contribuyente. No obstante, en este caso se evidencia que, tanto el contribuyente como la SUNAT parten de la premisa de que los ajustes de comparabilidad son diferentes a los ajustes al valor y que su objetivo es mejorar el análisis de precios de transferencia.

En el escenario de la pandemia, conforme recomienda la OCDE en su lineamiento 12 de la Guía específica, la aproximación para obtener el set de comparables puede ser la realización de ajustes de comparabilidad respecto de resultados financieros proyectados antes de la pandemia, lo cual requiere flexibilidad y comprensión por parte de la administración tributaria. En tal sentido, dado que la legislación peruana condiciona únicamente a la razonabilidad como requisito para la procedencia de los ajustes de comparabilidad, se considera que no se necesita ninguna modificación legal al respecto. Sin embargo, conforme resaltan muchos especialistas, la recolección de información contemporánea resulta crucial para afrontar la fiscalización de la administración tributaria.

3.2. Marco temporal y comparabilidad

En concordancia con el lineamiento 3.71 de las Guías de la OCDE (2017) que contempla dos criterios para la identificación y recolección de información —(i) el de determinación y (ii) el de verificación del resultado de plena competencia (p. 190)—, en su

⁷ El Tribunal Fiscal menciona expresamente i) el valor de participación patrimonial de los valores que se enajenen, el que será calculado sobre la base del último balance de la empresa emisora cerrado con anterioridad a la fecha de enajenación o, en su defecto, el valor de tasación; ii) el valor presente de las utilidades o flujos de efectivo proyectados; iii) el valor de cotización que se registre en el momento de la enajenación, al tratarse de enajenaciones bursátiles; y iv) el valor promedio de apertura y cierre registrado en la bolsa.

lineamiento 22, las Guías específicas señalan que, en la medida de lo posible, las autoridades fiscales deben permitir el enfoque de verificación de resultados para las transacciones controladas afectadas por la pandemia (OCDE, 2020a, p. 8). En tal sentido, se podría tomar en cuenta la información disponible con posterioridad al cierre del año fiscal en la presentación de sus declaraciones.

Al respecto, para la realización del análisis de comparabilidad —de forma implícita— la legislación peruana, a través del artículo 32-A inciso g) de la Ley del Impuesto a la Renta, considera la utilización de información del propio ejercicio fiscal analizado disponible a la fecha de la presentación de la declaración jurada informativa Reporte Local de Precios de Transferencia, que se produce conforme al cronograma de vencimientos de las obligaciones tributarias de liquidación mensual correspondiente al período tributario de mayo del ejercicio siguiente establecido por la SUNAT, en virtud a la Resolución de Superintendencia 014-2018/SUNAT (SUNAT, 2018, p. 7). Cabe notar que, incluso para 2020, ejercicio en el que se originó la pandemia, el vencimiento no fue modificado y la obligación de presentar el Reporte Local de Precios de Transferencia se llevó a cabo del 14 al 22 de mayo de 2021.

A pesar de lo antes señalado, en la práctica, el plazo para conocer los ajustes de precios de transferencia es anterior al vencimiento de la fecha de presentación del citado reporte, porque la oportunidad que brinda la administración tributaria para la realización de los ajustes extracontables al valor de mercado de las operaciones de los sujetos comprendidos en el ámbito de aplicación de los precios de transferencia es en realidad el vencimiento de la Declaración Jurada Anual del impuesto a la renta, que, conforme al artículo 29 del Código Tributario, vence al tercer mes del año siguiente. En la última declaración citada, la empresa tiene la oportunidad de declarar sus ajustes de precios de transferencia a través de las «adiciones» o «deducciones» que contemplan tal concepto.

Al respecto, es preciso señalar que el sistema tributario nacional y, en particular, el Código Tributario han reconocido en el artículo 92 inciso c) el derecho que tiene el contribuyente de presentar declaraciones juradas rectificatorias. En tal sentido, en circunstancias normales, el contribuyente puede modificar su Reporte Local de Precios de Transferencia, así como su declaración jurada del impuesto a la renta. Sin embargo, en virtud al Código Tributario, la rectificatoria que implica una menor obligación tributaria está condicionada a que, dentro del plazo de los 45 días siguientes a su presentación, sea materia de un pronunciamiento de la SUNAT sobre la veracidad y exactitud de los datos contenidos en ella.

En el contexto de la pandemia, siguiendo las recomendaciones recogidas en el lineamiento 23 de las Guías específicas (OCDE, 2020a, p. 8), se considera conveniente que para las declaraciones, tanto del impuesto a la renta como la del Reporte Local de Precios de Transferencia del ejercicio 2020 y periodos siguientes afectados por la pandemia, la administración sea flexible y permita la incorporación en el Reporte local de información de comparables disponibles después del cierre del ejercicio y del vencimiento de la obligación, con la correspondiente modificación del impuesto a la renta anual de 2020 y periodos siguientes.

En tal sentido, en relación a las declaraciones rectificatorias que determinan una menor obligación tributaria como consecuencia de la indisponibilidad de información o data de comparables fehaciente con motivo de la pandemia, por el ejercicio 2020 y siguientes afectados por esta, debería suspenderse la aplicación de lo previsto por el numeral 88.2 del artículo 88 del Código Tributario que faculta a la SUNAT para que, dentro del plazo de los 45 días siguientes a su presentación, emita un pronunciamiento sobre la veracidad y exactitud de los datos contenidos en ella. La citada medida requiere la emisión de una norma con rango legal con efecto en los ejercicios 2020 y siguientes afectados por la pandemia. Si bien ya han transcurrido algunos meses después de la presentación de las declaraciones bajo análisis, se considera pertinente que la proyectada norma legal permita la determinación de un menor impuesto a la renta incondicional.

Bajo la misma consideración, en relación con la infracción prevista en el numeral 1 del artículo 178 del Código Tributario, relacionada, entre otros puntos, con la declaración de cifras o datos falsos o la omisión de circunstancias en las declaraciones que influyan en la determinación y el pago de la obligación tributaria «y/o que generen aumentos indebidos de saldos o pérdidas tributarios o créditos a favor del deudor tributario y/o que generen la obtención indebida de Notas de Crédito Negociables u otros valores similares» (Decreto Supremo 133-2013-EF, 2013), se considera que, por los ejercicios 2020 y siguientes afectados por la pandemia —recogiendo la recomendación del Marco Inclusivo del que el Perú forma parte—, no se debería configurar tal infracción en la determinación del impuesto a la renta con la consecuente inaplicación de la sanción que asciende al 50% del tributo por pagar omitido, o 100% del monto obtenido indebidamente, de haber obtenido la devolución de saldos, créditos o conceptos similares en los casos vinculados a precios de transferencia. La citada medida requiere la emisión de una norma con rango legal que en la coyuntura de la pandemia está totalmente justificada.

3.3. La utilización de comparables correspondientes a varios años

Si bien el lineamiento 26 admite que en circunstancias normales la utilización de información y promedios de varios años para los análisis de comparabilidad puede presentar ventajas para mitigar el impacto de las diferencias contables, medir adecuadamente los efectos sobre la rentabilidad de la parte analizada en función de sus ciclos de vida de productos y negocios, y evaluar los mismos para los comparables (de modo que la confiabilidad de la comparación se incrementa), tal situación puede distorsionar la realidad y resultar en información no confiable en el contexto de la pandemia (OCDE, 2020a, p. 9). En efecto, el lineamiento 19 de las Guías específicas reconoce la posibilidad de que los datos de transacciones o empresas independientes comparables de períodos anteriores al analizado, así como la data promedio de años anteriores, no proporcionen una referencia suficientemente confiable para el período 2020 u otros afectados por la pandemia, al no considerar el impacto específico de esta en las transacciones llevadas a cabo entre partes vinculadas (OCDE, 2020a, p. 7). Un aspecto crucial en el análisis de los precios de transferencia en el escenario de la pandemia y seguramente post pandemia es el tratamiento del financiamiento extraordinario incurrido entre las partes vinculadas, lo que, en sí mismo, modifica la selección de empresas comparables⁸.

En Perú, la legislación contempla la posibilidad de recurrir a varios ejercicios en ciertas circunstancias. En efecto, conforme a lo previsto por el último párrafo del artículo 110 del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta, se puede tomar en consideración información del contribuyente y de las operaciones comparables correspondientes a dos o más ejercicios anteriores o posteriores al ejercicio materia de fiscalización (i) cuando los ciclos de negocios o de aceptación comercial de sus productos cubran más de un ejercicio; (ii) cuando así se requiera para una mejor comprensión de los hechos y circunstancias que podrían haber influido en la determinación del precio; o (iii) cuando se requiera para determinar el origen de las pérdidas declaradas, cuando las mismas son parte de otras pérdidas generadas en transacciones comparables o son el resultado de condiciones concretas de años anteriores.

Considerando que se trata de una facultad y no de una obligación legal, al seguir las recomendaciones del Marco Inclusivo, la administración tributaria no debería ser considerada como una referencia suficientemente confiable para el período 2020 u otros afectados por la pandemia. La información conforme de ejercicios anteriores

⁸ KPMG brinda interesante información sobre el financiamiento en Estados Unidos relativo a febrero de 2020 (2020, p. 4).

podría haberlo hecho en fiscalizaciones previas, en tanto tal información no considera el impacto de la pandemia.

4. LAS PÉRDIDAS EN LA METODOLOGÍA DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA

Un tema que con motivo de la pandemia ha generado preocupaciones a nivel empresarial es la generación de resultados negativos, que, en muchos casos, han aparecido por primera vez, debido a la renuencia que podría tener la administración tributaria para aceptarlos. En ese escenario, son dos las inquietudes que surgen: la primera es la pertinencia de utilizar empresas con resultados negativos como comparables para la aplicación de métodos basados en utilidades; por otro lado, se encuentra la procedencia de la generación de pérdidas en entidades que operan bajo acuerdos de riesgo limitado.

4.1. La utilización de empresas con pérdidas como comparables

En cuanto al tema de las pérdidas, considerando que estas pueden producirse por diversas razones, resulta crucial determinar y demostrar que las pérdidas de la empresa se relacionan con las circunstancias extraordinarias de la pandemia, y no se deben a las condiciones y precios de las empresas o partes vinculadas. En efecto, el decrecimiento de la demanda, la imposibilidad de obtener o proveer insumos, productos o servicios y haber incurrido en costos operativos extraordinarios como el equipamiento de seguridad, la modificación de las instalaciones como oficinas, fábricas, talleres, entre otros para adecuarse a las medidas sanitarias y protocolos, así como para la implementación del distanciamiento social, han incidido en los resultados de las empresas en general y de los miembros de grupos multinacionales en particular.

Conforme al lineamiento 3.64 de las Guías de la OCDE, en general, es posible que las operaciones que generan pérdidas puedan integrar el set de comparables, en tanto son los hechos y circunstancias los que determinan la condición de una empresa como comparable y no su resultado financiero. No obstante, el mismo documento manifiesta que una empresa independiente no estaría involucrada en actividades que generan pérdidas salvo que tuviera expectativas razonables de beneficios futuros.

Las Guías específicas (OCDE, 2020a) recalcan que no existe una regla fija con relación a las pérdidas y el criterio que debe primar es la comparabilidad de las condiciones y circunstancias de la operación y del contribuyente. En el caso particular de Perú, la Ley y el Reglamento del Impuesto a la Renta no prohíben la utilización de comparables constituidos por empresas con resultados negativos. En tal sentido,

la administración tributaria no puede rechazar de plano comparables con pérdidas. Con mayor razón, en el análisis del ejercicio fiscal 2020 y periodos siguientes afectados por la pandemia, la administración tributaria debería estar abierta a la utilización de tales comparables cuando las características de la transacción lo hacen fiable como, por ejemplo, de comparables que asumen niveles similares de riesgo y que han sido impactados de forma similar por la pandemia. En tal sentido, la aceptación de comparables con pérdidas por parte de la administración tributaria no depende de ninguna modificación legislativa, sino de la apertura que tenga la SUNAT en la fiscalización de los ejercicios afectados por la pandemia.

4.2. La pérdida en entidades que operan bajo acuerdos de riesgo limitado

Otro tema que origina cuestionamientos es el referido a la factibilidad de que una entidad, que forma parte de un grupo multinacional y opera bajo acuerdos de riesgo limitado, incurra en pérdidas. El tema tiene particular importancia en Perú que, por no ser uno de residencia de inversionistas, recibe la inversión extranjera usualmente bajo contratos entre partes vinculadas con «riesgo limitado».

En relación con las pérdidas obtenidas por empresas con «riesgo limitado» en general, las Guías específicas inciden en la evaluación de las situaciones en las que la empresa adopta posiciones inconsistentes antes y después de la pandemia, y, de ser así, si alguna de las posiciones es consistente con la delimitación precisa de la transacción. En tal sentido, el Marco Inclusivo está orientado a brindar lineamientos de fiscalización a las administraciones tributarias. Además, enfatizan una vez más en la consistencia que debe mostrar el comportamiento del contribuyente y su análisis de precios de transferencia.

Al respecto, el lineamiento 9.2 de las Guías menciona situaciones en las que por efecto de alguna reestructuración del grupo se centralizan activos intangibles, riesgos, o funciones, con el consiguiente beneficio potencial y el surgimiento de acuerdos de riesgo limitado. Esto se ve, por ejemplo, cuando distribuidores «plenos» se transforman en distribuidores, comercializadores, agentes de ventas o comisionistas de bajo riesgo o la transformación de fabricantes «plenos» en fabricantes por contrato o «a precio fijo», en ambos casos para una empresa extranjera vinculada que puede intervenir como empresario principal. Lo mismo sucede con la transferencia de activos intangibles o de derechos sobre estos a una entidad que los centraliza dentro del grupo (*IP company*, por las siglas en inglés de *Intelectual Property*), y con la concentración de funciones en una entidad regional o central, con la consiguiente reducción en el ámbito de actuación o en el nivel de funciones que se llevan a cabo a nivel local

—entre otras, las funciones de compras, de soporte de ventas, y de logística de la cadena de suministro (OCDE, 2017, pp. 417-418)—. Conforme lo destaca Schwarz (2020), cabe notar que las modificaciones introducidas como consecuencia del Plan BEPS en las Guías, en lo relativo al DEMPTE test⁹, cobran mayor relevancia en el contexto de la pandemia (p. 2). Por su parte, la prestación de servicios por parte de la matriz sometida al «test de beneficios» también sufrirá alteraciones respecto a la forma tradicional de aplicarlo, en particular en las jurisdicciones del receptor de los mismos (Deloitte, 2020, p. 2).

En los escenarios descritos, surge la duda de cuán legítimo es que tales entidades con riesgo limitado incurran en pérdidas. La Guía específica refiere a que no existe una regla general al respecto. Sin embargo, hacen notar que «etiquetar» las actividades como de «riesgo limitado» o el hecho de que las entidades reciban una contraprestación fija no significa en sí que la empresa opera sobre la base de un riesgo limitado en las operaciones con partes vinculadas. En todo caso, las Guías específicas aclaran que la expectativa de que tales operaciones de bajo riesgo generen pérdidas por un período prolongado está descartada y que, en todo caso, las pérdidas pueden generarse en período cortos. En esta circunstancia corresponde la comparación de las pérdidas incurridas por terceros con el nivel de riesgo asumido, por lo que se procede a descalificarlos como comparables cuando varía el nivel de riesgo asumido (OCDE, 2020a).

El lineamiento 40 de las Guías específicas cita como ejemplo el caso de un distribuidor de «riesgo limitado» (clasificado así por la propiedad limitada del inventario con el consecuente riesgo limitado de obsolescencia del inventario), que, ante una disminución significativa en la demanda debido a la pandemia, asume algún riesgo de mercado. Se señala que es posible que en condiciones de plena competencia se obtenga una pérdida asociada con la ejecución de este riesgo. La magnitud de la pérdida estará determinada por las condiciones y las características económicamente relevantes de la transacción delineada con precisión en comparación con las correspondientes a transacciones no controladas comparables. La OCDE incide que tendría que evaluarse si los terceros distribuidores comparables podrían, en tales circunstancias, generar una pérdida, que puede surgir, por ejemplo, si la disminución de la demanda significa que el valor de las ventas es insuficiente para cubrir los costos fijos locales. Cabe señalar que los comparables elegidos deben ser adecuados a la luz

⁹ Por las iniciales de las palabras en inglés *development, enhancement, maintenance, protection and exploitation* correspondientes a «desarrollo, mejora, mantenimiento, protección y explotación» de los intangibles.

de la delimitación precisa de la transacción, en particular, con referencia a los riesgos asumidos por cada una de las contrapartes. Sin embargo, no sería apropiado que un distribuidor de «riesgo limitado», que no asume ningún riesgo de mercado u otro riesgo específico, asuma una parte de la pérdida asociada con el aprovechamiento de ese riesgo. Por ejemplo, un distribuidor de «riesgo limitado» que no asume el riesgo crediticio no debería soportar pérdidas derivadas de la explotación del riesgo crediticio (OCDE, 2020a, p. 13).

Las Guías específicas enfatizan que, al considerar los riesgos asumidos por una parte en una transacción entre partes vinculadas, las administraciones tributarias deben considerar cuidadosamente la justificación comercial de cualquier supuesto cambio en los riesgos asumidos por una parte antes y después del brote de COVID-19. En ejercicios anteriores a la pandemia, podría presentarse la situación en la que una empresa se autocalifique como distribuidor de «riesgo limitado», y no asuma ningún riesgo de mercado. Por lo tanto, solo tendría derecho a un rendimiento bajo; sin embargo, después del brote, el mismo distribuidor asumiría algún riesgo de mercado (por ejemplo, debido a cambios en las funciones de gestión de riesgos) y, por lo tanto, deben asignarse pérdidas. En tal escenario, cabe el reexamen de la verdadera dimensión del riesgo asumido. En todo caso, cualquier modificación o nueva asignación de riesgo debe estar respaldada por un análisis de todos los hechos y circunstancias con la correspondiente evidencia documentada (OCDE, 2020a, p. 14). De esa manera, la posibilidad de que una entidad con riesgo limitado asuma pérdidas no constituye un aspecto que requiera regulación específica, en tanto dependerá de los hechos y circunstancias en el contexto de la pandemia, que puede significar un antes y después para la fiscalización de la realidad de la operación.

5. CONCLUSIONES

1. La recomendación del Marco Inclusivo BEPS, del cual forma parte Perú, frente a la falta de disponibilidad de comparables y la descalificación de algunos comparables que sostenidamente en el tiempo venía usando una empresa para el análisis de los precios de transferencia del ejercicio 2020 y siguientes afectados por la pandemia requiere la apertura y flexibilización de la SUNAT en sus fiscalizaciones. No obstante, la modificación de resultados de tales ejercicios como consecuencia de una declaración rectificatoria del Reporte Local de Precios de Transferencia requiere la emisión de una norma con rango legal para permitir la rectificación de la declaración anual del impuesto a la renta del 2020 y siguientes afectados por la pandemia de forma incondicional, para suspender su consideración como infracción con la consecuente sanción.

2. Conforme a las recomendaciones del Marco Inclusivo en la evaluación de los precios de transferencia del ejercicio 2020 y siguientes afectados por la pandemia, cobran singular importancia los «ajustes de comparabilidad» y, en particular, el realizado en función a información financiera «proyectada» para un escenario prepandemia. No obstante, la SUNAT debe tener apertura en su aceptación, dado que la Ley del Impuesto a la Renta únicamente condiciona tales ajustes a la razonabilidad.
3. La utilización de comparables con resultados negativos no está prohibida por las Guías y son una necesidad en los ejercicios afectados por la pandemia; no obstante, su aceptación por parte de la administración tributaria también requiere de apertura. La obtención de pérdidas en modelos de negocios con riesgo limitado es posible. Sin embargo, el reconocimiento de los riesgos asumidos por parte de la empresa que incide en la proporción de las pérdidas atribuidas debe ser coherente antes y después de la pandemia.

Contribución de autores

Villagra R: Investigación, Escritura, revisión y edición, adquisición de fondos.

Declaración de conflicto de intereses

El (los) autor(es) declara(n) que, durante el proceso de investigación, no ha existido ningún tipo de interés personal, profesional o económico que haya podido influenciar el juicio y/o accionar de los investigadores al momento de elaborar y publicar el presente artículo.

REFERENCIAS

- Bloomberg Tax Accounting & Baker & McKenzie. (2020). *COVID-19: Impact on (the Other) TP*. <https://pro.bloombergtax.com/reports/covid-19-impact-on-the-other-tp/>
- Bryson, D. (2021, 17 de marzo). A timeline of the coronavirus pandemic. *The New York Times*. <https://www.nytimes.com/article/coronavirus-timeline.html>
- Deloitte. (2020, marzo). *Transfer pricing considerations in light of COVID-19*. <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/nz/Documents/tax/Tax-alert/2020/nz-en-covid-19-transfer-pricing-considerations.pdf>

- KPMG. (2020, 9 de abril). *COVID-19: Implications and considerations for transfer pricing*. <https://assets.kpmg/content/dam/kpmg/ca/pdf/tnf/2020/ca-covid-19-implications-and-consideration-for-transfer-pricing.pdf>
- Lissardy, G. (2021, 16 de marzo). Cómo Uruguay pasó de ser una excepción en la pandemia de coronavirus al país con mayor tasa de casos nuevos en América Latina. *BBC News Mundo*. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-56412203>
- Ministerio de Economía y Finanzas MEF. (1994, 8 de diciembre). Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta [Decreto Supremo 122-1994-EF].
- Ministerio de Economía y Finanzas MEF. (2004, 8 de diciembre). Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta [Decreto Supremo 179-2004-EF].
- Ministerio de Economía y Finanzas MEF. (2013, 22 de junio). Texto Único Ordenado del Código Tributario [Decreto Supremo 133-2013-EF].
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). (2010). *Directrices de la OCDE aplicables en materia de precios de transferencia a empresas multinacionales y administraciones tributarias 2012*. Instituto de Estudios Fiscales.
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). (2017) *Directrices de la OCDE aplicables en materia de precios de transferencia a empresas multinacionales y administraciones tributarias 2017*. Instituto de Estudios Fiscales.
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). (2020a, 18 de diciembre). *Guidance on the transfer pricing implications of the COVID-19 pandemic*. <https://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/guidance-on-the-transfer-pricing-implications-of-the-covid-19-pandemic-731a59b0/>
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). (2020b, 30 de mayo). *About the inclusive framework on BEPS*. <https://www.oecd.org/tax/beps/beps-about.htm/>
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). (2021). *Members of the OECD/G20 inclusive framework on BEPS*. <https://www.oecd.org/tax/beps/inclusive-framework-on-beps-composition.pdf>
- Orbitax. (2016, 15 de diciembre). *Peru joins inclusive framework for implementation of BEPS measures*. <https://www.orbitax.com/news/archive.php/Peru-Joins-Inclusive-Framework-22010>
- Poder Ejecutivo (2020, 8 de mayo). Decreto Legislativo que Extiende el Plazo de Arrastre de Pérdidas bajo el Sistema A [Decreto Legislativo 1481]. <https://busquedas.elperuano.pe/download/full/8SgBqUZN4zx9uAqWxxiCbw>

- Poder Ejecutivo. (2020, 10 de mayo). Decreto Legislativo que Establece un Régimen Especial de Depreciación y Modifica Plazos de Depreciación [Decreto Legislativo 1488]. https://busquedas.elperuano.pe/download/full/AQBTSVRX4WbA_FH19srjZD
- Presidencia del Consejo de Ministros (PCM). (2020, 15 de marzo). Estado de Emergencia Nacional por las graves circunstancias que afectan la vida de la nación a consecuencia del brote del COVID-19 [Decreto Supremo 044-2020-PCM].
- Siripala, T. (2021, 9 de mayo). Japan extends COVID-19 state of emergency amid alarming spike in COVID-19 variants *The Diplomat*. <https://thedi diplomat.com/2021/05/japan-extends-covid-19-state-of-emergency-amid-alarming-spike-in-covid-19-variants/>
- Schwarz, J. (2020, 22 de abril). Transfer pricing and the Corona pandemic. *Kluwer International Tax Blog*. <http://kluwertaxblog.com/2020/04/22/transfer-pricing-and-the-corona-pandemic/>
- Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (SUNAT). (2018, 16 de enero). Normas para la Presentación de la Declaración Jurada Informativa Reporte Local [Resolución de Superintendencia 014-2018/SUNAT]. <https://www.sunat.gob.pe/legislacion/superin/2018/014-2018.pdf>
- Tribunal Fiscal. (2019a, 22 de enero). Resolución 00652-3-2019. http://www.mef.gob.pe/contenidos/tribu_fisc/Tribunal_Fiscal/PDFS/2019/3/2019_3_00652.pdf
- Tribunal Fiscal. (2019b, 4 de julio). Resolución 06144-9-2019. http://www.mef.gob.pe/contenidos/tribu_fisc/Tribunal_Fiscal/PDFS/2019/9/2019_9_06144.pdf
- Villagra, R. (2020). Preferencia prevista en la Ley del Impuesto a la Renta del uso de comparables domésticos sobre los extranjeros para el análisis de precios de transferencia: ¿conjunto vacío? *Themis-Revista de Derecho*, (76), 181-189. <https://doi.org/10.18800/themis.201902.010>

Fecha de recepción: 6/10/2021

Fecha de aceptación: 22/03/2022

Correspondencia: rvillagra@pu cp.edu.pe