

El Ajuste Secundario de Precios de Transferencia como “Dividendo” o “Disposición Indirecta de Rentas”

Walker Villanueva Gutiérrez*

“En el siguiente artículo, el autor realiza un concienzudo análisis acerca de los silencios y excesos del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta, a propósito de la norma de precios de transferencia, y su protagonismo al momento de realizar un ajuste secundario como “dividendo” o “disposición indirecta de rentas”, a la luz de un exceso de precio cobrado por el proveedor vinculado o el menor costo deducido por el cliente vinculado.”

1.- El Menor Pago del Impuesto a la Renta

La Ley vigente a partir del 1 de Enero de 2004 señala como condición esencial para la aplicación de la norma de precios de transferencia que se haya producido un pago inferior del Impuesto a la Renta (IR) en el país y además señala supuestos específicos que, “en todo caso”, determinan su aplicación.

El reglamento ha corroborado la idea de que el artículo 32-A de la Ley contiene dos tipos de reglas para determinar su ámbito de aplicación. La regla general en virtud de la cual la norma resultará de aplicación cuando la valoración convenida hubiera determinado un pago inferior del Impuesto a la Renta y otras reglas especiales en las cuales se aplicará la norma de precios de transferencia “en todo caso”.

El Reglamento ha señalado que el menor pago del Impuesto a la Renta debe verificarse en el país y en el ejercicio gravable, de lo cual puede concluirse que el pago inferior del IR debe evaluarse en el país, con lo cual podría interpretarse que si el impacto global de la transacción vinculada no ha resultado un pago inferior del IR en el país, no resultará de aplicación la norma de

precios de transferencia¹.

1.1. El Examen Bilateral del Perjuicio Fiscal

El Reglamento no ha precisado si el pago inferior del IR se evalúa considerando el impacto tributario conjunto de la transacción vinculada tal como sucede en el caso de la legislación española². El Informe No. 157-2007/SUNAT señala con buen criterio que el examen del menor pago del IR tiene que realizarse tomando en cuenta ambas parte de la transacción vinculada.

Debemos resaltar lo atinado de esta opinión de la SUNAT, pues de lo contrario puede derivar en una aplicación poco razonable de la norma, puesto que cuando las entidades vinculadas realizan la transacción a un valor diferente al de mercado, siempre una de las partes pagará un menor IR (la que subvaluó la transacción o la que dedujo un gasto a valor sobrevaluado) y, correlativamente, la otra parte pagará un mayor IR (la que dedujo un menor gasto o la que sobrevaluó la transacción).

De modo que la apreciación aislada de pago inferior del IR, solo podría servir como un pretexto para obligar

* Profesor de la Facultad de Derecho de la PUCP y de la Universidad de Lima, así como de las maestrías de ambas universidades. Socio del Estudio Ferrero Abogados. Master en Asesoría Fiscal por la Universidad de Navarra España.

1 Más aún si consideramos que la norma reglamentaria señala que el menor pago del IR puede producirse con la comprobación del diferimiento de rentas, el cual sólo puede apreciarse considerando el impacto tributario conjunto de la transacción vinculada. 2 El artículo 16.1 de la Ley de Impuesto de Sociedades Española señalaba “La Administración Tributaria podrá valorar...por su valor normal de mercado, las operaciones efectuadas entre personas o entidades vinculadas cuando la valoración convenida hubiera determinado, considerando el conjunto de las personas o entidades vinculadas, una tributación en España inferior a la que hubiere correspondido por aplicación del valor de mercado o un diferimiento de dicha tributación”.

2 El artículo 16.1 de la Ley de Impuesto de Sociedades Española señalaba “La Administración Tributaria podrá valorar...por su valor normal de mercado, las operaciones efectuadas entre personas o entidades vinculadas cuando la valoración convenida hubiera determinado, considerando el conjunto de las personas o entidades vinculadas, una tributación en España inferior a la que hubiere correspondido por aplicación del valor de mercado o un diferimiento de dicha tributación”.

a la parte vinculada que realizó un menor pago del IR a la rectificación de su base imponible, lo que derivaría en la exigencia de multas e intereses moratorios derivados de esa rectificación. Así la norma de precios de transferencia no serviría para reestablecer el pago del IR según la capacidad económica de la transacción medida a valor de mercado, sino para la imposición indirecta de sanciones e intereses.

El menor pago respecto del IR, aunque no lo dice expresamente el artículo 32-A de la Ley del IR, lo cual comprende al IR de las personas naturales, el IR sobre los dividendos, el IR de las empresas y su tasa adicional y el IR de no domiciliados. Sin embargo, en el examen del perjuicio fiscal no se considera el menor pago que se pudiera producir en el IGV, ni tampoco el no pago de multas e intereses moratorios.

1.2. La Regla “en todo caso”

La Ley señala que en determinados supuestos especiales (Art. 32-A, numerales 1, 2 y 3) se aplicará la norma de precios de transferencia “en todo caso”. Pese a que la norma dispone que en estos supuestos especiales, se aplicará “en todo caso”, ello no necesariamente es así, porque puede ocurrir que aun en estos supuestos especiales no resulte apropiado ni razonable la aplicación de la norma de precios de transferencia.

Así por ejemplo, en un servicio prestado desde el extranjero a valor cero o valor subvaluado, no resulta razonable la aplicación de la norma de precios de transferencia, si es que el servicio no está sujeto a retención del IR, dado que el ajuste implicaría reconocer un mayor gasto a la empresaria usuaria domiciliada en el Perú que ocasionaría una disminución en el pago del IR; con lo cual la norma se estaría aplicando contra su propia finalidad: Proteger la base imponible del IR. Este es un aspecto no aclarado por el Reglamento, aunque entendemos que la norma debe ser aplicada en esta forma, puesto que su literalidad no puede prevalecer sobre su racionalidad o finalidad.

El Informe No. 157-2007/SUNAT señala que la expresión “en todo caso” denota una no dependencia a la regla general señalada, esto es, que no necesariamente se debe producir un menor pago del IR para la aplicación de la norma de precios de transferencia en los casos comprendidos bajo la expresión “en todo caso”, lo cual, en nuestra opinión no es correcto, tal como se puede apreciar del ejemplo planteado en el párrafo anterior.

1.3. El Rango de Precios o Márgenes Brutos o de Utilidad

El Artículo 114º del Reglamento de la Ley del IR, señala que la determinación de valor de mercado se da en función a un rango de precios, rango de márgenes brutos de utilidad o márgenes operativos, dependiendo del método de valoración que el Estudio

de Precios de Transferencia utilice.

Agrega el referido artículo que “Si el valor convenido entre las partes vinculadas se encuentra dentro del referido rango, aquel se considerará como pactado a valor de mercado. Si por el contrario, el valor convenido se encontrara fuera del rango y, como consecuencia de ello, se determinara un menor Impuesto a la Renta en el país y en el ejercicio respectivo, el valor de mercado será la mediana de dicho rango”.

Esta disposición puede causar una desproporción entre aquel que se encuentre fuera del rango (cuartil inferior o superior) y aquél que se encuentra en el cuartil inferior, pues aquel deberá ajustar el precio, margen bruto o margen de utilidad hasta la mediana de dicho rango, en la medida de que se hubiera causado un menor pago del Impuesto a la Renta; mientras que aquel que se encuentre dentro del rango, aunque fuera en el cuartil inferior no deberá efectuar ningún ajuste de precios de transferencia.

Como conclusión final se puede señalar que, de producirse un pago inferior del Impuesto a la Renta, serán aplicables los ajustes de precios de transferencia, sea el ajuste primario uniteral en el caso de transacciones internacionales o bilateral en el caso de transacciones nacionales, así como el ajuste secundario, en caso de corresponder.

2.- Los Ajustes de Precios de Transferencia

Los ajustes de precios de transferencia son los que se realizan para llevar la transacción analizada a valor de mercado según la valoración resultante de la metodología de precios de transferencia. Los ajustes primarios pueden ser bilaterales o unilaterales, según se trate de transacciones nacionales o internacionales.

2.1. Ajuste Primario Bilateral

El ajuste bilateral implica el reconocimiento de una mayor o menor renta en una de las partes vinculadas y simultáneamente el reconocimiento de un mayor o menor gasto o costo en la otra parte vinculada. El propósito de corrección bilateral es que el IR incida sobre la transacción valorada a precios de mercado, de modo que, el incremento o decremento de renta represente en la otra el incremento o decremento del costo o gasto que hubiera reconocido.

El ajuste bilateral resulta de aplicación para las transacciones realizadas a partir del 1 de Enero 2004, mientras que el ajuste unilateral, respecto de las transacciones efectuadas durante los ejercicios 2001 a 2003. En este período la corrección de valoración solo operaba “únicamente respecto del sujeto implicado”, de modo que el incremento de renta o la disminución de costos o gastos en el sujeto implicado, no implicaba recíprocamente el incremento del costo o gasto ni la disminución de rentas en la otra parte vinculada.

Si bien la Ley del IR dispone que la norma de precios de transferencia será de aplicación también para efectos del IGV (Art. 32-A, inciso a), último párrafo) y la norma reglamentaria regula el ajuste del IGV dentro del título "ajuste bilateral" (RIR, art. 109, inciso a) numeral ii), no se ha implementado ningún procedimiento para que el ajuste en el IGV sea con ese carácter, puesto que la norma sólo se ha ocupado del ajuste del débito fiscal en el IGV, mas no así del ajuste del crédito fiscal.

Nuestro entendimiento es que el ajuste primario de precios de transferencia no es aplicable para el IGV, porque vía reglamentaria (artículo 109 del RIR) se está afectando los artículos 14 y 4 de la Ley del IGV que se refieren a la base imponible y nacimiento de la obligación tributaria que giran en torno al precio pactado en el contrato y sustentado en la factura correspondiente.

"El propósito de corrección bilateral es que el IR incida sobre la transacción valorada a precios de mercado, de modo que, el incremento o decremento de renta represente en la otra el incremento o decremento del costo o gasto que hubiera reconocido."

En el ámbito del IGV no hay débitos fiscales presuntos ni tampoco créditos fiscales presuntos, lo que tendrá que preverse expresamente en la Ley, en caso el legislador quisiera aplicar la norma de precios de transferencia para fines del IGV.

2.2. Ajuste Primario Unilateral

En este caso el ajuste es aplicable sobre transacciones internacionales, en las cuales aquel surte efecto solo para el sujeto domiciliado en el país y se imputa al ejercicio gravable en que realizó la transacción vinculada. Significa ello que se incrementará la renta neta declarada del proveedor domiciliado o se disminuirá el costo o gasto declarado del cliente domiciliado, pero evidentemente la norma nacional no puede tener efectos sobre el cliente no domiciliado (en el primer caso) o el proveedor no domiciliado (en el segundo caso).

Sin embargo, por excepción, la norma señala que cuando se trata de transacciones con países de baja o nula imposición que no constituyan gasto deducible para fines del IR y además constituyan rentas de fuente peruana, el ajuste se imputará al periodo que se pagó las rentas a los beneficiarios no domiciliados, correspondiendo exigir la obligación tributaria al responsable. El propósito de la norma es que la parte domiciliada se hará cargo de la responsabilidad del pago del impuesto, lo que no fluye de la literalidad de

la norma y aun cuando se interpretara en ese sentido, la norma no precisa el tipo de responsabilidad y resulta claramente violatoria de la reserva de ley aplicable a los deudores tributarios.

2.3. Ajustes Secundarios

Mientras los ajustes primarios están dirigidos a establecer el efecto impositivo de las transacciones vinculadas sobre el valor de mercado, los ajustes secundarios están dirigidos a analizar el exceso de precio cobrado por el proveedor vinculado o el menor costo deducido por el cliente vinculado, que ha provocado, en ambos casos, un exceso de ingresos sea porque se cobro de más o porque se dedujo un menor costo.

Por ejemplo, si A le vende a B un bien al precio de \$ 80 cuando su valor de mercado es \$ 100, el ajuste primario será aumentar la renta de A en \$ 20 y aumentar el costo de B en \$ 20, mientras que el ajuste secundario se dirige a establecer qué tratamiento debe darse al exceso de precio (\$20) que financiera y económicamente se encuentra en poder de A aun después del ajuste primario.

3.- El Ajuste Secundario Como "dividendos" o "disposición indirecta de rentas"

Sobre el punto, los comentarios al Modelo OCDE señalan que "los ajustes secundarios que procedería realizar para restablecer una situación idéntica a la que habría existido si las operaciones se hubieran realizado en condiciones de plena competencia, dependerán de las circunstancias de hecho propias de cada caso. Debe señalarse que ninguna disposición del apartado 2 impide efectuar tales ajustes secundarios cuando sean posibles conforme a la legislación interna de los Estados Contratantes" (Comentario OCDE, artículo 9.2).

El artículo 109 inciso c) del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta señala en relación al ajuste secundario que "Como consecuencia del ajuste proveniente de la aplicación de las normas de precios de transferencia, no se generarán los dividendos a que se refiere al Artículo 24°- A de la LIR, salvo lo dispuesto en el inciso g) del citado artículo".

Pues bien, la norma reglamentaria señala que no debe reputarse como dividendo, aunque sí como una distribución indirecta de utilidades comprendida en el Artículo 24-A de la LIR, a la que resulta de aplicación la tasa del 4.1%. La Ley reputa que se ha producido una disposición indirecta de utilidades en los siguientes casos:

- Toda suma cargada como gasto que resulte renta gravable, siempre que el egreso signifique disposición indirecta de renta no susceptible de posterior control tributario.

- Todo cargo a utilidades o reservas de libre disposición, siempre que el egreso signifique disposición indirecta de renta no susceptible de posterior control tributario.
- Toda suma que, al practicarse la fiscalización respectiva, se determine como ingreso no declarado.
- Los casos de comprobantes de pago falsos, no fidedignos, comprobantes de pago emitidos por no habidos o no inscritos en el RUC, comprobantes emitidos por sujetos no habilitados o gastos cuya deducción esté prohibida en la medida que no sea susceptible de posterior control tributario y exista una disposición indirecta de rentas.

Se considera que existe distribución indirecta de utilidades en el caso de aquellas partidas susceptibles de haber llegado a manos de los accionistas. Así, se considera que existe tal distribución en el caso de gastos sin comprobación fehaciente (egresos sin control tributario), gastos (o comisiones) reservados, gastos particulares ajenos al negocio (sería el caso del pago hecho por la empresa del Impuesto a la Renta de cargo de los servidores, en cuyo caso, éste es considerado como una liberalidad de los accionistas).

Teniendo en cuenta el ejemplo planteado en el apartado anterior, podemos concluir que la mayor contraprestación que está bajo el poder de disposición del proveedor vinculado no califica como dividendo por expreso mandato del Artículo 109º de la Ley del IR, aunque sí como una disposición indirecta de rentas, lo cual en nuestra opinión, vulnera la reserva de Ley, porque es evidente que este supuesto no encaja en el Artículo 24º-A inciso g) de la Ley del IR, porque no se trata de un ingreso o suma que no sea susceptible de posterior control tributario.

Está implícito en el precepto que el ajuste secundario se aplica cuando el proveedor vinculado es la matriz de la contraparte que actúa como cliente, porque en tal se le estaría pagando un precio o una retribución mayor a la que corresponde por reglas de valor de mercado, siendo reputado este mayor precio o retribución como disposición indirecta de rentas.

Veamos dos casos concretos de ajuste secundario regulados en la Ley del Impuesto a la Renta. El caso de la subcapitalización y el caso de las remuneraciones a accionistas.

4.- La Subcapitalización y el Ajuste Secundario

La subcapitalización alude a un fenómeno mercantil muy concreto: la proporción elevada de financiación ajena con relación a la propia, el excesivo endeudamiento financiero, que fiscalmente genera una ventaja y es que los intereses que retribuyen tales fondos son deducibles del Impuesto la Renta, mientras que los dividendos que retribuyen los aportes de capital no son deducibles.

Una de las variables que normalmente se suele evaluar para definir la estructura del capital de una Compañía (capital o deuda), es precisamente la distinta incidencia impositiva de la retribución de los aportes de capital (fondos propios) y de los préstamos (fondos ajenos).

En el régimen fiscal dual que comenzamos a aplicar a partir del año 2009 acentúa aún más la ventaja fiscal por inyectar financiación a través de préstamos en lugar de aportes de capital, pues fiscalmente el rendimiento de estos últimos representa una imposición del 32.8%, mientras que en el caso de los intereses es del 5%.

En otras palabras, la financiación a través de préstamos es fiscalmente más barata que la financiación otorgada a través de aportes de capital. Las empresas vinculadas tienen el incentivo de aprovechar esas ventajas fiscales al máximo posible, pudiendo forzar la ratio deuda/capital más allá de lo que razonablemente es aceptable en condiciones de mercado.

En efecto, la subsidiaria puede recibir financiación más allá de lo que razonablemente su patrimonio en condiciones normales de mercado le permitiría acceder de terceros independientes, produciéndose una desproporción en la ratio deuda/capital que puede conducir a pensar que se están encubriendo auténticos aporte de capital como préstamos.

La ratio deuda/capital que corresponde a condiciones normales de mercado, puede depender de distintas variables: El tipo de industria, el tipo de actividad, el país, el tipo de cambio, moneda, garantías, flujos futuros, etc. que conducen a una difícil caracterización -caso por caso- del nivel de endeudamiento que corresponda a condiciones de mercado.

Esto ha llevado a que las legislaciones de los distintos países propongan ratios de endeudamiento máximos en lugar de ratios flexibles. En ese sentido, la norma de subcapitalización, impone un coeficiente máximo de apalancamiento financiero (triple del patrimonio social) sobre cuyo límite los intereses no son deducibles para el prestatario. Se entiende que el endeudamiento hasta ese límite es el que se hubiera logrado en condiciones normales de mercado. El fundamento de la norma es que el interés que corresponda al exceso del triple del patrimonio contable, retribuye un capital sujeto al riesgo del negocio del deudor, y por consiguiente trátase, en realidad, de un dividendo.

Nuestra norma tiene una regulación deficiente, por cuanto la Ley del Impuesto a la Renta se limita a prever como efecto jurídico de su aplicación, la no deducción de los intereses que excedan del límite de apalancamiento, pero no recalifica tales intereses como dividendos.

En definitiva, en esta primera parte podemos concluir que la subcapitalización impone un monto máximo de endeudamiento sin posibilidad de probar en contrario, dispone como efecto jurídico la no deducibilidad

de los intereses que corresponden al exceso del endeudamiento fijado por la Ley y no recalifica tales intereses como dividendos.

Nótese que en el caso de los préstamos otorgados por la matriz a favor de su subsidiaria se puede producir el ajuste secundario derivado de las siguientes situaciones:

“El fundamento de la norma es que el interés que corresponda al exceso del triple del patrimonio contable, retribuye un capital sujeto al riesgo del negocio del deudor, y por consiguiente tratase, en realidad, de un dividendo.”

- El interés que excede de valor de mercado aunque el monto de capital se encuentre del triple de patrimonio contable del deudor. En este caso, el ajuste secundario deriva de la aplicación de la norma de precios de transferencia, pero no de la regla de subcapitalización.
- El interés que no excede de valor de mercado aunque el monto de capital se encuentra fuera del triple del patrimonio contable del deudor.
- El interés que excede de valor de mercado y el monto de capital financiado fuera del triple del patrimonio contable del deudor.

En cualquiera de las situaciones planteadas, entendemos, que tampoco procede aplicar la regla de disposición indirecta de rentas, por la misma razón que hemos mencionado en el apartado anterior, esto es, que la previsión de calificar estas situaciones como disposición indirecta de rentas debe venir expresamente establecida en la Ley y no vía Reglamento. Lo expuesto determina que el interés que excede del triple del patrimonio contable, mantiene su condición de interés para fines tributarios, lo que definitivamente puede conducir a situaciones que atentan contra el principio de no confiscatoriedad y el principio de igualdad, porque de mantenerse la calificación de interés se prohíbe la deducción del gasto, pero adicionalmente se debe proceder a retener el 30% en caso que la matriz prestamista sea no domiciliada.

En este caso, el costo fiscal no sería sólo del 32.8% (30 utilidad más 4.1% por dividendo) sino del 60%, porque el interés que corresponda al exceso del triple del patrimonio contable del deudor, que debería recalificarse como dividendo, sigue siendo tratada como interés, de modo que la retención del IR es del 30% y no sólo 4.1%.

5.- La Remuneraciones de Accionista y el Ajuste Secundario

En el caso de remuneraciones de accionistas que excedan de valor de mercado, la Ley del Impuesto

a la Renta señala que dicho exceso no será gasto deducible para efectos del Impuesto a la Renta y será considerado como dividendo del accionista y el impuesto se pagará en forma y oportunidad previstas en el Artículo 19-A numeral 3) del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta.

Como puede apreciarse en estos casos la Ley del IR en su Artículo 37º incisos n) y ñ) ha señalado expresamente que el exceso de valor de mercado constituye dividendo para el accionista. Como puede apreciarse en estas dos normas, se prevé el ajuste primario bilateral que comprende la no deducción de la remuneración del accionista que exceda de valor de mercado y la recalificación de ese exceso como dividendo para el accionista.

Esta recalificación conduce al ajuste secundario, porque el exceso de remuneración que quedó en poder del accionista se somete a la regla de dividendos, con lo cual se reestablece la operación vinculada a las consecuencias tributarias que hubiera generado una transacción de mercado.

Como puede apreciarse este es un caso específico de ajuste secundario que está regulado expresamente en la Ley del IR, que difiere el ajuste secundario previsto en el Artículo 109º del Reglamento de la Ley del IR, que señala que el exceso no constituye dividendo, aunque sí disposición indirecta de rentas, lo cual definitivamente no tiene razonabilidad porque una misma situación no puede generar dos efectos jurídicos diferentes, más aún cuando la regla de la disposición indirecta de rentas genera el pago del IR con cargo a recursos de la propia compañía, mientras que el IR sobre el dividendo es de cargo de accionista.

La regla de la disposición indirecta de rentas para regular como regla general los ajustes secundarios no parece ser lo más apropiado cuando la contraparte vinculada es perfectamente identificable, de modo que debería recaer el pago del Impuesto a la Renta sobre el dividendo.

6.- Conclusión

La regulación de precios de transferencia en relación al tratamiento que debe otorgarse a los excesos de precios o márgenes en las transacciones vinculadas es deficiente, porque se trata de asimilar como regla general, ese exceso a la regla de la disposición indirecta de rentas a través del Reglamento; lo cual es ilegal porque no se trata de una disposición indirecta que no sea posible fiscalizar o controlar, de modo que se estaría creando un nuevo supuesto de disposición indirecta de rentas vía reglamento, mientras que en el caso específico de las remuneraciones de accionistas se califica el exceso como dividendo. Esto definitivamente conduce a regular dos situaciones idénticas con efectos jurídicos distintos ☒