

Marcial García Schreck(*)

La **regulación** de los precios de transferencia en el Perú: se **debe seguir avanzado**

«LA REGLA DE VALOR DE MERCADO EN LO QUE ATAÑE A TRANSACCIONES ENTRE PARTES VINCULADAS DEJARÍA DE SER AUTOMÁTICA Y GENERAL, PARA CONVERTIRSE EN UN INSTRUMENTO A UTILIZAR ÚNICAMENTE EN AQUELLOS CASOS EN QUE LOS PRECIOS FIJADOS POR LAS PARTES PRODUZCAN UNA REDUCCIÓN DE IMPUESTOS O EL DIFERIMIENTO EN EL PAGO DE LOS MISMOS»

1. Introducción

La experiencia pone de relieve que, con frecuencia, los negocios entre partes vinculadas pueden ser objeto de maniobras tendentes a reducir o eliminar su impacto impositivo global, a través de los precios que acuerden entre ellas, trasladando sus ganancias hacia la jurisdicción fiscal o compañía que más les beneficie. No es difícil imaginar, por ejemplo, que determinados bienes o servicios sean suministrados entre empresas del mismo grupo a precios sensiblemente alejados de aquellos que se hubiesen fijado en condiciones normales de mercado, o, incluso, que se entreguen sumas de dinero por la prestación de un servicio que nunca se llega a realizar, quebrándose la relación de equivalencia económica que debe existir entre las prestaciones entregadas por ambas partes, lo que le permite a la entidad que los abona aumentar sus gastos y, consiguientemente, reducir la cuantía de su renta imponible. Esta situación puede producirse cuando una sociedad, en lugar de acordar la repartición de utilidades, pretenda distribuirlos por cauces indirectos o que pudieren ser tildados de irregulares, dándoles la apariencia de gastos deducibles, en perjuicio del fisco implicado.

(*) Abogado por la Universidad de Lima. Master en Derecho Petrolero y Minero por la Universidad de Dundee (Escocia) y Master en Derecho Tributario por la Universidad de Georgetown (Washington D.C.). Socio de Ernst & Young. Profesor de la Maestría en Tributación y Política Fiscal de la Escuela de Postgrado de la Universidad de Lima y de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.



«LOS AJUSTES DERIVADOS DE LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA SOLO SURTEN EFECTOS PARA LOS CONTRIBUYENTES DOMICILIADOS, LO CUAL EN TÉRMINOS SENCILLOS SUPONE QUE NO PERMITEN MODIFICAR LA BASE IMPONIBLE DE LOS QUE NO LO SON, EN NINGÚN SENTIDO»

La preocupación por evitar las transferencias irregulares de beneficios ha llevado a que sean numerosos los países que hayan adoptado medidas en su legislación interna que, a efectos fiscales, tratan de combatir la evasión tributaria que pueda producirse por la concertación en negocios entre partes relacionadas, de condiciones diferentes a las que hubieran sido suscritas entre partes independientes⁽¹⁾. En el caso peruano, la medida más clara en esta línea se hizo perceptible en nuestro ordenamiento cuando se adoptaron, desde hace ya algunos años, normas técnicas de precios de transferencia para evitar que se produzca la sobrevaluación o subvaluación de operaciones entre sujetos vinculados, para alterar la tributación derivada de dichas operaciones sea reduciendo la cuantía del impuesto, sea

obteniendo un beneficio fiscal indirecto como es el diferimiento en el tiempo de tal gravamen⁽²⁾.

Quizás el aspecto más llamativo de la regulación incorporada -vigente en la actualidad- reside en que somete a las operaciones entre partes vinculadas al principio de libre concurrencia o *arm's length principle*, como comúnmente se le conoce en el ámbito internacional, al valorarlas al precio que sería acordado en condiciones normales de mercado entre partes independientes⁽³⁾. Así se infiere del

- (1) DE PABLO VARONA, Juan Carlos. *Las Operaciones Vinculadas en el IRPF*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2002. p. 23.
- (2) Para ser más precisos, las denominadas «reglas de precios de transferencia» se introdujeron de manera orgánica y sistemática en el ordenamiento positivo peruano desde el 1 de enero de 2001, cuando mediante Ley 27356, se sustituyó diversos numerales del artículo 32 de la Ley del Impuesto a la Renta. El referido marco normativo, sin embargo, se vio sensiblemente modificado con la dación del Decreto Legislativo 945, dictado con el objetivo de armonizar toda la normatividad en materia de precios de transferencia en torno al principio de libre concurrencia o *arm's length principle*, el cual sustenta a nivel mundial la regulación sobre este aspecto tan importante de la tributación. Para lograrlo, fue necesario desdoblarse el artículo 32 de la Ley del Impuesto a la Renta. Así, cobró forma el artículo 32-A para regular exclusivamente el tratamiento de los precios de transferencia. Estos cambios entraron en vigencia a partir del 1 de enero de 2004, constituyendo un verdadero relanzamiento de toda la regulación de precios de transferencia en el Perú.
- (3) Lo que en definitiva establece el principio de libre concurrencia o *arm's length principle*, como se le denomina en la terminología anglosajona, es que para fines fiscales, las empresas vinculadas deben comportarse como dos empresas independientes lo harían cuando realizan transacciones comerciales. En tal sentido, deben actuar como si tuvieran

Marcial García Schreck

texto del numeral 4 del artículo 32 de la Ley del Impuesto a la Renta, a tenor del cual, en transacciones entre partes vinculadas o que se realicen desde, hacia o a través de países o territorios de baja o nula imposición (también llamados paraísos fiscales), se considerará valor de mercado los precios y monto de las contraprestaciones que hubieran sido pactadas con o entre partes independientes en transacciones comparables, en condiciones iguales o similares, de acuerdo a lo establecido en el artículo 32-A de la misma ley, el cual desarrolla en detalle las denominadas normas de precios de transferencia.

Con ello se habría tratado de alinear nuestra normativa con las más modernas tendencias en el contexto internacional en materia de precios de transferencia, representadas fundamentalmente por las directrices de la OCDE sobre la materia (Directivas PT OCDE)⁽⁴⁾. Se puede decir que esta medida es, hasta cierto punto, coherente con lo que viene sucediendo no solo en países más avanzados, como los Estados Unidos o aquellos que son miembros de la Comunidad Europea, sino también en los demás países de nuestro entorno, que siguen el mismo modelo (verbigracia Ecuador, Venezuela, Colombia, Argentina, México, entre otros), lo cual trae consigo, entre otras cosas, la necesidad de que los contribuyentes deban conocer, aplicar y documentar adecuadamente el precio de mercado de sus operaciones intragrupo y otras vinculadas⁽⁵⁾.

Dentro de este complejo marco, conviene tener en cuenta que nuestra regulación de precios de transferencia no solo se sustenta en los principios que sobre esta materia ha ido diseñando la OCDE, fundamentalmente en lo que respecta al principio de *arm's length* o principio de libre concurrencia⁽⁶⁾, sino que al igual que otras legislaciones de Latinoamérica, adopta a las Directivas PT OCDE como instrumento interpretativo de primer orden de nuestra normativa interna, habiéndose señalado en el literal h del artículo 32-A de la Ley del Impuesto a la Renta que «[p]ara la interpretación 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»⁽⁷⁾.

No obstante lo anterior, es necesario apuntar que el tamiz de solo permitir la

voluntades o intereses contrapuestos para que pueda aceptarse que los precios pactados entre sí son los propios del mercado. Conforme a ello, se puede decir que el principio *arm's length* está dirigido a otorgar un tratamiento igualitario para fines fiscales a las empresas vinculadas y a las empresas independientes.

- (4) *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.
- (5) En cuanto a los métodos aplicables para determinar el valor de mercado, el artículo 32-A sigue las pautas establecidas por la OCDE, reproduciendo los métodos que según las directrices respetan el principio de *arm's length*.
- (6) El principio de *arm's length* ha sido traducido en la literatura tributaria en idioma español como principio de plena competencia entre las partes, principio de plena concurrencia, principio de libertad de armas, principio de total independencia, principio de independencia entre entidades asociadas, o como condiciones normales de mercado. Sin embargo, siguiendo la traducción adoptada en los documentos oficiales de la OCDE, preferimos la utilización de la denominación principio de libre concurrencia, en consonancia con la expresión recogida inicialmente en nuestra legislación nacional, en el artículo 19-B del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta, que fuera derogado cuando, a través del Decreto Supremo 190-2005-EF, se aprobaron las nuevas normas reglamentarias en materia de precios de transferencia, vigentes en la actualidad.
- (7) En esa misma línea, por ejemplo, la legislación venezolana establece en su artículo 116, que los aspectos que no se encuentren cubiertos por la Ley podrán ser regulados según lo dispuesto en los lineamientos internacionales contenidos en el Reporte OCDE de 1995. Véase SOL GIL, Jesús. *Introducción al Tema de los Precios de Transferencia*. En: *Revista Latinoamericana de Derecho Tributario*. Caracas: Ediciones Tributarias Latinoamericanas, 2005. p. 28.

realización de ajustes sobre la valoración empleada por el contribuyente cuando se produce un perjuicio recaudatorio en el país se presenta como uno de los principales problemas de nuestra normativa de precios de transferencia, dado que en ese aspecto se aleja notoriamente de lo que la OCDE postula, con el consiguiente riesgo de que genere doble imposición económica en las operaciones internacionales donde concurren dos o más países o jurisdicciones distintas. Tal desalineamiento podría ser fuente de conflictos cuando, en otro país, se realicen ajustes positivos (mayor ingreso, menor gasto) que no son acompañados en el nuestro por ajustes correlativos que supongan una corrección de signo negativo (menor ingreso, mayor gasto) en la valoración de la operación por el contribuyente domiciliado⁽⁸⁾. Esto podría ocurrir en situaciones donde se fijen precios desproporcionados por servicios prestados por una entidad perteneciente a un grupo localizada en otra jurisdicción tributaria a favor de otra entidad o parte de dicho grupo domiciliada en el país, por citar solo un ejemplo.

Nos referimos a lo que la literatura tributaria denomina «servicios intragrupo», en los cuales centraremos nuestra atención al analizar el problema planteado, considerando que el riesgo de que produzca doble imposición económica naturalmente aumenta si las entidades involucradas están sometidas a poderes tributarios distintos, más aun si originan rentas de fuente peruana, como en el caso de la asistencia técnica prestada desde el exterior que es utilizada por una empresa domiciliada en el Perú o del pago de

intereses por un crédito otorgado a un sujeto domiciliado en el país. De ahí que sean estos los casos que ameritan un análisis más profundo y objetivo al evaluar las fortalezas y eventuales falencias de nuestras normas de precios de transferencia en el contexto indicado. Por consiguiente, en las páginas que siguen nos dedicaremos casi exclusivamente a ellos, sin perjuicio de que muchos de los comentarios y juicios emitidos en este trabajo sean perfectamente trasladables a otro tipo de operaciones internacionales donde intervenga una empresa domiciliada en el país, pues los problemas que suscitan unos y otros son estructuralmente similares, lo que permite en no pocas ocasiones examinarlos de forma paralela, así como extender a todos los supuestos análogos soluciones⁽⁹⁾.

2. Regla de valor de mercado en la legislación peruana

En nuestro país, la ley faculta a la Administración Tributaria u obliga a los contribuyentes, según los casos, a valorar a precios de mercado las operaciones que efectúen, consciente del riesgo de que las

(8) CALDERÓN CARRERO, José Manuel y Adolfo MARTÍN JIMÉNEZ. *Problemas de la Normativa Española en Materia de Operaciones Vinculadas. Precios de Transferencia y Líneas para su Reforma*. En: *Crónica Tributaria*. Número 116. España, 2005. p. 36.

(9) Nótese que las reglas de precios de transferencia en el Perú también resultan de aplicación en transacciones nacionales entre empresas pertenecientes al mismo grupo societario, así como tratándose de transacciones que se realicen desde, hacia o a través de países o territorios de baja o nula imposición, más conocidos como paraísos fiscales. Adviértase, además, que con arreglo al artículo 5 de la Resolución de Superintendencia 167-2006-SUNAT, se puede decir que la verdadera trascendencia de las normas de precios de transferencia, cuando menos desde una perspectiva formal, se presenta cuando en las operaciones intervienen sociedades, dado que las personas naturales, sucesiones indivisas o sociedades conyugales que optaron por tributar como tales para efectos del Impuesto a la Renta, que no generen rentas de tercera categoría, han quedado exceptuadas de la obligación de presentar la declaración jurada anual informativa y de contar con estudio técnico de precios de transferencia, respecto de sus transacciones con partes vinculadas. Esto último, sin embargo, no supone que quedan liberadas de la obligación sustantiva de pactar sus operaciones a valores de mercado.

Marcial García Schreck

mismas puedan ser subvaluadas o sobrevaluadas por estos últimos para obtener ventajas fiscales. Con el recurso a la valoración a precios de mercado se pretende cerrar el paso al fraude fiscal que pudiera cometerse mediante la manipulación de los precios o monto de las contraprestaciones que fijen entre sí las partes implicadas, con el objeto de reducir su carga impositiva o lograr en algunos casos el diferimiento del impuesto al cual se encuentran obligadas.

Como es sabido, el fundamento legal de la regla de valor de mercado en nuestro ordenamiento se encuentra en el primer párrafo del artículo 32 de la Ley del Impuesto a la Renta, el cual establece que «[e]n 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. Si el valor asignado difiere al de mercado, sea por sobrevaluación o subvaluación la SUNAT procederá a ajustarlo tanto para el adquirente como para el transferente».

Según se puede advertir de la citada norma, la Administración Tributaria se encuentra debidamente autorizada a ajustar *a posteriori* el valor asignado a los bienes, servicios y demás prestaciones, siempre que el mismo difiera del valor de mercado, dejando en claro además que la valoración a precios de mercado ha de ser reflejo en ambas partes de la operación. De un primer acercamiento al texto del artículo 32, se desprendería que nos encontramos pues ante una norma imperativa de valoración, conforme a la cual la valoración de toda operación gravada a precios de mercado será siempre obligatoria para efectos fiscales, en razón a que esta tiene incidencia directa en la base imponible, elemento esencial de la obligación tributaria.

No debe dejar de mencionarse, siquiera de una forma breve, que, en alguna ocasión, se ha cuestionado que la norma sobre valor de mercado contenida en el artículo 32 fuera aplicable a servicios prestados gratuitamente; vale decir, cuando se probaba la ausencia de precio o contraprestación alguna en la operación. Cabe subrayar, siendo un poco más precisos, que esa discusión tuvo lugar con anterioridad a que mediante Ley 28655, del 29 de diciembre de 2005, vigente desde el 1 de enero de 2006, se incorporaran ciertas modificaciones al primer párrafo de artículo 32 de la Ley del Impuesto a la Renta, para incluir entre las operaciones que se encuentran sujetas a la regla de valor de mercado, a los servicios prestados gratuitamente. Eso se consiguió, como se recordará, mediante la diferente ubicación sistemática conferida a la expresión a cualquier título para dejar por sentado que la misma abarca a todo tipo de transacciones, incluyendo la prestación de servicios y no solo a las ventas aportes de bienes y demás transferencias de propiedad, como se establecía antes del cambio.

En efecto, hasta antes de la promulgación de la Ley 28655, se llegó a sostener al hilo de la anterior normativa que los servicios prestados a título gratuito se encontraban fuera de los alcances del artículo 32⁽¹⁰⁾. En esencia, se alegaba que el tenor del precepto vigente hasta el 31 de diciembre

(10) Véase, en este sentido, la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley 14221-2005/PE -la cual, una vez aprobada, dio lugar a la Ley 28655- conforme a la cual «[d]e la redacción del primer párrafo del artículo 32 de la Ley del Impuesto a la Renta fluye que actualmente se ajustan a valor de mercado las transferencias de bienes a cualquier título (oneroso o gratuito) así como las prestaciones de servicios. Sin embargo, en este último caso teniendo en cuenta que la norma no ha indicado que el ajuste se efectúa cuando el servicio se hubiese prestado a cualquier título, se puede llegar a concluir que solo se ajusta cuando ha sido prestado a título oneroso». Dictamen del Proyecto de Ley 14221-2005/PE, Comisión de Economía del Congreso de la República. Disponible en: <http://www.congreso.gob.pe>. p. 13.

del 2005 señalaba expresamente que dicha regla era aplicable a las transferencias de bienes a cualquier título (gratuito u oneroso), pero que ello no se había indicado para el caso de los servicios⁽¹¹⁾. Incluso, así lo había entendido la Administración Tributaria, según se infiere del Informe 055-2003-SUNAT, donde esta concluyó en su oportunidad que «el prestador de los servicios a título gratuito no se encuentra gravado con el Impuesto a la Renta»⁽¹²⁾.

No obstante, debe resaltarse que, sobre la base de lo establecido en el texto actualmente vigente del artículo 32, habría quedado absolutamente claro que las prestaciones de servicios a cualquier título -esto es, gratuitas u onerosas- se encuentran sujetas a la regla de valor de mercado, habiéndose de esa forma conseguido acallar la polémica que sobre los alcances de dicha norma se había suscitado, cuando menos en ese extremo. La Administración Tributaria ha ratificado tal conclusión en su Informe 090-2006-SUNAT del 30 de marzo del 2006⁽¹³⁾. Entenderlo de otra manera no tendría mayor sustento legal, por lo que, en nuestro país, la prueba de la gratuidad de la operación realizada carece de relevancia, dado que, en todo caso, debe computarse por su valor de mercado⁽¹⁴⁾. Es más, para despejar cualquier resquicio de duda que pudiere haber quedado al respecto, en lo que se refiere a la valoración de operaciones entre partes vinculadas, se ha llegado a precisar por vía reglamentaria que las normas de precios de transferencia se aplicarán «en transacciones celebradas a título oneroso o gratuito»⁽¹⁵⁾.

3. La exigencia de un perjuicio fiscal para la aplicación de las normas de precios de transferencia

Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 32-A, tratándose de operaciones entre personas o entidades vinculadas, la valoración a precios de mercado estará condicionada al cumplimiento de un requisito indispensable. Nos referimos a lo que se conoce como la «regla general» de este régimen, según la cual el mismo solo resultará de aplicación cuando la valoración estipulada haya determinado una menor tributación o su diferimiento. Con ello, se habría pretendido delimitar el campo de acción de las normas que habitualmente se denominan de «precios de transferencia», las cuales, como es bien sabido, se encuentran dirigidas fundamentalmente a determinar el valor de mercado en «operaciones vinculadas», así llamadas porque implican a sujetos ligados por estrechos lazos, contrarrestando posibles conductas abusivas o arbitrarias, cuando exista el riesgo de que estas se presenten, siendo trascendentes en los demás casos⁽¹⁶⁾.

(11) HIDALGO VILLEGAS, Guillermo. *Algunos Comentarios en Relación al Tratamiento del Impuesto a la Renta a la Prestación de Servicios a Título Gratuito*. Trabajo no publicado presentado para postular al Instituto Peruano de Derecho Tributario. Lima, febrero de 2006. p. 12.

(12) Informe 055-2003-SUNAT, del 12 de febrero del 2003.

(13) En el citado Informe 096-2006-SUNAT, la Administración Tributaria señala que «los servicios a los que se refiere el primer párrafo del artículo 32 del TUO de la Ley de Impuesto a la Renta comprenden tanto a aquellos realizados a título oneroso, como a aquellos realizados a título gratuito por empresas, los cuales deberán ser ajustados al valor de mercado para efecto del Impuesto a la Renta».

(14) No obstante, como apunta Moreno Fernández, hay autores que han propugnado la inaplicabilidad de reglas estimativas o de valoración argumentando que a efectos de cuantificar la base imponible es preciso que antes exista hecho imponible. Sin embargo esta postura no habría tenido acogida de la doctrina mayoritaria. Véase, al respecto, MORENO FERNÁNDEZ, Juan Ignacio. *La Tributación de las Operaciones Vinculadas*. Aranzadi, 2003. p. 36.

(15) Véase el numeral 3 del inciso a del artículo 108 del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta.

(16) DE PABLO VARONA, Juan Carlos. *Op. cit.*; p. 17.

Marcial García Schreck

Así se deduce del texto del inciso a del artículo 32-A, referido a la determinación del valor de mercado de transacciones entre vinculadas, a tenor del cual «[l]as 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 hubiera correspondido por aplicación del valor de mercado». Para esos efectos, se considera que «ocasionan una menor determinación del impuesto, entre otros, la comprobación del diferimiento de rentas o la determinación de mayores pérdidas tributarias de la que hubiera correspondido declarar»⁽¹⁷⁾.

De esa manera, la regla de valor de mercado en lo que atañe a transacciones entre partes vinculadas dejaría de ser automática y general, para convertirse en un instrumento a utilizar únicamente en aquellos casos en que los precios fijados por las partes produzcan una reducción de impuestos o el diferimiento en el pago de los mismos. Debe adelantarse que esto último implica que, en la práctica, solo en esas circunstancias corresponderá ajustar a valor de mercado las operaciones entre partes vinculadas, conforme a la normativa de precios de transferencia imperante en nuestro país. Sobre este asunto volveremos más adelante.

Desde el punto de vista de técnica legislativa, con ello se habría dotado al régimen de precios de transferencia de un claro matiz antielusivo⁽¹⁸⁾. El sistema instaurado se derivaría de la filosofía que subyace a la norma contenida en el artículo 32-A, la cual habría quedado configurada como una norma que fundamentalmente pretende atacar posibles pérdidas de recaudación en el país, siendo inaplicable en los demás supuestos, habiendo de ese modo el legislador optado por seguir el antiguo modelo español, vigente hasta antes de la reforma de la normativa fiscal sobre precios de transferencia que tuvo lugar en España a fines del año 2006⁽¹⁹⁾.

No obstante, conviene tener en cuenta que a diferencia de lo que sucedía en ese país, en el Perú, el inciso a del artículo 32-A (numerales 1, 2 y 3) al mismo tiempo ofrece un catálogo cerrado de los supuestos concretos en donde en todo caso

(17) Así lo establece el numeral 1 del inciso a del artículo 108 del Reglamento.

(18) Obsérvese que, contradiciendo abiertamente la filosofía del artículo 32-A, el inciso b del artículo 108 del Reglamento, indica que tratándose de supuestos no comprendidos dentro de los alcances de las normas de precios de transferencia (donde, en principio, no existiría riesgo alguno de que se produzca una menor tributación en el país), los precios o monto de las contraprestaciones se determinarán, en lo que resulte pertinente, según la regla general de valor de mercado establecida para operaciones entre partes no vinculadas, o dicho de otro modo, entre sujetos independientes, situación en que no nos encontramos. Como con razón ha sostenido Villaverde Gómez, en esos supuestos, no debe intervenir el Derecho Tributario, dado que a este solo le deben interesar los precios de transferencia cuando sean fijados para modificar el gravamen de las rentas obtenidas por entidades asociadas. Véase VILLAVERDE GÓMEZ, María Begonia. *Acuerdos Anticipados de Precios de Transferencia*. En: *Revista Latinoamericana de Derecho Tributario*. Caracas: Ediciones Tributarias Latinoamericanas, 2005. p. 166.

(19) Efectivamente, aparentemente nuestro legislador habría seguido el antiguo modelo español, vigente hasta antes de la reforma de la normativa fiscal sobre Precios de Transferencia que tuvo lugar en España a fines del año 2006 a través de la Ley 36/2006, del 29 de Noviembre de 2006. Mediante dicha Ley -en vigor en la actualidad- se dictaron en ese país medidas para la prevención del fraude fiscal, dándose, entre otras modificaciones, una nueva redacción al artículo 16 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto de Sociedades, dedicado a operaciones vinculadas. De acuerdo con la Exposición de Motivos de la Ley en cuestión, la reforma tuvo como objeto «adaptar la legislación española en materia de Precios de Transferencia a las directrices de la OCDE sobre la materia y al Foro Europeo sobre Precios de Transferencia». En este sentido, las modificaciones habrían pretendido homogenizar la legislación española y la actuación de su Administración Tributaria con la de los países de su entorno, dotando así a las actuaciones de comprobación de una mayor seguridad. La nueva norma es aplicable a los períodos impositivos iniciados a partir del 1 de enero de 2007.

resultarán de aplicación las reglas de valoración para las operaciones vinculadas, no contemplándose explícitamente ningún otro requisito adicional, como el de la menor tributación. La referida disposición ha sido, desde su inserción en nuestro ordenamiento, uno de los aspectos más polémicos y debatidos en el ámbito de la regulación de precios de transferencia, que aun hoy en día no puede considerarse resuelto. La discusión gira en torno a la expresión «en todo caso», ya que la misma adolece de cierta imprecisión, dando a entender bajo una primera aproximación que, en los aludidos supuestos, las normas de precios de transferencia serán de aplicación, aun cuando la valoración convenida por las partes no haya causado un detrimento para las arcas fiscales, por disminuir los impuestos a pagar en el Perú o diferirlos, con todo lo que ello implica, sobre todo, en lo que concierne a la posibilidad de practicar ajustes a dicha valoración⁽²⁰⁾. Así, incluso lo ha entendido la Administración Tributaria, para la cual dicha expresión «denota una no dependencia de la regla general señalada»⁽²¹⁾.

No creemos, sin embargo, que esa sea una conclusión acertada. Por el contrario, a nuestro modo de ver, no ha de bastar para que sean permitidos tales ajustes que nos encontremos en los supuestos específicos señalados en los numerales 1, 2, y 3 del inciso a del artículo 32-A, sino que es preciso además que el precio acordado por las partes haya determinado una tributación menor o un diferimiento de dicha tributación en el Perú.

En primer lugar, porque el simple uso de la expresión «en todo caso» no implica necesariamente que ambas reglas - la general y la especial- sean excluyentes, fundamentalmente en el sentido de que los ajustes sobre los precios de transferencia puedan ser llevados a cabo tratándose de los aludidos supuestos, «sin que se haya determinado un menor impuesto a la renta», dada la misma finalidad que las inspira. Antes bien, pareciera que el legislador ha intentado enumerar en el citado precepto todas

aquellas situaciones donde la medida vuelve a configurarse como una norma de imperativa aplicación para propósitos de determinar -mediante la realización de un estudio técnico de precios de transferencia- si la valoración fijada por los sujetos vinculados es distinta, superior o inferior, a aquella que habría sido acordada entre dos entidades independientes en transacciones comparables, en condiciones iguales o similares. Para la concreción de los ajustes que se deriven de la aplicación de dichas normas, sin embargo, consideramos que, de modo previo, deberá haberse acreditado que la valoración convenida ha producido un perjuicio recaudatorio, dependiendo estrechamente dichos ajustes del cumplimiento de la indicada «regla general».

En segundo lugar, porque, en nuestra opinión, no existe motivo alguno que justifique regulaciones de precios de transferencia de diferente alcance. Aunque la Ley es confusa en este aspecto, parece lógico entender que el legislador ha procurado darles una solución uniforme a todas las operaciones mencionadas cuando puedan servir para alterar la tributación derivada de dichas operaciones sea reduciendo el costo fiscal, sea obteniendo un beneficio indirecto como es el diferimiento en el pago del impuesto.

En tercer lugar, porque lo contrario supondría vaciar de contenido a la referida «regla general», lo que no parece ser la voluntad de la ley. Téngase en cuenta que

(20) Adviértase que, según el Informe 157-2007-SUNAT/2B0000, la Administración Tributaria considera que el ajuste previsto en las normas de precios de transferencia será de aplicación «tratándose de los supuestos previstos en los numerales 1, 2 y 3 del inciso a del artículo 32-A del TUO de la Ley del Impuesto a la Renta, sin que se haya determinado un menor Impuesto a la Renta».

(21) Informe 157-2007-SUNAT/2B0000.

Marcial García Schreck

carecería de sentido que el legislador haya previsto una condición para aplicar las normas de precios de transferencia que no tiene que ser observada en situaciones donde precisamente parece claro que existe un alto riesgo de que pudiera producirse una minoración de la carga tributaria en el país o su diferimiento, como consecuencia del aprovechamiento de las diferencias tributarias existentes entre las diferentes jurisdicciones donde se encuentran presentes las partes vinculadas implicadas en la operación o entre los regímenes bajo los que actúan. Examinando esta cuestión, resulta difícil imaginar algún otro caso, distinto a los ahí señalados, donde pudiera verificarse la circunstancia legalmente establecida como «regla general» que conlleve la aplicación de las normas de precios de transferencia (la menor tributación o su diferimiento).

Encabezando el listado taxativo de supuestos específicos en que siempre resultarán de aplicación las normas de precios de transferencia, se tiene a las «operaciones internacionales en donde concurren dos o más países o jurisdicciones distintas». En este caso, la adopción de la medida tiene una clara justificación que se sustentaría en la imposibilidad de que el fisco peruano se encuentre en condiciones de conocer el tratamiento tributario dispensado en otros países o jurisdicciones a todo tipo de operaciones de naturaleza *cross-border* o transfronterizas que, a su vez, pudieran tener algún efecto impositivo en el Perú. En el plano puramente interno o, más propiamente, cuando nos encontremos ante operaciones nacionales, el requisito de la menor tributación bien podría producirse cuando se traspasen beneficios a empresas con pérdidas en el ejercicio en que se realiza la operación (ya sea que hayan

sido generadas en ese ejercicio o que hayan sido arrastradas de ejercicios anteriores), a sociedades sujetas a regímenes diferenciales del Impuesto a la Renta, que tengan suscrito un convenio que garantiza la estabilidad tributaria o que gocen de exoneraciones o inafectaciones⁽²²⁾. De ahí que todas esas situaciones también hayan sido incluidas entre aquellas que se encuentran «en todo caso» dentro de los alcances de las normas de precios de transferencia. Al margen de tales supuestos, la menor base imponible en una de ellas se compensará con un ingreso superior en la otra, siempre que ambas radiquen en el Perú, lo que hace innecesaria la aplicación de dichas normas y, por tanto, improcedente la rectificación de los valores declarados.

A similar conclusión han llegado, con carácter general, distintos especialistas nacionales. En esta línea se ha manifestado, por ejemplo, Silvia Muñoz, al afirmar que «la condición de la determinación del Impuesto a la Renta inferior al que hubiera correspondido funciona como una regla general que necesariamente debe verificarse en los supuestos especiales recogidos en los numerales 1, 2 y 3 del inciso a del artículo 32-A de la LIR»⁽²³⁾. También se ha mostrado

(22) Nótese que lo que la ley señala es que las reglas de precios de transferencia en todo caso resultarán de aplicación, cuando se trate de operaciones nacionales en las que, al menos, una de las partes haya obtenido pérdidas en los últimos seis (6) ejercicios. A nuestro modo de ver, sin embargo, este supuesto no se justifica de la manera en que ha sido planteado. Para llegar a esa conclusión debe tenerse presente que el requisito de la menor tributación en el país únicamente será susceptible de producirse si, al menos, una de las partes tiene pérdidas en el ejercicio en que se realiza la operación, ya sea que hayan sido generadas en él o que hayan sido arrastradas de ejercicios anteriores. En el supuesto que ambas partes tengan renta neta imponible en el ejercicio de la operación y se encuentren sujetas al régimen común del Impuesto a la Renta, no se producirá una menor tributación en nuestro país, puesto que la menor base imponible en una de ellas se verá compensada por mayores rentas en la otra. Ello aun cuando una de las partes, o incluso cuando las dos, hayan tenido pérdidas en los últimos seis ejercicios siempre que las mismas hayan sido completamente compensadas en un ejercicio anterior a aquél en que se realiza la operación vinculada.

(23) MUÑOZ SALGADO, Silvia. *Precios de Transferencia en el Perú: Algunas Reflexiones sobre el Ámbito de Aplicación (Segunda Parte)*. En: *Análisis Tributario*. Número 223, Agosto 2006. p. 17.

a favor Walker Villanueva, quien estima que «la norma debe ser aplicada de esta forma, puesto que su literalidad no puede prevalecer sobre su racionalidad o finalidad»⁽²⁴⁾. En ese mismo sentido, dicho autor afirma que «[p]ese a que la propia norma dispone a qué supuestos especiales se aplicará en todo caso, ello no necesariamente es así, porque puede ocurrir que aun en estos especiales no resulte apropiado ni razonable la aplicación de la regulación de precios de transferencia»⁽²⁵⁾.

De lo expuesto se deduce que, en el orden interno, es requisito indispensable para la aplicación de este régimen que tenga lugar una menor tributación a la que hubiere correspondido si las operaciones se hubieran valorado a precios de mercado o que se produzca un diferimiento en el pago del impuesto en el país, incluso tratándose de los supuestos específicos señalados en los numerales 1, 2, y 3 del inciso a del artículo 32-A antes mencionado. Como consecuencia, solo deberá realizarse ajustes sobre los precios de transferencia cuando ello se haya comprobado. A continuación vamos a referirnos a algunas de las principales implicancias de esta afirmación.

4. Determinación del perjuicio fiscal

Como acabamos de adelantar, una adecuada interpretación del artículo 32-A nos lleva a considerar que solo se permite la realización de ajustes sobre la valoración convenida en transacciones entre partes vinculadas cuando se produce un perjuicio para el fisco, por disminuir impuestos a pagar en el país o diferirlos, pero no admite los ajustes cuando la aplicación del valor de mercado suponga una corrección de signo negativo (menor ingreso, mayor gasto) en la valoración de la operación por el contribuyente⁽²⁶⁾. Como señala Juan Carlos de Pablo Varona, con acierto, ello supone renunciar a que los sujetos implicados tributen por la renta realmente obtenida por cada uno, mientras ello no derive en una disminución de los impuestos a pagar en el

«LA REGULACIÓN ACTUAL DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA DESCUIDA ALGUNOS ASPECTOS QUE SON FUNDAMENTALES. ENTRE ELLOS TAL VEZ UNO DE LOS MÁS IMPORTANTES SEA QUE ÉSTA NO PROPORCIONA RESULTADOS SATISFATORIOS PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DOBLE IMPOSICIÓN ECONÓMICA EN LAS OPERACIONES VINCULADAS INTERNACIONALES»

país o en su diferimiento⁽²⁷⁾. En este aspecto, nuestra normativa en materia de precios de transferencia se aleja notoriamente de las Directivas PT OCDE, que parten de una concepción distinta, en la que la norma de valoración de la operación vinculada de conformidad con el principio de libre concurrencia (sic) «es una regla de distribución de la base imponible entre las distintas jurisdicciones o de imputación de rentas de una jurisdicción a otra», que de ese modo pretende minimizar el riesgo de doble imposición económica que sufren los contribuyentes, sobre todo, en operaciones internacionales⁽²⁸⁾.

Ahora bien, debe observarse que, una vez determinada la concurrencia del requisito legalmente previsto (la menor tributación o

(24) VILLANUEVA GUTIERREZ, Walker. *Comentarios al Reglamento de Precios de Transferencia*. En: *Análisis Tributario*. Número 216, Enero 2006. p. 31.

(25) *Ibid.*; p. 30.

(26) CALDERON, José Manuel y Adolfo MARTIN. *Op. cit.*; p. 36.

(27) DE PABLO VARONA, Juan Carlos. *Op. cit.*; p. 62.

(28) CALDERON, José Manuel y Adolfo MARTIN. *Op. cit.*; p. 36.

Marcial García Schreck

su diferimiento), la regla de valor de mercado será obligatoria siempre y en todo caso, no teniendo por lo tanto naturaleza facultativa. Lo contrario supondría el establecimiento de una potestad discrecional ilimitada a favor de la Administración respecto de un aspecto con incidencia directa en la base imponible, elemento esencial de la obligación tributaria, quedando el contribuyente a expensas de la decisión que adopte acerca de la aplicación de la norma⁽²⁹⁾. Además, su inaplicación supondría una clara vulneración del principio de igualdad, introduciendo una discriminación entre contribuyentes sin justificación alguna⁽³⁰⁾.

Dicho esto, creemos que el siguiente paso en nuestro análisis será intentar determinar si la tributación inferior a la que hubiere correspondido por aplicación del valor de mercado exige contrastar la que deriva de la operación con arreglo a los precios convenidos con la que resultaría de aplicar el precio de mercado a dicha operación, apreciando de modo conjunto el impacto tributario en el país para ambas partes, aun cuando una de ellas sea no domiciliada, o si, por el contrario, solo hay que tener en cuenta las implicancias en el impuesto de cargo de la entidad o sociedad domiciliada destinataria del servicio, cuyo beneficio o ahorro tributario derivado del gasto que contabilice por ese concepto depende precisamente del precio de la operación. Se trata en suma de decidir si, para esos propósitos, también debe considerarse el mayor o menor impuesto que habría tenido que abonarse, mediante retención en la fuente por parte de la sociedad domiciliada, si las rentas obtenidas por el sujeto no domiciliado califican como rentas gravadas de «fuente peruana».

Como ya se ha indicado, el legislador parece haber considerado que, tratándose de operaciones internacionales donde concurren dos o más países o jurisdicciones distintas, al igual que en los demás supuestos enumerados en los numerales 2 y 3 del inciso a del artículo 32-A, podría producirse una aminoración de la carga tributaria en el país o su diferimiento, considerando el conjunto de las personas o entidades vinculadas, como

consecuencia del aprovechamiento de las diferencias tributarias existentes entre las diferentes jurisdicciones donde se encuentran presentes o regímenes bajo los que actúan. No obstante, no nos parece que sea necesariamente así por las razones que pasamos a explicar a continuación.

Téngase en cuenta, por ejemplo, que dicho requisito no se verificaría en una operación internacional de no existir diferencias en las tasas impositivas aplicables en el país a las partes vinculadas implicadas; es decir, cuando la operación de que se trate no genere para el no domiciliado algún tipo de renta cuyo tratamiento sea más benigno que el que le corresponde a la entidad local por sus propias rentas netas de tercera categoría, cuyo impuesto como se sabe se determinará aplicando sobre las mismas la tasa del treinta por ciento (30%).

Así ocurrirá tratándose de servicios intragrupo si ellos se encuentran gravados igualmente en el país con una tasa del treinta por ciento (30%), como sucedería si se pagan o acreditan rentas a un beneficiario no domiciliado por actividades, que no califiquen como asistencia técnica (las cuales actualmente se encuentran gravados con una tasa reducida de quince por ciento), llevadas a cabo en territorio nacional, o de servicios financieros, tales como préstamos, puesto que cualquier menor impuesto producto de la contabilización por parte de la sociedad receptora del servicio o del crédito de un gasto anormalmente elevado se compensaría con una mayor deuda

(29) ESTEVE PARDO, María Luisa. *Fiscalidad de las operaciones entre sociedades vinculadas y distribuciones encubiertas*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1996. pp. 84-86, citado por DE PABLO VARONA, Juan Carlos. *Op. cit.*; p. 60.

(30) CENCERRADO MILLAN, Emilio. *El tratamiento de entidades vinculadas en la imposición directa española*. Aranzandi, 2000. p. 63; DE PABLO VARONA, Juan Carlos. *Op. cit.*; p. 61.

tributaria derivada del mayor ingreso gravado del no domiciliado. De ese modo, el efecto de la porción del gasto en exceso se neutralizará anulando el beneficio societario proveniente de su deducción y no habrá pérdida efectiva de recaudación en el país.

Más aun, en determinadas circunstancias lejos de obtenerse una ventaja fiscal podría producirse un perjuicio, cuando menos desde una perspectiva financiera, teniendo en cuenta a ambas partes de la operación. Este último resultado podría producirse, por ejemplo, cuando la sociedad pagadora de la renta tenga pérdidas pendientes de compensar, pues la obligación de retener y abonar al fisco el impuesto del no domiciliado surgirá de manera inmediata, cuando se le pague o acredite la contraprestación por los servicios prestados o incluso antes de ello, con la sola provisión del gasto correspondiente, en tanto que el beneficio o ahorro tributario derivado de la deducción de dicho gasto únicamente se materializará luego de que la indicada sociedad logre aplicar íntegramente sus pérdidas, lo cual en algunos casos podría ocurrir varios años después de pagado al fisco el impuesto del no domiciliado.

No obstante lo anterior, debemos reconocer que, de un examen sistemático del artículo 32-A, parece desprenderse que, en el contexto de una operación vinculada entre una sociedad domiciliada y otra no domiciliada o, más precisamente, cuando se trate de un servicio intragrupo proveniente del exterior, lo que realmente interesa para la aplicación de este régimen es que la valoración convenida hubiera determinado un menor pago del impuesto de cargo del contribuyente domiciliado, al que le hubiere correspondido por aplicación del valor mercado, independientemente del monto del impuesto que haya gravado en el país al no domiciliado por las rentas derivadas de la operación. En esa medida, la valoración de la operación a precios de mercado únicamente sería obligatoria si ello conlleva una disminución de gastos excesivos, en el sentido de que no hubieran sido aceptados por partes no vinculadas, careciendo de relevancia el hecho de que pudiera haber surgido al mismo tiempo una

obligación tributaria en el país por las cantidades pagadas, acreditadas o adeudadas al beneficiario del exterior.

No puede desconocerse, por otro lado, que, al menos en el plano teórico, el valor de mercado de toda operación debería ser el mismo para ambas partes y no solo para aquella para la que suponga un incremento de su base imponible⁽³¹⁾. Por consiguiente, dicha valoración debiera desplegar sus efectos o tener repercusión en dos entidades distintas, aun cuando sean sujetos pasivos de su propia obligación tributaria, incidiendo en sus diferentes e independientes deudas tributarias, «cada una de las cuales corresponde a su titular, que solo responde de ella»⁽³²⁾. El valor que debiera asignársele no es sino el precio o contraprestación que hubiera sido acordado con o entre partes independientes en transacciones comparables, en condiciones iguales o similares. No obstante, en nuestro caso, no deja de sorprender que el valor que debe atribuirse a una operación vinculada «internacional», para efectos fiscales, pudiera ser distinto según la perspectiva desde la que se mire la misma, bien desde la del contribuyente domiciliado bien desde la del no domiciliado, quebrándose en no pocas ocasiones la relación de equivalencia que debiera existir entre ellas.

Con todo, no sería ilógico que la tributación inferior o diferida en el país sea establecida considerando el conjunto de las personas o entidades vinculadas y no solo los de las personas o entidades domiciliadas que participan en la operación, siempre y cuando todas ellas se encuentren gravadas

(31) DE PABLO VARONA, Juan Carlos. *Op. cit.*; p. 91.

(32) MORENO FERNÁNDEZ, Juan Ignacio. *Op. cit.*; p. 36.

Marcial García Schreck

en el país. Y ello porque en ese supuesto lo que para una entidad es mayor renta, para la otra será una menor renta, de forma que los efectos del conjunto de las bases imponibles se neutralizarán y no necesariamente habrá pérdida de recaudación, en tanto y en cuanto no tributen de manera diferente. Dadas estas circunstancias, las partes vinculadas no tendrían un incentivo para influir en el precio o valor de la transacción. Por consiguiente, en esa hipótesis no habría razones fundadas para asumir que el precio de sus operaciones ha sido fijado a valores distintos a los que tendrían lugar en un mercado independiente o de libre concurrencia, para alterar la tributación derivada de dichas operaciones, siendo este último un requisito indispensable para que le interesen al Derecho Tributario⁽³³⁾. Parece, sin embargo, que no fue este el razonamiento de nuestro legislador al introducir el condicionante legalmente previsto (la menor tributación o su diferimiento) para la aplicación del régimen comentado.

Hay que tener presente que ello va a tener como consecuencia que en la práctica solo se realicen ajustes sobre los precios de transferencia cuando nos encontremos ante un gasto anormalmente elevado derivado de un servicio intragrupo, porque solo en ese caso la tributación en el país será inferior, en sede de la entidad receptora del servicio, a la que hubiera resultado si la operación se hubiese valorado a precios de mercado. Se habría tratado con ello de establecer una garantía tendente a evitar la sobrevaloración de los servicios u otros cargos del exterior, pero no se impide o rechaza la infravaloración de los mismos. De esa forma, a nuestro modo de ver, se aborda parcialmente el problema de la valoración de las operaciones vinculadas, al contemplarlo únicamente desde la vertiente de los gastos, cuando lo cierto es que también tiene incidencia para cuantificar la renta de aquella parte de la relación que sea la que preste los servicios, la cual como hemos visto precedentemente bien podría encontrarse gravada en nuestro país, aun cuando sea no domiciliada.

Por otro lado, con relación a la exigencia bajo comentario, también llama la atención que la Administración Tributaria venga considerando que «para evaluar si existe un Impuesto

a la Renta inferior al que hubiera correspondido por aplicación del valor de mercado, deben tomarse en cuenta todas las transacciones efectuadas entre las partes vinculadas, sin limitarse a considerar únicamente las transacciones realizadas a valor inferior al de mercado, más aun si las normas citadas no contienen una restricción en tal sentido»⁽³⁴⁾. Lo anterior fue puesto de manifiesto expresamente en el Informe 208-2007-SUNAT.

Desde ese punto de vista, para esos efectos se admitiría con carácter general la compensación de resultados de distintas transacciones realizadas durante el ejercicio gravable respectivo, siempre que las partes vinculadas que intervengan en dichas transacciones sean las mismas, de modo que la menor base imponible de una de ellas podría ser compensada por mayores beneficios derivados de otras, produciéndose una menor tributación en nuestro país únicamente si el efecto neto es negativo para los intereses del fisco.

Sin embargo, debe destacarse que en este aspecto llegamos a una conclusión distinta de la sostenida por la Administración Tributaria. En efecto, en nuestra opinión la apreciación de la menor tributación a la que hubiera correspondido por aplicación de valor de mercado debe realizarse, como regla general, de manera transaccional ya que esa apreciación exige contrastar la que deriva de la operación con arreglo a los precios convenidos con la que resultaría de aplicar el precio de mercado a dicha operación, análisis que de acuerdo con las Directivas PT OCDE (Párrafo 1.42) y el artículo 112 del Reglamento de la Ley del

(33) VILLAVERDE GÓMEZ, María Begoña. *Op. cit.*; p. 175.

(34) Informe 208-2007-SUNAT.

Impuesto a la Renta deberá realizarse «transacción por transacción, cuando corresponda, de acuerdo con el método que resulte más apropiado, excepto en los casos en los que las transacciones separadas se encuentren estrechamente relacionadas o se trate de operaciones continuadas en las que no es posible efectuar la evaluación independiente por cada transacción, en cuyo caso la evaluación de las transacciones se realizará en forma conjunta usando un mismo método»⁽³⁵⁾.

Un ejemplo sin duda aclarará las anteriores afirmaciones. Supongamos que una sociedad domiciliada vende a otra no domiciliada con la que se encuentra vinculada activos por 600, cuando su valor de mercado son 1000 y que durante el mismo ejercicio le presta servicios a aquella por 1000, cuando su valor de mercado son 600. A tenor de lo que sostiene la Administración Tributaria en ese escenario no se generaría un perjuicio fiscal en el ejercicio gravable respectivo, ya que el menor ingreso de 400 de la primera operación se compensaría con el mayor ingreso también de 400 de la segunda, neutralizando su efecto en la base imponible del impuesto de la sociedad domiciliada, si se consideran ambas transacciones entre las partes vinculadas involucradas, sin limitarse a considerar las realizadas a valor inferior al de mercado. No cumpliéndose bajo esa concepción con el requisito de la menor tributación a la que hubiere resultado si las operaciones se hubieran valorado a precios de mercado, no sería necesario ajustar en consecuencia los valores declarados por los de mercado en ninguno de los dos casos mencionados. Sin embargo, si se hace un análisis individual, transacción por transacción, la respuesta sería distinta, ya que correspondería practicar un ajuste por la venta de los activos, aumentando los ingresos de la empresa vendedora en 400, sin que proceda efectuar un ajuste negativo para reducir su base imponible en 400 por los servicios sobrevalorados en esa medida, dado que en ese caso la valoración convenida

no habría producido una tributación en el país inferior a la que hubiera correspondido por aplicación del valor de mercado.

5. Procedencia del ajuste de precios de transferencia

De conformidad con el primer párrafo del artículo 32 de la Ley del Impuesto a la Renta, como regla general, los ajustes derivados de la aludida norma de valoración son bilaterales, en el sentido que la operación reciba el mismo tratamiento para ambas partes. Hay coincidencia en la doctrina en entender que la razón de ser de la práctica de los ajustes bilaterales parte de la idea de que no es correcto que un ajuste a una operación vinculada determine la imposición sobre un beneficio superior al efectivamente obtenido por las partes vinculadas⁽³⁶⁾. La valoración ha de ser pues la misma para ambas partes. En tal sentido, producto del ajuste bilateral que se realice, «lo que es mayor renta para una de las partes intervinientes (y, en consecuencia, mayor deuda tributaria) va a suponer una menor para la otra (y, en su defecto, menor deuda tributaria)»⁽³⁷⁾. No obstante, cabe señalar que, tratándose de operaciones entre partes vinculadas, el ajuste a valor de mercado solo surtiría efecto para los sujetos domiciliados en el país que intervengan en las mismas. Así se deduce tanto del inciso c del artículo 32-A de la misma Ley, como del artículo 109 de su Reglamento⁽³⁸⁾.

(35) Artículo 112 del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta.

(36) DE PABLO VARONA, Juan Carlos. *Op. cit.*; p. 88.

(37) MORENO FERNÁNDEZ, Juan Ignacio. *Op. cit.*; p. 57.

(38) De acuerdo al inciso c del artículo 32-A, «[e]l ajuste del valor asignado por la Administración Tributaria o el contribuyente surte efecto tanto para el transferente como para el adquirente, siempre que estos se encuentren domiciliados o constituidos en el país». Por su parte el artículo 109, enmarcado en el Capítulo XIX del Reglamento, relativo a «Los Precios de Transferencia», precisa que tratándose del Impuesto a la Renta, el ajuste que proviene de las operaciones comprendidas en el ámbito de aplicación de las normas de precios de transferencia, dentro de las que se encuentran las

Marcial García Schreck

Es evidente que la anterior aclaración solo tiene relevancia cuando hablamos de operaciones internacionales, entre partes vinculadas, en cuyo caso el ajuste a valor de mercado está circunscrito solo a los supuestos en los que se haya producido una menor tributación o su diferimiento desde la perspectiva de aquella que sea domiciliada. Esto quiere decir que únicamente deberán realizarse los ajustes valorativos si implicaran un aumento en su base imponible, y no cuando supongan una reducción de ingresos o un incremento de sus gastos. Ese tratamiento asimétrico o desigual deriva de las limitaciones del ámbito de aplicación de las normas de precios de transferencia, las cuales como hemos señalado han quedado confinadas a los casos señalados (minoración o diferimiento de la tributación en el país), siendo intrascendentes en todos los demás.

Según lo expuesto, si la entidad domiciliada es la perceptora de las rentas solo se permiten los «ajustes positivos» dirigidos a imputarle una mayor renta (aumentando el precio de la operación). Por su parte, cuando la entidad domiciliada sea la pagadora, el ajuste del precio de la operación conllevará la reducción del gasto o costo correspondiente. Sin embargo, en nuestro ordenamiento, no se admiten los ajustes que supongan una corrección en signo negativo (menor ingreso, mayor gasto) en la valoración del contribuyente domiciliado, al no producirse en ese supuesto una minoración de la tributación en el país o un diferimiento de la misma⁽³⁹⁾.

Hay que llamar la atención que como consecuencia podría ocurrir que la mayor renta producto de un ajuste unilateral en sede de la entidad domiciliada termine estando gravada más de una vez, produciéndose lo que se ha denominado

«doble imposición económica»⁽⁴⁰⁾. Tal resultado podría registrarse cuando el otro país realice ajustes positivos que no son correspondidos por ajustes en sentido inversamente proporcional en nuestro país, atribuyéndose de ese modo rentas no deducibles en uno de ellos, que son tributables en el otro, «lo que implica el gravamen de una renta que ya ha sido gravada en el extranjero»⁽⁴¹⁾.

Pero, además, puede surgir doble imposición cuando el sujeto no domiciliado se encuentre gravado, a la vez, en el Perú (tratándose de una renta gravable de fuente peruana), debido a que en ese caso no se verá beneficiado por un ajuste negativo en nuestro país, aun cuando haya tributado sobre una renta superior a la que hubiere correspondido por aplicación del valor de mercado. Esta situación podría producirse si el incremento en la base imponible derivado de un ajuste correspondiese a una operación de las que genera un rendimiento o beneficio sujeto a retención. Piénsese, por ejemplo, en el caso que se impute un menor gasto a la sociedad domiciliada por concepto de un servicio intragrupo recibido del exterior, que encaje dentro de la definición de «asistencia técnica» de acuerdo a las pautas marcadas por nuestra legislación. En ese supuesto, el hecho de llevar la operación a valor de

operaciones internacionales en donde concurren dos o más países o jurisdicciones distintas, «surte efecto para el sujeto domiciliado en el país y se imputará al ejercicio gravable en el que realizaron las operaciones con la parte vinculada».

(39) CALDERON, José. y Adolfo MARTIN. *Op. cit.*; p. 36.

(40) Como explica Alberto Xavier, la doble imposición económica o sobreposición de impuestos se distingue de la doble imposición jurídica en que para su existencia no se exige la identidad del sujeto. Un ejemplo de doble tributación económica donde existe diversidad de sujetos ocurre cuando la misma renta fuese tributada por normas tributarias distintas, de las cuales una es alcanzada en la sociedad donde se generó y la otra en el socio a quien fue distribuida. También habrá doble imposición económica cuando dos sociedades residentes en dos países distintos se atribuyen rentas no deducibles en uno de ellos y tributables en el otro. Véase XAVIER, Alberto. *Derecho Tributario Internacional*. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma, 2005. p. 59.

(41) MORENO FERNÁNDEZ, Juan Ignacio. *Op. cit.*; p. 32.

mercado, no va a tener relevancia en términos de la deuda tributaria del no domiciliado, dada la imposibilidad de alterarlo a través de un ajuste negativo en el importe de su impuesto en el país.

Esto último obedece a que los ajustes por aplicación de las normas de precios de transferencia en definitiva no alcanzan a las retenciones de no domiciliados, con independencia de que la valoración convenida por las partes haya determinado una mayor o una menor deuda tributaria por ese concepto, a la que correspondería en el mercado entre sujetos no vinculados. Existen motivos más que fundados que apuntan en ese sentido. Para empezar, como hemos visto, nuestra legislación interna deja claro que la aplicación de dichas normas depende estrechamente de que se haya producido una minoración efectiva de la tributación, condición que no se verificaría, desde la perspectiva del impuesto del no domiciliado, en los casos en los que el precio haya sido sobrevalorado y el «ajuste» que necesitaría hacerse para corregirlo sea por exceso y no por defecto. En ese supuesto, al no haber una menor retención de la que hubiera correspondido efectuar conforme al valor de mercado de la operación, no habrá que hacer ajuste valorativo alguno. Resultaría, por tanto, impropio ampliar el ámbito de aplicación del régimen a otros supuestos, porque con ello se estaría yendo más allá de lo que la norma legal establece.

De otra parte, como se ha adelantado, también se ha dejado claro que los ajustes derivados de la aplicación de las normas de precios de transferencia solo surten efectos para los contribuyentes domiciliados, lo cual en términos sencillos supone que no permiten modificar la base imponible de los que no lo son, en ningún sentido. De allí, que el ajuste positivo en la base imponible del contribuyente domiciliado no vaya acompañado de un ajuste negativo en el importe del impuesto de cargo del no domiciliado. En nuestra opinión, sin embargo, existe otra razón igualmente contundente que ratifica tal entendimiento, la cual se deriva del hecho o, mejor dicho, de los presupuestos de hecho que dan lugar a la obligación de retener el impuesto que corresponda en los pagos o abonos efectuados a beneficiarios del exterior.

Como se sabe, dicha obligación nace cuando se pagan o acreditan rentas de fuente peruana a beneficiarios no

domiciliados, así como cuando se contabiliza el gasto o costo correspondiente. Aun cuando no existe una previsión legal explícita en ese sentido, puede sostenerse razonablemente que en ese caso la obligación tributaria surge solo respecto de los importes efectivamente pagados, acreditados o contabilizados como costo o gasto. Desde esa perspectiva, el hecho que los ajustes de precios de transferencia tengan naturaleza extracontable, nos permite concluir que los mismos no modificarán los montos contabilizados por el adquirente del bien o servicio de que se trate, ni mucho menos aquellos que han sido efectivamente pagados o acreditados por él, careciendo por tanto de valor a efectos de establecer la cuantía del impuesto respectivo.

A nuestro entender, no existe base legal que obligue a la Administración Tributaria a devolver un «pago en exceso», como tampoco en su caso para cobrar un eventual «pago en defecto» por concepto del impuesto de cargo del no domiciliado, exigiéndoselo al responsable o «agente de retención», como correlato de la realización de un ajuste valorativo positivo en la materia imponible del contribuyente domiciliado que interviene en la operación. En ausencia, pues, de una disposición autoritativa expresa que disponga lo contrario, habría que concluir que no pueden practicarse dichos ajustes para la corrección del impuesto del no domiciliado. Conviene tener en cuenta que esta interpretación es perfectamente compatible con la disposición legal y reglamentaria que deja por sentado que los ajustes de precios de transferencia surten efectos solo para los sujetos domiciliados en el país, lo cual, reiteramos, implica que no lo hacen para la determinación de la obligación tributaria de los que no lo son⁽⁴²⁾.

Marcial García Schreck

Lo anterior nos lleva a considerar que el problema de la doble imposición en la práctica también podría presentarse cuando nos encontremos ante operaciones sujetas a retención en la fuente, puesto que de practicarse un ajuste de carácter positivo, lo que para la entidad domiciliada será un mayor gasto para la otra no será menor renta y, por tanto, menor deuda tributaria, circunstancia que impide neutralizar total o parcialmente los efectos del ajuste positivo realizado. Como es lógico, ese resultado bien podría evitarse si la corrección de la valoración convenida para el contribuyente domiciliado tuviera un reflejo en el no domiciliado, para propósitos de la determinación de su impuesto en el Perú. Para ello, sin embargo, naturalmente se requeriría de una previsión legal explícita en nuestro ordenamiento, de forma que se reconozca el derecho a practicar un ajuste simétrico, pero de signo negativo como consecuencia de los ajustes positivos realizados en la entidad domiciliada, lo que abriría las puertas a la posibilidad de solicitar la devolución del impuesto del contribuyente no domiciliado que pudiera haberse pagado o retenido en exceso.

6. Conclusiones

Con relación al régimen de los precios de transferencia en el Perú, ha de señalarse que se ha avanzado mucho en los últimos tiempos. Sin embargo, la regulación actual de precios de transferencia descuida algunos aspectos que son fundamentales. Entre ellos tal vez uno de los más importantes sea que esta no proporciona resultados satisfactorios para la eliminación de la doble imposición económica en las operaciones vinculadas internacionales

generada por la práctica de los ajustes primarios, al admitirse solamente aquellos que supongan una corrección de signo positivo (mayor ingreso, menor gasto) para el contribuyente domiciliado en la valoración acordada, desconociendo por completo los efectos tributarios en sede del sujeto no domiciliado que interviene en ella, tanto en su país de origen, como en el nuestro, si genera renta de fuente peruana, como en el caso de un servicio de asistencia técnica, que es utilizado económicamente en el Perú, o de otra clase de servicios llevados a cabo en territorio nacional⁽⁴³⁾. No se toma en cuenta, por ejemplo, que en este último caso cualquier gasto en exceso se neutralizará con el mayor ingreso del no domiciliado, pudiendo no haber en los hechos una pérdida de recaudación en el país.

El problema se presenta como consecuencia de la filosofía que subyace al artículo 32-A, que circunscribe el ámbito de aplicación de las normas de precios de transferencia a situaciones donde «la valoración convenida hubiera determinado un pago del Impuesto a la Renta, inferior al que hubiere correspondido por aplicación del valor de mercado». Con el establecimiento de ese condicionamiento

- (42) Del tenor del acápite (i) del inciso a del artículo 109 del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta parece sugerir que los ajustes de precios de transferencia tienen incidencia en el monto de las retenciones de no domiciliados cuando se relacionan con transacciones que originan rentas de fuente peruana a favor de países o territorios de baja o nula imposición y, a su vez, implican para el sujeto domiciliado en el país un gasto no deducible de acuerdo a lo señalado por el inciso m del artículo 44 de la Ley. Sin embargo, por las razones expuestas creemos que esa disposición reglamentaria estaría excediendo los alcances de la Ley, lo que significa que a través de un decreto supremo se estaría yendo en contra de una norma de mayor jerarquía lo cual vulnera el principio de legalidad, institución rectora del Derecho Tributario.
- (43) Adviértase que los ajustes de correspondencia o correlativos de signo negativo (menor ingreso, mayor gasto) en la actualidad podrían resultar procedentes tratándose de operaciones internacionales cubiertas por convenios internacionales para evitar la doble imposición celebrados por el Perú con otros países, siempre que el ajuste primario efectuado por la Administración Tributaria extranjera conste en acto administrativo que haya quedado firme. Véase, al respecto, el último párrafo del inciso c del artículo 31-A de la Ley del Impuesto a la Renta y el inciso b del artículo 109 de su Reglamento.

legal, nuestra normativa se ha alejado de las principales tendencias internacionales de precios de transferencia, representadas por las Directivas PT OCDE. Para corregir esa situación, consideramos necesario una reforma del artículo 32-A para que la norma de valoración a mercado opere respecto de todas las transacciones entre vinculadas, con independencia de que la valoración acordada haya o no producido un diferimiento o una menor tributación en

el país, admitiéndose expresamente la realización de ajustes negativos, tal y como se hizo en el caso español el año pasado para «adaptar la legislación española en materia de Precios de Transferencia a las directrices de la OCDE sobre la materia y al Foro Europeo sobre Precios de Transferencia»⁽⁴⁴⁾. Con el esquema que proponemos, se eliminarían los problemas de doble imposición que los contribuyentes, domiciliados o no, que operan en el Perú sufren como consecuencia de la actual normativa e incrementaría su seguridad jurídica, evitándose de ese modo la creación de conflictos con otras jurisdicciones.

(44) Véase la Exposición de Motivos de la Ley 36/2006, del 30 de noviembre del 2006, en la que, entre otras modificaciones normativas, se procedió a dar una nueva redacción al artículo 16 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto de Sociedades de España, dedicado a operaciones vinculadas.