



Tulio Tartarini Tamburini(*)

El ajuste secundario en materia de **precios de transferencia**, notas sobre su naturaleza y deficiente regulación en el Perú(**)

The secondary adjustment on transfer pricing, notes about its nature and poor regulation in Peru

LA CONCEPCIÓN MÁS DIFUNDIDA QUE SE TIENE DE LOS PRECIOS DE TRANSFERENCIA ES CONSIDERARLOS COMO UNA HERRAMIENTA DE LAS ADMINISTRACIONES FISCALES PARA ATACAR EL INDEBIDO DESVÍO DE RENTAS, MEDIANTE LA MANIPULACIÓN DE PRECIOS, MÁRGENES O CONTRAPRESTACIONES, DE UNA JURISDICCIÓN A OTRA DE MENOR O NULA TRIBUTACIÓN.

Resumen: El presente artículo aborda la temática del ajuste secundario en materia de precios de transferencia, enfocándose en su naturaleza y su regulación en el Perú. Para ello, el autor explica el concepto y la finalidad de los precios de transferencia, así como también realiza algunas precisiones terminológicas en materia de ajustes de precios de transferencia, definiendo los ajustes primarios, los compensatorios, los correlativos y, con mayor profundidad, los secundarios. Asimismo, el autor explica la manera en que los ajustes secundarios de los precios de transferencia están regulados en la Ley del Impuesto a la Renta peruana.

Palabras clave: Precios de Transferencia - Principio de Libre Concurrencia - Ajuste Secundario - Ajuste Primario - Ajuste Compensatorio - Ajuste Correlativo - Impuesto a la Renta

Abstract: This article addresses the subject of secondary adjustment on transfer pricing, focusing on its nature and its regulation in Peru. To do this, the author explains the concept and purpose of transfer pricing and

(*) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Máster en Tributación Internacional por la Universidad de Nueva York, Estados Unidos. Posgrado en Precios de Transferencia por la Universidad de Leiden, Holanda. Socio de Rodrigo, Elías & Medrano Abogados.

(**) Nota del Editor: El artículo fue recibido el 21 de julio de 2016 y aprobada su publicación el 22 de julio del mismo año.

El ajuste secundario en materia de precios de transferencia, notas sobre su naturaleza y deficiente regulación en el Perú
The secondary adjustment on transfer pricing, notes about its nature and poor regulation in Peru

also elaborates some terminological precisions concerning adjustments on transfer pricing, defining the primary adjustments, the compensating ones, the correlative ones and, in more depth, the secondary ones. Likewise, the author explains the way secondary adjustments of transfer prices are regulated by the Peruvian Income Tax Law.

Keywords: Transfer Pricing - Arm's Length Principle - Secondary Adjustment - Primary Adjustment - Compensating Adjustment - Correlative Adjustment - Income Tax

1. Introducción: los precios de transferencia: su concepto y finalidad

Los precios de transferencia buscan, en primer lugar, evaluar y, de ser el caso, corregir, el valor asignado a las operaciones comerciales por entidades pertenecientes a un mismo grupo multinacional. La corrección operará en caso los precios acordados entre empresas afiliadas no hayan sido fijados considerando el denominado principio de libre concurrencia o *arm's length principle*, esto es, siempre que tales precios no reflejen lo que terceros independientes hubieran pactado en transacciones comparables y bajo condiciones iguales o similares.

La concepción más difundida que se tiene de los precios de transferencia es considerarlos como una herramienta de las administraciones fiscales para atacar el indebido desvío de rentas, mediante la manipulación de precios, márgenes o contraprestaciones, de una jurisdicción a otra de menor o nula tributación. Esto es, la concepción primaria es tenerlos como una herramienta antielusiva, lo que conlleva a que las corporaciones multinacionales y en general las empresas tengan una visión *negativa* de la institución. Son una carga fiscal más que cumplir, mediante formalidades y estudios especialmente complejos y costosos.

Sin embargo, en realidad los precios de transferencia deben ser entendidos de otra forma. Económicamente, los precios de

transferencia son una herramienta que permite a las corporaciones medir el *performance* de sus diferentes entidades o unidades económicas dentro del grupo. En efecto, a través de los precios de transferencia, las grandes corporaciones multinacionales tienen una herramienta de gestión del negocio, que permite medir el rendimiento de sus diferentes entidades y, con ello, el desempeño de sus ejecutivos.

Es así que el concepto *precio de transferencia* viene prestado de la economía, donde precisamente no tiene un alcance *negativo*, sino más bien *positivo*. Como señala Hamaekers:

“El fundamento económico del cobro de precios de transferencia es poder evaluar el rendimiento de las entidades del grupo en cuestión. Al cobrar precios por bienes y servicios transmitidos dentro del grupo, los directivos de dichas entidades son capaces de tomar la mejor decisión sobre si comprar o vender bienes y servicios dentro o fuera del grupo”⁽¹⁾.

Es común pues que las empresas que forman parte de un grupo multinacional se relacionan entre sí a través de la prestación de servicios o la provisión de bienes, siendo que el precio pagado por dicha contraprestación adquiere el nombre de *precio de transferencia*. Las reglas de precios de transferencia buscarán que las diversas entidades del grupo transen entre sí en condiciones de mercado, buscando cada una maximizar su beneficio, como si la operación hubiere sido realizada por compañías que no tienen la más absoluta vinculación⁽²⁾.

Cuando los precios de transferencia son fijados en forma incorrecta, esto es, sin observar

(1) Hubert Hamaekers, “Capítulo 12: Precios de transferencia. Historia, evolución y perspectivas,” En *Fiscalidad Internacional. Tributación*, 2ª edición (Madrid: Centro de Estudios Financieros, 2005), 421-2.

(2) Señala Hamaekers “[s]i existe un mercado abierto competitivo para los productos y servicios transmitidos internamente, la mejor solución desde un punto de vista de economía de los negocios es utilizar el precio de mercado como precio de transferencia. Este puede extraerse de listas de precios publicadas para productos o servicios similares, o ser el precio cobrado



Tulio Tartarini Tamburini

parámetros de mercado, se produce un perjuicio, en primer lugar, a la propia empresa multinacional. En efecto, desde la pura teoría económica, ello implica ineficiencia, en tanto se permite que las diversas unidades de negocio de un grupo económico obtengan precios, márgenes o contraprestaciones que no se condicen con una conducción del negocio en una situación de libre concurrencia, en donde el mayor esfuerzo genera una mejor compensación. Por mencionar un ejemplo, cuando una compañía A presta un servicio a su afiliada B, a un valor de 1000, en circunstancias en las que el valor de mercado es de 100, se recibe una compensación en exceso con relación a las funciones realizadas, activos empleados y riesgos asumidos. La compañía A, y sus funcionarios, se ven poco motivados a mejorar su performance de negocio, por cuando ya, con lo poco realizado, se obtiene una rentabilidad mayor a la de cualquier participante independiente en el mercado. Por su parte, la compañía B claramente pierde recursos de manera ineficiente, pues en el mercado puede encontrar servicios de iguales, o mejores, características, pero a un más bajo costo. En esa medida, reporta una rentabilidad baja, no obstante el mejor desempeño que puedan realizar sus funcionarios. Entonces, el esfuerzo de gestión no se ve compensado.

En el ámbito *negativo* de la institución, que lamentablemente corresponde al tributario, tal fijación inadecuada de los precios de transferencia también ocasiona un perjuicio, pero esta vez al Estado. En efecto, el desvío de precios de una entidad a otra, puede originar la disminución de la base imponible, y el

traslado de las utilidades a una entidad exenta o a una jurisdicción de menor tributación.

Sobre el particular, señala el profesor español Francisco García:

“Muchos países han encontrado en la regulación de precios de transferencia un mecanismo con el que preservar o asegurar los recursos tributarios, bien de forma directa, reforzando la identificación de las funciones, riesgos y activos del territorio de la jurisdicción, o ampliando los tipos infractores en este campo, para evitar los supuestos fraudes que las empresas multinacionales -o simplemente internas- realizan con la ‘alteración’ de los precios de transferencia. De esta forma, la regulación de los precios de transferencia se instrumenta como una de las herramientas con mayor capacidad disuasoria y efectiva para hacer frente a la deslocalización de las rentas, abusiva o no, evasiva o no, en una situación económica presidida por la internacionalización y la apertura de fronteras”⁽³⁾.

Esta concepción peyorativa del término⁽⁴⁾ es criticada por la misma Organización para la

por una entidad del grupo a un cliente no vinculado. (...) En diversas multinacionales, las entidades del grupo negocian entre sí como si fueran partes independientes ya que tienen su propia responsabilidad en la obtención de beneficios. El precio de transferencia resultante de esas negociaciones es igualmente aceptable desde un punto de vista de la economía de los negocios”, 421-2.

- (3) Francisco García Prats, “Capítulo 1: Las operaciones vinculadas y los precios de transferencia: La aplicación del principio de libre competencia. Valoración a valor de mercado,” En *Fiscalidad de los precios de transferencia (operaciones vinculadas)*. *Tributación* (Madrid: Centro de Estudios Financieros, 2010), 22.
- (4) Que es la más difundida a nivel internacional. Como ejemplo, la Tercera Sala del Tribunal Supremo del Poder Judicial Español en su Sentencia STS 184/2007 de fecha 10 de enero de 2007, se refiere así a los precios de transferencia: “[e]n términos generales, existe precio de transferencia cuando en la relación económica existente entre dos entidades vinculadas se fija un precio distinto, superior o inferior, a aquel que se habría acordado entre dos sociedades independientes. La finalidad primordial de los precios de transferencia es trasladar los beneficios de una empresa a otra, lo que puede suponer, si se trata de dos entidades sujetas a una misma soberanía fiscal, la elusión del pago del Impuesto sobre Sociedades dado que los beneficios se tenderán a situar en aquella sociedad o sociedades del grupo con una situación permanente o cuasi-permanente de pérdidas de manera que estas absorban la totalidad o la mayor parte de aquellos”. La versión completa de la sentencia se encuentra en el siguiente enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/documento/TS/584152/tributario/20070208>.

**El ajuste secundario en materia de precios de transferencia,
notas sobre su naturaleza y deficiente regulación en el Perú**
*The secondary adjustment on transfer pricing,
notes about its nature and poor regulation in Peru*

Cooperación y el Desarrollo Económicos (en adelante, OCDE), quien ha señalado en diversos documentos y desde los años setenta⁽⁵⁾ que el término *precio de transferencia* es neutral, pues “la consideración de los problemas de los precios de transferencia no debería confundirse con la consideración de los problemas del fraude o la elusión fiscal, incluso aunque los precios de transferencia puedan utilizarse para esos fines”⁽⁶⁾.

El patrón, en materia de precios de transferencia, es que las transacciones económicas entre partes relacionadas deben realizarse en condiciones *arm's length* o de libre competencia. Este es el estándar reconocido por la OCDE en sus Directrices aplicables en materia de Precios de Transferencia a Empresas Multinacionales y Administraciones Fiscales⁽⁷⁾ (que, en adelante, denominaremos simplemente “las Directrices de la OCDE”) e implica que los precios, márgenes o contraprestaciones deben corresponder con los que partes independientes hubieran acordado entre sí, en transacciones comparables y bajo condiciones iguales o similares. Cabe anotar que la mayoría de los países, incluyendo por supuesto el Perú, contempla en su derecho interno normas que permiten a las autoridades tributarias ajustar los precios de transferencia que se desvían de aquel principio.

Resulta importante precisar que “el principio de plena competencia se concibe, fundamentalmente, como un dato objetivo: se trata de comparar los precios/operaciones que utilizarían las partes independientes con el que emplean las partes vinculadas en sus relaciones”⁽⁸⁾. Es decir, para efectos tributarios, “los precios acordados para las operaciones entre las entidades del grupo deberían obtenerse de los precios que

habrían sido aplicados por otras entidades independientes en operaciones similares desarrolladas en condiciones similares en un mercado abierto”⁽⁹⁾.

Si los precios, contraprestaciones o márgenes se desvían del estándar *arm's length*, entonces la Administración Tributaria podría practicar el respectivo ajuste de precios de transferencia. Este ajuste, denominado primario, implica recomponer el valor de la transacción comercial realizada entre las partes relacionadas, a efectos de llevarlo a su valor de mercado. Este ajuste originará que las rentas o beneficios sean *relocados* o reubicados de una entidad del grupo multinacional a otra, para seguidamente someterlos a imposición cual si las partes vinculadas hubiesen pactado sus precios con respeto irrestricto al principio de libre competencia.

2. Los precios de transferencia en el Perú

En nuestro país, la regulación sobre precios de transferencia tiene sus orígenes en modificaciones legislativas introducidas en la Ley de Impuesto a la Renta (en adelante, LIR) promulgadas en los años 1998 y 2000 a través de las leyes 27034⁽¹⁰⁾ y 27356⁽¹¹⁾.

(5) Como por ejemplo, el párrafo 3 del Prefacio del Informe de la OCDE sobre precios de transferencia y empresas multinacionales del año 1979.

(6) Hubert Hamaekers, 422.

(7) OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administration 2010. Disponibles para consulta en Internet en <http://www.oecd.org/publications/oecd-transfer-pricing-guidelines-for-multinational-enterprises-and-tax-administrations-20769717.htm>

(8) Adolfo Martín Jiménez, “Capítulo 2: Operaciones vinculadas y Derecho comunitario: ¿Es necesaria una nueva reforma del artículo 16 TRLIS?” En *Fiscalidad de los precios de transferencia (operaciones vinculadas)*. *Tributación* (Madrid: Centro de Estudios Financieros, 2010), 91.

(9) Hubert Hamaekers, 423.

(10) Publicada con fecha 30 de diciembre de 1998 para entrar en vigor el año siguiente. Esta disposición modificó el artículo 32 de la Ley del Impuesto a la Renta, dándole su estructura actual e incorporando el numeral 4 referido a las transacciones entre partes vinculadas económicamente.

(11) Publicada con fecha 18 de octubre de 2000. Esta norma incorporó en el numeral 4 del artículo 32, referido al valor de mercado en las transacciones entre empresas vinculadas, la posibilidad de aplicar el método de valoración más apropiado,



Tulio Tartarini Tamburini

No obstante, es recién a partir del ejercicio 2004, con la promulgación del Decreto Legislativo 945⁽¹²⁾ que se diseña una normativa completa y estructurada sobre esta materia, basada en los estándares internacionales aprobados por la OCDE, organización a la cual nuestro país aspira a formar parte.

Tal regulación contuvo de manera más ordenada, en un artículo expreso y exclusivo de la LIR⁽¹³⁾, disposiciones sobre: (i) el ámbito de aplicación de los precios de transferencia, (ii) el concepto de partes vinculadas, (iii) los ajustes que pueden practicarse, (iv) el análisis de comparabilidad, (v) los métodos de precios de transferencia a utilizarse, (vi) la posibilidad de celebrar acuerdos anticipados de precios; y, (vii) los estudios técnicos de precios de transferencia y otras obligaciones formales de los sujetos sometidos al ámbito de aplicación de estas reglas⁽¹⁴⁾.

Nótese no obstante que la regla de valor de mercado, contenida en el artículo 32 de la LIR, ha existido desde antaño en nuestro país, obligando a que incluso partes consideradas independiente fijen un patrón que podríamos llamar de libre concurrencia al cuantificar sus operaciones para efectos tributarios.

Ahora bien, en el Perú, como ocurre también en otras legislaciones, las reglas de precios de transferencia son

aplicables no solo para transacciones llevadas a cabo entre partes vinculadas, sino también en aquellas operaciones realizadas “desde, hacia o a través de países de nula o baja imposición”⁽¹⁵⁾. Asimismo, estas reglas no son solo aplicables en operaciones internacionales, sino también en operaciones exclusivamente nacionales. En todos los casos, las normas de precios de transferencia buscan impedir que las condiciones en que se hayan efectuado las operaciones entre partes vinculadas o “desde, hacia o a través” de paraísos fiscales, difieran de los precios de mercado acordados entre empresas independientes, en transacciones comparables.

Sin embargo, la aplicación de las reglas de precios de transferencia no importa necesariamente una *realocación* o recomposición de los precios, márgenes o contraprestaciones pactadas, aun cuando difieran de los de mercado. Ello solo ocurrirá si y solo si la valorización convenida en las transacciones sujetas al ámbito de aplicación de estas regulaciones, difiriendo del estándar *arm's length*, arroja un perjuicio fiscal⁽¹⁶⁾.

mencionando expresamente métodos de precios de transferencia tales como el costo incrementado y precio de reventa. Asimismo, incorporó el numeral 5 para establecer el valor de mercado en las transacciones que se realicen “desde, hacia o a través de países o territorios de baja o nula imposición”.

(12) Publicado con fecha 23 de diciembre de 2003 y vigente a partir del 1 de enero de 2004.

(13) Artículo 32-A de la Ley del Impuesto a la Renta.

(14) Dicha regulación ha tenido cambios sustanciales a partir del ejercicio 2013, a mérito de las modificaciones dispuestas por los Decretos Legislativos 1112 (publicado el 29 de junio de 2012), 1116 (publicado el 7 de julio de 2012) y 1124 (publicado el 23 de julio de 2012)

(15) Conforme se desprende del numeral 4 del artículo 32 de la LIR:

“Artículo 32.-

En los casos de ventas, aportes de bienes y demás transferencias de propiedad, de prestación de servicios y cualquier otro tipo de transacción a cualquier título, el valor asignado a los bienes, servicios y demás prestaciones, para efectos del Impuesto, será el de mercado. Si el valor asignado difiere al de mercado, sea por sobrevaluación o subvaluación, la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria - SUNAT procederá a ajustarlo tanto para el adquirente como para el transferente.

Para los efectos de la presente Ley se considera valor de mercado:

(...)

4. Para las transacciones entre partes vinculadas o que se realicen desde, hacia o a través de países o territorios de baja o nula imposición, los precios y monto de las contraprestaciones que hubieran sido acordados con o entre partes independientes en transacciones comparables, en condiciones iguales o similares, de acuerdo a lo establecido en el Artículo 32-A”.

(16) Ello se desprende del literal a) del artículo 32-A de la LIR:

“Artículo 32-A.- En la determinación del valor de mercado de las transacciones a que se refiere el numeral 4) del Artículo 32, deberá tenerse en cuenta las siguientes disposiciones:

**El ajuste secundario en materia de precios de transferencia,
notas sobre su naturaleza y deficiente regulación en el Perú**
*The secondary adjustment on transfer pricing,
notes about its nature and poor regulation in Peru*

En efecto, como emana del inciso c) del artículo 32-A de la LIR⁽¹⁷⁾, una condición esencial para que pueda realizarse un ajuste de precios de transferencia en el Perú es que la valoración convenida entre las partes, difiriendo del valor de mercado, origine la determinación de un menor Impuesto a la Renta en el país que el que se hubiera determinado de aplicarse a la transacción las normas de precios

de transferencia. Este es el denominado *perjuicio fiscal*, que nuestro país ha recogido de otras legislaciones, como la española⁽¹⁸⁾. Si tal *perjuicio* no se produce⁽¹⁹⁾, el valor de la transacción, aun cuando difiera del de mercado, será respetado y no podrá ser modificado por la autoridad tributaria⁽²⁰⁾.

a) **Ámbito de aplicación**

Las normas de precios de transferencia serán de aplicación a las transacciones realizadas por los contribuyentes del impuesto con sus partes vinculadas o a las que se realicen desde, hacia o a través de países o territorios de baja o nula imposición. Sin embargo, solo procederá ajustar el valor convenido por las partes al valor que resulte de aplicar las normas de precios de transferencia en los supuestos previstos en el literal c) de este artículo”.

- (17) Artículo 32-A.- En la determinación del valor de mercado de las transacciones a que se refiere el numeral 4) del Artículo 32, deberá tenerse en cuenta las siguientes disposiciones:

c) **Ajustes**

Solo procederá ajustar el valor convenido por las partes cuando este determine en el país un menor impuesto del que correspondería por aplicación de las normas de precios de transferencia. La SUNAT podrá ajustar el valor convenido aun cuando no se cumpla con el supuesto anterior, si dicho ajuste incide en la determinación de un mayor impuesto en el país respecto de transacciones con otras partes vinculadas.

A fin de evaluar si el valor convenido determina un menor impuesto, se tomará en cuenta el efecto que, en forma independiente, cada transacción o conjunto de transacciones -según se haya efectuado la evaluación, en forma individual o en conjunto, al momento de aplicar el método respectivo- genera para el Impuesto a la Renta. (...)”.

- (18) El artículo 16.1 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades de España, vigente hasta el 31 de diciembre de 2006 señalaba lo siguiente:

“La Administración Tributaria podrá valorar por su valor normal en el mercado las operaciones realizadas entre personas o entidades vinculadas cuando la valoración contenida hubiere determinado, considerando el conjunto de las personas o entidades vinculadas, una tributación en España inferior a la que hubiere correspondido por aplicación del valor normal de mercado o un diferimiento de dicha tributación”.

- (19) La configuración del “perjuicio fiscal”, justificante del ajuste primario de precios de transferencia es uno de los temas que requieren de mayor desarrollo jurisprudencial, doctrinario y normativo. Tal condición parte de la premisa de que las normas de precios de transferencia, por su carácter antielusivo, están diseñadas solo para favorecer al Estado y su recaudación y nunca para perjudicarlo. Por ello, en principio, y salvo excepciones como los ajustes correlativos que derivan de Convenios para Evitar la Doble Imposición, los ajustes de precios de transferencia solo proceden para incrementar las arcas fiscales y no para generar devoluciones o créditos para los sujetos pasivos. De allí que solo se pueda practicar un ajuste si el mismo efectivamente originará un incremento en la determinación del Impuesto a la Renta, en comparación con la situación previa o preajuste. Si la determinación impositiva no se incrementa en los escenarios preajuste y postajuste, no hay “perjuicio fiscal”, con lo cual el ajuste primario no es procedente.

La existencia o no del perjuicio fiscal relacionado con el Impuesto a la Renta inferior en el país se evalúa en un análisis “caso por caso” y según las condiciones tributarias de cada parte que participa en la operación, la cual debe ser analizada íntegramente, considerando al contribuyente analizado y sus partes vinculadas.

- (20) Ello ha sido confirmado recientemente por la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria - SUNAT en su Informe 0187-2015-SUNAT/5D0000, publicado en www.sunat.gob.pe en donde señala lo siguiente:

“(…) a partir de la modificación introducida por el Decreto Legislativo 1112 se establece que el ajuste del valor asignado por la Administración Tributaria o el contribuyente surte efecto tanto para el transferente como para el adquirente y solo procederá en la medida en que el valor convenido por las partes determinase en el Perú un menor impuesto del que correspondería por aplicación de las normas de precios de transferencia, siendo que para ello únicamente se tomará en cuenta el efecto que, en forma independiente, genere la transacción que sea sujeto de evaluación.

Al respecto, cabe señalar que en la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1112, se ha indicado que “(…) *el menor Impuesto que se determinará considerará el efecto tributario en todos los sujetos intervinientes en la transacción*”; *agrega*



Tulio Tartarini Tamburini

Este ajuste de valor de las operaciones debe ser hecho por la Administración Tributaria en la fiscalización respectiva. Es un ajuste estrictamente tributario, y no altera las condiciones y precios reales pactados en la operación.

Ahora bien, el ajuste de valor de la transacción, o ajuste primario, no es el único que puede producirse por aplicación de las regulaciones sobre precios de transferencia. En el contexto de las Directrices de la OCDE y de acuerdo a la práctica internacional, existen otros ajustes que son permitidos por esta normativa, como veremos a continuación. Antes realizaremos unas precisiones terminológicas.

3. Precisiones terminológicas en materia de ajustes de precios de transferencia

Antes de abordar el tema que motiva este trabajo, es importante realizar algunas precisiones terminológicas sobre los diversos ajustes que pueden contemplar los precios de transferencia:

Ajuste primario: Es el ajuste de valor de la operación controlada, esto es, de la realizada entre las partes relacionadas o, de acuerdo con nuestro régimen fiscal, “desde, hacia o a través de países o territorios de baja o nula tributación”. El ajuste primario es efectuado por la Administración Tributaria, al someter bajo escrutinio la transacción y comprobar que no respeta el principio de libre concurrencia. Su resultado es la recomposición de la transacción en su aspecto mensurable a efectos de que los precios, márgenes o contraprestaciones calcen con los que partes independientes hubieran pactado entre sí, en transacciones comparables y bajo condiciones iguales o similares.

De acuerdo a las Directrices de la OCDE, este ajuste, en el contexto internacional, se define como un “[a]juste de los beneficios imponibles de una sociedad realizado por una administración tributaria de una primera jurisdicción, en virtud de la aplicación del principio de plena competencia, a operaciones en las que participa una empresa asociada de una segunda administración tributaria”⁽²¹⁾.

El ajuste primario o también denominado *ajuste inicial*⁽²²⁾ es la consecuencia directa e inmediata de los precios de transferencia y origina en el contribuyente fiscalizado un incremento en su renta gravada o una disminución de sus gastos deducibles, consiguiendo el efecto de la determinación de un mayor Impuesto.

En el contexto internacional en el que median dos jurisdicciones, y que es abordado por las Directrices de la OCDE, el ajuste primario es unilateral, pues solo se realiza respecto de la parte de la transacción sometida a la jurisdicción de la Administración Tributaria.

El ajuste primario en un contexto nacional puede ser unilateral o bilateral, esto último cuando los efectos de la actuación de la Administración inciden tanto en el sujeto que es directamente fiscalizado como en su contraparte.

que “para determinar si existe un menor Impuesto en el país como consecuencia de que el valor convenido difiere del que resultaría en aplicación de las normas de precios de transferencia, se debe verificar el efecto que produce para el Impuesto la sobre o subvaluación de la transacción, como si esta fuera la única que hubiese realizado en el ejercicio cada parte interviniente”. (Las cursivas son nuestras)

Cabe anotar que el Decreto Legislativo 1124 ha ampliado la evaluación del “perjuicio fiscal”, disponiendo que no solo se tome en cuenta el Impuesto determinado por las partes intervinientes en la operación, sino el efecto de la valoración convenida en la determinación del Impuesto a la Renta por otras partes vinculadas.

(21) Directrices de la OCDE 2010. Glossary.

(22) Gemma Salas Galván, *Los Precios de Transferencia Internacionales. Su Tratamiento Tributario* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2003), 204.

El ajuste secundario en materia de precios de transferencia, notas sobre su naturaleza y deficiente regulación en el Perú
The secondary adjustment on transfer pricing, notes about its nature and poor regulation in Peru

Nuestra normativa trata técnicamente al ajuste primario en el inciso c) del artículo 32-A de la LIR, cuando impone las condiciones para su realización (esto es, la existencia de un menor Impuesto a la Renta en el país). Es un ajuste, como regla, bilateral, pues en caso de proceder afectará a las dos partes de la transacción. Sin embargo, en caso una parte de la transacción sea un sujeto no domiciliado, la bilateralidad del ajuste estará limitada a transacciones que generen para el sujeto no domiciliado rentas gravadas en el Perú o deducciones para la determinación del Impuesto que le corresponda pagar en el país.

Ajuste secundario: En las Directrices de la OCDE se indica que es un “ajuste que resulta de la aplicación de un impuesto a una operación secundaria”⁽²³⁾. Por operación secundaria se entiende a una “construcción teórica a la que proceden determinados países en virtud de su legislación interna, después de haber propuesto un ajuste primario, a fin de realizar una atribución efectiva de los beneficios compatible con este ajuste primario. Las operaciones secundarias pueden tomar la forma de dividendos presuntos, de aportaciones presuntas de capital o de préstamos presuntos”⁽²⁴⁾.

Nuestra normativa interna regula el ajuste secundario en el inciso d) del artículo 109 del Reglamento de la LIR. El mismo será desarrollado con mayor profundidad en los párrafos siguientes.

Ajuste correlativo: Este es definido por las Directrices de la OCDE⁽²⁵⁾ como un “[a]juste de la deuda tributaria de la empresa asociada establecida en una segunda jurisdicción fiscal, practicado por la administración tributaria de esa jurisdicción tras el ajuste primario realizado por la administración tributaria de la primera jurisdicción, con el fin de distribuir coherentemente los beneficios entre los dos países”.

El ajuste correlativo procede cuando existe un Convenio para Evitar la Doble Imposición con el Estado de la otra parte de la

transacción y de acuerdo a las condiciones de dicho Convenio. Nuestra Ley del Impuesto a la Renta contempla expresamente su realización⁽²⁶⁾, precisándose en el inciso c) del artículo 109 del Reglamento de la LIR que “[l]os ajustes correlativos se regirán por las disposiciones contenidas en los convenios internacionales para evitar la doble imposición celebrados por la República del Perú. A estos efectos, la autoridad competente para el procedimiento de acuerdo mutuo que en dichos convenios se pacta estará representada por la SUNAT. El ajuste efectuado por la Administración Tributaria extranjera deberá constar en acto administrativo que haya quedado firme”.

Ajustes de comparabilidad: La aplicación del principio *arm's length* tiene como fundamento la comparación de las condiciones entre las operaciones controladas (partes vinculadas y, en su caso, transacciones “desde, hacia o a través de paraísos fiscales”) y las condiciones de operaciones entre entidades independientes, por lo que “[p]ara que esta comparación sea adecuada, las características económicas esenciales de ambos tipos de operaciones deben ser equiparables. Este método de fijación del precio de las operaciones intercompañías es el denominado análisis de comparabilidad”⁽²⁷⁾.

A efectos de realizar un adecuado análisis de comparabilidad, ya sea a las empresas seleccionadas como comparables o al propio contribuyente analizado se les puede realizar ciertos ajustes para que sus características sean lo más similares posibles. Esos ajustes adquieren el nombre de *ajustes de comparabilidad*.

(23) Directrices de la OCDE 2010. Glossary.

(24) Directrices de la OCDE 2010. Glossary.

(25) Directrices de la OCDE 2010. Glossary.

(26) Último párrafo del literal c) del artículo 32-A de la LIR.

(27) Juan López-Hermoso, “Capítulo 18: El ajuste secundario,” en *Fiscalidad de los precios de transferencia (operaciones vinculadas)*. *Tributación* (Madrid: Centro de Estudios Financieros, 2010), 716.



Tulio Tartarini Tamburini

Ajuste compensatorio⁽²⁸⁾: Se trata de un ajuste *extracontable* que se le facilita al contribuyente a fin de permitirle conciliar su declaración del impuesto con la finalidad pretendida por el legislador, sin necesidad de esperar a una posterior comprobación administrativa⁽²⁹⁾.

Como indica la OCDE, al menos un país miembro de dicha organización ha establecido un procedimiento en el que se aplica este tipo de ajuste, mediante la posibilidad que el contribuyente declare a efectos fiscales un precio de transferencia que es, en opinión del contribuyente, un precio de libre concurrencia de la transacción vinculada, aunque este precio sea diferente al precio real y contabilizado. Constituye, en estricto, un ajuste extracontable mediante el que se registra la diferencia entre el precio de libre concurrencia y el precio recogido en los libros y registros.

Nuestra legislación no regula expresamente el ajuste compensatorio, tal como se define este en la legislación comparada, pero expresamente lo admite⁽³⁰⁾ al permitirse que el propio contribuyente realice un ajuste de precios de transferencia a través de su declaración jurada, para modificar la determinación del Impuesto en caso considere que los precios pactados con entidades vinculadas o “desde, hacia o través” de paraísos fiscales no han sido establecidos según parámetros de mercado.

4. El ajuste secundario

4.1 Concepto

De acuerdo a lo desarrollado en las líneas anteriores, podemos denominar ajuste secundario “a la recalificación de rentas que se produce como consecuencia de atribuir el tratamiento tributario que corresponda a la diferencia entre el valor convenido entre partes vinculadas y el valor de mercado de la operación o, dicho de otro modo, es el ajuste que trata de establecer las consecuencias tributarias del flujo de rentas (o de la ausencia del mismo) derivado de la diferencia existente entre el valor de mercado determinado por la Administración

tributaria y la valoración efectuada y convenida por los contribuyentes”⁽³¹⁾.

Esto es, el ajuste secundario permite recalificar las rentas trasladadas entre partes vinculadas, adecuando así la tributación de las mismas a la nueva realidad jurídico-tributaria existente luego de haberse practicado un ajuste primario. Siendo ello así, podemos decir que el ajuste secundario resulta de la aplicación del Impuesto a la Renta a una operación secundaria *ficticia* después de la aplicación de un ajuste primario, a efectos que la Administración Tributaria realice un reparo por la diferencia de las rentas provenientes del ajuste primario. Estos ajustes son adicionales al simple aumento de la base imponible del sujeto pasivo detectado por una diferencia entre el precio de transferencia convenido y el valor normal de mercado.

Debemos tener presente que según la doctrina “[e]l principio que subyace en la introducción del ajuste secundario es el de la prevalencia del fondo sobre la forma, de manera tal que se presume que no solo se ha realizado una determinada operación (principal), sino que además se ha realizado lo que podríamos denominar otra operación (secundaria), atendiendo al flujo de renta y los desplazamientos patrimoniales que representan, precisamente, la diferencia entre el valor de mercado y el precio convenido. El resultado es que, el exceso de rentas, resultante de la realización de un ajuste primario, por la operación principal, se trata como si hubiese sido transferido y, en consecuencia, se ajusta (ajuste secundario) y se somete a tributación”⁽³²⁾.

(28) Este ajuste se desarrolla en el párrafo 4.38 de las Directrices de la OCDE.

(29) Juan Ignacio Moreno Fernández, “La tributación de las operaciones vinculadas”, 2ª ed. (Thomson Aranzadi, 2003), 64.

(30) Tercer párrafo del inciso c) del artículo 32-A de la LIR.

(31) Felipe Rubio Cuadrado, “Capítulo 7: Análisis de comparabilidad” En *Fiscalidad de los precios de transferencia (operaciones vinculadas)*. *Tributación*. (Madrid: Centro de Estudios Financieros, 2010), 301.

(32) Felipe Rubio Cuadrado, “Capítulo 7: Análisis de comparabilidad”.

El ajuste secundario en materia de precios de transferencia, notas sobre su naturaleza y deficiente regulación en el Perú
The secondary adjustment on transfer pricing, notes about its nature and poor regulation in Peru

Las Directrices de la OCDE tratan del ajuste secundario en el apartado C.5 de Capítulo IV⁽³³⁾. Las mismas reconocen que el ajuste primario de precios de transferencia, si bien recompone las bases imponibles de los impuestos a la renta de las jurisdicciones involucradas -permitiendo así que la tributación de las utilidades se ajuste al resultado que se hubiera obtenida en transacciones comparables entre partes independientes- para muchos países puede resultar insuficiente, puesto que tal ajuste primario no corrige una realidad fáctica o de hecho, cual es que las utilidades realmente quedaron en el país que obtuvo un precio, margen o contraprestación mayor al de mercado.

En esa medida, el ajuste secundario busca calzar el resultado contable con el ajuste primario, y *construir* una transacción -que como tal es ficta- que explique el resultado final obtenido por las empresas del grupo. Tal transacción ficta, en su caso, puede ser sometida a tributación según lo disponga la legislación interna, originando así un segundo ajuste de precios de transferencia sobre la transacción (*ficta*) secundaria, llamado el ajuste secundario.

4.2. Ejemplos

El ejemplo típico de ajuste secundario que proponen las Directrices de la OCDE en el siguiente: Asumamos que una empresa subsidiaria del país A adquiere bienes de su casa matriz en el país B, y los precios de tales bienes son mayores a los que terceros independientes hubieran pactado en situaciones de libre concurrencia. Así, el precio fijado es 100, cuando, a niveles de mercado, el precio es 80. La Administración Tributaria del país A puede realizar un ajuste de precios de transferencia (*ajuste primario*), a efectos de reducir el precio pagado por la empresa de dicho país a su casa matriz en el país B. Dicho ajuste conllevará la disminución de los costos de la empresa del país A, y, con ello, la determinación de una mayor renta imponible. Empero, el ajuste primario no modifica la circunstancia de que el desembolso efectivo que la empresa del país A realizó a la empresa del país B fue de 100 unidades. Si solo 80 corresponden al precio de libre concurrencia de los bienes adquiridos ¿qué pasa con los otros 20?

Un ajuste secundario implicaría atribuir el exceso de 20, por ejemplo, a un dividendo pagado por la subsidiaria en el país A a su casa matriz en el país B. En esa medida, si la legislación

del país A contempla dicha recharacterización, un segundo ajuste de precios de transferencia (ajuste secundario) implicará imputar el exceso de 20 como renta por dividendos, para aplicar la tasa de retención que corresponda.

Alternativamente, si la empresa del país B no fuera la matriz de la empresa del país A, sino, por ejemplo, una sociedad afiliada o *hermana* (por ambas tener la misma casa matriz), el ajuste secundario podría implicar que el exceso sea calificado como un préstamo otorgado por la empresa del país A a la afiliada del país B, en cuyo caso la Administración Tributaria del país A podría exigir a la empresa de dicho país el reconocimiento de los respectivos intereses, mediante un ajuste secundario.

En esa medida, para la OCDE las operaciones secundarias pueden tomar la forma de dividendos presuntos, de aportaciones presuntas de capital o de préstamos presuntos. Veamos algunos otros ejemplos con los siguientes gráficos, que intentan explicar cómo funciona un ajuste secundario:

Situación 1

Imaginemos la situación de la empresa X, antes de ser fiscalizada en materia de precios de transferencia, de acuerdo al siguiente balance o estado de situación financiera:

Balance			
Activos	100		
		Capital	60
		Reservas	10
		Utilidad	30
Total	100	Total	100

Situación 2

La Administración Tributaria del país de residencia de la empresa X procede a efectuar un ajuste primario de precios de transferencia

(33) "Procedimientos Administrativos Destinados a Evitar y Resolver las Controversias en materia de Precios de Transferencia".



Tulio Tartarini Tamburini

de 20, por considerar que ha subvaluado sus operaciones con partes relacionadas. En esa medida, se le imputa una mayor utilidad fiscal del siguiente modo:

Balance con ajuste primario			
Activos	100		
		Capital	60
		Reservas	10
		Utilidad	30
		Ajuste	20
Total	100	Total	120

Se observa que el ajuste de precios de transferencia origina que la empresa fiscalizada X deba reconocer una mayor utilidad tributaria, acorde con un comportamiento *arm's length*. Los 20 constituyen el ajuste primario y serán sometidos a tributación con la tasa del Impuesto a la Renta empresarial que corresponda.

Situación 3

Sin embargo, lo cierto es que el estado de situación financiera real de la empresa no reporta esa mayor utilidad (ajuste primario) de 20. ¿Dónde está esa utilidad? Entonces, el acreedor fiscal podría estimar un ajuste secundario como el siguiente:

Balance con ajuste secundario I			
Activos	100		
		Capital	60
		Reservas	10
		Utilidad	30
		Ajuste	20
		Dividendo	- 20
Total	100	Total	100

De lo que resulta que la mayor utilidad tributaria, que no fluye del balance, se asume como distribuida, imputándose así una distribución de dividendos por parte de la empresa X que procede a gravarse a través del ajuste secundario.

Situación 4

Alternativamente, el ajuste secundario puede expresarse como la imputación de una cuenta por cobrar a la empresa X, pues las utilidades adicionales tributarias obtenidas por la empresa

X -bajo un comportamiento *arm's length*-, no le han sido pagadas, de tal manera que la empresa tiene un derecho sobre las mismas.

Balance con ajuste secundario II			
Activos	100		
		Capital	60
		Reservas	10
		Por cobrar	20
		Utilidad	30
		Ajuste	20
Total	120	Total	120

Bajo el ajuste secundario, la administración tributaria tendría derecho, por ejemplo, a imputar un interés respecto de la cuenta por cobrar generada.

En esa medida, los ajustes secundarios pueden tener como formas:

i) Aportes de capital presuntos:

Si una sociedad matriz vende bienes a su subsidiaria a precios inferiores a los de mercado o compra bienes a precios superiores a los de mercado, el tratamiento tributario presunto que se le otorga es el de una aportación oculta o encubierta de capital.

ii) Dividendos presuntos:

Si una subsidiaria vende bienes a precios inferiores a los de mercado a su matriz o le compra bienes a precios superiores a los de mercado, la diferencia es tratada como un dividendo presunto a favor de la matriz.

iii) Préstamos presuntos:

Se entiende al exceso de beneficios (intereses) originados en un presunto préstamo de una sociedad objeto del ajuste primario a otra sociedad vinculada.

El ajuste secundario en materia de precios de transferencia, notas sobre su naturaleza y deficiente regulación en el Perú
The secondary adjustment on transfer pricing, notes about its nature and poor regulation in Peru

Los ajustes secundarios pueden tener una diversidad de formas, dando lugar a escenarios muy complejos. La OCDE recomienda que el uso desproporcionado de estas ficciones no origine problemas no resueltos de doble o múltiple imposición.

4.3. Su regulación en el Perú

En nuestro país, el ajuste secundario en materia de precios de transferencia, como derivación del ajuste primario, se menciona expresamente en el artículo 109 del Reglamento de la LIR⁽³⁴⁾. En tal disposición reglamentaria⁽³⁵⁾, que en general trata de los ajustes, se expresa lo siguiente:

“Artículo 109.- Ajustes

Para la aplicación de los ajustes a que se refiere el inciso c) del Artículo 32-A de la Ley, se tendrá en cuenta las siguientes disposiciones:

(...)

d) Ajustes secundarios

Como consecuencia del ajuste proveniente de la aplicación de las normas de precios de transferencia, no se generarán los dividendos a que se refiere el artículo 24-A de la Ley, salvo lo dispuesto en el inciso g) del citado artículo.”

Como se aprecia, el ajuste secundario -que se origina en el ajuste primario de precios de transferencia- sería exigible, en el Perú, bajo una sola modalidad: aquella en la que representa un dividendo presunto, según las condiciones establecidas en el inciso g) del artículo 24-A de la LIR.

En ese sentido, la norma reglamentaria regula el ajuste pero en un sentido negativo, expresando, como premisa general, que el ajuste primario de precios de transferencia no genera dividendos, salvo el contemplado en el inciso g) del artículo 24-A de la LIR.

Resulta, en primer lugar, criticable desde el punto de vista técnico la forma en la cual se regula normativamente este supuesto. En efecto, como se ha indicado ya, el ajuste secundario de precios de transferencia pretende gravar

una transacción secundaria, la cual debe expresamente crearse por la legislación interna, con el fin de equiparar los efectos del ajuste primario con el resultado real derivado de los flujos pagados o recibidos por las partes vinculadas.

La transacción secundaria no existe en la realidad, por lo que debe ser creada de forma ficta por el ordenamiento jurídico tributario. En esa medida, la norma debiera regular expresamente todas las características de la operación secundaria imputada, para luego definir cómo opera el ajuste.

Empero, en el caso peruano, ese no ha sido el tratamiento seguido por el legislador, optándose más bien por regular el ajuste vía una excepción -confirmándose que solo en dicha excepción el ajuste operaría- pero remitiéndose a una norma sobre dividendos presuntos que data de muchos años atrás y que fue introducida para otros propósitos, lo cual hace en nuestra opinión al ajuste secundario de precios de transferencia inaplicable en el Perú.

En efecto, la forma de reenviar el ajuste secundario al supuesto de dividendos presuntos previsto en el inciso g) del artículo 24-A de la Ley del Impuesto a la Renta, conlleva a que la regulación del ajuste secundario carezca totalmente de autonomía. La aplicación de un segundo ajuste de precios de transferencia solo procederá, por expresa remisión normativa, cuando se presenten los específicos supuestos que den lugar a un dividendo presunto según la disposición a la que el artículo 109 del Reglamento se remite. Con ello, queda claro que, en puridad, en el

(34) Dicha disposición fue introducida por el Decreto Supremo 190-2005-EF, publicado con fecha 31 de diciembre de 2005, la cual incorporó el Capítulo XIX, denominado Precios de Transferencia, al Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta.

(35) Según la modificación dispuesta por el Decreto Supremo 258-2012-EF, publicado el 18 de diciembre de 2012 y vigente desde el 1 de enero de 2013.



Tulio Tartarini Tamburini

Perú no existe una regulación sobre ajuste secundario sino una sobre dividendos presuntos que habrá que analizar bajo sus propios términos para determinar si procede exigir el sujeto pasivo objeto de un ajuste primario de precios de transferencia una tasa adicional por concepto del Impuesto a la Renta que grava los dividendos.

Por lo antes dicho, creemos que no debe concluirse necesariamente que, en el Perú, la regulación del ajuste secundario es inconstitucional, por haberse hecho exclusivamente por reglamento y no por norma con rango de Ley, como impone el principio de reserva de ley previsto en nuestra Constitución⁽³⁶⁾, recogido por la Norma IV del Título Preliminar del Código Tributario⁽³⁷⁾ e interpretado por nuestro Tribunal Constitucional⁽³⁸⁾.

Tal posición partiría de una premisa que, en nuestra opinión, no existe: que vía reglamento se ha regulado la posibilidad de que la Administración Tributaria efectúe un ajuste secundario cada vez que realice un ajuste primario de acuerdo a lo dispuesto por el inciso g) del artículo 24-A de la Ley del Impuesto a la Renta.

Esto es, que cada vez que se haga un reparo de precios de transferencia, ajustándose el valor de una transacción convenida por las partes, proceda un ajuste por dividendos presuntos, para que se exija al contribuyente, vía ajuste secundario, la tasa adicional que grava los dividendos. Tal posición sería errónea.

4.4. Improcedencia de su aplicación

Como hemos señalado, el artículo 109 el Reglamento -titulado *ajustes secundarios*- dispone que cuando se realice un ajuste primario como consecuencia de la aplicación de las normas de precios de transferencia “no se generarán los dividendos a que se refiere el artículo 24-A de la Ley, salvo lo dispuesto en el inciso g) del citado artículo”.

El artículo 24-A de la Ley del Impuesto a la Renta establece los supuestos en los

(36) “Artículo 74 de la Constitución Política de 1993.-

Los tributos se crean, modifican o derogan, o se establece una exoneración, exclusivamente por ley o decreto legislativo en caso de delegación de facultades, salvo los aranceles y tasas, los cuales se regulan mediante decreto supremo.

Los gobiernos locales pueden crear, modificar y suprimir contribuciones y tasas, o exonerar de estas, dentro de su jurisdicción y con los límites que señala la ley. El Estado, al ejercer la potestad tributaria, debe respetar los principios de reserva de la ley, y los de igualdad y respeto de los derechos fundamentales de la persona. Ningún tributo puede tener efecto confiscatorio. Los decretos de urgencia no pueden contener materia tributaria. Las leyes relativas a tributos de periodicidad anual rigen a partir del primero de enero del año siguiente a su promulgación. Las leyes de presupuesto no pueden contener normas sobre materia tributaria.

No surten efecto las normas tributarias dictadas en violación de lo que establece el presente Artículo”.

(37) “NORMA IV: PRINCIPIO DE LEGALIDAD - RESERVA DE LA LEY

Solo por Ley o por Decreto Legislativo, en caso de delegación, se puede:

a) Crear, modificar y suprimir tributos; señalar el hecho generador de la obligación tributaria, la base para su cálculo y la alícuota; el acreedor tributario; el deudor tributario y el agente de retención o percepción, sin perjuicio de lo establecido en el Artículo 10 (...)”

(38) En ese sentido, en la sentencia de fecha 27 de setiembre de 2004 que resuelve los expedientes acumulados 001-2004-AI/TC y 002-2004- AI/TC, el Tribunal Constitucional señala lo siguiente: “El *principio de legalidad* en materia tributaria se traduce en el aforismo *nullum tributum sine lege*, consistente en la imposibilidad de requerir el pago de un tributo si una ley o norma de rango equivalente no lo tiene regulado. Este principio cumple una función de garantía individual, al fijar un límite a las posibles intromisiones arbitrarias del Estado en los espacios de libertad de los ciudadanos, y cumple, también, una función plural, toda vez que se garantiza la democracia en los procedimientos de imposición y reparto de la carga tributaria, puesto que su establecimiento corresponde a un órgano plural donde se encuentran representados todos los sectores de la sociedad. Debe precisarse que para la plena efectividad del principio de legalidad, los elementos constitutivos del tributo deben estar contenidos cuando menos en la norma de rango legal que lo crea, es decir, el hecho generador (hipótesis de incidencia tributaria), sujeto obligado, materia imponible y alícuota”.

**El ajuste secundario en materia de precios de transferencia,
notas sobre su naturaleza y deficiente regulación en el Perú**
*The secondary adjustment on transfer pricing,
notes about its nature and poor regulation in Peru*

cuales se entiende producida una distribución de dividendos para efectos del Impuesto. Dicha norma recoge tanto la distribución de utilidades que una sociedad pueda a hacer a sus socios o accionistas -supuesto normal de distribución de beneficios previsto en la Ley General de Sociedades-, como otras transacciones en las cuales, por aplicación de la norma fiscal, se presume una distribución de utilidades, aun cuando propiamente estemos ante otro tipo de operaciones. Son los casos de las reducciones de capital, la distribución de revaluaciones u otras cuentas patrimoniales, los préstamos otorgados por la sociedad a sus accionistas, etcétera.

El inciso g) del artículo 24-A recoge como una presunción de dividendos al siguiente supuesto:

“Para efectos del Impuesto se entiende por dividendos y cualquier otra forma de distribución de utilidades:

(...)g) Toda suma o entrega en especie que resulte renta gravable de tercera categoría, en tanto signifique una disposición indirecta de dicha renta no susceptible de posterior control tributario, incluyendo las sumas cargadas a gasto e ingresos no declarados”.

Como se observa, la norma bajo comentario considera dividendo a toda suma o entrega en especie que resulte de un reparo a la renta imponible de tercera categoría, en tanto signifique una disposición indirecta de renta no susceptible de posterior control tributario. Se incluyen las sumas cargadas a gastos e ingresos no declarados⁽³⁹⁾.

Jurisprudencialmente se ha interpretado que no todo gasto no deducible y que resulte en un reparo tributario da lugar al dividendo presunto a que se refiere la disposición citada. Así, resoluciones como la 16300-1-2010⁽⁴⁰⁾ del Tribunal Fiscal han entendido que, bajo este supuesto se gravan como dividendo aquellos gastos que no correspondía deducir, y que se entiende que indirectamente han beneficiado a los socios o accionistas de la persona jurídica.

El artículo 13-B del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta establece sobre el particular lo siguiente:

“A efectos del inciso g) del Artículo 24-A de la Ley, constituyen gastos que significan “disposición indirecta de renta no susceptible de posterior control tributario” aquellos gastos susceptibles de haber beneficiado a los accionistas, participacionistas, titulares y en general a los socios o asociados de personas jurídicas a que se refiere el Artículo 14 de la Ley, entre otros, los gastos particulares ajenos al negocio, los gastos de cargo de accionistas, participacionistas, titulares y en general de los socios o asociados que son asumidos por la persona jurídica”⁽⁴¹⁾.

(39) De conformidad con el segundo párrafo del artículo 55 de la Ley del Impuesto a la Renta, el dividendo presunto se grava con la tasa de 4.1%. siendo de cargo de la persona jurídica domiciliada.

(40) De 14 de diciembre de 2010

(41) Seguidamente, se señala que cumplen con la condición antes indicada, los siguientes gastos.

“1. Los gastos sustentados por comprobantes de pago falsos, constituidos por aquellos que reuniendo los requisitos y características formales señalados en el Reglamento de Comprobantes de Pago, son emitidos en alguna de las siguientes situaciones:

- El emisor no se encuentra inscrito en el Registro Único de Contribuyentes - RUC.
- El emisor se identifica consignando el número de RUC de otro contribuyente.
- Cuando en el documento, el emisor consigna un domicilio fiscal falso.
- Cuando el documento es utilizado para acreditar o respaldar una operación inexistente.

2. Gastos sustentados por comprobantes de pago no fidedignos, constituidos por aquellos que contienen información distinta entre el original y las copias y aquellos en los que el nombre o razón social del comprador o usuario difiera del consignado en el comprobante de pago.



Tulio Tartarini Tamburini

Según el Reglamento entonces califican como gastos que significan disposición indirecta de renta no susceptible de control tributario, aquellos desembolsos no deducibles susceptibles de haber beneficiado a los accionistas, participacionistas, titulares y en general a los socios o asociados de persona jurídicas. Como exigencia legal, además, se tiene que el reparo no debe ser susceptible de control tributario posterior. Al respecto, creemos que la configuración del hecho imponible para el dividendo presunto previsto en el inciso g) del artículo 24-A de la LIR necesariamente debe necesariamente respetar los supuestos descritos en la norma de mayor jerarquía⁽⁴²⁾.

En esa medida, si bien el Reglamento da un entendimiento de *disposición indirecta de renta no susceptible de posterior control tributario* que no toma en cuenta la exigencia de una falta de control fiscal del egreso, la misma debe estar presente para el nacimiento de la obligación tributaria por ser parte del contenido del hecho generador previsto en la Ley.

Lo anteriormente comentado ha sido recogido por la jurisprudencia del Tribunal Fiscal, quien en resoluciones como las 05525-4-2008 y 01387-10-2013⁽⁴³⁾, señala expresamente que:

“(...) se entiende que no todos los gastos reparables para efecto del Impuesto a la Renta deben ser cuantificados para aplicar la tasa de 4.1%, la referida tasa adicional solo es aplicable respecto de aquellos desembolsos cuyo destino no pueda ser acreditado fehacientemente (...)”

Y es bajo esta premisa que no todo concepto que constituye un reparo a la base imponible del Impuesto a la Renta constituye “disposición indirecta de renta no susceptible de posterior control tributario”. Menos aún puede concluirse que un reparo que resulte como consecuencia de un ajuste primario de precios de transferencia da lugar al referido dividendo.

En efecto, los reparos de precios de transferencia, de acuerdo a nuestro marco legal, son ajustes de valor⁽⁴⁴⁾, en donde se estima que el precio, margen o contraprestación convenido entre las partes relacionadas, o en transacciones *desde, hacia o a través de países o territorios de*

3. Gastos sustentados en comprobantes de pago emitidos por sujetos a los cuales, a la fecha de emisión de los referidos documentos, la SUNAT les ha comunicado o notificado la baja de su inscripción en el RUC o aquellos que tengan la condición de no habido, salvo que al 31 de diciembre del ejercicio, o a la fecha de cierre del balance del ejercicio, el emisor haya cumplido con levantar tal condición.

4. Gastos sustentados en comprobantes de pago otorgados por contribuyentes cuya inclusión en algún régimen especial no los habilite para emitir ese tipo de comprobante.

5. Gastos deducibles para la determinación del Impuesto del contribuyente domiciliado en el país, que a su vez constituyan renta de una entidad controlada no domiciliada de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 114 de la Ley.

6. Otros gastos cuya deducción sea prohibida de conformidad con la Ley, siempre que impliquen disposición de rentas no susceptibles de control tributario”.

(42) Sobre el particular, el Tribunal Constitucional, en la sentencia de fecha 30 de enero de 2003, que resuelve el expediente 2762-2002-AA/TC, señala: “Al crearse un cobro tributario, *podrá decirse que se ha respetado la reserva de ley cuando, vía ley o norma habilitada, se regulen los elementos esenciales y determinantes para reconocer dicho tributo como tal, de modo que todo aquello adicional pueda ser delegado para su regulación a la norma reglamentaria en términos de complementariedad, mas nunca de manera independiente*”.

(43) De 25 de abril de 2008 y 22 de enero de 2013, respectivamente.

(44) En efecto, en el Perú las normas de precios de transferencia son una derivación del artículo 32 de la Ley del Impuesto a la Renta, que dispone que en toda transacción -inclusive entre partes independientes- el valor asignado a los bienes y servicios debe ser el de mercado.

Tal es la posición que también tiene el Tribunal Fiscal quien en la Resolución 03198-2-2006, reconoce expresamente que “(...) el procedimiento previsto en el artículo 32 es utilizado cuando se presentan dudas respecto del valor asignado a una operación y no para efecto de determinar la realización de operaciones (...)”.

El ajuste secundario en materia de precios de transferencia, notas sobre su naturaleza y deficiente regulación en el Perú
The secondary adjustment on transfer pricing, notes about its nature and poor regulation in Peru

baja o nula imposición, no se encuentra en condiciones de libre concurrencia. Los ajustes primarios, así entendidos, no alteran la naturaleza de la transacción bajo análisis, cuya remuneración, margen o utilidad han sido medidos de acuerdo a parámetros de mercado en función a lo que terceros independientes comparables establecen como precio, margen o contraprestación en operaciones similares.

En esa medida, bajo un ajuste primario de precios de transferencia, se reduce o incrementa el valor de una operación, dándose lugar a un reparo en la determinación de la renta imponible del Impuesto a la Renta, pero dicho reparo no implica una disposición indirecta de renta que no tiene un posterior control tributario, tal que tenga que ser recharacterizada como dividendo. Es más, para la aplicación misma del correspondiente ajuste primario, la Administración Tributaria debe efectuar un correcto delineamiento de la transacción, a los efectos de buscar operaciones comparables a la analizada, lo que implica que ha identificado plenamente a los sujetos intervinientes en la operación controlada, sus funciones, activos y riesgos, así como la naturaleza de las prestaciones y el destino de los recursos transferidos. Todo ello, termina en la comprobación que el valor asignado disiente del de mercado.

Bajo dicho contexto, consideramos que no puede haber lugar a dividendo presunto bajo la supuesta existencia de sumas, derivadas del ajuste primario, que no tienen un control tributario posterior.

Así por ejemplo, asumamos que la empresa A, domiciliada en el país, es fiscalizada en materia de precios de transferencia, determinando la Administración Tributaria que ha recibido un servicio de su empresa afiliada B, no domiciliada en el país, y cuyo valor no es *arm's length* por exceder el precio que terceros independientes hubieran cobrado por similar operaciones, en una transacción comparable. El Fisco procede a realizar un ajuste primario y a disminuir el gasto originado en el servicio, incrementando con ello la materia gravable de la empresa domiciliada A. Asumamos, para el ejemplo en concreto, que la empresa B, proveedor del servicio, es vinculada, pero no es

la accionista de la empresa A. Asimismo, que el servicio ha tenido la respectiva retención del Impuesto a la Renta, con la tasa de 15%, por calificar como asistencia técnica⁽⁴⁵⁾.

Para analizar la posible aplicación de un ajuste secundario, tenemos que remitirnos a lo dispuesto por el inciso g) del artículo 24-A de la Ley del Impuesto a la Renta. Conforme a dicha disposición, debemos verificar que exista una suma o entrega en especie que sea renta gravable de la tercera categoría, no susceptible de posterior control tributario. Verificamos al efecto que existe una porción del gasto de la empresa A que no es deducible por exceder el valor de mercado⁽⁴⁶⁾. De allí que se formule un reparo a la renta imponible del contribuyente domiciliada, y se exija un mayor Impuesto a la Renta.

Empero, es claro que no se cumple la condición que exige que dicha suma signifique “una disposición indirecta de dicha renta no susceptible de posterior control tributario”. La suma pagada -en exceso de un valor de mercado- es una retribución por un servicio de asistencia técnica, que la Administración Tributaria ha analizado concluyendo que la remuneración no ha sido fijada en condiciones *arm's length*, de allí que procediera al correspondiente ajuste primario. Sabe perfectamente quién prestó el servicio, que actividades desarrolló y que valor corresponde por el servicio. Entonces, el gasto reparado ¿constituye una disposición indirecta no susceptible de posterior control tributario? Consideramos que no y que, por tal motivo, el ajuste secundario es aplicable.

Nótese, además, que en el ejemplo propuesto la retribución por la asistencia técnica recibida

(45) De acuerdo a lo previsto por el literal f) del artículo 56 de la LIR.

(46) Se asume que existe un *perjuicio fiscal*, como condición para practicar el ajuste primario de acuerdo a lo establecido por el inciso c) del artículo 32-A de la LIR.



Tulio Tartarini Tamburini

por la empresa B estuvo sujeta a una retención por concepto de Impuesto a la Renta con la tasa de 15%. Hay una efectiva calificación del beneficio, como generador de rentas gravadas de fuente peruana, existiendo control sobre el egreso efectuado por la empresa A. Por ende, no se debe generar un dividendo presunto.

Como se ha indicado, si bien el artículo 13-B del Reglamento dispone que se consideran dentro del supuesto de dividendo previsto por el inciso g) del artículo 24-A de la LIR a los “gastos susceptibles de haber beneficiado a los accionistas, participacionistas, titulares y en general a los socios o asociados de personas jurídicas a que se refiere el Artículo 14 de la Ley”, dicha norma debe interpretarse en forma concordada con la Ley que reglamenta. De allí que la verificación de la ausencia de un control tributario posterior sobre el egreso resulta esencial para la verificación de la hipótesis.

5. Conclusiones

La posición antes señalada parte de la premisa de que las normas de precios de transferencia, según el diseño de nuestro ordenamiento legal, ajustan valor pero no modifican la naturaleza de las transacciones. De allí que, para que el exceso no deducible sea considerado otro tipo de renta, es necesaria una norma sustantiva adicional, que regule una transacción ficta susceptible de un posterior ajuste secundario.

Ello no ocurre en el caso peruano, por lo que pensamos que la remisión reglamentaria al artículo 24-A g) resulta manifiestamente insuficiente. Lo limitado de esta disposición hace al ajuste secundario inaplicable, pues los reparos de precios de transferencia siempre presuponen la identificación de las transacciones y las partes intervinientes, no estando en duda el control fiscal de las rentas trasladadas, sino solo la estimación de su cuantía. 