

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

ESCUELA DE POSGRADO



PONTIFICIA
**UNIVERSIDAD
CATÓLICA**
DEL PERÚ

**EL PRINCIPIO DE “ARM’S LENGTH” Y EL LLAMADO “SEXTO MÉTODO”
EN LA FIJACIÓN DE PRECIOS DE CONCENTRADOS MINEROS
PERUANOS**

Tesis para optar el grado de Magíster en Investigación Jurídica

AUTOR

FERNANDO ZUZUNAGA DEL PINO

ASESORA

RENÉE ANTONIETA VILLAGRA CAYAMANA

JURADO

SANDRA SEVILLANO CHÁVEZ

RENÉE VILLAGRA CAYAMANA

ALFREDO GILDEMEISTER RUIZ HUIDOBRO

LIMA - PERÚ

2017



RESUMEN

En el sistema económico actual, América Latina está conformada por países fundamentalmente exportadores de materias primas, bienes intermedios, bienes a granel o *commodities*. Tales países son actores relevantes en el abastecimiento de bienes primarios en favor de las economías más grandes del mundo, característica que ha motivado la incorporación de metodologías de precios de transferencia específicas o “a medida”, en las respectivas legislaciones de las jurisdicciones latinoamericanas, con el objeto de que las transacciones involucradas tributen de manera adecuada ante los respectivos fiscos. Tal es el caso del Perú que a partir del 2012 cuenta con la citada legislación conocida como el “Sexto Método”.

El objeto de este trabajo de investigación consiste en determinar bajo qué circunstancias el Sexto Método peruano cumple con el principio de libre concurrencia o *arm's length* en el caso específico de las transferencias internacionales de minerales producidos en el Perú.

En búsqueda de cumplir con ese objetivo, el trabajo parte por analizar en el Capítulo I el principio *arm's length* o de libre concurrencia que rige la metodología de precios de transferencia y que se basa en la comparabilidad, así como el papel de las Directrices de Precios de Transferencia de la OCDE y la importancia del *soft law* en esta materia. El objetivo de este capítulo consiste en demostrar que es indispensable realizar un análisis de comparabilidad para determinar el precio de libre concurrencia, en base al cual deben tributar las transacciones entre partes vinculadas.

El Capítulo II analiza el ordenamiento internacional en cuanto a la metodología específica para la fijación de precios de *commodities*. Así, se formula un análisis crítico de la incursión de la OCDE en su pretendido propósito de aprobar una metodología específica para *commodities* y se pone especial énfasis en las opiniones a favor y en contra de la metodología propuesta, procedentes de organismos y entidades de todo el mundo, y que son conocidas internacionalmente gracias a la plataforma virtual de la OCDE. Adicionalmente se evalúa la versión final de la modificación a las Directrices y los antecedentes latinoamericanos con relación al método para *commodities*, resaltando las metodologías vigentes en los casos específicos de Argentina y Brasil.

El Capítulo III aborda el análisis del caso particular del Perú en cuanto a las exportaciones de concentrados de minerales producidos en dicho país. Perú, a partir del año 2001 adoptó normas sobre precios de transferencia para las operaciones entre partes vinculadas siguiendo el principio de *arm's length* y en el año 2012 incorporó una metodología específica para determinar precios de *commodities* llamada “Sexto Método”, constituyendo parte medular de esta investigación, determinar si dicha metodología se ajusta al *arm's length*. Dicho método estableció un procedimiento de valoración específico para operaciones de importación o exportación de bienes con cotización conocida en el mercado internacional.

La investigación demuestra que en el caso del Perú, el problema el Sexto Método vulnera el *arm's length* por: (i) el carácter obligatorio para determinadas operaciones de exportación e importación; (ii) la fecha en que la ley decide fijar el valor de cotización; y, (iii) la regulación que comprende respecto de lo que genéricamente se ha venido a denominar “ajustes” al valor de cotización, que lo reduce cotización en razón de las características del producto y de las condiciones de la exportación.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	7
CAPÍTULO I: El principio <i>arm's length</i>	11
1.1 Cuestión previa: El rol del <i>soft law</i> en materia de precios de transferencia y en especial en cuanto al principio de <i>arm's length</i>	12
1.2 Naturaleza del principio <i>arm's length</i>	16
1.2.1 Introducción	16
1.2.2 Origen del principio <i>arm's length</i>	17
1.2.3 Críticas al principio <i>arm's length</i>	20
1.2.4 Objetivo del principio <i>arm's length</i>	23
1.2.5 Posición de la ONU sobre el principio <i>arm's length</i>	26
1.2.6 Posición de la Comunidad Andina sobre el principio <i>arm's length</i>	27
1.3 Las Directrices de la OCDE sobre precios de transferencia	27
1.4 El análisis de comparabilidad del <i>arm's length</i> y la necesidad de utilizar comparables para aplicar la metodología de precios de transferencia	30
1.4.1 Particularidades de las Directrices del 2016	32
1.5 Metodología de precios de transferencia: Métodos tradicionales y métodos basados en utilidades	34
1.5.1 Métodos tradicionales basados en las operaciones	34
1.5.1.1 Método del precio libre comparable (también denominado " <i>Comparable Uncontrolled Price Method - CUP</i> ")	34
1.5.1.2 Método del precio de reventa (también denominado " <i>Resale price method</i> " –RP")	35
1.5.1.3 Método del coste incrementado (también denominado " <i>Cost Plus</i> " –CP-)	36
1.5.2 Métodos basados en el resultado de las operaciones	37
1.5.2.1 Método del margen neto operacional (también denominado " <i>Transactional Net Margin</i> ")	37

1.5.2.2	Método de la distribución del resultado (también denominado “ <i>Profit Split</i> ”)	38
1.6	Calificación jurídica de los precios de transferencia como reglas de valoración. Relación con las presunciones y ficciones tributarias	39
1.6.1	Presunciones y ficciones	42
1.6.2	Los precios de transferencia y las reglas de valoración	45
CAPÍTULO II: Métodos basados en cotizaciones aplicados a <i>commodities</i>		55
2.1	Panorama mundial sobre la fijación de precios de <i>commodities</i> basados en métodos que comprenden valores de cotización	56
2.1.1	Propuesta inicial de la OCDE para regular el método de precios que se adapta al caso de los <i>commodities</i> (Diciembre 2014)	56
2.1.1.1	El uso del método comparable no controlado (CUP) para la fijación de precios en las transacciones con <i>commodities</i> y el uso de los precios de cotización aplicando el método CUP	58
2.1.1.2	Fecha presunta para fijar precio de las transacciones con <i>commodities</i>	60
2.1.1.3	Potencial guía adicional de ajustes de comparabilidad sobre el valor de cotización	61
2.1.2	Opiniones de la comunidad internacional frente a la propuesta de la OCDE (Marzo 2015)	62
2.1.2.1	Comentario general sobre la propuesta	62
2.1.2.2	Comentarios sobre cada una de las 3 medidas comprendidas en la propuesta	63
2.1.2.2.1	En cuanto a que el CUP sea reconocido como el método aplicable para fijar precios de <i>commodities</i> y dentro de éste que los valores de cotización sean considerados.	63
2.1.2.2.2	En cuanto a la fecha presunta para la fijación del precio	70
2.1.3	La propuesta final de la OCDE para los <i>commodities</i> (Octubre 2015)	72
2.1.3.1	En cuanto al uso del método comparable no controlado (CUP) para la fijación de precios en las transacciones con	73

	<i>commodities</i> y el uso de los precios de cotización aplicando el método CUP	
2.1.3.2	En cuanto a la fecha presunta para fijar precio de las transacciones con <i>commodities</i>	76
2.2	Antecedentes de la Región - Legislación comparada	78
2.2.1	El caso argentino – Análisis crítico	80
2.2.1.1	La legislación de precios de transferencia ¿contempla el estándar <i>arm's length</i> según los criterios de la OCDE?	80
2.2.1.2	Descripción del régimen del <i>sexto método</i> y análisis crítico	81
2.2.1.3	¿Es un método dentro del comparable no controlado, otro método dentro de la regulación de precios de transferencia o no se trata de un método de precios de transferencia basado en el principio <i>arm's length</i> ?	85
2.2.1.4	Precedentes administrativos y judiciales	88
2.2.2	El caso brasileño	90
2.2.2.1	La legislación de precios de transferencia contempla el estándar <i>arm's length</i> según los criterios de la OCDE?	90
2.2.2.2	Breve reseña de los métodos brasileños	91
2.2.2.3	Precio comparable no controlado: Precios Independientes Comparables (para importación) – PIC y Precios de Venta en la Exportación - PEVEX	94
2.2.2.4	Precio de Reventa: Precio de reventa en Brasil (para importación – PRL) y Precio de Reventa en el País de Destino (para exportación – PVV PVA):	94
2.2.2.5	Precio del Costo Incrementado en la Importación (CPL) y en la Exportación (CAP):	95
2.2.2.6	Descripción del régimen para <i>commodities</i> y análisis crítico	97
2.2.2.7	La fijación de precios de transferencia para <i>commodities</i> en Brasil ¿se podría considerar una metodología dentro del denominado método comparable no controlado?	100
2.2.2.8	Precedentes administrativos y judiciales	100
2.3	¿Cumple con el <i>arm's length</i> el método propuesto por OCDE y el “sexto método” propuesto por OCDE y el que viene aplicando la región?	101

CAPÍTULO III: Peculiaridades de la fijación de precios en productos mineros originados en Perú y aplicación del sexto método peruano a tales productos	102
3.1 Proceso productivo minero	103
3.2 La fijación de precios en el mercado de concentrados de minerales: Objetivos de los acuerdos y autonomía de la voluntad – La oferta y demanda	105
3.3 Naturaleza del bien materia de transacción: Los concentrados	106
3.4 Condiciones de la transacción	109
3.5 Características del negocio de las partes involucradas	110
3.6 Cláusulas usuales de fijación de precios - Los usos y costumbres internacionales	114
3.6.1 Cantidad y duración	114
3.6.2 Entrega	114
3.6.3 Precio	115
3.6.4. Periodo de cotización	116
3.6.5. Un ejemplo	117
3.7 El “sexto método peruano” en los concentrados de minerales	122
3.7.1 El método contemplado en el 2do. Párrafo del inciso a) del artículo 32-A de la Ley del Impuesto a la Renta: Alcances	122
3.7.2 ¿El sexto método peruano para el caso de la venta de concentrados minerales cumple con el principio de <i>arm's length</i> ?	125
CONCLUSIONES	128
BIBLIOGRAFÍA	139

INTRODUCCIÓN

En el sistema económico actual, América Latina está conformada por países fundamentalmente exportadores de materias primas, bienes intermedios, bienes a granel o “*commodities*”. Tales países constituyen actores relevantes como proveedores de bienes primarios que abastecen a las economías más grandes del mundo. Esta característica ha llevado a las distintas jurisdicciones latinoamericanas a incorporar en sus legislaciones metodologías de precios de transferencia específicas o “a medida”, con el objetivo de que las transacciones que se vinculan con tales exportaciones tributen de manera adecuada para el fisco. Tal es el caso del Perú que a partir del 2012 cuenta con la citada legislación.

El fenómeno anterior trascendió las fronteras de nuestra región y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) el año 2014 incorporó dentro del Plan para Luchar contra la Evasión y Erosión Tributarias (BEPS) el proyecto de Modificación de sus Directrices de Precios de Transferencia que incluye un capítulo referido a los “Aspectos de precios de transferencia vinculados al comercio transfronterizo de *commodities*”. El proyecto culminó con la emisión de un Reporte Final en octubre del 2015 y con la modificación de las citadas Directrices.

El presente trabajo parte por analizar en el Capítulo I el principio *arm's length* o de libre concurrencia que rige la metodología de precios de transferencia y que se basa en la comparabilidad, así como el papel de las Directrices de Precios de Transferencia de la OCDE y la importancia del *soft law* en esta materia. El objetivo de este capítulo consiste en identificar la necesidad de realizar un análisis de comparabilidad –aspecto central del *arm's length*- para determinar el precio de libre concurrencia, el cual no existe ante la ausencia del citado análisis.

En el Capítulo II se analiza la incursión de la OCDE en su pretendido reconocimiento a la metodología específica para *commodities*, con énfasis en las opiniones a favor y en contra que se emitieron al citado proyecto, procedentes de organismos y entes de todo el mundo, y que son conocidas internacionalmente gracias a la plataforma virtual de la OCDE. Adicionalmente se evalúa la versión final de la modificación a las Directrices y los antecedentes de la Región con relación al método para *commodities*, resaltando los casos Argentino y Brasileño.

Al margen de las diferencias entre las legislaciones de las distintas jurisdicciones que serán materia de estudio, el presente trabajo pretende analizar la incorporación de la metodología citada y evaluar si la misma cumple con los estándares “*arm's length*”, ya que dicha

metodología aplica índices preestablecidos en fechas predeterminadas por la normativa, elementos que no corresponderían al precio que pactarían terceros independientes en condiciones iguales o similares.

En el Capítulo III se aborda el análisis del caso particular del Perú, que a partir del año 2001 adoptó normas sobre precios de transferencia para las operaciones entre partes vinculadas siguiendo el principio de “*arm’s length*” y que en el año 2012 incorporó una metodología específica para determinar precios de *commodities* llamada por algunos “Sexto Método” y que constituye la parte medular de esta investigación. Dicho método estableció un procedimiento de valoración específico para operaciones de importación o exportación de bienes con cotización conocida en el mercado internacional.

La investigación desarrollada, se circunscribe a la aplicación de dicha metodología sobre la exportación de concentrados de minerales producidos en Perú. En ese sentido, el análisis de comparabilidad tendrá como protagonista a los concentrados, incluyendo la investigación las características de la fijación de precios y el análisis de los usos y costumbres internacionales al respecto.

Motiva el presente trabajo el hecho de que el Perú como país minero tenga que equilibrar su interés en el desarrollo económico que es anhelado por todos, con la atracción de la inversión extranjera, de forma que su legislación no se convierta en arbitraria y que lejos de estimular la inversión, se convierta en una traba u obstáculo que afrontar.

Por último, es importante resaltar que cuando este trabajo de investigación estaba en proceso de revisión por parte de los miembros del jurado para la emisión de sus respectivos informes, el legislador peruano optó por variar la metodología conocida como el Sexto Método, con lo cual lo expuesto en el Capítulo III comprende el estudio de la metodología vigente hasta el 31 de diciembre del año 2016, pero no aquella que entró en vigencia el 1 de enero de 2017. En efecto, a partir del 1 de enero de 2017 entró a regir el Decreto Legislativo N° 1312 que modifica el denominado Sexto Método básicamente en lo siguiente: (i) lo convierte en un método obligatorio no sólo para algunas operaciones de exportación o importación de determinados bienes, sino para todas las operaciones de exportación o importación de tales bienes; y, (ii) establece una sola oportunidad para la fijación de precio de los referidos bienes, que es la fecha de su embarque (para exportaciones) o desembarque (para importaciones), a diferencia del método anterior peruano que establecía más alternativas de fechas de fijación de precio. Si bien esta nueva regulación motiva una línea de investigación futura que no es materia del presente trabajo, no se puede dejar de señalar que considerando las características más extremas de este

nuevo régimen, con relación al anterior, las conclusiones de este trabajo, en términos generales, serían aplicables a este nuevo Sexto Método.

Lo expuesto en el párrafo anterior se sustenta en lo siguiente:

1. En cuanto a la obligatoriedad del método, conforme a lo previsto en el artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1312, se establece que el método del precio comparable no controlado será siempre el método de valoración más apropiado para aquellos bienes (*commodities*) que señale la norma reglamentaria.

Específicamente el último párrafo del numeral 1 del inciso e) del artículo 32-A de la Ley del Impuesto a la Renta peruano, tal como quedó redactado por el Decreto Legislativo N° 1312 obligó a que el método de precios de transferencia aplicable a las transacciones con *commodities* sea el regulado por ese inciso y bajo ninguna hipótesis otro método. Tal disposición se opone a lo previsto expresamente en la sección 2.2 y 2.16A de las Directrices de Precios de Transferencia de la OCDE -según modificación introducida por Acción 8-10 de BEPS- que resalta en todo momento que para transacciones con *commodities* debe establecerse primero cuál es el método más apropiado, teniendo en cuenta las condiciones en que se pacta y realiza la transacción, así como las funciones y riesgos que asumen las partes contratantes.

2. En cuanto a la única oportunidad establecida para fijar precios de tales *commodities*, el mismo artículo 3 del Decreto Legislativo establece que tratándose de operaciones de exportación e importación de bienes con cotización conocida (incluyendo instrumentos financieros derivados), el valor de mercado se determinará sobre los precios internacionales cotizados en los diferentes mercados (internacional, nacional o de destino) a la fecha de término del embarque para productos exportados, y del desembarque para productos importados.

La regla planteada en el párrafo anterior se opone también a las Directrices de la OCDE tal como han quedado modificadas luego de BEPS. En efecto, tal como se desprende claramente del numeral 2.16E de las Directrices, como regla, la administración no está facultada para utilizar una fecha o periodo de cotización arbitrario -como la fecha del conocimiento de embarque, por ejemplo que es la regla utilizada en el citado Decreto Legislativo N° 1312-. La posibilidad de elegir una fecha o periodo arbitrario podría ocurrir como último recurso, en la medida que: (i) el contribuyente no presente información fiable que permita establecer la fecha en que se pactó el periodo de cotizaciones; (ii) la

administración no pueda identificar conductas de los contribuyentes que permitan evidenciar el periodo de cotizaciones que debió ser aplicable, y; (iii) la administración no pueda identificar cuál hubiera sido el periodo de cotizaciones en función de los prácticas usuales del mercado.





CAPÍTULO I: El principio *arm's length*

1.1 Cuestión previa: El rol del *soft law* en materia de precios de transferencia y en especial en cuanto al principio de *arm's length*

Paradójicamente el derecho tributario es uno de los que más se ha visto impactado por el *soft law* en los últimos 20 años. Decimos paradójicamente por cuanto, como sabemos, el núcleo del derecho tributario es el tributo y la esencia de éste su naturaleza exlege, siendo así que el principio de reserva de ley se enarbola como eje central de la materia tributaria, expresión de la soberanía de un Estado libre de crear, modificar y suprimir su imposición. La paradoja se produce cuando el *soft law* (o derecho blando) a través de sus *backdoor rules*¹ elaboradas por entes como la OCDE y otros organismos de los que emanan como la ONU, Fondo Monetario Internacional, Banco Mundial, entre otros, aprueba recomendaciones o regulaciones que son utilizadas por las distintas jurisdicciones miembros o no miembros, pese a que las mismas podrían no haber sido incorporadas en los respectivos derechos internos, pero que se aplican en los Estados por ser normas de conducta cuyo incumplimiento causaría el rechazo de la política económica internacional.

El *soft law* para el profesor Alejandro Altamirano²:

Se trata de una fórmula de producción normativa que se coloca al lado de las formas tradicionales de regulación jurídica y se caracteriza por: a) responder al esquema del consejo o la recomendación, en vez de ajustarse al esquema imperativo tradicional, b) proponer y no imponer la realización de conductas, tiene una función promocional del Derecho, c) su análisis avanza en los distintos sectores del derecho, el internacional, el tributario, el laboral, el societario y el administrativo, d) forma parte de la mentada globalización en punto al ámbito jurídico, e) se corporiza en fórmulas de muy distinta variedad y características, hasta el punto que son más las dudas que las certezas que asaltan a quienes pretenden buscar una cierta claridad conceptual en este tema, f) representan un... para los juristas, pues genera la perplejidad, dado que antes donde se encontraban con el esquema clásico de imposición de conductas por parte del Estado mediante el recurso a la coacción, hoy se encuentran cada vez más con fórmulas que responden al esquema del consejo o la recomendación, no del Estado, sino de otras instituciones, y, g) se trata de proposiciones normativas que de forma clara, indubitada y poco interpretable establecen determinados contenidos, pero los fijan a través del instrumento de la recomendación y la llamada a la adhesión voluntaria, y no mediante el recurso a la coacción.

¹ Según Patricia Lampreave Márquez, se conoce como *backdoor rules* aquellos actos en los cuales “en su elaboración participan los representantes de Estados miembros en la organización internacional de que se trate, -generalmente funcionarios de las diferentes Administraciones nacionales- y, por tanto, las normas que se establezcan no gozan de la legitimidad democrática, de las posibilidades de debate, de la publicidad y transparencia que ostentan las fuentes normativas clásicas. Estos actos se consideran *backdoor rules*”. LAMPREAVE MARQUEZ, Patricia. “El Soft Law y sus implicaciones en la política fiscal de la Unión Europea”. EN: *Crónica Tributaria*, No. 5/2011, Instituto de Estudios Fiscales, 2011. Pág. 7.

² ALTAMIRANO, Alejandro C. “El Soft Law. ¿Es fuente de Derecho?”. EN: *Instituto Guatemalteco de Derecho Tributario*. Guatemala, 2015, Pág. 7.

Ver en: <http://igderechotributario.com/el-soft-law-es-fuente-de-derecho>

Ejemplo típico de esta regulación *soft law* que ha tenido injerencia en la materia tributaria es precisamente la de los precios de transferencia. En efecto, son numerosas las jurisdicciones en el mundo que aplican esa regulación, sea que la hayan incorporado o no en sus respectivos derechos internos³. Dicha regulación OCDE, recogida en las Directrices de Precios de Transferencia aplicables a Empresas Multinacionales y Administraciones Tributarias –a las que en adelante denominaremos indistintamente Guías o Directrices- se aplica en el caso peruano, al haberse incorporado en el derecho interno tanto el *arm's length*, como los distintos métodos de precios elaborados por OCDE y, además, haberse establecido que el íntegro de las Guías constituyen fuente de interpretación⁴ del derecho peruano.

No deja de parecer irónico que la misma regulación *soft law* afirme que la fijación de precios no es una ciencia exacta⁵ y que la doctrina acote que la determinación de precios es más “arte que ciencia”, de modo tal que esta representa una institución a través de la cual se admite que los contribuyentes terminan estando gravados en base a figuras “artísticas” más que sobre la fijación de una renta que se apegue al principio de certeza o seguridad jurídica. Así las cosas, el sistema no brinda seguridad jurídica. Es cierto que la mayor seguridad jurídica –desde un punto de vista de certeza o simplificación- no suele converger con el más riguroso espíritu de capacidad contributiva y es verdad también que, el mayor respeto a la equidad vertical muchas veces amerita dotar de mayor complejidad al sistema.

Es enorme el cambio que viene experimentando el derecho tributario que, como consecuencia de la globalización y la proliferación de operaciones transfronterizas cada vez más sofisticadas, se ha refugiado en la aplicación de un derecho blando que implica toda una variación del ordenamiento de las fuentes del derecho tributario, generándose un nuevo regulador (constituido por estas instituciones) hacedor de reglas que sin calificar como normas tributarias terminan siendo aplicadas en jurisdicciones sin que éstas las hayan incorporado en sus respectivos ordenamientos⁶, pasando por encima de los poderes legislativos de los respectivos países. De esta manera, actualmente en la práctica las

³ Entre los países latinoamericanos que cuentan con normativa que regula los precios de transferencia tenemos a: Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Perú, República Dominicana, Uruguay, Venezuela. Ver en: Centro Interamericano de Administraciones Tributarias (CIAT). *El control de la manipulación de los precios de transferencia en América Latina y el Caribe*. Patrocinadores: International Tax Compact (ITC) y Agencia Alemana de Cooperación Internacional (GIZ). Panamá, 2013. Pág. 28.

⁴ El último párrafo del artículo 32-A introducido por el Decreto Legislativo 945 vigente desde el 2004 establece que para interpretar la materia de precios de transferencia regulada por la Ley del Impuesto a la Renta peruano: “[...] 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 Desarrollo Económico – OCDE [...]”.

⁵ En las Guías, la referencia a que los precios de transferencia no constituyen una ciencia exacta aparecen en los Capítulos I (B1-1.13), II (A.7-3.55), IV (B1-4.8) y VIII (B.1-8.3).

⁶ Un ejemplo en donde primó la soberanía del Estado por sobre la aplicación del “derecho blando” lo ha dado la Corte Constitucional colombiana mediante su sentencia C-690 de 2003 al resolver que se adolecía de una certeza cuando la normativa de paraísos y de empresas vinculadas se remitía en bloque a los criterios fijados por la OCDE.

fuentes normativas incluyen al derecho blando en el análisis, lo que va en contra de ordenamientos como el peruano, que siguen el principio de reserva de ley.

Resulta necesario detenerse un momento a reparar en el carácter de fuente del *soft law* ya que la doctrina está dividida en este punto, no siendo unánime su reconocimiento como tal, es decir como fuente del Derecho⁷. Sea o no sea fuente, claro está que detenta relevancia jurídica pues tiene efectos prácticos. En ese sentido se pronuncia Juan Zornoza,⁸ cuando señala que se está ante:

Instrumentos heterogéneos que, aun cuando no siendo jurídicamente vinculantes, tienen sin embargo una cierta relevancia jurídica pues terminan desplegando efectos en la práctica. En este sentido se suele encuadrar en dicha categoría las resoluciones de organizaciones internacionales e incluso de agencias que, sin tener atribuida autoridad normativa, dirigen a sus miembros o a terceros recomendaciones que, aun careciendo de eficacia obligatoria, aspiran a incidir en su comportamiento u orientar sus conductas.

En el caso peruano, el *soft law* también tiene efectos prácticos y se advierte cierto reconocimiento como fuente del Derecho por parte de nuestro Tribunal Constitucional quien al referirse a la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas aprobada por Naciones Unidas el 13 de setiembre de 2007, ha señalado que:

Se trata de un instrumento de derecho internacional debiendo considerarse de igual modo que se trata de una declaración y no de un tratado [...]. No obstante ello, debe explicarse que las declaraciones representan un amplio acuerdo y consenso de la comunidad internacional. En efecto al ser fruto de las negociaciones y aceptación por la mayoría de la Asamblea General de las Naciones Unidas conllevan una fuerza moral, además de una evidente orientación de la comunidad internacional hacia el respeto y tutela de los pueblos indígenas⁹.

En adición, la sentencia acota que:

El contenido de la declaración no es de vinculación obligatoria lo que no implica que no tenga ningún efecto jurídico. Las declaraciones representan aquellas metas y objetivos a los que la comunidad

⁷ De acuerdo con Durán Rojo, respecto a este último instrumento de *soft law* “[...] en el Perú hay un uso intensivo y generalizado por parte de los intérpretes de las NIIF con la finalidad de interpretar las disposiciones del Impuesto a la Renta Empresarial. Aunque pertenezca a un modelo de determinación diferente al nuestro, en España también se ha presentado ese tema, al punto que incluso los órganos judiciales han interpretado el régimen normativo tributario tomando en cuenta las NIIF, incluso aquellas que habían sido sustituidas”. Así también refiere el autor que “[...] En Argentina, país que no es miembro de la OCDE, como nosotros, en la jurisprudencia del Poder Judicial y del Tribunal Fiscal de la Nación, así como en las opiniones de la Administración Tributaria, se ha establecido que los Comentarios al MCOCDE y las Directrices sobre Precios de Transferencia de OCDE son fuente interpretativa cuando no hay contradicción entre lo que éstas disponen y lo establecido en las normas argentinas”. EN: DURÁN ROJO, Luis. “Uso del Soft Law en el Derecho Tributario como manifestación del cambio de paradigma jurídico. Primeras reflexiones para revisar la experiencia peruana”. *Revista IPDT*, N°57, 2014. Pág. 94 a 100.
Ver en: http://www.ipdt.org/uploads/docs/02_Rev57_LDR.pdf

⁸ ZORNOZA PÉREZ, Juan. “La problemática expansión del Soft Law. Un análisis desde el derecho tributario”. EN: *Revista Análisis Tributario*, N°306 julio de 2013. Pág. 11.

⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional de Perú. Expediente 0022-2009-PI/TC, del 9 de junio de 2010. Fundamentos 6 y 7.

internacional se impone. Son lo que en el derecho internacional se conoce como *soft law*, esto es, una guía que sin dejar de tener un efecto jurídico, no termina por vincular obligatoriamente a los Estados, representando su contenido un código de conducta sin que sean legalmente vinculantes. En tal sentido, la DNUDPI, será considerada por este Tribunal en su calidad de norma de carácter *soft law*, sin que se genere una obligación convencional por parte del Estado peruano¹⁰.

Dijimos que en el caso peruano se aplica la regulación *soft law* de la OCDE, parte de la cual ha dejado de ser *soft law* para convertirse en *hard law*, ya que nuestra normatividad incorporó en el derecho interno el principio *arm's length*, así como los distintos métodos de precios elaborados por OCDE. En cuanto a las Guías, nuestra legislación indicó que el íntegro de ellas constituye fuente de interpretación¹¹ del derecho peruano. En otras palabras, si bien las Directrices continúan siendo *soft law*, éstas sí califican como una “fuente de interpretación” según dice la norma, lo que debería entenderse como fuente del Derecho y, en virtud de ello, éstas deberán aplicarse, siempre que esto no resienta el principio de reserva de ley.

Para quienes consideran al *soft law* como fuente del derecho, no queda claro si lo ubican como una nueva fuente del derecho o si lo sitúan en algunas de las fuentes tradicionales del Derecho -dentro de las cuales tendría que asemejarse a la Doctrina porque claramente no se trata de legislación, jurisprudencia ni costumbre-. Cabe señalar que en el Perú, el inciso h) de la Norma III del Título Preliminar del Código Tributario prescribe que la doctrina es fuente de derecho.

La misma reflexión se aplica al caso peruano en el aspecto específico resulta de incumbencia para el presente trabajo, relativo a las Directrices de Precios de Transferencia de la OCDE que ha sido calificada por el Derecho interno peruano como fuente.

Finalmente, es preciso señalar que esta investigación no tiene como objetivo zanjar la discusión acerca de la validez del *soft law* como fuente del derecho, ni mucho menos identificar su papel frente a los precios de transferencia y su tratamiento internacional. Ello por cuanto en el Perú, el *hard law* incorporó al *arm's length* en su Ley del Impuesto a la Renta, principio que sí se sitúa dentro del objeto de esta investigación. Lo interesante de este análisis es el peso que tendría que darse a todo aquello que regula la OCDE sobre la materia, pero no ha incorporado la legislación nacional.

¹⁰ Ibidem. Fundamento 8.

¹¹ El inciso h) del artículo 32-A introducido por el Decreto Legislativo 945 establece que para interpretar la materia de precios de transferencia regulada por la Ley del Impuesto a la Renta peruano “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 Desarrollo Económico – OCDE” en tanto las mismas no se opongan a las disposiciones aprobadas por la Ley.

1.2 Naturaleza del principio *arm's length*

1.2.1 Introducción

El principio¹² *arm's length*, traducido como principio de “plena competencia”, de “libre concurrencia” o de “operador independiente”¹³ en el contexto del régimen tributario internacional¹⁴ constituye parte medular en la regulación de los precios de transferencia.

El origen de esta regulación responde al criterio mayoritario utilizado por los países consistente en que las sociedades tributan donde residen como empresas separadas (principio de residencia) y luego, en base a lo que establecen las respectivas legislaciones domésticas, esa tributación recaerá sobre rentas de fuente mundial o sobre rentas de fuente territorial que genere.

En la actualidad, la mayoría de los Estados han optado porque las sociedades tributen sobre sus rentas de fuente mundial y sobre la base del principio de empresa separada cuyo elemento central es el principio de independencia. En tal sentido, la tributación de las sociedades residentes recae en sus ganancias, sea que éstas hayan sido generadas en la jurisdicción donde residen o en cualquier otra jurisdicción, sin embargo, no se incorporan a tales rentas las que correspondan a empresas asociadas, porque éstas son separadas y deben ser tratadas como independientes.

Muy por el contrario, en las operaciones que lleven a cabo entre sí tales empresas asociadas debe considerarse una renta equivalente a la que hubiese correspondido de no existir esa vinculación. Ello gatilla el denominado *arm's length* que busca distribuir las rentas entre empresas vinculadas como si la operación se hubiese realizado entre

¹² La discusión sobre si el *arm's length* se trata de un principio de la tributación internacional escapa de esta investigación. Sin embargo, para efectos del presente trabajo en lo sucesivo nos referiremos al *arm's length* indistintamente como principio o estándar del régimen internacional como ha sido calificado por la OCDE.

¹³ En nuestro trabajo utilizaremos en la mayoría de los casos la expresión anglosajona “principio *arm's length*” para referirnos a este estándar de la tributación internacional impulsado por OCDE, la misma que ha sido traducida al español como “plena competencia”, “libre concurrencia” o “principio de operador independiente”. La expresión original surgió en los Estados Unidos de América, como sostiene Francisco Alfredo García Pratts en su obra “Los Precios de Transferencia: su tratamiento tributario desde una perspectiva europea”. EN: *Crónica Tributaria*, No. 117/2005, Instituto de Estudios Fiscales, 2005, Pág. 38. Su objetivo es aplicar a las transacciones intragrupo, las condiciones que se presentan en las operaciones entre independientes, los que se distancian -hasta la longitud del brazo- por fundadas razones de intereses opuestos.

¹⁴ Ese régimen tributario internacional no es otra cosa que un desordenado cúmulo de miles de tratados e innumerables regulaciones domésticas que tratan cuestiones internacionales. Por ser desarticulado e inarmónico, en el presente trabajo se ha descartado la posibilidad de denominarlo sistema, siguiendo a GARCÍA NOVOA, César. “Fiscalidad Internacional, Precios de Transferencia e Intercambio de Información”. EN: *VI Jornadas Bolivianas de Derecho Tributario*, setiembre de 2013. Santa Cruz. Pág. 163.

empresas independientes donde las fuerzas de mercado fluyen, empujando cada parte al máximo para su lado, en resguardo de sus intereses¹⁵.

El *arm's length* tiene un reto enorme en un mundo donde el capital es global pero la imposición es nacional. Ese desarreglo ocasiona que las empresas multinacionales desvíen sus utilidades a países con menor imposición y lo hacen a través de los precios que pactan entre sí. Para corregir esta distorsión está el *arm's length* como mecanismo de reimputación de bases tributarias.

Es preciso señalar que internacionalmente el concepto de vinculación entre empresas se relaciona con la dirección, el capital y el control. Sin embargo, las peculiaridades del concepto que se utiliza en cada jurisdicción corresponden a las legislaciones individuales. Es así que, por ejemplo, en un país la tenencia del 10% del accionariado de una empresa en otra puede representar vinculación entre ambas, mientras que en otros como el Perú tal porcentaje está determinado por el 30%¹⁶.

En tal sentido, la existencia de vinculación o no está determinada por la legislación de cada país. Adicionalmente, la existencia de vinculación entre 2 o más empresa responde a expresiones tales como empresas vinculadas, empresas asociadas¹⁷, empresas relacionadas o partes vinculadas¹⁸. Cabe enfatizar que es la legislación de cada Estado la que elige tanto la denominación; como los parámetros para delimitar su existencia.

1.2.2 Origen del principio *arm's length*

La denominación del *arm's length* es muy antigua. Se remonta a comienzos del siglo XX proviniendo de la legislación de los Estados Unidos de América, que establece que la renta a considerar debe ser aquella que obtiene un contribuyente que negocia a “la distancia de un brazo”, con un contribuyente no controlado. Esto con el objetivo de eliminar la incidencia de la vinculación económica en la formación de la cadena de valor.

¹⁵ Para García Novoa, “el principio de libre competencia, que inspira la regulación internacional de los precios de transferencia constituye un principio de distribución del poder tributario entre los Estados. Estaríamos ante una regla de imputación de renta (*allocate the income where it belongs*) para el reparto del poder tributario de los Estados, auspiciada por el Comité de Asuntos fiscales de la OCDE, a través de genuinos instrumentos de *soft-law*”. *Ibidem*, 162. Por su parte, García Pratts refiere que “no estamos ante una norma de delimitación de la competencia tributaria de los Estados contratantes, sino ante una norma de asignación y reconocimiento del ejercicio de determinadas facultades o potestades por parte de dichos Estados”. GARCÍA PRATTS, Francisco Alfredo. *Op. Cit.*, Pág. 41.

¹⁶ Los supuestos que configuran la existencia de “Partes Vinculadas” están previstos en el Artículo 24° del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta aprobado por el Decreto supremo N° 122-94-EF.

¹⁷ Como se verá más adelante, “empresas asociadas” es la denominación que le otorga el Modelo de Convenio sobre el Impuesto a la Renta y al Capital de la OCDE a la relación de las empresas por razones de dirección, capital y control.

¹⁸ Esta última es la utilizada por la legislación peruana de precios de transferencia a partir de la modificación al Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta introducido por el Decreto Legislativo N° 945 vigente en el Perú a partir del 1 de enero del 2004.

Específicamente, la génesis del *arm's length* se remonta a 1928 cuando la reforma americana modifica el “*Internal Revenue Code*” para incorporar la posibilidad de ajustar los “precios” en casos de corporaciones con control común a fin de obtener una renta acorde al “principio de independencia”. Por esa misma época, la Liga de Naciones al definir su modelo de tributación discutió sobre la adopción de la regla de “entidad separada o independiente” –*arm's length*- o la de reparto sobre la base de fórmula global, eligiendo la primera pero no por razones científicas sino porque era el método que más se presentaba en las distintas naciones¹⁹.

El International Revenue Service reglamentó su Código estableciendo en 1935 que el “*standard to be applied in every case is that of an uncontrolled taxpayer dealing at arm's length with another uncontrolled taxpayer*”²⁰.

En materia de tributación internacional, el origen del principio *arm's length* se presenta en los convenios para evitar la doble imposición. El primer párrafo del Modelo de Convenio sobre el Impuesto a la Renta y al Capital de la OCDE, en adelante MCOCDE, introdujo el referente de operaciones entre partes independientes para el supuesto de transacciones entre partes asociadas (en razón a dirección, capital o control). El principio *arm's length* autorizaba la realización del ajuste primario conocido como ajuste de precios de transferencia en caso el referente no coincida con la contraprestación pactada en la operación entre vinculadas.

El principio está contenido en el actual primer párrafo del MCOCDE 2014 y por primera vez fue incluido en el año 1963 en el conocido *Draft Convention*²¹ en calidad de artículo 9 (párrafo único) siempre denominado Empresas Asociadas“

(cuando) [...] las dos empresas (vinculadas) estén, en sus relaciones comerciales o financieras, unidas por condiciones aceptadas o impuestas que difieran de las que serían acordadas por empresas independientes, los beneficios que habrían sido obtenidos por una de las empresas de no existir dichas condiciones, y que de hecho no se han realizado a causa de las mismas, podrán incluirse en los beneficios de esa empresa y, en consecuencia, someterse a imposición.

Posteriormente fue denominado párrafo 1 cuando se incorporó el párrafo 2 en la versión de 1977, introduciendo el ajuste de correspondencia o correspondiente para eliminar la doble imposición económica producto de la aplicación del primer párrafo, cuyo texto es tomado por el Modelo de Convenio sobre el Impuesto a la Renta y al Capital de la

¹⁹ SCHOUERI, Luis Eduardo. “O principio arm's length em um panorama internacional”. In: Luis Eduardo Schoueri. (Org.). *Tributos e Preços de Transferência*. 1 ed. São Paulo: Dialética, 2013. Pág. 209.

²⁰ SCHOUERI, Luis Eduardo. Op. Cit., Pág. 211.

²¹ OCDE. *Model Tax Convention on Income and on Capital*. Actualizado al 29 de abril de 2000. VOLUME I, página M-21.

Organización de las Naciones Unidas (en lo sucesivo MCONU) en el año 1979. Finalmente el MCOCDE incorpora en el año 2001 un párrafo (tercer párrafo) a fin de condicionar el ajuste de correspondencia al hecho de que el ajuste primario no se haya realizado en transacción que encubra un fraude o maniobra evasiva.

Cabe indicar que el artículo 9 del MCOCDE sólo sirve para definir el compromiso del Estado y ese compromiso no es otra cosa que respetar el principio *arm's length*, quedando obligada la normatividad interna a definir los métodos de precios de transferencia del modo que lo considere, siempre respetando el estándar.

Ahora bien, el desarrollo del *arm's length* enunciado en el MCOCDE ha sido plasmado en las Directrices también elaboradas por OCDE, las mismas que constituyen parte de los comentarios del artículo 9 del MCOCDE desde el año 1995.

Al respecto es preciso notar que la eliminación de la doble imposición económica como consecuencia de un ajuste de precios de transferencia se da exclusivamente en el marco de un convenio internacional bilateral y excepcionalmente multilateral²²; situación que no tiene que ver con las legislaciones de las distintas jurisdicciones sobre precios de transferencia y con la aplicación del principio *arm's length* que corresponde a la soberanía de los Estados individuales.

Debate jurídico que no se cubrirá en el presente trabajo por irrelevante para sus fines, es esclarecer si el *arm's length* es un principio o un estándar del *soft law*. Es claro que de constituir un principio del *soft law*, de ninguna manera se está aludiendo a un principio general del derecho y por tanto tampoco del derecho tributario. Evidentemente sí existe vinculación entre el *arm's length* y el derecho, en especial, el derecho constitucional tributario, al ser una expresión del principio constitucional de igualdad reconocido en la mayoría de las Constituciones de los distintos países –en el artículo 74 en el caso de la peruana-. A mayor abundamiento, se entiende que, la razón de ser del *arm's length* consiste en extirpar las condiciones comerciales y económicas especiales que se presentan en las transacciones entre sujetos relacionados, a fin de que las transacciones tributen de una manera equivalente a aquéllas realizadas entre sujetos no relacionados, lo cual no representa otra cosa que una búsqueda de la equidad entre los sujetos relacionados y aquéllos que no lo son, evitando así que quienes se encuentran vinculados económicamente se aprovechen de tal situación -mediante la manipulación de precios, por ejemplo-, logrando así que sus ingresos terminen tributando menos que los ingresos

²² Caso de la Decisión 578 de la Comunidad Andina que comprende el tratamiento de las Empresas Asociadas a partir del 2005.

provenientes de operaciones entre sujetos independientes. Ese propósito encaja con lo que busca el principio de igualdad en materia tributaria que incorpora tanto la igualdad horizontal (esto es igualdad ante la ley entre distintos sujetos –sean estos diferentes por razones de nacionalidad, credo, raza, etc.) como la vertical (lograr que se tribute en base a la capacidad contributiva).

Sobre el principio de igualdad el Tribunal Constitucional peruano ha sido enfático en señalar que el reparto de los tributos debe realizarse igual a los iguales y desigual a los desiguales²³. Dicha situación aplicada al *arm's length* que busca una tributación equivalente entre los sujetos relacionados y los no relacionados, permite llegar a la conclusión de que ese estándar califica como una herramienta que busca garantizar el respeto del principio de igualdad.

1.2.3 Crítica al principio *arm's length*

Se ha señalado que la elección del *arm's length* en el plano internacional se debió a razones más prácticas que técnicas y si bien estos días está padeciendo su más aguda crisis, según consta de los reportes finales “BEPS” emitidos por OCDE en octubre de 2015, desde hace muchísimos años ha estado en constante convulsión. Conforme lo indican Avi-Yonah citado por Schoueri²⁴, en Estados Unidos entre los años 1972 y 1992 se apreció un claro declive de la reputación del estándar *arm's length* generado por diversas situaciones que impedían su uso por falta de comparables, como el caso de ventas intragrupo de magnitudes tales imposibles de encontrar en el mercado de no vinculados. Incluso en un estudio efectuado por el mismo Avi-Yonah, esta vez con Kimberly Clausing y Michael C. Durst²⁵ se sustenta que el estándar de reparto en base a fórmula global es mejor que el *arm's length*. Justamente esa discusión renació a propósito de las medidas anti BEPS²⁶, siendo que en el seno de la OCDE se discutió en el

²³ Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 28 de setiembre de 2004, en el Expediente N° 0033-2004-AI/TC sobre acción de inconstitucionalidad interpuesta por más de 5,000 ciudadanos a fin que se declare inconstitucional el artículo 125 del Texto Único Ordenado del Impuesto a la Renta aprobado por Decreto Supremo No. 054-99-EF incorporado por el Decreto Legislativo No. 945 y contra la Quinta Disposición Transitoria y Final de la Ley 27804 que crean y regulan el Anticipo Adicional del Impuesto a la Renta. “... el reparto de los tributos ha de realizarse de forma tal que se trate igual a los iguales y desigual a los desiguales, por lo que las cargas tributarias han de recaer, en principio, donde exista riqueza que pueda ser gravada, lo que evidentemente implica que se tenga en consideración la capacidad personal o patrimonial de los contribuyentes.

Ciertamente, el principio de capacidad contributiva se alimenta del principio de igualdad en materia tributaria, de ahí que se le reconozca como un principio implícito en el artículo 74 de la Constitución, constituyendo el reparto equitativo de los tributos sólo uno de los aspectos que se encuentran ligados a la concepción del principio de capacidad contributiva (...) puesto que, a pesar de que los principios constitucionales tributarios tienen una estructura de lo que se denomina “concepto jurídico indeterminado”, ello no impide que se intente delinearlos constitucionalmente precisando su significado y su contenido, no para recortar las facultades a los órganos que ejercen la potestad tributaria, sino para que estos se sirvan del marco referencial previsto constitucionalmente en la actividad legislativa que le es inherente”.

²⁴ SCHOUERI, Luis Eduardo. Op. Cit., Pág. 211.

²⁵ AVI-YONAH, Reuven S., CLAUSING A, Kimberly y Michael C. DURST. *Allocating Business Profits for Tax Purposes: A Proposal to Adopt a Formulary Profit Split*. EN: Florida Tax Review, University of Michigan Law School, Michigan, 2009.

Ver en: <http://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1773&context=articles>

²⁶ La abreviatura BEPS responde a sus siglas en inglés “Base Erosion and Profit Shifting”.

2015 sobre si era conveniente mantener el *arm's length* como criterio rector o ir por un sistema de reparto en base a fórmula global, persistiéndose en mantener el *arm's length*, pero “reinventado”. Cabe precisar que el sistema de reparto en base a fórmula global considera a las rentas de empresas vinculadas como una sola renta global, la misma que habría que distribuir entre las jurisdicciones en donde la generaron en base a una fórmula (la misma que busca la atribución en base a la contribución que aporta cada una de las empresas para la generación de la aludida utilidad global).

Es ilustrativa la posición de Dean Steven²⁷ en cuanto a esta antigua problemática. Este señala que, en los hechos, el régimen internacional está cambiando de un sistema *arm's length* a uno de reparto en base a fórmula global pero solapadamente y lo mismo ocurre con el tema del intercambio de información cuya aproximación está moviéndose del terreno de la “invocación” al de la “obligación”. Sin embargo, ello no se hace abiertamente para que la tributación internacional no pierda legitimidad. Sustenta la necesidad de legitimidad en el hecho de que los Estados participan en el régimen tributario internacional no porque quieran, sino porque tienen que hacerlo afirmando que existen dos razones para ello, la primera es cuando ese cumplimiento es percibido en su propio interés, pero siendo más complicado explicar esa participación cuando el régimen va en contra de su interés, es ahí que cobra importancia la legitimidad pues sólo se explicaría ese allanamiento al régimen, en la medida en que sea percibido como legítimo. Es por ello que el Estado tiene que cumplir, pese a no ser una materia de su interés. Interpretando a contrario, si el régimen es ilegítimo, ergo no hay argumento para acatarlo ¿y cuándo se percibe a un régimen legítimo? Cuando hay congruencia entre el régimen y la realidad. Si el cambio de rumbo a uno de *formulary apportionment* y a la obligatoriedad del intercambio de información, sacrifica el sistema de beneficio (como también se le conoce a la determinación de utilidades de empresas por separado en base a *arm's length*), la situación se convierte muy crítica pues sería admitir la incongruencia entre el régimen y la realidad. Por eso para Dean Steven es más importante cambiar el diseño del principio, considerando que antes el problema de la tributación internacional era evitar la doble imposición y ahora es evitar la doble no imposición, pues lo que se quiere es que se pague, donde sea pero que se pague.

Pone como ejemplo del fracaso *arm's length* en la década de los noventa, el caso de Bausch & Lomb's²⁸ referido a una corporación estadounidense que estableció una

Ver en: <http://brooklynworks.brooklaw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1430&context=faculty>

²⁷ DEAN, Steven. *Neither Rules nor Standards*. EN: Notre Dame Law Review, Brooklyn Law School, 2012. Pág. 550.

Ver en: <http://brooklynworks.brooklaw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1430&context=faculty>

²⁸ *Ibidem*, Pág. 545.

subsidiaria en Irlanda en el año 1981 en favor de la cual otorgó una licencia para manufacturar lentes a cambio de una modesta regalía. La corporación compraba luego la mayoría de los lentes de su subsidiaria. Luego de una serie de transacciones un grueso de la utilidad permanecía en Irlanda, lo que generó una controversia tributaria iniciada por el Fisco estadounidense. El caso fue ganado por Bausch & Lomb's, al determinarse que los comparables utilizados en la fijación de los precios de transferencia eran los correctos, lo que marca una victoria del desvío de utilidades a una jurisdicción de baja imposición en base a su estrategia de intangibles. Y es que el tratamiento entre un padre y su subsidiaria como entidades separadas termina siendo absurdo ¿por qué? Pues esa transacción de regalía nunca hubiera ocurrido entre partes no relacionadas. Como nunca hubiera ocurrido, entonces no hay comparables entre no controladas, pese a lo cual la corporación logró contar con un APA²⁹ que aceptó el método de fijación de precios, situación que no se pudo revertir.

Retomando la posición de OCDE entre el *arm's length* y el sistema de reparto en base a fórmula global es importante indicar que hasta el 5 de octubre de 2015 fecha en que la OCDE presenta al mundo su reporte final anti BEPS, “las declaraciones *soft law*” de dicho organismo postulaban enfáticamente que la búsqueda de la adecuada tributación de las multinacionales en cada una de las jurisdicciones en las que actúan se lograba por medio de la regulación de los precios de transferencia, contando como eje el principio de *arm's length*. Tales declaraciones de la OCDE rechazaban frontalmente la otra posibilidad para lograr la tributación adecuada de las transnacionales en las diversas jurisdicciones en donde operan, que era mediante el denominado “*global formulary apportionment*” (en lugar de *arm's length* y que ha sido traducido por la misma OCDE como “beneficio global según fórmula preestablecida”), según la cual se obtendría el beneficio global del grupo multinacional (esto es la utilidad de todas las empresas que conforman la multinacional) y éste se repartiría mediante una fórmula preestablecida entre las jurisdicciones involucradas³⁰. En efecto, pese a la crisis que en los hechos padecía desde hacía muchos años el *arm's length* la OCDE nunca había admitido que era pensable una opción distinta.

A través de la presentación del denominado reporte final anti BEPS, la OCDE habría variado su postura al afirmar que el *arm's length* tiene errores y que dicha situación habría motivado el análisis de la otra posibilidad de tributación de las multinacionales (refiriéndose a la “*global formulary apportionment*”), sin mostrar ahora un rechazo hacia

²⁹ “Advance Pricing Agreement” (APA); o, traducido al español como “Acuerdo Anticipado de Fijación de Precios”.

³⁰ Guías, Capítulo I, literal c.

esta otra posibilidad, pero concluyendo que se había optado por mantener el *arm's length* corrigiéndolo, antes de entrar en un nuevo sistema que significaba partir de cero³¹ desconociendo las consecuencias que se pudiesen generar con un nuevo sistema. El cambio que habría operado en el *arm's length* se desarrolla en el punto siguiente.

Por último, como corolario debemos indicar que el sistema OCDE de precios de transferencia no brinda certeza pues está sujeto a peritajes realizados por consultoras que no constituyen prueba plena³² para la Administración Tributaria, los mismos que muchas veces son cuestionados por la Administración generando larguísimos procedimientos administrativos y judiciales, pero sobre todo inseguridad jurídica respecto de las operaciones económicas que realiza la empresa como parte de la cadena de valor dentro de un grupo económico.

1.2.4 Objetivo del principio *arm's length*

El objeto de la regulación de precios de transferencia entonces es neutralizar aquellas condiciones comerciales y financieras especiales que existen entre las asociadas, a fin de eliminar esas condiciones especiales y lograr condiciones comerciales y financieras iguales a las que rigen las relaciones entre terceros no vinculados y en base a ello fijar el precio de la operación que se trate. No necesariamente razones tributarias podrían haber llevado a las empresas asociadas a que los precios a los que realizan operaciones con ellos sean distintos a los que hubiesen correspondido de no ser vinculadas. En efecto, las partes asociadas podrían haber organizado su modelo de negocio en forma fragmentada a fin de aprovechar las sinergias que ello conlleva y en base a ello, por ejemplo, decidir que las sociedades productoras se localicen en determinadas jurisdicciones donde la mano de obra es más barata, decidir centralizar en una sociedad ubicada en otra jurisdicción los servicios de comercialización y marketing, pues es ahí donde están los mercados o potenciales clientes, decidir centralizar los riesgos en una sociedad ubicada en una tercera jurisdicción, donde se ubican los centros financieros (y por tanto a través de esa sociedad realizar el *hedging* y seguros); etc.

Es verdad que si bien la regulación de precios no nace con propósitos antielusivos³³, sí viene siendo utilizada con dicho propósito, no sólo porque la antielusión se convirtió hace

³¹ Discurso de presentación del Reporte Final de medidas anti BEPS por Pascal Saint-Amans, Director de la OCDE, Centro de Política y Administración Tributaria, del 08 de octubre de 2015.

³² Es lógico que genere sospechas de la administración tributaria la neutralidad de los estudios de precios de transferencia efectuados por los consultores, dado que los mismos son pagados por los contribuyentes. Ante esta situación podría evaluarse la incorporación de responsabilidad tributaria en tales consultores respecto de los rangos de precios establecidos por ellos, de modo tal que la neutralidad se vea garantizada por el interés especial motivado por la imposición de una responsabilidad.

³³ GARCÍA PRATTS, Francisco Alfredo. Op. Cit., Pág. 36.

muchísimo tiempo en uno de los fines de los convenios para evitar doble imposición, sino de cara al sinnúmero de transacciones intragrupo³⁴ muchas de ellas realizadas con el propósito de trasladar ingresos desde los países de alta tributación -dejándolos sin rentas- a aquellos de baja o nula imposición quienes reciben tales rentas para remansarlas “*per saecula saeculorum*”³⁵.

Dicho lo anterior, en síntesis debemos entender que la regulación de precios de transferencia tiene por objeto evitar que las empresas multinacionales mediante operaciones transfronterizas intragrupo localicen (por la razón que sea) ingresos que corresponden a una determinada jurisdicción en otras jurisdicciones, normalmente con sistemas tributarios menos gravosos.

Ahora bien, con las correcciones al *arm's length* realizadas por OCDE a propósito de BEPS se habría puesto como objetivo del principio delinear (en su caso recalificar o recategorizar) la transacción. Para ello, se realizaría un análisis de conducta con todos los hechos y circunstancias que se relacionan con la transacción, restando importancia a los acuerdos escritos, aun cuando se les tomaría como punto de partida. Este nuevo enfoque del *arm's length* varía el anterior, en donde se decía que no era fin del sistema de precios la recalificación de operaciones y por ello, sólo por excepción, se permitía dicha recalificación en dos supuestos: (i) cuando se advertía que la sustancia económica no coincidía con la forma jurídica; o, (ii) cuando coincidiendo la sustancia con la forma, el acuerdo escrito no respondía a lo que hacen los independientes.

A diferencia de antes, la regulación actual del *arm's length* varía sus alcances, básicamente en torno a lo que constituye su eje central, cual es el análisis de comparabilidad, el mismo que debe practicarse a fin de detectar el comparable que será aplicado para determinar si el precio pactado por las empresas asociadas (operación examinada) respondería a rangos normales que habrían sido adoptados por independientes. Esta nueva aplicación incorpora un estudio de la transacción propiamente dicha en dos fases, una primera que califica la operación, esto es, determina o verifica

³⁴ La Organización Mundial de Comercio (OMC), citando a la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) - World Investment Report (Ginebra, 2010), refiere que “en la actualidad, más de dos tercios del comercio mundial se lleva a cabo dentro de las empresas multinacionales o sus proveedores, lo que pone de relieve la importancia creciente de las cadenas de suministro mundiales”.

Ver en: https://www.wto.org/spanish/res_s/booksp_s/world_trade_report13_s.pdf

³⁵ Para García Prats: “[...] la regulación tributaria de los precios de transferencia no constituye el más importante y más depurado mecanismo de que disponen las Administraciones tributarias para combatir la evasión fiscal. Junto a la regulación de los precios de transferencia existen otras técnicas utilizadas simultánea o paralelamente y que en la actualidad ostentan igual o mayor protagonismo. Existen algunas técnicas, como la normativa contra la subcapitalización, cuya delimitación con los precios de transferencia aparece en ocasiones confusa. Otros mecanismos para atajar la evasión fiscal internacional y conseguir la equidad tributaria son la transparencia fiscal internacional, o los impuestos de salida -exit taxes-. Existe, finalmente, una importante variedad de mecanismos genéricos de lucha contra el fraude o el abuso fiscal, mediante los que pretende atajarse también la evasión fiscal internacional”. Ver GARCÍA PRATTS, Francisco Alfredo. Op. Cit. Pág. 41.

ante qué tipo de transacción se encuentra quien realiza el análisis, lo que incluye una posibilidad de recategorizarla, a través de un análisis conductual más que contractual; y, una segunda fase en la que recién se realizaría el análisis de comparabilidad propiamente dicho, tal como en detalle se expone en el punto siguiente. Adicionalmente, en la parte que corresponde al análisis de comparabilidad que denomina “Identificación de las relaciones comerciales y financieras”, reinventa el análisis funcional (que antes tenía 9 párrafos y ahora 73). A este efecto, enfatiza la necesidad de entender la estructura y organización multinacional en un conjunto, y en especial el valor generado por el grupo como un todo, lo que incluye los derechos y obligaciones de las partes al realizar sus funciones. El problema que se advierte es que las multinacionales tienen fragmentadas funciones altamente integradas.

El *arm's length* es una construcción teórica que tiene el encomiable objetivo de buscar fijar la contraprestación, en aquélla que se habría pactado entre partes no vinculadas que participan en las mismas transacciones o transacciones similares, en las mismas condiciones (económicas y comerciales), en el mercado abierto, de modo tal que se tribute sobre contraprestaciones que hubiesen sido aplicadas por empresas no asociadas.

El autor considera que la construcción teórica llevada a nivel práctico es lo que da contenido al estándar y ello no es otra cosa que realizar el análisis de comparabilidad y aplicar el método de valoración adecuado en la jurisdicción que corresponda. Es en este segundo aspecto (el del método) donde advertimos un problema, puesto que puede ocurrir que la regulación del método se aleje del concepto teórico del estándar y si ello es así, no se estaría respetando el estándar, por más que normativamente un país declare que lo sigue o que establezca con todas sus letras que determinado método cumple con el estándar *arm's length*. Dicha situación se presenta, por ejemplo, cuando una jurisdicción que afirma respetar el “*arm's length*” consagra normativamente una clara presunción de renta que por abstraer la realidad reduciéndola a una regla fija obviamente no permite probar que la contraprestación “presunta” efectivamente responda a la “libre competencia”. En otras palabras, la jurisdicción que se trate enuncia y consagra el “*arm's length*” pero no lo respeta. De ahí que para analizar si alguna jurisdicción cumple o no con el estándar *arm's length*, además de revisar si la legislación consagra el estándar a nivel derecho interno, es clave verificar si los métodos usados por esas jurisdicciones responden a la construcción teórica del estándar y, específicamente lo que interesa para los efectos del presente trabajo es si tales métodos siguen los criterios OCDE en lo que respecta al contenido del estándar (que supone constatar si los métodos son afines a los que postula dicha entidad, como “seguidores” y “respetuosos” del *arm's length*). Por

último, sobre este mismo extremo es importante recordar que si bien OCDE autoriza a las distintas jurisdicciones a que instrumenten el *arm's length* –mediante los métodos que serán aprobados por la ley doméstica-, al mismo tiempo limita y excluye la aplicación de aquellas metodologías que no se alineen con la interpretación internacional de tal principio representada por las directrices de la OCDE.

En este punto cabe indicar que hasta la propia OCDE ha sido cambiante en cuanto a la calificación de los métodos cumplen con el *arm's length* y aquellos que se alejan de él. Ello ha ocurrido porque desde algún momento el estándar *arm's length* se empezó a mirar distinto, esto es, desde una perspectiva más práctica que teórica. En efecto, metodologías que un momento eran abiertamente opuestas al estándar, luego han sido consideradas como consistentes con el estándar, dándose un giro copernicano. Así, si en un primer momento la OCDE sustentaba que eran consistentes con el estándar únicamente los métodos conocidos como tradicionales (precio comparable no controlado, costo incrementado y precio de reventa) y argumentaba que eran repudiados los métodos basados en utilidades (margen neto transaccional y partición de utilidades), en un segundo momento pasó a decir que los métodos basados en utilidades debían utilizarse como último recurso, para en un tercer momento que es el actual, señalar que el método a utilizar es el más apropiado siguiendo una prelación, admitiendo de esta manera que un método basado en utilidades puede ser el mejor en determinadas circunstancias³⁶. Si a ello se le añade como dato que en la actualidad el 80% de los estudios de precios de transferencia se basan en métodos basados en utilidades,³⁷ se arribaría a la conclusión de que en la práctica el contenido del *arm's length* ha dado un giro de ciento ochenta grados.

1.2.5 Posición de la ONU sobre el principio *arm's length*

La posición actual de la Organización de las Naciones Unidas se desprende de su Manual Práctico de Precios de Transferencia para Países en vías de desarrollo de la Organización de las Naciones Unidas³⁸ (Manual de la ONU en adelante) publicado en el año 2013, el cual recoge al principio de libre concurrencia, según su propio prólogo.

El Manual de la ONU señala que está orientado a los países que buscan aplicar el “estándar *arm's length*” para los problemas de precios de transferencia³⁹. En tal sentido,

³⁶ ORSINI, Elen Peixoto. “O principio Arm's Length e a Legislaao Interna Brasileira”. EN: SCHOUERI, Luis Eduardo; ROCHA, Valdir de Oliveira (Coordinadores). *Tributos e precos de transferencia*. Dialética, Sao Paulo, 1999, Pág. 209 y siguientes.

³⁷ Centro Interamericano de Administraciones Tributarias (CIAT). Op. Cit., Pág. 129.

³⁸ “*Practical Manual on Transfer Pricing for Developing Countries*”. Nueva York: Naciones Unidas. 2013. Página 488. http://www.un.org/esa/ffd/documents/UN_Manual_TransferPricing.pdf visitado el 29 de febrero de 2016.

³⁹ Traducción libre del tercer párrafo del prólogo: “*While it is for each country to choose its tax system, this Manual is addressed at countries seeking to apply the “arm's length standard” to transfer pricing issues. (...)*”

la ONU en esta materia está alineada con la OCDE, no así en otros temas en los que mantienen diferencias, como es el caso de los modelos de convenios para evitar la doble imposición (MCOCDE y MCONU); sin embargo, en precios de transferencia ambos defienden el principio de libre competencia.

1.2.6 Posición de la Comunidad Andina sobre el principio *arm's length*

La Comunidad Andina (CAN en adelante) conformada en la actualidad por Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú no tiene estudios ni trabajos sobre precios de transferencia; sin embargo, en su instrumento multilateral para evitar la doble imposición reconoce el principio de libre competencia.

En efecto, justamente la incorporación de las reglas de empresas asociadas o relacionadas y el reconocimiento del principio de libre competencia fue uno de los avances más importantes del Régimen para evitar la doble tributación y prevenir la evasión fiscal de la CAN aprobado mediante la Decisión 578⁴⁰, que reemplazó la Decisión 40 que no los incorporaba.

En tal sentido, la CAN también se alinea al principio de libre competencia incluido en el MCOCDE y MCONU y regulado por las Directivas de la OCDE que se describe en el numeral siguiente y el Manual ONU.

1.3 Las Directrices de la OCDE sobre precios de transferencia

Las Guías de Precios de Transferencia aplicables a Empresas Multinacionales y Administraciones Tributarias están recogidas en un documento elaborado por la OCDE y, como ya se ha señalado, califican como comentarios del artículo 9 del MCOCDE. Tales Guías responden al nombre de Directrices de Precios de Transferencia de la OCDE o de Guías de Precios de Transferencia de la OCDE. En la actualidad las Directrices vigentes son las publicadas en julio del 2010, con las modificaciones aprobadas el 23 de mayo de 2016 que incorporan los Reportes Finales de las Acciones BEPS 8, 9 y 10.

Las conocidas Directrices del año 1995 constituyen el primer documento omnicompreensivo sobre los lineamientos de precios de transferencia de la OCDE según su propio prólogo, siendo que pretende ser una revisión y una compilación de anteriores

⁴⁰ <http://intranet.comunidadandina.org/Documentos/decisiones/DEC578.doc> Visitado el 20 de setiembre de 2016.

informes del Comité de Asuntos Fiscales de dicha entidad sobre dicha materia y otros estudios relacionados con cuestiones fiscales relativas a empresas multinacionales.

En general, las Directrices permanentemente se completan con pautas adicionales referidas a otros aspectos de los precios de transferencia y se examinan periódicamente en un proceso continuo de revisión. Podría afirmarse, en tal sentido, que las Directrices son un documento dinámico.

Las Directrices comprenden nueve capítulos los mismos que responden a los siguientes temas: (i) el capítulo I aborda el principio de *arm's length*; (ii) el capítulo II la metodología para determinar los precios de transferencia; (iii) el capítulo III el análisis de comparabilidad; (iv) el capítulo IV regula los procedimientos administrativos destinados a evitar y resolver controversias en materia de precios de transferencia; (v) el capítulo V trata sobre la documentación a tener en cuenta; (vi) el capítulo VI comprende consideraciones específicas aplicables a los activos intangibles; (vii) el capítulo VII trata sobre los servicios intragrupo; (viii) el Capítulo VIII regula los acuerdos sobre reparto de costos entre empresas asociadas; y, (ix) el capítulo IX sobre casos de reestructuración de empresas.

Desde su primera versión (1995), las Directrices se han complementado con los siguientes Informes de la propia OCDE:

INFORMES COMPLEMENTARIOS			
INFORME SOBRE	APROBADO POR EL COMITÉ DE ASUNTOS FISCALES	FECHA DE ADOPCIÓN POR EL CONSEJO	TEMA INCORPORADO
Derechos intangibles y servicios	23.01.1996	11.04.1996	Capítulos VI y VII
Los acuerdos de reparto de costos	25.06.1997	24.07.1997	Capítulo VIII
Las líneas rectoras de los procedimientos de seguimiento de la aplicación de las Directrices de la OCDE en materia de precios de transferencia y la implicación del mundo empresarial	24.06.1997	28.10.1999	Anexos
Los principios para la conclusión de acuerdos previos en materia de precios de transferencia en el marco de procedimientos amistosos	30.06.1999	28.10.1999	Anexos
Cuestiones de precios de transferencia en la reestructuración de empresas, aprobado por el CAF	22.06.2010	22.10.2010	Capítulo IX

INFORMES COMPLEMENTARIOS			
INFORME SOBRE	APROBADO POR EL COMITÉ DE ASUNTOS FISCALES	FECHA DE ADOPCIÓN POR EL CONSEJO	TEMA INCORPORADO
el 22 de junio de 2010 y aprobado por el Consejo el 22 de julio de 2010, incorporado al Capítulo IX			

FUENTE: Elaboración propia.

Asimismo, las Directrices se han modificado:

MODIFICACIONES DE LAS DIRECTRICES		
REVISIÓN O ACTUALIZACIÓN	APROBADO POR EL COMITÉ DE ASUNTOS FISCALES	FECHA DE ADOPCIÓN POR EL CONSEJO
Actualización del Capítulo IV	06.06.2008	16.07.2009
Actualizaciones del prefacio y el prólogo	22.06.2009	
Revisión de los Capítulos I a III	22.06.2010	22.07.2010
Actualización del prefacio, prólogo, glosario, de los Capítulos IV a VIII y de los anexos		
Actualización Post BEPS		23.05.2016

FUENTE: Elaboración propia.

La versión de las Directrices aprobadas por el Consejo el 23 mayo del 2016 –en lo sucesivo Guías del 2016- presenta los siguientes cambios con relación a la versión 2010, los cuales han sido originados por los Reportes Finales de las Acciones 8-10 “*Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation*” y Acción 13 “*Transfer Pricing Documentation and Country-by-Country Reporting*” del Plan BEPS⁴¹:

- Las disposiciones del Capítulo I, Sección D de las Directrices son eliminadas en su totalidad y son reemplazadas por la nueva Guía.
- Se incorporan párrafos al Capítulo II de las Directrices, inmediatamente después del párrafo 2.16.
- Se inserta un nuevo párrafo a continuación del párrafo 2.9.
- Las disposiciones del Capítulo V de las Directrices son eliminadas y reemplazadas por la nueva Guía y anexos.

⁴¹ <http://www.oecd.org/tax/oecd-council-approves-incorporation-of-beps-amendments-into-the-transfer-pricing-guidelines-for-multinational-enterprises-and-tax-administrations.htm> Visitado el 20 de setiembre de 2016.

- Las disposiciones del Capítulo VI de las Directrices y sus anexos son eliminadas y reemplazadas por la nueva Guía y anexos.
- Las disposiciones del Capítulo VII de las Directrices son eliminadas y reemplazadas por la nueva Guía y anexos.
- Las disposiciones del Capítulo VIII de las Directrices son eliminadas y reemplazadas por la nueva Guía y anexos.

Hemos indicado que la Ley del Impuesto a la Renta peruano incorporó el *arm's length* a partir del 2001 mediante la Ley 27356, pero fue el Decreto Legislativo 945 el que estableció que a partir del ejercicio 2004 para interpretar temas de precios de transferencia serán de aplicación las Guías, en la medida que no se opongan a lo establecido en la propia Ley. A ese momento las Guías vigentes para OCDE eran las aprobadas por dicha entidad en el año 1995, sin que aún se hayan introducido las importantes modificaciones del 2016 a que hemos hecho referencia en los párrafos anteriores.

1.4 El análisis de comparabilidad del *arm's length* y la necesidad de utilizar comparables para aplicar la metodología de precios de transferencia

Cecilia Goldemberg⁴² señala que cuando se hace referencia a precios de transferencia, el analista debe situarse hipotéticamente en el caso de dos empresas independientes que están sentadas negociando, en lugar de dos empresas relacionadas con intereses comunes, situación ante la cual hay que procurar llegar a la convicción acerca de cuál hubiera sido el acuerdo al que hubiesen arribado las partes en condiciones de libre mercado. Agrega que sin duda el analista tiene una carga subjetiva, la que debe reducirse al máximo en base a parámetros objetivos. Para ello, a juicio de la misma autora las Guías son una ayuda que sigue el buen hombre de negocios pero que no contemplan alternativas para supuestos en donde no haya comparables, con la posible excepción del método de división de ganancias, modalidad que produce una suerte de comparable teórico ficticio ante la ausencia de información de operaciones reales que califiquen como comparables.

Hemos dicho que el desarrollo del *arm's length* se encuentra en las Guías, específicamente en su capítulo I, siendo que el eje central del estándar cual es el análisis de comparabilidad, también se regula en el capítulo III. Ahora bien, el análisis de comparabilidad se restringe a los cinco factores de comparabilidad, cuales son: (i) las características del producto o servicio; (ii) el análisis funcional, lo que no es otra cosa

⁴² GOLDEMBERG, Cecilia. "El principio de operador independiente". EN: *Manual de Precios de Transferencia en Argentina*. La Ley, Buenos Aires, 2007. Pág. 104 y siguientes.

que definir las funciones, activos y riesgos de las empresas contratantes; (iii) los términos contractuales; (iv) las circunstancias económicas; y, (v) la estrategia de negocio.

A fin de entender la mecánica del análisis, es importante resaltar algunos puntos de dichos factores:

- (i) Las características del producto o servicio se refieren a la naturaleza de la prestación principal de la obligación, por ejemplo la naturaleza del producto que se vende. Siendo más específico se puede decir que si el producto es un “bulk” de la mina “Piedrita” que consiste en un concentrado de plomo, cobre y plata, con características heterogéneas que varían según origen o embarque, se estará ante un producto que no presenta precio de cotización al no ser un *commodity* como sí lo podría ser, por ejemplo, el metal plomo. En ese sentido, sería posible afirmar que el precio de dicha operación es distinto del marcador internacional del metal plomo, entonces ello complica la obtención de un comparable externo que permita la aplicación de un método tradicional ante la inexistencia de un comparable interno.
- (ii) En el análisis funcional, se debe ubicar en las funciones que realizan los sujetos involucrados en la transacción examinada, esto es si se sitúan en el: (i) diseño; (ii) fabricación; (iii) montaje; (iv) investigación y desarrollo; (v) prestación de servicios; (vi) compras; (vii) distribución; (viii) comercialización; (ix) publicidad; (x) transporte; (xi) financiamiento; y, (xii) gestión.

Determinadas las funciones de cada empresa contratante se deben contrastarlas con los activos que con los que cada uno cuenta y con los riesgos que asume (tales como los de mercado –fluctuaciones de precios-, investigación y desarrollo, financieros –tipo de cambio, controles, tipos de intereses- o crediticios). Evidentemente a menor asunción de riesgos, debería corresponderle una menor retribución.

- (iii) Cuando aludimos a las circunstancias económicas se debe tener en cuenta la comparabilidad de los mercados en situaciones tales como: (i) localización; (ii) dimensión; (iii) grado de competencia; (iv) posición competitiva relativa; (v) disponibilidad de bienes alternativos; (vi) niveles de oferta y demanda; (vii) poder adquisitivo; (viii) regulación del mercado; (ix) costos de producción; (x) costos de transporte; (xi) nivel de mercado; y, (xiii) fecha y momento de la operación.

Los otros dos factores no requieren de mayor detalle. El caso de la revisión de los términos contractuales se vincula con el análisis jurídico de los acuerdos y el de estrategia de negocio tiene que ver con condiciones especiales como lo es la introducción de un nuevo producto al mercado.

Para que resulte exitoso el análisis de la comparabilidad (lo que no es otra cosa que aplicar el *arm's length*), el candidato de comparable tiene que ser sometido al examen de los cinco factores a fin de definir si realmente se está ante la existencia de una figura comparable, pudiendo ocurrir: (i) que ese candidato de comparable sea efectivamente un comparable; (ii) que ese candidato logre ser un comparable, luego de la aplicación de ajustes; o, (iii) que ese candidato no logre ser un comparable (por ejemplo, en el caso de operaciones con diferencias significativas en los riesgos asumidos).

Las Guías establecen que cuando existan diferencias entre las situaciones objetivas de comparación que puedan afectar significativamente la comparación es necesario realizar los ajustes a fin de mejorar la fiabilidad. Así, por ejemplo, las retribuciones medias no ajustadas del sector industrial no pueden ser en ningún caso calificadas por sí mismas como condiciones de libre competencia.

1.4.1 Particularidades de las Directrices del 2016

Las Guías 2016 no cambian la mecánica explicada en el punto precedente pero sí la filosofía de cómo se abre paso la comparabilidad. En efecto, la regulación actual del *arm's length* habría variado su filosofía, básicamente en torno a lo que constituye su eje central, cual es el análisis de comparabilidad. Tal novedad incorpora un estudio de la transacción propiamente dicha en dos fases, una primera a fin de delinear la operación, esto es, determinar o verificar ante qué transacción nos encontramos, lo que incluye una posibilidad de recategorizar la transacción declarada por las partes; y, una segunda fase en la que recién se realizaría el análisis de comparabilidad tal como era conocido hasta antes de la última modificación. Adicionalmente, en la parte que corresponde al análisis de comparabilidad que denomina “Identificación de las relaciones comerciales y financieras”, reinventa el análisis funcional (que antes las Guías le dedicaba 9 párrafos y ahora le dedica 73). A este efecto, enfatiza en que se tiene que entender la estructura y organización de la multinacional en un conjunto, y en especial el valor generado por el grupo como un todo, lo que incluye los derechos y obligaciones de las partes al realizar

sus funciones. El problema que se advierte en este análisis es que las multinacionales tienen fragmentadas funciones altamente integradas.

Dentro del análisis funcional cobra especial interés la asunción del riesgo que es relevante y significativo para determinar el precio de transferencia. Para ello, con el fin de calificar la real transacción desde las perspectivas del riesgo se debe: (i) determinar los riesgos que son económicamente significativos; (ii) constatar cómo es que contractualmente se ha asumido el riesgo; (iii) verificar cómo es que operan las asociadas en la gestión del riesgo (es decir, como realizan las funciones asociadas al riesgo y cómo lo mitigan [capacidad financiera]); (iv) con los elementos anteriores, si lo que dice el contrato (forma) coincide con la conducta (fondo), determinando si la parte que asume el riesgo tiene el control del riesgo y la espalda financiera; (v) en caso no tenga el control del riesgo ni la capacidad financiera se localiza dicho riesgo en otra empresa que sí lo tenga; y, (vi) se reubica el precio en función de lo anterior.

Por último, en adición a los nuevos parámetros del análisis funcional se fortalece la recategorización también por la vía del test de “racionalidad comercial”, según la cual se someten a examen las transacciones a fin de determinar si gozan de dicha racionalidad. Si bien la problemática del *no recognition* o no reconocimiento de la transacción por ausencia de racionalidad comercial ya estaba planteada en las Directrices, el reporte OCDE profundiza en su aplicación a través del denominado *test of commercial rationality*.

Como se ha señalado, el Perú reconoce el estándar *arm's length* dentro de su legislación. Tal reconocimiento rige a partir del año 2001 y a partir del año 2004 nuestra normativa prescribe que en materia de precios de transferencia en general “serán de aplicación las Guías sobre Precios de Transferencia para las Empresas Multinacionales y Administraciones Fiscales aprobadas por el Consejo de la Organización para la Cooperación y Desarrollo de las Economías - OCDE”.

Es importante hacer notar que al momento de la incorporación del *arm's length* en la legislación peruana (año 2001) regían las Directrices aprobadas en el año 1995, evidentemente, sin considerar las variaciones posteriores de los años 2009 y 2010 ni las que resultan del reporte BEPS reflejadas en las Guías del 2016.

De esta manera, en el caso peruano ¿cabe aplicar las Directrices actuales, pese a que las mismas no estuvieron vigentes al momento en que nuestra legislación incorporó el sistema de precios de transferencia o reconoció a las Guías de la OCDE como fuente

interpretativa? En nuestra opinión, ello no podría ser así, pues la fuente *soft law* aplicable tendría que ser aquella vigente en el momento que nuestra legislación incorporó el *arm's length*, lo que conlleva a aplicar los alcances del principio a dicha fecha.⁴³

1.5 Metodología de precios de transferencia: Métodos tradicionales y métodos basados en utilidades

1.5.1 Métodos tradicionales basados en las operaciones

1.5.1.1 Método del precio libre comparable (también denominado “*Comparable Uncontrolled Price Method - CUP*”)

De conformidad con lo señalado en las Directrices⁴⁴, el método del precio libre comparable consiste en comparar el precio establecido por los bienes o servicios transmitidos o prestados en una operación vinculada, con el precio fijado por los bienes o servicios transmitidos o prestados en una operación no vinculada en circunstancias comparables. De haber diferencias entre los dos precios, esto puede indicar que las condiciones de las relaciones comerciales y financieras de las empresas asociadas no se ajustan a las de plena competencia y que el precio de la operación vinculada tal vez tenga que sustituirse por el precio de la operación no vinculada.

⁴³ Con esto no se está sugiriendo la inaplicación como fuente el nuevo alcance del “principio” recogido en el plan “BEPS” del año 2015, pero ello sólo servirá para considerar que la variación dada por el nuevo alcance es justamente la que no debe ser aplicada en el Perú, al no haber sido ese el espíritu del legislador al momento de concebir el *arm's length* como eje central de la fijación de precios en el Perú, máxime cuando dicha variación persigue un cambio de filosofía donde el punto de partida en la búsqueda de la comparabilidad es ubicar la sustancia comercial o económica de la transacción. Nótese que para que opere dicho cambio, además de requerirse de una variación normativa que así lo establezca, nuestro sistema deberá ser alterado a fin de dotar a la cláusula antielusiva general peruana de lo necesario para que surta efectos. En Perú, si bien se ha regulado una cláusula antielusiva general ubicada en la Norma XVI Título Preliminar del Código Tributario, dicha norma no es de aplicación en tanto no esté reglamentada, hecho que a la fecha no ha ocurrido. Sin una cláusula antielusiva general en funciones, mal podría la Administración Tributaria peruana recategorizar una operación sustentada en un *arm's length* con este nuevo contenido o “filosofía”. La citada Norma XVI del Título Preliminar del Código Tributario, aprobado por Decreto Supremo N° 133-2013-EF, señala: “Para determinar la verdadera naturaleza del hecho imponible, la SUNAT tomará en cuenta los actos, situaciones y relaciones económicas que efectivamente realicen, persigan o establezcan los deudores tributarios.

En caso que se detecten supuestos de elusión de normas tributarias, la Superintendencia Nacional de Aduanas y Administración Tributaria - SUNAT se encuentra facultada para exigir la deuda tributaria o disminuir el importe de los saldos o créditos a favor, pérdidas tributarias, créditos por tributos o eliminar la ventaja tributaria, sin perjuicio de la restitución de los montos que hubieran sido devueltos indebidamente.

Cuando se evite total o parcialmente la realización del hecho imponible o se reduzca la base imponible o la deuda tributaria, o se obtengan saldos o créditos a favor, pérdidas tributarias o créditos por tributos mediante actos respecto de los que se presenten en forma concurrente las siguientes circunstancias, sustentadas por la SUNAT:

- Que individualmente o de forma conjunta sean artificiosos o impropios para la consecución del resultado obtenido.
- Que de su utilización resulten efectos jurídicos o económicos, distintos del ahorro o ventaja tributarios, que sean iguales o similares a los que se hubieran obtenido con los actos usuales o propios.

La SUNAT, aplicará la norma que hubiera correspondido a los actos usuales o propios, ejecutando lo señalado en el segundo párrafo, según sea el caso.

En caso de actos simulados calificados por la SUNAT según lo dispuesto en el primer párrafo de la presente norma, se aplicará la norma tributaria correspondiente, atendiendo a los actos efectivamente realizados.”

⁴⁴ OCDE, Directrices de la OCDE aplicables en materia de Precios de Transferencia para Empresas Multinacionales y Administraciones Tributarias. París, 2010. Página 78.

Del mismo modo, la OCDE señala que cuando sea posible aplicar el método de precio libre comparable y de modo igualmente fiable otro método, el primer método es el camino más directo y fiable para aplicar el principio de *arm's length*.

Por su parte, siguiendo la definición de la OCDE, la legislación doméstica en el inciso e) numeral 1) del artículo 32º-A de la Ley del Impuesto a la Renta según Texto Único Ordenado aprobado por el Decreto Supremo 179-2004-EF (en adelante LIR), establece que el método del precio comparable no controlado consiste en determinar el valor de mercado de bienes y servicios (transmitidos o prestados) entre partes vinculadas considerando el precio o el monto de las contraprestaciones que hubieran sido pactadas entre partes independientes en operaciones comparables.

Dentro de la definición del citado método, en el segundo párrafo y siguientes del inciso e) numeral 1 del artículo 32º-A, el Decreto Legislativo N° 1120 publicado el 18 de julio del 2012 el Perú introdujo el que se ha venido a denominar “sexto método”, el cual será analizado con mayor profundidad en el numeral 3.8.1 del presente trabajo

1.5.1.2 Método del precio de reventa (también denominado “*Resale price method*” – *RP*”)

En atención a lo referido por la OCDE⁴⁵, este método parte del precio del producto que se ha comprado a una empresa asociada y que posteriormente es vendido a una empresa independiente. Este precio de reventa se reduce en un margen bruto adecuado (el “margen del precio de reventa” o “margen de reventa”), representativo de la cuantía con la que el revendedor pretende cubrir sus costos de venta y gastos de explotación y, dependiendo de las funciones desarrolladas (considerando los activos utilizados y los riesgos asumidos), obtener un beneficio apropiado. Así si el margen bruto obtenido en la reventa es de mercado significa que el valor de adquisición al vinculado estuvo bien.

La OCDE refiere que este método probablemente sea de mayor utilidad cuando se aplica a actividades de comercialización, como las de un distribuidor.

Por su parte, la LIR en el numeral 2 del inciso e) del artículo 32º-A señala que el método del precio de reventa consiste en determinar el valor de mercado de adquisición de bienes y servicios en que incurre un comprador respecto de su parte vinculada, los que luego son objeto de reventa a una parte independiente, multiplicando el precio de reventa

⁴⁵ OCDE. Op. Cit., Pág. 80.

establecido por el comprador por el resultado que proviene de disminuir, de la unidad, el margen de utilidad bruta que habitualmente obtiene el citado comprador en transacciones comparables con partes independientes o en el margen que habitualmente se obtiene en transacciones comparables entre terceros independientes.

El margen de utilidad bruta del comprador se calculará dividiendo la utilidad bruta entre las ventas netas.

Conforme se observa, la LIR no alude a la naturaleza de lo que la OCDE denomina “margen bruto adecuado” ni a la consideración de las funciones desarrolladas, activos utilizados y los riesgos asumidos.

1.5.1.3 Método del costo incrementado (también denominado “*Cost Plus*” –CP-)

De acuerdo con lo establecido en las Directrices⁴⁶, este método parte de los costos en que ha incurrido el proveedor de los bienes (o servicios) en una operación vinculada por los bienes transmitidos o los servicios prestados a un comprador asociado. A estos costos se les añade un margen que permita obtener un beneficio apropiado teniendo en cuenta las funciones desempeñadas y condiciones del mercado. El resultado, que se obtiene después de incrementar el coste mencionado con dicho margen, puede considerarse como un precio de plena competencia de la operación vinculada original.

Adicionalmente, la OCDE refiere que este método alcanzaría su máxima utilidad cuando se aplica a la venta de productos semi-acabados entre partes asociadas, cuando las partes asociadas han concluido acuerdos de explotación común o de compraventa a largo plazo, o cuando la operación vinculada consiste en la prestación de servicios.

La LIR en el numeral 3 del inciso e) del artículo 32º-A señala que el método del costo incrementado consiste en determinar el valor de mercado de bienes y servicios que un proveedor transfiere a su parte vinculada, multiplicando el costo incurrido por tal proveedor, por el resultado que proviene de sumar a la unidad el margen de costo adicionado que habitualmente obtiene ese proveedor en transacciones comparables con partes independientes o en el margen que habitualmente se obtiene en transacciones comparables entre terceros independientes.

⁴⁶ OCDE. Op. Cit., Pág. 87.

Añade que el margen de costo adicionado se calculará dividiendo la utilidad bruta entre el costo de ventas.

La LIR a diferencia de la OCDE no especifica que el margen debe tomar en cuenta las funciones desempeñadas y condiciones del mercado.

1.5.2 Métodos basados en el resultado de las operaciones

1.5.2.1 Método del margen neto operacional (también denominado “*Transactional Net Margin*”)

De acuerdo con lo señalado por la OCDE⁴⁷, este método consiste en determinar, a partir de una base adecuada (por ejemplo, costos, ventas, activos), el margen neto de beneficio que obtiene un contribuyente de una operación vinculada (o de operaciones que deben agregarse y examinarse juntas), y compararlo con el margen neto de beneficio obtenido en operaciones no vinculadas y comparables.

En concreto el beneficio neto en libre competencia se puede determinar tomando como referencia el margen de beneficio neto que el propio contribuyente obtiene de operaciones comparables realizadas en el mercado libre (comparables internos), o tomando como referencia el margen de beneficio neto obtenido por una empresa independiente en operaciones comparables (comparables externos).

Ahora bien, será necesario realizar un análisis funcional de las operaciones vinculadas y no vinculadas a fin de determinar su comparabilidad, así como los ajustes necesarios para obtener resultados fiables.

Por otro lado, la OCDE refiere que la aplicación del método del margen neto operacional difícilmente resultará fiable si cada parte realiza aportaciones valiosas y únicas. En ese caso, el método más apropiado, en términos generales, es el método de la distribución del resultado. Sin embargo, los métodos unilaterales (como los métodos tradicionales basados en las operaciones, o el del margen neto operacional) pueden aplicarse en aquellos casos en los que es una de las partes la que realiza todas las aportaciones únicas que conlleva la operación vinculada, mientras que la otra parte no aporta ninguna. En ese caso, la parte objeto de análisis deberá ser la menos compleja.

⁴⁷ OCDE. Op. Cit., Pág. 94.

La LIR en el numeral 6 del inciso e) de su artículo 32º-A señala que el método del margen neto transaccional consiste en determinar la utilidad que hubieran obtenido partes independientes en operaciones comparables, teniendo en cuenta factores de rentabilidad basados en variables, tales como activos, ventas, gastos, costos, flujos de efectivo, entre otros.

1.5.2.2 Método de la distribución del resultado (también denominado “*Profit Split*”)

En atención a lo establecido en las Directrices⁴⁸, este método aspira a eliminar el efecto que provocan sobre sus resultados, las condiciones especiales acordadas o impuestas en una operación vinculada, determinando la distribución de los beneficios que hubieran acordado empresas independientes atendiendo a su participación en la operación u operaciones. En tal sentido, el método de la distribución del resultado identifica, en primer lugar, el beneficio que ha de distribuirse entre las empresas asociadas por las operaciones vinculadas en las que participan (los “resultados conjuntos”). Debe considerarse que las referencias a los términos “resultados” y “beneficios” deben entenderse como aplicables igualmente a las pérdidas en determinadas circunstancias. A continuación se procede a la distribución de ese resultado común entre ambas empresas asociadas en función de unos criterios económicamente válidos, de forma que se aproximen a la distribución de beneficios que se hubieran previsto y reflejado en un acuerdo pactado en condiciones de libre competencia.

La base económica válida de la operación puede fundamentarse en información de mercado independiente (acuerdos de *joint venture* entre partes independientes, por ejemplo) o en información interna. En efecto, la relevancia de la información interna dependerá de los hechos y las circunstancias relevantes de cada caso, pudiendo incluir, por ejemplo, criterios de reparto basados en ventas, gastos en investigación y desarrollo, gastos de explotación, activos o número de trabajadores de las empresas asociadas.

Según lo señalado en las Directrices, la principal ventaja del método de la distribución del resultado es que constituye un método para abordar las operaciones estrechamente integradas, respecto de las que no sería posible aplicar un método unilateral. No obstante, una de las debilidades que presenta el método reside en las dificultades que plantea su aplicación, toda vez que las empresas asociadas y las administraciones tributarias podrían tener dificultades para acceder a la información relativa a filiales extranjeras; del mismo modo, será difícil determinar los ingresos y los gastos conjuntos de todas las empresas

⁴⁸ OCDE. Op. Cit., Pág. 112.

asociadas participantes en las operaciones vinculadas, pues ello requerirá que los documentos contables se basaran en los mismos criterios y que se efectuaran ajustes en función de las distintas prácticas contables y monedas utilizadas.

La LIR denomina al método distribución del resultado como el método de la partición de utilidades. En tal sentido, en el numeral 4 del inciso e) del artículo 32°-A de la LIR se señala que el método de la partición de utilidades consiste en determinar el valor de mercado de bienes y servicios a través de la distribución de la utilidad global, que proviene de la suma de utilidades parciales obtenidas en cada una de las transacciones entre partes vinculadas, en la proporción que hubiera sido distribuida con o entre partes independientes, teniendo en cuenta, entre otros, las ventas, gastos, costos, riesgos asumidos, activos implicados y las funciones desempeñadas por las partes vinculadas.

Adicionalmente, la LIR en el numeral 5 del inciso e) del artículo 32°-A introduce una variante al método antes citado y señala que el método residual de partición de utilidades consiste en determinar el valor de mercado de bienes y servicios de acuerdo a lo señalado en el numeral 4) del inciso e) antes citado, pero distribuyendo la utilidad global de la siguiente forma:

- (i) Se determinará la utilidad mínima que corresponda a cada parte vinculada, mediante la aplicación de cualquiera de los métodos aprobados por la LIR, sin tomar en cuenta la utilización de intangibles significativos.
- (ii) Se determinará la utilidad residual disminuyendo la utilidad mínima de la utilidad global. La utilidad residual será distribuida entre las partes vinculadas, tomando en cuenta, entre otros elementos, los intangibles significativos utilizados por cada uno de ellos, en la proporción que hubiera sido distribuida con o entre partes independientes.

1.6 Calificación jurídica de los precios de transferencia como reglas de valoración. Relación con las presunciones y ficciones tributarias

Como se ha indicado, el sistema de precios de transferencia busca valorar las transacciones realizadas entre sujetos vinculados económicamente, como si éstos fueran sujetos no relacionados, siguiendo principio de *arm's length* o de operador independiente, para lo cual se realiza el análisis de comparabilidad y paralelamente se elige y luego aplica el método pertinente.

La doctrina⁴⁹ se cuestiona sobre la relación existente entre el sistema de precios de transferencia y las presunciones, ficciones o reglas de valoración. A fin de dilucidar la relación entre las referidas instituciones del derecho pasaremos a definir cada una de ellas, para luego delimitar la vinculación que tienen las presunciones, ficciones y reglas de valor, con los precios de transferencia de OCDE y de la legislación peruana.

En forma previa a dicho análisis nos permitiremos poner las cosas en su verdadero contexto. Como sabemos, el hecho generador de los impuestos cuenta con cinco aspectos, (i) el material; (ii) el cuantitativo; (iii) el personal; (iv) el temporal; y, (v) el espacial. El aspecto material es el corazón del hecho generador pues es el que define el hecho económico que se pretende gravar lo que en el caso del Impuesto a la Renta está constituido por la generación de renta. Es menester reparar un instante en el aspecto cuantitativo, que representa la dimensión económica del aspecto material, esto es la base imponible para el caso específico de los impuestos con parámetros establecidos en base a dinero. Como quiera que el aspecto mensurable mide el aspecto material, el primero no necesariamente debe estar definido en forma separada del propio aspecto material, de modo tal que muchas veces queda implícita su regulación a partir del propio aspecto material, pues constituye uno de sus atributos. Razones como la expuesta llevan a algunos autores a ni siquiera considerarlo como un aspecto separado de la hipótesis de incidencia⁵⁰ aunque no dejan de resaltar su importancia.

Para Geraldo Ataliba⁵¹ debe apartarse claramente la idea de que la base imponible se trata de algo “material” inherente al objeto al que alude el concepto legal “hipótesis de incidencia”. Agrega que, “por el contrario, la base imponible es un atributo de un aspecto (el material) de la hipótesis de incidencia, y como tal, también un concepto legal. A partir de ahí señala que se llega a una consecuencia inmediata: “la base imponible puede abarcar enteramente las perspectivas mensurables del hecho objeto del concepto en que la hipótesis de incidencia se constituye, o solamente alguna de ellas. Puede también darles configuración diversa de la que en realidad, en el mundo fenoménico tienen”.

De lo expuesto, se tiene que un impuesto puede tener por base imponible una dimensión que mida algún o alguno de los elementos mensurables del hecho generador, pero no todos o incluso puede hablarse de una distinta a la real –quizás porque la real pudiese

⁴⁹ Por ejemplo lo hace ESEVERRI MARTÍNEZ, Ernesto. *Presunciones Legales y Derecho Tributario*. En: Instituto de Estudios Fiscales - Marcial Pons, Madrid, 1995.

⁵⁰ VILLEGAS, Héctor B. *Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 4ta. edición. Tomo I. Págs. 244 y siguientes.

⁵¹ ATALIBA, Geraldo. *Hipótesis de Incidencia Tributaria*. Ara Editores, Lima, 2011. Págs. 142 y 143.

resultar de muy compleja liquidación-, pero que siempre tenga que ver con la hipótesis de incidencia que cuantifica. No podría, por ejemplo hablarse de un Impuesto a los Activos que tenga por base imponible la utilidad, ni tampoco podría hablarse de un impuesto que grave la Propiedad Predial que tenga como base la rentabilidad anual del predio. Ahora bien, en el caso de nuestro Impuesto a la Renta tenemos que el concepto de renta que constituye su aspecto material equivale a la generación de riqueza o utilidad. La riqueza puede presentarse de manera real o efectiva –ello ocurre con la teoría del rédito producto o con la del flujo de riqueza- o tal ganancia puede presentarse de manera potencial –esto es, porque la ley le atribuye la calidad de renta a un supuesto de ganancia no realizada (caso del incremento patrimonial) o se la atribuye bajo el criterio del consumo más incremento patrimonial (rentas imputadas)⁵²-. Nuestra legislación del Impuesto a la Renta grava riquezas que provienen de la teoría del rédito producto y algunas que provienen de la teoría del flujo de riqueza y casos excepcionales sustentados en el criterio de consumo más incremento patrimonial. A las rentas comprendidas bajo este último criterio (consumo más incremento patrimonial) nuestra ley las denomina rentas imputadas o rentas fictas. Desde ya es importante aclarar que este último término de renta ficta no debe ser confundido con el término de ficciones cuyo espectro goza de mucha mayor amplitud para la materia tributaria en especial y para el ordenamiento jurídico en general. Hasta este punto se ha hecho referencia a la hipótesis de incidencia del Impuesto a la Renta peruano.

Las reglas de valoración en su sentido amplio están conformadas por el conjunto de normas destinadas a determinar la base imponible, reglas que apuntan a cuantificar el aspecto material debiendo seguir su naturaleza, pues de no hacerlo serían inconstitucionales. Así las reglas de valoración que equivalen a los denominados parámetros⁵³ del tipo base imponible en algunas ocasiones pueden ser idénticas u otras distintas del aspecto material del hecho generador, situación que ocurre, por ejemplo, en el Impuesto General a las Ventas que grava las importaciones de bienes donde su aspecto material está dado por el consumo en el país, pero su parámetro está constituido por el valor en Aduana de los bienes más los derechos e impuestos que afecten la importación⁵⁴. En otras ocasiones sí se observa una plena identificación, como es el caso del Impuesto a

⁵² GARCÍA MULLÍN, Roque. Manual de Impuesto a la Renta. Centro Interamericano de Estudios Tributarios (CIET), Documento N°872, Buenos Aires, 1978. Pág. 76.

⁵³ Se entiende por parámetro a la magnitud sobre la que se aplica el tipo de gravamen en el caso de los tributos variables según la clasificación recogida por DE LA GARZA, Sergio. Derecho Financiero Mexicano, Editorial Porrúa, México, Novena Edición, 1979. Pág. 415.

⁵⁴ El artículo 13 del TUO de la Ley del Impuesto General a las Ventas e Impuesto Selectivo al Consumo, aprobado por Decreto Supremo N°055-99-EF, señala que:

“La base imponible está constituida por:

(...) e) El Valor en Aduana determinado con arreglo a la legislación pertinente, más los derechos e impuestos que afecten la importación con excepción del Impuesto General a las Ventas, en las importaciones de bienes corporales”.

los Activos en donde el aspecto material se encuentra dado por la tenencia de activos y el parámetro se encuentra establecido por el valor de los activos mismos.

El parámetro puede ser muy sencillo, tal como ocurre con el Impuesto a las Transacciones Financieras donde se calcula en base al monto de dinero materia de transacción o puede ser muy complejo. En ocasiones, a decir de De la Garza:⁵⁵

“[...] la medida del parámetro representa mayores problemas como cuando se trata de fijar una cualidad abstracta de un bien material, como por ejemplo, su valor corriente o de venta, o en mercados nacionales o extranjeros. Como sucede en los impuestos a la importación o en la exportación, o en el impuesto que grava las ganancias de capital de los bienes inmuebles. En estas hipótesis, agrega, citando a Berliri, que “la medida de la base imponible se desdobra en dos operaciones: una, la medida en sentido estricto, de carácter meramente técnico y en nada distinta de la hipótesis precedente, y otra de carácter estimativo, llamada evaluación, donde en sentido estricto la medida no es más que un medio para llegar a la evaluación”.

Dicho esto se procederá a definir los conceptos materia de análisis.

1.6.1 Presunciones y ficciones

Las presunciones legales se desarrollan en el ordenamiento jurídico procesal y tienen como propósito liberar al órgano que se trate (en nuestro caso la Administración Tributaria o el órgano encargado de resolver) de probar determinados hechos, los mismos que son dados por ciertos en base a los indicios con los que se cuentan. Podemos definir a la presunción como aquella consecuencia no probada que se atribuye a un hecho cierto o probado, en base a la experiencia –constituida, por ejemplo, en hechos previos en los que se advirtieron una misma consecuencia, la misma que está siendo tomada como hecho presumido-. De esta manera se libera de la prueba a quien resuelve, bastando la presunción –que contempla lo que se denomina una “prueba artificial”-, de modo tal que si el sujeto a quien se le atribuye la consecuencia logra probar en contrario (lo que haría mediante una prueba inartificial), la presunción se desvanece. Así, mediante lo conocido (hecho conocido o hecho base) se busca dar sentido a lo desconocido (hecho presumido).

En concordancia con lo expuesto, Luis Hernández Berenguel⁵⁶ afirma que la doctrina define a la presunción como la consecuencia que de un hecho conocido se extraen, por el legislador o el juzgador, con el fin de develar a un hecho desconocido. Agrega que para

⁵⁵ DE LA GARZA, Sergio Francisco, Op. Cit., Pág. 434.

⁵⁶ HERNÁNDEZ BERENGUEL, Luis. “Las presunciones legales en el Sistema Tributario Peruano”. *Revista IPDT*, N°09, 1985. Pág. 32.

Josserand se trata de las “[...] consecuencias que la ley o el magistrado extraen de un hecho conocido para llegar a un hecho desconocido” acotando que son operaciones de la inteligencia o inducciones efectuadas por el juez o por el legislador. En adición, indica que la doctrina coincide en señalar que las presunciones se clasifican en presunciones del hombre y presunciones legales, constituyendo las primeras un medio de prueba usado por el magistrado quien actúa libremente al respecto; mientras que las segundas están establecidas en la ley y a su vez se subdividen en presunciones relativas o *juris tantum* –y que por lo tanto admiten prueba en contrario- y presunciones absolutas o *juris et de jure*, que no admiten prueba en contrario.

Por último, acota que las presunciones legales sean relativas o absolutas, tienen como común denominador no solamente la circunstancia de estar establecidas por ley sino también el hecho de constituir verdaderas dispensas de prueba. Como quiera que en toda presunción legal se toma como punto de partida un hecho conocido, y por lo tanto debidamente probado, para extraer como consecuencia, por imperio de la ley, un hecho desconocido, la persona en cuyo favor se ha establecido la presunción queda dispensada de probar el hecho desconocido.

Ahora bien, la presunción es una institución que pertenece al derecho común, tomada por el derecho tributario -en particular toma las presunciones legales- que tiene como propósito principal relevar de prueba al órgano administrador o resolutor. Siendo ello así, la presunción es una figura eminentemente procesal que endulza la labor del inspector fiscal invirtiendo la carga de la prueba, que ya no corresponderá a la administración, sino que estará a cargo del contribuyente. Por lo expuesto, la presunción se mueve en la arena del derecho procedimental tributario y no del material tributario. Sin embargo, ello no se observa con tanta claridad en el caso de las presunciones absolutas que si bien son creadas para cumplir una función procesal terminan cumpliendo una función material. Sin entrar en polémica sobre el particular, es destacable la posición de Ernesto Eseverri⁵⁷ quien postula que la presunción absoluta no puede convertirse (ni siquiera de modo indirecto) en una construcción del derecho tributario material porque nunca pierde su consideración de instrumento que facilita la labor probatoria. Por tanto el comprobador puede hacer caso omiso a la presunción si llega a la convicción de que la realidad es otra. Y justamente esta circunstancia es la que la diferencia de la ficción que pasaremos a describir acto seguido, no siendo posible equiparar las presunciones absolutas con las ficciones aun cuando sus efectos sean muy similares.

⁵⁷ ESEVERRI MARTÍNEZ, Ernesto. *Presunciones Legales y Derecho Tributario*. En: Instituto de Estudios Fiscales - Marcial Pons, Madrid, 1995. Pág. 68.

Las ficciones se desarrollan en el ordenamiento jurídico sustancial y a diferencia de las presunciones que parten de un hecho cierto, las ficciones parten de un hecho no cierto o no necesariamente cierto –por tanto presuponen un hecho no real- al que le atribuyen una consecuencia. Las distintas formas que podría tomar la ficción serían: (i) sobre algo inexistente se atribuye una consecuencia como si hubiese existido; (ii) algo real se trata como un hecho diferente, atribuyéndosele la consecuencia de ese hecho diferente; (iii) algo que realmente ha sucedido es tratado como inexistente; y, (iv) algo que es idéntico a otra cosa, se le trata como si fuera diferente.

José Pérez de Ayala citado por Luis Hernández,⁵⁸ señala que en su acepción técnico jurídica la ficción es una creación del legislador que pertenece a la categoría de las proposiciones normativas incompletas, constituyendo una valoración jurídica contenida en un precepto legal, en virtud de lo cual se atribuyen efectos jurídicos a uno o más supuestos de hecho, violentando o ignorando su naturaleza real. De esta manera el legislador atribuye a ciertos hechos o realidades sociales efectos jurídicos que no serían posibles en ausencia de la ficción. No es que la ficción falsee u oculte la verdad real, sino que más bien crea una verdad jurídica distinta de la real por convenirlo al ordenamiento jurídico. Como se está creando una realidad jurídica, ésta requiere ser establecida por el legislador. No podría ser creada por el intérprete.

Tanto las presunciones como las ficciones son instituciones del derecho común que son tomadas por el derecho tributario como herramientas para combatir la elusión tributaria. Citando a Pérez de Ayala y González⁵⁹, las presunciones legales absolutas se usan solamente para resolver problemas de prueba que al Fisco le plantean los comportamientos en fraude de ley, pero como ellas no cubren la función del derecho tributario material, que consiste en la configuración de un nuevo hecho imponible, resulta necesario recurrir a las ficciones del derecho para cumplir esa misión. Por tanto las presunciones y las ficciones se complementan.

A mayor abundamiento, en cuanto a en materia tributaria y específicamente en lo que corresponde al Impuesto a la Renta debemos indicar que no deben confundirse los conceptos de renta (real, presunta o imputada), presunciones, ficciones y reglas de valoración.

⁵⁸ HERNÁNDEZ BERENGUEL, Luis. Op. Cit., Pág. 35.

⁵⁹ *Ibidem*, Pág. 35.

El concepto de renta lo vimos en párrafos anteriores concluyendo que nuestra legislación del Impuesto a la Renta grava riquezas que provienen de la teoría del rédito producto y algunas que provienen de la teoría del flujo de riqueza y casos excepcionales sustentados en el criterio de consumo más incremento patrimonial. A las rentas comprendidas bajo este último criterio nuestra ley las denomina rentas imputadas o rentas fictas. Ejemplos de rentas potenciales en nuestra legislación del Impuesto a la Renta se observa en los casos de las denominadas rentas “fictas” por cesión gratuita de predios comprendida en el artículo 23° de la LIR o en el caso del derogado Impuesto Mínimo a la Renta creado por el artículo 118° del Decreto Legislativo 774⁶⁰. En tales casos, para que se configure la renta el legislador se vale de ficciones, esto es, de hechos no reales (no generadores de rentas reales), a los que se les atribuye una consecuencia jurídica, la de configurar rentas, como si fueran reales (a sabiendas que no lo son). Evidentemente el concepto de ficción para nuestro ordenamiento jurídico es mucho más amplio que el de renta ficta, con lo cual el uso de ficciones podría darse tanto para la calificación de una renta como para otros escenarios, como lo es el mundo de la valorización, lo que veremos en su momento.

Facilitar la labor de detección de obligaciones tributarias hace que las presunciones estén presentes bajo cualquiera de los supuestos descritos en los párrafos anteriores (de rentas reales o potenciales), pudiendo plantearse una presunción vinculada con la probabilidad de existencia de la renta propiamente dicha lo que permitiría al operador del derecho justamente ahorrarse la prueba que así lo acredite. En nuestra legislación ello ocurre, por ejemplo, en el caso de los préstamos que se presumen efectuados a título oneroso según lo dispone el artículo 26 de nuestra LIR.

Por tanto, se estará ante una renta presunta si para acreditar su existencia la ley exonera de prueba y ante una renta constituida mediante una ficción cuando a una situación que no muestra una renta se le atribuye la consecuencia de una renta real.

1.6.2 Los precios de transferencia y las reglas de valoración

En primer lugar, es menester señalar que las reglas de valoración son aquéllas que tienen como propósito cuantificar las rentas que sean reales, imputadas fictas o presuntas.

⁶⁰ El texto original del artículo 109 del Decreto Legislativo 774, publicado el 31 de diciembre de 1993, establecía lo siguiente: *“El Impuesto a la Renta de los perceptores de rentas de tercera categoría no podrá ser menor al 2% del valor de sus activos netos. Las sociedades y entidades a que se refiere el último párrafo del Artículo 14 de esta Ley, deberán pagar el impuesto mínimo a que se refiere el párrafo anterior. En este caso, el importe pagado por éste concepto será atribuido al socio o participacionista en la proporción a su participación en el capital, y éste lo considerará como crédito contra el Impuesto a la Renta de tercera categoría que le corresponda pagar por el mismo ejercicio, sin derecho a la devolución cuando exceda del impuesto a su cargo. El activo neto que constituye la base imponible del impuesto mínimo será el que conste en el balance ajustado cerrado al 31 de diciembre del ejercicio gravable, el balance ajustado que se presente para los efectos de este impuesto o, en su caso, el balance de término si la empresa cesa en sus actividades. En aquellos casos en los que no exista obligación de efectuar ajuste integral por inflación, la base imponible está constituida por los activos netos a valores históricos”.*

En efecto, se ha señalado que las reglas de valoración están constituidas por las normas destinadas a determinar la base imponible, es decir, establecer la manera de cuantificar el supuesto de hecho gravado. En sentido lato, no son otra cosa que las reglas que permiten cuantificar la dimensión económica del hecho imponible, la expresión numérica del aspecto material contemplado en la mayoría de hechos generadores o el aspecto cuantitativo del supuesto de hecho.

Ernesto Eseverri⁶¹ en su libro “Presunciones Legales y Derecho Tributario” plantea varios ejemplos vinculados con presunciones, ficciones y reglas de valoración en distintos tributos del sistema español. La riqueza de los ejemplos radica en que muestran cómo se entremezclan y confunden los distintos conceptos. Por ejemplo, en materia del Impuesto sobre la Renta de las personas físicas señala que sus normas contienen presunciones (absolutas o relativas), compartiendo su ámbito de aplicación con normas de valoración y con auténticas ficciones jurídicas. Agrega que esta circunstancia “.. ha llevado al error, demasiado frecuente, de componer un *totum revolutum* atribuyendo los caracteres de una presunción legal a lo que no deja de ser una norma de valoración y señalando como presunciones *iuris et de iure* lo que son ficciones jurídicas, o todo lo más, reglas de valoración jurídica”.

Cita un ejemplo de su legislación que trata una regla clásica en el sistema de tributación de los rendimientos del trabajo y del capital en el ámbito de la imposición personal sobre las rentas⁶²: “Uno. Las prestaciones del trabajo personal y las de bienes o derechos en sus distintas modalidades se presumirán retribuidas por su valor normal en el mercado, salvo prueba en contrario. Dos. Se entenderá por valor normal en el mercado la contraprestación que se acordaría entre sujetos independientes”

Acto seguido comenta que “este artículo es exponente de la combinación en él de una presunción *iuris tantum*, una regla de valoración y una ficción jurídica⁶³. Presume, admitiendo la contraprueba, que las prestaciones del trabajo y de bienes o derechos son siempre retribuidas; una vez que se produce el hecho presumido –la retribución al trabajo y al capital prestado–, establece cómo ha de valorarse la retribución: según valor de mercado, y como éste es un concepto no determinado, finge qué se entiende por tal valor a efectos fiscales: la contraprestación que se acordaría entre sujetos independientes”.

⁶¹ ESEVERRI MARTÍNEZ, Ernesto. Op. Cit., Págs. 66 y siguientes.

⁶² ESEVERRI MARTÍNEZ, Ernesto. Op. Cit., Págs. 66 y 67.

⁶³ Tómese en cuenta que el concepto de ficción es mucho más amplio que el de la existencia de una renta ficticia.

Conviene ahora reparar por un instante en la estructura de la norma. El primer punto se encuentra referido a la generación de la renta, esto es a la ocurrencia del hecho gravado (aspecto material), estableciéndose que toda prestación del trabajo o del capital se presume retribuida, o dicho en otras palabras, se considera que tales prestaciones siempre son generadoras de renta (incluso así sean gratuitas), pero eso sí, en caso se pruebe la gratuidad se desvanecerá la presunción.

El segundo punto está referido a la segunda presunción, en la cual se presume que la retribución será la de mercado, presunción sobre la cual también cabe la prueba en contra, es decir, si se prueba que el valor fue inferior al de mercado se respetará este último.

El tercer punto está referido a la regla de valor de mercado, la misma que es una regla de valoración, pero además, como es un concepto indeterminado se estipula que ese valor será el que corresponda a las transacciones entre sujetos independientes, lo que no es otra cosa que basarse en una ficción⁶⁴ de valor.

Entonces, en este supuesto advertimos que el “valor de mercado” funge como una presunción de cuantificación de retribución respecto de la cual cabe prueba en contrario, pero además esa regla de mercado es justamente una regla de valoración y en adición, ese tipo de regla de valoración comprende una ficción.

En efecto, para Eserverri⁶⁵ la ley española, al definir como valor de mercado la contraprestación acordada entre sujetos independientes, establece una clara ficción jurídica de la mano de una definición legal, en virtud de la cual incorpora una disciplina al Derecho sustantivo, con independencia de que el criterio de valor de mercado esté contrastado en el Derecho comparado, pues el hecho de que no se trate de un concepto [inventado] en el ordenamiento español no le quita el componente de ficción que encierra.

En ese sentido Eserverri señala:

La ficción es un recurso técnico que, sin modificar los conceptos y principios ya elaborados y aceptados por el legislador o las reglas de la ciencia, trata de incorporar a ellos nuevas consecuencias jurídicas. La ficción es la solución científicamente imperfecta a un problema, y como el acto aparente, merece ser tenida por una [mentira técnica] consagrada por la necesidad. Así pues, en el caso que nos ocupa, el legislador crea una categoría jurídica, el valor de mercado, sobre algo que no tiene un

⁶⁴ Nótese que en esta parte se alude al concepto genérico de ficción distinto al de renta ficta, pues en este caso no es que se esté estableciendo una renta a partir de una ficción si no que más bien se está valorando la misma en base a un concepto indeterminado y de ahí su sentido de ficción.

⁶⁵ ESEVERRI MARTÍNEZ, Ernesto. Op. Cit., Pág. 68.

concepto natural, pues aquello que deba entenderse por valor en el mercado es un criterio vago, impreciso e inestable como el mercado mismo.

Por ello, definir el valor de mercado como la contraprestación acordada entre sujetos independientes no deja de ser una caracterización del mismo discordante con la naturaleza de las cosas; una manera, en suma, de construir dogmáticamente lo que ese valor representa sin que pueda ser contrastado con la realidad de cada caso, por ser el propio concepto de mercado, un concepto variante.

Una variante curiosa de esta regulación española está dada por el tratamiento de las rentas de profesionales y empresarios, ya que no quedaba claro que esa renta estuviera comprendida por la que ha sido materia de comentario en los párrafos anteriores. Para salvar esta duda interpretativa un artículo modificatorio de la Ley incorporó otro artículo que establecía que las rentas de profesionales y empresarios no estaban comprendidos en las rentas de los trabajadores personales y, para esos casos de profesionales y empresarios, ordenaba la estimación según mercado para los bienes o servicios prestados de forma gratuita o por contraprestación notoriamente inferior al valor de mercado.

Como quiera que este artículo no hace referencia a ninguna presunción, se estaría presentando una situación inequitativa frente al supuesto anterior. En una situación como ésta es válido interpretar que la fórmula legislativa al comprender únicamente una regla de valoración pero no un supuesto de hecho generador de renta no podría comprender a las rentas gratuitas (ello porque no hay artículo que establezca que las rentas se presumen onerosas pese a que sean gratuitas), con lo cual únicamente comprenderían a las rentas onerosas que se pactan por sumas inferiores a las de mercado, sin permitirse en este caso (lo que no pasaba en el supuesto anterior) probar en contrario.

Ahora bien, en materia de determinación del Impuesto a la Renta en Perú, la regla de valoración prevista para cada categoría o para el impuesto en su conjunto utiliza como regla de valoración un parámetro vinculado con el aspecto material del hecho generador. Al formular el parámetro de cuantificación podría valerse de presunciones o de ficciones con el propósito de llegar a la renta real. En otras palabras, la materia que hasta aquí se ha venido tratando no es la que define si se está o no ante la existencia de una renta (real o potencial) pues ello constituye un paso previo, sino que, partiendo de la existencia de renta, la cuantifica sobre la base de medir el hecho generador.

Por su parte, los precios de transferencia buscan valorar las transacciones realizadas entre sujetos vinculados, como si éstos fueran sujetos no relacionados, siguiendo principio de *arm's length* o de operador independiente, para lo cual se realiza el análisis de

comparabilidad y paralelamente se elige y luego aplica el método pertinente. Siendo su función esencial la cuantificación de las operaciones es fácil deducir que esta representa una norma de valoración que no tiene como finalidad crear hechos imponibles (aspecto material) sino que pretende cuantificar los hechos gravados por el Impuesto a la Renta ya sea que hayan sido generados bajo rentas reales, potenciales o presuntas.

Si bien se discute que los precios de transferencia puedan constituir una regulación por la que se presume la existencia de renta o se crea una renta ficticia, lo cierto es que conforme a los conceptos que se han explicado anteriormente no se infiere que ésta represente una regulación que permita crear tales rentas presuntas ni fictas (en el entendido de las imputadas).

Las normas de precio de transferencia son reglas de valoración, en el entendido que tales disposiciones sirven para cuantificar los hechos imponibles acaecidos, pudiendo ocurrir que para llegar a esa cuantificación se valga de ficciones jurídicas (bajo el concepto amplio de ficción).

En cuanto al descarte de que las normas de precios de transferencia sean normas que recogen rentas presuntas debemos indicar que la renta presunta parte de considerar que la renta se genera a propósito de la existencia de un hecho cierto al que se le atribuye una consecuencia incierta, exonerándosele de prueba. Esa situación para nada se presenta en las reglas de precios de transferencia, las mismas que partiendo de la existencia de una renta, la misma que necesita ser cuantificada.

La cuantificación no usa una presunción- puesto que no libera a la Administración de alguna prueba, ni se invierte la carga de la prueba. Lo que se tiene es un valor que ha sido declarado por las partes, cuyo monto debe ser sometido a examen o evaluación, por lo que se establece una cuantificación, eso sí que parte de una ficción jurídica, que consiste en considerar que tales sujetos relacionados son independientes y que su contraprestación se encuentra dentro de un rango de contraprestaciones que hubiesen pactado los sujetos independientes. Una vez hallado ese rango, se verifica si el monto declarado está dentro del mismo y, de no estarlo, se procede al ajuste. Ello no es otra cosa que una regla sustantiva (no procedimental como las presunciones) de valoración que evita la fijación discrecional de la cuantía cuando se trata de sujetos económicamente vinculados.

La propia legislación peruana zanja el tema descartando que las normas de precios de transferencia califiquen como presunciones, al establecer que las normas de valor de

mercado (una de cuyas especies son los precios de transferencia) no valoran operaciones a través de una determinación sobre base presunta⁶⁶.

De otro lado, es claro que en el caso de las operaciones entre vinculados se está ante una situación cierta que generó una renta (real o potencial) entre los sujetos vinculados y de lo que se trata es de cuantificarla. Para ello se utilizan las herramientas más eficientes que permite el derecho para cuantificar ese valor de la forma más veraz posible, cuales son las declaraciones del contribuyente así como lo que las fuerzas de mercado indiquen en una situación idéntica o similar entre independientes (principio de operador independiente).

Es en este punto en que nos atrevemos a decir que esta fórmula de “regla de valoración” encierra una doble ficción jurídica cual es la de considerar independientes a quienes no lo son y además de recurrir al mercado para arribar al valor. Ello no convierte a la renta en ficticia, pues lo que hace es establecer un medio para valorar los hechos producidos en la realidad bajo la cual se entiende que las relaciones entre vinculados no pueden aminorar la renta de una de las sociedades en beneficio de la otra sociedad. “No compartimos la posición de aquellos que afirman que estamos ante una sustitución del hecho imponible real por un supuesto de hecho ficticio⁶⁷”.

Como hemos señalado, particularmente en el Perú, las normas de valor de mercado tienen la naturaleza de normas de valoración, por tanto, solo pueden ser aplicadas en la medida en que la propia ley haya configurado la existencia de una renta (real o potencial), lo que ocurre, por ejemplo, cuando el contribuyente asignó un valor a una determinada operación. De ahí que no sea procedente su aplicación para valorar operaciones gratuitas que no hayan sido calificadas como rentas por la ley o en algún apartado de la misma, pues ello implicaría imputar una renta que no ha sido ni pactada por los contribuyentes, ni imputada por la LIR⁶⁸.

⁶⁶ La Primera Disposición Final del Decreto Legislativo N° 941, publicado el 20 de diciembre de 2003, señala: “Precísase que el ajuste de operaciones a su valor de mercado no constituye un procedimiento de determinación de la obligación tributaria sobre base presunta”.

⁶⁷ ESEVERRI MARTÍNEZ, Ernesto. Op. Cit., Pág. 91.

⁶⁸ Cabe señalar que si bien a partir de la modificación introducida por el Decreto Legislativo N° 1112 publicado el 29 de junio de 2012 y vigente a partir del 01 de enero de 2013, el artículo 32-A de la LIR alude a la aplicación de las normas de precios de transferencia sobre operaciones gratuitas al regular la oportunidad de la imputación de la renta en su inciso c) cuarto párrafo, numeral 2, sin embargo en nuestro concepto tal disposición sería inaplicable porque para que existan ajustes, el primer párrafo del inciso c) del mismo artículo establece que se requiere la existencia de “valor convenido”. En tal sentido no podría ajustarse valores inexistentes.

El citado párrafo fue introducido por el artículo 3° del Decreto Legislativo N° 1124, publicado el 23 de julio de 2012 y entró en vigencia el 01 de enero de 2013, conforme al texto siguiente: “Sólo 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”.

El Artículo 1° de la LIR señala que este Impuesto grava: (a) las rentas que provengan del capital, del trabajo y de la aplicación conjunta de ambos factores; (b) las ganancias de capital; (c) otros ingresos que provengan de terceros, establecidos por la LIR; y, (d) las rentas imputadas, establecidas por la LIR.

Como puede observarse, la LIR establece expresamente los supuestos en los que existe renta (real o imputada), con el fin de gravar la transacción correspondiente. Así, acaecida la renta, ésta debe ser cuantificada, siendo de aplicación para ello el artículo 32 que recoge una regla de valorización tanto para sujetos vinculados como no vinculados, con el siguiente tenor:

En los casos de ventas, aportes de bienes y demás transferencias de propiedad, así como 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 tanto para el adquirente como para el transferente.

Siendo una norma de valorización que ayuda a cuantificar la renta acaecida, no contiene supuestos de configuración de rentas sino de liquidación de aquellas que hayan sido previamente establecidas en la LIR. Dicha situación se comprende más claramente cuando se observa, el citado primer párrafo del artículo 32° que alude en dos ocasiones al valor asignado, pero le otorga connotaciones distintas en ambos casos. Así,

Cuando se refiere que “*en los casos de ventas, aportes de bienes y demás transferencias de propiedad, así como 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*”, alude como valor asignado al establecido por la LIR como valor de mercado, especificando que tanto las operaciones onerosas como gratuitas, para efecto del impuesto, se valorizarán a valor de mercado determinado en la ley.

Debemos tener en cuenta, que cuando la LIR incluye a las operaciones gratuitas en el ámbito de las reglas de valorización de su artículo 32°, lo hace respecto de aquellas operaciones respecto de las cuales la propia LIR determinó una renta imputada con un criterio de valor específico, con el propósito de precisar que dicho criterio de valor debe ser reconocido como un valor de mercado, tal como ocurre en el inciso h) del artículo 28° de LIR, que establece que la cesión bienes muebles e inmuebles distinta de predios entre

partes independientes, genera una renta ficta anual no menor del 6% del valor de adquisición, producción, construcción o de ingreso al patrimonio.

De tal manera que conforme al artículo 32º, la renta ficta anual no menor del 6% del valor de adquisición, producción, construcción o de ingreso al patrimonio constituye el valor de mercado asignado por la LIR para este tipo de operaciones.

Lo expuesto encuentra un mayor sentido interpretativo, cuando se realiza un análisis del segundo momento en que la LIR alude al “valor asignado”, toda vez que la regla de valoración que recoge, únicamente puede ser aplicada a operaciones onerosas tal como se observa a continuación.

En efecto, cuando en un segundo momento la LIR indica que: “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”, alude al valor asignado por las partes, esto es al valor pactado, dado que el valor asignado por la LIR en ningún caso puede diferir del valor de mercado. En este segundo momento la LIR establece una norma de valorización aplicable a las operaciones onerosas, ya que en éstas podrá verificarse un valor pactado o asignado por las partes, como quiera llamarse, siendo que las reglas de valoración propuestas en los incisos de dicho artículo resultarán aplicables para dichas operaciones.

De otro lado, el numeral 4 del artículo 32º de la LIR, señala que para el caso de sujetos vinculados económicamente, el valor de mercado se considerará equivalente a la contraprestación que se hubiera acordado con o entre partes independientes en transacciones comparables, en condiciones idénticas o similares, aplicando las reglas de precios de transferencia establecidas en el artículo 32º-A de la LIR, las cuales se basan en el principio de “*arm’s length*” o de libre concurrencia que ha adoptado el Perú.

Por su parte el inciso a) del artículo 32º-A sostiene que las normas de precios de transferencia serán de aplicación cuando la **valorización convenida** hubiera determinado un pago del impuesto a la Renta en el país, inferior al que hubiera correspondido por aplicación del valor de mercado.

Nótese que el numeral 4 del artículo 32º y el artículo 32º-A de la LIR, no cambian la situación legal ya expuesta, y de ningún modo establecen una renta presunta o ficta (en el sentido de imputada) para operaciones entre empresas vinculadas, por el contrario,

conforme al artículo 32° A, las normas de precios de transferencia se aplican para ajustar un valor convenido, esto es procedentes de una renta real o potencial (imputada), desprendiéndose con claridad que no resultan aplicables para determinar una renta ficta o presumir una.

En otras palabras, no es posible crear un ingreso imputado por la mera aplicación de los artículos 32° y 32°-A de la LIR, ya que las normas de precios de transferencia no crean por sí mismas situaciones de generación de rentas, lo que limita su aplicación a la cuantificación de las transacciones, es decir, constituyen reglas de valoración.

Es importante señalar que para el Tribunal Fiscal, las reglas contenidas en el artículo 32° de la LIR pueden ser utilizadas por la SUNAT, cuando, en un procedimiento de fiscalización sobre base cierta, se le presenten dudas respecto al valor asignado a una determinada operación, siendo que dichas normas no pueden ser aplicadas para efectos de determinar la realización de ventas omitidas, pues en ese caso, la SUNAT debería obtener los elementos que le permitan conocer de forma directa el hecho generador realizado por el contribuyente, así como su base imponible, no siéndole permitido imputar un valor de mercado a determinadas operaciones cuya ocurrencia no ha probado. Tal es el caso de las Resoluciones N° 05352-2-2006⁶⁹ y 03962-8-2014⁷⁰ entre otras.

⁶⁹ Resolución N° 05352-2-2006: “(...) De acuerdo con lo establecido por la norma antes indicada [i.e. el artículo 32° de la LIR] para el caso de existencias, se desprende que para determinar ventas omitidas o ingresos omitidos en primer término debe comprobarse si el contribuyente efectuó transferencias onerosas de bienes, identificando la oportunidad en que ocurrieron y el valor por el que se efectuaron. (...)”

De ello se tiene que el procedimiento previsto por los referidos artículos es utilizado cuando se presentan dudas respecto del valor asignado a una operación y no para efecto de determinar la realización de operaciones de venta. En el caso de autos si bien la Administración Tributaria determinó diferencias por ventas de acuerdo a la información obtenida de las declaraciones de pesca y arribos, no se verifica que la Administración haya establecido previamente si se trataron de transferencias onerosas ni el valor o cuantía de las operaciones por el que se efectuaron las transferencias observadas, no ajustándose a un procedimiento de determinación sobre base cierta, puesto que no se encuentra sustentada en los elementos necesarios que permitan conocer en forma directa la realización por parte de la recurrente del hecho generador de la obligación tributaria ni su base imponible correspondiente, criterio establecido, entre otras, por las Resoluciones del Tribunal Fiscal N°s. 3161-3-2004 y 3198-2-2006, procediendo levantar el reparo”. (Subrayado nuestro).

⁷⁰ Resolución N° 03962-8-2014: “(...) Que respecto a la determinación sobre base cierta, VILLEGAS sostiene que esta se debe efectuar cuando la Administración cuente con los elementos necesarios para conocer en forma directa y con certeza tanto la existencia de la obligación tributaria sustancial como la dimensión pecuniaria de tal obligación. Es decir, esta forma de determinación deberá ser aplicada en función a los elementos imprescindibles y esenciales para conocer en forma explícita y con certeza, la existencia de la obligación tributaria sustancial y la cuantía de tal obligación.

Que asimismo, en las Resoluciones del Tribunal Fiscal N° 00215-4-2009 y 02234-4-2010, entre otras, se ha establecido que la Administración puede determinar la obligación sobre base cierta cuando cuente con la documentación que le permita conocer en forma directa y cierta el hecho generador de la obligación tributaria. Esto es, en este caso se debe conocer en forma directa el supuesto de afectación y los hechos imposables deben ser perceptibles con la observación y actuación de la documentación.

Que asimismo, de acuerdo con las Resoluciones del Tribunal Fiscal N° 03198-2-2006 y 014459-10-2011, el procedimiento previsto por el artículo 32° de la Ley del Impuesto a la Renta es utilizado cuando se presenten dudas respecto del valor asignado a una operación y no para efecto de determinar la realización de operaciones de venta omitidas.

Que conforme con las normas y criterios jurisprudenciales citados, para que la Administración Tributaria determine la obligación tributaria por una venta o ingreso omitido sobre base cierta debe contar con la documentación suficiente y necesaria para establecer en forma directa y cierta el hecho generador de la obligación tributaria, esto es, por medio de la observación y actuación de dicha documentación debe determinarse con certeza el hecho generador de la obligación tributaria y su cuantía (...) (Subrayado nuestro).

Por otro lado, en la Resolución N° 02508-3-2014, reiterando el criterio expuesto en las Resoluciones N° 00111-3-2002, 03721-2-2004, 07651-1-2005, 01092-2-2008, 03724-10-2011 y 17861-1-2012, el Tribunal Fiscal señaló “Que la Administración se encuentra facultada a verificar si el valor asignado a las ventas por los contribuyentes corresponde al de mercado, debiéndose constatar este último con las propias operaciones onerosas que el contribuyente realiza con terceros, identificando la oportunidad en que ocurrieron y el valor por que se efectuaron, frente a las mismas circunstancias y /o elementos”. (Subrayado nuestro).

De lo expuesto se desprende que ni las normas del artículo 32°, ni las normas contenidas en el artículo 32°-A de la LIR, califican como supuestos de configuración de rentas imputadas (o fictas) siendo que las mismas constituyen normas de valoración. En el caso específico de las normas para partes vinculadas contenidas en el artículo 32°-A de la LIR, a través de ellas se compara el valor asignado por los contribuyentes o por la LIR a una determinada operación, con el valor que resulta de aplicar la metodología de los precios de transferencia, no pudiendo a través del artículo 32°-A establecerse la existencia de una renta ahí donde los contribuyentes no la hubieran pactado o la propia LIR no la hubiese contemplado como renta imputada en el artículo pertinente.

**CAPÍTULO II: Métodos basados en cotizaciones aplicados a
*commodities***



Métodos basados en cotizaciones aplicados a *commodities*

2.1 Panorama mundial sobre la fijación de precios de *commodities* basados en métodos que comprenden valores de cotización

2.1.1 Propuesta inicial de la OCDE para regular el método de precios que se adapta al caso de los *commodities* (Diciembre 2014)

El año 2014 la OCDE, publicó dentro del Plan para Luchar contra la Evasión y Erosión Tributarias (en lo sucesivo BEPS) el proyecto de modificación de sus Directrices que incluye un capítulo referido a los “Aspectos de precios de transferencia vinculados al comercio transfronterizo de *commodities*”.

Dicha propuesta constituye un derrotero fundamental para el objeto materia de la presente tesis, ya que incorpora una regulación que, estando ajustada al principio de *arm's length* - a decir de OCDE-, pretende solucionar el problema de fijación de precios de los *commodities* que causara la proliferación del denominado “sexto método” en las jurisdicciones latinoamericanas creado para *commodities* como un método adicional a una variante del precio comparable no controlado. Es de suponer que la OCDE pretenda que las distintas jurisdicciones ajusten su regulación a lo que ella establece sobre la materia.

¿Y por qué la OCDE entra a regular este tema que es de interés de los países emergentes pero no de la mayoría de sus miembros? OCDE estaría motivada: (i) en el pedido de algunas jurisdicciones con economías emergentes cuyos ingresos públicos en gran medida dependen de las exportaciones de *commodities*; y, (ii) en la constatación de que varias de esas economías han introducido en sus legislaciones domésticas lo que se ha denominado el “sexto método”, el mismo que podría resentir el denominado principio de *arm's length*, situación que la OCDE quiere evitar.

Por su parte, el planteamiento de tales jurisdicciones de economías emergentes -sobre todo latinoamericanas- hacia la OCDE se sustenta en que las respectivas Administraciones Tributarias habrían constatado que las empresas multinacionales al transferir *commodities* originados en tales jurisdicciones emergentes buscan: (i) fijar el precio de venta en base a fórmulas que les permitan utilizar como referente la cotización más baja posible; (ii) establecer ajustes a esa cotización (por conceptos tales como

procesamiento, transporte, distribución, mercadeo, etc.) que permitan rebajar esa base ya de por sí diminuta; y, (iii) asignarle un valor que no tiene a supuestas actividades llevadas a cabo por empresas vinculadas ubicadas en jurisdicciones opacas que intervienen en la cadena de valor para la producción del *commodity*.⁷¹

La OCDE es enfática al señalar que sus propuestas “[...] están encaminadas a proporcionar un conjunto coherente de pautas acordes con el principio de plena concurrencia a fin de determinar el precio de plena concurrencia para las operaciones de *commodities*, que no sólo reduzca las oportunidades de erosionar la base imponible y trasladar los beneficios, sino que además minimice los casos de doble imposición”⁷².

Adicionalmente, indica que este trabajo de *commodities* tiene que ser complementado con los otros trabajos bajo las BEPs referidos a las acciones 9 (riesgo y capital), 10 (especialmente recaracterización y bajo valor agregado de servicios) y 13 (documentación para precios de transferencia y reporte país por país).

Es importante resaltar que la OCDE subraya en más de una oportunidad que sus propuestas: (i) ayudan a crear gran consistencia en el camino dirigido a que tanto Administraciones Tributarias como contribuyentes determinen el precio de *commodities* bajo el principio de *arm's length*; y, (ii) buscan recoger las preocupaciones expresadas por las Administraciones Tributarias sobre la dificultad que enfrentan en obtener información para verificar el precio de los *commodities*, incluyendo la fecha de los acuerdos de fijación de precios así como los ajustes de comparabilidad. Así la regulación busca asegurar que el precio refleje el valor creado, protegiendo la base del *commodity* de los países dependientes, asegurando que las partes fijen el valor agregado conforme a las respectivas funciones que desempeñan con relación al *commodity* siguiendo el *arm's length*.

Ahora bien, para la aplicación de la regulación sugerida, la OCDE exige de las Administraciones Tributarias que conozcan cómo opera el mercado de los *commodities* y cómo la industria del *commodity* contribuye al valor en varios estadios de la cadena. Desarrollar e implementar reglas de precios de transferencia prescindiendo del contexto económico, de la industria y del modelo de negocio en el que las empresas asociadas operan y transan, producirá de una u otra manera situaciones de doble imposición o de

⁷¹ CENTRO INTERAMERICANO DE ADMINISTRACIONES TRIBUTARIAS (CIAT): El control de la manipulación de los precios de transferencia en América Latina y el Caribe. Patrocinadores: International Tax Compact (ITC) y Agencia Alemana de Cooperación Internacional (GIZ). Panamá: CIAT, 2013.

⁷² OCDE. *BEPS Action 10: Discussion Draft on the Transfer Pricing Aspects of Cross-Border Commodity Transaction. Public Discussion Draft*. 2015, Pág. 3. Traducción libre.

doble no imposición, en perjuicio del comercio y la inversión. Es importante hacer notar que es el contexto político que presiona a la OCDE para que actúe, pues en la Comunicación de setiembre de 2014, los Ministros de Finanzas y Presidentes de los Bancos Centrales de los países miembros del G20 bajo el programa “Temas para tomar acción” requirieron a la OCDE y al Banco Mundial que como parte del programa de Tributación y Desarrollo, se identifiquen ajustes comunes a los precios de cotización para contabilizar las físicas y funcionales diferencias en las transacciones controladas y con el suplemento del trabajo BEPS se ayude a las economías en desarrollo a que hagan el máximo uso de los precios de cotización. Se dijo que la investigación se enfocaría en metales (“*commodities* de mineral”) cuando son tratados como concentrados o formas intermedias cubriendo inicialmente el concentrado de hierro, cobre y oro.

El contenido de la propuesta OCDE es el siguiente:

2.1.1.1 El uso del método comparable no controlado (CUP) para la fijación de precios en las transacciones con *commodities* y el uso de los precios de cotización aplicando el método CUP

La primera propuesta consiste en que se clarifique en la Guía que el CUP es el método que generalmente sería más apropiado para fijar precio en las transacciones con *commodities* y además que bajo el método CUP, el principio de “libre concurrencia” se cumple no solo encontrando comparables en operaciones entre terceros no controlados, sino también por referencia al precio de cotización del *commodity* que se trate.

Esta propuesta se sustentaría en que las transacciones que involucran compraventa de *commodities* que cuentan con un precio de cotización, deben reconocer en ese valor evidencia sobre si el precio acordado en una transacción controlada es de libre concurrencia (*arm's length*). Se afirma que ello ofrece certeza pues ese precio es resultado de la interacción entre la oferta y la demanda en el mercado para una cierta cantidad o tipo de productos en un momento determinado.

En cuanto a las cotizaciones a las que OCDE se refiere, indica que los precios de *commodities* pueden ser obtenidos de los mercados transparentes en los que se transan, por ejemplo, la “*London Metal Exchange*”, “*Chicago Board of Trade*”, “*Tokyo Grain Exchange*”; o de los precios que reportan las agencias tales como Platts, Argus o Bloomberg. En cuanto a lo que entiende por *commodity*, la OCDE afirma que dicho

término cubre productos físicos respecto de los cuales el valor de cotización es usado por partes independientes en la industria para fijar sus precios.

La OCDE agrega que cuando la cotización está disponible para el *commodity* y los términos y condiciones de ese comparable no controlado son comparables con la transacción controlada, el valor de cotización puede proveer un adecuado CUP. Cuando las diferencias producen un efecto material en los términos y condiciones de la operación controlada y la no controlada representadas por el valor de cotización, ajustes deben ser efectuados para mejorar el análisis. Para ese propósito, contribuyentes y administraciones tributarias podrían tomar como valores de referencia las especificaciones estándar en las que los precios del *commodity* se basa y que son usados en los mercados de *commodities* por las agencias.

En base a lo expuesto la OCDE, propone que se inserte luego del párrafo 2.16 Sección B del Capítulo II de las Directrices, lo siguiente⁷³:

“1. El método CUP puede ser un método apropiado para fijar precios de transferencia en cumplimiento del precio *arm's length* para transacciones con commodities entre empresas asociadas, en las que un precio de cotización o un precio público esté disponible (“precio de cotización”), sujeto a las condiciones de la transacción controlada y a las condiciones de la cotización con la que se compara. La referencia a commodities se entiende que cubre productos físicos respecto de los cuales el valor de cotización es usado por partes independientes en la industria para fijar sus precios en transacciones no controladas.

2. Bajo el método CUP, el principio *arm's length* para transacciones de commodities podría ser determinado mediante comparables de transacciones no controladas y con comparables acuerdos entre no controladas representados por los valores de cotización en el período involucrado, según información obtenida en un mercado de intercambio doméstico o internacional. En este contexto, el valor de transferencia también incluye los precios obtenidos de entidades reconocidas y transparentes que mantienen reportes de precios o de las agencias de estadística, donde los índices son usados por partes no relacionadas para determinar precios entre ellas. El precio de cotización del commodity generalmente refleja el acuerdo entre compradores y vendedores independientes del mercado respecto de un específico tipo y cantidad de *commodity*, comercializado bajo determinadas circunstancias y en un momento dado. Un factor relevante en la determinación del acertado uso de los precios de cotización para un commodity específico es la frecuencia bajo la cual el precio de cotización es amplia y rutinariamente usado en el curso ordinario del negocio para transar precios entre sujetos independientes. De acuerdo con ello, dependiendo de los hechos y circunstancias de cada caso, los valores de cotización pueden ser considerados como referentes para fijar el precio en caso de las transacciones con commodities entre empresas asociadas.

⁷³ Ibidem.

3. Para que el método CUP sea adecuadamente aplicado a transacciones de commodities, necesitan ser similares el commodity que es transferido entre controlados y el commodity que se transfiere entre no controlados o a través de acuerdos comparables entre no controlados representados por el valor de cotización. Esto es, similares en términos de las características físicas y calidad del commodity. En adición, los términos contractuales de la operación controlada también deben ser considerados, como los volúmenes transados y el tiempo y los términos de las entregas. Si el valor de cotización es usado para determinar el precio de arm's length, los contratos estandarizados que estipulan especificaciones sobre la base del lugar donde el commodity es transado en el mercado y el resultado de cómo se llega al valor de cotización del commodity podría ser relevante. Donde hay diferencias entre las condiciones de las transacciones controladas y de las condiciones que determinan el valor de cotización que afectan materialmente el precio de la transacción del commodity, el valor debe ser examinado, a fin de realizar ajustes que deben ser hechos para asegurar que económicamente las características entre las transacciones son lo suficientemente similares. Esas diferencias podrían estar relacionadas, por ejemplo, a diferentes especificaciones del commodity (por ejemplo premios por calidad o disponibilidad del commodity), diferencias en cuanto al tratamiento del commodity o costos adicionales incurridos por transporte, seguro o términos de tipos de cambio⁷⁴. Deben reconocerse la forma cómo utilizan el valor de cotización las partes como un referente del precio al que le hacen ajustes para reflejar la posición de las partes en la cadena de valor.

4. Con el propósito de asistir a las autoridades tributarias en que conduzcan exámenes de precios de transferencia informados, empresas asociadas deben documentar por escrito e incluir como parte de la documentación de precios de transferencia, la política que grafique cómo cierran el precio para las transacciones de commodities así como otra información relevante para fijar el precio del commodity (por ejemplo, la fijación de precio por uso de fórmulas).

2.1.1.2 Fecha presunta para fijar precio de las transacciones con *commodities*

Una segunda propuesta busca fijar una fecha para tomar el valor de cotización. La OCDE indica que muchas transacciones de *commodities* comprenden entregas físicas a fechas futuras, sin embargo hay circunstancias en las que los *commodities* son vendidos para entregas inmediatas (y podría comprender premios sobre el valor de cotización). Como resultado de ello puede haber un período significativo entre la celebración del contrato y la entrega de los bienes. En ese tiempo el precio de cotización puede fluctuar. La OCDE acota, sin sustentarlo, que hay considerable evidencia de que las transacciones con *commodities* generalmente tienden a fijar el precio con referencia al valor de cotización dentro de un período cercano al momento del embarque. Sin embargo, opciones para fijar precio a distintos períodos pueden pactarse en los contratos (y fijarse precio al principio), dependiendo de las circunstancias y riesgos de las partes.

⁷⁴ Si potencialmente podrían presentarse estas diferencias no se estaría ante la presencia de un *commodity*, pues los *commodities* son bienes fungibles y estas diferencias no lo evidencian.

Entendiendo que uno de los desafíos enfrentados por las administraciones tributarias es la habilidad de verificar la fecha de fijación de precio, para colaborar con ese propósito la OCDE propone introducir una “fecha presunta de fijación de precio” para transacciones con *commodities* en ausencia de evidencia confiable sobre la fecha de fijación de precio acordada por las empresas asociadas en operaciones controladas. El término “fecha de fijación de precio” se refiere específicamente al día o período seleccionado (por ejemplo, un específico rango de fechas sobre las que un precio promedio es determinado) por las partes a fin de fijar el precio en las transacciones con *commodities*.

Así, específicamente, se inserta en la Sección B del Capítulo II de las Guías, al final del párrafo sugerido en el acápite 12 anterior, lo siguiente:

5. Un factor relevante en las transacciones con *commodities* vinculado con el precio de cotización es la fecha en que se tomará ese precio, la cual se refiere a una fecha específica o a un período (por ejemplo un específico rango sobre el cual un promedio de precio es determinado) elegido por las partes para determinar el precio de las transacciones con *commodities*. Donde el contribuyente puede proveer evidencia confiable de la real fecha acordada por la partes, empresas asociadas, en la transacción con *commodities*, las administraciones tributarias deben tomar la referida fecha a fin de determinar el precio de la transacción. Si la fecha de fijación del precio de cotización acordada por las empresas asociadas es inconsistente con relación a otros factores del caso, las administraciones tributarias podrían imputar como fecha de fijación de precio consistente con la evidencia obtenida por otros hechos del caso (tomando en cuenta las consideraciones de la práctica de la industria). En ausencia de evidencia confiable sobre la real fecha de fijación de precio acordada por las empresas asociadas, las administraciones tributarias podrían presumir que la fecha de fijación de precio para la transacción del “commodity” es la fecha de embarque evidenciada en el conocimiento de embarque o documento equivalente dependiendo cual sea el transporte. Esto significaría que el precio para los *commodities* que son transados sería determinado en referencia al valor de cotización de la fecha de embarque, sujeto a los correspondientes ajustes de comparabilidad. En adición es esencial permitir la resolución de casos de doble imposición derivados de la aplicación de la fecha presunta de fijación de precio conforme al procedimiento de acuerdo mutuo⁷⁵.

2.1.1.3 Potencial guía adicional de ajustes de comparabilidad sobre el valor de cotización

Por último, la OCDE propone una tercera propuesta, la cual consiste en evaluar la elaboración de una potencial guía para los ajustes de comparabilidad sobre el valor de cotización. En efecto, cuando la fijación de precio de los *commodities* sea basada en ajustes o diferenciales respecto del valor de cotización, se entiende que esos ajustes o diferenciales deben tomarse en consideración las diferencias físicas en el producto, las

⁷⁵ OCDE. *BEPS Action 10: Discussion Draft on the Transfer Pricing Aspects (...)*. Op. Cit., Pág. 7. Traducción libre.

diferentes especificaciones requeridas, el flete, cualquier otro costo de procesamiento y otras características particulares de la transacción. En algunos casos esos ajustes o diferenciales son basados en información y costos que son transparentes o estándares en la industria.

Así, la OCDE señala que cuando las fórmulas se basen en información transparente o estándares de la industria, sería de ayuda para las administraciones estar al tanto de esa información al momento de considerar los ajustes comparables.

2.1.2 Opiniones de la comunidad internacional frente a la propuesta de la OCDE (Marzo 2015)

En diciembre de 2014 la OCDE a través de su plataforma virtual sometió a consulta pública la propuesta o Borrador y recibió la opinión del sector privado en un documento que publicó en la web y que reproduce los comentarios de las treinta y cuatro (34) entidades participantes, conformadas por organizaciones no gubernamentales, gremios de las distintas industrias, gremios de profesionales, así como expertos emitiendo opinión⁷⁶. La discusión de las citadas propuestas se llevó a cabo los días 19 y 20 de marzo de 2015 en la sede de la OCDE en París.

2.1.2.1 Comentario general sobre la propuesta

Un primer comentario general sobre las posiciones de las distintas entidades es que ninguna opina que la propuesta OCDE sea positiva en su integridad. Los comentarios van desde aquéllos que consideran que esta revisión debe paralizarse pues irá en detrimento de todos, hasta aquéllos que manifiestan que la propuesta debe ser mejorada. A *Grosso modo* se advierte que: (i) no hay acuerdo con que la regulación deba comprender una fecha presunta para fijar el precio de la compraventa; (ii) la mayoría de las opiniones considera que el CUP no necesariamente es el método más apropiado para determinar precio, debiéndose preferir el más apropiado en base a un análisis de funcionalidad; y, (iii) existen posiciones divergentes respecto de la necesidad de una guía para establecer los ajustes al valor de cotización, las mismas que oscilan desde considerarla como positiva, en el entendido que ello permitirá que los ajustes se practiquen dentro de

⁷⁶ Algunos ejemplos de estas entidades son: (i) la Asociación Argentina de Estudios Fiscales, (ii) el Asia Oceania Tax Consultants Association, (iii) la BEPS Monitoring Group, Business Europe, (iv) la Cámara de Exportadores de la República Argentina, (v) la Cámara de la Industria Aceitera de la República Argentina (CIARA), (vi) el Centro de Exportadores de Cereales de Argentina (CEC), (vii) las auditoras denominadas Big Four; (viii) la Confederación de la Industria de la India (CII), (ix) la Confederación de Empresas Suizas, Swiss Trading and Shipping Association (x) la Asociación de Fiscal Internacional (IFA) Grupo Mexicano y, (xi) el Irish Tax Institute, Mouvement Des Enterprise de France (MEDEF).

condiciones de mercado, hasta aquéllos que opinan que regular un tema como éste restringirá la flexibilidad que este tipo de temas amerita un análisis caso por caso acorde al principio de *arm's length*.

Varios comentarios anotan que no es política de las Guías establecer un método para un bien específico, sino que más bien ellas deben permanecer como una hoja de ruta para la fijación de precios de cualquier tipo de bien o servicio, sin distinciones, de ahí que manifiesten un rechazo al tratamiento especial para un tipo de bienes, descartando razones que podrían llevar a que muchos otros tipos de bienes o servicios contengan reglas especiales. Incluso hay quienes consideran que la introducción de este método es más propio de la inclusión de una cláusula antiabuso específica que de un método de precios de transferencia⁷⁷.

Del mismo modo, opiniones de expertos indican que no parece propio de las Guías “proveer de un consistente grupo de reglas” que es lo que a la letra establece el parágrafo 3 del Borrador. Ello por cuanto las Guías, en teoría, solo constituyen pautas para contribuyentes y administraciones tributarias, pero no se tratan de un grupo de prescripciones que necesariamente tengan que seguirse. Ello sin perjuicio de que en la práctica sigan conformando el *soft law*. Lo preocupante es la redacción mandatoria del Borrador que sugiere que sus reglas tienen que ser acatadas.

2.1.2.2 Comentarios sobre cada una de las 3 medidas comprendidas en la propuesta

2.1.2.2.1 En cuanto a que el CUP sea reconocido como el método aplicable para fijar precios de *commodities* y dentro de éste que los valores de cotización sean considerados

Cuestión previa - Concepto de *commodities*

En primer lugar, antes de determinar si el método CUP es el que debe prevalecer para el caso de los *commodities*, como cuestión previa debe definirse cuáles son los bienes comprendidos en la propuesta, esto es, señalar lo que la propuesta OCDE entiende por *commodity*. La propuesta a la letra establece que tales bienes comprenden **“[...]productos físicos respecto de los cuales el valor de cotización es usado por**

⁷⁷ OCDE. *BEPS Action 10: Transfer Pricing aspects of cross-border commodity transactions. Comments received on Public Discussion Draft*. 2015, Págs. 175 a 176. Traducción libre.

partes independientes en la industria para fijar sus precios en transacciones no controladas”.

Una interpretación estrecha llevaría a concluir que los bienes comprendidos solo son aquellos que cuentan con valor de cotización, situación que descartaría que queden comprendidos los bienes intermedios que, por ejemplo en el caso de la industria minera, son los concentrados de minerales o el doré, bienes que están camino a ser *commodities* pero que aún no lo son. Si ello es así, sólo quedarían comprendidos en dicho ejemplo de la industria minera los metales, situación que no solucionaría el problema de los países emergentes -al menos como el Perú que como regla produce concentrados- lo que sería un contrasentido pues justamente ellos conforman el grupo que habría motivado esta regulación de la OCDE.

El concepto de “productos intermedios” no está así definido en la propuesta, pero sirve para aludir a todos aquellos bienes transados en los que como parte de su fórmula de fijación de precio hacen referencia al valor de cotización con el producto final al que se asocian. Por ejemplo, la venta de gas con referencia al precio del petróleo.

En nuestra posición, estos productos deben ser específicamente comprendidos para que queden cubiertos por las Guías, por cuanto, al no tratarse de bienes finales, no podrían quedar comprendidos. Ahora bien, así como están redactadas, la interpretación lleva a lo contrario. Éste es el sentir de varias instituciones como la Asociación Argentina de Estudios Fiscales, la Federación Alemana de Industrias, la Confederación de Industrias de la India, la Alianza Internacional por los Principios de la Tributación -conformada por un grupo de transnacionales-, entre otros⁷⁸.

Bajo la premisa de que los bienes intermedios están incluidos en el concepto de *commodities* por ser evidente que la intención de la propuesta fue incorporarlos⁷⁹, el gran tema a dilucidar es si tales bienes intermedios podrían ser calificados como comparables con los bienes que sí cotizan (esto es, en el caso de los bienes intermedios “minerales” a los metales) y en ese sentido si tal valor de cotización puede ser considerado un CUP.

El CUP como método aplicable y los valores de cotización

⁷⁸ Ibidem, Pág. 4, 104-105, 98 y 157. Traducción libre.

⁷⁹ Ver Pág. 56 último párrafo y Pág. 57 primer párrafo de este trabajo.

Hay circunstancias en las que el CUP no es el método más apropiado ni tampoco la utilización de los valores de cotización⁸⁰. La preocupación que se advierte es que tales circunstancias no son la excepción, sino muy por el contrario se tratarían de muchos de los casos –por no decir la mayoría- que se presentan en los bienes originarios de las economías emergentes latinoamericanas. Algunos ejemplos de tales circunstancias los describimos en los párrafos siguientes.

Como no puede ser de otra manera, la conformidad en aplicar el CUP se restringe a casos donde la comparabilidad se produce eficientemente, pues en la medida que los ajustes de comparabilidad lo requieran, **esa aplicación del método CUP puede mutar al de Precio de Reventa (RP), con el propósito de permitir ajustes relevantes de comparabilidad, por ejemplo en el valor agregado de las “downstream activities” (que incluyen toda actividad posterior a la extracción, como procesamiento, ventas y marketing, embarque y logística).** Sin embargo el punto de partida para la aplicación del método de precio de reventa seguiría siendo el CUP.

Adicionalmente, como son requeridos mayores ajustes en los bienes intermedios (caso de los gases o de los concentrados de minerales), por las diferentes partes de la cadena vertical integrada, el método de partición de utilidades podría ser el más apropiado y confiable, descartándose así el CUP.

La mayoría de las opiniones mantiene esa línea de pensamiento, la que sin rechazar el método ponen de manifiesto que “generalmente” podría resultar de difícil aplicación dependiendo del caso concreto. Un importante tema que se advierte detrás de las posiciones, es la dificultad de reconocer el límite entre decidir aplicar el método CUP, evidentemente ajustado para mejorar la confiabilidad del análisis, u optar por descartarlo por ser tan grandes los ajustes que se pierde confianza en la comparabilidad⁸¹.

Para un sector de los opinantes debido a las limitaciones de contar con un perfecto comparable, si bien ese CUP se aplica, se establecen muchos ajustes -más que rechazo del CUP-, mientras que otro sector considera que debería ser descartado.

La selección del CUP debe pues cuidar de cumplir con el análisis de comparabilidad y, de ser el caso, hacer los ajustes requeridos para tornar en comparables la operación analizada

⁸⁰ OCDE. *BEPS Action 10: Transfer Pricing aspects of cross-border commodity transactions* [...]. Op. Cit., Págs. 105 a 106. Traducción libre.

⁸¹ Véase: OCDE. *BEPS Action 10: Transfer Pricing aspects of cross-border commodity transactions. Comments received on Public Discussion Draft*. 2015.

y la que es tomada como referencia. Para ello, en primer lugar se debe identificar información apropiada sobre transacciones con *commodities*. Por ejemplo, muchos de los precios de lista disponibles son aquellos pagados por el consumidor final sobre un producto específico. Si un ajuste confiable no puede ser realizado, entonces esa información (la del precio final) no será la más adecuada para la transacción. Ello porque no será posible llegar al precio adecuado.

En ciertos casos la información en base a método CUP podría no ser apropiada o puede requerir ajustes para las funciones adicionadas luego del punto de venta. Un ejemplo de esto es el caso de que un potencial CUP está disponible para ventas domésticas del LNG, sin embargo la data es requerida para ventas internacionales del mismo producto, a las que se le deberán hacer ajustes o recurrir a otra fuente. Otro ejemplo es cuando las compañías ofrecen un producto mezclado *-blended-*, por ejemplo carbón. En ese caso será necesario desagregar los componentes de la mezcla para permitir a cada parte recibir su apropiada retribución por lo que aportó. Igual desagregado habría que seguir en el caso de la producción de concentrados de cobre, de su refinado y de su mezclado, considerando que todas las etapas podrían ser realizadas en distintas locaciones. Ello significa que sólo cierto CUP disponible será relevante o que se requerirán ajustes de comparabilidad. En estos casos la información interna de comparables es mucho más útil y fácil de aplicar, pero ello se opone al uso del precio de cotización que OCDE sugiere.

La OCDE reconoce que el valor puede ser añadido a través de distintas funciones dentro de una cadena de suministro dándose cuenta de la complejidad que se muestra desde la extracción, el procesamiento y hasta la venta; sin embargo, la propuesta OCDE de *commodities* no incluye un pronunciamiento sobre la materia a pesar de que es un área tensa entre las autoridades y contribuyentes en cuanto a *commodities* se refiere.

Esas funciones a valorizar dentro de la compleja cadena de empresas asociadas con funciones de venta y marketing, no sólo tienen que ver con el hecho de encontrar clientes, sino que además abarcan la optimización de ingresos de todo el grupo y el manejo grandes riesgos con relación al proceso de venta. Un ejemplo podría ser la decisión corporativa de manejar un equipo de marketing con relación a un producto mezclado y optimizarlo. Basado en el conocimiento que tienen los vendedores (*marketers*) de los clientes y en especial de su voluntad de pagar por determinados productos, los vendedores están en la capacidad de tomar decisiones sobre el nivel de procesamiento o de mezcla (*blending*) que debería hacerse respecto del producto crudo para optimizar el ingreso total que se reciba. Por ejemplo, si el barril de petróleo es procesado para

producir bajo volumen de alto octanaje de combustible o si el ingreso podría ser optimizado a través de un alto volumen; o, en el caso del carbón, cómo mezclar siguiendo las diferentes especificaciones para no calificar en un problema de penalidad con relación a lo que el contrato respectivo establece, pero además un alto grado de pureza de carbón tampoco sirve en caso no se haya pactado una bonificación por ello.

El equipo de *marketing* puede ser también responsable de encontrar alternativas a los clientes para maximizar el precio en caso de los envíos en tránsito, en caso un contrato sea cancelado o el riesgo de otro cliente se materializa, lo cual puede pasar cuando los mercados empiezan a caer. En esos escenarios el equipo de *marketing* debe movilizarse rápidamente para revender y minimizar la pérdida de todo el grupo.

Es reconocido que ciertos productos, como aquellos metales que cotizan en la London Metal Exchange (LME) tienen un componente de marketing que agrega poco valor. Por un embarque individual concordamos en que ese podría ser el caso, pero ello no necesariamente es así, pudiendo existir casos completamente diferentes, basados, por ejemplo, en la responsabilidad que puede tener el equipo de marketing envuelto en transacciones que engloban todas las del grupo, incluyendo las compañías extractoras que deben recibir el mejor precio en bases consistentes, los mismos que podrían llegar a ser incluso más altos que el LME, ello debido a factores que no están incluidos en las especificaciones del contrato (cálculo del producto).

El gremio de expertos de la Asociación de Tributaristas Asia Oceanía⁸² acota que es muy difícil encontrar el CUP en el caso de las empresas comercializadoras que son utilizadas como “*hub*”, las mismas que no solo concluyen sus contratos en su nombre y riesgo sino que además prestan servicios intragrupo. La dificultad se presenta desde que la transacción tiene que ser dividida. Por ejemplo, la entidad del país X hace un producto que requerirá de un proceso adicional, pero el precio de cotización podría o no involucrar ese proceso adicional.

Por su parte el Movimiento de Empresarios de Francia⁸³ consigna una serie de ejemplos en los que grafica por qué el CUP y dentro de este los valores de cotización, no constituye un método adecuado. Algunos casos puestos de ejemplo son:

⁸² OCDE. *BEPS Action 10: Transfer Pricing aspects of cross-border commodity transactions [...]*. Op. Cit., Pág. 17. Traducción libre.

⁸³ OCDE. *BEPS Action 10: Transfer Pricing aspects of cross-border commodity transactions [...]*. Op. Cit., Págs. 193 a 194. Traducción libre.

1. La Compañía A opera un mercado de gas a través de dos contratos de mediano plazo, uno de los cuales es realizado con una empresa no controlada. La transacción de suministro a mediano plazo efectuada con un tercero no controlado debe ser considerada. Aun cuando el CUP es consistente con el análisis funcional, los comparables internos de operaciones con no controladas pueden preferirse pues ello representa una mejor aplicación del *arm's length*.
2. La Compañía A es la más grande proveedora de energía en el país y es requerida por las autoridades locales para que asegure un suministro que evite cualquier interrupción. Los otros proveedores locales no pueden garantizarlo en todas las circunstancias. Entonces la Compañía A entra en un contrato de mediano a largo plazo con el país. La fórmula del suministro incluye una indexación que es desconectada del precio spot local, porque los factores que influyen en la indexación difieren. En sus relaciones con la Compañía B (entidad de *marketing* relacionada), la Compañía A no podrá utilizar sólo el valor de cotización como parámetro para el precio. Ello porque se tendrá que tomar en consideración los clientes de Compañía A y sus contratos de mediano a largo plazo.

En cuanto a la elección del valor de cotización como parámetro para el CUP, no existe consenso sobre la conveniencia de su uso aunque no se descarta bajo determinadas condiciones. Sin embargo, se precisa que la sola existencia del precio de cotización no garantiza que sea confiable el CUP desde que las condiciones de la transacción analizada y riesgos asumidos por las partes podrían diferir significativamente de las transacciones en términos de características y condiciones de la transacción.

Sobre este mismo tema de la elección del valor de cotización, la Asociación Argentina de Estudios Fiscales⁸⁴ acota que los mercados que fijan las cotizaciones son mercados derivados que no reemplazan a los tradicionales donde los bienes físicos son comercializados, pero complementan esos mercados al mitigar (caso de los aseguradores) o asumir (caso de los especuladores), riesgos. Esos mercados están localizados en ciertos centros financieros -básicamente ubicados en países desarrollados- que están lejos de los lugares de producción del negocio que son los preocupados por la erosión de la base. Para esclarecer el comentario, se tiene que: El productor/vendedor de *commodities* se encuentra localizado en Argentina, mientras que el consumidor/comprador está en Vietnam o Nueva Zelanda. ¿Quién los conecta? ¿Existe alguien que haga el esfuerzo

⁸⁴ OCDE. *BEPS Action 10: Transfer Pricing aspects of cross-border commodity transactions [...]*. Op. Cit., Págs. 11 a 12. Traducción libre.

comercial para vincularlos o la mera existencia del precio de cotización asegura la transacción?; ¿Qué precio van a utilizar ellos? ¿El valor de cotización de Chicago? ¿La cotización en Chicago menos el flete desde Argentina a Chicago? ¿El valor de cotización en Chicago más el flete de Chicago a Vietnam o Nueva Zelanda?

Por otra parte, el Borrador sugiere que el valor de cotización es el resultado de la acción entre la oferta y la demanda en un mercado, respecto determinado bien en cantidad y calidad. Ello es lo que ha enseñado la teoría económica pero no necesariamente aplica en los bienes materia del Borrador, esto es a los *commodities* por lo siguiente: (i) la mayoría de los mercados están copados por pocos actores altamente especializados quienes a su vez son productores; (ii) la mayoría de los mercados de *commodities* son altamente políticos en naturaleza; (iii) la mayoría de los mercados de *commodities* experimentan salvajes cambios en períodos relativamente cortos; y, (IV) esos salvajes cambios no guardan relación con las condiciones fundamentales que rodean el mercado (oferta y demanda es uno de varios factores).

Para sustentar esa afirmación podemos señalar la cita efectuada por el documento que reproduce las opiniones de los expertos sobre el borrador de la OCDE⁸⁵ que pone como ejemplo el caso del crudo que bajó en 50% de valor en el 2014, llegando a un precio extremo que nada tiene que ver con la regla de oferta y demanda como es definida en los libros y concluye afirmando que observación similar puede hacerse respecto de la mayoría de *commodities* que en los últimos 5 años han experimentado cambios salvajes, siendo esa variación la regla y no la excepción. Todas esas fluctuaciones habrían creado un enorme rango en el principio de *arm's length* al tomar en cuenta operaciones no controladas en relativamente cortos períodos de tiempo, cambios que no representan lo que las partes acordaron en *arm's length*. Si a eso se agrega que la parte comercial de las compañías (relacionadas o no) manejan estos riesgos de fluctuaciones a través del *hedging*⁸⁶, dicho aspecto debió incluirse en la propuesta OCDE pero nada se dice.

De lo expuesto en los párrafos precedentes se desprende que en muchos escenarios el método CUP podría no ser el más adecuado. Ello dependerá del análisis de los hechos y sobretodo del análisis funcional, que permitirá determinar el método más adecuado y confiable para fijar la retribución. El solo hecho de que se trate de transacciones con *commodities* no puede llevarnos a que se prescinda del análisis de comparabilidad.

⁸⁵ OCDE. *BEPS Action 10: Transfer Pricing aspects of cross-border commodity transactions [...]*. Op. Cit., Págs. 121 a 122. Traducción libre.

⁸⁶ Según Cambridge Dictionary: the activity of reducing the risk of losing money on shares, bonds, etc. that you own, for example, by buying futures (= agreements to sell shares for a particular price at a date in the future) or options (= the rights to buy or sell shares for a particular price within a particular time period)

¿Cuándo podría afirmarse que el CUP es apropiado? (i) si existen transacciones no controladas con alto grado de comparabilidad con las transacciones bajo análisis; y, (ii) si se concluye que esas transacciones no controladas y el método CUP son las más apropiadas luego de llevar a cabo los nueve pasos descritos en el capítulo 3 de las Guías que se efectúa como parte del test de comparabilidad⁸⁷.

Hasta aquí entonces se entiende que: (i) Dependiendo de las características del bien, este podría calificar o no como *commodity*, ello por cuanto podría no compartir las características esenciales de un *commodity*, por ejemplo, al encontrarnos frente a un bien intermedio cuya conformación no permite adecuar el bien al de un *commodity* y tornarlo así en comparable del mismo; (ii) De calificar como *commodity* en base a las características del bien, podría ocurrir que la operación sea no comparable, pero esta vez por situaciones tales como los términos y condiciones comerciales, aspecto que se desarrolla conforme al análisis de comparabilidad (dentro del cual se practica el test de funcionalidad); y, (iii) en caso sea comparable en base al análisis, ese comparable usado dentro del CUP podría ser el de cotización, pero no se descartan otros comparables que podrían dar resultados más exactos.

Por tanto, de las opiniones de los expertos se concluye que el CUP podría o no ser el más apropiado, con lo cual una regulación especial para decir eso no hubiese sido necesaria, soslayándose que, lo más complicado en materia de *commodities*, es la determinación de los ajustes que veremos más adelante, los mismos que a decir de muchos requieren de métodos adicionales de precios de transferencia que les sean aplicados.

2.1.2.2.2 Fecha presunta para la fijación del precio

El establecimiento de una fecha presunta para fijar el precio, aun cuando sea excepcional, es la regla que más rechazo causa en la comunidad internacional, puesto que no está en línea con el principio de *arm's length*, en razón a que impide desvirtuar la presunción con acuerdos entre sujetos no relacionados que pactaron una fecha distinta.

Por ello se considera que este procedimiento en esencia implica una recategorización de la operación, para lo cual se tendrían que utilizar las reglas de la sección D2 del Capítulo

⁸⁷ Los nueve pasos son: (i) Determinación de los años incluidos; (ii) Análisis del conjunto de las circunstancias del contribuyente; (iii) Comprensión de la operación sobre la base de un análisis funcional; (iv) Revisión de los comparables internos existentes; (v) Determinación de las fuentes de información disponibles; (vi) Selección del método de determinación de precios; (vii) Identificación de comparables potenciales; (viii) Identificación y aplicación de los ajustes; y, (ix) Interpretación y uso de los datos recabados y determinación de la remuneración de plena competencia.

I de las Guías y recategorizar en base a tales reglas, no siendo necesario que se imponga una cláusula antiabuso específica que establezca una fecha presunta.

Conforme al *arm's length* lo que debe primar es el acuerdo entre las partes respetando el principio de libre competencia. El requisito de probar lo acordado por las partes es una desviación del punto de partida de un análisis de precios de transferencia. Esa desviación solo podría ser permitida de forma excepcional en donde la carga de la prueba la tenga la Administración, en razón a que quien alega determinado hecho contrario a lo declarado por las partes involucradas, debe probarlo⁸⁸. Al haberse establecido una fecha presunta, OCDE estaría creando un método equivalente al sexto método.

No existe una respuesta unívoca para identificar la fecha más apropiada como lo hace el Borrador OCDE sobre la base de afirmar que hay suficiente evidencia para considerar que la fecha de fijación de precio es la del embarque, sin sustentar ese hecho. Lo cierto es que las prácticas del mercado entre terceros independientes varían dependiendo: (i) del *commodity* que se comercialice, (ii) de si la opción de fijarla la tiene el vendedor, comprador o ambos, (iii) de la geografía del mercado; (iv) del interés de las partes; y, (v) de las circunstancias de la transacción.

Cabe indicar que esta presunción no puede ser considerada como un *safe harbour* entre autoridades y contribuyentes, aunque tampoco parece serlo pues si fuera así quedaría claro cuáles serían las consecuencias tributarias en caso que de la aplicación de la fecha presunta hubiese resultado un menor impuesto a pagar.

La fecha presunta lejos de solucionar un problema de elusión, traerá problemas de doble imposición. A fin de evitar esta situación de doble imposición, sin perder de vista el combate a la elusión, varias jurisdicciones están requiriendo presentar ante su gobierno los principales elementos de sus contratos de compraventa de *commodities*, para que la adopción de cualquier fecha presunta sea innecesaria. Los registros públicos ayudan a evitar que se realicen maniobras que permitan a los actores beneficiarse por el valor escogido.

⁸⁸ Al respecto, Concepción Barrero Rodríguez sostiene que:

“si la carga de la prueba, en su dimensión subjetiva, grava al que pretende la aplicación de los efectos previstos en una norma con la necesaria verificación de sus correspondientes presupuestos de hecho y, en su vertiente objetiva, sirve para definir a la parte sobre la que han de repercutir las consecuencias de una eventual falta de prueba, podrá convenirse con relativa facilidad que en los procedimientos administrativos incoados de oficio la carga de la prueba recae siempre sobre la propia Administración; es ella la que ha de acreditar la existencia de los hechos en que pretende fundar su resolución”.

Ver en BARRERO RODRÍGUEZ, Concepción. *La Prueba en el Procedimiento Administrativo*. Aranzadi. Navarra, 2006, Pág. 202.

En resumen, el régimen a través del cual se establece una fecha presunta para la fijación de precios: (i) no respetaría el *arm's length*; (ii) se trataría de una recategorización de la operación; (iii) no precisa en qué consiste la “evidencia confiable” que permitiría escaparse de la presunción, convirtiéndose esta expresión en un concepto indeterminado cuyo contenido lo fijaría la subjetividad de la administración; (iv) se fundamenta en evidencia que no se detalla pero que señalaría que la fecha es la de “embarque”, situación que deja de lado otras modalidades acogidas tales como: (a) la celebración del contrato; (b) precios no determinados pero determinables en los que las partes fijan un premio o descuento del valor de cotización en un momento fijo futuro; o (c) acuerdos de largo plazo en los contratos donde las partes acuerdan transferir productos y se comprometen a entregar volúmenes a fechas futuras, difiriéndose el establecimiento de la fecha de fijación del período de cotización así como los premios o descuentos⁸⁹.

2.1.3 La propuesta final de la OCDE para los *commodities* (Octubre 2015)

El 5 de octubre de 2015, la OCDE presentó a la comunidad internacional el reporte final sobre el proyecto anti BEPS, el mismo que para el caso concreto de la materia de *commodities*, recogiendo las sugerencias de la comunidad internacional tratadas en el punto anterior, ha variado su posición en cuanto al método de precios de transferencia que debe aplicarse a dichos bienes.

A continuación se resaltan los cambios en cada uno de los 3 aspectos que la propuesta contiene: (i) aplicación del método CUP y dentro de este la utilización del valor de cotización; (ii) fecha presunta de fijación del precio; y, (iii) potencial guía de ajustes de comparabilidad.

En cuanto a la aplicación del método CUP y la utilización del valor de cotización el reporte final establece, a diferencia del borrador, que el método aplicable para los *commodities* debe ser uno donde prime la selección del método más apropiado en casos particulares, mientras que el CUP sería generalmente el apropiado.

En cuanto a la fecha presunta que toma como referencia la fecha de embarque, establece que la fecha que debe utilizarse es la que las partes señalen mediante evidencia confiable -para lo cual define evidencia confiable a diferencia del Borrador- y además señala que a falta de tal evidencia se procedería conforme al inciso D del capítulo I de las Guías que

⁸⁹ Véase: OCDE. *BEPS Action 10: Transfer Pricing aspects of cross-border commodity transactions. Comments received on Public Discussion Draft*. 2015.

establece la obligación de encontrar un comparable y sólo de no encontrarse se aplicaría la presunción.

En cuanto al tercer aspecto, este no será materia de análisis por cuanto el reporte final abandonó la intención de formular una guía de ajustes de comparabilidad sobre el valor de cotización, con lo cual lo que podría haber sido la gran novedad de este régimen aplicable a los *commodities* habría regresado a fojas cero.

2.1.3.1 En cuanto al uso del método comparable no controlado (CUP) para la fijación de precios en las transacciones con *commodities* y el uso de los precios de cotización aplicando el método CUP

La OCDE relativiza el hecho de que el CUP sea el método más apropiado para fijar el precio en las transacciones con *commodities* y que, bajo dicho método, el principio de “libre concurrencia” se cumpla no sólo con comparables en operaciones entre terceros no controlados, sino también por referencia al precio de cotización. En efecto, a diferencia del reporte anterior, el final señala que [...] ***sujeto a la aplicación de las guías contenidas en el punto 2.2. de las Directrices que regulan que debe escogerse el método más adecuado***⁹⁰, el CUP sería el método más apropiado. En otras palabras, a diferencia del texto anterior del que se concluía que el método debía ser el CUP, en el texto final **se mantiene la regla de oro del principio *arm's length* consistente en que el método debe ser el más adecuado a la operación que se viene analizando**, lo que arroja un método que no necesariamente es el CUP.

Evidentemente, esta afirmación resta muchísimo peso respecto de la necesidad de aplicar el CUP para *commodities* o más aún, respecto de la necesidad de contemplar un reporte específico para *commodities* que termine diciendo que el método aplicable es el más apropiado, situación que no varía el status quo.

Del mismo modo se ha variado el postulado que establecía que el valor de cotización debía ser considerado para fijar precios en transacciones entre no vinculadas. Ahora se establece que ese precio de cotización se usa como un punto de “referencia”. Este cambio podría responder a que para la OCDE el concepto *commodity* (cuya definición expresa no ha variado) incluye bienes intermedios -es decir los que en algún momento serán *commodities*- y dentro de esa lógica reconocer que en esas transacciones (las

⁹⁰ Traducción libre al castellano del punto 2.16^a del Reporte “Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation”, publicado el 05 de octubre de 2015. Ver en: <http://www.oecd.org/tax/aligning-transfer-pricing-outcomes-with-value-creation-actions-8-10-2015-final-reports-9789264241244-en.htm>

referidas a bienes intermedios) las partes utilizan el valor de cotización como un componente de la fórmula que aplican para determinar el precio de la contraprestación de los “bienes intermedios”. Ello explicaría que en el caso de *commodities* –incluido los intermedios–, el valor de cotización sea una referencia y no “el valor” de la contraprestación que es lo que corresponde para el caso de los *commodities* propiamente dichos, que son bienes terminados. Insistimos en el hecho de que es de presumir que dentro del concepto *commodities*, la OCDE ha querido comprender a los bienes intermedios, en razón a que tales productos intermedios –y no los terminados– constituyen gran parte de los bienes que producen las economías emergentes, sujetos en favor de los cuales se ha creado este método por parte de OCDE⁹¹.

Otro cambio notable, ha consistido en establecer que para poder aplicar el CUP, previamente la operación materia de análisis debe haber pasado por el análisis de comparabilidad a fin de determinar que las operaciones son comparables. Además establece que en el caso de *commodities* las características relevantes incluyen, los componentes físicos y cualitativos del *commodity*, los términos contractuales tales como el volumen transado y período del acuerdo, el plazo y términos de entrega, transporte, seguros y términos cambiarios.

Sobre estos asuntos versan las recomendaciones 1., 2., 3. y 4. del Borrador, que a su vez son la base de los puntos 1.16.A, 2.16.B, 2.16.C y 2.16.D del informe final que veremos a continuación.

En base a lo expuesto, la OCDE propone que la Guía inserte luego del párrafo 2.16 Sección B del Capítulo II de la Guía de Precios de Transferencia, lo siguiente⁹²:

2.16A. Sujeto a las guías indicadas en el párrafo 2.2., para seleccionar el más apropiado método en circunstancias de un caso particular, el método CUP sería generalmente apropiado para fijar precios de transferencia en cumplimiento del precio arm's length para transacciones con *commodities* entre empresas asociadas, en las que un precio de cotización o un precio público esté disponible (“precio de cotización”), sujeto a las condiciones de la transacción controlada y a las condiciones de la cotización con la que se compara. La referencia a *commodities* se entiende que cubre productos físicos respecto de los cuales el valor de cotización es usado por partes independientes **como referencia** en la industria para fijar sus precios en transacciones no controladas. El término “precio de cotización” se refiere al precio del *commodity* obtenido en un período relevante, según información del mercado de intercambio doméstico o internacional. En este

⁹¹ Por ejemplo, en el caso peruano la producción minera en su mayoría se restringe a concentrados o a otros productos –doré, por ejemplo– que aún no han culminado el proceso productivo para ser metales finales.

⁹² Traducción libre al castellano del punto 2.16^a del Reporte “Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation”, publicado el 05 de octubre de 2015. Ver en: <http://www.oecd.org/tax/aligning-transfer-pricing-outcomes-with-value-creation-actions-8-10-2015-final-reports-9789264241244-en.htm>

contexto, el valor de cotización también incluye los precios obtenidos de entidades reconocidas y transparentes que mantienen reportes de precios o de las agencias de estadística, donde los índices son usados por partes no relacionadas para determinar precios entre ellas.

2.16.B. Bajo el método CUP, el principio arm's length para transacciones de commodities podría ser determinado mediante comparables de transacciones no controladas y con comparables acuerdos entre no controladas representados por los valores de cotización. El precio de cotización del commodity generalmente refleja el acuerdo entre compradores y vendedores independientes del mercado respecto de un específico tipo y cantidad de commodity, comercializado bajo determinadas circunstancias y en un momento dado. Un factor relevante en la determinación del acertado uso de los precios de cotización para un commodity específico es la frecuencia bajo la cual el precio de cotización es amplia y rutinariamente usado en el curso ordinario del negocio para transar precios entre sujetos independientes. De acuerdo con ello, dependiendo de los hechos y circunstancias de cada caso, los valores de cotización pueden ser considerados como referentes para fijar el precio en caso de las transacciones con commodities entre empresas asociadas. Tanto contribuyentes como la Administración Tributaria deben ser consistentes en la apropiada selección de los valores de cotización.

2.16.C. Para que el método CUP sea correctamente aplicado a transacciones de commodities, las características económicas relevantes de la transacción controlada y de la no controlada representadas por el valor de cotización necesitan ser comparables. Para los commodities, las características económicas relevantes incluyen, entre otras, las características físicas y de calidad del commodity, los términos contractuales de la transacción controlada, como los volúmenes transados y el tiempo y los términos de las entregas, transporte, seguro, términos cambiarios. Para algunos commodities, ciertas características relevantes (por ejemplo, pronta entrega) podrían considerar un premio o un descuento. Si el valor de cotización es usado como referencia para determinar el precio arm's length o el rango arm's length, los contratos estandarizados que estipulan especificaciones sobre la base del lugar donde el commodity es transado en el mercado y el resultado de cómo se llega al valor de cotización del commodity podría ser relevante. Donde hay diferencias entre las condiciones de las transacciones controladas y las condiciones de las no controladas o las condiciones que determinan el valor de cotización afectan materialmente el precio de la transacción del commodity, el valor debe ser examinado, a fin de realizar ajustes que deben ser hechos para asegurar que económicamente las características entre las transacciones sean lo suficientemente comparables. Contribuciones efectuadas en la forma de funciones realizadas, activos usados y riesgos asumidos por otras entidades en la cadena de valor deben ser compensadas de acuerdo con las guías contenidas en estas Directrices.

2.16.D. Con el propósito de asistir a las administraciones tributarias a que conduzcan exámenes de precios de transferencia informados, los contribuyentes deben proveer información confiable y documentada, como parte de su documentación de precios de transferencia, la política que grafique cómo cierran precios las transacciones de commodities, la información necesaria para justificar los ajustes basados en el comparable no controlado o en los acuerdos no controlados representados por la cotización y otra información relevante, como fórmulas de fijación precio usadas, acuerdos finales de terceros sobre fijación de precios con clientes, descuentos o premios aplicados, fecha de fijación de precio, información sobre la cadena de abastecimiento e información preparada no para propósitos tributarios.

En esta parte es necesario hacer hincapié en el hecho de que no existe una definición jurídica del término *commodity*. El término *commodity*⁹³ corresponde al idioma inglés y alude a todo bien que es producido en masa por el hombre que tiene un valor o utilidad y un muy bajo nivel de diferenciación o especialización. Ejemplos conocidos son el maíz, la soya, el trigo, etc. También se califica como *commodities* al oro, la plata, o el petróleo dado que sus características de acuerdo a la región en donde se extraigan no distan mucho entre unas y otras. Normalmente, cuando se habla de *commodities* se alude a materias primas o bienes primarios intercambiables entre sí. Por último, en el derecho se suele vincular el término *commodity* con el de bienes fungibles, esto es, que se tiene la presencia de un bien perfectamente reemplazable o sustituible por otro con las mismas características⁹⁴.

2.1.3.2 Fecha presunta para fijar precio de las transacciones con *commodities*

Recordemos que el régimen que proponía el Borrador establecía una fecha presunta para la fijación de precios con las siguientes características: (i) se imponía ante la ausencia de “evidencia confiable”, la misma que no era definida, con lo cual sus alcances estaban a merced de las administraciones tributarias; (ii) la carga de la prueba estaba siendo asignada al contribuyente y no a la administración que era lo que correspondía⁹⁵; (iii) la presunción abandonaba el *arm's length* desde que no se consideraba la fecha que hubiese correspondido a una operación comparable sino que directamente se establecía la fecha de embarque.

A diferencia del Borrador, el reporte final, recogiendo las sugerencias de la comunidad internacional, ha dotado de mayor equidad al esquema de fijación de precios sin abandonarlo totalmente, ya que: (i) establece derroteros de lo que significa evidencia confiable, por lo que no se estaría a merced de la administración; (ii) precisa que no se aplica la presunción en forma inmediata pues de no contarse con evidencia confiable se aplica la Guía contenida en el inciso D del Capítulo I, referida a que una vez delineada la transacción –sea que se recategorice o no- debe tomarse en consideración un comparable para efectos de consignar la fecha de fijación de precios que hubiese correspondido a ese comparable; y, (iii) por último, en caso no exista ese comparable recién se aplicaría la fecha de embarque. Lo discutible en este punto será determinar si es que esta es una

⁹³ <http://businessgroupcorp.blogspot.pe/2012/04/que-es-commodity-o-commodities.html> (Fecha de Consulta 20 de setiembre de 2016).

⁹⁴ Bonta, Patricio y FARBER, Mario, “199 preguntas sobre marketing y publicidad”, Grupo Editorial Norma.1994, Pág. 20.

⁹⁵ OCDE. *BEPS Action 10: Discussion Draft on the Transfer Pricing Aspects of Cross-Border Commodity Transaction. Public Discussion Draft*. 2015. Pág. 4 a 7.

práctica consistente con el *arm's length* -lo que abordaremos en el punto siguiente- o si debió continuarse con la aplicación el inciso D del capítulo I que tiene fórmulas de solución para aquellos casos en que no se halle un comparable.

Dicho esto pasaremos a detallar lo que sobre el particular agrega el reporte final en la Sección B del Capítulo II de las Guías:

2.16.E. Un factor relevante en las transacciones con commodities vinculado con el precio de cotización es la fecha en que se tomará ese precio, refiriéndose a una fecha específica o a un período (por ejemplo un específico rango sobre el cual un promedio de precio es determinado) elegida por las partes para determinar el precio de las transacciones con commodities. Donde el contribuyente puede proveer evidencia confiable de la real fecha acordada por ella y su vinculada en la transacciones controladas con commodities, en el momento en que se celebra la transacción (por ejemplo, con propuestas, aceptaciones, contratos o contratos registrados, u otra documentación donde se fijan los términos de los acuerdos, tales elementos podrían constituir evidencia relevante) y ello es consistente con la real conducta de las partes o con otros hechos del caso, de conformidad con las Guías de la Sección D del Capítulo I relativo a la precisa delineación de la real transacción, las administraciones debían determinar el precio de la transacción de los commodities tomando la fecha acordada por las partes. Si la fecha acordada para la fijación del precio en un contrato escrito entre las asociadas es inconsistente con la real conducta de las partes o con otros hechos del caso, la administración tributaria puede determinar una fecha distinta de fijación de precio consistente con esos otros hechos del caso y con lo que empresas independientes habrían acordado en circunstancias comparables (tomando en consideración la práctica de la industria). Cuando los contribuyentes no provean evidencia confiable sobre la fecha de fijación de precio acordada por las asociadas en la transacción controlada y la administración tributaria no pueda determinar una fecha diferente para la fijación de precio bajo la Sección D del Capítulo I, la Administración Tributaria podrá resumir la fecha de fijación de precio para la transacción del commodity en base a la información disponible; siendo que ésta podría ser la fecha de embarque evidenciada en el conocimiento de embarque o documento equivalente dependiendo cual sea el transporte. Esto significaría que el precio para los commodities que son transados sería determinado en referencia al valor de cotización de la fecha de embarque, sujeto a los correspondientes ajustes de comparabilidad, basados en la información disponible de la administración. En adición es esencial permitir la resolución de casos de doble imposición derivados de la aplicación de la fecha presunta de fijación de precio conforme al procedimiento de acuerdo mutuo conforme al Tratado aplicable⁹⁶.

A modo de conclusión debemos indicar que en nuestra opinión el informe final OCDE tal como ha quedado, no constituye un nuevo método de fijación de precios, puesto que establece aplíquela aplicación del mejor método conforme a las Guías. Sin perjuicio de ello, sí se observa una tendencia a que el método a escogerse sea el CUP, que dentro de

⁹⁶ Traducción libre al castellano del punto 2.16^a del Reporte “Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation”, publicado el 05 de octubre de 2015. Ver en: <http://www.oecd.org/tax/aligning-transfer-pricing-outcomes-with-value-creation-actions-8-10-2015-final-reports-9789264241244-en.htm>

éste, el valor a utilizarse sea la cotización; y, a que la fecha de la transacción sea, como último recurso, la de embarque. Recordemos que, en resumen, postula lo siguiente:

- En cuanto a la aplicación del método CUP y la utilización del valor de cotización, a diferencia de la propuesta inicial, el reporte final establece que el método aplicable para los *commodities* debe ser aquel donde prime la selección del método más apropiado en casos particulares, mientras que el CUP sería generalmente el apropiado. En un primer momento, la OCDE no postulaba que primase el método más adecuado en ningún caso, sino que debía aplicarse directamente el CUP.
- En cuanto a la fecha presunta que toma como referencia para fijar el precio, establece que la fecha que debe utilizarse es la que las partes señalen mediante evidencia confiable -para lo cual define el concepto de evidencia confiable, a diferencia del borrador que no lo hacía- y además señala que a falta de tal evidencia se buscaría una fecha conforme al inciso D del capítulo I de las Guías que contiene el análisis de comparabilidad al que deben sujetarse todas las transacciones, y solo de no encontrarse comparable se aplicaría la presunción que consistirá en aplicar la fecha de embarque.

2.2 Antecedentes de la Región - Legislación comparada

Dentro de la región latinoamericana los países que han regulado métodos específicos de fijación de precios para *commodities*, además del caso peruano, son: (i) Argentina; (ii) Brasil; (iii) Ecuador; (iv) Guatemala; (v) Paraguay; (vi) República Dominicana; y, (vii) Uruguay.

En términos generales, debe privilegiarse el método por el cual se fija la contraprestación (precio y condiciones) en el valor de cotización que tiene el *commodity* en algún mercado transparente, a una fecha determinada, admitiendo algunos ajustes a ese valor, según regulaciones específicas en las que la carga de la prueba del ajuste podría ser del contribuyente o de la Administración. En adición a ello, se advierten las siguientes características que tienden a ser comunes: (a) carácter obligatorio en caso de operaciones con *commodities*; (b) definición del *commodity* como los recursos naturales renovables y no renovables con cotización conocida en mercados transparentes⁹⁷; (c) tipificación de la

⁹⁷ La definición del *commodity* trae un problema práctico pues muchos denominados *commodities* que tienen cotización en mercados transparentes son recursos naturales que han sido sometidos a determinados procesamientos que no necesariamente se realizan en el país exportador. De ahí que etapas del proceso no realizadas en el país exportador como podrían ser procesamientos,

metodología como una especie del método comparable no controlado (denominado CUP) o como un método aparte; y, (d) en algunas jurisdicciones lo aplican sólo para el supuesto de exportaciones y en otras para los casos de importaciones y exportaciones.

En cuanto a los requisitos para su aplicación, algunas regulaciones establecen que se aplica a empresas relacionadas económicamente donde un sujeto es el vendedor y el otro el comprador, otras requieren que entre el vendedor y el verdadero comprador (vinculado) medie un intermediario internacional sin sustancia económica (contemplando distintos escenarios que permiten la fuga del test de sustancia) y otras establecen, además de los escenarios anteriores, que se apliquen en todos los casos donde medie un territorio de baja o nula imposición.

Con el propósito de que el análisis exegético de las jurisdicciones cumpla su objetivo, esto es coadyuvar a determinar si los métodos con tales características cumplen con el estándar *arm's length*, resulta pertinente limitar el análisis a las jurisdicciones de Argentina y Brasil. La primera por cuanto se trata de la jurisdicción que creó el denominado “sexto método” desde el año 2003 y por ello cuenta con un mayor desarrollo administrativo y jurisprudencial, mientras que la segunda porque representa el único caso dentro de la región que, en líneas generales, mantiene desde hace décadas una metodología de precios de transferencia particular que se aparta de lo que la OCDE admite dentro del estándar *arm's length*, fundamento sobre el que descansa la regulación de precios de transferencia.

Sin ánimo de adelantar opinión en esta instancia, pero sí con la intención de poner los conceptos en perspectiva, debemos recordar que los alcances del estándar *arm's length* han mutado en el tiempo dentro de la propia OCDE.

En efecto, como ha sido desarrollado en el punto 1.1 del capítulo I, para la propia OCDE, metodologías que un momento eran abiertamente opuestas al estándar *arm's length*, luego han sido consideradas como consistentes con el estándar. Así, si en un primer momento la OCDE sustentaba que eran consistentes con el estándar los métodos tradicionales (precio comparable no controlado, costo incrementado y precio de reventa) y rechazaba los basados en utilidades (margen neto transaccional y partición de utilidades), en un segundo momento pasó a decir que los métodos basados en utilidades debían utilizarse como último recurso, para luego, en el momento actual decir que el método a utilizar es el más

refinaciones, tratamientos y labores de comercialización afectan la comparabilidad a tal punto que el valor de cotización podría dejar de ser un comparable válido.

apropiado siguiendo una prelación, admitiendo de esta manera que un método basado en utilidades puede ser el mejor en determinadas circunstancias⁹⁸. Si a ello se agrega, como ya se mencionó, que en la actualidad el 80% de los estudios de precios de transferencia utilizan métodos basados en utilidades,⁹⁹ se arribaría a la conclusión de que en la práctica el contenido del *arm's length* ha sufrido un giro total.

Lo expuesto en el párrafo anterior representa un elemento de análisis principalmente respecto del caso brasileño, cuya metodología de precios de transferencia desde que se creó en 1996 tiene como característica general y distintiva (para los brasileños), considerar que es consistente con el estándar *arm's length* una fijación de precios que incorpora márgenes fijos de utilidades según el tipo de actividades.

2.2.1 El caso argentino – Análisis crítico

2.2.1.1 La legislación de precios de transferencia ¿contempla el estándar *arm's length* según los criterios de la OCDE?

En el caso argentino se observa que el principio *arm's length* de la OCDE se equipara con el recogido por la legislación argentina para su regulación de precios de transferencia en general.

En efecto, a decir de Cecilia Goldemberg¹⁰⁰ al comparar el estándar de la OCDE con la legislación interna argentina:

[...] no aparecen diferencias en la sustancia entre la definición del principio adoptada por la LIG y la del modelo OCDE. Ambas remiten a las condiciones que hubieran pactado partes independientes y prevén las consecuencias en caso de que las condiciones “no se ajusten” a las que hubieran pactado terceros independientes (LIG) o “difieran” de las que razonablemente deberían establecer empresas independientes (Modelo de Convenio). La consecuencia implica incrementar la base imponible del impuesto en el país en el que se hubiera tributado en menor medida en virtud de no haberse respetado el principio.

La legislación argentina recoge el sistema de precios de transferencia en sus artículos 8 y 14 de la Ley de Impuesto a las Ganancias, al establecer que las operaciones entre

⁹⁸ ORSINI, Elen Peixoto. “O princípio Arm's Length e a Legislação Interna Brasileira”. EN: SCHOUERI, Luis Eduardo; ROCHA, Valdir de Oliveira (Coordinadores). *Tributos e preços de transferência*. Dialética, Sao Paulo, 1999, Pág. 209 y siguientes.

⁹⁹ Centro Interamericano de Administraciones Tributarias (CIAT). Op. Cit., Pág. 129.

¹⁰⁰ GOLDEMBERG, Cecilia. “El principio de operador independiente (Arm's Length Principle)”. EN: GOLDEMBERG, C. (Directora), *Manual de Precios de Transferencia en Argentina*. Fondo Editorial de Derecho y Economía, Buenos Aires, 2007, Págs. 95 a 96.

vinculados deberán ajustarse a las prácticas de mercado entre partes independientes. Adicionalmente, la legislación Argentina establece en el artículo 15 de la misma Ley que debe prevalecer el método de precios de transferencia que resulte más adecuado -salvo el caso del denominado sexto método que se analizará después- y además recoge como métodos los mismos que adopta la OCDE (salvo claro está, el denominado sexto método que luego analizaremos), esto es el de precio comparable no controlado, el de reventa, el de costo incrementado, pero además el de partición de utilidades y el de margen neto transaccional.

2.2.1.2 Descripción del régimen del “sexto método” y análisis crítico

Para entrar en contexto resulta necesario recordar que las normas de control de precios de las operaciones que realizan los contribuyentes están dentro de la categoría de reglas de valoración, esto es, son reglas que buscan fijar o cuantificar la dimensión económica del aspecto material del hecho imponible, lo que se conoce como el aspecto mensurable o cuantitativo del hecho generador.

Como es de observar, la materia atañe a la hipótesis de incidencia del Impuesto a la Renta y, dentro de ella, a su núcleo central, que consiste en la riqueza que pretende gravarse. Esa riqueza (aspecto material) se cuantifica conforme la ley lo indica, en razón de la naturaleza ex lege que la obligación tributaria tiene. Así, dentro del Impuesto a la Renta esa riqueza es definida por la Ley como el ingreso gravable que será aquél realmente generado por el contribuyente respetando su capacidad contributiva.

En la búsqueda del valor de ingreso verdaderamente generado, las técnicas legislativas recurren a normas de valoración que dotan de convicción a los actores, para garantizar que el ingreso que declara el contribuyente es el verdaderamente obtenido por éste. En otras palabras, se encuentra positivizado en el aspecto cuantitativo del hecho generador una fórmula que busca gravar lo que realmente debió haber obtenido el contribuyente. Por ejemplo, en el caso peruano la legislación de control de precios para sujetos no vinculados del artículo 32 de la Ley del Impuesto a la Renta establece, entre otros supuestos: (i) que el ingreso por transferencia de acciones que cotizan en bolsa será el que resulte mayor entre el ingreso pactado por las partes y el que resulta de la cotización; (ii) que el ingreso por transferencia de acciones que no cotizan en bolsa será el que resulte mayor entre el ingreso pactado por las partes y el que resulte del valor patrimonial; (iii) que el ingreso por transferencia de bienes del activo fijo que no se transan frecuentemente será el que arroje una tasación; etc. Otro ejemplo de regla de valoración, esta vez en un

impuesto patrimonial, es el valor del autoavalúo anual del predio que es tomado como parámetro para el Impuesto Predial.¹⁰¹

En el caso de la regulación de precios de transferencia ocurre un fenómeno similar pero con una situación previa cual es situar a los vinculados como si no lo fueren (estándar *arm's length*) lo que encierra una ficción jurídica por equidad y luego ya aparecen los métodos que pretenden llegar a ese valor entre independientes (regla de valoración).

Ya se ha señalado que no deben confundirse las normas de valoración con aquellas que contienen rentas presuntas o fictas (imputadas), como parte del hecho generador de la obligación tributaria, caso en el Perú, por ejemplo, de la renta mínima presunta de alquileres de predios consistente en un monto anual equivalente al 6% del valor del predio.

Dicho lo anterior, se procederá a desarrollar el denominado sexto método argentino que se encuentra regulado en el sexto párrafo¹⁰² del artículo 15 de la Ley del Impuesto a las Ganancias introducido por la reforma tributaria del 2003 mediante Ley 25784, de la siguiente manera:

[...] cuando se trate de operaciones realizadas a sujetos vinculados, que tengan por objeto cereales, oleaginosas, demás productos de la tierra, hidrocarburos y sus derivados, y, en general, bienes con cotización conocida en mercados transparentes, en las que intervenga un intermediario internacional que no sea el destinatario efectivo de la mercancía, se considerará como mejor método a fin de determinar la renta neta de fuente argentina de la exportación, el valor de cotización del bien en el mercado transparente del día de la carga de la mercadería -cualquiera sea el medio de transporte-, sin considerar el precio al que hubiera sido pactado con el intermediario internacional.

No obstante lo indicado en el párrafo anterior, si el precio convenido con el intermediario internacional resultase mayor al precio de cotización vigente a la fecha mencionada, se tomará el primero de ellos para valuar la operación.

Cabe indicar que el mismo artículo 15 establece que existe vinculación económica cuando quienes realizan transacciones están sujetos de manera directa o indirecta a la dirección o control de las mismas personas o éstas, sea por su participación en el capital, su grado de acreencias, sus influencias funcionales o de cualquier índole, contractuales o

¹⁰¹ Sin perjuicio de lo expuesto, en nuestra opinión no sería necesaria la imposición de una definición de “mercado” para sujetos no vinculados ya que éstos actúan bajo condición de oferta y demanda donde las fuerzas del mercado aparecen sin que sea necesario definir un concepto legal.

¹⁰² Justamente su ubicación en el sexto párrafo fue la que acuñó el nombre del método, cuyo esquema hasta dicha fecha no tenía antecedentes en el derecho comparado, convirtiéndose así en pionera en el tratamiento del control de precios de *commodities*.

no, tengan poder de decisión para orientar o definir la o las actividades de las mencionadas sociedades, establecimientos u otro tipo de entidades.

Nótese que en estos supuestos de exportación a través de intermediario sin sustancia que no es el receptor efectivo, el método se considera como “el mejor” y por tanto obligatorio para determinar la renta de fuente argentina de la exportación, la misma que será el precio de mercado vigente en la fecha en que las mercancías se cargan -cualquiera sea el medio de transporte- sin tener en cuenta (en principio) el precio que habría sido acordado con el intermediario internacional.

El citado artículo 15 establece que el sexto método no se aplica en la medida en que el comerciante internacional cumpla con un triple criterio:

- a) tener presencia efectiva en su territorio de residencia, con local comercial para la administración del negocio y el cumplimiento de los requisitos legales de la organización y el registro y notificación de los estados financieros. Los activos, los riesgos y las funciones llevadas a cabo por el comerciante internacional deben ser coherentes con los volúmenes de las transacciones llevadas a cabo;
- b) la actividad principal del comerciante internacional no consiste en la obtención de ingresos pasivos, ni en la intermediación de productos desde y hacia Argentina o con otros miembros del grupo económico relacionado; y
- c) las transacciones comerciales internacionales del comerciante con miembros del mismo grupo económico no deben exceder del treinta por ciento (30%) del total de las operaciones anuales celebrados por el comerciante internacional

Lo expuesto no es otra cosa que lo que se ha venido a denominar test de “fuga” del sexto método argentino. Estableciéndose que tal fuga ocurrirá si se demuestra que el intermediario: (i) conforme al inciso a) anterior, tiene una presencia real y un establecimiento comercial en el territorio de residencia desde donde se gestiona su negocio y cumple con los requisitos legales en cuanto a la incorporación, registro y presentación de los estados financieros. Las funciones, activos y riesgos asumidos por el intermediario internacional son coherentes con su volumen de negocio; (ii) conforme al requisito b) se busca de que su principal actividad no consista en la obtención de ingresos pasivos o para intermediar en la venta de mercancías hacia o desde Argentina o con otros miembros de su grupo económico; y, (iii) por último, el requisito c) se fija en que sus operaciones de comercio exterior internacionales con otros miembros del mismo grupo

económico no excedan del 30% de las transacciones globales anuales llevadas a cabo por el intermediario extranjero.

De todo lo expuesto se concluye que los alcances del sexto método argentino son:

- En cuanto a los sujetos a quienes obligatoriamente se aplica, comprende al exportador económicamente vinculado con un receptor efectivo de la mercadería en donde media un intermediario internacional sin sustancia—no quedando claro si este intermediario debe ser o no vinculado con los anteriores—.
- En cuanto a los bienes que cubre, comprende los cereales, oleaginosas, demás productos de la tierra, hidrocarburos y sus derivados, y, en general, bienes con cotización conocida en mercados transparentes.
- En cuanto a las consecuencias respecto de la contraprestación, se tiene que el valor de la contraprestación será el de cotización en la fecha de embarque, salvo que el precio pactado entre las partes resulte mayor.

Hasta aquí se observa que se combina una ficción, una regla de valoración y otra ficción. La ficción jurídica consiste en que la operación se considerará realizada en la fecha de embarque sí o sí, la regla de valoración es el precio normal de mercado (que es un concepto indeterminado) y se vale de la ficción de señalar que ese valor es uno entre independientes que es el de cotización (aun cuando ese de cotización no es el que tomaría un independiente en las mismas condiciones), salvo que el pactado sea mayor.

Dado este alcance, ¿podemos considerar que la regulación argentina se ajusta al estándar *arm's length*? Sin perjuicio del análisis que se formulará en los acápites siguientes, la respuesta pareciera ser negativa. En efecto, siendo que el estándar busca arribar a la contraprestación que hubiera correspondido entre independientes, la transacción entre vinculados sujeta a examen debiera necesariamente ser equivalente a las transacciones entre independientes que se usan de parámetro, lo que no ocurre en este sexto método obligatorio, donde se varía uno de los elementos esenciales de la transacción, que es la fecha de fijación del valor de contraprestación y además se considera que el valor de cotización (que es un promedio de múltiples operaciones, básicamente hechas sin liquidación) es el que adoptarían independientes.

Para Cecilia Goldemberg,¹⁰³ el precio de mercado a la fecha de fin de la carga es un dato que no refleja las condiciones pactadas entre terceros, toda vez que los precios (o las

¹⁰³ GOLDEMBERG, Cecilia. "Operaciones con commodities. Las inconsistencias del sexto método". EN: *Errepar - Doctrina Tributaria*, N° 381, Buenos Aires, 2011, Pág. 12.

primas o descuentos) se fijan al concertar la transferencia, ocasión previa al embarque, cuya implementación lleva días. Agrega que al ignorarse las prácticas del mercado, especialmente la práctica usual de operar con contratos de futuros, su utilización únicamente podría justificarse como medida antiabuso, esto es, cuando las condiciones pactadas por las partes sean simuladas.

Por su parte Gotlib y Vaquero acotan que adoptar el valor de cotización a la fecha de embarque, significa desconocer la realidad negocial de los *commodities*. Ello debido a que los mismos se comercializan a futuro y el intermediario asume riesgos que le corresponden al exportador. Se pacta que los bienes se entregarán a una fecha futura, pero el precio de venta se fija hoy. El precio, cuando se entreguen los bienes, seguramente diferirá del precio que se pactó de forma anticipada por la venta. Esto indicaría que haber elegido el valor de cotización del bien “a la fecha de la carga” no es la opción más acertada: el problema de que se adulteren operaciones de futuro se podría solucionar arbitrando algún medio de registro de esas operaciones, así como haciendo que la ley prevea un registro de las ventas al exterior de determinados productos agrícolas¹⁰⁴.

En adición, al desconocimiento de las características de la transacción, tampoco pareciera que el sexto método argentino cumple con el estándar cuando contempla en su hipótesis de hecho que el supuesto precio *arm's length* debe ser el valor de cotización de la fecha de embarque, siendo dejado de lado cuando el valor de la transacción lo supera. Este criterio resiente el *arm's length* desde que arbitrariamente escoge el mayor valor, creando una carga fiscal importante para las empresas dedicadas a los contratos de venta a plazo con precios fijos o con precios de futuro ligado cuyo periodo de cotización se diferencia de la factura de fecha de embarque, entonces, los movimientos al alza en las cotizaciones del mercado después de la firma de los contratos darán lugar a ajustes fiscales significativos que no pueden ser compensados por los ajustes opuestos cuando las cotizaciones caen después de la fecha de acuerdo.

2.2.1.3 ¿Es un método dentro del comparable no controlado, otro método dentro de la regulación de precios de transferencia o no se trata de un método de precios de transferencia basado en el principio *arm's length*?

La legislación argentina no señala si este método es uno dentro del comparable no controlado ni tampoco afirma que sea otro método de precios de transferencia. Sin

¹⁰⁴ GOTLIB, Gabriel y VAQUERO, Fernando M. *Aspectos Internacionales de la Tributación Argentina: Teoría y Práctica*. Editorial La Ley, Buenos Aires, 2005, Págs. 362 y 527.

embargo, sí se infiere de su legislación que pretende ser uno que respetaría el *arm's length*. Sin perjuicio de lo anterior, tal como se muestra el sexto método, a partir de sus características típicas, como desconocer un elemento esencial de la transacción cual es la oportunidad de fijación de precio y asumir que el valor de cotización es el que pactarían independientes, consideramos que, por su primera característica, se está ante una recategorización de la operación que toma como verdad un hecho distinto al pactado por las partes, sin que se haya acreditado un supuesto de simulación o similares. De esta manera, el tipo legal parte de un hecho no real, no conocido, para atribuirle una consecuencia fiscal, característica típica de las ficciones jurídicas.

A continuación se procederá con el desarrollo de los puntos de vista de tres estudiosos argentinos que han tratado esta materia.

Guillermo Tejeiro¹⁰⁵ acota que si no se deja posibilidad de oponerse al precio señalado por la norma, se estaría imputando una renta al exportador derivada de la diferencia entre el precio de mercado correspondiente a la fecha que la transacción de exportación tiene lugar y la fecha de embarque. El ajuste según legislación argentina no se trata como un típico ajuste de precios de transferencia, que de acuerdo a las Guías llevaría a comparar el precio acordado con el precio de cotización del día en que se lleva a cabo la exportación. De este modo, la atribución de una renta nocial para el exportador implica la extensión de la base imponible doméstica, ignorando la estructura del negocio en el que existen dos segmentos en donde el riesgo de la variación del precio es asumido por el comerciante extranjero y quien lo tiene protegido con el correspondiente derivado y además es incompatible con la tributación del comerciante extranjero que considera como costo del precio de compra vigente al momento de la ejecución del contrato.

Tejeiro añade que el ajuste producto del sexto método genera una renta ficta no reflejada en el contrato o factura comercial del exportador. En efecto, el precio de mercado a la fecha de embarque es un precio ficto que nada tiene que ver con la naturaleza de la transacción ni en el mecanismo de aplicación de ajustes de precios de transferencia¹⁰⁶.

Siendo que el objetivo del sexto método es evitar la transferencia de rentas hacia otras jurisdicciones (P.ej.. menor carga tributaria) mediante la triangulación de operaciones utilizando sociedades “pantalla” o “conducto” en jurisdicciones de conveniencia y que

¹⁰⁵ TEJEIRO, Guillermo O. “Precios de Transferencia. Métodos de cálculo. La exportación de Commodities: Argentina y otros países latinoamericanos. Comparación: Instrucción Normativa RFB 1395/13”. EN: *III Congreso Internacional de Direito Tributario do Rio de Janeiro*. IFA-Brasil, Rio de Janeiro, 2014, Presentación. Pág. 5.

Ver en: <http://www.abdf.com.br/arquivos/documentos/palestras/GuillermoTejeiro27m14.pdf>.

¹⁰⁶ Ídem.

opta por el mayor valor entre el pactado y el de la fecha de embarque, este método excede el ajuste de precios de transferencia para erigirse en una norma especial antielusiva, donde en mercados en alza se configura en una verdadera renta ficta, generada por el paso de tiempo y no reflejada en el contrato ni en la factura comercial del exportador.

Para Cristian Rosso el sexto método es un régimen punitivo de tributación que el legislador quiso instaurar para desalentar determinadas exportaciones triangulares de bienes, en las que intervenga un intermediario extranjero sin genuina substancia económica¹⁰⁷.

Por último, para Gabriel Gotlib no es un método específico sino una ficción legal (valoración jurídica contenida en un precepto legal en virtud del cual se atribuye a determinados supuestos de hecho efectos jurídicos que violentan o ignoran su naturaleza real) destinada a evitar conductas perjudiciales pero que puede castigar indebidamente a quienes genuinamente concierten operaciones a futuro, habituales en esas actividades¹⁰⁸.

De las tres opiniones, nos adscribimos a la opinión de Gotlib quien indica que estamos ante una ficción jurídica, pues se prescinde de la realidad para afirmar que la operación se realiza en una fecha irreal y debe ser valorada a un momento distinto del verdadero. Esto equivale a una recategorización de la operación lo que no es otra cosa que una cláusula antiabuso específica.

Al margen de lo expuesto, existen dos temas adicionales en la regulación del sexto método que son objeto de crítica en los que no se profundizarán: (i) el hecho de que algunos autores como Tejeiro¹⁰⁹ cuestionen la comparabilidad pues la cotización de un mercado transparente no siempre refleja las características del producto o las condiciones de la transacción y no prevé rango de tolerancia; y, (ii) critiquen también la demostración fehaciente de que el intermediario del exterior cumple con los requisitos para que no se aplique el sexto método, puesto que la autoridad fiscal tiende a requerir comprobantes o recibos que soporten la contabilidad del intermediario internacional, generándose pedidos de imposible cumplimiento.

¹⁰⁷ ROSSO ALBA, Cristian. "Materia de Precios de Transferencia de Commodities. Una experiencia Argentina". EN: *Enfoque Internacional*, Suplemento de Análisis Tributario, N° 4, Lima, 2008. Págs. 31 a 33.

¹⁰⁸ GOTLIB, Gabriel y VAQUERO, Fernando M., Op. Cit., Pág. 527.

¹⁰⁹ Al referirse al sexto método en Argentina, Guillermo Tejeiro señala que "la cotización en el mercado transparente no siempre refleja las características del producto o las condiciones de la transacción y no se prevé un rango de tolerancia". Así también menciona el autor que "el precio de mercado a la fecha de embarque es un precio ficto que nada tiene que ver con la naturaleza de la transacción ni en el mecanismo de aplicación de ajustes de precios de transferencia. Además, no se computan los ajustes a la baja entre fecha de concertación y fecha de embarque". Ver en: TEJEIRO, Guillermo. "Precios de Transferencia. Métodos de cálculo. La exportación de Commodities: Argentina y otros países latinoamericanos. Comparación: Instrucción Normativa RFB 1395/13". EN: *III Congreso Internacional de Direito Tributario do Rio de Janeiro*. IFA, Rio de Janeiro, 2014, Presentación.

2.2.1.4 Precedentes administrativos y judiciales

Uno de los casos más representativos sobre el tema y que culminó en el 2012¹¹⁰ está referido a una fiscalización del año 1999, período previo a la aplicación del sexto método argentino que, como ya se advirtió, rige desde el año 2003. Se trata del caso TOEPFER (Alfred C. Toepfer Internationale S.A.) cuya controversia (en la parte que resulta de interés al presente trabajo) consistió en determinar si el valor de mercado de *commodities* exportados en el marco del CDI Brasil – Argentina era el correspondiente a la fecha del contrato o a la fecha de embarque.

El contribuyente alegó que se le pretendía aplicar el artículo 15 de la Ley del Impuesto a las Ganancias argentino luego de la incorporación del sexto método argentino en el 2003, aun cuando el año materia de acotación era el de 1999, con lo cual la aplicación del sexto método sería retroactiva, vulnerando así los principios constitucionales argentinos.

Por su parte la administración alegó que lo que se ha aplicado es la norma vigente en 1999 y específicamente los artículos 8 y 15 de la Ley del Impuesto a las Ganancias. Indica que el artículo 8 habilita a utilizar las reglas de precios de transferencia contenidas en el artículo 15 cuando se esté ante situaciones como las del presente caso, donde no se puede aplicar la regla consistente en que el valor de exportación es el mayor entre el valor pactado y el precio de venta a nivel mayorista en el lugar de destino, por no ser este último de público conocimiento o por existir dudas sobre si hay identidad entre los bienes. Por su parte el artículo 15 regula los métodos para establecer precios de transferencia y entre éstos recoge como primer método el precio comparable no controlado. Al practicar este método la administración encuentra que el contribuyente cuenta con comparables internos, los mismos a los que ha aplicado incluso valores superiores al FOB a la fecha de embarque según precios de referencia emitidos por la Secretaría de Agricultura, Ganadería y Pesca (SAGYP) y como ello es así, considera que esos mismos términos contractuales debe aplicar a las operaciones entre vinculados, esto es, el valor FOB a la fecha de embarque prescindiendo de los términos contractuales acordados por las partes.

Sobre este particular, se debe indicar que en opinión nuestra, la Administración ha incurrido en un error al considerar que debe utilizarse el valor de cotización a la fecha de embarque por el hecho de que en las operaciones realizadas con terceros independientes

¹¹⁰ Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en los Contencioso Administrativo Federal, Sala II del 13 de diciembre del 2012. Noticia Tax New Service IBFD 24 de mayo 2012. IBFD Tax Research Platform. Ver en: <http://online.ibfd.org/kbase>

del propio contribuyente se pactó un precio que resultó ser mayor al que hubiese correspondido a la fecha de embarque. Lo que se debió realizar es la búsqueda de comparables internos con independientes en las que se hayan considerado términos contractuales idénticos o similares a los pactados con los vinculados. Sin embargo, de la lectura de la sentencia no se aprecia que este aspecto haya sido materia de análisis ni de pronunciamiento por la Corte.

En resumen, la materia controvertida consistió en pronunciarse sobre si es correcto el valor utilizado por la AFIP que tomó como valor de referencia para la exportación de granos realizada por la empresa el establecido por el Ministerio a la fecha de embarque de los *commodities* o si lo es, el utilizado por el contribuyente que usó el valor de referencia establecido por el Ministerio a la fecha de suscripción del Contrato.

El Tribunal Fiscal dio la razón al contribuyente al establecer que en el caso en el cual el contrato tenga fecha cierta, se deberá tener en cuenta el valor determinado a la fecha del contrato, y en el supuesto, de que no exista fecha cierta, se deberá aplicar el valor de la fecha de embarque de los *commodities*. El citado Tribunal falló a favor del contribuyente y la administración tributaria apeló dicha decisión.

Con fecha 13 de diciembre de 2012, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (CNACAF) se pronunció respecto del proceso seguido por la empresa referido al ajuste de los precios pactados para la exportación de *commodities* (grano) en virtud de los contratos que suscribió con empresas vinculadas y no vinculadas, con la finalidad de exportar granos durante el ejercicio fiscal 1999.

Al respecto, el CNACAF centró la materia de controversia en determinar cuál es el valor que debió tomarse en consideración, a fin de determinar el valor de las operaciones de exportación que realizó la empresa, es decir, definir si son los que surgen de aplicar el valor de mercado a la fecha del contrato, o si se debe acudir a los precios de exportación de referencia establecidos por el Ministerio de Agricultura (valor a la fecha de embarque de los *commodities*).

La Corte decidió a favor de usar los precios de referencia a la fecha de embarque para los contratos entre partes vinculadas. En contra de lo argumentado por el contribuyente, la Corte consideró que no existía aplicación retroactiva del “sexto método” porque las disposiciones ya se encontraban reconocidas en los artículos 15 y 8 de la Ley del Impuesto a la Renta. La Corte reconoce la supremacía de los tratados sobre la legislación

doméstica; sin embargo considera que el artículo 9 del CDI no presenta restricciones al ajuste, el cual fue realizado de acuerdo al principio de libre concurrencia.

2.2.2 El caso brasileño

2.2.2.1 La legislación de precios de transferencia contempla el estándar *arm's length* según los criterios de la OCDE?

Como es sabido, Brasil no es miembro de la OCDE y se caracteriza por no seguir las directrices de esa entidad, en especial las relativas a precios de transferencia.

Pese a que la legislación brasileña declara adoptar el denominado principio de *arm's length*, consideramos que el contenido que Brasil le confiere a dicho estándar es uno particular que no se ajusta a lo postulado por la OCDE.

En efecto, como ya se puso en evidencia, el *arm's length* es una construcción teórica cuya práctica pasa por realizar el análisis de comparabilidad y aplicar el método de valoración adecuado. Tanto en cuanto al análisis de comparabilidad como en cuanto al método advertimos que la regulación brasileña se aleja de lo estipulado por OCDE en sus directrices que son las supuestamente consistentes con el estándar *arm's length*.

En Brasil tal como se encuentra estructurado el sistema de precios de transferencia, no estaría respetando el estándar según lo concibe la OCDE, por más que normativamente Brasil declare que lo sigue. Un ejemplo de ello se produce cuando en varios métodos consagra normativamente presunciones –como asumir márgenes de lucro fijos- que por ser abstracciones de la realidad y reducidas a una regla no permiten sustentar que la contraprestación responda realmente a la “libre concurrencia”. Como ya se manifestó, lo que interesa para los efectos del presente trabajo es determinar si los métodos –brasileños en este caso- siguen los criterios OCDE en lo que respecta al contenido del estándar (que supone constatar si los métodos son afines a los que postula dicha entidad, como “seguidores” y “respetuosos” del *arm's length*). Por último, sobre este mismo extremo es importante recordar que si bien la OCDE autoriza a las distintas jurisdicciones a que instrumenten el *arm's length* –mediante los métodos que serán aprobados por la ley doméstica-, al mismo tiempo limita y excluye la aplicación de aquellas metodologías que

no se alineen con la interpretación internacional de tal principio representada por las directrices de la OCDE¹¹¹.

Sustenta el postulado de que Brasil no respete el *arm's length*¹¹² el hecho de que su metodología tiene como columna vertebral¹¹³ la imposición de márgenes de utilidad que equivalen a porcentajes fijos establecidos por ley, según el tipo de actividad, aplicados sobre bases estimadas calculadas en base a promedios anuales de precios o costos de bienes, servicios o derechos, obtenidos ya sea en el país de origen (Brasil) o en el país de destino.

Consideramos que esta característica esencial de la metodología brasileña consagra normativamente una presunción –estimación de valor- porque abstrae la realidad, reduciéndola a una regla (la del porcentaje) y no permite sustentar si la contraprestación responde a la “libre concurrencia” puesto que gira en torno al *corset* del porcentaje. Los dos elementos que distorsionan la libre concurrencia en situaciones idénticas o similares serían: (i) los márgenes de utilidad que son porcentajes fijos por actividad; y, (ii) los promedios anuales de precios y costos que aglutinan todas las operaciones en un año, sin fijarse en un análisis transaccional.

En adición a lo indicado, debemos señalar que Brasil recoge el método del precio comparable no controlado que sería el que más se acerca a los estándares OCDE pero, a diferencia de ella, no permite el uso de metodologías basadas en utilidades del tipo margen neto de la operación y reparto del beneficio. Por último, otra característica que diferencia al modelo brasileño del de la OCDE es la utilización de métodos diferentes para la importación y exportación.

2.2.2.2 Breve reseña de los métodos brasileños

En Brasil el ámbito de los precios de transferencia comprende las transacciones de empresas brasileñas con sus relacionadas del exterior¹¹⁴ y a las transacciones llevadas a

¹¹¹ Directrices de la OECD aplicables en materia de precios de transferencia a empresas multinacionales y administraciones tributarias [...], Op. Cit. Pág. 97

¹¹² Para la OCDE, Brasil tiene métodos que están lejos de ser compatibles con los suyos, así como lejos de aplicar el principio de *arm's length* en OCDE, 1997. Ver: OECD. *Business and Industry Advisory Committee to the OECD, BIAC comments on Tax Issues involving Brazil and the Other Latin American Countries*, Paris,

¹¹³ Cabe indicar que esta característica es la que comparten los métodos más usados en Brasil, los cuales son los de precio de reventa y de costo incrementado en sus distintas versiones creadas tanto para la importación como para la exportación. El otro método aplicado en Brasil es el comparable no controlado que en la práctica funciona únicamente cuando se posee un comparable interno o cuando se trata de *commodities*. Ver en: DANTAS DE OLIVEIRA, JOSÉ ANDRÉ, “Executive Program in International Tax Law”, Universidad de Leiden, Curso de postgrado sobre Tributación Internacional, Panamá, 2016.

¹¹⁴ A diferencia de la legislación peruana que comprende en general operaciones con partes vinculadas, incluso en operaciones nacionales.

cabo con paraísos fiscales y con regímenes preferentes, siendo o no relacionadas en ambos supuestos. El artículo 23 de la Ley N° 9,430/1996¹¹⁵ define persona relacionada o vinculada de la siguiente manera:

Art. 23. Para los efectos de los artículos. 18 a 22, se considerará vinculado con la persona jurídica domiciliada en Brasil:

I - la matriz de ésta, cuando esté domiciliada en el exterior;

II - su sucursal o subsidiaria, domiciliada en el exterior;

III - la persona física o jurídica, residente o domiciliada en el exterior, cuya participación societaria en su capital la caracterice como su controladora o filial, en la forma definida en los §§ 1 y 2 del artículo 243 de la ley n. 6.404, del 15 de diciembre, 1976;

IV - la persona jurídica domiciliada en el exterior, que se caracteriza por ser su subsidiaria o afiliada, en la forma definida en los §§ 1 y 2 del artículo 243 de la ley n. 6.404, del 15 de diciembre, 1976;

V - la persona jurídica domiciliada en el exterior, cuando ésta y la empresa domiciliada en Brasil están bajo control corporativo o administrativo común, o cuando al menos el diez por ciento del capital social de cada una pertenece a una misma persona o entidad;

VI - la persona física o jurídica, residente o domiciliada en el exterior, que, en conjunto con la persona jurídica domiciliada en Brasil, tiene participación en el capital de una tercera persona jurídica, que en conjunto caracterizan como sociedades matrices o filiales de la misma, en la forma definida en los §§ 1 y 2 del art. 243 de la Ley N° 6.404, del 15 de diciembre, 1976;

VII - la persona física o jurídica, residente o domiciliada en el exterior, que sea su asociada en un consorcio o condominio, tal como se define en la legislación brasileña, en cualquier emprendimiento;

VIII - la persona física residente en el exterior, que fuese pariente o afín hasta el tercer grado, el cónyuge o pareja de cualquiera de sus directores o su socio o accionista controlador en participación directa o indirecta;

IX - la persona física o jurídica, residente o domiciliada en el exterior, que goza de exclusividad, como su agente, distribuidor o concesionario para la compra y venta de bienes, servicios o derechos;

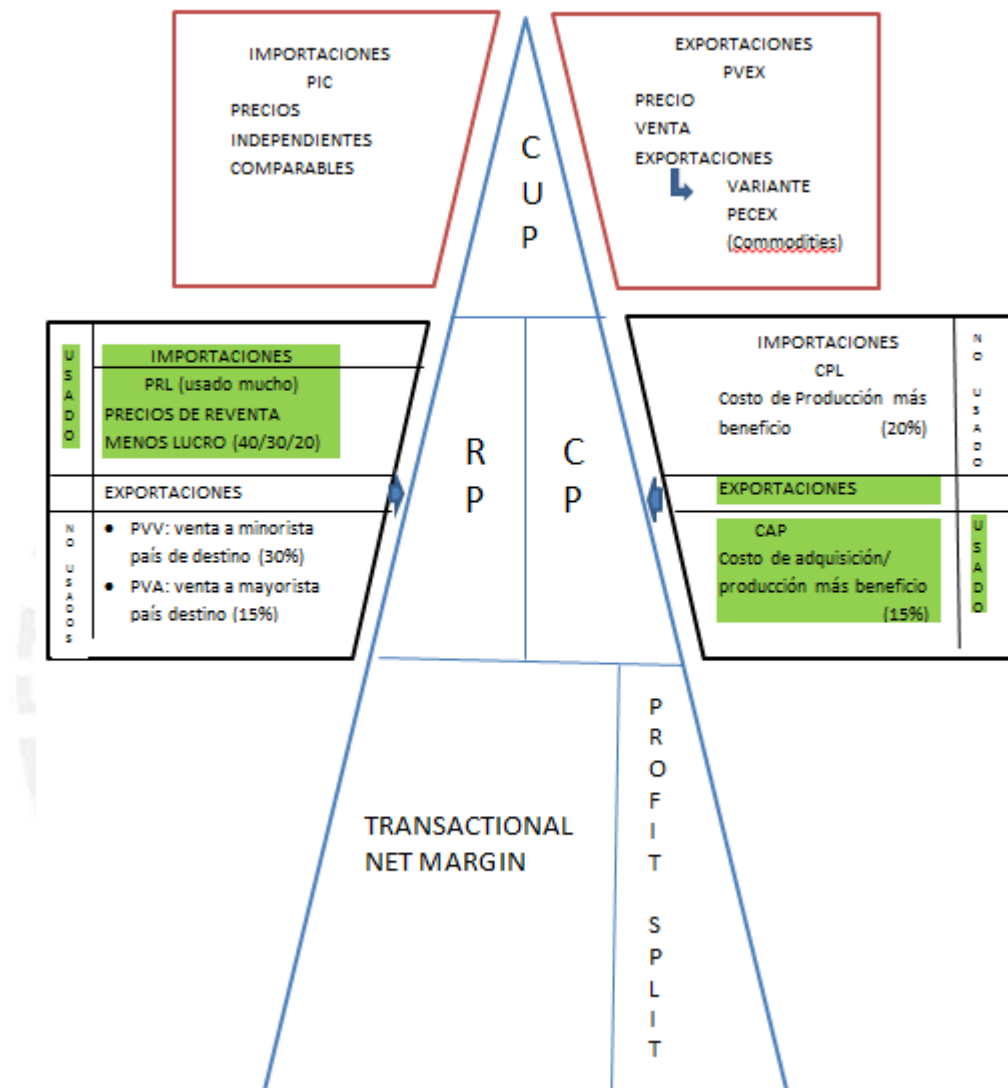
X - la persona física o jurídica, residente o domiciliada en el exterior, de la cual la persona jurídica domiciliada en Brasil goza de exclusividad, como un agente, distribuidor o concesionario para la compra y venta de bienes, servicios o derechos.

De otro lado, Brasil contempla determinados *safe harbours* quedando así excluidas del campo de aplicación de la regulación de precios de transferencia algunas operaciones.

¹¹⁵ Ley 9.430/1996 brasileña, publicada el 27 de diciembre de 1996, y normas modificatorias. Traducción libre.

Tales situaciones no serán tratadas en el presente trabajo, pues exceden los alcances del mismo.

Ahora bien, a los sujetos antes indicados se les aplican los siguientes métodos de precios de transferencia¹¹⁶:



Fuente: DANTAS DE OLIVEIRA, JOSÉ ANDRÉ, “Executive Program in International Tax Law”, Universidad de Leiden, Curso de postgrado sobre Tributación Internacional, Panamá, 2016.

¹¹⁶ DANTAS DE OLIVEIRA, JOSÉ ANDRÉ, Op. Cit.

2.2.2.3 Precio comparable no controlado: Precios Independientes Comparables (para importación) – PIC y Precios de Venta en la Exportación - PEVEX

El método del precio libre comparable y el precio de venta en la exportación corresponde al “CUP” de la OCDE. Consiste en la media aritmética ponderada de los precios de los productos, servicios o derechos, idénticos o similares, en las operaciones de compra y venta pactadas en condiciones iguales o similares. Se compara las contraprestaciones fijadas por las empresas vinculadas con aquellas contraprestaciones de los independientes, previo ajuste de contraprestaciones en los casos de operaciones similares entre independientes, a fin de llevar la operación similar a la mayor semejanza con la operación examinada (las diferencias pueden provenir de las condiciones de negocios, de la naturaleza física o contenido de los productos, etc.).

Lo cierto es que este método adolece de una escasa aplicación práctica¹¹⁷. Básicamente se aplica cuando la empresa cuenta con comparables internos, pues no es posible encontrar comparables externos dada la confidencialidad con que la competencia maneja esa información, salvo para los casos de *commodities* donde Brasil tiene una regulación especial que utiliza los valores de cotización como valores comparables y éstos se presentan en mercados transparentes. Por tanto su aplicación práctica se reduce a la existencia de comparables internos o ante la comercialización de *commodities*.

Es justamente en materia de *commodities* que la legislación brasileña introduce un cambio desde el año 2012 al incorporar un régimen especial para este tipo de productos que será materia de tratamiento en el acápite 2.2.2.6 siguiente donde se recoge el PECEX y el PIC.

2.2.2.4 Precio de Reventa: Precio de reventa en Brasil (para importación – PRL) y Precio de Reventa en el País de Destino (para exportación – PVV PVA):

La metodología del cálculo de este método de Precio de Reventa parte del promedio de los precios de venta en Brasil (para importación) o en el país de destino (para exportación) de los productos, derechos o servicios importados o exportados, respectivamente, a partir de (i) el uso del precio de venta neto, (ii) el cálculo del porcentaje que representa el producto respecto del costo total de lo importado o

¹¹⁷ DANTAS DE OLIVEIRA, JOSÉ ANDRÉ, “Executive Program in International Tax Law”, Universidad de Leiden, Curso de postgrado sobre Tributación Internacional, Panamá, 2016.

exportado: y, (iii) del valor de la participación del producto importado o exportado sobre el precio de venta neto.

En la fórmula, el precio parámetro del PRL corresponde a la diferencia entre el valor del producto importado sobre el precio neto de venta en el país y un margen de beneficio global de 20%, 30% o 40%, dependiendo del sector de la actividad. Este es el método más usado para el caso de las importaciones.

En la exportación, el método de venta al por mayor en el país de destino (PVA) tiene un margen de lucro de 15%, mientras que el método de venta al por menor en el país de destino (PVV) tiene un margen de lucro de 30%. Este no se usa por falta de información del país de destino y en la práctica en los últimos 15 años sólo se ha usado una vez¹¹⁸

2.2.2.5 Precio del Costo Incrementado en la Importación (CPL) y en la Exportación (CAP):

En la importación el CPL es muy poco utilizado debido a que depende de información del exterior que no es accesible. Se define como el costo promedio de la producción de los bienes, servicios o derechos, idénticos o similares, en el país donde fue producido originalmente, además de los impuestos cobrados en las exportaciones por ese país y un margen de lucro de 20%, calculado sobre el costo, antes de la incidencia de los impuestos, en el país de origen.

En la exportación, el método tiene en cuenta los costes de adquisición o producción de los bienes y servicios exportados, además de los impuestos y contribuciones cobrados en Brasil y el margen de lucro de 15% sobre la suma de los costos más impuestos y contribuciones. Este método es el más usado para exportaciones por la información disponible con la que se cuenta.

Hasta este momento podemos concluir, a la luz de los métodos explicados, que el sistema brasileño de precios en su conjunto es uno que se aparta de la OCDE y que no respeta el principio *arm's length*, salvo en cuanto al primero de sus métodos (comparable no controlado) y que en la práctica es utilizado por un 15% de las transacciones intragrupo en Brasil¹¹⁹.

¹¹⁸ DANTAS DE OLIVEIRA, JOSÉ ANDRÉ, "Executive Program in International Tax Law", Universidad de Leiden, Curso de postgrado sobre Tributación Internacional, Panamá, 2016.

¹¹⁹ DANTAS DE OLIVEIRA, JOSÉ ANDRÉ, *Ibid*.

Como lo hemos adelantado, la metodología de precios en Brasil (excluyendo al comparable no controlado) califica como un régimen de presunciones más que un régimen de valoración. Nótese que el sistema brasileño posibilita al contribuyente la utilización del método de precios de transferencia que más le acomode y arroje una menor carga tributaria.

Cabe indicar que el Centro Interamericano de Administraciones Tributarias (en adelante, CIAT), en una investigación llevada a cabo el 2013, calificó a las reglas de precios de transferencia de Brasil como “modelo brasileño”, reconociendo que el control de los precios de transferencia en tal país, difiere significativamente de las reglas implementadas en los demás países de la región y no lo compara con la metodología de la OCDE¹²⁰. Para el CIAT, las reglas de precios de transferencia del Brasil constituyen un “avance” en el diseño de medidas de control, que partiendo de las Directrices de la OCDE se acoplan o atienden a la realidad de las economías de la Región. Sin embargo, desde la perspectiva del contribuyente tal aseveración podría resultar discutible pues no sigue el principio de *arm's length*.

En cuanto a lo afirmado por el CIAT puede afirmarse que el régimen de precios brasileño (prescindiendo de su regulación de *commodities*) al comprender en su aplicación algunas presunciones “*juris tantum*”¹²¹ tiene como aspecto positivo cautelar el principio tributario de certeza (expresión del de seguridad jurídica), pues dota de claridad al sistema con reglas simples de fácil aplicación para los involucrados (caso de los márgenes fijos); cautelar el principio de simplicidad en la política fiscal pues reduce las cargas formales con menos documentación de soporte que probar. En contrapartida, este sistema al tener como componente una presunción legal, podría resentir el principio de igualdad (capacidad contributiva) al sacrificar la base cierta en la cuantificación de la dimensión económica del aspecto material del hecho imponible.

2.2.2.6 Descripción del régimen para *commodities* y análisis crítico

En el 2012, la Ley 12.715 creó dos nuevos métodos con carácter obligatorio para ser aplicados sobre *commodities*. Ellos son el método del “Precio de Cotización en la

¹²⁰ Centro Interamericano de Administraciones Tributarias (CIAT). *El control de la manipulación de los precios de transferencia en América Latina y el Caribe*. Patrocinadores: International Tax Compact (ITC) y Agencia Alemana de Cooperación Internacional (GIZ). Panamá, 2013. Pág. 64.

¹²¹ VINICIUS NEDER Marcos y MORAES DE ALMEIDA NOGUEIRA JUNQUEIRA, Lavinia. “Análisis de los criterios para la aplicación de los métodos de precios de transferencia PCI y PECEX”. EN: *Las operaciones con commodities en Tributos y Precios de Transferencia*. EN: Editora Dialética. Vol. 4, 1ra Edición, 2013.

Importación” o solamente “PCI”, y el “Precio de Cotización en la Exportación” o solamente “PECEX”.

Como quiera que nuestro objeto de estudio se restringe a la exportación, en los siguientes párrafos se pondrá especial énfasis en el PECEX, aunque se realizarán algunas referencias al PCI que es el método equivalente al PECEX pero para el caso de importaciones.

La definición del método PECEX se encuentra en el artículo 19-A de La Ley 9430/1996 según quedara modificado por la Ley 12.715 en los siguientes términos:

El método del precio bajo de venta de exportación - PECEX se define como los valores promedio diarios del precio de los bienes o derechos sujetos a precios públicos en bolsas de mercancías y de futuros reconocidas internacionalmente. Los precios de los bienes exportados y declarados por personas físicas o jurídicas domiciliadas o residentes en el país serán comparados con los precios de cotización de las mercancías y los futuros reconocidos, ajustados para más o para menos por la prima media del mercado en la fecha de la transacción, en el caso de las exportaciones siguientes:

I – realizadas entre personas o entidades vinculadas;

II – realizadas por residentes o domiciliadas en países o dependencias con tributación favorecida; o

III – realizadas por personas o empresas que se benefician de los regímenes fiscales privilegiados¹²².

En pocas palabras, el PECEX consiste en comparar la contraprestación pactada con los valores promedio de cotización del *commodity* el día de la transacción, ajustada por un premio.

Los activos comprendidos son aquellas materias primas y futuros con valores de cotización reconocidos internacionalmente en mercados centralizados. La ley tiene esa definición genérica del *commodity* limitándose a aludir a los activos que cuentan con cotizaciones en las respectivas bolsas, pero las Instrucciones Normativas sobre el particular postulan una lista de los activos considerados como materias primas para fines del PECEX en las que incluye a los concentrados de minerales^{123 124}. Insistimos en el hecho de que la Ley brasileña no contempla una definición y sus alcances se complican al tratarse de un término de origen inglés, siendo que para la Federación de Comercio de Sao Paulo son *commodities*, “[...] los productos homogéneos en cualquier lugar del

¹²² Artículo 19-A de la Ley 9430/1996 brasileña. Op. Cit., Traducción libre.

¹²³ Instrucción Normativa 1395/2013 y consulta de la Receita Federal de Brasil 176/2015 brasileñas. Traducción libre.

¹²⁴ Téngase en cuenta que no existe una bolsa de productos que cotice a los concentrados de minerales sino más bien a los metales con los que se vinculan.

mundo, que pueden ser comercializados en una cantidad estándar, con precios internacionales similares y negociados en bolsa de valores”¹²⁵.

Esos valores encontrados podrán ser ajustados a más o menos, por la prima media del mercado, a la fecha de la transacción. Por consiguiente, solamente los *commodities* sujetos a la cotización en bolsa están comprendidos en este método. Además, el método PECEX se vale de las cotizaciones ajustadas por el “premio medio de mercado”.

Por primera vez, la legislación brasileña de precios de transferencia ofrece la posibilidad de llevar a cabo ajustes positivos y negativos en los precios de los bienes exportados pues hasta su promulgación con la Ley 12715/12, los ajustes sólo se permitían cuando eran en favor del Fisco, regulación que sigue siendo válida para otros métodos aún existentes.

Para algunos autores brasileños este método es el que está más cerca del *arm's length* de la OCDE pues toma como estándar de comparación, los precios públicos de las materias primas y los mercados de futuros y porque adopta un mismo momento entre la fecha de la transacción y el precio de mercado, desplazando la ficción contenida en el precio promedio anual, presente en otros métodos.

Sin embargo, para otros¹²⁶ este método tampoco acoge el principio *arm's length* de la OCDE, puesto que su regulación no deja claro cuáles son los bienes comprendidos dentro del concepto *commodity* y en razón a que toma un cúmulo de operaciones realizadas en un día, las mismas que promedia, en lugar de practicar un análisis transacción por transacción que es lo que exigiría el método comparable no controlado buscando una operación idéntica o similar. Con la aprobación de las medidas anti “BEPS” este método brasileño sería muy parecido a lo que hoy postula la OCDE como método sugerido para *commodities* (véase el acápite 2.1.3) que se basa en los valores de cotización, considerándolo como una modalidad válida dentro del método comparable no controlado.

Podemos afirmar que el sistema brasileño de precios en su conjunto es uno que se aparta de la OCDE y que no respeta el principio *arm's length*, salvo en cuanto a estos métodos PECEX y PCI –al igual que el método comparable no controlado del que se derivan-. Paradójicamente se observa que mientras Argentina tiene una aplicación plena respecto del estándar *arm's length*, salvo en cuanto al denominado sexto método, el caso brasileño es completamente inverso pues como regla general no aplica el estándar (sino reglas

¹²⁵ Fecomercio. Ver en: <http://fecomerciosp.blogspot.com.br/2011/04/as-commodities-e-o-brasil.html>

¹²⁶ VINICIUS NEDER Marcos y MORAES DE ALMEIDA NOGUEIRA JUNQUEIRA, Lavinia. Op. Cit.

presuntivas), salvo en el método para *commodities* en donde se aproxima a una regulación similar a la que postula la actual OCDE¹²⁷.

Ahora bien, no debe pensarse que lo anterior significa concluir a que el método PECEX cumple con el estándar *arm's length* pues lo que se afirma es que ese método se acerca a la posición actual de la OCDE, aunque difiere en un aspecto fundamental, cual es que la OCDE sigue privilegiando el método más adecuado como el conveniente para *commodities* (que no necesariamente tendrá que ser el CUP y dentro de éste el valor de cotización). De hecho la metodología brasileña tiene una serie de características que lo alejan del estándar tradicionalmente concebido, como las siguientes: (i) impide la elección de cualquier otro método; (ii) tiene una definición amplia de *commodity* incorporando no sólo a los productos que tienen valores de cotización sino a materias primas vinculadas con tales productos, caso del concentrado; (iii) utiliza precios promedios de una serie de transacciones no realizando una comparación transaccional; y, (iii) la cuantificación de los ajustes constituye un problema, ya que el igualar la operación sujeta a examen con la cotización implica determinar sobreprecio o descuento en base a las particularidades de la transacción y el bien, lo que lleva a subjetividades que obligan a identificar operaciones similares para justificar los ajustes.

Es justamente este último aspecto el que se ha convertido en el más difícil en materia de fijación del precio del *commodity* ya que la ley brasileña no define qué debe entenderse por ajuste por “premio medio de mercado”, habiéndolo hecho la Receta Federal de Brasil estableciendo que premio incluye “[...] cambios en la calidad, las características y el contenido de la sustancia de los bienes vendidos”¹²⁸. La idea del ajuste (o premio como lo denominan los brasileños) existe para compensar posibles diferencias entre el producto que se negocia y el que se toma de la bolsa de productos, en base a las particularidades de la transacción y el bien, situaciones que podrían variar en función base a la región del comprador o vendedor, el cultivo de los productos etc.

La demostración del valor del ajuste es el principal dolor de cabeza que vienen padeciendo los contribuyentes y la administración tributaria brasileña.

Por el tema específico que convoca el presente trabajo, cual es la exportación de concentrados, debe advertirse que la regulación brasileña resalta que estos cambios o ajustes de valor responden a situaciones endógenas del producto (calidad, características,

¹²⁷ Debemos hacer notar que dado que la OCDE varía los alcances de lo que considera dentro del estándar o fuera del estándar *arm's length* es importante verificar el momento en que una jurisdicción adoptó la regulación de precios de transferencia pues pudo ser influenciada por el *soft law* de la OCDE vigente en ese momento, sin perjuicio de que además se tengan en cuenta la regulación OCDE actual.

¹²⁸ Instrucción Normativa 1.312/2012 brasileña. Traducción libre.

contenido de la sustancia), no quedando claro si situaciones también endógenas como los gastos de tratamiento para convertir el concentrado en metal o exógenas como transporte y seguro, son consideradas como causales de ajuste en Brasil.

2.2.2.7 Tal cómo está regulada la fijación de precios de transferencia de *commodities* en Brasil ¿se considera que es una metodología dentro del denominado método comparable no controlado?

No existe disposición expresa al respecto. Sin embargo, sabemos que tanto en el método comparable no controlado como en el método PECEX, una vez hecha la comparación de precios practicados entre personas vinculadas y personas independientes, el valor de los productos debe ser ajustados para minimizar los impactos causados por diferencias en las condiciones de negocio y mercado. En ese sentido ambos son métodos transaccionales que presuponen la existencia de operaciones comparables.

Es por ello que el método PECEX está más cerca del método de precios libres comparados (CUP) que de los otros. Sin embargo, la principal diferencia entre los dos métodos es que en el comparable no controlado hay una comparación de precios, mientras en el PECEX hay una comparación de los ajustes. Por lo tanto, la metodología del PECEX lleva a subjetividad, siendo necesario identificar operaciones similares para acreditar el ajuste. Es decir, no basta solamente la aplicación de un criterio objetivo para el cálculo de las cotizaciones medias.

2.2.2.8 Precedentes administrativos y judiciales

No se tiene conocimiento de precedentes administrativos y judiciales que enfrenten directamente la materia del PECEX en razón a que se trata de una regulación nueva en Brasil¹²⁹, pero sí existe un vasto debate doctrinario en cuanto a la constitucionalidad del sistema de control de precios como todo.

Un sector de la doctrina brasileña entiende que el principio del *arm's length* debe ser considerado parte del principio de igualdad consagrado en el artículo 5 de la Constitución Brasileña y, en especial del de capacidad contributiva (principio tributario correlato del derecho de igualdad)¹³⁰.

¹²⁹ En materia de precios de transferencia en general destaca el caso BASF cuya controversia se centró en determinar si el sistema de precios de transferencia brasileño vulneraba los alcances del artículo 9 del Convenio para evitar la Doble Imposición suscrito entre Brasil y Alemania. El pronunciamiento de última instancia dio la razón al Estado. Sentencia del Poder Judiciário (Brasil). Proceso de Agravo de Instrumento 0044489-25.2008.4.03.000/SP, del 22 de enero de 2015.

¹³⁰ SCHOUERI, Luis Eduardo. *Preços de transferência no Direito Brasileiro*. Dialética, São Paulo, 2013, Pág. 17.

Sobre esta discusión, a nuestro juicio, encuentra razón en la igualdad horizontal que es la capacidad contributiva que es siempre relativa y presupone una comparación. De esta forma, es necesario tener algunos parámetros para diferenciar a los contribuyentes que no están en situación equivalente. Esto es lo que en teoría pretende hacer el *arm's length*.

Las reglas de precio de transferencia instituidas en Brasil desde 1996 estarían justificadas por el principio de capacidad contributiva y un examen de constitucionalidad, que excede los alcances de este trabajo, podría determinar si la regulación de precios vulneró o no el principio.

2.3 ¿Cumple con el *arm's length* el método propuesto por OCDE y el “sexto método” propuesto por OCDE y el que viene aplicando la región?

De lo expuesto, concluimos que el informe final de la OCDE sobre el denominado “sexto método” constituye un retroceso frente al original a tal punto que no se advierte ya utilidad de contar con un método especial auspiciado por la OCDE para *commodities*. Como quiera que la OCDE ha mantenido este método especial puede considerarse que ese hecho resiente el *arm's length* toda vez que este método sigue propiciando el uso del CUP y el valor de cotización, así también (como último recurso) la fecha de embarque para la transacción.

De otro lado, en caso de las jurisdicciones latinoamericanas analizadas, aunque por razones distintas, concluimos que su regulación sobre la fijación de precios de *commodities* no cumple con el *arm's length*.

CAPÍTULO III: Peculiaridades de la fijación de precios en productos mineros originados en Perú y aplicación del sexto método peruano a tales productos

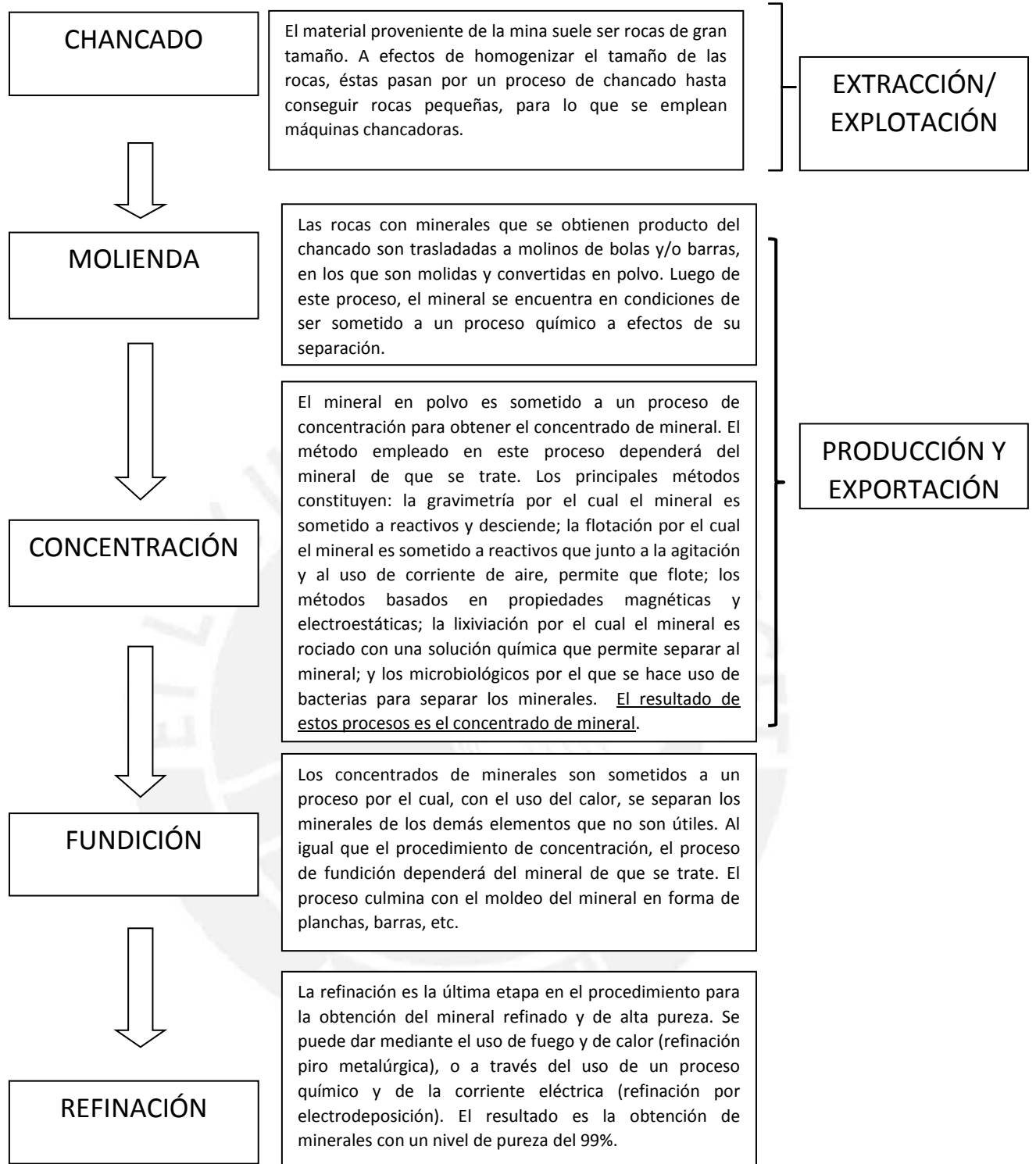
Peculiaridades de la fijación de precios en productos mineros originados en Perú y aplicación del sexto método peruano a tales productos

3.1 Proceso productivo minero

El proceso productivo minero está conformado por una serie de actividades, las que pueden o no ser desarrolladas por una misma empresa. A continuación mostraremos un gráfico del proceso metalúrgico¹³¹:



¹³¹ Fuente: “De mineral a metal: el proceso de transformación”. EN: *Informe Quincenal de la SNMPE*. Ver en: <http://www.snmpe.org.pe/pdfs/Informe-Quincenal/Mineria/Informe-Quincenal-Mineria-De-mineral-a-metal-el-proceso-de-transformacion.pdf> (Fecha de consulta: 27.02.2012)



Fuente: “De mineral a metal: el proceso de transformación”. En Informe Quincenal de la SNMPE. Ver en <http://www.snmpe.org.pe/pdfs/Informe-Quincenal/Mineria/Informe-Quincenal-Minería-De-mineral-a-metal-el-proceso-de-transformación.pdf> (fecha de consulta 27.02.2012)

Las compañías mineras a nivel mundial realizan el proceso antes descrito hasta la etapa de concentración. Sus plantas productivas sólo están preparadas para llevar a cabo el proceso hasta ese punto. Las etapas de fundición y refinación son realizadas por las refinерías.

Así, una compañía minera puede vender el concentrado de mineral que produce o vender el metal pero para esto último, en forma previa debe contratar una refinерía para su fundición y refinación. En el primer caso se estará ante un contrato de compraventa de concentrados, en el que se transfiere la propiedad de los mismos al comprador a cambio de un precio. En el segundo caso, la entrega de los concentrados a la refinерía no se realizará en propiedad y la refinерía estará obligada a entregar a la compañía minera los metales refinados que obtenga, quien luego los venderá en el mercado.

En el segundo caso mencionado, la compañía minera contrata un servicio (maquila) e incurre en un gasto efectivo por concepto de fundición y/o refinación. Sin perjuicio de ello, nótese que en el primer caso las partes pueden hacer referencia al “gasto de tratamiento” en el contrato de compraventa y en la documentación que produzcan durante su ejecución, pero en un contexto distinto, pues lo hacen para aludir a uno de los ajustes que conforma la fórmula de cálculo del precio de venta del concentrado -cuyo detalle veremos después-, fórmula mediante la cual se reconoce que tomar como referencia la cotización internacional de los metales refinados para valorar el concentrado, obliga a descontar el valor agregado que los metales refinados tienen por encima del valor de los concentrados, el mismo que les es conferido por los procesos de fundición y refinación. El uso coloquial del término “gasto de tratamiento” no debe llevar a confusión en este aspecto.

3.2 La fijación de precios en el mercado de concentrados de minerales: Objetivos de los acuerdos y autonomía de la voluntad – La oferta y demanda

A nivel mundial, los precios de los concentrados se determinan técnicamente en base a fórmulas complejas, que son mutuamente acordadas por las partes que intervienen en los respectivos contratos y que se elaboran con la finalidad de obtener tres objetivos básicos:

- a) Lograr que la contraprestación responda a la correcta naturaleza del bien que es materia de venta, situación que abordaremos en el punto 3.3.
- b) Lograr que la contraprestación responda a las correctas condiciones de venta que las partes acuerden, aspecto que trataremos en el punto 3.4.

- c) Lograr que la contraprestación responda a las especiales características del giro de negocio de las partes involucradas, las mismas que se desarrollarán en el punto 3.4.

A fin de comprender con claridad los aludidos objetivos, se debe, ante todo, entender que estas fórmulas son el fruto de muchos años de negociaciones entre partes independientes, con intereses contrapuestos, en distintas partes del mundo, por lo que representan la costumbre internacional generada sobre la base del libre albedrío, la autonomía de la voluntad y el libre juego de oferta y demanda. En ese orden de ideas, mediante estas fórmulas se obtiene como resultado final una contraprestación para los concentrados que se ajusta a los parámetros normales en el mercado, bajo estándares internacionalmente aceptados de precios de transferencia (*arm's length*). Ello ocurre cuando los pactos se forman entre sujetos no vinculados y el mismo efecto debe lograrse cuando los pactos se realizan entre vinculadas a fin de cumplir el estándar de *arm's length*.

3.3 Naturaleza del bien materia de transacción: Los concentrados

Un primer elemento importante para entender cabalmente estas fórmulas, es la particular naturaleza del concentrado de mineral. Cada yacimiento o mina tiene características propias que determinan que el producto de su explotación sea único y difícilmente comparable con otros. En efecto, cada yacimiento o mina arrojará como producto concentrados con leyes y composiciones diferentes, que los hacen incomparables entre sí.

Teniendo en cuenta lo anterior, no resulta posible establecer cotizaciones uniformes o precios de referencia internacionales respecto de los concentrados, como sí es posible hacer respecto de los metales en su máximo nivel de pureza, estado en el cual adquieren la fungibilidad que les permite obtener la calidad de *commodities* y ser transados en las bolsas de productos o bolsas de metales, como la “London Metal Exchange” (LME). Los metales se encuentran contenidos en los concentrados de mineral, generalmente acompañados de otros metales y de material residual. Son aislados y llevados a su máximo nivel de pureza, sometiendo los concentrados en los que se encuentran contenidos a los procesos metalúrgicos de fundición y refinación.

Todo ello explica el primer objetivo que se persigue alcanzar con las fórmulas de fijación de precios de los concentrados. Como quiera que en el mercado internacional las cotizaciones o precios de referencia aluden a los metales aislados y en máximo nivel de pureza que se encuentran contenidos en los concentrados de mineral, mas no a dichos concentrados, se hace necesario establecer fórmulas de cálculo que, tomando como una

referencia la cotización internacional de los metales contenidos en el concentrado, realicen ajustes que permitan llevar esos precios de referencia a un nivel efectivamente representativo del bien que es materia de transacción.

En ese orden de ideas, las fórmulas que se utilizan en el mercado incorporan variables asociadas a:

- Los porcentajes de humedad de cada concentrado.
- La ley o nivel de concentración de los metales contenidos en cada concentrado.
- El grado o porcentaje de recuperación de los metales contenidos en los concentrados, que permiten los procesos de fundición y refinación.
- El costo de los procesos de fundición y refinación a los que debe aún ser sometido el concentrado que es materia de venta, para convertirlo en metal refinado.

Mediante estas variables se busca valorizar los concentrados en función a su contenido de metales recuperables, reconociendo los efectos de los procesos metalúrgicos que deberán seguirse luego de la operación de venta del concentrado, para efectuar esa recuperación.

Así, se parte por reconocer que el concentrado contiene un porcentaje de agua o humedad, que debe ser materia de ajuste en cuanto al peso, para determinar su contenido efectivo de metales.

Luego, se reconoce que cada concentrado de mineral contiene su propia y única composición, la misma que puede estar integrada por uno o varios metales recuperables en proporciones y grados de concentración (leyes) que varían sustancialmente de un concentrado a otro, en función a su origen.

Adicionalmente, se reconoce que en el proceso de fundición y refinación, como en todo proceso industrial, existen mermas, por lo que, si se quiere valorar el concentrado en función a los metales que se podrán obtener de él, debe reconocerse que una porción de cada metal contenido en cada concentrado no podrá ser recuperada.

Finalmente, se reconoce que los metales refinados incorporan en sus cotizaciones internacionales el valor agregado que le confieren los procesos metalúrgicos de fundición y refinación, del que carecen los concentrados de mineral cuando son vendidos antes de ser sometidos a dichos procesos, por lo que, a fin de valorizar estos últimos correctamente para efectos de su venta, debe descontarse dicho valor agregado, el mismo que está

representado por el costo que los procesos de fundición y refinación suponen, conocido también como gasto de tratamiento o *treatment charge*.

Las fórmulas para establecer el precio de los concentrados se estructuran, por tanto, sobre la base de las cotizaciones o precios de referencia de bienes distintos de los concentrados, pero relacionados con ellos, como son los metales que los mismos contienen. Sobre esa base, se practican ajustes que reconocen las diferencias que existen entre el concentrado de mineral y los metales refinados, así como las características y costos de los procesos a los que posteriormente deberán ser sometidos los concentrados, para poder obtener los metales refinados.

En ese orden de ideas, los ajustes son la manifestación práctica del ejercicio que deben realizar las partes de un contrato de compraventa de concentrados, para calcular el precio al que están dispuestas a comprar o vender dichos bienes. Es más, son el principal factor de negociación puesto que el valor del metal es un precio que no pueden manejar. Estos ajustes representan las diferencias que las partes reconocen de mutuo acuerdo, entre los concentrados de mineral que son materia de compraventa efectiva y otros bienes distintos, como los metales refinados, que son obtenidos a partir de los primeros y cuyas cotizaciones a nivel internacional son utilizadas como referente. Son, en buena cuenta, estimaciones que las partes realizan respecto a lo que el comprador podrá obtener en un futuro a partir del bien que está adquiriendo, sobre las cuales transan y convienen durante el proceso de negociación y fijación de precios de los concentrados. No representan, en forma alguna, costos o gastos en los que dichas partes incurran de manera efectiva.

De lo expuesto se infiere que el concentrado no es un *commodity* mientras que el metal sí lo es. Y lo es al tratarse de un bien fungible que cuenta con cotización. Recordemos que cuando aludimos a *commodities* entendemos que estos son: “Mercancías, artículos de comercio, o de consumo, y, sobre todo, artículos de primera necesidad. En derecho se suele utilizar este término dentro de la categoría de bienes fungibles. Esto quiere decir que un bien es perfectamente reemplazable o sustituible por otro de las mismas características. Por ejemplo, una tonelada de arroz de la variedad blue Bonnet es equivalente a otra tonelada de arroz blue Bonnet. Como caso opuesto, un cuadro de Picasso no es reemplazable ni sustituible”¹³².

¹³² BONTA, Patricio – FARBER, Mario. Grupo Editorial Norma, 1994, Pág. 20.
<https://books.google.com.pe/books?id=sJikTspq7iUC&pg=PA20&dq=que+es+commodity+definicion&hl=es&sa=X&ved=0ahUK Ewj-jbnm54jPAhVD1x4KHcyaAUoQ6AEIHjAB#v=onepage&q=que%20es%20commodity%20definicion&f=false>

3.4 Condiciones de la transacción

Un segundo aspecto que influye en las fórmulas de cálculo que usualmente se utilizan para fijar los precios de los concentrados de mineral, son las condiciones de entrega acordadas por las partes.

El valor agregado que contienen los metales refinados que son objeto de cotización internacional en comparación con los concentrados de mineral, que les es conferido por los procesos de fundición y refinación a partir de los cuales se obtienen, debe ser descontando de dicha cotización internacional para valorar debidamente y fijar el precio de un concentrado de mineral que no ha sido sometido a esos procesos, como se ha expuesto anteriormente.

Dicho valor agregado se estima o calcula sobre la base del costo de los mencionados procesos, el mismo que puede incluir los costos necesarios para trasladar los concentrados desde la mina de origen hasta la refinería, si ellos corren de cargo de la propia refinería o de quien adquiere el concentrado a la compañía minera. Como quiera que muchas veces la mina y la refinería se ubican en países distintos, esos costos de traslado pueden incluir fletes y seguros de transporte internacionales, gastos logísticos de despacho, fletes internos, entre otros.

En ese orden de ideas, un segundo grupo de ajustes puede ser incorporado por las partes en la fórmula de cálculo del precio de los concentrados, cuando existan diferencias entre la ubicación de la refinería cuyos precios por tratamiento se toman como referencia y el punto de entrega acordado por las partes en función a Incoterms, pues en tal supuesto todos o parte de los costos de traslado hasta la refinería correrán por cuenta del comprador.

Al igual que en el caso de los ajustes por naturaleza del bien transado, este segundo grupo de ajustes persigue reconocer la realidad de la transacción comercial. Las partes reconocen, que el bien materia de compraventa es concentrado de mineral y no metal refinado, razón por la cual practican los ajustes mencionados en el acápite anterior. Además, conforme a las condiciones acordadas se debe adicionar como otro ajuste los costos de traslado del concentrado desde la mina hasta la refinería. Si el compromiso de entrega que asume la compañía minera vendedora fuera en la propia refinería o en el puerto de destino del país en que se encuentra ubicada, las partes se limitarían a descontar el costo que atribuyan de común acuerdo al proceso mismo de fundición y refinación,

para fijar el precio del concentrado; pero si, como es usual, las partes convienen en que la entrega se realice en un punto diferente, realizarán ajustes adicionales que representarán aquellos costos de traslado en los que no incurrirá el vendedor y que, por tanto, correrán por cuenta del adquirente por virtud del pacto contractual, motivo por el cual no deben incorporarse al precio.

Así por ejemplo, si una compañía peruana vende concentrado de mineral a una refinería china en términos FOB Callao, será parte de la fórmula de cálculo del precio de dicho concentrado el ajuste por “gastos de tratamiento” y, adicionalmente, también lo será el ajuste por los costos de traslado desde el puerto del Callao hasta la refinería en China. Este último puede efectuarse bajo la forma de un mayor ajuste por “gastos de tratamiento” o como un ajuste aparte, ambas fórmulas son de práctica común y tienen efectos matemáticos equivalentes.

3.5 Características del negocio de las partes involucradas

Los agentes que intervienen de una u otra manera en el mercado de metales comparten una característica particular, son tomadores de precios o *price takers* en un mercado cuyo producto final es un *commodity* que se comercializa en mecanismos centralizados de negociación o bolsas de productos a nivel internacional, como la LME¹³³, hecho determinante que modela por completo sus estructuras de negocios.

El concepto de tomador de precios o *price taker*, aplicado a empresas productivas, se define como una empresa que puede alterar sus niveles de producción y ventas sin afectar significativamente el precio de su producto en el mercado¹³⁴. Por contraposición, el fijador de precios o *price maker* es un monopolio o una compañía que se encuentra en situación de competencia monopólica, que tiene el poder para influir significativamente en el precio de su producto en el mercado¹³⁵.

En el caso de los metales, su fungibilidad les otorga la calidad de *commodities*¹³⁶ y su comercialización a nivel mundial en mecanismos centralizados de negociación les otorga una condición peculiar, que afecta a toda la cadena previa de producción y comercialización.

¹³³ Investopedia. Ver en:

<http://www.investopedia.com/terms/l/londonmetalexchange.asp#axzz1nhQVwbA0>

¹³⁴ Investopedia. Ver en: <http://www.investopedia.com/terms/p/pricetaker.asp#axzz1nhQVwbA0>

¹³⁵ Investopedia. Ver en: <http://www.investopedia.com/terms/p/pricemaker.asp#axzz1nhQVwbA0>

¹³⁶ Investopedia. Ver en: <http://www.investopedia.com/terms/c/commodity.asp#axzz1nhQVwbA0>

Así, las refinerías que producen el metal refinado son tomadores de precio o *price takers*, pues el producto que comercializan se transa en un mercado globalizado con altos niveles de competencia, cuya referencia de precio o valor de mercado está dada por entidades distintas a ellas, como son los mecanismos centralizados de negociación o bolsas de metales, sobre el cual no tienen posibilidad de influir de manera significativa. Esta situación las obliga a “tomar” el precio que dictan las bolsas como cotización al momento de la venta, es decir, a fijar sus precios de venta en función al precio de mercado que dictan esos mecanismos centralizados.

Ello influencia también las adquisiciones de la materia prima que requieren para obtener los metales refinados, es decir, el concentrado de mineral. Como se ha explicado anteriormente, ya sea que adquieran el concentrado de *trader* o directamente de empresas mineras, el precio de mercado dictado por las bolsas de metales es el que se toma como referencia para valorizar dicho concentrado, por ser la forma de valoración más idónea dada la naturaleza del bien. En efecto, el concentrado de mineral se valoriza en función a su contenido de metales recuperables, porque son éstos los que le confieren un valor comercial; para tal efecto, se utilizan las cotizaciones de los metales refinados y los ajustes que hemos comentado en los dos acápites anteriores.

En consecuencia, las refinerías adquieren el concentrado de mineral que les sirve de materia prima, fijando precios en función a la cotización de los metales que podrán recuperar de esos concentrados. Luego de someter los concentrados al proceso de fundición y refinación, venden los metales ya refinados que obtienen en base a esa misma cotización. Se aprecia entonces que, el hecho de ser tomadores de precios en un mercado con mecanismos centralizados de negociación, restringe la posibilidad de las refinerías de obtener un margen de ganancia producto de la adquisición a menor precio y posterior reventa a un precio superior. Por el contrario, las expone a los vaivenes de la cotización internacional de los metales, que bien podrían determinar que adquieran el concentrado a un precio calculado en base a una determinada cotización de los metales que se esperan recuperar a partir de él y que luego, cuando vendan el producto obtenido, deban hacerlo a una cotización inferior.

Las refinerías, en consecuencia, no pueden confiar sus resultados financieros a la eventual alza de los metales y adoptan una serie de medidas que les permiten garantizar rentabilidad. Por ese motivo, estructuran su negocio sobre la base de instrumentos financieros derivados, que les garantizan que las variaciones de la cotización en bolsa les

resulten inocuas. Al mismo tiempo, negocian con los vendedores de los concentrados en aquellas variables de la fórmula de cálculo del precio de los concentrados respecto de las cuales sí tienen capacidad de influir, es decir, los ajustes por naturaleza del bien vendido o por condiciones de la transacción, antes comentados.

Como quiera que, según se ha explicado anteriormente, los ajustes nunca están referidos a costos o gastos efectivos realizados por las partes, sino que representan estimaciones que dichas partes realizan respecto de lo que el comprador podrá obtener en un futuro a partir del bien que está adquiriendo, las partes se encuentran en capacidad de negociar sus valores de forma tal que cada agente del mercado obtenga una rentabilidad razonable que le permita hacer negocio. Es por esto que decimos que las fórmulas de determinación de los precios de los concentrados responden a la costumbre internacional forjada en base al libre albedrío, la autonomía de la voluntad y el libre juego de la oferta y la demanda.

Así por ejemplo, es convención universal y se utiliza de forma homogénea en todo contrato de venta de concentrados compuestos principalmente por Zinc, que el ajuste que se practica al calcular el precio para estimar la cantidad de Zinc contenida en el concentrado que puede ser recuperada mediante los procesos de fundición y refinación, sea siempre el 85% o una deducción mínima de 8 unidades o puntos porcentuales sobre la ley del concentrado, el que arroje un resultado menor. Esto significa que las partes que intervienen en un contrato de este tipo asumen, para efectos de la fijación del precio, que en el proceso de fundición y refinación sólo se recupera el 85% del metal contenido en el concentrado, o que en dicho proceso se pierden a título de merma 8 puntos porcentuales de la ley del concentrado, lo que arroje un resultado menor.

En los hechos, el concentrado vendido por ejemplo a una refinería, puede posteriormente ser sometido a procesos de fundición y refinación por medio de los cuales se obtengan porcentajes de recuperaciones mayores, un hecho que ambas partes conocen y aceptan. La diferencia, que es producto de la eficiencia de la refinería, es donde ésta obtiene un mayor margen de ganancia. Dicho de forma sencilla, ambas partes saben que la refinería puede recuperar un porcentaje superior al 85% o que la merma no es de 8 puntos de la ley del concentrado, pero universalmente se conviene en realizar ese ajuste pues se reconoce que, dadas las características del mercado de metales, donde todos los agentes que intervienen en la cadena productiva y de comercialización son tomadores de precios y están sujetos a los vaivenes de la bolsa, la rentabilidad de la refinería depende de su eficiencia en recuperar más metal que el estimado al momento de adquirir el concentrado.

Otro ajuste negociable donde la refinería garantiza su rentabilidad, es el relativo a los “gastos de tratamiento” que representa el valor agregado que los procesos de fundición y refinación confieren a los metales refinados por sobre los concentrados de mineral. Como se ha mencionado anteriormente, tal ajuste se realiza de mutuo acuerdo en reconocimiento de que, si bien se utiliza como referencia la cotización de los metales refinados contenidos en el concentrado para fijar el precio de este último, el concentrado no ha pasado aún por los procesos de fundición y refinación, por lo que no puede tener el valor agregado que éstos confieren al metal refinado. Como es evidente, para la refinería tales procesos suponen costos, sobre los cuales aplican un margen de ganancia. De esta forma, al momento que una refinería calcula el precio que pagará por adquirir el concentrado, buscará asignar al ajuste por “gastos de tratamiento” un valor que le permita obtener una rentabilidad, negociando el monto respectivo con su vendedor, lo que en forma alguna significa que preste a favor de su vendedor un servicio de fundición y refinación.

Existen situaciones en las cuales las refinorías adquieren materias primas (concentrados de mineral) que luego transforman en metales refinados que venden en el mercado por su propia cuenta y riesgo. En dichas situaciones, como quiera que los precios de la materia prima se fijan universalmente en base a su contenido de metales y al valor de estos últimos en el mercado, el costo de la fundición y refinación o “gasto de tratamiento” debe ser incorporado en la transacción, como una variable representativa del valor agregado que los concentrados no tienen por comparación con los metales refinados y que, por tanto, debe ser ajustada o descontada al calcular su precio. Tal ajuste no debe ser confundido con una compensación, pues si la refinería adquiere los concentrados en propiedad y no se compromete a entregar los metales refinados que obtenga a quien le entrega los concentrados, no existe servicio de maquila ni deuda alguna asociada a él que pudiera ser compensada.

Al igual que las refinorías, los otros agentes que intervienen en la cadena productiva y de comercialización de los metales, como son los *traders* y las compañías mineras, se ven condicionados por el precio de mercado de los metales refinados representado por la cotización en bolsa internacional.

Los comercializadores *traders* por ejemplo, que adquieren concentrados de mineral de las compañías mineras y están expuestos a las mismas contingencias que las refinorías, también estructuran sus negocios sobre la base de la toma de instrumentos financieros

derivados de cobertura para protegerse de la variación de la cotización internacional y sobre la base de la negociación de los ajustes que se practican en el precio de adquisición de los concentrados.

Es fuente de la rentabilidad de un *trader* por ejemplo, la negociación de los ajustes por condiciones de transacción, particularmente fletes internacionales y otros gastos logísticos de traslado. Un *trader* negociará los ajustes por este concepto tanto al momento de adquirir el concentrado de mineral como al momento de venderlo, de forma tal que la diferencia le deje un margen de ganancia. De igual forma, es fuente de la rentabilidad de un *trader* la negociación de los ajustes por “gastos de tratamiento” tanto con las compañías mineras a quienes compra el concentrado, como con sus propios compradores, de forma tal que la diferencia le suponga un margen de ganancia.

En el caso de las compañías mineras la situación es similar, al ser el método más eficiente y la costumbre internacional el fijar los precios de los concentrados en base a la cotización de los metales que contienen, estas compañías se convierten también en tomadoras de precios, condicionadas a dicha cotización. Al igual que en los casos antes mencionados, las compañías mineras transan con sus compradores respecto de los ajustes por naturaleza del bien y por condiciones de transacción y, en muchos casos, deciden no exponerse a los vaivenes de la cotización internacional al tomar instrumentos financieros derivados de cobertura que les garanticen una cotización base para su fijación de precios y que les permitan alcanzar un margen de rentabilidad razonable por encima de sus costos y gastos operativos.

3.6 Cláusulas usuales de fijación de precios - Los usos y costumbres internacionales

El contrato de compraventa de concentrados es por lo general un contrato tipo, pactado a largo plazo, que tiene como principales cláusulas a las siguientes:

3.6.1 Cantidad y duración:

Se fija un volumen materia de la venta total distribuido en embarques periódicos y con duración de largo plazo.

3.6.2 Entrega:

El comprador tiene la opción de elegir, generalmente para cada embarque, entre otras, las siguientes modalidades de entrega de mineral:

- a) CIF Free Out (Puerto Designado) o Paridad en condiciones de costo, flete y seguro aplicables al puerto de descarga, y/o CIF libre (Puerto Designado) y/o paridad de flete sin restricción hasta el destino final.
- b) FOB, en el que el vendedor otorgará al comprador una compensación o ajuste por costos de flete y seguro marítimo, a ser acordada caso por caso de acuerdo a las condiciones del mercado. En este supuesto, el comprador tendrá derecho a recibir los concentrados en condiciones FOB, en cuyo caso el vendedor compensará al comprador los costos de flete y seguro hasta el puerto de destino, mediante un ajuste.
- c) CIP (Depósito país comprador), en las que el vendedor otorgará al comprador una compensación o ajuste por costos de flete, seguro marítimo, gastos logísticos y gastos de embarque a la nave de acuerdo a las condiciones del mercado.

Para las entregas a que se refiere el literal a), la contraprestación por CIF Free Out (Puerto de Destino), será pactada de mutuo acuerdo entre el comprador y el vendedor, caso por caso, considerando las condiciones de mercado al momento del embarque.

Los ajustes mencionados en los literales b) y c) anteriores corresponden al grupo de ajustes por condiciones de transacción a los que mediante estas cláusulas, las partes reconocen que la entrega se produce en un punto diferente al lugar donde se ubica la refinería, lo cual incrementa el costo de los procesos de fundición y refinación para el comprador, por lo que corresponde efectuar un ajuste al precio, que puede manifestarse como un ajuste adicional o como un incremento del ajuste por “gastos de tratamiento”.

3.6.3 Precio:

En una cláusula como ésta, las partes incorporan los ajustes típicos por naturaleza del bien transado a los que hemos aludido anteriormente (humedad, ley, recupero, gastos de tratamiento y penalidades).

El precio será pagado en un porcentaje sobre la ley del mineral, por ejemplo, al 85% del contenido final de Zinc y al 95% del contenido de Plomo final, sujeto a deducciones de unidades, multiplicado por la cotización de referencia que las partes acuerden. Dicha cotización puede ser, como ejemplo, el promedio de las cuatro cotizaciones oficiales de zinc de alto grado especial, con referencia a la cotización Settlement, publicada en el Metal Bulletin de la bolsa de metales London Metal Exchange.

Asimismo, se acuerda que se deducirán los denominados “gastos de tratamiento” y penalidades.

El 85% en el caso del Zinc y el 95% en el caso del Plomo representan el estimado que las partes realizan de común acuerdo, respecto al contenido de metales que puede ser recuperado por el comprador cuando someta al concentrado a los procesos de fundición y refinación.

Adicionalmente, se acuerda que se ajustarán los “gastos de tratamiento”, que como hemos señalado anteriormente, representan el valor agregado que los metales refinados obtienen por encima de los concentrados luego de los procesos de fundición y refinación. El reconocimiento de esa diferencia entre el *commodity* cuya cotización se utiliza como referencia y el bien cuyo precio se está fijando, se plasma en este ajuste cuyo monto las partes negocian.

Finalmente, se acuerda ajustar las penalidades por contenidos de metales y residuos en el concentrado que dificultan o encarecen su proceso de refinación, las mismas que también se fijan de común acuerdo.

3.6.4 Periodo de cotización:

En los citados contratos se prevé la forma cómo las partes determinarán el valor de cotización que será aplicable a cada entrega de concentrados, estableciendo varias opciones:

- 1. A elección del Comprador.-** El Comprador podrá fijar un periodo de cotización entre diferentes opciones que, a título de ejemplo, pueden ser: a) el mes programado de entrega del metal; o, b) el segundo mes siguiente al arribo de la nave al puerto de descarga; o c) el tercer mes siguiente al mes de arribo al puerto de descarga.
- 2. A elección del Vendedor.-** El Vendedor puede tener el derecho de fijar la cotización de los concentrados hasta antes que se inicie el periodo de cotización establecido en el punto 1. El valor fijado por el Vendedor, constituirá la cotización referencial de la operación de venta, si ésta es aprobada por el Comprador. Se trata de un mecanismo que las partes pueden prever para garantizarse la posibilidad de aprovechar una coyuntura favorable en la bolsa, en caso ésta se presente.

Se aprecia de lo expuesto que los contratos típicos de compraventa de concentrados de mineral incorporan en su articulado referencias a “gastos de tratamiento” o a “costos de flete y seguros” o “gastos logísticos”, entre otros. Tales referencias, como queda claro del contexto en que se realizan, no suponen que alguna de las partes preste a favor de su contraparte servicios de fundición y refinación, servicios de traslado, de seguros o servicios logísticos. Por ende, tampoco suponen que alguna de las partes incurra efectivamente en dichos costos o gastos.

Se trata, como claramente se expone en los referidos contratos tipo, de ajustes que conforman la fórmula acordada por las partes para fijar de común acuerdo el precio del concentrado que es materia de compraventa. Tales ajustes responden a la común intención de las partes de alcanzar, mediante el precio que se acuerde, los objetivos descritos previamente.

Al respecto cabe resaltar que estos contratos tipo difieren sustancialmente de los contratos de servicios. Tomando como ejemplo el caso de los servicios de fundición y refinación, un contrato de maquila en virtud del cual se presten dichos servicios supondría, a diferencia de los comentados, que la entrega de los concentrados a la refinación no se realice en propiedad. En efecto, en un contrato de maquila la refinación recibiría los concentrados sólo en posesión, la propiedad de los mismos sería mantenida por la compañía minera. Adicionalmente, a diferencia de lo que ocurre con estos contratos de compraventa tipo, en un contrato de maquila la refinación asumiría la obligación de entregar a la compañía minera el resultado de los procesos de fundición y refinación, es decir, los metales refinados. La compañía minera, luego, vendería metales refinados en el mercado, no concentrados de mineral como lo hace con los contratos tipo.

3.6.5 Un ejemplo

Tomemos el caso de una compañía minera peruana que vende concentrado con contenido de Zinc, a favor de una comercializadora. La venta se realiza en condiciones CIP – Carriage and Insurance Paid (To)- con entrega en un punto del Perú, por lo que se trató de una operación doméstica o local.

CONCENTRADO	ZINC
Nº CONTRATO	XXXXXXX
Nº DE COMPROBANTE DE PAGO	XXXXXXX
FECHA DE EMISIÓN DEL COMPROBANTE DE PAGO	24/11/2016
CUOTA - MES DE ENTREGA	AGOSTO '16

			%	TOTAL
CONTENIDO	TONELADAS MÉTRICAS HÚMEDAS	PRODUCCIÓN VENDIDA (CONCENTRADO) TMH		2,000.00
		MERMA	0.00%	-
		TONELADAS METRICAS HUMEDAS (TMH)		2,000.00
	TONELADAS MÉTRICAS SECAS	H2O <i>(Ver Nota 1)</i>	10%	200.00
		TONELADAS METRICAS SECAS (TMS)		1,800.00
	TONELADAS MÉTRICAS FINAS	CONTENIDO FINO DE ZINC (TMF) <i>(Ver Nota 2)</i>	45%	810.00
		CONTENIDO FINO PAGABLE DE ZINC (TMF) <i>(Ver Nota 3)</i>	- 8 puntos	299.70
PRECIO REFERENCIAL ACORDADO		PRECIO FINO PAGABLE SEGÚN ACUERDO - LME (US\$ x TMF) <i>(Ver Nota 4)</i>		2,290.00
		VALOR DE VENTA DEL FINO PAGABLE		686,313.00
AJUSTES	GASTOS DE TRATAMIENTO	PRECIO DE MAQUILA (US\$ X TMS) <i>(Ver Nota 5)</i>		350.00
		COSTO TOTAL DE MAQUILA		104,895.00
	PENALIDAD	PENALIDAD <i>(Ver Nota 6)</i>		2.63
		TOTAL DE PENALIDAD		1,000.00
	GASTOS DE REALIZACIÓN	COSTO DE FLETE MARITIMO (US\$ x TMH) <i>(Ver Nota 7)</i>		75.00
		COSTO TOTAL DE FLETE MARÍTIMO (US\$)		150,000.00
		COSTO DE SEGUROS (US\$) <i>(Ver Nota 7)</i>		800.00
		VALOR DE VENTA FOB (US\$)		784,139.89
	GASTOS DE REALIZACIÓN	OTROS (COSTO DE TRANSPORTE INTERNO (US\$ x TMH)) <i>(Ver Nota 7)</i>		5.00
		OTROS (COSTO DE TRANSPORTE INTERNO (US\$))		10,000.00
	VALOR DE VENTA EN PLANTA (US\$)		419,618.00	

Nota 1: El primer ajuste se relaciona con la humedad o contenido de agua de los concentrados. Se reconoce que los concentrados tienen agua, por lo que debe ajustarse su peso para obtener Toneladas Métricas Secas (TMS).

Este ajuste se obtiene mediante ensayos que se realizan en laboratorios. Ambas partes tienen derecho a realizarlos con sus propios laboratorios y existen fórmulas para

solucionar los eventuales conflictos que pudieran presentarse, que son costumbre en el mercado.

Nota 2: El segundo ajuste responde a la ley o nivel de concentración del metal en el concentrado, mediante el cual se reconoce que sólo una parte del concentrado está compuesto por los metales cuya cotización sirve de referencia.

Es fijado mediante ensayos que se practican en laboratorios y nuevamente existen mecanismos de solución de controversias en caso las mismas se presenten.

En el ejemplo, los ensayos arrojaron que la ley o nivel de concentración de Zinc en el concentrado materia de valuación es de 45%, por lo que las 1,800 TMS contienen 810.00 Toneladas Métricas Finas (TMF) de Zinc.

Nota 3: El tercer ajuste expuesto en el acápite relativo a la naturaleza del bien transado, responde al porcentaje de recuperación en los procesos de fundición y refinación. Mediante este ajuste se reconoce que no todas las TMF contenidas en el concentrado podrán ser recuperadas mediante los procesos metalúrgicos.

En el caso del Zinc es convención universal que este ajuste es 85% o una deducción mínima de 8 unidades, lo que arroje un resultado menor.

En el ejemplo, si se aplica el 85% sobre la ley de Zinc del concentrado (45%), se obtiene como resultado 38.25%. Por el contrario, si se restan 8 puntos al mismo 45%, se obtiene como resultado 37%. Siendo ello así, se toma los 8 puntos como ajuste. Aplicado sobre las 810 TMF de Zinc, da como resultado 299.7 TMF pagables.

Como también se comentó anteriormente, este ajuste ha quedado fijado por convención global y no representa el porcentaje de recuperación o las mermas efectivas que obtiene la refinería. La diferencia es lo que habilita una rentabilidad a la refinería.

Nota 4: El resultado se multiplica por la cotización internacional de referencia que las partes convengan. Las alternativas son variadas, pues las bolsas manejan distintos tipos de cotizaciones según se trate de compra o de venta y según el tiempo de entrega. Los pactos entre las partes también pueden aludir a promedios de cotizaciones por períodos e incluso pueden acordarse mecanismos que permitan a ambos intervinientes aprovechar condiciones favorables del mercado.

En el ejemplo, la cotización del Zinc refinado que, por mutuo acuerdo entre las partes, se toma como referencia, fue US\$ 2,290 por Tonelada. Ello, multiplicado por las 299.7 TMF pagables, arroja US\$ 686,313.

Nota 5: El ajuste por naturaleza del bien transado, es aquél mediante el cual se reconoce que, a diferencia de los metales refinados cuya cotización se utiliza como referencia, los concentrados de mineral no tienen el valor agregado que confieren los procesos metalúrgicos de fundición y refinación, por lo que una correcta valoración de los concentrados debe descontar ese valor agregado.

Como se ha comentado anteriormente, dicho valor agregado se estima en base a los costos del proceso de fundición y refinación, a los que coloquialmente se denomina “gastos de tratamiento”. Este ajuste es una estimación que las partes realizan de mutuo acuerdo, por lo que es el resultado de la respectiva negociación. El resultado al que se arriba es el fruto de la autonomía de la voluntad y del libre juego de oferta y demanda y tiene como punto de partida el reconocimiento por las partes involucradas del hecho que, los márgenes de rentabilidad de los distintos agentes que intervienen en el mercado, dependen de la negociación de esta variable.

Por lo expuesto, este ajuste no representa un gasto efectivo incurrido por las partes. Tampoco representa el precio por un servicio prestado que se compensa con el precio de venta del concentrado. En el ejemplo, las partes que intervienen son una compañía minera y una comercializadora, ninguno contrata el servicio de refinación y fundición y ninguno lo presta. Realizan el ajuste con la mera finalidad de fijar el precio del concentrado, reconociendo que el mismo no tiene un valor agregado que sí se incorpora en la cotización internacional del *commodity* que se toma como referencia.

En el ejemplo, el ajuste acordado por este concepto fue US\$ 350 por TMS, por lo que el ajuste total ascendió a US\$104,895.

Nota 6: En el ejemplo se incorpora un ajuste por penalidad. Se trata de castigos que las partes acuerdan por el contenido que pudiera tener el concentrado de otros metales o residuos, cuya presencia no supone un valor agregado sino que, por el contrario, “malogran” o complican el proceso de fundición y refinación.

En reconocimiento de ello, las partes convienen en montos de castigo por unidad de medida del metal o residuo cuya presencia se penaliza, que en el ejemplo fue US\$ 2.5. El total del ajuste por penalidad fue US\$ 1,000.

Al igual que el ajuste anterior, éste también es fruto de la negociación entre las partes.

Nota 7: Finalmente, se efectúan los ajustes por condiciones de transacción que, buscan reconocer que el valor agregado que le confieren los procesos de fundición y refinación a los metales refinados por encima de los concentrados y que se estima en función a los costos de dichos procesos o “gastos de tratamiento”. Ese puede estar integrado, entre otros conceptos, por el costo del traslado del concentrado hasta la refinería, por lo que deben efectuarse los ajustes respectivos al precio, si el punto de entrega acordado por las partes es distinto, es decir, si parte del traslado desde la mina a la refinería correrá por cuenta del comprador.

En el ejemplo, por tratarse de una venta doméstica con entrega en un punto del Perú y no en la refinería, se reconoce que el vendedor no asumirá el costo del flete internacional ni el respectivo seguro de transporte, así como tampoco asumirá parte del transporte interno hasta el puerto peruano de exportación.

Siendo ello así, las partes estiman los respectivos costos y, de mutuo acuerdo, fijan los montos de ajuste respectivos. Estos ajustes, al igual que el comentado en la Nota 5, son producto de la negociación entre las partes, fruto de la autonomía de la voluntad y del libre juego de oferta y demanda.

En el ejemplo, el ajuste por flete internacional fue acordado por las partes en US\$ 75 por TMH, por lo que su monto total ascendió a US\$ 150,000. Por su parte, el ajuste por seguro de transporte internacional fue acordado en US\$ 800 y el ajuste por flete interno fue convenido en US\$ 5 por TMH para un total de US\$ 10,000.

Con todo ello y restando de los US\$ 686,313 obtenidos como valor de la TMF pagables (Nota 4), todos los ajustes a que se refieren las Notas 5, 6 y 7, el precio final de venta del concentrado en condiciones CIP planta en Perú es de US\$ 419,618.

Como corolario de los numerales anteriores de este capítulo se puede señalar que vendedor del concentrado: (i) no tiene control respecto del “valor de cotización” que es uno de los parámetros para fijar la fórmula de determinación de precio, razón por la cual

es común que cubra ese riesgo con un instrumento financiero derivado; (ii) tampoco tiene control respecto de la humedad del material, la ley del mineral ni de las impurezas de éste –lo que conforman las características endógenas del mineral-; en cambio, (iii) sí tiene autonomía para pactar los denominados ajustes, tales como el porcentaje recuperable del mineral, los costos de refinación o tratamiento y los valores de fletes y seguros. Son justamente estos ajustes los que, como parte de la fijación de precios, deben ser sometidos a examen si queremos verificar si la transacción está dentro del rango *arm's length*.

3.7 El “sexto método peruano” en los concentrados de minerales

3.7.1 El método contemplado en el 2do. Párrafo del inciso a) del artículo 32-A de la Ley del Impuesto a la Renta: Alcances

Mediante el Decreto Legislativo N° 1120 publicado el 18 de julio del 2012 el Perú introdujo el que se ha venido a denominar “sexto método”. Se incluyó dentro de la regulación del precio comparable no controlado (CUP), ubicado en el inciso e) del artículo 32-A de la LIR. La parte pertinente del inciso establece lo siguiente:

Sin perjuicio de lo establecido en el párrafo precedente y de lo señalado en el inciso c) del presente artículo, en las operaciones de importación o exportación de bienes entre partes vinculadas en las que intervenga un intermediario internacional que no sea el destinatario efectivo de dichos bienes, o en las operaciones de importación o exportación realizadas desde, hacia o a través de países o territorios de baja o nula imposición, se considerará como valor de mercado:

- (i) Tratándose de bienes con cotización conocida en el mercado internacional, bolsas de comercio o similares (commodities), dicho valor de cotización.
- (ii) Tratándose de bienes agrarios y sus derivados, hidrocarburos y sus derivados, harina de pescado, y concentrados de minerales, cuyo precio se fije tomando como referencia el precio de un commodity en el mercado internacional, bolsas de comercio o similares, el precio fijado tomando como referencia el valor de cotización.

El valor de cotización o el precio fijado tomando como referencia el valor de cotización, cualquiera sea el medio de transporte, será el correspondiente a:

- i) El día de término del embarque o desembarque de la mercadería; o
- ii) El promedio de cotizaciones de un periodo comprendido entre ciento veinte (120) días calendarios o cuatro (4) meses anteriores al término del embarque de la mercadería hasta ciento veinte (120) días calendarios o cuatro (4) meses posteriores al término del desembarque de la mercadería; o
- iii) La fecha de suscripción del contrato; o
- iv) El promedio de cotizaciones de un periodo comprendido desde el día siguiente de la fecha de suscripción del contrato hasta treinta (30) días calendarios posteriores a dicha fecha.

Mediante decreto supremo se señalará la relación de los bienes comprendidos en el segundo párrafo; la cotización; el periodo para la determinación del valor de la cotización o el precio fijado tomando como referencia el valor de cotización; el mercado internacional, las bolsas de comercio o similares que se tomarán como referencia, así como los ajustes que se aceptarán para reflejar las características del bien y la modalidad de la operación.

El procedimiento señalado en el segundo, tercer y cuarto párrafos del presente numeral no será de aplicación cuando:

- a. El contribuyente ha celebrado contratos de futuros con fines de cobertura respecto de los bienes importados o exportados.
- b. Se acredite de manera fehaciente que el intermediario internacional reúne conjuntamente los siguientes requisitos:
 - b.1) tiene presencia real en el territorio de residencia, cuenta allí con un establecimiento comercial donde sus negocios son administrados y cumple con los requisitos legales de constitución e inscripción y de presentación de sus estados financieros. Los activos, riesgos y funciones asumidos por el intermediario internacional deben resultar acordes al volumen de operaciones negociadas; y,
 - b.2) su actividad principal no consiste en la obtención de rentas pasivas, ni en la intermediación en la comercialización de bienes con los miembros del mismo grupo económico. Para estos efectos, se entenderá por actividad principal aquella que durante el ejercicio gravable anterior representó el mayor monto de sus operaciones.

Así, los referidos cuatro párrafos agregados contemplaron un mecanismo obligatorio aplicable a operaciones de comercialización de determinados bienes donde media la participación de intermediarios internacionales, quienes no serían los destinatarios efectivos -finales- de los referidos bienes. Además, el método es de obligatoria aplicación sobre aquellas transacciones comerciales que se realicen desde, hacia o a través de países o territorios de baja o nula imposición.

Ahora bien, la regulación del sexto método se ha cuidado de diferenciar dos tipos de bienes: (i) los *commodities* que estarían en el inciso i) del primer párrafo incorporado; y, (ii) aquellos bienes (dentro de los cuales hace expresa referencia a concentrados de minerales) cuyo precio se fija tomando como referencia el precio de un *commodity*, supuesto regulado en el inciso ii). Este segundo supuesto es el pertinente para los bienes materia de esta investigación, estableciéndose como valor de mercado para ellos "... el precio fijado tomando como referencia el valor de cotización".

Hasta aquí queda claro que bajo determinadas circunstancias el método se aplica a los concentrados de minerales, bienes que acertadamente el legislador califica como distintos de los *commodities* (a diferencia del caso de Brasil por ejemplo). Incluso la definición del valor de mercado para tales concentrados pareciera ser inofensiva cuando se afirma que se tomará como valor de mercado al precio que resulte de tomar como referencia el valor de cotización. Ello por cuanto según hemos visto en los puntos 3.2 y 3.2 anteriores, la determinación de la contraprestación de los concentrados se realiza en base a una fórmula que utiliza como un componente justamente el valor de cotización y, en tal sentido, podría afirmarse que la definición del legislador encierra una tautología. Bajo esta línea de pensamiento, es de advertir que en el caso del Perú, el problema de la regulación del sexto método no se encuentra en esa referencia sino en lo que viene a continuación, esto es: (i) el carácter obligatorio para determinadas transacciones; (ii) en la fecha en que la ley decide fijar el valor de cotización; y, (iii) en la aceptación de los demás componentes de la fórmula de fijación del precio del concentrado que han sido denominados por la legislación genéricamente como los “ajustes” al valor de cotización.

En cuanto a la fecha de fijación del valor de cotización, el segundo párrafo incorporado establece una lista taxativa de fechas que serán aceptadas como válidas para la transacción. Tales fechas son: (a) el día de término de embarque o del desembarque de la mercadería; (b) el promedio de cotizaciones de un periodo comprendido entre ciento veinte (120) días calendario o cuatro (4) meses anteriores al término de embarque de la mercadería, hasta ciento veinte (120) días calendario o cuatro (4) meses posteriores al término del desembarque de la mercadería; (c) la de suscripción del contrato; o, (d) el promedio de cotizaciones de determinado periodo comprendido desde el día siguiente de la fecha de suscripción del contrato hasta treinta (30) días calendario posteriores a dicha fecha. Adicionalmente el tercer párrafo establece que el decreto supremo reglamentario señalará el período para la determinación del valor de cotización, dando a entender que del abanico de posibilidades planteadas por el decreto legislativo se escogerán determinadas modalidades específicas según el tipo de bienes. Sin embargo, a la fecha no se ha emitido decreto supremo que regule este punto en concreto.

Por último, el tercer párrafo agregado por el Decreto Legislativo reconoce que al valor de cotización se le deben aplicar ajustes para adecuar el mismo a la realidad de la operación. Hasta aquí todo podría ir acorde con los usos y costumbres del sector minero, sin embargo, el reglamento evidencia el desconocimiento de las fórmulas de la fijación de precio tal como se ha explicado en los puntos anteriores del presente capítulo, según veremos en el siguiente párrafo.

El reglamento aprobado por Decreto Supremo N°258-2012-EF señala que los ajustes podrían responder a conceptos tales como gastos de tratamiento, maquila, refinación, premios, diferenciales, descuentos o penalidades. Sin embargo, establece que esos ajustes deben probarse fehacientemente, con documentación técnica especializada tales como informes de peritos independientes o revistas especializadas de reconocido prestigio en el mercado, careciendo de valor cualquier fundamentación de carácter general o basada en hechos generales. Dos conclusiones preliminares se advierten: (i) que no se mencionan todos los tipos de ajustes propios de la operaciones de venta de concentrados, tales como los concernientes a las condiciones de venta; y, (ii) que la exigencia de pruebas fehacientes respecto de estimados que son producto de la negociación anula la posibilidad de cumplimiento del requisito para determinado grupo de ajustes.

En síntesis las características del método peruano son: (i) es obligatorio para operaciones de importación o exportación de bienes genéricos (tales como *commodities* y concentrados de minerales) entre partes vinculadas, donde intervenga un intermediario internacional que no sea el destinatario final -efectivo- de dichos bienes; o, en operaciones de importación o exportación realizadas desde, hacia o a través de paraísos fiscales; (ii) establece que el valor de cotización es aquel que corresponda a determinadas fechas o promedio de rangos de fechas; y, (iii) permite ajustes siempre que sean fehacientemente acreditados.

Por último, resulta relevante señalar que a la fecha este método no está siendo aplicado en el Perú dado que para su implementación está pendiente de emisión un Decreto Supremo que señale taxativamente los bienes a los que se sujeta el método, según lo señala la Cuarta Disposición Complementaria Final del Decreto Supremo N° 258-2012-EF.

3.7.2 ¿El sexto método peruano para el caso de la venta de concentrados minerales cumple con el principio de *arm's length*?

En síntesis el sexto método peruano tiene las siguientes características:

- En cuanto a los sujetos a quienes obligatoriamente se aplica, comprende al exportador o importador económicamente vinculado con un intermediario internacional sin sustancia y a las transacciones con países o territorios de baja o nula imposición.

- En cuanto a los bienes que cubre, comprende bienes con cotización conocida en el mercado internacional, bolsas de comercio o similares (*commodities*). Adicionalmente, comprende bienes agrarios y sus derivados, hidrocarburos y sus derivados, harina de pescado, y concentrados de minerales, cuyo precio se fija tomando como referencia el precio de un *commodity* en el mercado internacional, bolsas de comercio o similares.
- En cuanto a las consecuencias respecto de la contraprestación, se tiene que el valor de la contraprestación será el valor de cotización en determinadas fechas, sujeto a ajustes siempre que estos sean fehacientemente acreditados.

Dado este alcance, ¿podemos considerar que la regulación peruana se ajusta al estándar *arm's length*? Conforme a lo desarrollado en el transcurso del presente trabajo, el lector advertirá que la respuesta es negativa. En efecto, siendo que el estándar busca arribar a la contraprestación que hubiera correspondido entre independientes, la transacción entre vinculados sujeta a examen debiera necesariamente ser equivalente a las transacciones entre independientes que se usan de parámetro, lo que no ocurre en este sexto método obligatorio por lo siguiente:

- (i) Su obligatoriedad trae como consecuencia que una variante del CUP peruano tenga que ser aplicado, sin necesidad de sujetar la transacción al análisis de comparabilidad –corazón del *arm's length*–, evaluación que justamente permite determinar cuál es el método más adecuado, por lo que se resiente el *arm's length* tal como se ha explicado en el punto 2.1.
- (ii) Dentro de este método calificado como una variante del CUP peruano se considera que el valor de contraprestación del concentrado debe tomar como referencia el valor de cotización del metal con el que se vincula, considerando los promedios de cotizaciones obtenidas en determinadas fechas o período –rango de fechas–, siendo que bajo el principio de *arm's length* la comparación debe aplicarse en la fecha pactada por las partes. La variación de la fecha acordada por las partes vulnera el *arm's length*, al igual que en el caso argentino visto en el punto 2.2.1.2 y que en el caso de los informes de la OCDE tratados en el 2.1.1. y 2.1.3, pues constituye una variación de uno de los elementos esenciales de la transacción -cual es la fecha de fijación del valor de contraprestación-, siendo que se estaría recategorizando la operación, situación propia de una cláusula antiabuso específica.

- (iii) Teóricamente se permite la realización de ajustes pero ello no será posible, pues desconociendo la realidad del tipo de operación que se está analizando, en la que los ajustes responden a negociaciones llevadas a cabo por las partes y que no necesariamente cuentan con un documento especial, se exigen documentos especiales para acreditar las reducciones al valor de cotización. Dicha situación constituye una prueba de imposible cumplimiento, provocando efectos similares a aquellos que se producirían si la norma hubiese establecido que el valor de la contraprestación es el de cotización bajo una presunción que no admita prueba en contrario, es decir, “jure et de jure”. Esta situación también vulnera el *arm's length*, pues desconoce los ajustes propios de la fórmula aplicable a este tipo de transacciones.



CONCLUSIONES

1. La regulación de precios de transferencia tiene como objeto neutralizar aquellas condiciones comerciales y financieras especiales que existen entre empresas asociadas, a fin de lograr condiciones comerciales y financieras iguales a las que rigen las relaciones entre terceros no asociados y en base a ello fijar la contraprestación de la operación que se trate.
2. No necesariamente razones tributarias podrían haber llevado a las empresas asociadas a que los precios de transferencia con sus asociadas (también llamadas vinculadas) sean distintos a los que hubiesen correspondido de no ser vinculadas. Las partes asociadas podrían haber organizado su modelo de negocio en forma fragmentada a fin de aprovechar las sinergias que ello conlleva y en base a ello, por ejemplo, decidir que las sociedades productoras se localicen en determinadas jurisdicciones, decidir centralizar en una sociedad ubicada en otra jurisdicción los servicios de comercialización y marketing, decidir centralizar los riesgos en una sociedad ubicada en una tercera jurisdicción, entre otras estructuras.
3. Si bien la regulación de precios no nace para el derecho tributario internacional con propósitos antielusivos, sí viene siendo utilizada con tal fin, no solo porque la antielusión se convirtió hace muchísimo tiempo en uno de los objetivos de los convenios para evitar doble imposición, sino de cara al sinnúmero de transacciones intragrupo, muchas de las cuales se realizan con el propósito de trasladar ingresos desde los países de alta tributación -dejándolos sin rentas- a aquellos países o territorios de baja o nula imposición, quienes reciben tales rentas para remansarlas.
4. Como corolario de las conclusiones anteriores, debemos entender que la regulación de precios de transferencia tiene por objeto evitar que las empresas multinacionales a través de sus operaciones intragrupo transfronterizas localicen (por la razón que sea) ingresos que corresponden a una determinada jurisdicción en otras jurisdicciones, normalmente con sistemas tributarios menos gravosos.
5. El *arm's length*, libre competencia o principio de operador independiente es una construcción teórica que justamente tiene por objeto fijar la contraprestación entre asociadas en una suma equivalente a la que se habría pactado entre partes no asociadas

que participan en las mismas transacciones o en transacciones similares, en las mismas condiciones (económicas y comerciales), en el mercado abierto, de modo tal que los efectos impositivos de los precios, debieran corresponder a las contraprestaciones que hubiesen sido aplicadas por empresas no asociadas. Las herramientas con que cuenta el *arm's length* para su aplicación práctica son el análisis de comparabilidad en base a cinco factores (características de la operación, análisis funcional, términos contractuales, circunstancias económicas y estrategia del negocio) y la aplicación de los métodos de precios de transferencia (tantos los transaccionales como los basados en utilidades). A través de los años el contenido de ambas herramientas ha dado un giro copernicano en la OCDE.

6. A partir del 5 de octubre de 2015, la OCDE principal propulsor del *arm's length* –tanto a través de su MCOCDE como de las Guías- habría variado los alcances de ese denominado principio de la tributación internacional, básicamente en torno a lo que constituye su eje central, cual es el análisis de comparabilidad, el mismo que debe practicarse a fin de detectar el comparable que será aplicado para dilucidar si el precio pactado por las asociadas (operación examinada) responde a rangos normales que habrían sido adoptados por independientes. Tal nueva aplicación incorpora: (i) un estudio de la transacción propiamente dicha en dos fases, una primera que califica a la operación, esto es, determina o verifica ante qué transacción nos encontramos, lo que incluye una posibilidad de recategorizarla; y, una segunda fase en la que recién realiza el análisis de comparabilidad propiamente dicho, tal como era conocido hasta entonces; y, (ii) en la parte que corresponde al análisis de comparabilidad que denomina “Identificación de las relaciones comerciales y financieras”, reinventa el análisis funcional enfatizando en el hecho de que se tiene que entender la estructura y organización multinacional en un conjunto, y en especial el valor generado por el grupo como un todo, lo que incluye los derechos y obligaciones de las partes al realizar sus funciones.
7. En cuanto a la segunda herramienta del *arm's length*, conformada por los métodos de fijación de precios propiamente dichos, también se advierte que la OCDE hace buen tiempo ha modificado su posición respecto de los métodos, impactando en la consistencia del principio. En efecto, la OCDE ha sido fluctuante en cuanto a la calificación de los métodos que cumplen con el *arm's length* respecto de aquellos que se alejan de él. Ello, porque a partir de algún momento el estándar *arm's length* se empezó a mirar desde una perspectiva más práctica que teórica. Por ello, metodologías que en un momento eran abiertamente opuestas al estándar, posteriormente han sido consideradas como consistentes con el estándar, dándose así un giro copernicano. Si en un primer momento

la OCDE sustentaba que eran consistentes con el estándar exclusivamente los métodos conocidos como transaccionales (precio comparable no controlado, costo incrementado y precio de reventa) y argumentaba que eran repudiados los métodos basados en utilidades (margen neto transaccional y partición de utilidades) pues no cumplían con el estándar de *arm's length*, en un segundo momento pasó a decir que los métodos basados en utilidades debían utilizarse como último recurso, para en un tercer momento que es el actual, señalar que el método a utilizar es el más apropiado siguiendo una prelación, admitiendo de esta manera que un método basado en utilidades podría ser el más adecuado en determinadas circunstancias. Si a ello se añade el hecho de que en la actualidad el 80% de los estudios de precios de transferencia se basan en métodos basados en utilidades, llegaríamos a la conclusión que en la práctica el contenido del *arm's length* ha dado un giro de ciento ochenta grados.

8. Cuando se afirma que los alcances de los métodos afectan el principio *arm's length* se está haciendo referencia a que puede ocurrir que la regulación de algún método se aleje del concepto teórico del *arm's length* y si ello es así, no se estaría respetando el estándar, por más que un país declare que sigue el principio o que establezca con todas sus letras que determinado método cumple con el estándar *arm's length*. Dicha situación se presenta, por ejemplo, cuando se consagra normativamente a través de un método de precios, una clara presunción de renta o una ficción que por abstraer la realidad reduciéndola a una regla, no permite probar que la contraprestación “presunta” o “ficta” responda a la “libre competencia”. De ahí que para analizar si alguna jurisdicción cumple o no con el estándar *arm's length*, además de revisar si la legislación consagra el estándar a nivel de derecho interno, es clave verificar si los métodos usados por esas jurisdicciones responden a la construcción teórica del estándar y, específicamente lo que interesa determinar es si tales métodos siguen los criterios OCDE en lo que respecta al contenido del estándar (que supone constatar si los métodos son afines a los que postula dicha entidad, como seguidores del *arm's length*). Por último, sobre este mismo extremo es importante recordar que si bien la OCDE autoriza a las distintas jurisdicciones a que instrumenten el *arm's length* –mediante los métodos que serán aprobados por la ley doméstica-, al mismo tiempo limita y excluye la aplicación de aquellas metodologías que no se alineen con la interpretación internacional de tal principio representada por las directrices de la OCDE.
9. El Perú reconoce dentro de su legislación (*hard law*) al estándar *arm's length*, así como a los distintos métodos de precios de transferencia que recogen las Guías de la OCDE. Además nuestra normatividad establece que, para interpretar la materia de precios de

transferencia serán de aplicación tales Guías, con lo cual le confiere cierta importancia o jerarquía como de fuente, evidentemente luego de la legislación y de la jurisprudencia. Es importante hacer notar que al momento de la incorporación del *arm's length* en la legislación peruana regían las Directrices aprobadas en el año 1995, evidentemente, sin considerar las variaciones que ocurrieron los años 2009 y 2010 ni las que resultan del reporte BEPS reflejadas en las Guías del 2016. En nuestra opinión, la fuente *soft law* aplicable tendría que ser aquélla vigente en el momento que nuestra legislación incorporó el *arm's length*, lo que conlleva a aplicar los alcances del principio a dicha fecha, a la luz de las Guías de 1995.

10. La incorporación del *arm's length* en nuestra legislación se sustentaría en el principio de igualdad en materia tributaria reconocido por nuestra Constitución, principio sobre el cual nuestro Tribunal Constitucional ha sido enfático en señalar que el reparto de los tributos debe realizarse igual a los iguales y desigual a los desiguales. Dicha situación aplicada al *arm's length*, que busca una tributación equivalente entre los sujetos relacionados y los no relacionados, llevaría a concluir que ese estándar calificaría como una herramienta del principio de igualdad que garantizaría su respeto.
11. En el caso peruano, el denominado *soft law* tiene efectos prácticos y cierto reconocimiento como de fuente por parte de nuestro Tribunal Constitucional quien al referirse a la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas aprobada por Naciones Unidas el 13 de setiembre de 2007 ha señalado que si bien no es de vinculación obligatoria, ello no implica que no tengan ningún efecto jurídico puesto que las declaraciones representan las metas y objetivos que la comunidad internacional se impone, siendo que el *soft law* es una Guía que, sin dejar de tener efecto jurídico, no termina por vincular obligatoriamente a los Estados, representando su contenido un Código de Conducta sin que sea legalmente vinculante.
12. Bajo el concepto de renta nuestra legislación grava riquezas que provienen de la teoría del rédito producto y algunas que provienen de la teoría del flujo de riqueza y casos excepcionales sustentados en el criterio de consumo más incremento patrimonial (rentas potenciales). A las rentas comprendidas bajo este último criterio nuestra ley las denomina rentas imputadas o rentas fictas. En estos casos, para que se configure renta el legislador se vale de ficciones, esto es, de hechos no reales (no generadores de rentas reales), a los que se les atribuye una consecuencia jurídica, la de configurar rentas, como si fueran reales (a sabiendas que no lo son). Evidentemente el concepto de ficción para el ordenamiento jurídico es mucho más amplio que el de renta ficta, con lo cual el uso de

ficciones podría darse tanto para la calificación de una renta, como para otros escenarios, como lo es el mundo de la valorización.

13. Tanto las presunciones como las ficciones son instituciones del derecho común que son tomadas por el derecho tributario como herramientas para combatir la elusión tributaria. Las presunciones legales se usan para resolver problemas de prueba que al Fisco le plantean los comportamientos en fraude de ley, pero como ellas no cubren la función del derecho tributario material, que consiste en la configuración de un nuevo hecho imponible, resulta necesario recurrir a las ficciones del derecho para cumplir esa misión. Por tanto, las presunciones y las ficciones se complementan.
14. Dicho esto, no hay que confundir los conceptos de renta de nuestro Impuesto a la Renta (real, presunta o imputada), con las presunciones, las ficciones ni con reglas de valoración, instituciones estas tres últimas que exceden al derecho tributario.
15. Se está ante una renta presunta si para acreditar su existencia la ley exonera de prueba y ante una renta constituida mediante una ficción cuando a una situación que no muestra una renta se le atribuye la consecuencia de una renta real. Ambos tipos de rentas deben estar comprendidas en el aspecto material de las respectivas hipótesis de incidencia del hecho generador. Así, una vez establecidas por ley, deben ser cuantificadas al igual que lo son las rentas reales. A las normas de cuantificación se les denominan reglas de valoración.
16. Las reglas de valoración constituyen las normas que establecen la manera de cuantificar el supuesto de hecho gravado. En sentido lato, no son otra cosa que las reglas que permiten cuantificar la dimensión económica del hecho imponible, expresión numérica del aspecto material contemplado en la mayoría de hechos generadores o el aspecto cuantitativo del tal supuesto de hecho.
17. En materia de determinación del Impuesto a la Renta, la regla de valoración prevista para cada categoría o para el impuesto en su conjunto utiliza un parámetro vinculado con el aspecto material del hecho generador. Al formular el parámetro de cuantificación podría valerse a su vez de presunciones o de ficciones (entendidas en sentido amplio) con el propósito de llegar a la renta real. En otras palabras, la regla de valoración no es la que define si se está o no ante la existencia de una renta (real o potencial) pues ello es un paso previo, si no que partiendo de la existencia de renta, la cuantifica sobre la base de medir el hecho generador.

Por su parte, los precios de transferencia buscan valorar las transacciones realizadas entre sujetos vinculados como si éstos fueran sujetos no relacionados, siguiendo el principio de *arm's length* o de operador independiente, para lo cual se realiza el análisis de comparabilidad y paralelamente se elige y luego aplica el método pertinente. Siendo su función esencial la cuantificación de las operaciones es fácil deducir que representa una norma de valoración que no tiene como finalidad la creación de hechos imposables (aspecto material) sino que pretende cuantificar los hechos gravados por el Impuesto a la Renta ya sea que se hayan generado bajo rentas reales, potenciales o presuntas.

18. Si bien se discute que los precios de transferencia puedan tratarse de una regulación por la que se presume la existencia de renta o se crea una renta ficticia, lo cierto es que en el Perú, conforme a los conceptos explicados no se cuenta con una regulación de precios que permita crear tales rentas presuntas ni fictas (en el entendido de las imputadas). Aspecto distinto es que las reglas de valoración de precios de transferencia encierran una doble ficción jurídica cual es la de considerar independientes a quienes no lo son y además de recurrir al mercado para arribar al valor. Ello no convierte a la renta en ficticia, pues lo que hace es constituir un medio para valorar los hechos producidos en la realidad bajo la cual se entiende que las relaciones entre vinculados no pueden aminorar la renta de una de las sociedades, en beneficio de la otra sociedad. No compartimos la posición de aquellos que afirman que se está ante la presencia de una sustitución del hecho imponible real por un supuesto de hecho ficticio.
19. Ni las normas del artículo 32º, ni las normas contenidas en el artículo 32-A de la LIR, califican como supuestos de configuración de rentas imputadas (o fictas) siendo que las mismas constituyen normas de valoración. En el caso específico de las normas para partes vinculadas contenidas en el citado artículo 32-A, a través de ellas se compara el valor asignado por los contribuyentes o por la LIR a una determinada operación, con el valor que resulta de aplicar la metodología de los precios de transferencia, no pudiendo a través del artículo 32-A establecerse la existencia de una renta ahí donde los contribuyentes no la hubiera pactado o la propia LIR no la hubiese contemplado como renta imputada en el artículo pertinente.
20. El método basado en cotizaciones aplicables a *commodities* que viene impulsando la OCDE no crea un nuevo método de fijación de precios obligatorio para tales bienes, conforme lo establece su informe final BEPS, ya que establece que a la transacción se le deberá aplicar el mejor método conforme a las Guías. Sin perjuicio de ello, sí tiende a que el método a escogerse sea el CUP, que dentro de éste, el valor a utilizarse sea la

cotización; y, además, que la fecha de la transacción sea, como último recurso, la de embarque.

Cabe indicar que el informe final de la OCDE sobre el denominado “sexto método” constituye un retroceso frente a su informe original a tal punto que no se advierte ya utilidad en contar con un método especial auspiciado por OCDE para *commodities*. Como quiera que la OCDE ha mantenido este método especial se considera que ese hecho resiente el *arm's length*, toda vez que éste privilegia el uso del CUP y el valor de cotización, así como (como último recurso) la fecha de embarque para la transacción.

21. Argentina, país adscrito al principio de *arm's length*, es jurisdicción pionera en establecer un método para *commodities* en función a valores de cotización, habiendo acuñado la expresión “sexto método” para referirse a ella. Los alcances del sexto método argentino son: (i) en cuanto a los sujetos a quienes obligatoriamente se aplica, comprende al exportador económicamente vinculado con un receptor efectivo de la mercadería en donde media un intermediario internacional sin sustancia—no quedando claro si este intermediario debe ser o no vinculado con los anteriores—; (ii) en cuanto a los bienes que cubre, comprende los cereales, oleaginosas, demás productos de la tierra, hidrocarburos y sus derivados, y, en general, bienes con cotización conocida en mercados transparentes; y, (iii) en cuanto a las consecuencias respecto de la contraprestación, se tiene que el valor de la contraprestación será el de cotización en la fecha de embarque, salvo que el precio pactado entre las partes resulte mayor.

Por sus características y el análisis efectuado se concluye que, el método argentino combina una ficción, una regla de valoración y otra ficción. La ficción jurídica consiste en que la operación se realiza necesariamente, en la fecha de embarque, la regla de valoración es el precio normal de mercado (que es un concepto indeterminado) y se vale de la ficción al señalar que ese valor es uno entre independientes que hace referencia al de cotización (aun cuando ese de cotización no es el que tomaría un independiente en las mismas condiciones), salvo que el pactado sea mayor.

Sabiendo que el *arm's length* busca arribar a la contraprestación que hubiera correspondido entre independientes, la transacción entre vinculados examinada debiera ser equivalente a la transacción entre independientes, hecho que no ocurre en el sexto método obligatorio, donde se varía uno de los elementos esenciales de la transacción cual es la fecha de fijación del valor de contraprestación y además se considera que el valor de cotización (que es un promedio de múltiples operaciones, básicamente hechas sin

liquidación) es el que adoptarían independientes. Por esta razón el sexto método argentino no respeta el *arm's length*.

22. En lo que a la jurisdicción brasileña se refiere, podemos afirmar que su sistema de precios en conjunto, es uno que se aparta de la OCDE y que no respeta el principio *arm's length*, salvo en cuanto a los métodos PVEX y PIC. El método especial para *commodities* brasileño es una variante dentro del PVEX y PIC que se denomina PECEX en el caso de las exportaciones y cuyo contenido se asemeja al sexto método impulsado por OCDE. Así, paradójicamente se advierte que mientras Argentina aplica como regla general el estándar *arm's length*, salvo en cuanto al denominado sexto método argentino, el caso brasileño es completamente inverso pues como regla no aplica el estándar (sino reglas presuntivas), salvo en el método para *commodities* en donde se aproxima a una regulación similar a la que postula la actual OCDE.

Ahora bien, no se está concluyendo que el método PECEX cumpla con el estándar *arm's length* pues lo que se está señalando es que ese método se acerca a la posición actual de la OCDE, aunque difiere en un aspecto fundamental, cual es que OCDE sigue prefiriendo el método más adecuado como el conveniente para *commodities* (que no necesariamente tendrá que ser el CUP y dentro de éste el valor de cotización). De hecho la metodología brasileña tiene una serie de características que lo alejan del estándar tradicionalmente concebido, como las siguientes: (i) impide la elección de cualquier otro método; (ii) tiene una definición amplia de *commodity* incorporando no solo a los productos que tienen valores de cotización sino a materias primas vinculadas con tales productos, caso del concentrado; (iii) utiliza precios promedios de una serie de transacciones no realizando una comparación transaccional; y, (iii) la cuantificación de los ajustes constituye un problema, ya que el igualar la operación sujeta a examen con la cotización implica a determinar sobreprecio o descuentos en base a las particularidades de la transacción y el bien, lo que lleva a subjetividades que obligan a identificar operaciones similares para justificar los ajustes.

23. A nivel mundial, los precios de los concentrados se determinan técnicamente en base a fórmulas complejas, que son mutuamente acordadas por las partes que intervienen en los respectivos contratos y que se elaboran con la finalidad de: (i) lograr que la contraprestación responda a la correcta naturaleza del bien que es materia de venta, situación que abordaremos en la conclusión siguiente; (ii) lograr que la contraprestación responda a las correctas condiciones de venta que las partes acuerden, aspecto que trataremos en la conclusión subsiguiente; y, (iii) lograr que la contraprestación responda a las especiales características del giro de negocio de las partes involucradas, las mismas que se desarrollarán en la conclusión 26.

24. El concentrado de mineral no es un *commodity* mientras que el metal sí lo es. El concentrado es un bien cuya configuración es distinta en cada yacimiento o mina, teniendo características propias que determinan que el producto de su explotación sea único y difícilmente comparable con otros. Por esta razón no resulta posible establecer cotizaciones uniformes o precios de referencia internacionales respecto de los concentrados, como sí es posible hacer respecto de los metales en su máximo nivel de pureza, estado en el cual adquieren la fungibilidad que les permite obtener la calidad de *commodities* y ser transados en las bolsas de productos o bolsas de metales, como la “London Metal Exchange” (LME). Los metales se encuentran contenidos en los concentrados de mineral, generalmente acompañados de otros metales y de material residual.

Las fórmulas para establecer el precio de los concentrados se estructuran sobre la base de las cotizaciones o precios de referencia de bienes distintos de los concentrados, pero relacionados con ellos, como son los metales que los mismos contienen. Sobre esa base, se practican ajustes que reconocen las diferencias que existen entre el concentrado de mineral y los metales refinados (según ley, humedad, monto recuperable y penalidades), así como los costos de los procesos a los que posteriormente deberán ser sometidos los concentrados, para poder obtener los metales refinados (fundición o refinación). Estos ajustes son endógenos en razón a que se fundan en la naturaleza y características del bien. Representan las diferencias que las partes reconocen de mutuo acuerdo, entre los concentrados de mineral que son materia de compraventa efectiva y otros bienes distintos, como los metales refinados, que son obtenidos a partir de los primeros y cuyas cotizaciones a nivel internacional son utilizadas como referente.

25. Las condiciones de venta de la transacción también generan ajustes. Así, un segundo grupo de ajustes puede ser incorporado por las partes en la fórmula de cálculo del precio de los concentrados, cuando existan diferencias entre la ubicación de la refinería cuyos precios por tratamiento se toman como referencia y el punto de entrega acordado por las partes en función a Incoterms, pues en tal supuesto todos o parte de los costos de traslado hasta la refinería correrán por cuenta del comprador.

Si el compromiso de entrega que asume la compañía minera vendedora fuera en la propia refinería o en el puerto de destino del país en que se encuentra ubicada, las partes se limitarían a descontar el costo que atribuyan de común acuerdo al proceso mismo de fundición y refinación, para fijar el precio del concentrado; pero si, como es usual, las partes convienen en que la entrega se realice en un punto diferente, realizarán ajustes

adicionales que representarán aquellos costos de traslado en los que no incurrirá el vendedor y que, por tanto, correrán por cuenta del adquirente por virtud del pacto contractual, motivo por el cual no deben incorporarse al precio.

26. En cuanto a las particularidades del giro de negocio se observa que las refinerías adquieren el concentrado de mineral que les sirve de materia prima, fijando precios en función a la cotización de los metales que podrán recuperar de esos concentrados. Luego de someter los concentrados al proceso de fundición y refinación, venden los metales ya refinados que obtienen en base a esa misma cotización. El hecho de ser tomadores de precios en un mercado con mecanismos centralizados de negociación, restringe la posibilidad de las refinerías de obtener un margen de ganancia producto de la adquisición a menor precio y posterior reventa a un precio superior. Por el contrario, las expone a los vaivenes de la cotización internacional de los metales, que bien podrían determinar que adquieran el concentrado a un precio calculado en base a una determinada cotización de los metales que se esperan recuperar a partir de él y que luego, cuando vendan el producto obtenido, deban hacerlo a una cotización inferior.
27. El denominado sexto método peruano está regulado dentro del método CUP peruano y lo conforman cuatro párrafos incorporados al artículo 32-A de la Ley del Impuesto a la Renta por el Decreto Legislativo N° 1120 en el 2012, que contempla un mecanismo obligatorio aplicable a operaciones de comercialización de determinados bienes donde media la participación de intermediarios internacionales, quienes no serían los destinatarios efectivos -finales- de los referidos bienes. Además, el método es de obligatoria aplicación sobre aquellas transacciones comerciales que se realicen desde, hacia o a través de países o territorios de baja o nula imposición.

La regulación del sexto método se ha cuidado de diferenciar dos tipos de bienes: (i) los *commodities* que estarían en el inciso i) del primer párrafo incorporado; y, (ii) aquellos bienes (dentro de los cuales hace expresa referencia a concentrados de minerales) cuyo precio se fija tomando como referencia el precio de un *commodity*, supuesto regulado en el inciso ii). Este segundo supuesto es el pertinente para los bienes materia de esta investigación, estableciéndose como valor de mercado para ellos “[...]el precio fijado tomando como referencia el valor de cotización”.

28. En el caso del Perú, el problema de la regulación del sexto método se encuentra en: (i) el carácter obligatorio para determinadas operaciones; (ii) la fecha en que la ley decide fijar el valor de cotización regulada en el segundo párrafo incorporado; y, (iii) en la aceptación

de los demás componentes de la fórmula de fijación del precio del concentrado que han sido denominados por la legislación genéricamente como los “ajustes” al valor de cotización, establecido en el tercer párrafo incorporado.

29. En cuanto a la fecha de fijación del valor de cotización, el segundo párrafo incorporado establece una lista taxativa de fechas que serán aceptadas como válidas para la transacción. Bajo el principio de *arm's length* debe respetarse la fecha pactada por las partes y no se admite que la ley disponga una distinta a la de la transacción, pues la comparación debe aplicarse en la fecha pactada. La variación de la fecha acordada por las partes vulnera el *arm's length*, pues constituye una variación de uno de los elementos esenciales de la transacción, siendo que se estaría recategorizando la operación, situación propia de una cláusula antiabuso específica
30. En cuanto a los ajustes a los que alude el tercer párrafo agregado por el sexto método peruano, si bien el Decreto Legislativo reconoce que al valor de cotización se le deben aplicar ajustes, su reglamento limita la deducción solo a algunos ajustes y, además, impide que los mismos puedan ser practicados al exigir pruebas con las que no cuentan las partes por no responder a los usos y costumbres del negocio, tales como informes de peritos independientes o revistas especializadas de reconocido prestigio en el mercado.
31. Por último, la obligatoriedad de la aplicación del sexto método peruano en determinados escenarios, sin necesidad de sujetar a la transacción entre vinculadas al análisis de comparabilidad que es aquél que permite determinar cuál es el método más adecuado resiente el *arm's length*.

BIBLIOGRAFÍA

ALTAMIRANO, Alejandro C.

2015 “El Soft Law. ¿Es fuente de Derecho?”. *Instituto Guatemalteco de Derecho Tributario*. Guatemala, 2015, pp. 7. Consulta: 02 de febrero de 2016.

<http://igderechotributario.com/el-soft-law-es-fuente-de-derecho>

ARNOLD, Brian J. y Michael J. MCINTYRE

2002 *Internacional Tax Primer*. Segunda Edición. La Haya: Kluwer Law International.

ATALIBA, Geraldo

2011 *Hipótesis de Incidencia Tributaria*. Lima: Ara Editores.

AVI-YONAH, Reuven S.; CLAUSING A., Kimberly y Michael C. DURST

2009 “Allocating Business Profits for Tax Purposes: A Proposal to Adopt a Formulary Profit Split”. *Florida Tax Review*, Michigan, pp. 497 a 553. Consulta: 05 de junio de 2015.

<http://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1773&context=articles>

BAISTROCCHI, Eduardo

2008 *Litigios de Precios de Transferencia: Teoría y Práctica*. Primera Edición. Buenos Aires: Lexis Nexis.

BARRERO RODRÍGUEZ, Concepción

2006 *La Prueba en el Procedimiento Administrativo*. Navarra: Aranzadi.

BONTA, Patricio y Mario FARBER

1994 *199 preguntas sobre marketing y publicidad*. Bogotá: Grupo Editorial Norma. Consulta: 31 de agosto de 2016.

<https://books.google.com.pe/books?id=sJikTspq7iUC&pg=PA20&dq=que+es+commodity+definicion&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwj-bnm54jPAhVD1x4KHcyAAUoQ6AEIHjAB#v=onepage&q=que%20es%20commodity%20definicion&f=false>

BULLEN, Andreas

2010 *Arm's Length Transaction Structures*. Veinte volúmenes. Amsterdam: International Bureau of Fiscal Documentation (IBFD).

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL

2012 *Sentencia TF 27014-I c. DGI*. Fecha de sentencia: 13 de diciembre de 2012. Consulta: 17 de junio de 2016.

CARMONA FERNÁNDEZ, Néstor y otros
2008 *Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la Unión Europea*. Primera Edición. Valencia: CISS Grupo Wolters Kluwer España S.A.

CENTRO INTERAMERICANO DE ADMINISTRACIONES TRIBUTARIAS (CIAT)
2013 *El control de la manipulación de los precios de transferencia en América Latina y el Caribe*. Patrocinadores: International Tax Compact (ITC) y Agencia Alemana de Cooperación Internacional (GIZ). Panamá: CIAT.

2013 *General Aspects of the Effects of Inflation in the Transfer Pricing Determination and Adjustment Processes*. Patrocinadores: International Tax Compact (ITC) y Agencia Alemana de Cooperación Internacional (GIZ). Panamá: CIAT.

COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES
2004 *Decisión 578 - Régimen para evitar la Doble Tributación y Prevenir la Evasión Fiscal de la Comunidad Andina*. Consulta: 05 de junio de 2015.

<http://www.sice.oas.org/trade/junac/decisiones/DEC578s.asp>

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA
2003 *Exp. N°D-4454*. Fecha de sentencia: 12 de agosto de 2003. Consulta: 01 de junio de 2015.

<http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-690-03.htm>

DAGNESE, Napoleao
2012 "Brazil's new transfer pricing reform". *Transfer Pricing International Journal*, Vol. 13, London, pp. 24-29.

DANTAS DE OLIVEIRA, José André
2016 *Executive Program in International Tax Law*. Universidad de Leiden, Curso de postgrado sobre Tributación Internacional.

DE LA GARZA, Sergio Francisco
2005 *Derecho Financiero Mexicano*. México D.F.: Editorial Porrúa.

DEAN, Steven A.
2012 "Neither Rules nor Standars". *Notre Dame Law Review*, Brooklyn, pp. 550. Consulta: 10 de junio de 2015.

<http://brooklynworks.brooklaw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1430&context=faculty>

DINICE, Horario D.

2007 “Método de precio de cotización a la fecha de embarque (Sexto Método)”. En GOLDEMBERG, Cecilia (directora). *Manual de Precios de Transferencia en Argentina*. Buenos Aires: Editorial La Ley, pp. 359-375.

DURÁN ROJO, Luis Alberto

2014 “Uso del Soft Law en el Derecho Tributario como manifestación del cambio de paradigma jurídico. Primeras reflexiones para revisar la experiencia peruana”. *Revista IPDT*, Lima, N°57, pp. 94 a 100.

ESEVERRI MARTÍNEZ, Ernesto

1995 “Presunciones Legales y Derecho Tributario”. *Crónica Tributaria*. Instituto de Estudios Fiscales - Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. 68.

GARCÍA MULLÍN, Roque

1978 *Manual de Impuesto a la Renta*. Documento N°872. Buenos Aires: Centro Interamericano de Estudios Tributarios (CIET).

GARCÍA NOVOA, César

2013 “Fiscalidad Internacional, Precios de Transferencia e Intercambio de Información”. *VI Jornadas Bolivianas de Derecho Tributario*, Santa Cruz, pp. 163.

GARCÍA PRATTS, Francisco Alfredo

2005 “Los Precios de Transferencia: su tratamiento tributario desde una perspectiva europea”. *Crónica Tributaria*. Instituto de Estudios Fiscales, No. 117/2005, pp. 38.

GOLDEMBERG, Cecilia

2007 “El principio de operador independiente (Arm’s Length Principle)”. En GOLDEMBERG, Cecilia (directora). *Manual de Precios de Transferencia en Argentina*. Buenos Aires: Editorial La Ley, pp. 87-127.

2007 “La Guía de Precios de Transferencia de OCDE y las notas sobre comparabilidad”. En GOLDEMBERG, Cecilia (directora). *Manual de Precios de Transferencia en Argentina*. Buenos Aires: Editorial La Ley, pp. 41-85.

2011 “Operaciones con commodities. Las inconsistencias del sexto método”. *Errepar-Doctrina Tributaria*, N°381, Buenos Aires, pp. 12.

2014 “Precios de Transferencia en Latinoamérica”. En *Doc Player*. Consulta: 08 de junio de 2015.

<http://docplayer.es/10215790-Precios-de-transferencia-en-latinoamerica.html>

GOTLIB, Gabriel y Fernando VAQUERO

2005 *Aspectos Internacionales de la Tributación Argentina: Teoría y Práctica*. Buenos Aires: La Ley.

HACIENDA FEDERAL DE LA COORDINACIÓN GENERAL DE TRIBUTACIÓN DE BRASIL

2015 *Acto Declaratorio Ejecutivo FRD/REC N°176*. Brasilia, 16 de diciembre de 2015.

HERNÁNDEZ BERENGUEL, Luis

1985 “Las presunciones legales en el Sistema Tributario Peruano”. *Revista IPDT*, N°09.

INVESTOPEDIA

Investopedia. Consulta: 14 de 06 de 2016.

<http://www.investopedia.com/>

LAMPREAVE MÁRQUEZ, Patricia

2011 “El Soft Law y sus implicaciones en la política fiscal de la Unión Europea”. *Crónica Tributaria*. Instituto de Estudios Fiscales, No. 5/2011, pp. 7. Consulta: 10 de julio de 2016.

www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/revistas/cron_trib/boletin_2011_05.pdf

LANG, Michael

2013 *Introduction to the Law of Double Taxation Conventions*. Segunda Edición. Amsterdam: Linde.

MARTÍN JIMENEZ, Adolfo Martín y José Manuel CALDERÓN CARRERO

2013 *Precios de Transferencias: Colección de doctrina tributaria y aduanera*. Primera Edición. Lima: Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (SUNAT).

MESSINEO, Alejandro

2008 “Directivas OCDE y normativas nacionales en Precios de Transferencia”. En UCKMAR, Victor; Alejandro ALTAMIRANO y Heleno TAVEIRA TORRES (coordinadores). *Impuestos sobre el Comercio Internacional*. 2da edición. Buenos Aires: Marcial Pons Argentina, Editorial, pp. 641-677.

2008 “El Transfer Pricing”. En UCKMAR, Victor; Alejandro ALTAMIRANO y Heleno TAVEIRA TORRES (coordinadores). *Impuestos sobre el Comercio Internacional*. 2da edición. Buenos Aires: Marcial Pons Argentina, Editorial, pp. 625-639.

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS DEL PERÚ (MEF)

1994 *Decreto Supremo N°122-94-EF*. Que aprueba el Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta. Lima, 19 de setiembre de 1994.

1999 *Decreto Supremo N°055-99-EF*. Que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto General a las Ventas e Impuesto Selectivo al Consumo. Lima, 14 de abril de 1999.

2013 *Decreto Supremo N°133-2013-EF*. Que aprueba el Texto Único Ordenado del

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU)

- 1980 *Convención Modelo de las Naciones Unidas sobre la doble tributación entre países desarrollados y países en desarrollo*. Nueva York: Naciones Unidas.
- 2011 *Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries*. Nueva York: United Nations. Consulta: 30 de marzo de 2015.
http://www.un.org/esa/ffd/documents/UN_Model_2011_Update.pdf
- 2013 *Practical Manual on Transfer Pricing for Developing Countries*. Nueva York: United Nations. Consulta: 29 de 02 de 2016.
http://www.un.org/esa/ffd/documents/UN_Manual_TransferPricing.pdf
-

ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y DESARROLLO ECONÓMICO (OCDE)

- 1997 *Business and Industry Advisory Committee to the OECD, BIAC comments on Tax Issues involving Brazil and the Other Lantin American Countries*, París. Consulta: 10 de junio de 2015.
- 2000 *Model Tax Convention on Income and on Capital*. París: OCDE.
- 2012 *Update to article 26 of the OECD Model Tax Convention and its Commentary* [reporte]. París. Consulta: 30 de marzo de 2015.
[http://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/120718_Article%2026-ENG_no%20cover%20\(2\).pdf](http://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/120718_Article%2026-ENG_no%20cover%20(2).pdf)
- 2014 *Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico*. París: OCDE.
- 2015 *The Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting (BEPS): transfer pricing aspects of cross-border commodity transactions* [reporte]. París. Consulta: 30 de marzo de 2015.
<http://www.oecd.org/ctp/transfer-pricing/public-consultation-action--10-transfer-pricing-matters.htm>
- 2015 *Comentarios recibidos para la Consulta Pública "Transfer Pricing aspects of cross-border commodity transactions"* [reporte]. París. Consulta: 30 de marzo de 2015.
<http://www.oecd.org/ctp/transfer-pricing/public-comments-action-10-cross-border-commodity-transactions.pdf>
- 2015 *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation* [reporte]. París. Consulta: 30 de octubre de 2015.
<http://www.oecd.org/ctp/aligning-transfer-pricing-outcomes-with-value-creation-actions-8-10-2015-final-reports-9789264241244-en.htm>
- 2015 "Final BEPS package for reform of the international tax system to tackle tax avoidance". Discurso de presentación en el *Centre for Tax Policy and Administration*

(CTPA) del Reporte Final de medidas anti BEPS por Pascal Saint-Amans, Director de la OCDE, Centro de Política y Administración Tributaria, del 08 de octubre de 2015.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO (OMC)

2013 *Informe sobre el Comercio Mundial 2013. Factores que determinan el futuro del comercio.* Consulta: 27 de 08 de 2016.

https://www.wto.org/spanish/res_s/booksp_s/world_trade_report13_s.pdf

PALAO TABOADA, Carlos

1974 *Principios de derecho tributario.* Traducción y estudio preliminar. Madrid: Ed. de Derecho Financiero.

PODER JUDICIAL BRASILEÑO

2015 *Proceso de Agravo de Instrumento 0044489-25.2008.4.03.000/SP.* Fecha de sentencia: 22 de enero de 2015.

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE BRASIL

1996 *Ley N°9430.* Disponer sobre la legislación tributaria federal, las contribuciones para la seguridad social, el proceso administrativo de consulta y dar otras disposiciones. Brasilia, 27 de diciembre de 1996.

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

1993 *Decreto Legislativo N°774.* Ley del Impuesto a la Renta. Lima, 30 de diciembre de 1993.

2003 *Decreto Legislativo N°941.* Modifican artículos del Texto Único Ordenado del Código Tributario aprobado por Decreto Supremo N°135-99-EF y modificatorias. Lima, 17 de diciembre de 2003.

2003 *Decreto Legislativo N°945.* Modifican la Ley del Impuesto a la Renta. Lima, 22 de diciembre de 2003.

2014 *Ley N°30230.* Ley que establece medidas tributarias, simplificación de procedimientos y permisos para la promoción y dinamización de la inversión en el país. Lima, 11 de julio de 2014.

ROSSO ALBA, Cristian

2008 “Materia de Precios de Transferencia de Commodities. Una experiencia Argentina”. *Enfoque Internacional*, Suplemento de Análisis Tributario, N°4, Lima, pp. 31 a 33.

SCHOUERI, Luis Eduardo

2013 “O princípio arm's length em um panorama internacional”. *Tributos e Preços de Transferência.* 1ra. edición. São Paulo: Dialética.

SECRETARÍA DE LA HACIENDA FEDERAL DE BRASIL

2012 *Instrucción Normativa RFB N°1312*. Que establece los precios que se pagan en la compra y venta de bienes, servicios o derechos realizados por una persona física o jurídica residente en Brasil, con una persona física o jurídica residente en el exterior, considerados relacionadas. Brasilia, 28 de diciembre de 2012.

2013 *Instrucción Normativa RFB N°1395*. Que modifica la Instrucción Normativa RFB N°1312, que establece los precios que se pagan en la compra y venta de bienes, servicios o derechos realizados por una persona física o jurídica residente en Brasil, con una persona física o jurídica residente en el exterior, considerados relacionadas. Brasilia, 17 de setiembre de 2013.

SOCIEDAD NACIONAL DE MINERÍA, PETRÓLEO Y ENERGÍA (SNMPE)

2012 *De mineral a metal: el proceso de transformación. Informe Quincenal de la SNMPE*. Consulta: 27 de febrero de 2012.

<http://www.snmpe.org.pe/pdfs/Informe-Quincenal/Mineria/Informe-Quincenal-Mineria-De-mineral-a-metal-el-proceso-de-transformacion.pdf>

TEJEIRO, Guillermo O

2014 *Precios de Transferencia. Métodos de cálculo. La exportación de Commodities: Argentina y otros países latinoamericanos. Comparación: Instrucción Normativa RFB 1395/13* [diapositiva]. Consulta: 20 de junio de 2015.

<http://www.abdf.com.br/arquivos/documentos/palestras/GuillermoTeijeiro27m14.pdf>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA

2013 Sentencia N°145/2013, de 11 de julio de 2013. BOE 1 de agosto de 2013, Madrid. Consulta: 30 de marzo de 2015.

<http://www.boe.es/boe/dias/2013/08/01/pdfs/BOE-A-2013-8503.pdf>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

2004 *Expediente N°0033-2004-AI/TC*. Fecha de sentencia: 28 de setiembre de 2004.

2010 *Expediente N°0022-2009-PI/TC*. Fecha de sentencia: 9 de junio de 2010.

UCKMAR, Víctor

2003 *Curso de Derecho Tributario Internacional*. Tomo I. Bogotá: Temis.

UCKMAR, Víctor; CORASANITI, Giuseppe y Paolo DECAPITANI DI VIMERCATE

2011 *Manual de Derecho Tributario Internacional*. Buenos Aires: La Ley.

VILLEGAS, Héctor B.

1987 "Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario". Tomo I. 4ta. Edición. Buenos: Ediciones Depalma.

VINICIUS NEDER Marcos y MORAES DE ALMEIDA NOGUEIRA JUNQUEIRA, Lavinia
2013 “Análisis de los criterios para la aplicación de los métodos de precios de
transferencia PCI y PECEX”. *Las operaciones con commodities en Tributos y
Precios de Transferencia*. Vol. 4, 1ra edición, Editora Dialéctica.

VOGEL, Klaus
1997 *Double Taxation Conventions*. Tercera Edición. Amsterdam: Kluwer Law
International.

ZORNOZA PÉREZ, Juan
2013 “La problemática expansión del Soft Law. Un análisis desde el derecho tributario”.
Revista Análisis Tributario, N°306, pp. 11.

