

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



**PONTIFICIA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DEL PERÚ**

**EL USO DE LAS GUÍAS SOBRE PRECIOS DE TRANSFERENCIA
PARA EMPRESAS MULTINACIONALES Y ADMINISTRACIONES
FISCALES DE OCDE EN EL RÉGIMEN DE PRECIOS DE
TRANSFERENCIA DE LA LEY
DEL IMPUESTO A LA RENTA**

**Tesis para optar el Título de Abogado que presenta el Bachiller:
Paul Alcides Nina Nina**

**Asesor:
Luis Alberto Durán Rojo**

Lima, 2018

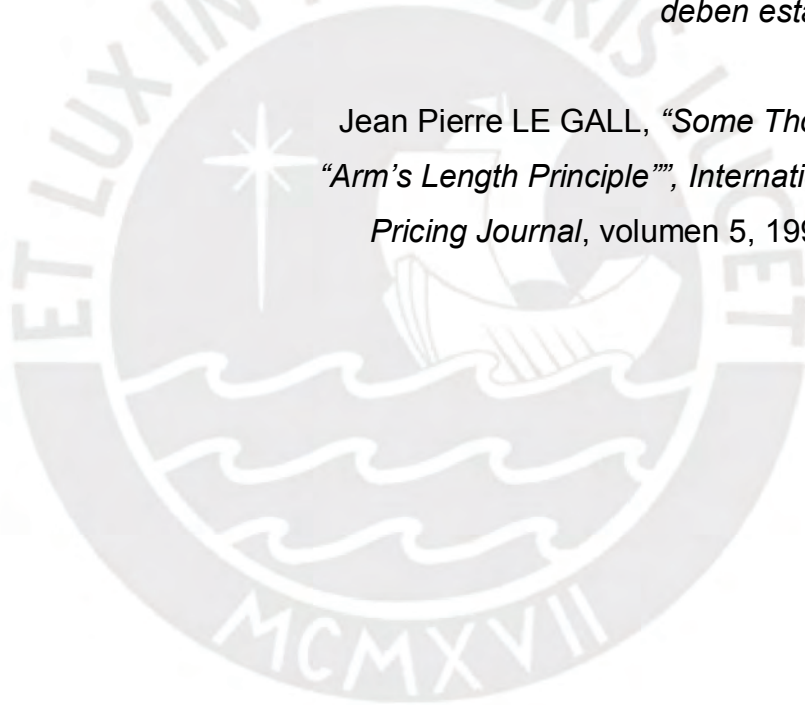
A mi familia



Under the cover of “scientific” methods, the arm’s length principle functions as a nationalist policy. Tax lawyers must be aware of this.

Bajo el ropaje de métodos “científicos”, el principio “arm’s length” funciona como una política nacionalista. Los abogados tributaristas deben estar advertidos.

Jean Pierre LE GALL, “Some Thoughts on the “Arm’s Length Principle””, *International Transfer Pricing Journal*, volumen 5, 1994, página 11



ABREVIATURAS Y SIGLAS

IR	Impuesto a la Renta peruano
LIR	Ley del Impuesto a la Renta
RLIR	Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta
CT	Código Tributario
OCDE	Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico
ONU	Organización de las Naciones Unidas
Guías OCDE	Directrices de la OCDE aplicables en materia de precios de transferencia a empresas multinacionales y administraciones tributarias, aprobadas por el Consejo de OCDE
BEPS	Base Erosion and Profit Shifting

RESUMEN

El presente estudio contiene un análisis sobre el correcto uso de las Guías OCDE en la aplicación del régimen de precios de transferencia de la LIR desde una perspectiva jurídica que considera el marco constitucional peruano, las fuentes del Derecho y la teoría de interpretación jurídica.

Para ello, en este trabajo se analiza el fenómeno de los precios de transferencia desde una perspectiva económica, se realiza una investigación histórica del origen del principio *arm's length*, se analiza la naturaleza, estructura y caracterización del régimen de precios de transferencia peruano y, finalmente, se responden a diversas cuestiones acerca de la aplicación jurídica del régimen de precios de transferencia peruano, como son: (i) la condición jurídica de las Guías OCDE; (ii) la constitucionalidad del inciso h) del artículo 32°-A de la LIR; (iii) si las Guías OCDE pueden usarse en la interpretación –incluidas la interpretación estática y dinámica– e integración del régimen de precios de transferencia peruano; y, (iv) si son un criterio de legalidad de las normas reglamentarias.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	12
CAPÍTULO I: CONCEPTOS ECONÓMICOS Y EVOLUCIÓN DEL ESTÁNDAR <i>ARM'S LENGTH</i>	16
1.1. Consideraciones económicas básicas sobre precios de transferencia	16
1.1.1. Las empresas como sujetos económicamente independientes.....	16
1.1.2. Creación de valor empresarial.....	17
1.1.3. Ventajas de las empresas multinacionales en mercados abiertos defectuosos.....	21
1.1.4. Los precios de transferencia desde una perspectiva multidisciplinaria...	24
1.1.5. Determinación empresarial de los precios de transferencia y la manipulación fiscal	26
1.1.6. Tipos de rentabilidades que obtienen las personas jurídicas miembros de grupos empresariales	30
1.2. Evolución del estándar arm's length en OCDE.....	32
1.2.1. Coordinación de los Estados en la fiscalidad internacional moderna.....	32
1.2.2. Opciones normativas para cuantificar los precios de transferencia para fines fiscales.....	35
1.2.3. Adopción del paradigma de la entidad separada y el estándar o principio arm's length en la fiscalidad internacional moderna	38
1.2.4. Reconocimiento del estándar arm's length en el Artículo 9º del Modelo de Convenio de Doble Imposición de OCDE	42
1.2.5. Reporte de Precios de Transferencia de OCDE de 1979.....	45
1.2.6. Guías de Precios de Transferencia de OCDE de 1995	46
1.2.7. Modificaciones formales de las Guías de Precios de Transferencia de OCDE de 1995 e identificación de las distintas versiones publicadas de dichas guías.....	51
1.2.8. Modificaciones del 22 de julio de 2010 aprobadas por el Consejo de OCDE	55
1.2.9. Modificaciones del 1 de octubre de 2015 aprobadas por el Consejo de OCDE	57
1.2.10. Recapitulación de la evolución del arm's length en OCDE	58
1.3. Evolución del estándar arm's length en los Estados Unidos de América	61

1.3.1. Las declaraciones consolidadas	61
1.3.2. El paradigma de las entidades separadas	63
1.3.3. Aplicación jurisprudencial de la Sección 45 del Código Fiscal Interno: Del criterio de los resultados razonables y al estándar <i>arm's length</i>	65
1.3.4. Objetivación del estándar <i>arm's length</i> con la reglamentación de la Sección 482 del Código Fiscal Interno	68
1.3.5. Prevalencia del estándar <i>arm's length</i> en la jurisprudencia y problemas de su aplicación	69
1.3.6. Adopción de un criterio objetivo rígido del estándar <i>arm's length</i> en el <i>White Paper</i> de 1988.....	74
1.3.7. La razonabilidad objetiva del estándar <i>arm's length</i> en el Reglamento de la Sección 482 del Código Fiscal Interno de 1994	76
1.3.8. Recapitulación del desarrollo del estándar <i>arm's length</i> en los Estados Unidos	79
1.4. Evolución del estándar <i>arm's length</i> en el Perú.....	80
1.4.1. Periodo de reconocimiento del estándar <i>arm's length</i> para transferencias de propiedad entre empresas vinculadas económicamente (años 1997 a 2000)	81
1.4.2. Periodo del primer desarrollo del estándar <i>arm's length</i> (años 2001 a 2003)	84
1.4.3. Periodo del segundo desarrollo del estándar <i>arm's length</i> (años 2004 en adelante)	91
1.4.4. Aspectos adicionales del régimen de valor de mercado, identificados a través de la jurisprudencia administrativa peruana	99
CAPÍTULO II: ANÁLISIS DEL RÉGIMEN DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA PERUANO	102
2.1. Tipos de normas sobre precios de transferencia en la LIR	102
2.1.1. Tipos de normas que usualmente se encuentran en los regímenes de precios de transferencia.....	102
2.1.2. Clasificación de los tipos de normas sobre precios de transferencia contenidas la LIR.....	103
2.2. Estructura de las normas sustantivas de precios de transferencia de la LIR y su implicancia en las estructuras argumentativas para su interpretación	108
2.2.1. Tipos de enunciados jurídicos según su estructura, en la teoría de Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero	108
2.2.2. Estructuras argumentativas según el tipo de enunciado jurídico, en la teoría de Manuel Atienza	109

2.2.3.	Estructura de las normas sustantivas de precios de transferencia de la LIR	112
2.2.4.	Primera subestructura normativa de las normas sustantivas de precios de transferencia de la LIR: determinación del valor que hubieran acordado partes independientes, como regla de fin.	113
2.2.4.1.	Descripción del antecedente	114
2.2.4.2.	Descripción del consecuente	116
2.2.5.	Segunda subestructura normativa de las normas sustantivas de precios de transferencia peruanas: supuestos en los que el valor pactado es ajustado al valor determinado a través de las normas de precios de transferencia, como regla de acción	122
2.3.	Naturaleza jurídica de las normas sustantivas de precios de transferencia de la LIR	124
2.3.1.	Sobre el concepto de naturaleza jurídica	124
2.3.1.1.	Las instituciones jurídicas.....	124
2.3.1.2.	La naturaleza jurídica de las instituciones	125
2.3.1.3.	Las instituciones jurídicas como “cosas” del Derecho y su naturaleza jurídica, según el Tribunal Constitucional	126
2.3.2.	Institución y naturaleza jurídica de las normas sustantivas de precios de transferencia de la LIR.....	129
2.3.2.1.	Las normas sustantivas de precios de transferencia son normas de valoración y reguladoras de la base imponible	129
2.3.2.2.	Las normas sustantivas de precios de transferencia son normas antielusivas específicas	131
2.3.2.3.	Las normas de precios de transferencia no son normas antielusivas que habilitan el desconocimiento o recalificación de operaciones	138
2.3.2.4.	El principio de igualdad como fundamento de las normas sustantivas de precios de transferencia.....	150
2.3.2.5.	El deber de contribuir como fundamento de las normas sustantivas de precios de transferencia.....	152
2.3.2.6.	Interacción de los principios de igualdad y de deber de contribuir en los efectos de la aplicación de las normas sustantivas de precios de transferencia	157
2.4.	Caracterización del estándar arm’s length en las normas sustantivas de precios de transferencia peruanas	163
2.4.1.	Diferentes estándares de normas de precios de transferencia.....	164

2.4.2.	Diferentes concepciones del estándar arm's length.....	165
2.4.2.1.	Concepciones del arm's length que dependen de si se aceptan o no razones comerciales para inaplicar ajustes de precios de transferencia.....	170
2.4.2.2.	Concepciones del arm's length que dependen de si se requiere que exista un perjuicio fiscal para la aplicación de ajustes de precios de transferencia	181
2.4.2.3.	Concepciones del arm's length que dependen del criterio de jerarquías de los métodos de valoración de precios de transferencia.....	184
2.4.2.4.	Concepciones del arm's length que dependen de las posibilidades de desconocer y recalificar operaciones.....	186
2.4.2.5.	Concepciones del arm's length que dependen de los elementos a considerar para atribuir beneficios de intangibles.....	192
2.4.2.6.	Resumen de las diferentes concepciones del arm's length en el mundo	197
2.4.3.	Caracterización del estándar arm's length en los distintos periodos de evolución de las normas de precios de transferencia en el Perú.....	199
2.4.3.1.	Acogimiento de la concepción anglosajona de razonabilidad objetiva	199
2.4.3.2.	Inicial acogimiento de la concepción independiente del perjuicio fiscal, posterior modificación a la concepción mixta y ulterior cambio a una concepción dependiente exclusivamente de la existencia de perjuicio fiscal.....	203
2.4.3.3.	Acogimiento de la regla del método único, posterior acogimiento de la regla de jerarquía de métodos y ulterior modificación a la regla del método más apropiado	209
2.4.3.4.	Acogimiento a la concepción que no habilita el desconocimiento y recalificación de operaciones.....	213
2.4.3.5.	Indeterminación en el acogimiento a alguna de las tres concepciones sobre la valoración de beneficios de intangibles .	213
CAPÍTULO III: EL USO DE LAS GUÍAS DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA EN LA APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA PERUANO		217
3.1.	Uso de las Guías OCDE como fuente de interpretación en su condición de soft law.....	217
3.1.1.	OCDE	217
3.1.1.1.	Origen, miembros y fines de OCDE	217

3.1.1.2. Órganos de OCDE	219
3.1.2. Las Guías OCDE son recomendaciones con carácter de soft law, según OCDE	229
3.1.3. Naturaleza de las Guías OCDE, según el Derecho peruano	231
3.1.3.1. El soft law, en la teoría de Luis Durán Rojo.....	231
3.1.3.2. Las Guías OCDE son soft law para el Derecho peruano	233
3.1.3.3. Las Guías OCDE en su condición de soft law, solo pueden ser usadas para fines de la interpretación de las normas sustantivas de precios de transferencia	235
3.2. Uso de las Guías OCDE a partir de la Norma VIII del Título Preliminar del Código Tributario y del inciso h) del Artículo 32°-A de la LIR	237
3.2.1. Modelos del derecho comparado para regular el uso de las Guías OCDE en la aplicación de las normas sustantivas de precios de transferencia	237
3.2.1.1. Australia	241
3.2.1.2. España	242
3.2.1.3. Irlanda	243
3.2.1.4. México	244
3.2.1.5. Reino Unido	245
3.2.1.6. Colombia.....	246
3.2.2. El modelo seguido en el Perú para regular el uso de las Guías OCDE en las normas sustantivas de precios de transferencia	247
3.2.3. Constitucionalidad del inciso h) del artículo 32°-A de la LIR.....	248
3.2.3.1. El inciso h) no otorga la calidad de normas jurídicas a las Guías OCDE, por no lo que no requieren ser publicadas en el Diario Oficial <i>El Peruano</i>	256
3.2.3.2. El inciso h) únicamente obliga tomar en consideración las interpretaciones basadas en las Guías OCDE, sin excluir el uso de otros métodos de interpretación que no se basen en las Guías OCDE	267
3.2.4. Las Guías OCDE pueden servir para realizar interpretaciones dinámicas de los términos previstos en el Artículo 32°-A de la LIR.....	280
3.2.5. Las Guías OCDE no son un parámetro de legalidad del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta.....	308
3.2.6. El inciso h) no habilita el uso de las Guías OCDE para realizar operaciones de integración jurídica	311

3.2.7. Uso de los mecanismos integradores previstos en el Código Tributario para llenar las lagunas comprendidas en el régimen de precios de transferencia peruano	315
3.2.7.1. Teoría de la integración de normas tributarias	315
3.2.7.2. Mecanismos integradores en el Derecho Tributario peruano	339
3.2.7.3. Existencia de lagunas en las normas sustantivas de precios de transferencia de la LIR.....	355
3.3.6.4. Uso de mecanismos integradores en el régimen sustantivo de precios de transferencia peruano	357
CONCLUSIONES.....	362
BIBLIOGRAFÍA.....	369



INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene como objetivo determinar el correcto uso de las Guías OCDE en la interpretación e integración del régimen de precios de transferencia de la LIR, a partir de un análisis jurídico que tome en consideración: (i) la apreciación económica del fenómeno de los precios de transferencia y su influencia en la rentabilidad de las empresas; (ii) el origen y desarrollo del estándar *arm's length* a nivel nacional e internacional; (iii) la institución, naturaleza y características del régimen de precios de transferencia de la LIR; y, (iv) la teoría y regulación peruana sobre las fuentes del Derecho y la interpretación jurídica.

Se pone énfasis en el carácter nacional del análisis, toda vez que, a pesar de que el estándar *arm's length* prepondera actualmente en el mundo, existen diversas concepciones estatales del referido estándar, entre las cuales se encuentra el estándar *arm's length* peruano. Asimismo, se pone énfasis en el cariz jurídico del análisis debido a que el alto contenido económico del régimen tributario de precios de transferencia puede hacer que se pierda de vista que dicho régimen se encuentra contenido en normas jurídicas. De esta manera, se trata de cumplir la exhortación realizada por Marcial Rubio Correa en el año 2003 cuando indicó que el Derecho Administrativo, rama que incluye al Derecho Tributario, tiene que progresar técnicamente para construir un mejor Estado de Derecho, dejando de lado cualquier aplicación que se realice de acuerdo a las pasiones, intereses y necesidades de cada momento (Rubio, 2003: 31).

En este contexto, para cumplir el referido objetivo, el presente trabajo es estructurado en tres capítulos.

En el capítulo primero se realiza una revisión de los conceptos económicos esenciales sobre los precios de transferencia, así como una revisión del origen histórico y desarrollo del estándar arm's length en el mundo y su formulación en el Perú. A partir de ello, se concluye fundamentalmente que los precios de transferencia son un fenómeno económico propio de los grupos empresariales y que originan que una persona jurídica, miembro de un grupo, pueda obtener tres tipos de rentabilidades: (i) rentabilidades de mercado; (ii) rentabilidades organizacionales o de economía; y, (iii) rentabilidades derivadas de la manipulación de los precios de transferencia con fines fiscales. Asimismo, se concluye que a fin de combatir el efecto derivado de las rentabilidades derivadas de la manipulación de los precios de transferencia, se originó el estándar arm's length, el cual consiste en un estándar de solución normativa para combatir dichas manipulaciones y que luego fue desarrollándose en cada país dando lugar a concepciones particulares del arm's length, lo cual ocurrió también en nuestro país.

En el capítulo segundo se realiza un análisis de las normas de precios de transferencia contenidas en la LIR, a partir del cual se concluye que: (i) las normas de precios de transferencia de la LIR se dividen en normas sustantivas, de cumplimiento, procedimentales y hermenéuticas; (ii) las normas sustantivas de precios de transferencia están conformadas por las normas que establecen el valor arm's length de las transacciones bajo una estructura de regla de fin, lo cual obliga a que su aplicación sea argumentada bajo un juicio de medios-fines; (iii) las normas sustantivas están conformadas también por las normas que determinan la aplicación de ajustes de precios de transferencia bajo una estructura de regla de acción que hace necesario que para su aplicación se realice un juicio de subsunción; (iv) las normas sustantivas de precios de transferencia de la LIR son normas antielusivas específicas que tienen como institutos superiores a las normas sobre valoración y a las normas de regulación de

la base imponible, descartándose así que sean normas antielusivas que permitan la recalificación o desconocimiento de operaciones; (v) dichas normas tienen como naturaleza —valor primigenio— a los principios de igualdad y deber de contribuir; y, (vi) luego de una revisión de las diversas concepciones del estándar arm's length en el mundo, las normas peruanas sustantivas de precios de transferencia cuentan con características propias que permiten identificar un estándar arm's length peruano.

En el capítulo tercero se toman las consideraciones de los capítulos primero y segundo para determinar el uso correcto de las Guías OCDE en los procesos de interpretación e integración de las normas de precios de transferencia de la LIR. Para ello se analizan dos posibles vías para el uso de las Guías OCDE, que son utilizarlas bajo su condición de soft law y recurrir a ellas sobre la base de lo indicado en la Norma VIII del Título Preliminar del Código Tributario y el inciso h) del Artículo 32°-A de la LIR. A partir del análisis de estas dos vías se concluye que: (i) las Guías OCDE califican como soft law según la regulación interna de OCDE y para el Derecho peruano, lo cual las habilita para que sean utilizadas en el Perú para fines de la interpretación jurídica de las normas peruanas, siempre y cuando no se opongan a dichas normas; (ii) que el inciso h) del Artículo 32°-A de la LIR es constitucional bajo un correcto entendimiento de las fuentes del Derecho y la teoría de la interpretación jurídica; (iii) que las Guías OCDE pueden ser utilizadas para fines de la interpretación bajo los métodos literal (o lingüístico) e histórico, incluyendo las variables dinámicas de ambos métodos, conforme a lo previsto en la teoría y regulación de la interpretación jurídica en el Perú y bajo determinados parámetros; (iv) las Guías OCDE no califican como un criterio de legalidad de las normas reglamentarias peruanas, bajo un correcto entendimiento de la teoría y regulación de las fuentes del Derecho en el Perú; y, (v) que las Guías OCDE pueden ser utilizadas en el Perú en la integración jurídica

vía analogía, como un nexo entre la laguna a integrar y la norma jurídica peruana que integrará dicha laguna.

Finalmente, el presente trabajo se encuentra circunscrito a la utilización de las Guías OCDE en casos en donde no se encuentre involucrada la aplicación de disposiciones contenidas en tratados para evitar la doble imposición, ni en aquellos casos en los que estén involucrados establecimientos permanentes. Asimismo, se ha realizado un análisis de las normas jurídicas vigentes hasta el 31 de diciembre de 2017.



CAPÍTULO I:

CONCEPTOS ECONÓMICOS Y EVOLUCIÓN DEL ESTÁNDAR *ARM'S LENGTH*

En el presente capítulo se desarrollarán dos aspectos esenciales para el análisis del régimen de precios de transferencia peruano. Estos aspectos consisten en: (i) las principales consideraciones económicas de los precios de transferencia, a partir del cual se apreciará finalmente que las personas jurídicas miembros de grupos empresariales pueden tener distintos tipos de rentabilidades, entre las cuales se encuentran las rentabilidades de mercado, las rentabilidades de organizacionales o de economía y las derivadas de la manipulación fiscal de precios de transferencia, y sus contrapartidas en escenarios de pérdida; y, (ii) una revisión del desarrollo histórico del estándar *arm's length* a partir de entornos más relevantes, como son el desarrollo efectuado en OCDE en el marco del fenómeno de la coordinación fiscal internacional, el desarrollo en los Estados Unidos de América y, por supuesto, el desarrollo del estándar en el entorno nacional.

1.1. Consideraciones económicas básicas sobre precios de transferencia

1.1.1. Las empresas como sujetos económicamente independientes

La empresa, en su definición más básica, consiste en una conjunción organizada de trabajo y capital, que realiza intercambios económicos con el mercado asumiendo riesgos, con la finalidad de obtener ganancias y asegurar su subsistencia (Gonnet, 2016: 35).

Una empresa es un sujeto económico que tiene existencia independiente de sus accionistas. La existencia independiente de la empresa es explicada por la teoría económica de la agencia, según la cual los

accionistas encargan la administración de la empresa a un “agente”, quien es finalmente el que desarrolla la estructura de gobierno de la empresa y se desempeña como un creador de valor (De Wilde, 2017: 254 y 255).

Esta existencia económicamente independiente de una empresa puede configurarse legalmente de dos formas. La primera consiste en la creación de una sola persona jurídica, quien será jurídicamente responsable por el total de las deudas. La segunda consiste en la creación de un grupo de personas jurídicas bajo el control común de una ulterior persona jurídica, lo cual permite limitar distintos niveles de deudas en cabeza de cada una de las personas jurídicas. En cualquiera de estos casos la existencia económica de la empresa sigue siendo única (De Wilde, 2017: 254 y 255). Asimismo, si es que la empresa realiza sus actividades en varios países, esta se conoce como empresa multinacional (De Wilde, 2017: 255).

1.1.2. Creación de valor empresarial

Según el análisis de Isabel Verlinden y Bram Markey, a fin de entender cómo las empresas generan valor pueden considerarse tres elementos de análisis: (i) los factores productivos en la creación de valor; (ii) los tipos de cadenas productivas; y, (iii) la diferenciación empresarial como elemento creador de valor (Verlinden y Markey, 2016: s/n). A continuación se describen estos factores, según lo señalado por estos autores.

Sobre los factores productivos, en 1776 Adam Smith entendió la creación de valor como una simple función dependiente del trabajo humano y su división. Luego, una vez que se masificó el uso de máquinas en el proceso productivo, la función de producción consideró a las máquinas como sustitutos del trabajo humano.

Sin embargo, la masificación del uso de las máquinas derivó en un cambio cualitativo en la forma de obtención de utilidades. Así, ya en 1942 Joseph Schumpeter formuló una nueva teoría económica donde reconoció el impacto de la innovación, creatividad y tecnología en la creación de valor, siendo la creatividad el factor más importante para la generación de utilidades.

Este reconocimiento de la creatividad llevó a que a mediados del siglo veinte se aprecie nuevamente el valor del trabajo humano, pero restringiéndose al trabajo humano capacitado y educado por su capacidad de crear intangibles a través de la investigación y desarrollo.

Con respecto a las formas de cadenas productivas, Isabel Verlinden y Bram Markey destacan lo señalado en el Borrador de Discusión del 4 de julio de 2016, sobre Partición de Utilidades de OCDE, en donde se indica que los grupos empresariales pueden generar valor a partir de una integración paralela o secuencial. En las integraciones secuenciales, los grupos empresariales dividen las cadenas productivas de la misma forma que lo hacen las empresas independientes. De otro lado, en el caso de integraciones paralelas algunos segmentos de las cadenas productivas son realizados por varios miembros del grupo empresarial de forma entrelazada, lo cual origina que dichas operaciones sean únicas y no existan operaciones equivalentes en las empresas independientes.

Finalmente, en cuanto a la diferenciación de las empresas como elemento creador de valor, se destaca lo señalado por Michael Porter quien identificó que en la actualidad la esencia de cualquier estrategia de negocios es la diferenciación de la empresa de sus competidores, lo cual puede lograrse a través de la innovación en la manera de realizar sus actividades.

De esta manera, las empresas cuentan cada vez más con estrategias de negocios hechas a la medida que buscan formar competencias distintas con una identidad empresarial propia. Ello lleva a la creación de cada vez más intangibles difícilmente protegibles legalmente (tales como: sistemas, procesos, competencias, *know-how*, etc.), así como a la obtención del estatus de supercompetidor, lo cual permite a las empresas obtener beneficios financieros y *premiums* en sus utilidades.

Conforme a lo indicado por Isabel Verlinden y Bran Markey, esta diferenciación puede apreciarse en los siguientes casos:

- En empresas con un alto nivel de identidad: Estas empresas forman su identidad no sobre la base de los productos que comercializan ni en los servicios que prestan, sino en por qué lo hacen. Ejemplos claros de este tipo de empresas son Apple, BMW, Caterpillar, Toyota, Walmart, etc., las cuales permiten a sus accionistas obtener retornos superiores al promedio.
- En empresas con alto nivel de competencias: Estas empresas se diferencian en el alto nivel de competencias con las que cuentan, lo que les permite obtener rendimientos sostenidos a lo largo del tiempo. Un caso paradigmático es el de Frito-Lay, quien luego de afrontar una fuerte competencia innovó su modelo empresarial. Así, comenzó a realizar una comercialización directa tienda a tienda, lo cual requirió desarrollar varias funciones tales como sistemas informáticos, *marketing*, logística, distribución y análisis de finanzas. Asimismo, buscó contar con una capacidad permanente para el desarrollo de sabores, lo cual involucró el desarrollo de capacidades de recolección de información por regiones y análisis de información.

- En empresas ágiles y que pueden adaptarse: Estas empresas no se aferran a los modelos exitosos que hubieran experimentado y están dispuestas a cambiar sus modelos, así como a desarrollar nuevas capacidades.

Un ejemplo de ello son las grandes empresas Unilever, P&G, Kraft, Colgate, Nestlé y Sara Lee, quienes en los años noventa gozaban de un modelo exitoso consistente en la comercialización a través de numerosas marcas y productos, pero con la ventaja de ahorros en costos de funciones de *back office*, facilidad de acceso a canales de distribución y gran poder financiero para desarrollar poderosas campañas de marketing televisivo.

Sin embargo, ante este modelo fueron surgiendo competidores que se enfocaron en nichos de mercado mucho más pequeños, que se adaptaban más rápidamente a los cambios de preferencias de esos nichos y que utilizaban el internet como canal de marketing más barato. Ante ello, las grandes empresas optaron por deshacerse de muchas marcas y productos que no conseguirían sobrevivir a la lucha por nichos más pequeños y adquirieron marcas a través de las cuales desarrollaron el modelo de nichos pequeños.

- Empresas que integran tecnologías digitales en sus modelos de negocios: Estas tecnologías pueden comprender por ejemplo, sistemas computacionales en la nube, comercio electrónico, pagos remotos, impresión 3D, análisis de información de gran envergadura, redes sociales, entre otros. Asimismo, el uso de estas tecnologías puede implicar el desarrollo de nuevos productos y servicios digitales. Actualmente, son aún interrogantes cuánto aportan estas tecnologías en la rentabilidad de las empresas y hasta qué punto podrán sustituir a los seres humanos en el rol de la creación de valor.

A partir de las consideraciones anteriores, puede resumirse que la creación de valor que realizan las empresas en la actualidad se caracteriza por: (i) prepondera el factor del trabajo humano educado por su capacidad de desarrollar intangibles; (ii) puede realizarse a través de cadenas productivas secuenciales o paralelas; y, (iii) alcanza un mayor nivel si es que las empresas consiguen obtener una diferenciación del resto de empresas.

1.1.3. Ventajas de las empresas multinacionales en mercados abiertos defectuosos

Los defectos del mercado abierto pueden originar oportunidades para que las empresas multinacionales generen mayores ganancias que las empresas que operan en mercado abierto. Estos defectos son explicados por la teoría de la integración y descritos por Jens Wittendorff de la siguiente manera (Wittendorff, 2010: 19-20):

- El mercado funciona con asimetría de información lo cual genera cierto nivel de incertidumbre en los participantes. Ello puede ocasionar, por ejemplo, que sea impreciso valorar un intangible y que sea económicamente óptimo explotar intangibles desarrollados internamente por entidades asociadas.
- Otro defecto del mercado consiste en que sus transacciones requieren de costos de transacción que no existirían en transacciones internas. Ejemplos de estos costos son: la búsqueda de las contrapartes, costos de comunicación, de negociación, de elaboración de contratos, de controles de calidad, transporte, entre otros.

- Las empresas asociadas tienen la posibilidad de formar economías de escala; lo cual les permite generar ahorros con los que no podrían contar las empresas que desarrollan transacciones en mercado.
- Las transacciones en mercado abierto se regulan a veces por precios públicos regulados. Sin embargo, si es que estas transacciones se realizan entre empresas de un mismo grupo, dichos precios pueden ser manipulados.

Según la teoría de la integración, si es que se presentan mercados abiertos defectuosos, ello ocasionará que se generen oportunidades económicas para el desarrollo de mercados internos dentro de los grupos empresariales. Es decir, cuando se está en un mercado abierto imperfecto, las empresas asociadas pueden generar mayores utilidades que las empresas independientes (Wittendorff, 2010: 19-20).

De esta manera, en caso hubiera defectos en el mercado abierto y la empresa multinacional hubiera tomado ventaja de ello, se generarán ventajas mayores a las que hubieran obtenido empresas independientes. En ese sentido, la rentabilidad de la empresa multinacional podrá dividirse en: (i) rentas de mercado; y, (ii) rentas organizacionales (Wittendorff, 2011: 239). Esta mayor rentabilidad es descrita por otros autores como “rentas de economía” (Verlinden y Markey, 2016: s/n).

Si bien es cierto que la teoría de la integración explica que las empresas integradas pueden obtener mayores rentabilidades que las empresas en mercados abiertos defectuosos, esta teoría está considerando como mayor rentabilidad a la rentabilidad global que obtiene la empresa como entidad económica, sin concluir que dicha mayor rentabilidad se distribuya uniformemente entre las personas jurídicas que la componen.

En ese sentido, es perfectamente posible que la empresa económica — considerada como grupo económico— pueda generar una rentabilidad organizacional o de economía y que, individualmente consideradas, existan simultáneamente: (i) personas jurídicas miembros que obtengan rentabilidades de mercado abierto incrementadas con las rentabilidades de economía; (ii) personas jurídicas miembros que obtengan únicamente la rentabilidad de mercado abierto; y, (iii) personas jurídicas miembros que obtengan una rentabilidad de mercado abierto disminuida por las rentabilidades que se asignan a otros miembros del grupo.

Así, por ejemplo, Wolfgang Schon reconoce que puede darse el caso de una persona jurídica miembro de un grupo empresarial cuya gerencia decide vender o prestar bienes o servicios a otras empresas del grupo, a precios inferiores a los del mercado abierto, y que dicha decisión sea conveniente por estrictas razones empresariales como la de asegurar una larga relación con el grupo en términos de cliente o consumidor (Schon, 2012: 61 y 62).

Por otro lado, la mayor rentabilidad que una empresa integrada puede obtener en comparación con una empresa no integrada, no siempre se debe a los defectos de mercado (economías de integración), sino también a motivos empresariales, tales como las buenas decisiones de la gerencia o a las especiales circunstancias del mercado local (Verlinden y Markey, 2016: s/n). Viceversa, es claro también que así como las buenas decisiones empresariales y las especiales circunstancias del mercado local pueden incrementar la rentabilidad de una empresa, dicha rentabilidad podrá ser disminuida como consecuencia de malas decisiones empresariales y circunstancias de mercado perjudiciales.

No obstante, es importante destacar que si bien las buenas o malas decisiones empresariales y las circunstancias del mercado local pueden

afectar la rentabilidad de una empresa integrada, dicha afectación alcanzará también a las empresas en mercado abierto.

1.1.4. Los precios de transferencia desde una perspectiva multidisciplinaria

La doctrina tributaria define a los precios de transferencia como los precios entre empresas asociadas (Wittendorff, 2010: 3), o como “*el precio unitario asignado a bienes y servicios entre la casa matriz y sus subsidiarias, o entre diferentes divisiones dentro de la misma firma*” (Baistrocchi, 2008: 84-85). De esta manera, los precios de transferencia son los precios de las operaciones realizadas entre personas jurídicas asociadas (como por ejemplo entre la matriz y sus subsidiarias).

Ahora bien, los precios de transferencia son objeto de estudio al menos bajo tres perspectivas o disciplinas distintas: la empresarial, la legal corporativa y la legal tributaria.

Desde la perspectiva empresarial, la cuestión consiste en determinar cómo debe la gerencia determinar los precios y cantidades de las operaciones al interior de las distintas divisiones de una empresa económica.

Según describen Ernst Berndt, Joseph Doyle, Michael Chapman y Thomas Stoker, en su presentación sobre precios de transferencia e integración vertical para el curso Análisis Económico para Decisiones Empresariales, dictado en el Instituto Tecnológico de Massachusetts, las teorías de Adam Smith y Alfred Sloan permiten asumir como principio empresarial que es necesario dividir una empresa en centros operacionales, a fin de que cada una de estas divisiones busque maximizar sus beneficios. Ahora bien, esta maximización de beneficios se realizará de forma centralizada si es que la

sede central es quien decide las cantidades y precios de las transacciones entre las divisiones. Asimismo, será descentralizada si es que se deja que cada división, a través de sus propias administraciones, decida los precios y cantidades de sus transacciones con las otras divisiones (Berndt, Doyle y otros, 2004).

No obstante, hasta la actualidad no se tiene claro acerca de cuáles deben ser los factores que deben tomarse en cuenta para decidir los precios y cantidades de las transacciones entre divisiones. Así por ejemplo, no se sabe si es más conveniente adoptar criterios de costos marginales, costos promedios, costos históricos, precios notacionales o reales de mercado, etc. (Schon, 2012: 48).

A esta incertidumbre debe añadirse que, en muchos casos, los bienes y servicios que se analizan no cuentan con operaciones similares en el mercado abierto que puedan servir de referencia para el precio. Incluso, en muchas ocasiones es esta ausencia la que motiva la integración de operaciones al interior de la empresa (Hiemann y Reichelstein, 2012: 5).

De esta manera, la determinación del precio de transferencia al interior de una empresa es una tarea compleja que por motivos estrictamente empresariales puede diferir del precio de mercado abierto, ya sea porque la operación no cuenta con referencias en el mercado abierto, o porque el criterio empresarial exige asumir costos marginales, costos promedios, costos históricos o precios notacionales, los cuales pueden diferir del precio real de mercado.

Ahora bien, desde la perspectiva del Derecho Corporativo, lo relevante es la protección de los accionistas minoritarios ante las transacciones que una persona jurídica pueda realizar para beneficiar a alguno de los accionistas mayoritarios. Es en este contexto que el Derecho Corporativo

desarrolla instrumentos que pueden implementarse en las legislaciones a fin de que pueda evitarse este traslado de beneficios en perjuicio de los accionistas minoritarios (Schon, 2012: 49).

Finalmente, desde una perspectiva tributaria se cuestiona cuáles deben ser los precios de las operaciones dentro de un mismo grupo empresarial, para efectos de la tributación en las distintas jurisdicciones (Schon, 2012: 48).

Es importante notar que desde una perspectiva tributaria se ha reconocido dentro del concepto de precios de transferencia a los precios de operaciones al interior de empresas que operan dentro de una misma jurisdicción. Así, por ejemplo, expertos del Banco Mundial señalan que los precios de transferencia comprenden también a transacciones realizadas a empresas de grupos nacionales (Cooper, Fox, Loeprick y Mohindra, 2016: 3).

Asimismo, las propias Guías OCDE en su párrafo 12, haciendo la salvaguarda que las problemáticas nacionales no son consideradas en dichas guías, reconocen que los precios de transferencia aparecen también dentro de empresas que operan dentro de una misma jurisdicción.

1.1.5. Determinación empresarial de los precios de transferencia y la manipulación fiscal

Existen también casos en los que los precios de transferencia son manipulados por las gerencias de las empresas con la finalidad de disminuir la carga impositiva del grupo empresarial. A esta determinación de precios de transferencia podemos denominarla como manipulación fiscal de los precios de transferencia.

Eduardo Baistrocchi propone un ejemplo en donde se evidencia la típica manipulación de precios de transferencia con fines fiscales (Baistrocchi, 2008: 1-2). Describimos este ejemplo a continuación.

Una empresa multinacional se dedica a la fabricación y comercialización de automóviles. La casa matriz se encuentra en Francia, país en donde se sitúa también la fábrica de automóviles.

Ahora bien, dicha multinacional planea distribuir sus automóviles en Chile. Para este efecto, la empresa multinacional establece una empresa subsidiaria en Chile, a la cual le vende los vehículos, para que esta a su vez los venda a clientes independientes en el mercado chileno.

De esta manera, se tiene que *grosso modo* la base imponible de la subsidiaria en Chile se determinará a partir de: (i) el precio al cual vende los vehículos a terceros independientes; y, (ii) el costo de adquisición de los vehículos adquiridos a su matriz francesa.

Dado que la empresa multinacional francesa tiene el control del precio de la venta interna de los vehículos, es posible que manipule los precios de transferencia con la intención de reducir los impuestos del grupo en su conjunto, de la siguiente manera:

- Si es que la alícuota del Impuesto a la Renta chileno es mayor a la alícuota del Impuesto a la Renta francés, entonces el grupo multinacional puede disminuir sus impuestos totales atribuyendo más ganancias a la matriz francesa.

En el ejemplo, ello puede realizarse incrementando el precio al cual la matriz vende los vehículos a la empresa chilena, dejando un menor margen de ganancia a esta última.

- Si es que la alícuota del Impuesto a la Renta chileno es menor a la alícuota del Impuesto a la Renta francés, entonces el grupo multinacional puede disminuir sus impuestos totales atribuyendo menos ganancias a la matriz francesa.

Ello ocurrirá disminuyendo el precio al cual la matriz vende los vehículos a la empresa chilena, dejando un menor margen de ganancia a la matriz francesa.

De esta forma, se tiene entonces que una manipulación de los precios de transferencia para fines fiscales puede tener como consecuencia una oportunidad de planificación fiscal para reducir los Impuestos del grupo empresarial, lo cual puede generar perjuicio fiscal para los países involucrados.

Si bien es cierto que en su mayoría la doctrina ha desarrollado el problema de los precios de transferencia a raíz de operaciones internacionales, este problema ocurre de forma similar en el ámbito puramente doméstico, cuando existen regímenes tributarios diferenciados en un mismo país.

Ello puede ocurrir, por ejemplo, en el siguiente caso: dos empresas que operan y están establecidas en un mismo país, pertenecen a un grupo empresarial dedicado a la comercialización de vehículos. Sin embargo, una de ellas se encuentra beneficiada con un régimen tributario diferencial que le permite gozar de una alícuota del Impuesto a la Renta menor a la otra empresa.

En este caso también existirá una oportunidad de planificación fiscal, dado que el grupo podrá atribuir mayores ingresos a la empresa beneficiada con el régimen diferencial del Impuesto a la Renta a través —por ejemplo— de

la venta de vehículos a la empresa con régimen diferencial, a un precio mucho menor al normal. Ello ocasionaría una mayor rentabilidad en la empresa con el régimen diferencial y una menor para la otra empresa.

Como último ejemplo, presentamos el caso de dos personas jurídicas vinculadas, en donde sin la necesidad de que exista un régimen tributario preferencial puedan generarse oportunidades para la manipulación fiscal de precios de transferencia con la finalidad de consumir pérdidas tributarias que de otra manera puedan caducar.

En efecto, bajo las reglas peruanas del inciso a) del Artículo 50° de la LIR, las pérdidas netas totales de tercera categoría pueden compensarse imputándose contra las rentas netas de los cuatro años siguientes. El saldo no compensado luego de dicho tiempo se pierde. En este contexto, puede existir una oportunidad para la planificación fiscal para diferir el pago de tributos de la siguiente manera:

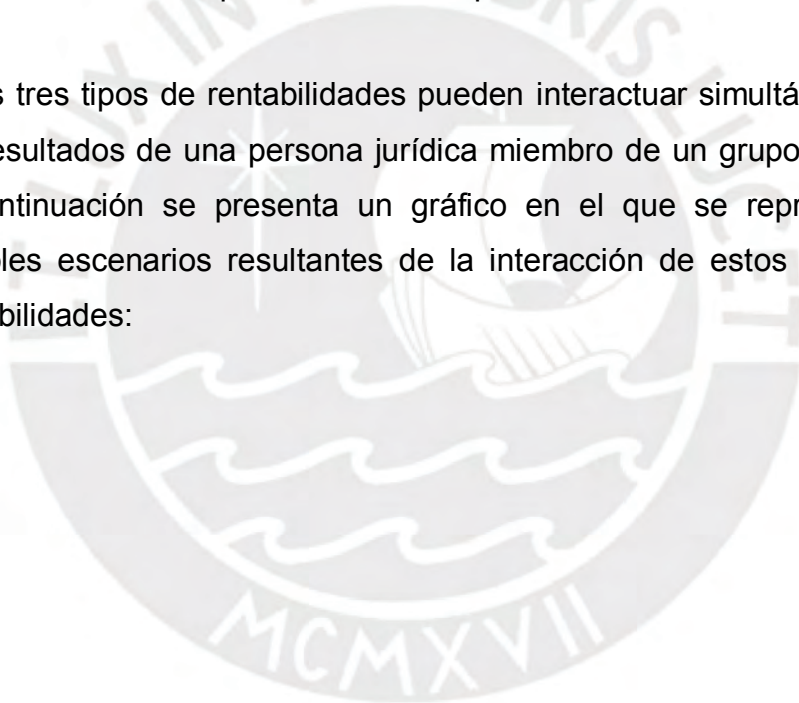
- Una persona jurídica que tiene pérdidas de ejercicios anteriores y que prevé que no las compensará dentro del plazo, puede tener la oportunidad de manipular sus precios de transferencia de ingresos a fin de incrementarlos y que sean compensados con las pérdidas arrastradas de años anteriores. Este incremento de ingresos puede realizarse incrementando los precios de bienes o servicios que brinda a otras personas jurídicas vinculadas.
- La persona jurídica compradora de bienes o usuaria de servicios realizará mayores pagos como consecuencia de la sobrevaloración de los bienes o servicios. No obstante, dichos mayores pagos podrán ser deducidos del Impuesto a la Renta, ya sea mediante un mayor costo de ventas o mayor gasto.

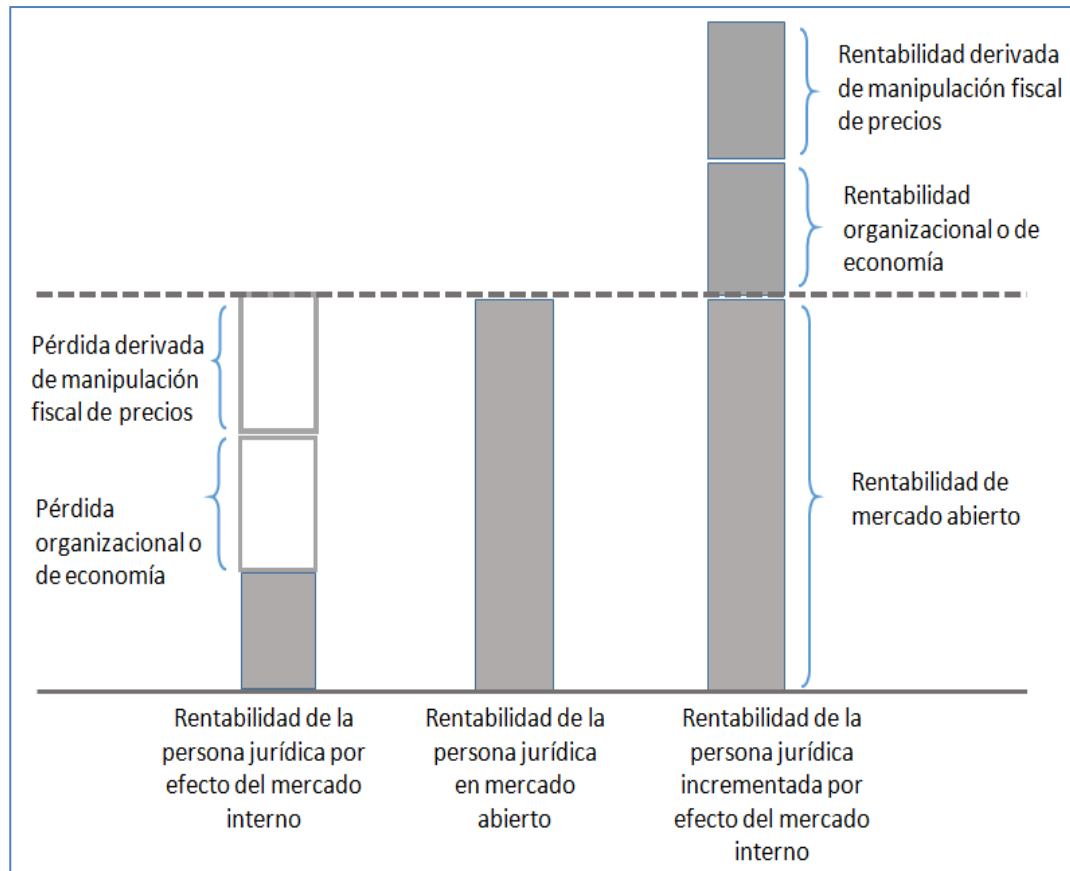
En este sentido, se tiene entonces que los precios de transferencia al ser manipulados pueden originar perjuicios a los países involucrados con la transacción a través de la reducción de las obligaciones tributarias.

1.1.6. Tipos de rentabilidades que obtienen las personas jurídicas miembros de grupos empresariales

Hasta este punto hemos visto que pueden existir tres tipos de rentabilidades: (i) las rentabilidades de mercado abierto; (ii) las rentabilidades organizacionales o de economía; y, (iii) las rentabilidades derivadas de la manipulación fiscal de precios de transferencia.

Estos tres tipos de rentabilidades pueden interactuar simultáneamente en los resultados de una persona jurídica miembro de un grupo empresarial. A continuación se presenta un gráfico en el que se representan tres posibles escenarios resultantes de la interacción de estos tres tipos de rentabilidades:





Como se aprecia, la barra del medio representa la rentabilidad que obtendría una persona jurídica que opera en mercado abierto, la que puede denominarse como rentabilidad de mercado abierto.

Al lado izquierdo se identifica la rentabilidad que obtendría una persona jurídica que realiza operaciones vinculadas en un escenario en el que obtiene una rentabilidad inferior a la del mercado. Esta menor rentabilidad puede deberse a:

- Pérdidas organizacionales o de economía, derivadas por ejemplo de la decisión gerencial de vender bienes o servicios a precios bajo el nivel de mercado con la finalidad empresarial de asegurar relaciones de largo plazo con el grupo, y posibilitando la rentabilidad de economía a nivel grupal.

- Pérdidas derivadas de la manipulación de precios de transferencia con fines fiscales.

Al lado derecho, se representa la rentabilidad que obtendría una persona jurídica que realiza operaciones con vinculadas en un escenario en donde se obtiene una rentabilidad sobre el nivel de mercado. Esta mayor rentabilidad puede deberse a:

- Ganancias organizacionales o de economía, derivadas por ejemplo de ahorros por operar bajo economías de escala.
- Ganancias derivadas de la manipulación de precios de transferencia con fines fiscales (lo cual podría ocurrir en escenarios en donde se busca compensar pérdidas de años anteriores que de otra manera caducarían sobre la base de lo señalado en el inciso a) del Artículo 50° de la LIR).

A partir de lo anterior, se arriba a una conclusión fundamental para efectos de este trabajo: las diferencias de rentabilidades de las personas jurídicas que realizan operaciones con vinculadas pueden originarse por motivos estrictamente empresariales y no únicamente en escenarios de manipulación fiscal de precios de transferencia.

1.2. Evolución del estándar arm's length en OCDE

1.2.1. Coordinación de los Estados en la fiscalidad internacional moderna

Según relata el profesor emérito de la Universidad de Lancaster, Sol Picciotto, la fiscalidad moderna de los Estados emergió en los últimos

años del siglo diecinueve con el desarrollo de los Estados capitalistas, quienes comenzaron a preguntarse cómo debían gravar las rentas de las operaciones internacionales (Picciotto, 2013: 6).

En este periodo, el Reino Unido optó por gravar la renta mundial de todos sus residentes, sin conceder créditos por los impuestos pagados en el extranjero, atribuyendo dicha carga como el costo al que se tenía que someter quien quisiera invertir en Londres. No obstante, opciones distintas tomaron los Estados Unidos de América y los Países Bajos, quienes sí implementaron unilateralmente créditos por impuestos pagados en el extranjero. Esta diferencia de políticas que ponía a las empresas londinenses en posiciones menos favorables originó que el Reino Unido cediera y conceda dichos créditos, pero demandando que existieran acuerdos bilaterales tributarios.

Es en este contexto que la Liga de Naciones se convierte en el espacio para la coordinación y desarrollo de un modelo de acuerdo bilateral. Para este efecto, el 5 de abril de 1923 los economistas Bruins, Einaudi, Seligman y Stamp emitieron un reporte sobre doble imposición, el que había sido encargado por la Liga de Naciones (antecesora de la ONU). Dicho informe se tituló “*Report on Double Taxation submitted to the Financial Committee – Economic and Financial Commission Report by the Experts on Double Taxation*” (en adelante, el Reporte de 1923).

En dicho reporte se planteó que el método más conveniente contra la doble imposición era aquel fundado en la teoría del involucramiento económico (“*economic allegiance*”), según el cual a fin de determinar cuál es el país habilitado para gravar una renta, deben observarse dos factores: el tipo de renta y el lugar donde es producida, ahorrada o consumida dicha renta (Baistrocchi, 2008: 32-33).

Ahora bien, según describe Hubert Hamaekers, el Reporte de 1923 dio pie a que los modelos de tratados concibieran el “*derecho a gravar las utilidades empresariales al Estado donde la empresa tuviera un establecimiento permanente*”. Ahora bien, a efectos de saber qué parte de los beneficios debían atribuirse al establecimiento permanente, se optó por observar las cuentas contables separadas del propio establecimiento permanente. De esta manera nació el paradigma de la entidad separada (Hamaekers, 2009: 8).

A partir del Reporte de 1923, la Liga de Naciones entre los años 1926 y 1927 redactó cuatro borradores de modelos de tratados, los cuales fueron revisados y aprobados por 28 Estados en 1928. A partir de ahí, el Consejo de la Liga de Naciones conformó el Comité Fiscal en 1928, el cual formuló dos nuevos modelos en 1929. Posteriormente en 1943, un subcomité representado principalmente por países latinoamericanos redactó el modelo de convenio de México de 1943 (el cual privilegiaba el gravamen en el Estado de la fuente). Luego, en 1946, ya con la participación de países industrializados se completó el modelo de convenio de Londres que privilegió el gravamen en residencia (Vogel, 1986: 10-11).

En la época en la que estos convenios se desarrollaron se apreció una transición en la prevalencia de las inversiones de portafolio —consistentes en inversiones en acciones, bonos o similares- a las inversiones directas extranjeras— donde la empresa extranjera es quien realiza actividades empresariales en el país destinatario de la inversión (Picciotto, 2013: 10).

De esta manera los modelos de convenios de la Liga de Naciones otorgaron al país destinatario de la inversión a gravar las rentas siempre y cuando se obtuvieran a través de la configuración de un establecimiento permanente. No obstante, la implementación de este modelo debía superar el problema de que las sucursales —al no tener personalidad

jurídica— no contaban con registros contables independientes de su matriz. Este problema se presentaba de forma similar en el caso de las subsidiarias dado que, a pesar de que sí contaban con registros contables independientes, estos se encontraban tergiversados por la influencia de la matriz (Picciotto, 2013: 10).

1.2.2. Opciones normativas para cuantificar los precios de transferencia para fines fiscales

Si bien era ya claro que la tributación de las multinacionales podía dividirse sobre la base de las subsidiarias y de los establecimientos permanente y sus contabilidades, se mantenía la cuestión acerca de cuál era el criterio para saber si los importes consignados en dichas contabilidades eran correctos.

Respuestas a ello fueron presentadas en 1933, en el estudio preparado por Mitchell B. Carroll titulado “Métodos de alocaación de ingresos gravables”, encargado por el Comité Fiscal de la Liga de Naciones (en adelante, el Reporte de 1933).

En dicho trabajo, Mitchell Carroll pone en manifiesto el problema de la erosión de bases imponibles que se venía produciendo por parte de las empresas multinacionales y la manipulación de los precios de transferencia para fines fiscales. Al respecto, el referido autor señala lo siguiente:

Los recolectores de impuestos se quejan que en algunas oportunidades las empresas toman en cuenta las tasas de los impuestos en varios países, y fijan los precios de transferencia de la fábrica al establecimiento de venta a precios altos, de manera que muestran poco o ninguna rentabilidad en los libros de la sucursal de ventas. A través de la fijación arbitraria de los precios facturados dentro de los establecimientos, cargos por intereses,

regalías, servicios, etc., las rentabilidades pueden ser derivadas de un lugar a otro, siendo el propósito frecuentemente transferirlos a un país con bajas tasas de tributos o sin impuesto a las ganancias¹ (Reporte de 1933: 12).

Luego de revisar la legislación y jurisprudencia de 35 Estados, Carroll identificó tres métodos distintos para atribuir ingresos:

- (i) El método de contabilidad separada: Este método consiste tomar como base de determinación la declaración de ingresos de la sucursal local, sustentada en cuentas contables separadas de las cuentas de otras sucursales o de la matriz.

Según la investigación de Carroll la preferencia por este método fue declarada en los siguientes países: Reino Unido, Irlanda, Indias Británicas, Sudáfrica, Bélgica, Francia, Italia, Países Bajos, Alemania, Austria, Checoslovaquia, Hungría, Dinamarca, Suecia, Estonia, Latvia, Polonia, Bulgaria, Grecia, Rumanía, Yugoslavia, Japón, Cuba, México y el Gobierno Federal de los Estados Unidos de América. En este método, la carga de la prueba de la razonabilidad de la alocaión a partir de las cuentas contables, recae en el contribuyente (Reporte de 1933: 88-89).

Asimismo, es importante señalar que diversas doctrinas, como la encabezada por Marta Pankiv, reconocen a este método como el precedente del actual principio arm's length (Pankiv, 2017: 8).

¹ Traducción libre del siguiente texto: "*Tax-collectors complain that sometimes enterprises take the rate of tax in various countries into consideration, and fix the transfer price from the factory to a selling establishment at so high a figure as to show little or no profit in the books of the sales branch. Through the arbitrary fixation of inter-establishment billing prices or charges for interest, royalties, services, etc., profits can be shifted from place to place, the purpose frequently being to transfer them to the country with a low rate of tax or no income-tax at all*" (Carroll 1933: 12).

- (ii) Los métodos empíricos: Estos métodos se aplican cuando las Administraciones Tributarias determinan que las declaraciones basadas en las cuentas contables son insuficientes o falsas. De ocurrir ello, las autoridades estiman los ingresos del contribuyente a partir de la comparación con otras empresas o sobre factores tales como ingresos, activos, etc.

Carroll no especifica los países en los que estos métodos se aplican, pero se desprende que por lo general son aplicados en los mismos países donde se aplica la contabilidad separada, cuando este último método falla (Reporte de 1933: 91).

Al respecto, la doctrina indica que este método se asimilaría al actual método de margen neto transaccional promovido por OCDE o al método de comparación de resultados de los Estados Unidos (Pankiv, 2017: 8).

- (ii) El método de fraccionamiento: Consiste en determinar los ingresos de un establecimiento permanente dividiendo los ingresos totales sobre la base de factores como activos, ingresos, pago de planillas o un porcentaje fijo.

Según el autor, este método es propiamente un método empírico. Sin embargo, lo clasifica en un tipo diferenciado, debido a que en algunos países el método de fórmula de prorrateo se aplica como el método principal. Estos países son España, Suiza y algunos estados de los Estados Unidos (Reporte de 1933: 94).

Este método es el predecesor del que en la actualidad se conoce como el método de fórmula de prorrateo (o "*formulary apportionment*" por su denominación en inglés) (Pankiv, 2017: 8).

Según el análisis de Carroll, ninguno de los países utilizó un método exclusivo, dado que en las fiscalizaciones las Administraciones generalmente partían de las propias declaraciones y de la contabilidad de la sucursal local. Si es que se determinaba que las ganancias eran razonables, usualmente no se formulaba mayor cuestionamiento. Sobre ello, Carroll indica lo siguiente: *“ningún país sigue exclusivamente un método u otro. El examen de la declaración y de las cuentas locales es generalmente el punto de partida. Si se satisface que las ganancias son razonables, las autoridades (excepto España) usualmente se detienen allí”*² (Reporte de 1933: 45-46).

1.2.3. Adopción del paradigma de la entidad separada y el estándar o principio arm's length en la fiscalidad internacional moderna

Ahora bien, una vez descritos los resultados de la revisión de la información de los diversos países, Carroll realiza un juicio de valor acerca de cuál debe ser el mejor método para atribuir las ganancias a los establecimientos permanentes y subsidiarias. Es decir, presenta un análisis acerca de si es mejor el método de contabilidad separada o el de fórmula de prorrateo.

Si bien el autor identifica como argumentos a favor del método de fórmula de prorrateo que: (i) las ganancias se reconocen en el momento en el que la empresa realiza la venta de los bienes o servicios; y, (ii) grava la empresa de acuerdo a su capacidad contributiva (Reporte de 1933: 187); indica también que la principal desventaja de utilizar el método de fórmula de prorrateo consiste en la dependencia de la existencia de un acuerdo de

² Traducción libre del siguiente texto: *“No country follows exclusively one method or the other. The examination of the declaration and local accounts is generally the starting-point. If satisfied that the profit is reasonable, the authorities (except the Spanish) usually stop there”*.

los países interesados sobre el total de ganancias de la empresa multinacional y sobre los factores para dividir las ganancias entre las subsidiarias y sucursales (Reporte de 1933: 189).

A partir de ello, Carroll concluye que la aplicación de la fórmula de prorrateo es inviable, por lo que únicamente resta utilizar el método de contabilidad separada. Al respecto, el referido autor señala:

Las dificultades que se encuentran en la aplicación general de dichos métodos [métodos de fórmula de prorrateo] parecen ser insuperables. De esta manera es deseable que el régimen para prevenir la doble imposición no debe apartarse del principio según el cual la jurisdicción de un estado está limitada únicamente a los ingresos del negocio de empresas extranjeras directamente atribuibles al establecimiento permanente dentro de su territorio y reconocer, por tanto, que dicho ingreso debe ser determinado sobre la base de la contabilidad separada³ (Reporte de 1933: 189).

Como se puede apreciar, el Reporte de 1933 se inclina por el método de atribución de ganancias, sobre la base del método de contabilidad separada.

No obstante, a efectos de que el método de contabilidad separada sea efectivo, el autor sostiene que la razonabilidad de las cuentas contables de los establecimientos permanentes o subsidiarias debe ser medida con el

³ Traducción libre del siguiente texto: “*The difficulties that would be encountered in the general application of such methods appear almost insuperable. It is therefore desirable that the regime to prevent double taxation should not depart from the fundamental principle that a State's jurisdiction is limited to only that part of the business income of a foreign enterprise which is directly attributable to a permanent establishment within its territory and recognise, therefore, that such income should be determined on the basis of a separate accounting*”.

criterio de operaciones entre partes independientes, criterio denominado por Carroll como “arm’s length”. Sobre ello, Carroll señala:

Dado que la conducción del negocio entre una empresa y su subsidiaria sobre la base de transacciones con una empresa independiente obvia todos los problemas de alocación, es recomendable, en principio, que las subsidiarias no sean tratadas como establecimientos permanentes de una empresa, pero sí tratadas como entidades legales independientes; y si se muestra que las transacciones intercompañía fueron llevadas de tal manera que dividen las ganancias de la subsidiaria, las ganancias divididas deben ser alocadas a la subsidiaria sobre la base de lo que hubieran ganado si habrían negociado como una empresa independiente⁴ (Reporte de 1933: 177)

Se tiene entonces que desde 1933, con el Reporte elaborado por Mitchell Carroll, se advirtieron las dificultades de aplicar el principio de fórmula de prorrateo y se prefirió el estándar de tratar a las empresas relacionadas como empresas independientes.

Ello se materializó en el Borrador de Convención para la Atribución de rentas empresariales entre Estados para Fines Fiscales, incluido en el capítulo 12 del Reporte de Mitchell Carroll. Al respecto, el Artículo 5° de dicho borrador indicaba lo siguiente:

Cuando una empresa de un Estado contratante tiene una participación dominante en la gerencia o capital de una empresa de

⁴ Traducción libre del siguiente texto: “*As the conduct of business between a corporation and its subsidiaries on the basis of dealings with an independent enterprise obviates all problems of allocation, it is recommended that, in principle, subsidiaries be not regarded as permanent establishments of an enterprise but treated as independent legal entities; and if it is shown that inter-company transactions have been carried on in such a manner as to divert profits from a subsidiary, the diverted income should be allocated to the subsidiary on the basis of what it would have earned had it been dealing with an independent enterprise*”.

otro Estado contratante, o cuando ambas empresas son de propiedad o controladas por los mismos intereses, y como resultado de dicha situación existe, en las relaciones comerciales o financieras, condiciones diferentes de aquellas que hubieran sido hechas entre empresas independientes, cualquier elemento de ganancia o pérdida que normalmente habría aparecido en las cuentas de una empresa, pero que han sido, de esta manera, derivadas a la otra empresa, deberán ser incorporadas en las cuentas de aquella, sin perjuicio de los derechos para apelar aceptados bajo las leyes del Estado de dicha empresa (Pankiv, 2017: 15)⁵.

El Reporte Carroll no muestra una forma precisa para la valorización de las operaciones, sin embargo sí presenta un principio general consistente en que: (i) las afiliadas deben ser tratadas como empresas independientes; y, (ii) que las cuentas de estas afiliadas pueden ser ajustadas para llegar a cuentas apropiadas bajo el arm's length (Pankiv, 2017: 16).

Finalmente, cabe señalar que el borrador de convenio incluido en el Reporte Carroll no fue aceptado por varios países, pero sirvió como predecesor del Artículo 9 del modelo de convenio para evitar la doble imposición de OCDE (Pankiv, 2017:15).

⁵ Traducción libre del siguiente texto: *“When an enterprise of one contracting State has a dominant participation in the management or capital of an Enterprise of another contracting State, or when both enterprises are owned or controlled by the same interests, and as the result of such situation there exist, in the comercial or financial relations, conditions different from those which would have been made between independent enterprises, any ítem of profit or loss which should normally have appeared in the accounts of one enterprise, but which has been, in this manner, diverted to the other Enterprise, shall be entered in the accounts of such former Enterprise, subject to the rights of appeal allowed under the law of the State of such Enterprise”.*

1.2.4. Reconocimiento del estándar arm's length en el Artículo 9º del Modelo de Convenio de Doble Imposición de OCDE

Luego de la presentación del Reporte Carroll, los siguientes avances en el asentamiento del estándar arm's length ocurrieron con la formulación del Modelo de Convenio para evitar la doble imposición elaborado por OCDE y sus comentarios, cuya evolución histórica se encuentra descrita en la versión completa del Modelo de Convenio Tributario sobre Rentas y Capital de OCDE y comentarios del 15 de julio de 2015.

La adopción del estándar arm's length en el Modelo de Convenio de OCDE se realizó desde el Draft de Convenio de OCDE de 1963, el cual adoptó en el primer párrafo del Artículo 9 un estándar de atribución de ganancias basado en las ganancias derivadas de condiciones realizadas por empresas independientes. Este primer párrafo, que viene siendo mantenido hasta la fecha, señala lo siguiente:

Artículo 9

Empresas asociadas

1. Cuando

a) una empresa de un Estado contratante participe directa o indirectamente en la dirección, el control o el capital de una empresa del otro Estado contratante, o a) una empresa de un Estado contratante participe directa o indirectamente en la dirección, el control o el capital de una empresa del otro Estado contratante, o

b) unas mismas personas participen directa o indirectamente en la dirección, el control o el capital de una empresa de un Estado contratante y de una empresa del otro Estado contratante,

y, en uno y otro caso, las dos empresas 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 someterse a imposición en consecuencia”⁶.

Posteriormente, en 1977 OCDE aprobó el Modelo de Convenio de OCDE. En dicho Modelo se mantuvo el primer párrafo del Artículo 9 del Draft de Convenio y se agregó además un segundo párrafo que viene siendo mantenido hasta la fecha. A continuación presentamos la traducción de dicho segundo párrafo realizada por el Instituto de Estudios Fiscales (IEF) titulada “Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio. Versión abreviada. Julio 2010”:

2. Cuando un Estado contratante incluya en los beneficios de una empresa de ese Estado —y, en consecuencia, grave— los de una empresa del otro Estado que ya han sido gravados por este segundo Estado, y estos beneficios así incluidos son los que habrían sido realizados por la empresa del Estado mencionado en primer lugar si las condiciones convenidas entre las dos empresas hubieran sido las acordadas entre empresas independientes, ese otro Estado practicará el ajuste correspondiente de la cuantía del impuesto que ha percibido sobre esos beneficios. Para determinar dicho ajuste se tendrán en cuenta las demás disposiciones del presente Convenio y las autoridades competentes de los Estados contratantes se consultarán en caso necesario.

Luego, en 1992 se modificó el párrafo 3 de los Comentarios al Artículo 9 del Modelo OCDE, al siguiente texto (conforme es citado en la versión completa del Modelo de Convenio Tributario sobre Rentas y Capital de OCDE y comentarios del 15 de julio de 2015):

⁶ La traducción corresponde a la realizada por el Instituto de Estudios Fiscales (IEF) titulada “*Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio. Versión abreviada. Julio 2010*”.

3. El Comité ha estudiado también los precios de transferencia de bienes, tecnología, comercio de marcas y servicios entre empresas asociadas y las metodologías que podrán ser aplicadas determinando precios correctos donde las transferencias habrían sido hechas en términos distintos de arm's length. Sus conclusiones, que se encuentran plasmadas en el reporte titulado "Precios de Transferencia y Empresas Multinacionales"¹, representan principios internacionales aceptados y proveen directrices válidas para la aplicación del principio arm's length que subyace este Artículo.

1 Adopted by the Council of the OECD on 16 May 1979. Published as "Transfer Pricing and Multinational Enterprises", OECD, París, 1979 (OCDE 2015: C(9)-6)⁷.

Posteriormente, en 1997 el párrafo 3 de los Comentarios al Artículo 9 del Modelo de Convenio OCDE fue reclasificado como párrafo 1, y modificado al siguiente texto que es mantenido hasta la actualidad:

1. Este artículo se refiere a los ajustes de los beneficios a efectos fiscales en el caso de que las condiciones en que se hayan efectuado las operaciones entre empresas asociadas (sociedades matrices y sus filiales, y sociedades sometidas a un control común) difieran de las normales de mercado entre partes independientes (plena competencia). El Comité ha dedicado tiempo y esfuerzo considerables (y continúa haciéndolo) a

⁷ Traducción libre del siguiente texto:

3. The Committee has also studied the transfer pricing of goods, technology, trade marks and services between associated enterprises and the methodologies which may be applied for determining correct prices where transfers have been made on other than arms length terms. Its conclusions, which are set out in the report entitled "Transfer Pricing and Multinational Enterprises"¹, represent internationally agreed principles and provide valid guidelines for the application of the arms length principle which underlies the Article".

1. Adopted by the Council of the OECD on 16 May 1979. Published as "Transfer Pricing and Multinational Enterprises", OECD, París, 1979.

examinar las condiciones para la aplicación de este artículo, sus consecuencias y los diversos métodos aplicables para el ajuste de beneficios en el caso de operaciones realizadas en condiciones distintas de las de plena competencia. Sus conclusiones se recogen en el informe titulado "Directrices aplicables en materia de precios de transferencia a empresas multinacionales y Administraciones tributarias" —Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations / Principes applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinatinales et des Administrations fiscales—¹, que se actualiza periódicamente con objeto de reflejar los resultados del trabajo del Comité en la materia. Dicho informe refleja principios internacionalmente aceptados y ofrece directrices para la aplicación del principio de plena competencia, cuya enunciación autorizada se contiene en este artículo⁸.

Asimismo, es de notar que en este párrafo 1 se encuentra la nota al pie de página 1, en donde se indica lo siguiente:

La versión original del informe fue aprobada por el Consejo de la OCDE el 27 de junio de 1995. El documento ha sido publicado en formato de hojas cambiables bajo el título "Directrices aplicables en materia de precios de transferencia a empresas multinacionales y Administraciones tributarias" — Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administration / Principes applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des Administrations fiscales, OCDE, París, 1995⁹.

1.2.5. Reporte de Precios de Transferencia de OCDE de 1979

⁸ Traducción del Instituto de Estudios Fiscales en la versión abreviada del 22 de julio de 2010 del Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio.

⁹ Traducción del Instituto de Estudios Fiscales en la versión abreviada del 22 de julio de 2010 del Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio.

Paralelamente a los Comentarios al Modelo OCDE, esta organización desarrolló con mayor amplitud el estándar *arms length* en lo que se conoce hoy como las Directrices aplicables en materia de precios de transferencia a empresas multinacionales y Administraciones tributarias, a las cuales hemos venido llamando las Guías OCDE.

El primer antecedente de las Guías OCDE es el Reporte del Comité de Asuntos Fiscales de OCDE “Transfer Pricing and Multinational Enterprises” de 1979, el cual fue adoptado por el Comité de Asuntos Fiscales (CFA por sus siglas en inglés) en enero de 1979 y aprobado por el Consejo de OCDE el 16 de mayo de 1979 (en adelante, el Reporte de 1979). Este reporte tuvo como objeto determinar los principios generales para la determinación de los precios de transferencia para fines tributarios, tomando como punto de referencia central el precio *arm’s length* (OCDE 1979: 9), negando expresamente la compatibilidad del método de fórmulas de prorrateo con los Artículos 7 y 9 del Modelo de OCDE para evitar la doble imposición (Pankiv, 2017: 26).

Un punto importante a destacar en el Reporte de 1979 es que se recogieron en él únicamente los tres métodos de valoración adoptados inicialmente en la regulación estadounidense de precios de transferencia de 1968 (Pankiv, 2017: 27), que son los métodos de precio comparable no controlado, costo incrementado y precio de reventa.

1.2.6. Guías de Precios de Transferencia de OCDE de 1995

Posteriormente, el 27 de junio de 1995 el Comité de Asuntos Fiscales de OCDE (CFA) aprobó las “Directrices aplicables en materia de precios de transferencia a empresas multinacionales y administraciones tributarias” (las Directrices de 1995), sustituyendo así el Reporte de 1979. Estas guías fueron aprobadas por el Consejo de OCDE el 13 de julio de 1995, a través

de la Resolución C(95)126/FINAL denominada “Revised Recommendation of the Council on the determination of Transfer Pricing between associated enterprises”, a través de la cual se revocó el Reporte de 1979 y recomendó a los Miembros de OCDE seguir las Directrices de 1995 cuando se revisen y ajusten los precios de transferencia entre empresas asociadas para efectos de la determinación de las ganancias gravables.

Al respecto, en la Resolución del Consejo de OCDE C(95)126/FINAL, citada en la versión de marzo de 1996 de las “Directrices aplicables en materia de precios de transferencia a empresas multinacionales y administraciones tributarias”, se indica lo siguiente:

El CONSEJO., [...]

I. RECOMIENDA a los Gobiernos de los Países Miembros:

1.1 que sus administraciones tributarias sigan, cuando revisen y cuando sea necesario ajustar los precios de transferencia entre empresas asociadas para propósitos de determinar la renta imponible, las directrices en el Reporte de 1995, modificada —considerando la integridad del Reporte y la interacción de los diferentes capítulos— para arribar al precio arm’s length para transacciones entre empresas asociadas.

1.2 que las administraciones tributarias incentiven a los contribuyentes para seguir las directrices del Reporte de 1995 modificadas, publicitadas en sus países y traducidas, cuando sea necesario, en sus idiomas nacionales; (...)

II. INVITA a los Gobiernos de los Países Miembros:

II.1. Notificar al Comité de Asuntos Fiscales de cualquier modificación al texto de cualquier ley o regulación que sea relevante para la determinación

de los precios de transferencia o a la incorporación de nuevas leyes o regulaciones. (...) ¹⁰ (OCDE 1996: A-2 – A-3).

Las Directrices de 1995 tienen la siguiente estructura:

Capítulo I	El Principio Arm's Length
Capítulo II	Métodos Transaccionales Tradicionales
Capítulo III	Otros Métodos
Capítulo IV	Aproximaciones Administrativas para Evitar y Resolver Disputas de Precios de Transferencia
Capítulo V	Documentación

A continuación describiremos las principales características del principio arm's length en las Guías OCDE de 1995.

En primer lugar, las Guías OCDE de 1995 recogen el desarrollo de la Regulación de la Sección 482 del Código Fiscal Interno de 1994 según el cual por cada transacción no existe un único valor de mercado correcto, sino que existe un grupo de valores de mercado aceptables derivado de la

¹⁰ Traducción libre del texto:

The COUNCIL., [...]

I. RECOMMENDS to the Governments of Members countries:

1.1. that their tax administrations follow, when reviewing , and if necessary, adjusting transfer pricing between associated enterprises for the purposes of determining taxable income, the guidance in the 1995 Report, as amended –considering the integrity of the Report and the interaction of the different chapters- for arriving at arm's length pricing for transactions between associated enterprises;

1.2 that tax administrations should encourage taxpayers to follow the guidance in the 1995 Report as amended publicity in their country and have it translated, where necessary, into their national language(s); [...]

II. INVITES the Governments of Member Countries:

II.1 to notify the Committee on Fiscal Affairs of any modifications to the text of any laws or regulations that are relevant to the determination of transfer pricing or of the introduction of new laws or regulations. (...)

utilización de varios comparables. En ese sentido, las Directrices de 1995 recogen el concepto de rango arm's length (Sala, 2003: 200).

Al respecto, en el párrafo 1.45 de las Guías OCDE de 1995 se indica lo siguiente:

1.45 En algunos casos es posible aplicar el principio de plena competencia hasta determinar una cifra única (por ejemplo, un precio o un margen) que constituirá la referencia más fiable para establecer si una operación responde a las condiciones de plena competencia. Sin embargo, en la medida en que la determinación de precios de transferencia no constituye una ciencia exacta, habrá muchas ocasiones donde la aplicación del método o métodos más apropiados conduzcan a un rango de cifras en el que todas ellas sean relativamente igual de fiables¹¹ (OCDE 1995: I-19).

En segundo lugar, diferenciándose de la regla del mejor método de la Regulación de la Sección 482 del Código Fiscal Interno estadounidense de 1994, las Guías OCDE de 1995 establecen una jerarquía para los métodos de precios de transferencia superponiendo los métodos tradicionales basados en transacciones (precio comparable no controlado, precio de reventa y costo incrementado), sobre los métodos basados en utilidades o resultados (Sala, 2003: 198).

La preponderancia de los métodos basados en transacciones se encuentra en el párrafo 2.49 de las Guías OCDE de 1995, en donde se indica lo siguiente:

2.49 Los métodos transaccionales tradicionales son los métodos más directos para establecer si las condiciones comerciales y financieras entre empresas asociadas se encuentran a arm's length. Como resultado, los

¹¹ Este párrafo se mantiene en las Guías OCDE vigentes, reclasificadas al día de hoy en el párrafo 3.55. Se utiliza la traducción al párrafo 3.55 realizado por el Instituto de Estudios Fiscales, de la versión de las Directrices de julio 2010.

métodos tradicionales transaccionales son preferibles a los otros métodos (OCDE 1995: II.17).

En tercer lugar, las Guías OCDE de 1995 reconocen la inhibición de ajustes de precios de transferencia en casos de comprobación de factores comerciales, aunque únicamente objetivos (estrategias empresariales y control de precios estatales) (Sala, 2003: 199). En ese sentido, se rechazan como razones comerciales subjetivas, como las reconocidas en el régimen francés.

Lo anterior se aprecia claramente en el párrafo 2.7 de las Guías OCDE 1995, el que se ha mantenido sustancialmente igual hasta la actualidad, e indica lo siguiente:

3.4 Los métodos basados en los resultados no deben aplicarse nunca de forma que generen una sobreimposición de las empresas básicamente porque sus beneficios sean inferiores a la media, ni de forma que generen una menor imposición a aquellas empresas que obtienen un nivel de beneficios superior a la media. En el marco del principio de plena competencia no es justificable aplicar un impuesto adicional sobre las empresas que obtienen resultados más pobres que la media o al, contrario, una imposición menor sobre las empresas cuyos resultados son mejores que la media, cuando la razón de sus resultados negativos, es atribuible a factores comerciales (OCDE 1995: III-2)¹².

En cuarto lugar, las Guías OCDE 1995 amplían los métodos de valoración reconocidos en el Reporte de 1979, incluyendo ahora los métodos basados en resultados de margen neto transaccional y de repartición de utilidades (Pankiv, 2017: 28)

¹² Este párrafo se mantiene en las Guías OCDE vigentes, reclasificadas al día de hoy en el párrafo 2.7. Se utiliza la traducción al párrafo 3.55 realizado por el Instituto de Estudios Fiscales, de la versión de las Guías OCDE de julio 2010.

Finalmente, un aspecto destacado en las Guías OCDE 1995 es que se acepta que el principio arm's length es criticado debido a que el fundamento de entidad separada puede no ser útil para casos donde se generan rentas por economías de escala y por la interrelación de negocios integrados. En ese sentido, se reconoce la limitación del principio arm's length cuando existen beneficios provenientes de economías de escala o negocios integrados (Pankiv, 2017: 27). Al respecto, el párrafo 1.9 de las Directrices 1995 señala:

El principio arm's length es visto por algunos como inherentemente limitado porque la aproximación de entidad separada no siempre cuenta para economías de escala y para la interrelación de actividades diversas creadas por negocios integrados. No hay un criterio objetivo ampliamente aceptado para alocar los beneficios de las economías de escala o beneficios de la integración entre empresas asociadas¹³.

Sin embargo, este reconocimiento de la limitación del principio arm's length no vino acompañado de guías acerca de qué hacer con las ganancias residuales propias de los grupos multinacionales, lo cual ocasionó que se plantearan críticas sobre la utilidad de dicho principio (Pankiv, 2017: 28).

1.2.7. Modificaciones formales de las Guías de Precios de Transferencia de OCDE de 1995 e identificación de las distintas versiones publicadas de dichas guías

¹³ Traducción libre del siguiente texto "*The arm's length principle is viewed by some as inherently flawed because the separate entity approach may not always account for the economies of scale and interrelation of diverse activities created by integrated businesses. There are, however, no widely accepted objective criteria for allocating the economies of scale or benefits of integration between associated enterprises*".

El análisis en el tiempo de las Guías OCDE de 1995 requiere de distinguir entre: (i) las modificaciones formales que ha realizado el Consejo de OCDE a las referidas directrices; y, (ii) las distintas versiones de las directrices que han sido publicadas por OCDE.

En efecto, el Consejo de OCDE ha realizado diversas modificaciones formales a las Directrices de 1995. Sin embargo, estas modificaciones no son acompañadas siempre con la publicación de versiones actualizadas de las Directrices OCDE, lo cual en muchos casos deja a los gobiernos de cada país y a los operadores jurídicos la labor de concordar las actualizaciones con las Directrices OCDE.

Al respecto, hemos podido identificar que OCDE publicó versiones actualizadas de las Guías OCDE en los años 1996, 2001, 2009, 2010 y 2017¹⁴. Sin embargo, las modificaciones formales a las directrices aprobadas por el Consejo de OCDE se realizaron en los años: 1996, 1997, 1999, 2009, 2010, 2013, 2016 y 2017.

De esta manera, se verifica que la cantidad de las versiones publicadas de las Guías OCDE es menor a la cantidad de modificaciones formales realizadas por el Consejo de OCDE, lo cual indica que cuando se realizan modificaciones formales a las Guías OCDE, solo algunas veces se publican versiones actualizadas de las Directrices de OCDE, dejando así la labor de concordar las actualizaciones a los operadores jurídicos.

A continuación enumeramos las modificaciones aprobadas por el Consejo de OCDE a las Directrices de 1995:

¹⁴ Estas publicaciones son realizadas por OCDE en inglés y francés. Asimismo, se han identificado versiones no oficiales traducidas al español bajo responsabilidad del Instituto de Estudios Fiscales de España. Sin embargo, según se informa en las traducciones del IEF, en caso de discrepancia entre la versión oficial en inglés y la versión traducida al español por el IEF, prevalece siempre la versión en lengua inglesa.

- Revisión de la Resolución C(95)126/FINAL, adoptada por el Consejo OCDE en la sesión del 11 de abril de 1996 según consta en el documento C(96)46/FINAL: Se incorporan dos capítulos: (i) Capítulo VI Consideraciones Especiales para Propiedad Intangible; y, (ii) Capítulo VII Consideraciones Especiales para Servicios Intra Grupo.
- Revisión de la Resolución C(95)126/FINAL, adoptada por el Consejo OCDE en la sesión del 24 de julio de 1997 según consta en el documento C(97)144: Incorporación del Capítulo VIII Acuerdos de Contribución de Costos.
- Revisión de la Resolución C(95)126/FINAL, adoptada por el Consejo OCDE en la sesión del 23 de octubre de 1997 según consta en el documento C(97)196: Incorporación del Anexo denominado Guías para el Procedimiento de Monitoreo sobre las Guías de Precios de Transferencia de OCDE y el Involucramiento de la Comunidad Empresarial.
- Revisión de la Resolución C(95)126/FINAL, adoptada por el Consejo OCDE en la sesión del 28 de octubre de 1999 según consta en el documento C(99)138: Incorporación del Anexo denominado Guías para la Conducción de Acuerdos Anticipados de Precios bajo Procedimientos de Acuerdo Mutuo.
- Revisión de la Resolución C(95)126/FINAL, adoptada por el Consejo OCDE en la sesión del 16 de julio de 2009 según consta en el documento C(2009)88: Modificación del Capítulo IV Aproximaciones Administrativas para Evitar y Resolver Disputas de Precios de Transferencia, a través del cual se modificaron los párrafos 4.30, 4.31, 4.33, 4.35, 4.39, 4.40, 4.41, 4.48, 4.49, 4.53, 4.54, 4.56, 4.60,

4.61, 4.64, 4.77, 4.79, 4.124, 4.130, 4.160, 4.161, 4.167, 4.168, 4.169
. Asimismo, se eliminaron los párrafos 4.55, 4.170, 4.171.

- Revisión de la Resolución C(95)126/FINAL, adoptada por el Consejo OCDE en la sesión del 22 de julio de 2010 según consta en el documento C(2010)99: Incorporación del Capítulo IX Aspectos de Precios de Transferencia en Reestructuraciones Empresariales, revisión de los Capítulos I al III. Revisión de la numeración de los capítulos IV a VIII.
- Revisión de la Resolución C(95)126/FINAL, adoptada por el Consejo OCDE en la sesión del 16 de mayo de 2013 según consta en el documento C(2013)69: Revisión de la sección E sobre puertos seguros del Capítulo IV Aproximaciones Administrativas para Evitar y Resolver Disputas de Precios de Transferencia.
- Revisión de la Resolución C(95)126/FINAL, adoptada por el Consejo OCDE en la sesión del 23 de mayo de 2016 según consta en el documento C(2016)79: Revisión de los Capítulos I, II, V, VI, y VIII según el Reporte de las Acciones 8-10 del Paquete Final BEPS.
- Revisión de la Resolución C(95)126/FINAL, adoptada por el Consejo OCDE en la sesión del 3 de abril de 2017 según consta en el documento C(2017)37: Revisión del Capítulo IX, del prefacio y el glosario de términos.
- Revisión de la Resolución C(95)126/FINAL, adoptada por el Consejo OCDE en la sesión del 19 de mayo de 2017 según consta en el documento NOE2(2017)21: Revisión de los Capítulos I-VI, del prefacio y el glosario de términos.

A continuación se describirán las modificaciones más importantes realizadas a las Guías OCDE de 1995.

1.2.8. Modificaciones del 22 de julio de 2010 aprobadas por el Consejo de OCDE

Una vez realizadas estas modificaciones e incorporaciones en el 2010, la estructura de las Guías OCDE quedó de la siguiente manera:

Capítulo I	El Principio Arm's Length
Capítulo II	Métodos de Precios de Transferencia
Capítulo III	Análisis de Comparabilidad
Capítulo IV	Aproximaciones Administrativas para Evitar y Resolver Disputas de Precios de Transferencia
Capítulo V	Documentación
Capítulo VI	Consideraciones Especiales para la Propiedad Intangible
Capítulo VII	Consideraciones Especiales para los Servicios Intragrupo
Capítulo VIII	Acuerdos de Contribuciones de Costos
Capítulo IX	Aspectos de Precios de Transferencia de Reestructuraciones Empresariales
Anexo de las Guías de Precios de Transferencia de OCDE	Guías para los procedimientos de monitoreo de las Guías de Precios de Transferencia de OCDE y el involucramiento de la comunidad empresarial
Anexo I al Capítulo II	Sensibilidad de los indicadores de utilidad bruta y neta
Anexo II al	Ejemplo para ilustrar la aplicación del

Capítulo II	método de repartición de utilidades residual
Anexo III al Capítulo II	Ilustración de las diferentes medidas de utilidades al aplicar un método transaccional de reparto de utilidades
Anexo al Capítulo III	Ejemplo de un ajuste de capital de trabajo
Anexo al Capítulo IV	Guías para conducir Acuerdos Anticipados de Precios bajo el Procedimiento de Acuerdo Mutuo
Anexo al Capítulo VI	Ejemplos para ilustrar las Guías sobre propiedad intangible y difícil valoración.

Los principales cambios de 2010 son los siguientes:

En primer lugar, se adoptó el criterio del “método más apropiado a las circunstancias del caso”. Bajo las Guías 1995, los métodos transaccionales basados en utilidades (métodos basados en márgenes netos y métodos de reparto de utilidades) eran métodos de último recurso. Sin embargo, a partir del 2010 OCDE reemplazó dicho criterio por el del *“método más apropiado a las circunstancias del caso”* (Oosterhoff y Wingerter, 2011: 103-104).

En segundo lugar, la Guía general sobre el análisis de comparabilidad dio paso a una guía mucho más detallada a través de un nuevo Capítulo III (Oosterhoff y Wingerter, 2011: 104).

En tercer lugar, se presenta una Guía adicional para la aplicación de los métodos transaccionales basados en utilidades en el Capítulo II, incluyendo tres nuevos anexos que describen ilustraciones prácticas de la aplicación de dichos métodos y de la aplicación de ajustes de

comparabilidad de ajustes de capital de trabajo (Oosterhoff y Wingerter, 2011: 104).

En cuarto lugar, se incluyó una Guía de aproximación a las reestructuraciones empresariales que comprende: (a) la alocaión de riesgos en el marco de la realidad económica; (b) las circunstancias bajo las cuales la entidad reestructurada recibe una compensación por la transferencia de funciones, activos y riesgos, o por la terminación de acuerdos existentes; (c) las consideraciones para determinar un precio arm's length en acuerdos posteriores a la reestructuración; y, (d) consideraciones para reconocer las transacciones como tales bajo los acuerdos de reestructuración (Oosterhoff y Wingerter, 2011: 104).

En quinto lugar, es importante recalcar que en el 2010 se mantuvieron los párrafos de las Guías OCDE 1995 referidos al uso del rango arm's length y a la inhibición del ajuste de precios de transferencia cuando se acredite que la diferencia proviene de factores estrictamente comerciales.

1.2.9. Modificaciones del 1 de octubre de 2015 aprobadas por el Consejo de OCDE

Las principales modificaciones del 2016 fueron las siguientes:

- Se reemplazó la Sección D del Capítulo I en su integridad.
- Se incorporaron nuevos párrafos de forma consecutiva al 2.16 y un nuevo párrafo a continuación del 2.9, del Capítulo II.
- Se reemplazaron los Capítulos V, VI, VII y VIII, y el Anexo del Capítulo VI, en su integridad.

1.2.10. Recapitulación de la evolución del arm's length en OCDE

A modo de resumen de lo visto sobre el desarrollo del principio arm's length en el desarrollo de las Guías OCDE, se destacan los siguientes puntos importantes:

- El primer trabajo sobre precios de transferencia fue el encargado por la Liga de Naciones a Mitchell Carroll, quien emitió el Reporte de 1933, en donde se evaluó los principales modelos de legislaciones que regulaban los precios de transferencia para fines tributarios.

En dicho reporte se concluyó que el modelo más compatible con el principio de capacidad contributiva era el modelo de fórmula de prorrateo. Sin embargo, dicho modelo no podía ser aplicado de forma efectiva contra la doble imposición, debido a que requería del consenso internacional sobre el monto total de la renta imponible.

Ante dicha dificultad, Mitchell Carroll llega a la conclusión de que el método que sí puede ser aplicado es el de contabilidad separada, el cual consiste en tratar a las empresas de un mismo grupo como empresas independientes. Asimismo, a efectos de determinar el importe de rentas que debe ser atribuido a cada empresa se debe aplicar el principio arm's length.

- En 1963 la OCDE adoptó el estándar arm's length en el Artículo 9 del Draft de Convenio de OCDE de 1963, como un principio de atribución de ganancias entre empresas asociadas; adopción que fue ratificada oficialmente en el Modelo de Convenio de OCDE de 1977.

Al respecto, debe enfatizarse que si se toma en cuenta que OCDE haya adoptado el estándar arm's length en el Modelo OCDE, implica

que la finalidad atribuida a este estándar es la de evitar la doble imposición jurídica. Ello se deriva de que el Modelo OCDE es concebido por OCDE como un sistema para evitar la doble imposición jurídica, tal como se indica expresamente en la Introducción a los Comentarios al Modelo OCDE de la versión 2010 traducidas por el Instituto de Estudios Fiscales:

3. Este es el objeto principal del Modelo de Convenio tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio, que ofrece los medios para resolver, sobre una base uniforme, los problemas que se plantean con mayor frecuencia en el campo de la doble imposición jurídica. Conforme a las recomendaciones del Consejo de la OCDE¹, cuando los países miembros firmen nuevos Convenios bilaterales o revisen los existentes, deberán ajustarse a este Convenio Modelo, tal como lo interpretan los Comentarios al mismo y teniendo en cuenta las reservas que comprende. Además, cuando sus autoridades fiscales apliquen e interpreten las disposiciones de los respectivos convenios tributarios bilaterales basados en el Convenio Modelo, deberían seguir dichos Comentarios, tal como resulten de sus modificaciones periódicas, y sujetos a sus respectivas observaciones (OCDE 2010: 7)

No obstante, también es cierto que atendiendo al efecto que tiene la aplicación del estándar arm's length con el Modelo OCDE, lo que se obtiene es una solución al problema de doble imposición económica, tal como lo han manifestado Adolfo Martín y José Calderón, quienes dicen que *“Si bien el art. 9 MC OCDE debe completarse con el art. 7 MC OCDE, en la medida en que a este precepto se dedica a otro acápite, el presente se centrará en aquel. No existe mucha discusión acerca de que el art. 9 es una disposición excepcional en el contexto del MC OCDE, ya que es la única norma dirigida expresamente a la*

eliminación de la doble imposición económica [...]' (Martín y Calderón, 2013: 89).

- A partir de 1992, en los Comentarios al Modelo OCDE se incorporó vía remisión el contenido del Reporte de 1979, en ese sentido, se tiene que el Reporte de 1979 sobre precios de transferencia forma parte de los Comentarios al Modelo OCDE con la finalidad de desarrollar el contenido del principio arm's length.
- En 1995 el Reporte de 1979 fue sustituido por las Directrices de OCDE de 1995, las cuales fueron publicadas en formato de hojas cambiables. Este reporte fue aprobado por el Consejo de OCDE mediante la Resolución C(95)126/FINAL, la cual recomendó a los países miembros de OCDE seguir las directrices en la determinación de precios de transferencia de los contribuyentes.

Las Guías OCDE 1995 acogen un modelo arm's length que considera que no existe un único valor de mercado para cada transacción, introduciendo para ello el concepto de rango arm's length. Asimismo, establece que los métodos transaccionales tradicionales (precio comparable no controlado, precio de reventa y costo incrementado) son preferibles a los métodos basados en utilidades. Finalmente, señalan que los factores comerciales son circunstancias inhibitorias de ajustes de precios de transferencia.

- En 1997, los Comentarios al Artículo 9 del Modelo OCDE fueron modificadas para remitirse ahora a las Guías OCDE, en lugar del Reporte de 1979.
- Las Directrices de 1995 se mantienen hasta la fecha, no obstante han sufrido diversas modificaciones por el Consejo OCDE, las cuales

se encuentran detalladas en el preámbulo de las Guías OCDE y en el propio portal web de OCDE. A partir de la revisión de estas fuentes, se han identificado modificaciones en: 11 de abril de 1996, 24 de julio de 1997, 23 de octubre de 1997, 28 de octubre de 1999, 16 de julio de 2009, 22 de julio de 2010, 16 de mayo de 2013 y el 23 de mayo de 2016.

- La evolución del estándar arm's length en OCDE muestra cambios relevantes a lo largo del tiempo, siendo los más relevantes los cambios de: (i) 1995 cuando se reconocieron como métodos de valoración basados en utilidades (incluido el método de partición de utilidades); (ii) 2010, cuando se reemplazó la jerarquía de métodos de valoración por el criterio del método más apropiado; y, (iii) 2015 cuando se amplió la facultad de recalificación de operaciones como parte esencial de la aplicación del estándar arm's length.

1.3. Evolución del estándar arm's length en los Estados Unidos de América

Para rastrear el origen y evolución del arm's length en los Estados Unidos recurriremos a los estudios históricos realizados por Reuven Avi-Yonah, Hubert Haemakers y Gemma Sala.

1.3.1. Las declaraciones consolidadas

La primera norma estadounidense destinada a combatir la manipulación de precios de transferencia se aprobó mediante la Ley de Ganancias de Guerra emitida en 1917 en los Estados Unidos de América. De acuerdo a la descripción y traducción de Gemma Sala, la regulación complementaria de la Sección 1331(a) de la Ley de Ganancias de Guerra, señalaba que la Administración podía requerir a las empresas afiliadas que declaren de

forma consolidada *“siempre que fuera necesario para determinar más equitativamente el capital invertido o la base imponible verdaderos del grupo en su conjunto”* (Sala, 2003: 51).

Esta declaración consolidada habría tenido como objeto combatir la elusión fiscal, conforme se habría indicado en el Artículo 631 de la Reglamentación 45 complementaria a la Ley del Impuesto sobre la Renta de 1917, citada y traducida por Gemma Sala de la siguiente manera *“sin declaración consolidada, se posibilitarían oportunidades de evasión fiscal mediante el desplazamiento de rendimientos a través de la fijación de precios, contraprestaciones de servicios u otras vías por las que los rendimientos podrían ser arbitrariamente asignados a una u otra unidad del grupo”* (Sala, 2003: 52)

Luego, en 1921 se aprobó la Ley del Impuesto Sobre la Renta, en donde se permitían a los contribuyentes realizar declaraciones tributarias consolidadas de forma opcional. Asimismo, a través de la sección 240(b) de dicha ley se indicó que cuando las empresas estén participadas o controladas, *“el Comisionado puede consolidar las contabilidades de dichas empresas vinculadas, en los casos apropiados, con el propósito de “realizar una correcta distribución o imputación de ganancias, beneficios, ingresos, gastos deducibles o capital entre las empresas afiliadas”*” (Sala, 2003: 51)

Esta regulación de las normas contra la manipulación de precios de transferencia se basaba en un *“prisma fiscalizador de la empresa multinacional como un negocio unitario”*; sin embargo, ofrecía dificultades para consolidar los beneficios de las empresas afiliadas del exterior sin presencia económica en el país (Sala, 2003: 135).

Asimismo, si bien se habían otorgado facultades a la Administración para atribuir ingresos y gastos entre empresas vinculadas, aún no se había previsto cuál era el criterio para determinar cómo debía determinarse el importe de dicha atribución (Hamaekers, 2009: 6).

1.3.2. El paradigma de las entidades separadas

Es por estas dificultades que en 1928 se cambió de paradigma a uno que trata a cada entidad vinculada como entidad separada (Sala, 2003: 135), a través de la modificación de la sección 45 del Código Fiscal Interno, el cual indicó lo siguiente, conforme cita Reuven Avi-Yonah:

Sección. Asignación de ingresos y deducciones.

En el caso de dos o más comercios o negocios (constituidos o no, organizados en los Estados Unidos o no y afiliados o no) que sean propiedad o que estén controlados directa o indirectamente por los mismos intereses, el comisionado está autorizado para distribuir, prorratear o asignar el ingreso bruto o las deducciones entre dichos comercios o negocios, si determina que dicha distribución, prorrateo o asignación es necesaria para prevenir la evasión de impuestos o para reflejar claramente el ingreso de cualquier de dichos comercios o negocios (Avi-Yonah, 2008: 282).

Esta atribución otorgada a la Administración para atribuir ganancias y deducciones se realizaba para prevenir la evasión y para reflejar la verdadera ganancia gravable de las empresas. Al respecto, Reuven Avi-Yonah, citando a los senadores Gifford y Green, señala lo siguiente:

El senador Grifford declaró que “lo que nos preocupa es que cualquiera de estas dos corporaciones se puedan reunir y obtener beneficios de ventas cuestionables para obtener deducciones”. El senador Green contestó que “la sección 45 ... permite al buró asignar los ingresos a donde pertenecen.

Esto ... no permite a estas corporaciones ubicar sus gastos donde los quieran colocar” (Avi-Yonah, 2008: 283).

La sección 45 del Código Fiscal Interno fue desarrollada reglamentariamente en la sección 45-1(b) del Reglamento del Tesoro de 1935, en los siguientes términos:

b) Alcance y propósito.- El propósito de la sección 45 es ubicar a un contribuyente controlado en paridad fiscal con un contribuyente no controlado, determinando de acuerdo con el estándar de un contribuyente no controlado, el verdadero ingreso neto de la propiedad y negocios de un contribuyente controlado. Se presume que los intereses que controlan a un grupo de contribuyentes controlados tienen poder completo para hacer que cada contribuyente controlado opere de manera que sus operaciones y registros contables verdaderamente reflejen el ingreso neto de la propiedad y negocios de cada uno de los contribuyentes controlados. Sin embargo, si esto no se ha hecho y los ingresos netos gravables son por lo tanto subestimados, la ley contempla que el comisionado intervenga, y al hacer dichas distribuciones como considere necesario, o de cualquier elemento que afecte el ingreso neto, entre los contribuyentes controlados que constituyan el grupo, se determinará el verdadero ingreso neto de cada contribuyente controlado. El estándar aplicable en cada caso es aquel de un contribuyente no controlado haciendo operaciones bajo el arm's length con otro contribuyente no controlado (Avi-Yonah, 2008: 283-284).

Como se puede apreciar, es recién con el Reglamento del Tesoro de 1935 que se acoge explícitamente que el estándar aplicable a operaciones de contribuyentes controlados, es el que se hubiera realizado en operaciones arm's length de un contribuyente no controlado con otro no controlado (Hamaekers, 2009: 9).

Esta sección del reglamento del tesoro sería mantenida con algunas modificaciones no sustanciales incluso hasta la redacción de la sección

482 del Código Fiscal Interno, que se mantiene hasta la actualidad (Avi-Yonah, 2008: 284).

1.3.3. Aplicación jurisprudencial de la Sección 45 del Código Fiscal Interno: Del criterio de los resultados razonables y al estándar arm's length

Sin embargo, de la revisión de jurisprudencia de los Estados Unidos, Reuven Avi-Yonah concluye que los primeros casos donde se aplicó la sección 45 del Código Fiscal Interno, el análisis se enfocó en el término “*evasión de impuestos*” y “*reflejo claro del ingreso*” (Avi-Yonah, 2008: 284).

Asimismo, después de la emisión de la regulación de 1935, los tribunales utilizaron diversos estándares distintos al arm's length para determinar los ingresos de los contribuyentes no controlados. Así, por ejemplo, el referido autor cita el caso paradigmático de Frank v. International Canadian Corporation decidido en 1962 (Avi-Yonah, 2008: 286).

Este caso trata acerca de las ventas de químicos de una matriz estadounidense a una entidad subsidiaria del exterior, a un “precio y ganancias razonables”. En el proceso contencioso-tributario, el juzgado falló a favor del contribuyente. Sin embargo, en la apelación, la Administración alegó que el juzgado había aplicado el estándar de “*resultados razonables*” mas no el estándar arm's length en sentido estricto.

Según relata Reuven Avi-Yonah, la corte del noveno circuito de apelaciones confirmó el fallo de primera instancia de la siguiente manera:

No estamos de acuerdo con la postura del comisionado según la cual “las negociaciones del principio de precio justo de mercado” son el único criterio

para aplicar el lenguaje legal de la sección 45 para determinar cuál es el “verdadero ingreso neto” de cada “contribuyente controlado”. Muchas decisiones se han tomado con fundamento en la sección 45 sin referirse a la frase “negociaciones del principio de precio justo de mercado” y sin referencia a las resoluciones y al Reglamento del Departamento del Tesoro, que establecen que la combinación talismánica de las palabras “precio justo de mercado” es el estándar a ser aplicado en cada caso”. Por ejemplo, no fue menos adecuado para la Corte de Distrito usar aquí el estándar de “ganancias razonables” de lo que fue para otros tribunales usar el “valor justo completo”, “precio justo, incluyendo una ganancia razonable”, “método que no parece irrazonable”, “contraprestación justa que refleja el principio de precio justo de mercado”, “justo y razonable”, o “justo y justamente alcanzado” o “juzgado en relación con la justicia”, todas usadas en la interpretación de la sección 45. (Avi-Yonah, 2008: 286-287).

Como se aprecia, la corte de apelaciones en esencia inaplicó la regulación del tesoro y el estándar *arm's length*, y validó la utilización de los estándares de “ganancias razonables”, “valor justo”, “precio justo”, “justo y razonable”, y similares. Asimismo, dicha corte da cuenta de que anteriormente el mismo criterio había venido siendo aplicado en forma repetida. Un año después, en 1964, se decidió el caso *Oil Base Inc. V. Commissioner* el cual trataba sobre el valor de las comisiones que una matriz estadounidense pagaba a una subsidiaria por las ventas realizadas. Dichas comisiones ascendían al doble de las que normalmente pagaba la matriz a empresas no controladas.

Al respecto, el contribuyente alegó que el estándar que debía ser aplicado era el estándar del valor “*razonable*” del caso *Frank* y no el estándar de mercado *arm's length*.

Reuven Avi-Yonah cita la decisión de la corte de apelaciones de la siguiente manera:

No podemos estar de acuerdo [con la tesis del contribuyente]. Donde, como aquí, la extensión del ingreso en cuestión es en gran medida determinada por los términos de operaciones de negocios concluidos entre dos corporaciones controladas, no es irracional interpretar el “verdadero” ingreso gravable como aquel que habría resultado si las operaciones se hubieran efectuado al precio justo de mercado entre partes no relacionadas.

“Frank v. International Canadian Corporation” [308 F.2d. 520 (9no. Cir. 1962)] no sostuvo que el precio justo de Mercado establecido por el reglamento era impropio. Sostuvo que no era “el único criterio” para determinar el verdadero ingreso neto de cada contribuyente controlado. Sin embargo, la partida permisible del precio justo de mercado fue, bajo los hechos de ese caso, muy estrechamente limitada y la decisión no tiene aplicación del caso en examen.

Concluimos que la negociación del precio justo de mercado fue adecuadamente aplicada en cuanto a la regulación. “Hall v. Comm’r”, 294 F.2d 82 (5to. Cir. 1961) (Avi-Yonah, 2008: 291).

Asimismo, Avi-Yonah precisa que en una nota al pie de página de la decisión anterior se indicó lo siguiente: *“En una nota al pie, el Noveno Circuito especificó que “Frank” solamente aplica en casos donde a) no había evidencia de un precio justo de mercado, y b) por la “complejidad de las circunstancias ... hubiera sido difícil para el tribunal plantear una hipótesis sobre el precio justo de mercado en una operación”* (Avi-Yonah, 2008: 291).

En este caso se aprecia que la corte de apelaciones afirma que el estándar *arm’s length* es uno de los criterios aplicables. Asimismo, desplaza la aplicación del criterio de lo “razonable” a casos en donde el

estándar arm's length no puede ser aplicado por falta de evidencia del precio arm's length.

1.3.4. Objetivación del estándar arm's length con la reglamentación de la Sección 482 del Código Fiscal Interno

A fin de dotar de contenido al principio arm's length, en 1968 se aprobó la reglamentación de la Sección 482, en donde se establecieron reglas específicas de aplicación del principio arm's length para cada tipo de operación; lo cual muestra la objetivación del mismo (Sala, 2003: 137).

En el caso de las ventas de bienes tangibles se establece como métodos aplicables a los siguientes, en orden jerárquico: (i) el precio comparable no controlado; (ii) el precio de reventa; (iii) el costo incrementado; y, (iv) cualquier otro método en falencia de los primeros tres (Sala, 2003: 137).

En el caso de transferencias de bienes intangibles, se estableció la aplicación rígida del método del precio comparable no controlado, que dependía de encontrar el precio de una operación altamente comparable. Así, en caso ello no ocurriera, el reglamento estableció una lista de catorce (14) factores no jerarquizados para determinar el valor arm's length, tales como: los tipos que prevalecen en el sector industrial, las ofertas de competidores, los términos de transferencia, la singularidad del bien, la duración del tiempo de protección legal, el ahorro de costes que posibilita su uso, entre otros (Sala, 2003: 141-142)

Asimismo, el reglamento de 1968 estableció reglas de refugio, consistentes en la descripción de supuestos de transacciones entre partes relacionadas que, de configurarse, se presumía que estaban a valor de mercado. Estas reglas abarcaban supuestos de préstamos de dinero,

cesiones de uso de bienes de capital tangibles y de servicios intragrupo. (Sala, 2003: 140).

1.3.5. Prevalencia del estándar arm's length en la jurisprudencia y problemas de su aplicación

Paralelamente el principio arm's length cobra más vigencia en el terreno judicial. Según indica Reuven Avi-Yonah, la cumbre del principio arm's length se dio con el caso "Lufkin Foundry and Machine Co. V. Commissioner" de 1972, en donde el contribuyente había presentado pruebas de la razonabilidad de sus contratos de marketing. Sin embargo, el quinto circuito señaló que las pruebas presentadas por el contribuyente no acreditaban que los precios cumplieran el estándar arm's length de mercado (Avi-Yonah, 2008: 298). Al respecto, en el fallo del referido caso se indica lo siguiente:

No importa qué monto el contribuyente se hubiere autodeterminado, no es posible saber cuáles hubieran sido los precios o términos que partes no relacionadas hubieran cobrado o acordado. Creemos que es palpable que si el estándar [arm's length] establecido por este incuestionable reglamento debe ser cumplido, la prueba de las operaciones entre corporaciones no controladas a Lufkin deben ser acreditadas para determinar que el cobro ha sido negociado en la realización de dichos servicios de marketing (Avi-Yonah, 2008: 298).

Ahora bien, una vez que los tribunales comenzaron a recoger el estándar arm's length para interpretar la sección 482 del Internal Revenue Code, dicha aplicación generó diversos problemas que dificultaron su utilización. A continuación reseñamos algunos de los casos identificados por Reuven Avi-Yonah.

El primero de estos casos es el de "RT French Co v. Commissioner" decidido en 1973, el cual puso en evidencia la complicación de utilizar el estándar arm's length en casos de contratos de larga duración, cuando las circunstancias económicas varían sustancialmente de forma inesperada por las partes (Avi-Yonah, 2008: 301).

Dicho caso trata de una matriz británica que realizaba pagos de regalías a una subsidiaria estadounidense por el uso de una fórmula para procesar papas. El contrato de regalías tuvo una duración de veinte años y determinó el importe de regalías sobre la base de las ganancias que inicialmente se esperaba que se generaran. No obstante, años después la fórmula cobró mucha mayor relevancia haciendo la fórmula mucho más rentable; sin embargo, el porcentaje de las regalías permaneció inalterable.

Al respecto, la Administración alegó que si es que las transacciones se hubieran realizado entre partes no controladas, se hubiera negociado una adenda al porcentaje de las regalías ante el incremento inesperado de las ganancias.

El Tribunal se mostró en desacuerdo con lo señalado por la Administración, debido a que el contrato original de 1946 había sido negociado cumpliendo con el estándar arm's length.

Un segundo problema surgió en el caso "U.S. Steel Corp. V. Commissioner", en donde una matriz estadounidense compraba acero de su matriz liberiana a precios similares a los que dicha subsidiaria vendía a empresas independientes, aunque en cantidades mucho menores (Avi-Yonah, 2008: 302).

Al respecto, la corte de apelaciones del segundo circuito falló a favor del contribuyente, debido a que el estándar arms length era objetivo y se aplicaba sobre la base de los precios en transacciones no controladas, independientemente del volumen. Avi-Yonah cita lo indicado por la corte, de la siguiente forma:

Estamos obligados a revocar porque, en nuestra opinión, el IRS ha fracasado en demostrar lo necesario para justificar el ajuste a la luz del amplio lenguaje de la sección 482... (sic) Las regulaciones del Tesoro proveen una guía para interpretar la amplia delegación que realiza esta sección a favor de la Secretaría, y ellas son obligatorias para el IRS [cita del ALS]. Este estándar arm's length busca ser un estándar objetivo que no dependa de la ausencia o presencia de algún propósito de parte del contribuyente para distorsionar su ganancia ... Nosotros pensamos que es claro que si un contribuyente puede demostrar que el precio pagado o que ha sido cargado por un servicio es 'de una magnitud que ha sido cobrada o hubiera sido cobrada por el mismo o similar servicio en transacciones independientes entre firmas no relacionadas' ha ganado el derecho, a la luz de las regulaciones, de estar libre de los ajustes previstos en la sección 482 a pesar de otras evidencias que tienden a demostrar que sus actividades han resultado en un cambio de su obligación tributaria entre sociedades controladas (Avi-Yonah, 2008: 302-303).

Posteriormente, en el caso "Cadillac Textiles v. Commissioner", decidido en 1975, se trató el caso de un contribuyente que pagaba comisiones por un servicio de tejido. Al respecto, el Tribunal Fiscal verificó que los comparables no eran idóneos debido a que existían diferencias en el volumen de las transacciones. Así, ante la ausencia de comparables el Tribunal decidió determinar las ganancias de las dos empresas involucradas y alocar la suma de 100 000 dólares americanos de ingresos a una de ellas. Avi-Yonah cita al tribunal de la siguiente manera:

Cuando cierta atribución se encuentra justificada, si el demandado omite seguir un método razonable para fundar tal atribución, el tribunal debe sustituir su criterio ... Desafortunadamente, esto genera al tribunal la carga de adoptar una decisión sin conocer todos los hechos ... (sic) Al examinar las ganancias agregadas de ambas empresas, y al aplicar un factor [de valor agregado], es la conclusión del tribunal que debe ser atribuido al apelante a la luz de la sección 482 ... (sic) la suma de US\$ 100 000 (en lugar de US\$ 193.045,37, tal como fue propuesto por la autoridad fiscal) (Avi-Yonah, 2008: 308)

De esta manera se puede apreciar, que la jurisprudencia acogió la aplicación del método “partición de utilidades”, ante la ausencia de empresas comparables.

De otro lado, Gemma Sala describe que la falta de una jerarquía de los factores descritos por la reglamentación de 1968 para determinar el valor arm's length de bienes intangibles ocasionó que los tribunales decidieran subjetivamente cuál o cuáles eran los criterios que prevalecen en el caso, dependiendo mayormente de las alegaciones de las partes. Los casos en los que esto ocurrió fueron en Ciba-Geigy Corp. V. Commr, decidido en 1985 por el Tribunal Fiscal estadounidense y en el caso Bausch & Lomb v. Comr, decidido en 1989 por el Tribunal Fiscal (Sala, 2003: 142-143).

Asimismo, Gemma Sala enfatiza que a raíz del caso “RT French Co v. Commissioner” decidido en 1973 y descrito e identificado anteriormente por Avi-Yonah, entre las empresas relacionadas se generalizaron las celebraciones de contratos de larga duración de cesión de intangibles, sin cláusulas de renegociación de regalías en caso el intangible generara sobre ganancias inesperadas. Así, bajo la aplicación de RT French la Administración únicamente podía gravar los ingresos de regalías esperados al momento de la celebración del contrato (Sala, 2003: 143).

Asimismo, según indica Reuven Avi-Yonah, en 1991 se decidió el caso “Merck & Co. V. United States” en donde se trató el caso de una matriz estadounidense que desarrollaba medicamentos, la cual transfirió las licencias a una subsidiaria en Puerto Rico.

Al respecto, la Administración sostuvo que la subsidiaria de Puerto Rico debía pagar regalías a la matriz estadounidense por el desarrollo de los intangibles.

Sin embargo, la Corte de Reclamaciones rechazó la posición de la Administración, debido a que los importes incurridos en el desarrollo de los intangibles ya habían sido recuperados por la matriz antes de la transferencia de los intangibles y porque la multinacional podía relocalizar sus intangibles a voluntad. No obstante, en este caso el principio *arm's length* ni siquiera fue evaluado por la corte, lo cual es destacado por Reuven Avi-Yonah (Avi-Yonah, 2008: 317-318).

Los problemas que surgieron en la aplicación del estándar *arm's length* en la jurisprudencia estadounidense, fueron objeto de preocupación en la Cámara de Diputados estadounidense. Así, en el reporte del proyecto de Ley 3838 de dicha cámara, citada por Avi-Yonah, se indicó lo siguiente:

Muchos observadores han cuestionado la eficacia del estándar *arm's length* previsto en las regulaciones dentro del marco de la sección 482. Un problema recurrente es la ausencia de transacciones comparables entre partes no asociadas, y el resultado inconsistente derivado de procurar imponer el concepto *arm's length* cuando no existen comparables...

Ciertas interpretaciones judiciales de la sección 482 sugieren que los acuerdos de precios entre partes no relacionadas sobre ítems de la misma categoría general que aquellos involucrados en la transferencia entre partes asociadas pueden en ciertas circunstancias ser consideradas

puertos seguros (*safe harbor*) para acuerdos de precios entre partes asociadas, a pesar de que existen diferencias sustanciales en el volumen y riesgos involucrados, o en otros factores. Ver, por ejemplo, [el caso] “United States Steel”... Mientras la comisión [del Congreso] está preocupada que tales decisiones [judiciales] pueden enfatizar de modo inapropiado el concepto de comprables aun en situaciones referidas a *commodities* y servicios altamente estandarizados, considera que ese enfoque es suficientemente problemático como para considerar necesaria una modificación legal en el área de reglas de precios referidas a transferencias de bienes intangibles (Avi-Yonah, 2008: 319-320).

1.3.6. Adopción de un criterio objetivo rígido del estándar *arm's length* en el *White Paper* de 1988

Ante ello, en 1986 se modificó la Sección 482 del Código Fiscal Interno, incluyendo la denominada regla de las superregalías, que, de acuerdo a la traducción de Gemma Sala, indica que “*en el caso de cualquier transferencia (o licencia) de bienes inmateriales... la renta respecto de esa transferencia o licencia se equilibrará con los rendimientos atribuibles al bien inmaterial*” (Sala, 2003: 144).

No obstante, la respuesta más fuerte ante estos problemas en la aplicación del estándar *arm's length* se dio con la publicación del documento sujeto a discusión denominado “A study of Intercompany Pricing”, emitido por el Servicio de Impuestos Interno (*Internal Revenue Service*) y el Departamento del Tesoro el 18 de octubre 1988, mejor conocido como el “White paper”.

Podemos enumerar tres grandes características principales del White paper en el tratamiento que propuso para la regulación de precios de transferencia:

En primer lugar, con respecto a operaciones con bienes intangibles, el White paper propuso la aplicación de cuatro métodos:

- El método del comparable exacto: Requiere que los bienes intangibles de la operación controlada y la comparable sean iguales, con condiciones económicas y contractuales sustancialmente materiales (Sala, 2003: 145).
- El método del comparable inexacto: No requiere identidad en los bienes intangibles de la operación controlada y comparable. Sin embargo, sí requiere que los beneficios, condiciones económicas y contractuales sean sustancialmente similares (Sala, 2003: 145).
- El método de Beneficio básico arm's length (BARLM), por sus siglas en inglés: Aplica en ausencia de comparables exactos para cesiones en uso de intangibles únicas. De acuerdo a este método se analiza la operación vinculada identificando las funciones de cada parte, atribuyendo beneficios como los que independientes hubieran obtenido de dichas funciones. El beneficio residual se atribuye al cedente del bien por la explotación del intangible único (Sala, 2003: 145).
- El método de partición de utilidades aplicada al Beneficio básico arm's length: Aplica también en ausencia de comparables exactos, como una variante del método BARLM (Sala, 2003: 146).

Al respecto, Reuven Avi-Yonah señala que el White paper decidió un aspecto importante en la determinación de precios de transferencia: ¿Cuál era el método aplicable ante la ausencia de comparables? Estos métodos serían el BARLM y el método de partición de utilidades aplicada al BARLM (Avi-Yonah, 2008: 322).

Sin embargo, tal como indica Reuven Avi-Yonah, estos métodos difícilmente pueden ser compatibles con el estándar tradicional arm's length debido a que se basan en el presupuesto de la inexistencia de comparables. Así, se destaca que el gran mérito del White Paper fue expandir la concepción tradicional de arm's length a uno que no se enfoca en la determinación de un precio fijo definitivo, sino en la partición de las utilidades sin utilizar comparables. De esta forma, el estándar arm's length comprendió ya no solamente los métodos de precio comparable no controlado, precio de reventa y costo incrementado, sino también al de partición de utilidades (Avi-Yonah, 2008: 325).

En segundo lugar, el White paper comprendió la regla denominada "*commensurate with income*", que aplicaba a cualquier operación con intangibles, permitiendo a la Administración ajustar periódicamente los beneficios obtenidos, cuando el contrato tuviera una duración mayor a un año y que de forma posterior a su celebración hubiera habido cambios sustanciales en los beneficios del intangible. En ese sentido, esta regla permitía evaluar las retribuciones por las cesiones de intangibles considerando los beneficios de la explotación intangible, realmente obtenidos en la ejecución del contrato, mas no a los beneficios que se previeron cuando se celebró el contrato, dejando de lado toda consideración del juicio comercial de la empresa (Sala, 2003: 147-148).

De esta manera el estándar arm's length había alcanzado una alta expresión objetiva.

1.3.7. La razonabilidad objetiva del estándar arm's length en el Reglamento de la Sección 482 del Código Fiscal Interno de 1994

Por último, en julio de 1994 se emitieron las Regulaciones de Precios de Transferencia de la Sección 482 del Internal Revenue Code, en donde se recogió el método de partición de utilidades y el de “método del beneficio o utilidad comparable” (*comparable profit method*) (Hamaekers, 2009: 7). Este último método consistió en la comparación del indicador de rentabilidad de empresas no vinculadas con el indicador de rentabilidad de la parte examinada. Dicho indicador podía ser calculado a partir de ratios de resultados operativos sobre ventas, resultados operativos sobre activos, entre otros.

Asimismo, se adoptó el criterio del “mejor método” (*best method rule*), el cual señala que todos los métodos tienen el mismo nivel jerárquico, poniendo así al método de partición de utilidades en el mismo nivel jerárquico de los otros métodos basados en comparables (Avi-Yonah, 2008: 335-336).

La inclusión de estos métodos y el hecho de que se haya indicado que tienen la misma jerarquía que los métodos tradicionales (precio comparable no controlado, precio de reventa y costo incrementado), evidenció que el estándar *arm's length* original basado en precios de empresas comparables había sido sustituido por una versión expandida a resultados de empresas comparables. Al respecto, Reuven Avi-Yonah concluye:

La adopción del método *profit split* [partición de utilidades] en las regulaciones finales marcan la culminación de la tendencia que hemos observado desde 1972: la caída del ALS [estándar *arm's length*] tradicional basado en comparables y su reemplazo por una definición expandida de ALS, que incluye cualquier método que sea consistente con resultados *arm's length*. Una vez que este paso conceptual en dirección a una definición expandida de *arm's length* es adoptado, sin embargo, no existe barrera lógica [que impida] aceptar cualquier método que conduzca a

resultados arm's length, incluido el método de la fórmula [*formulary apportionment*]. (Avi-Yonah, 2008: 337)

Asimismo, conforme señala Gemma Sala, la Reglamentación de la Sección 482 de 1994 aceptó que no es que exista un solo resultado arm's length, sino que existen varios, los cuales son comprendidos en un rango de resultados aceptables, de cuyo punto medio puede realizarse un ajuste administrativo (Sala, 2003: 180).

Otro cambio importante fue que, si bien se mantuvo la posibilidad de que la Administración realizara ajustes periódicos a los efectos de un contrato de larga duración, basándose en los beneficios realmente obtenidos, y no en los previstos al momento de la celebración del contrato; la Reglamentación de 1994 señaló excepciones para esta regla, sobre la base, principalmente, de porcentajes máximos de variación los beneficios esperados de los recibidos (Sala, 2003: 184-185).

Finalmente, la razonabilidad de la postura del principio arm's length en la Reglamentación de 1994 se aprecia en la descripción de supuestos de circunstancias comerciales en los que se no se aplican ajustes de precios de transferencia. Estas circunstancias son: (i) la adopción de estrategias comerciales para entrar a nuevos mercados; (ii) el incremento de participación en mercados donde ya se está presente; y, (iii) afrontar la competencia. Sin embargo, dichas estrategias debían realizarse con periodos y probabilidades razonables, contar con documentación antes de su ejecución. Asimismo, el contribuyente se encontraba obligado a probar que empresas independientes habrían desarrollado estrategias similares (Sala, 2003: 186).

De esta misma manera, se excluye de la posibilidad de realizar ajustes de precios de transferencia, en aquellos casos de operaciones

internacionales donde se participa en jurisdicciones donde existen normativas no tributarias que restringen precios, siempre que ello ocasione el mismo efecto en empresas independientes (Sala, 2003: 187).

1.3.8. Recapitulación del desarrollo del estándar arm's length en los Estados Unidos

De la revisión de la evolución del estándar arm's length en los Estados Unidos podemos resumir lo siguiente:

- En primer lugar, el estándar arm's length fue recogido inicialmente en el Reglamento del Tesoro de 1935, en donde se indicaba que dicho estándar es el de una empresa no controlada en sus relaciones con otra empresa no controlada.
- En segundo lugar, la jurisprudencia estadounidense inicialmente no utilizó el estándar arm's length, sino recurrió a la utilización de otros estándares tales como los estándares: "justo y razonable".

Es recién en 1964 cuando los tribunales reconocen la aplicabilidad del estándar arm's length como la verificación del precio de mercado como una alternativa al estándar "justo y razonable". A partir de ello, en posterior jurisprudencia el estándar arm's length cobró más relevancia hasta posicionarse como el único estándar aplicable.

A partir de 1973 se cuestionó que la aplicación del estándar arm's length originaba varias dificultades, tales como la ausencia de comparables, el tratamiento de contratos de larga duración con modificaciones de las circunstancias económicas y el traslado de licencias a subsidiarias con tratamientos fiscales más favorables. Ello ocasionó que los tribunales se encuentren en la necesidad de

determinar de, por ejemplo, realizar en la práctica el método de partición de utilidades, sin recurrir a la utilización de comparables.

- En tercer lugar, los problemas surgidos en la jurisprudencia tuvieron eco a nivel normativo; lo cual se concretizó en el documento denominado White paper de 1988 en donde se adoptó una postura objetiva del estándar arm's length.

En cuarto lugar, la reforma de la regulación de la Sección 482 del Código Fiscal Interno de 1994 constituye una flexibilización de la postura objetiva del estándar arm's length, lo cual se evidenció en: (i) la igualación de los métodos de valoración en el mismo nivel jerárquico (incluido el método de partición de utilidades, el cual presupone la ausencia de comparables); (ii) la adopción del rango arm's length; y, (iii) la aceptación de supuestos inhibidores del ajuste de precios de transferencia, por motivos comerciales objetivos, tales como la adopción de estrategias comerciales para entrar a nuevos mercados, el incremento de participación en mercados donde ya se está presente y afrontar la competencia.

1.4. Evolución del estándar arm's length en el Perú

La evolución histórica de las normas de precios de transferencia en el Perú puede dividirse en tres periodos:

- Periodo de reconocimiento del estándar arm's length para transferencias de propiedad entre empresas vinculadas económicamente. Este periodo comprende los años 1997 a 2000.
- Periodo del primer desarrollo del estándar arm's length. Este periodo comprende los años 2001 a 2003.

- Periodo del segundo desarrollo del estándar *arm's length*. Este periodo comprende los años 2004 en adelante.

A continuación describiremos cada uno de estos periodos y las concepciones del *arm's length* adoptadas.

1.4.1. Periodo de reconocimiento del estándar *arm's length* para transferencias de propiedad entre empresas vinculadas económicamente (años 1997 a 2000)

El 20 de abril de 1996 se publicó en el Diario Oficial *El Peruano* el Decreto Legislativo 810 que modificó la LIR, estableciendo una regla particular de valoración de ciertas operaciones entre empresas vinculadas económicamente.

Dicha regla consistió en que para efectos del impuesto el valor de retiro de bienes y disposiciones a favor de socios, cuando están involucradas empresas vinculadas económicamente, es el valor de mercado. Para este efecto, el valor de mercado es el que *“normalmente se obtiene en las operaciones que la empresa realiza con terceros no vinculados, en condiciones iguales o similares, debiendo tomarse en cuenta todos los elementos pertinentes”*.

Esta regla fue incorporada en el Artículo 31° de la LIR de la siguiente manera:

Artículo 31.- Las mercaderías u otros bienes que el propietario o propietarios de empresas retiren para su uso personal o de su familia o con destino a actividades que no generan resultados alcanzados por el Impuesto, se considerarán transferidos a su valor de mercado. Igual tratamiento, se dispensará a las operaciones que las sociedades realicen

por cuenta de sus socios o a favor de los mismos.

Para los efectos de lo dispuesto en el presente artículo se considera valor de mercado: [...]

- 4) Para las transacciones entre empresas vinculadas económicamente, el que normalmente se obtiene en las operaciones que la empresa realiza con terceros no vinculados, en condiciones iguales o similares; debiendo tenerse en cuenta todos los elementos que sean pertinentes. De no poder determinarse este valor, será el que establezca el mercado.

Como se aprecia, el Artículo 31° regulaba que debían considerarse a valor de mercado, los retiros de bienes realizados por dueños de empresas para uso personal o para actividades cuyos resultados no son gravados y las operaciones realizadas por sociedades por cuenta o a favor de sus socios. Para este efecto, el valor de mercado sería:

- El que se obtiene normalmente en operaciones de la empresa con terceros no vinculados, en condiciones iguales o similares.
- En caso no pueda determinarse lo anterior, el valor que establezca el mercado.

En este sentido, se advierte que se reconoce la valoración arm's length para determinadas operaciones, aunque restringida a comparaciones con operaciones realizadas por la propia empresa con terceros no vinculados, es decir restringida a comparables internos. Asimismo, se señala que subsidiariamente aplica el valor que establece el "mercado", sin especificarse qué debía entenderse por este término.

De lo anterior se tiene que fue el Decreto Legislativo 810 el que introdujo por primera vez una regulación especial de precios de transferencia para operaciones entre vinculadas, aunque restringida a supuestos muy específicos y sin detallar aspectos relevantes del estándar tales como: (i) los métodos de valoración aplicables; (ii) la jerarquía de dichos métodos; o, (iii) la existencia de supuestos inhibidores de ajustes de precios de transferencia.

Ahora bien, el alcance de esta regla fue ampliado en 1998 a todas las transferencias de propiedad entre empresas vinculadas económicamente.

En efecto, el 30 de diciembre de 1998 se publicó en el Diario Oficial *El Peruano* la Ley 27034, a través de la cual se modificaron los Artículos 31° y 32° de la LIR. Mediante esta ley se trasladó el segundo párrafo del Artículo 31° al Artículo 32° y se especificó que el valor de mercado es aplicable a toda transferencia de propiedad bajo el alcance de la LIR.

Luego de las modificaciones realizadas por la Ley 27034 el Artículo 32° de la LIR quedó redactado de la siguiente manera:

Artículo 32.- En los casos de ventas, aporte de bienes y demás transferencias de propiedad a cualquier título, el valor asignado a los bienes para efectos del Impuesto será el de mercado. Si el valor asignado difiere del de mercado, sea por sobrevaluación o subvaluación, la SUNAT procederá a ajustarlo tanto para el adquirente como para el transferente.

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

4. Para las transacciones entre empresas vinculadas económicamente, el que normalmente se obtiene en las operaciones que la empresa realiza con terceros no vinculados, en condiciones iguales o similares; debiendo tenerse en cuenta todos los elementos que sean

pertinentes. De no poder determinarse este valor, será el que establezca el mercado.

De esta manera podemos decir que es en los años 1997 a 2000 cuando se realizó la primera gran incorporación de normas de valoración específicas para operaciones entre partes vinculadas, siendo que dichas normas específicas recogieron como criterio principal de valoración el que “normalmente se obtiene en las operaciones que la empresa realiza con terceros no vinculados”. En ese sentido, es claro que ya en estos años la normativa peruana contaba con normas fiscales de precios de transferencia que se basaban en el estándar arm's length.

No obstante, si bien existían ya normas de precios de transferencia, estas no contaban con un mayor desarrollo normativo que permitiera identificar, por ejemplo, si aceptan o no razones comerciales como inhibidores de ajustes de precios de transferencia, si existía el requisito el perjuicio fiscal para la realización de ajustes, cuáles son los métodos de valorización habilitados, si están sometidos a jerarquía, si se permite o no el desconocimiento y recalificación de operaciones o los criterios que se toman en cuenta para atribuir beneficios de intangibles.

1.4.2. Periodo del primer desarrollo del estándar arm's length (años 2001 a 2003)

El 18 de octubre de 2000 fue publicada en el Diario Oficial *El Peruano* la Ley 27356, a través de la cual se introdujeron disposiciones sustanciales al Artículo 32° de la LIR, que desarrollaron las reglas para la determinación del valor de mercado de empresas vinculadas económicamente. Los aspectos relevantes de estas modificaciones fueron los siguientes:

- Se incorporaron como operaciones sujetas a las reglas de valor de mercado a las prestaciones de servicios y cualquier otro tipo de transacciones entre vinculadas.

- Con respecto a las operaciones entre vinculadas se indicó que para efectos de la valoración:
 - Pueden utilizarse comparables externos, de forma supletoria a los comparables internos.

 - De forma supletoria podían utilizarse los métodos que resulten “más apropiados”, entre los cuales se encontraban: el método de precio de reventa y el método de costo incrementado. Asimismo se indicó que mediante decreto supremo se regularían los métodos de valoración que podían ser utilizados por la Administración Tributaria.

 - El ajuste del valor de mercado entre partes vinculadas aplica únicamente al sujeto implicado.

 - Se indicó que el ajuste de valor de mercado aplica también para el Impuesto General a las ventas.

- Se indicó que para el caso de operaciones desde, hacia o a través de países o territorios de nula o baja imposición, la Administración aplicaría el método más apropiado.

Luego de las modificaciones realizadas por la Ley 27356, el Artículo 32° de la LIR quedó redactado de la siguiente manera:

Artículo 32.- En los casos de ventas, aportes de bienes y demás transferencias de propiedad a cualquier título, así como prestación de servicios y cualquier otro tipo de transacción, el valor asignado a los bienes, servicios y demás prestaciones, para efectos del Impuesto, será el de mercado. Si el valor asignado difiere del de mercado, sea por sobrevaluación o subvaluación, la SUNAT procederá a ajustarlo tanto para el adquirente como para el transferente.

Para los efectos de la presente ley se considera valor de mercado: [...]

4. Para las transacciones entre empresas vinculadas económicamente, el que normalmente se obtiene en las operaciones que la empresa realiza con terceros no vinculados en condiciones iguales o similares, o en su defecto se considerará el valor que se obtenga en una operación entre sujetos no vinculados en condiciones iguales y similares. Supletoriamente, la Administración Tributaria aplicará el método de valoración que resulte más apropiado para reflejar la realidad económica de la operación, tales como los métodos de costo incrementado y precio de reventa. Mediante decreto supremo se regularán los métodos de valoración que la SUNAT utilizará.
5. Para las transacciones que se realicen desde, hacia o a través de países o de territorios de baja o nula imposición, la Administración Tributaria aplicará el método de valoración que considere más apropiado para reflejar la realidad económica de la operación. Mediante decreto supremo se regularán los métodos de valoración que la SUNAT utilizará.

El ajuste del valor asignado por la Administración Tributaria de acuerdo a los numerales 4 y 5 surte efectos únicamente respecto al sujeto implicado.

Se podrá acordar los métodos de valoración con las empresas mediante acuerdos previos.

Lo dispuesto en el presente artículo también será de aplicación para el Impuesto General a las Ventas, salvo para la determinación del saldo a favor materia de devolución o compensación.

Mediante decreto supremo se podrá establecer el valor de mercado para la transferencia de bienes y servicios distintos a los mencionados en el presente artículo; y se podrán dictar las disposiciones correspondientes a los acuerdos previos sobre métodos de valoración con las empresas.

Las modificaciones a la LIR introducidas mediante la Ley 27356, fueron reglamentadas a través del Decreto Supremo 045-2001-EF, publicado en el Diario Oficial *Peruano* el 20 de marzo de 2001. Entre las principales modificaciones se encuentra la incorporación del Artículo 19°-B en el RLIR, a través del cual se indicó, entre otros, lo siguiente:

- Se indicó que los métodos de valoración que la Administración Tributaria puede aplicar a las transacciones entre empresas vinculadas y a las operaciones desde, hacia o través de países y territorios de nula o baja imposición, son, entre otros, los métodos de costo incrementado, de precio de reventa y los métodos basados en utilidades.
- Se estableció una definición de transacción comparable y se mencionó la posibilidad de realizar ajustes de comparabilidad.
- Se brindó una definición del término “libre competencia”, señalando que es un principio según el cual las transacciones entre vinculadas se corresponden con los que habrían sido acordados en mercado abierto.

- Se introdujo la obligación de mantener la documentación e información sustentatoria de la determinación de los precios de transferencia.
- Se señaló que para efecto de la aplicación de los métodos de valoración establecidos en el presente Artículo, los conceptos de costo de bienes y servicios, costo de producción, utilidad bruta, gastos y activos se determinarán sobre la base de lo dispuesto en las Normas Internacionales de Contabilidad.

Luego de las modificaciones de la Ley 27356, el Artículo 19°-B del RLIR quedó redactado de la siguiente manera:

Artículo 19-B.- MÉTODOS DE VALORACIÓN

- a) De conformidad con lo dispuesto en el numeral 4 del Artículo 32 de la Ley, los métodos de valoración que la SUNAT podrá aplicar a las transacciones entre empresas vinculadas son, entre otros, los siguientes:

- 1. Método del costo incrementado

Consiste en determinar el valor de mercado de las operaciones de bienes y servicios entre empresas vinculadas mediante el incremento del valor de adquisición o costo de producción de dichos bienes y servicios en el margen que la empresa habitualmente obtiene en transacciones comparables con terceros no vinculados o en el margen que habitualmente se obtiene en transacciones comparables entre terceros independientes.

- 2. Método del precio de reventa

Consiste en determinar el valor de mercado de las operaciones de bienes y servicios entre empresas vinculadas mediante la disminución del precio de reventa establecido por el comprador, en el margen que habitualmente obtiene el citado comprador en transacciones comparables con terceros no vinculados o en el margen que habitualmente se obtiene en transacciones comparables entre terceros independientes.

3. Métodos basados en las utilidades

Consiste en determinar el valor de mercado a través de la distribución del resultado conjunto de la operación de que se trate, teniendo en cuenta, entre otros, las ventas, gastos, costos, riesgos asumidos, activos implicados y las funciones desempeñadas por las empresas vinculadas.

Lo dispuesto en el presente literal también es aplicable a las transacciones que se realicen desde, hacia o a través de sujetos residentes en territorios o países de baja o nula imposición, a que se refiere el numeral 5) del Artículo 32 de la Ley. Adicionalmente, sin embargo, debe tenerse en cuenta que para efecto de establecer la comparabilidad los terceros no vinculados o independientes no deberán domiciliar en un país o territorio de baja o nula imposición.

b) Para efecto de lo dispuesto en este artículo se entiende por:

1. Transacciones comparables: Una transacción entre Empresas vinculadas es comparable con una realizada entre sujetos no vinculados en condiciones iguales o similares, cuando se cumple una de las dos condiciones siguientes:

1.1 Que ninguna de las diferencias que existan entre las transacciones objeto de comparación o entre las

características de las empresas que las realizan pueda afectar materialmente el precio o margen del mercado libre; o,

- 1.2 Que aun cuando las condiciones de las transacciones que se quieren comparar no sean iguales o similares, se pueda efectuar ajustes para eliminar los efectos de dichas diferencias.

No se considerará como transacciones comparables a aquellas que no sean hechas en el curso ordinario de los negocios o a aquellas transacciones efectuadas con sujetos independientes en las cuales se ha establecido un resultado referencial de libre concurrencia con respecto a las transacciones entre empresas vinculadas.

2. Libre concurrencia: Principio según el cual los precios acordados en transacciones entre empresas vinculadas deben corresponder a los precios que habrían sido acordados en transacciones entre sujetos no vinculados entre sí, en condiciones iguales o similares en un mercado abierto.
- c) Las empresas vinculadas deberán mantener, entre otros, la documentación e información sobre los métodos utilizados para la determinación de los precios de sus operaciones con empresas vinculadas, con indicación del criterio y elementos objetivos considerados para determinar dichos precios. Igual obligación regirá para los sujetos domiciliados respecto a las operaciones que realicen con sujetos residentes en territorios o países de baja o nula imposición.
 - d) Para efecto de la aplicación de los métodos de valoración establecidos en el presente artículo, los conceptos de costo de bienes y servicios, costo de producción, utilidad bruta, gastos y activos se

determinarán sobre la base de lo dispuesto en las Normas Internacionales de Contabilidad.

A partir de lo anterior, se aprecia que en este periodo se experimentó un desarrollo normativo del estándar arm's length, a partir del cual pueden distinguirse las siguientes características principales:

- Se recogieron como métodos de valoración al método de precio comparable no controlado, el precio de reventa, costo incrementado y los métodos basados en utilidades.
- La LIR estableció una jerarquía en los métodos de valoración, en donde preponderó el método de precio comparable no controlado.

1.4.3. Periodo del segundo desarrollo del estándar arm's length (años 2004 en adelante)

El 23 de diciembre de 2003 se publicó en el Diario Oficial *El Peruano* el Decreto Legislativo 945, a través del cual se modificó el régimen de valor de mercado de los precios de transferencia. Las principales modificaciones de este decreto fueron las siguientes:

- El numeral 4 del Artículo 32° de la LIR amplió el ámbito de aplicación de las normas de precios de transferencia de operaciones realizadas entre “empresas” vinculadas a las realizadas entre “partes” vinculadas.
- Se incorporó el Artículo 32°-A en la LIR, el cual contiene un amplio desarrollo de las normas de precios de transferencia, las que fueron clasificadas en los siguientes incisos:

- Artículo 32-A, inciso a) de la LIR: Ámbito de aplicación de las normas de precios de transferencia.
- Artículo 32-A, inciso b) de la LIR: Definición de partes vinculadas.
- Artículo 32-A, inciso c) de la LIR: Imputación subjetiva y temporal de los ajustes a la valorización de la operación en aplicación de las normas de precios de transferencia.
- Artículo 32-A, inciso d) de la LIR: Definición de transacciones comparables.
- Artículo 32-A, inciso e) de la LIR: Enumeración de los métodos de valorización de precios de transferencia autorizados, así como los criterios para determinar el método más apropiado para la transacción.
- Artículo 32-A, inciso f) de la LIR: Autorización otorgada a la Administración Tributaria para que celebre Acuerdos Anticipados de Precios de Transferencia con los contribuyentes.
- Artículo 32-A, inciso g) de la LIR: Regulación de las obligaciones tributarias formales relacionadas con la aplicación y fiscalización de las Operaciones Sujetas a Precios de Transferencia.
- Artículo 32-A, inciso h) de la LIR: Disposición titulada como “Fuentes de Interpretación”, en donde se señala que para la interpretación de lo dispuesto en el Artículo 32-A de la LIR, serán de aplicación las Guías sobre Precios de Transferencia

para Empresas Multinacionales y Administraciones Fiscales, aprobadas por el Consejo de OCDE, en tanto las mismas no se opongan a las disposiciones aprobadas por la LIR.

Luego de efectuadas estas modificaciones, los Artículos 32° y 32°-A de la LIR quedaron redactados de la siguiente manera:

Artículo 32.- En los casos de ventas, aportes de bienes y demás transferencias de propiedad a cualquier título, así como prestación de servicios y cualquier otro tipo de transacción, el valor asignado a los bienes, servicios y demás prestaciones, para efectos del Impuesto, será el de mercado. Si el valor asignado difiere del de mercado, sea por sobrevaluación o subvaluación, la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria - SUNAT procederá a ajustarlo tanto para el adquirente como para el transferente.

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

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

Lo dispuesto en el presente artículo también será de aplicación para el Impuesto General a las Ventas e Impuesto Selectivo al Consumo, salvo para la determinación del saldo a favor materia de devolución o compensación.

Mediante decreto supremo se podrá establecer el valor de mercado para la transferencia de bienes y servicios distintos a los mencionados en el presente artículo.

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

- a) Ámbito de aplicación. [...].
- b) Partes vinculadas. [...].
- c) Ajustes. [...].
- d) Análisis de comparabilidad. [...].
- e) Métodos utilizados. [...].
- f) Acuerdos Anticipados de Precios. [...].
- g) Declaración Jurada y otras obligaciones formales. [...].
- h) Fuentes de Interpretación. [...].

Es importante destacar que el Decreto Legislativo 945 determinó un nuevo régimen del valor de mercado de operaciones entre partes vinculadas, lo cual ocasionó una derogación tácita de las disposiciones reglamentarias que regulaban el valor de mercado de operaciones entre empresas vinculadas, derogación que operó a partir del 1 de enero de 2004, fecha de entrada en vigencia del Decreto Legislativo 945.

Ahora bien, durante el año 2004 no se publicó ninguna norma en el RLIR que reglamente lo dispuesto en el Decreto Legislativo 945 en lo referente al valor de mercado de operaciones entre partes vinculadas. En ese sentido, se tiene que durante el año 2004 el régimen de precios de transferencia careció de reglamentación.

Las modificaciones introducidas a través del Decreto Legislativo 945 fueron reglamentadas recién el 31 de diciembre de 2005, fecha en la que se publicó en el Diario Oficial *El Peruano* el Decreto Supremo 190-2005-EF, que incorporó en el RLIR el Capítulo XIX Precios de Transferencia.

El Capítulo XIX comprende a los Artículos 108° a 119° del RLIR, en los cuales se realizó una amplia regulación del valor de mercado de las operaciones entre partes vinculadas. Estos artículos comprendieron los siguientes aspectos:

- Artículo 108: Ámbito de aplicación.
- Artículo 109: Ajustes.
- Artículo 110: Análisis de comparabilidad
- Artículo 111: Eliminación de diferencias.
- Artículo 112: Análisis transaccional.
- Artículo 113: Método de valoración más apropiado.
- Artículo 114: Rango de Precios.
- Artículo 115: Determinación del método intercuartil y cálculo de la mediana.
- Artículo 116: Documentación.

- Artículo 117: Información que debe contener un Estudio Técnico de Precios de Transferencia.
- Artículo 118: Acuerdos Anticipados de Precios.
- Artículo 119: Gastos en países o territorios de baja o nula imposición.

De forma posterior, en el año 2012 se publicaron los Decretos Legislativos 1112, 1116, 1120, 1124, los cuales realizaron una modificación sustancial a diversos aspectos de la legislación de precios de transferencia. A continuación mencionamos los aspectos modificados por cada uno de estos decretos.

- El Decreto Legislativo 1112, publicado el 29 junio de 2012: A través de este decreto se modificaron: (i) el inciso a) sobre el ámbito de aplicación; (ii) el inciso c) sobre ajustes; (iii) el inciso f) sobre acuerdos anticipados de precios.
- El Decreto Legislativo 1116, publicado el 07 julio de 2012: A través de este decreto se eliminó la aplicación de las reglas de precios de transferencia al IGV.
- El Decreto Legislativo 1120, publicado el 18 julio de 2012: A través de este decreto se modificó el inciso e) sobre métodos de valoración.
- El Decreto Legislativo 1124, publicado el 23 julio de 2012: A través de este decreto se modificaron: (i) el inciso c) sobre ajustes; y, (ii) el inciso d) sobre análisis de comparabilidad.

Las modificaciones al régimen de precios de transferencia de la LIR introducidas en el año 2012, recibieron una regulación en el RLIR a través

del Decreto Supremo 258-2012-EF, publicado el 18 diciembre de 2012, el que entró en vigencia a partir del 1 de enero de 2013. Este decreto modificó los siguientes artículos del RLIR:

- Artículo 108: Ámbito de aplicación.
- Artículo 109: Ajustes.
- Artículo 110: Análisis de comparabilidad.
- Artículo 111: Eliminación de diferencias.
- Artículo 113: Método de valoración más apropiado.
- Artículo 114: Rango de precios.
- Artículo 116: Documentación.
- Artículo 117: Información mínima a consignar en el Estudio Técnico de Precios de Transferencia.
- Artículo 118: Acuerdos anticipados de precios de transferencia.

Asimismo, el Decreto Supremo 258-2012-EF, incorporó los siguientes artículos en el RLIR:

- Artículo 110-A: Transacciones no comparables
- Artículo 113-A: Método del precio comparable no controlado aplicable a bienes con cotización internacional o que fijan sus precios con referencia a cotizaciones internacionales

De forma posterior, en el año 2016 se modificó la LIR a través del Decreto Legislativo 1312, publicado el 31 diciembre de 2016, el que entró en vigencia el 1 de enero de 2017. Este decreto realizó las siguientes modificaciones al Artículo 32°-A de la LIR:

- Modificó el inciso e) sobre métodos de valoración, precisando cambios al método del precio comparable no controlado y habilitando la aplicación de otros métodos.
- Modificó el inciso g) sobre declaraciones juradas y otras obligaciones formales, comprendiendo ahora al Reporte Local, Reporte Maestro y Reporte País por País.
- Modificó el inciso i) sobre requisitos para la deducibilidad de gastos provenientes de servicios.

A partir de lo anterior, se aprecia que en este periodo hubo muchas modificaciones al estándar arm's length peruano, siendo destacables los siguientes cambios:

- (i) Se abandonó la concepción de jerarquización de métodos de valoración para dar paso a la concepción del método más apropiado.
- (ii) Se concretiza en el artículo 32°-A, inciso c), de la LIR el requisito del perjuicio fiscal como supuesto habilitante de ajustes de precios de transferencia.
- (iii) Se incluyen en el inciso d) del Artículo 32°-A de la LIR tres circunstancias objetivas de mercado que deben ser observadas en el análisis de comparabilidad:

- Las circunstancias económicas de mercado (que incluirían a situaciones, por ejemplo, de recesión).
- Las estrategias de negocio relacionadas con la penetración permanencia y ampliación de mercado.
- Las diferencias de mercados geográficos, si es que la comparación se realiza con empresas extranjeras.

1.4.4. Aspectos adicionales del régimen de valor de mercado, identificados a través de la jurisprudencia administrativa peruana

A continuación, identificamos resoluciones relevantes emitidas por el Tribunal Fiscal peruano en donde se pueden apreciar criterios adicionales sobre las normas de valor de mercado que, al ser extendidas a las normas de precios de transferencia en virtud a su relación de género a especie, permiten identificar características adicionales del arm's length peruano.

- (i) El valor de mercado puede considerar circunstancias subjetivas en la determinación del precio, como son las estrategias de negocios del contribuyente.

Destaca la Resolución del Tribunal Fiscal N° 00898-4-2008, en donde se analizó si es que la venta de bolas de acero realizada por una empresa se encontraba o no a valor de mercado. Para dilucidar lo anterior el Tribunal Fiscal interpretó el primer párrafo del Artículo 32° de la LIR y concluyó que a fin de efectuar un reparo al valor de mercado, es necesario considerar, entre otros factores, las estrategias de negocios adoptadas por la empresa.

Al respecto, en la Resolución N° 00898-4-2008, el Tribunal Fiscal señala lo siguiente:

De las normas y criterios jurisprudenciales expuestos, se advierte que la Administración se encuentra facultada a establecer reparos por subvaluación de existencias, respecto de las transferencias de éstas que los contribuyentes hayan efectuado por debajo del valor de mercado, debiéndose considerar como éste último, el que normalmente se obtiene en las operaciones onerosas que el mismo contribuyente realiza con terceros, siendo el referido valor el que se utiliza frente a las mismas circunstancias económicas y de mercado en que se produjo la transacción a comparar, considerando la fecha de la transferencia del bien, así como las condiciones en la que ésta se efectuó (términos contractuales, estrategias de negocios etc), de lo que fluye que es importante que las diferencias que existan entre las transacciones objeto de comparación no puedan afectar materialmente el precio del bien.

Este mismo criterio interpretativo fue luego recogido de forma expresa en la Resolución N° 019212-10-2011, del Tribunal Fiscal.

- (ii) El valor de mercado puede considerar circunstancias objetivas de mercado, como son las situaciones de recesión económica y competencia desleal

En la Resolución N° 244-4-2000, el Tribunal Fiscal analizó el caso de una empresa que había realizado ventas de bienes por debajo del valor de mercado, en donde el contribuyente alegó en su defensa que dicho menor valor se había adoptado debido a la coyuntura de recesión económica y a la competencia desleal que venía sufriendo. La Administración Tributaria rechazó dichas alegaciones aduciendo

que esos motivos eran “tributariamente no aceptables” para sustentar el menor valor en las operaciones.

Ante ello el Tribunal Fiscal aceptó la posibilidad de sustentar el valor de mercado en motivos de recesión económica y competencia desleal, siempre y cuando estas situaciones estuvieran debidamente acreditadas. Al respecto, en la Resolución N° 244-4-2000, el Tribunal Fiscal señaló lo siguiente:

Sobre el particular, la Administración sostiene que tributariamente no es aceptable el valor de venta de un bien por debajo de su valor usual de mercado, con mayor razón es motivo de reparo si el valor de venta atribuido es menor al costo del producto.

Asimismo, la recurrente alega razones vinculadas a la tendencia del mercado, a la recesión económica y a la competencia desleal para justificar el hecho de haber vendido sus bienes por debajo de su costo.

Con respecto a lo alegado por la Administración, cabe indicar que en determinadas circunstancias el valor de las mercaderías podía estar por debajo de su valor usual de mercado, correspondiendo a los contribuyentes acreditar que se presentaban tales circunstancias excepcionales, lo que en el caso de autos la recurrente no ha cumplido con demostrar, habiendo aceptado, por el contrario, que el valor de sus ventas es inferior al valor usual de mercado, esto es al valor de sus ventas al exterior.

A partir de lo anterior, es claro que el Tribunal Fiscal acepta que es un motivo válido para inhabilitar un ajuste de valor de mercado situaciones objetivas de mercado, tales como son la recesión económica y la competencia desleal.

CAPÍTULO II: ANÁLISIS DEL RÉGIMEN DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA PERUANO

En el presente capítulo se realizará un análisis del régimen de precios de transferencia peruano, el cual comprenderá: (i) una clasificación de las normas de precios de transferencia de la LIR; (ii) el análisis de la estructura de las normas sustantivas de precios de transferencia y su implicancia en los esquemas argumentativos para su interpretación; (iii) la determinación de la naturaleza jurídica de las normas sustantivas de precios de transferencia de la LIR; y, (iv) la identificación de las principales características del estándar *arm's length* peruano, a partir de su comparación con los estándares *arm's length* de otros países.

2.1. Tipos de normas sobre precios de transferencia en la LIR

2.1.1. Tipos de normas que usualmente se encuentran en los regímenes de precios de transferencia

Jens Wittendorf en su libro *Transfer Pricing and the Arm's Length Principle in International Tax Law* realiza un análisis comparativo de las disposiciones de precios de transferencia de Estados Unidos, Alemania y OCDE, y a partir de ellas considera que un régimen de precios de transferencia usualmente está compuesto por tres subgrupos de disposiciones:

- Disposiciones de sustantivas de asignación de ingresos entre empresas asociadas (Wittendorf, 2010: 11 y 12).
- Disposiciones de cumplimiento, que comprenden normas que brindan herramientas a las administraciones tributarias para poder

hacer cumplir las normas sustantivas de precios de transferencia y para cobrar los tributos cuando no existe un cumplimiento espontáneo. Este tipo de normas comprenden normas sobre obligaciones de mantenimiento de registros contables, obligaciones de reporte, de información y documentación, cooperación internacional, intercambio de información, penalidades, inversión de la carga de la prueba, determinaciones estimativas y extensión de periodos de fiscalización (Wittendorf, 2010: 12).

- Disposiciones procedimentales que tienen como función prevenir y resolver litigios que provengan de la aplicación del estándar arm's length. En ese sentido, están comprendidas en estas normas las reglas de acuerdos anticipados de precios, reglas de litigación y similares (Wittendorf, 2010: 12).

2.1.2. Clasificación de los tipos de normas sobre precios de transferencia contenidas la LIR

Las normas de precios de transferencia de la LIR, entendidas estas como las normas que regulan los precios para fines fiscales de las operaciones entre partes vinculadas, se encuentran contenidas en los Artículos 32º, numeral 4, y 32º-A de la LIR. Estas normas son:

- (i) Normas sobre el ámbito de aplicación de las propias normas de precios de transferencia. Estas normas se encuentran en el Artículo 32º-A, inciso a), de la LIR.
- (ii) Normas que establecen los supuestos de partes vinculadas. Estas normas se encuentran en el Artículo 32º-A, inciso b), de la Ley del Impuesto a la Renta.

- (iii) Normas que establecen los supuestos en los que el valor acordado debe ser ajustado. Estas normas se encuentran en el Artículo 32º-A, inciso c), de la Ley del Impuesto a la Renta.
- (iii) Normas que establecen requisitos para que una operación pueda ser considerada como comparable. Estos requisitos son:
- La operación no debe tener diferencias materiales con la operación analizada, o —de existir dichas diferencias— las mismas puedan ser eliminadas a través de ajustes de comparabilidad.
 - El comparable debe reflejar la realidad económica de las transacciones en función del método de valoración que se seleccione. Asimismo se presenta una lista *numerus apertus* de elementos que permitirían determinar si la operación refleja la realidad económica de la transacción dependiendo del método. Entre estos elementos se encuentran: las características de las operaciones, las funciones, activos y riesgos asumidos en las operaciones, los términos contractuales, las circunstancias económicas del mercado y las estrategias de negocios relacionadas con la penetración, permanencia y ampliación de mercado.
 - Si no existen comparables locales, pueden utilizarse comparables de mercados extranjeros, siempre y cuando se realicen ajustes que eliminen las diferencias con estos últimos mercados.

- La operación potencialmente comparable no debe estar comprendida en alguno de los supuestos expresamente previstos en la normativa peruana.

Estas normas se encuentran en el Artículo 32°-A, inciso d), de la Ley del Impuesto a la Renta bajo el rótulo de normas sobre análisis de comparabilidad.

- (iv) Normas sobre: los métodos de valoración expresamente reconocidos para determinar los precios de transferencia, la regla del método más apropiado y la habilitación para la utilización de otros métodos, en caso no resulte apropiado ninguno de los métodos expresamente reconocidos. Los métodos de valoración reconocidos son: el método de precio comparable no controlado, precio de reventa, costo incremento, partición de utilidades, residual de partición de utilidades y margen neto transaccional. Estas normas se encuentran en el Artículo 32°-A, inciso e), de la Ley del Impuesto a la Renta bajo el rótulo de normas sobre métodos utilizados.
- (v) Normas que habilitan a la Administración Tributaria peruana celebrar acuerdos anticipados de precios de transferencia con contribuyentes domiciliados y con administraciones tributarias de países con los que se hubieran celebrado convenios de doble imposición. Estas normas se encuentran en el Artículo 32°-A, inciso f), de la Ley del Impuesto a la Renta bajo el rótulo de normas sobre acuerdos anticipados de precios.
- (vi) Normas sobre obligaciones formales consistentes en la presentación anual de declaraciones juradas informativas denominadas reporte local, reporte maestro y reporte país por país, dependiendo de las condiciones previstas en la norma, así como la obligación de

conservación de la información y documentación de soporte de dichas declaraciones. Estas normas se encuentran en el Artículo 32º-A, inciso g), de la Ley del Impuesto a la Renta bajo el rótulo de normas sobre declaraciones juradas y otras obligaciones formales.

- (vii) Normas sobre directivas interpretativas de las normas comprendidas en el Artículo 32º-A de la Ley del Impuesto a la Renta. Estas directivas consisten en que para la interpretación del Artículo 32º-A son de aplicación las Guías de Precios de Transferencia de OCDE, aprobadas por el Consejo de OCDE, siempre que no se opongan a las disposiciones de la Ley del Impuesto a la Renta. Estas normas se encuentran en el Artículo 32º-A, inciso h), de la Ley del Impuesto a la Renta bajo el rótulo de normas sobre fuentes de interpretación.
- (ix) Normas sobre requisitos adicionales para la deducción del gasto o costo del usuario de servicios comprendidos en el ámbito de las normas de precios de transferencia. Estos requisitos consisten en que los servicios deben cumplir con el llamado test de beneficio, proporcionar la documentación e información que se le solicite y que, en el caso de servicios de bajo valor añadido, el margen de rentabilidad del servicio no exceda el 5% de margen de ganancia del prestador del servicio. Estas normas se encuentran en el Artículo 32º-A, inciso i), de la Ley del Impuesto a la Renta bajo el rótulo de normas sobre servicios.

Siguiendo la clasificación de tipos de normas de precios de transferencia propuesta por Jens Wittendorf, podemos clasificar las normas de precios de transferencia de la LIR de la siguiente manera:

Artículos e incisos de la Ley del Impuesto a la Renta	Subgrupos de normas según clasificación de Jens Wittendorf
Artículo 32º, numeral 4 Artículo 32º-A, inciso a): normas sobre el ámbito de aplicación Artículo 32º-A, inciso b): normas sobre partes vinculadas Artículo 32º-A, inciso c): normas sobre ajustes Artículo 32º-A, inciso d): normas sobre análisis de comparabilidad Artículo 32º-A, inciso e): normas sobre métodos utilizados	Normas sustantivas
Artículo 32º-A, inciso g): normas sobre declaraciones juradas y otras obligaciones formales	Normas de cumplimiento
Artículo 32º-A, inciso f): normas sobre acuerdos anticipados de precios	Normas procedimentales
Artículo 32º-A, inciso h): normas sobre fuentes de interpretación	Normas sobre directivas interpretativas

Cabe señalar que en el caso de las normas sobre fuentes de interpretación, estas representan un subgrupo normativo particular no recogido por Jens Wittendorf debido a que en las legislaciones revisadas por el referido autor no existen disposiciones similares a la contenida en el Artículo 32º-A, inciso h) de la LIR.

En el presente capítulo se realizará un análisis de las normas sustantivas de precios de transferencia de la LIR.

2.2. Estructura de las normas sustantivas de precios de transferencia de la LIR y su implicancia en las estructuras argumentativas para su interpretación

2.2.1. Tipos de enunciados jurídicos según su estructura, en la teoría de Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero

Los autores Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, en el libro *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, desarrollan una diferenciación de reglas, principios y directrices sobre la base de un enfoque estructural que presupone que tanto reglas, principios y directrices pueden reflejarse siempre en un esquema condicional.

A partir de dicho enfoque, los referidos autores identifican reglas de acción, reglas de fin, principios en sentido estricto y directrices sobre la base de lo siguiente:

- Las reglas de acción son aquellas cuyo antecedente delimita un conjunto cerrado de supuestos, al cual se le vincula un consecuente que ordena una conducta específica (Atienza y Ruiz, 1996: 7 y 8).
- Las reglas de fin están estructuradas también con un antecedente que delimita un conjunto cerrado de supuestos; sin embargo, a este antecedente se le vincula una consecuencia que no determina una conducta específica, sino únicamente un estado de cosas que debe obtenerse con la realización de una conducta. De esta manera los destinatarios de la norma tienen un margen de discreción para seleccionar la conducta (medio) causalmente idónea para conseguir el estado de cosas ordenado (Atienza y Ruiz, 1996: 7 y 8).

- Los principios en sentido estricto, tienen un antecedente conformado por un conjunto abierto no delimitado, al cual se le vincula con un consecuente de una conducta determinada (Atienza y Ruiz, 1996: 8 y 9).
- Las directrices o normas programáticas, al igual que los principios tienen también como antecedente un conjunto abierto no delimitado de presupuestos. No obstante, el consecuente está representado por un fin o estado de cosas deseado, sin la previsión de una conducta determinada. De esta forma, importa cuáles son los cursos de acción idóneos para optimizar el fin (Atienza y Ruiz, 1996: 10 y 11).

2.2.2. Estructuras argumentativas según el tipo de enunciado jurídico, en la teoría de Manuel Atienza

Bajo la concepción formal de argumentación jurídica, Manuel Atienza indica que los jueces pueden justificar sus decisiones bajo tres estructuras básicas de razonamiento jurídico, las cuales se encuentran estrechamente relacionadas con los tipos de enunciados jurídicos de las normas que se aplican al caso concreto (Atienza, 2006: 164). Estos tipos de estructuras argumentativas básicas son las siguientes:

- La argumentación subsuntiva o clasificatoria se encuentra relacionada con los enunciados jurídicos del tipo reglas de acción. Esta estructura argumentativa puede ser lógicamente formulada bajo el siguiente esquema (Atienza, 2006: 165):

Si se cumple el grupo de propiedades X; entonces, es obligatorio realizar la acción Y

En el caso concreto se cumplen las propiedades X.

Por tanto, es obligatorio que se realice la acción Y.

- La argumentación finalista, por otro lado, está vinculada con los enunciados jurídicos del tipo reglas de fin. Esta estructura argumentativa puede ser representada en el siguiente esquema formal (Atienza, 2006: 166):

Si se cumple el grupo de propiedades X; entonces, es obligatorio alcanzar Y
Si se realiza M, entonces se alcanza Y
En el caso concreto M es preferible a otros cursos de acción (M1, M2, ..., Mn) que también conducen a Y.
Por tanto, es obligatorio (o justificado) realizar M.

- La argumentación por ponderación de principios, está relacionada con la aplicación de principios en sentido estricto. Esta estructura argumentativa puede ser representada en el siguiente esquema formal (Atienza, 2006: 171):

En el caso concreto S, los principios P1 y P2 se contraponen, dado que este permite Q y aquel prohíbe Q
En el caso concreto S, según las circunstancias C, prevalece P1
En el caso concreto se dieron las circunstancias C, por lo que Q está prohibido.

- La argumentación por ponderación de directrices, está relacionada con la aplicación de directrices. Esta estructura argumentativa puede

ser representada en el siguiente esquema formal (Atienza, 2006: 175):

La directriz D establece la obligación de conseguir el fin F
Si se obtienen los fines F1, F2, ..., Fn, entonces se consigue F
Si se establecen las normas N1, N2, ..., Nn, entonces no se afectan esencialmente otros fines o valores
Por tanto, es justificado adoptar las normas N1, N2, ..., Nn.

Resumimos los tipos de enunciados jurídicos y sus correspondientes estructuras argumentativas en el siguiente cuadro:

Tipo de enunciado normativo	Antecedente	Consecuente	Tipo argumento
Regla de acción	Conjunto de supuestos cerrado	Conducta determinada	Subsunción
Regla de fin	Conjunto de supuestos cerrado	Conducta delimitada por un fin	Adecuación o argumento medios-fines
Principio en sentido estricto	Conjunto de supuestos abierto	Conducta determinada	Ponderación de principios
Directriz o norma programática	Conjunto de supuestos abierto	Conducta delimitada por un fin optimizable	Ponderación de directrices

2.2.3. Estructura de las normas sustantivas de precios de transferencia de la LIR

Las normas sustantivas de precios de transferencia peruanas contienen dos subestructuras normativas diferenciadas. La primera comprende normas a partir de las cuales se obtiene un valor de mercado para operaciones entre vinculadas como si hubieran sido pactadas entre independientes, y la segunda está relacionada a los supuestos en los que el valor pactado por las partes puede ser ajustado al valor de mercado.

Lo anterior puede graficarse de la siguiente manera:

Primera subestructura normativa		Segunda subestructura normativa	
Antecedente	Consecuente	Antecedente	Consecuente
Si se realizan operaciones entre partes vinculadas o, desde, hacia o a través de paraísos fiscales	El valor de la operación para fines fiscales es el valor de mercado, constituido por el valor que hubieran acordado partes independientes	Si el valor convenido por las partes determina en el país un menor impuesto del que correspondería por aplicación de las normas de precios de transferencia	El valor convenido por las partes se ajusta al valor que resulta de aplicar las normas de precios de transferencia

2.2.4. Primera subestructura normativa de las normas sustantivas de precios de transferencia de la LIR: determinación del valor que hubieran acordado partes independientes, como regla de fin.

La primera estructura comprende las normas que regulan la forma en la que se obtiene el valor de mercado de transacciones entre partes vinculadas o las realizadas desde, hacia o a través de paraísos fiscales. Estas normas comprenden el reconocimiento del estándar arm's length, la regulación del ámbito de aplicación, el análisis de comparabilidad y los métodos de valoración permitidos (Artículo 32º, numeral 4, Artículo 32º-A, incisos a), b), d), e) y f), de la Ley del Impuesto a la Renta).

A partir de la clasificación de enunciados normativos de Atienza y Ruiz, puede concluirse que esta estructura normativa representa una regla de fin compleja, en donde se establece un conjunto cerrado de supuestos como antecedente, al cual se le vincula con un estado de cosas o fin al que se aspira, y que el operador del Derecho debe alcanzar seleccionando el medio más idóneo satisfaciendo condiciones mínimas. Lo anterior se resume en el siguiente cuadro:

Primera estructura normativa			
Antecedente	Consecuente		
	Condiciones necesarias	Medios idóneos alternativos	Estado de cosas o fin que debe alcanzarse
Si se realizan operaciones entre partes vinculadas o, desde, hacia o a través de paraísos fiscales	Utilizar operaciones que califiquen como comparables	Aplicando alguno de los siguientes métodos: Precio comparable no controlado Precio de reventa Costo incrementado Partición de utilidades Residual de partición de utilidades Margen neto transaccional Otros métodos desarrollados en el reglamento	El valor de la operación debe ser el que hubieran acordado partes independientes

Detallamos a continuación el supuesto y consecuencia de la primera estructura normativa:

2.2.4.1. Descripción del antecedente

En el régimen actualmente vigente, el antecedente de las normas sustantivas de precios de transferencia está descrito en el Artículo 32º, numeral 4, de la LIR, de la siguiente forma:

Artículo 32.- En los casos de ventas, aportes de bienes y demás transferencias de propiedad, de prestación de servicios y cualquier otro tipo de operaciones a cualquier título, el valor asignado a los bienes, servicios y demás prestaciones, para efectos del impuesto, será el de mercado (...).

Para efectos de la presente Ley se considera valor de mercado: (...)

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

Como se aprecia, el Artículo 32º de la Ley del Impuesto a la Renta establece un conjunto delimitado y cerrado de supuestos como antecedente en la estructura normativo, el cual está constituido por:

- Las transacciones entre partes vinculadas, donde la definición de partes vinculadas se encuentra desarrollada en el Artículo 32º-A, inciso b), de la Ley del Impuesto a la Renta.
- Las transacciones que se realicen desde, hacia o a través de países o territorios de baja o nula imposición.

De esta forma, siendo que el antecedente está conformado por un conjunto cerrado y limitado de supuestos, se descarta que la estructura normativa de las normas sustantivas de valoración de precios de

transferencia peruanas puedan considerarse como principios en sentido estricto o directrices o normas programáticas.

2.2.4.2. Descripción del consecuente

El consecuente se encuentra compuesto por tres elementos que son: (i) un estado de cosas o fin que debe alcanzarse que es determinar el valor que hubieran acordado partes independientes; (ii) los medios alternativos a través de los cuales puede conseguirse dicho fin y que son los métodos de valoración de precios de transferencia; y, (iii) las condiciones de comparabilidad mínimas necesarias que deben ser respetadas sea cual fuere el método alternativo que se utilice.

(a) Descripción del estado de cosas o fin que debe alcanzarse

El consecuente se encuentra previsto en el Artículo 32º, numeral 4, de la Ley del Impuesto a la Renta de la siguiente manera:

Artículo 32.- En los casos de ventas, aportes de bienes y demás transferencias de propiedad, de prestación de servicios y cualquier otro tipo de operaciones a cualquier título, el valor asignado a los bienes, servicios y demás prestaciones, para efectos del impuesto, será el de mercado (...).

Para efectos de la presente Ley se considera valor de mercado: (...)

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

Al indicarse que el valor de mercado para estos casos es el que “*hubieran sido acordados con o entre partes independientes*” se muestra claramente

que la norma no ordena una acción específica (por ejemplo, determinar el valor de mercado aplicando el método de precio comparable no controlado), toda vez que lo que ordena es que el operador debe considerar como valor el que “hubiera” sido acordado con o entre independientes. De esta manera únicamente se ordena encontrar el valor de mercado bajo un estado de cosas determinado, sin especificarse cuál es el medio o la metodología específicos para hallarlo.

Ahora bien, podría objetarse que el Artículo 32-A de la LIR sí contiene una regla clara para determinar la metodología de valoración aplicable, toda vez que el inciso e) del referido artículo recogió la “*regla del método más apropiado*”, dejando fuera cualquier margen de discreción al aplicador del Derecho para la elección del método.

Consideramos que el régimen actual de precios de transferencia no ha eliminado el margen de libertad del operador jurídico para elegir el método de valoración, debido a que el desarrollo reglamentario de la “regla del método más apropiado” contiene una lista abierta de criterios para elegir el método más apropiado, sin que se haya previsto una prelación entre dichos criterios. Ello tiene como consecuencia que individualmente considerados, dichos criterios pueden llevar a resultados diferentes dejando al operador la tarea de decidir cuál de los criterios y resultados deben preponderar en el caso concreto.

Al respecto, el RLIR desarrolla una lista *numerus apertus* de los criterios para seleccionar el método más apropiado para reflejar la realidad económica de la operación, de la siguiente forma:

Artículo 113º.- Método de valoración más apropiado

A efectos de establecer el método de valoración que resulte más apropiado para reflejar la realidad económica de la operación, a que se refiere el inciso e) del Artículo 32-A de la Ley, se considerará, entre otros, el que:

- a) Mejor compatibilice con el giro del negocio, la estructura empresarial o comercial de la empresa o entidad. Entre los criterios relevantes que pueden considerarse se encuentran, entre otros:
1. Método del precio comparable no controlado
Compatibiliza con operaciones de compraventa de bienes sobre los cuales existen precios en mercados nacionales o internacionales y con prestaciones de servicios poco complejas.
(...)
 2. Método del precio de reventa
Compatibiliza con operaciones de distribución, comercialización o reventa de bienes a terceros independientes, siempre que tales bienes no hayan sufrido una alteración o modificación sustantiva o a los cuales no se les ha agregado un valor significativo.
 3. Método del costo incrementado
Compatibiliza con operaciones de manufactura, fabricación o ensamblaje de bienes a los que no se les introduce intangibles significativos, se provee de bienes en proceso o donde se proporcionan servicios que agregan bajo riesgo a una operación principal.
 4. Método de la partición de utilidades
Compatibiliza con operaciones complejas en las que existen prestaciones o funciones desarrolladas por las partes que se encuentran estrechamente integradas o relacionadas entre sí que no permiten la individualización de cada una de ellas.
 5. Método residual de partición de utilidades
Compatibiliza con operaciones en las que adicionalmente se verifica la existencia de intangibles significativos.
 6. Método del margen neto transaccional
Considera únicamente los elementos directa o indirectamente relacionados con la operación y aquellos relacionados con la explotación de la actividad. (...)
- b) Cuenten con la mejor calidad y cantidad de información disponible para su adecuada aplicación y justificación.

- c) Contemple el más adecuado grado de comparabilidad entre partes, transacciones y funciones
 - d) Requiera el menor nivel de ajustes a los efectos de eliminar las diferencias existentes entre los hechos y las situaciones comparables.
- Para efecto de la aplicación del método de valoración más apropiado, los conceptos de costo de bienes y servicios, costo de producción, utilidad bruta, gastos y activos se determinarán con base a lo dispuesto en las Normas Internacionales de Contabilidad, siempre que no se oponga a lo dispuesto en la Ley.

Como se aprecia, el Artículo 113º del RLIR presenta diversos criterios para seleccionar el método más apropiado, tales como: (i) criterios que dependen del giro del negocio, estructura empresarial o comercial de las empresas; (ii) criterios que dependen de la calidad y cantidad de información disponible; (iii) aquellos que dependen del grado de comparabilidad que puede alcanzarse; (iv) el relacionado con la cantidad de ajustes de comparabilidad que requiere cada método; y, (v) otros criterios no mencionados en el referido Artículo 113º, pero que pueden alegarse por la inclusión del término “entre otros” del primer párrafo de dicho artículo.

De esta manera, es perfectamente posible que bajo la aplicación de uno solo de los criterios se obtenga que el método de valoración más apropiado sea uno, mientras que bajo la aplicación de un criterio distinto el método de valoración sea otro. De ocurrir ello, el operador jurídico se encontrará ante un margen en donde deberá elegir entre uno de los métodos de valoración, por lo que es posible decir que estamos ante una regla de fin que postula medios alternativos orientados a fines, y no ante una regla de acción.

- (b) Medios idóneos alternativos que pueden utilizarse para alcanzar el fin

Los medios idóneos para determinar el valor que hubieran acordado partes independientes, así como el criterio para seleccionarlos, se encuentran regulados en el Artículo 32º-A, inciso e), de la Ley del Impuesto a la Renta de la siguiente forma:

Artículo 32º-A.- (...)

e) Métodos utilizados

Los precios de las transacciones sujetas al ámbito de aplicación de este artículo serán determinados conforme a cualquiera de los siguientes métodos internacionalmente aceptados, para cuyo efecto deberá considerarse el que resulte más apropiado para reflejar la realidad económica de la operación:

- 1) El método del precio comparable no controlado
(...)
- 2) El método del precio de reventa
(...)
- 3) El método del costo incrementado
(...)
- 4) El método de la partición de utilidades
(...)
- 5) El método residual de partición de utilidades
(...)
- 6) El método del margen neto transaccional
(...)
- 7) Otros métodos

Cuando por la naturaleza y características de las actividades y transacciones no resulte apropiada la aplicación de ninguno de los métodos anteriores, podrá acudirse a la aplicación de otros métodos, de acuerdo a lo que establezca el reglamento.

Mediante Decreto Supremo se regularán los criterios que resulten relevantes para establecer el método de valoración más apropiado.

De lo anterior, se aprecia que la LIR ha previsto medios idóneos alternativos, de los cuales debe seleccionarse solo uno para determinar los valores de las transacciones. Asimismo, se verifica que el régimen actualmente vigente contiene una lista abierta en donde se han precisado seis métodos de valoración y se ha habilitado la regulación de métodos adicionales a través del RLIR.

- (c) Condiciones de comparabilidad mínimas necesarias que deben ser respetadas sea cual fuere el método alternativo que se utilice

Para aplicar los métodos de valoración se requiere utilizar información de transacciones comparables. A su vez, para que una transacción pueda calificar como comparable debe cumplir cuatro requisitos:

- La transacción comparable debe cumplir con alguna de las dos condiciones previstas en el Artículo 32º-A, inciso d), primer párrafo, de la Ley del Impuesto a la Renta, que consisten en —grosso modo— que no existan diferencias materiales, o que dichas diferencias puedan eliminarse a través de ajustes razonables.
- La transacción no debe encontrarse prevista en el reglamento como transacción no comparable, según indica el Artículo 32º-A, inciso d), último párrafo de la Ley del Impuesto a la Renta.
- La transacción debe contar con elementos o circunstancias que permitan reflejar en mayor medida su realidad económica, bajo el método de valoración seleccionado. Para describir estos elementos, el Artículo 32º-A, inciso d), ha incluido una lista *numerus apertus* donde están comprendidos los siguientes elementos: las características de las operaciones, las funciones de las partes, los activos utilizados por las partes, los riesgos asumidos por las partes,

los términos contractuales, las circunstancias económicas o de mercado y las estrategias de negocios, incluyendo las de penetración, permanencia y ampliación de mercado.

- En caso se utilicen comparables extranjeros por ausencia de información local, deben realizarse ajustes que reflejen las diferencias de mercados (Artículo 32º-A, inciso d), de la Ley del Impuesto a la Renta).

De la revisión de esta primera estructura normativa se ha verificado que esta cuenta con los rasgos característicos de una regla de fin, distinguiéndose así de la regla de acción descrita por Atienza y Ruiz.

Lo anterior tiene como consecuencia importante que, para efectos de la aplicación de las normas comprendidas en la primera estructura normativa de las normas sustantivas de precios de transferencia de la LIR, la utilización del método de subsunción normativa será insuficiente. De esta manera, el operador jurídico debe recurrir a un juicio de adecuación o a argumentos medios-fines siguiendo el esquema argumentativo descrito en el acápite 2.2.2 del presente trabajo.

2.2.5. Segunda subestructura normativa de las normas sustantivas de precios de transferencia peruanas: supuestos en los que el valor pactado es ajustado al valor determinado a través de las normas de precios de transferencia, como regla de acción

La segunda estructura, por su parte, se encuentra comprendida por las normas que prevén los únicos supuestos en los que el valor convenido puede ser ajustado al valor obtenido de la aplicación de las normas de precios de transferencia. Estas normas se encuentran en el Artículo 32º-A, inciso a), última oración, y en el inciso c), de la LIR.

Al respecto, las referidas disposiciones indican:

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

a) **Ámbito de aplicación**

(...). Sin embargo, sólo procederá ajustar el valor convenido por las partes al valor que resulte de aplicar las normas de precios de transferencia en los supuestos previsto en el literal c) de este artículo.

c) **Ajustes**

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. (...).

De lo anterior se tiene que la segunda estructura normativa tiene como antecedente: (i) al supuesto en el que el valor convenido por las partes determina en el país un menor impuesto del que correspondería por aplicación de las normas de precios de transferencia; y, (ii) el supuesto en el que el valor convenido no determina en el país un menor impuesto.

Así, en caso se configure el primer supuesto el valor convenido es ajustado al valor determinado con las normas de precios de transferencia; mientras que de configurarse el segundo supuesto no se realiza ajuste alguno.

En ese sentido, es claro que esta estructura normativa contiene indicaciones expresas para el destinatario de la norma para ajustar el valor pactado al valor de mercado en casos expresamente determinados, por lo que es posible concluir que estamos ante una regla de acción. En ese sentido, se deriva de lo anterior que la estructura argumentativa que

deberá utilizarse en la aplicación de esta norma es la estructura subsuntiva, según se describió en el acápite 2.2.2 del presente trabajo.

2.3. Naturaleza jurídica de las normas sustantivas de precios de transferencia de la LIR

2.3.1. Sobre el concepto de naturaleza jurídica

José Lois Estévez, en su trabajo titulado “Sobre el concepto de naturaleza jurídica” pone en evidencia la generalizada tradición de los juristas de analizar problemas jurídicos recurriendo a la naturaleza jurídica de las instituciones y a la poca reflexión que se ha tenido sobre el concepto mismo de naturaleza jurídica (Lois, 1956: 159 y 160).

De esta manera, con la finalidad de obtener un marco conceptual para analizar la naturaleza jurídica de las normas sustantivas de precios de transferencia y en particular del estándar arm's length, identificaremos el concepto de institución jurídica, naturaleza jurídica y las funciones de estos conceptos.

2.3.1.1. Las instituciones jurídicas

A partir de las indagaciones de la escolástica expuestas por el cardenal Mercier, Lois Estevez señala que para estudiar una cosa inicialmente es necesario responder la pregunta de qué es (Lois, 1956: 162).

Para identificar una cosa la inteligencia humana recurre a la experiencia repetida y a la clasificación de las razones objetivas percibidas asignando a algunas de ellas un rango superior. De esta manera, una vez que se catalogan razones objetivas primordiales se obtiene una definición, que

permite identificar cosas concretas que encajan en dicha definición y, sobre todo, aquellas que no.

Sobre esta base, Lois Estévez señala que las cosas en el terreno jurídico son las instituciones jurídicas (Lois, 1956: 164 y 165), entendidas como *“plexo normativo, que tipifica y disciplina una clase de relaciones interhumanas reconocibles”* (Lois, 1956: 170).

Asimismo, el referido autor indica que la relevancia de identificar las instituciones tiene que ver con la formación de conceptos jurídicos con los que el operador jurídico aborda primeramente los problemas jurídicos, proporcionando al jurista versiones abreviadas del amplio conjunto de normas existentes.

2.3.1.2. La naturaleza jurídica de las instituciones

En lo que respecta a la naturaleza jurídica de las instituciones, Lois Estevez señala que consiste en el principio o valor jurídico del cual provienen las instituciones. Para identificar la naturaleza, uno puede seguir el camino de la investigación histórica del porqué de la regulación o puede seguir un camino lógico haciéndose la pregunta: en caso las normas que regulan el instituto desaparecieran, ¿existe algún valor o instituto superior que pueda regular dicho ámbito?

Como ejemplo, Lois Estévez señala que en el caso de la institución de la persona jurídica, la eventual desaparición de las normas que la regulan no podría cambiar el resultado del reconocimiento de las relaciones contractuales en virtud del principio de libertad contractual. De esta forma la naturaleza de la institución persona jurídica viene a ser el principio de libertad contractual (Lois, 1956: 178).

Ahora bien, de acuerdo a este autor, la identificación de la naturaleza de las instituciones jurídicas adquiere un rol fundamental en la interpretación e integración de normas jurídicas. Así, la naturaleza de las instituciones sirve como un criterio común internormativo que garantiza la selección coherente de la norma que suple y llena la laguna jurídica (Lois, 1956: 172).

Finalmente, si bien Lois Estévez no abunda en el rol de la naturaleza de las instituciones jurídicas en la interpretación, es oportuno notar en este punto que una de las variaciones de la interpretación *ratio legis* catalogadas por Chiassoni —y que serán expuestas en el capítulo 3 del presente trabajo— es precisamente la interpretación *ratio legis* conforme a la naturaleza de la institución de la norma.

2.3.1.3. Las instituciones jurídicas como “cosas” del Derecho y su naturaleza jurídica, según el Tribunal Constitucional

El marco teórico descrito líneas arriba es plenamente coherente con el marco constitucional peruano. En efecto, el Tribunal Constitucional peruano ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre las instituciones jurídicas y su naturaleza jurídica en la Sentencia recaída en los Expediente acumulados números 0001/0003-2003-AI/TC LIMA.

En dicho caso, el Tribunal Constitucional evaluó la inconstitucionalidad del segundo párrafo del Artículo 7° de la Ley 27755, que dispone que la inscripción registral de ciertos inmuebles puede realizarse mediante formulario registral legalizado ante notario público, no siendo necesaria una escritura pública.

Entre los argumentos ventilados por los demandantes de la inconstitucionalidad, se encontró que el reconocimiento del formulario

registral representaba la importación de una institución anglosajona que contravenía el Artículo 103° de la Constitución al legislarse en contra de la naturaleza de las cosas.

Al respecto, el Tribunal Constitucional desestimó dicho argumento sobre la base de los criterios que desarrollamos a continuación.

En primer lugar, el Artículo 103° de la Constitución dispone que “*pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas*”. Sobre ello, la Constitución al referirse al término “cosa” se está refiriendo no a una cosa en sentido físico, sino a una en sentido jurídicamente relevante. En ese sentido, el Tribunal afirma que una de las cosas jurídicamente relevantes son las instituciones jurídicas.

En segundo lugar, el Tribunal señala que las cosas jurídicamente relevantes —tales como las instituciones jurídicas— cuentan con naturalezas jurídicas conformadas por su contenido y su finalidad.

En tercer lugar, el colegiado indica que es posible que el dinamismo de la realidad ocasione que la institución pueda devenir en disfuncional, es decir que pueda con el tiempo dejar de cumplir su fin, lo cual posibilita al legislador componer dicha funcionalidad. Es en este sentido que se entiende la Constitución cuando indica “*pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas*”.

A partir de lo anterior, el Tribunal Constitucional señala que la “cosa” jurídicamente relevante en la disposición demandada como inconstitucional es la inscripción registral, la que tiene como naturaleza (contenido y finalidad) la seguridad jurídica.

Por tanto, dado que el formulario registral puede permitir el acceso a la seguridad jurídica a los propietarios con menos recursos, entonces la disposición demandada no implica legislar en contra de la naturaleza de las cosas.

A partir de las indagaciones de la escolástica, de José Lois Estévez y del pronunciamiento del Tribunal Constitucional acerca de la interpretación del Artículo 103º de la Constitución, podemos concluir lo siguiente:

- El Artículo 103º de la Constitución indica que pueden otorgarse leyes especiales en virtud a la naturaleza de las “cosas”, entre las cuales se encuentran las instituciones jurídicas, según precisión del Tribunal Constitucional.
- La naturaleza de las instituciones jurídicas consiste en el principio o valor a partir del cual pueden derivarse las normas que comprenden la institución jurídica en abstracto. Para identificar este principio o valor puede seguirse:
 - El camino de la investigación histórica del origen de dichas normas.
 - El camino lógico jurídico que exige distinguir qué principio o valor sería el que permitiría regular la relación interhumana en caso hipotéticamente desaparecieran las normas de la institución jurídica.
- La identificación de las instituciones es útil en el análisis jurídico toda vez que sirven como conceptos previos abstractivos de las normas del ordenamiento.

- De otro lado, la identificación de la naturaleza jurídica de las instituciones sirve es útil: (i) en el terreno de la interpretación *ratio legis*, cuando se considera como ratio a la naturaleza de la institución jurídica; y, (ii) en el terreno de la integración cuando la naturaleza de las instituciones sirve como un criterio común inter normativo que garantiza la selección coherente de la norma que suple y llena la laguna jurídica.

2.3.2. Institución y naturaleza jurídica de las normas sustantivas de precios de transferencia de la LIR

2.3.2.1. Las normas sustantivas de precios de transferencia son normas de valoración y reguladoras de la base imponible

Considerando que las instituciones jurídicas son conjuntos de normas esenciales que regulan un aspecto de las relaciones interhumanas de la realidad, las normas sustantivas de precios de transferencia califican como una institución, debido a que regulan los precios para fines fiscales de operaciones realizadas al interior de un grupo empresarial, las cuales representan un fenómeno social que existe de forma independiente a cualquier regulación tributaria.

A este conjunto normativo se le denomina normas de precios de transferencia, las cuales se encuentran recogidas en la legislación tributaria peruana vigente en el 2017 en el Artículo 32º, numeral 4, y el Artículo 32º-A de la Ley del Impuesto a la Renta.

Ahora bien, las normas sustantivas de precios de transferencia forman parte, a su vez, de otros grupos normativos más grandes como son las normas de valor de mercado y las normas sobre la base imponible del Impuesto a la Renta.

En efecto, las normas sustantivas de precios de transferencia son normas de valoración por mención expresa de la Ley del Impuesto a la Renta, que indica que el valor de las operaciones entre partes vinculadas son los precios o montos que hubieran sido acordados según lo establecido en el Artículo 32°-A de la Ley del Impuesto a la Renta.

Asimismo, mención más concreta la encontramos en el Artículo 32°-A, inciso a), de la Ley del Impuesto a la Renta que indica que de la aplicación de las normas de precios de transferencia lo que se obtiene es un valor. Al respecto, en el referido inciso se indica lo siguiente:

Artículo 32°-A.- (...)

a) **Ámbito de aplicación**

(...). Sin embargo, sólo procederá ajustar el valor convenido por las partes al valor que resulte de aplicar las normas de precios de transferencia en los supuestos previstos en el literal c) de este artículo.

Confirmando lo anterior, el Tribunal Fiscal en la Resolución de Observancia Obligatoria N° 03500-Q-2017, publicada en el Diario Oficial *El Peruano* el 4 de noviembre de 2017, señala que la aplicación de las normas de precios de transferencia permite hallar el valor de mercado de operaciones entre partes vinculadas. En la referida resolución se indica lo siguiente:

De otro lado, si vencido el plazo de fiscalización y como consecuencia de la revisión del valor de mercado de las operaciones del administrado, en aplicación de las normas de precios de transferencia, se considera que es necesario hacer ajustes a conceptos tales como los ingresos o los gastos, la Administración está facultada para ello, (...).

De otro lado las normas sustantivas de precios de transferencia pertenecen a un grupo normativo más amplio que comprende las normas que regulan la base imponible del Impuesto a la Renta.

Lo anterior fue reconocido jurisprudencialmente por el Tribunal Fiscal en la Resolución N° 09019-3-2007, en donde el referido tribunal se pronunció sobre las normas del Artículo 32° de la Ley del Impuesto a la Renta en general, e indicó que estas regulan la base imponible de las operaciones para efectos del Impuesto a la Renta. Sobre ello, el Tribunal Fiscal indicó lo siguiente:

Que sin perjuicio de lo expuesto, debe señalarse que carece de sustento lo alegado por la recurrente en el sentido que la Administración no puede modificar válidamente el precio que ha pactado con sus usuarios bajo el argumento que esto vulnera las disposiciones constitucionales que protegen la libre oferta y demanda, libertad de empresa y de contratar; toda vez que la estimación del valor de mercado prevista por las normas antes citadas tiene como propósito determinar la base imponible de los tributos a que está afecta la recurrente, lo cual no modifica el precio pactado y, por tanto, tampoco afecta las disposiciones constitucionales referidas.

En este sentido, a partir de la legislación de la Ley del Impuesto a la Renta y de la jurisprudencia del Tribunal Fiscal, se tiene que las normas sustantivas de precios de transferencia peruanas son un instituto jurídico, cuyos institutos superiores son las normas de valoración de transacciones y, en un nivel más alto, las normas reguladoras de la base imponible del impuesto.

2.3.2.2. Las normas sustantivas de precios de transferencia son normas antielusivas específicas

Las normas de precios de transferencia peruanas, cuando ordenan ajustes de precios de transferencia ante la manipulación fiscal de precios, pueden ser entendidas como normas antielusivas específicas. Sin embargo, es necesario ser cuidadosos con dicha condición, pues ello no implica que las normas de precios de transferencia pierdan su condición de normas de valoración o reguladoras de la base imponible.

En efecto, existe en el ámbito peruano la posición según la cual las normas de precios de transferencia al contener el requisito del perjuicio fiscal tienen naturaleza antielusiva, lo cual evita que puedan ser consideradas como normas de valoración o reguladoras de la base imponible.

Esta posición es desarrollada, por ejemplo, por Italo Fernández Origi, quien señala que el régimen de precios de transferencia no es uno de “*corrección de valores*”, sino uno que tiene como finalidad evitar las “*prácticas indebidas de deslocación de rentas*” (Fernández, 2008:222). En ese mismo sentido, se pronuncia Jorge Picón Gonzales quien indica que “*la legislación sobre precios de transferencia constituye un mecanismo antielusivo, por lo que su aplicación se reserva a operaciones que tengan la posibilidad de generar una elusión del Impuesto a la Renta peruano*” (Picón, 2008: 49). Asimismo, Walker Villanueva señala: “Según la ley interna el ajuste está supeditado a la verificación del menor *pago del Impuesto a la Renta al fisco peruano, lo que definitivamente constituye a la norma de precios de transferencia es una NAE (norma antielusiva específica) y no en una auténtica norma de valoración de la base imponible del IR*” (Villanueva, 2014: 441).

Discrepando de lo anterior, se considera para efectos de este trabajo que las normas de precios de transferencia peruanas son a la vez normas de

valoración, normas reguladoras de la base imponible del impuesto y normas antielusivas específicas.

En efecto, en primer lugar debe notarse que no existe incompatibilidad en que una norma sea a la vez antielusiva específica y reguladora de la base imponible. Ello se verifica por ejemplo, conforma a lo indicado por Krever, en la existencia de mecanismos antielusivos específicos que actúan únicamente en la base imponible del impuesto, tal como ocurre en el caso de las reglas de subcapitalización que impiden la deducción de intereses cuando se sobrepasa un límite determinado (Krever, 2016: 13).

Asimismo, la existencia de la regla del perjuicio fiscal no invalida la condición de normas de valoración o reguladoras de la base imponible, debido a que —tal como se explicará en detalle en el acápite 2.3.2.6— los ajustes de precios ordenados por la regla de perjuicio fiscal no se restringen a las manipulaciones fiscales de precios, sino que comprenden también a los efectos de las rentas o pérdidas organizacionales o de economía de las empresas integradas.

Finalmente, es importante notar que la consideración de que las normas de precios de transferencia peruanas no sean normas de valoración tiene origen en la adscripción de parte de la doctrina local a la doctrina estadounidense de precios de transferencia. Esto se aprecia claramente en la posición de Ítalo Fernández Origi quien al afirmar que las normas de precios de transferencia son normas cuya finalidad es evitar prácticas indebidas de deslocación de rentas —negando la condición de normas de “corrección de valores”— cita siete fuentes bibliográficas donde prevalecen los análisis del régimen de precios de transferencia estadounidense. Ese es el caso, por ejemplo, del estudio realizado por Reuven Avi-Yonah titulado “The rise and fall of arm’s length: a study in the Evolution of U.S. International Taxation”, traducido al español bajo el título

“La experiencia de los Estados Unidos en el área de litigios de precios de transferencia”.

Conforme vimos en el capítulo 1 del presente trabajo, Reuven Avi-Yonah realizó un análisis histórico del origen de las normas de precios de transferencia en los Estados Unidos de América, en donde identificó que la intención del legislador estadounidense de la sección 45 del Código Fiscal Interno, predecesor de la posterior Sección 482 del mismo código, fue prevenir la evasión de impuestos. Al respecto, Avi-Yonah —en la versión en español traducida por Eduardo Baistrocchi— relata la opinión de los senadores que promulgaron la Sección 45 del Código Fiscal Interno, de la siguiente manera:

El senador Grifford declaró que “lo que nos preocupa es que cualquiera de estas dos corporaciones se puedan reunir y obtener beneficios de ventas cuestionables para obtener deducciones”. El senador Green contestó que “la sección 45... permite al buró asignar los ingresos a donde pertenecen. Esto... no permite a estas corporaciones ubicar sus gastos donde los quieran colocar.

El propósito del Congreso de promulgar la sección predecesora de la sección 482 del Código fue prevenir la evasión de impuestos y para reflejar claramente su “verdadera” carga tributaria. Sin embargo, no hubo discusión de cuál era el estándar para determinar de la “verdadera” obligación tributaria (Avi-Yonah, 2008: 283).

Como se aprecia, para el legislador y la doctrina estadounidense la normativa de precios de transferencia de la Sección 45 del Código Fiscal Interno tiene una eminente finalidad de prevenir la evasión de impuestos, hecho que habría sido notado por la doctrina nacional para concluir que las normas de precios de transferencia peruanas no son normas de valoración.

Sin embargo, esta adscripción de la doctrina local pasa por alto las diferencias en la configuración de las normas de precios de transferencia peruanas y estadounidenses, ya que en el caso de las normas estadounidenses se señala expresamente que las normas de precios de transferencia tienen como fin prevenir la evasión fiscal y, además, que dichas normas contienen una facultad para la Administración americana para distribuir, prorratear o asignar ingresos o deducciones. Sin embargo, ello difiere sustancialmente de las normas peruanas debido a que ellas no han previsto la finalidad de prevenir la evasión y, además, porque han dispuesto la valoración de acuerdo al valor de mercado de forma imperativa.

A continuación presentamos un cuadro comparativo de: (i) las normas de la Sección 45 del Código Fiscal Interno estadounidense citado por Reuven Avi-Yonah y traducido al español por Eduardo Baistrocchi —ahora derogado y que sirvió de antecedente a la Sección 482—; (ii) la Sección 482 del Código Fiscal Interno vigente en el año 2015; y, (iii) los incisos pertinentes del Artículo 32º-A de la Ley del Impuesto a la Renta peruano:

Sección 45 del Código Fiscal Interno	Artículo 32º-A de la Ley del Impuesto a la Renta peruano
<p>Sección 45. Asignación de ingreso y deducciones</p> <p>En el caso de dos o más comercios o negocios (constituidos o no, organizados en los Estados Unidos o no y afiliados o no) que sean propiedad o que</p>	<p>A partir de la incorporación del Artículo 32º-A de la Ley del Impuesto a la Renta, mediante el Decreto Legislativo 945, publicado el 23 de diciembre de 2003:</p> <p>Artículo 32º-A.- (...)</p> <p>a) Ámbito de aplicación</p> <p>Las normas de precios de transferencia</p>

<p>estén controlados directa o indirectamente por los mismos intereses, <u>el comisionado está autorizado para distribuir, prorratear o asignar el ingreso bruto o las deducciones entre dichos comercios o negocios</u>, si determina que dicha distribución, prorrateo o asignación es necesaria para <u>prevenir la evasión de impuestos o para reflejar claramente el ingreso</u> de cualquiera de dichos comercios o negocios. (Avi-Yonah 2008: 282)</p>	<p><u>serán de aplicación cuando la valoración convenida</u> hubiera determinado un pago del Impuesto a la Renta, en el país, inferior al que hubiere correspondido por aplicación del valor de mercado. En todo caso, resultarán de aplicación en los siguientes supuestos: (...).</p> <p>A partir de la modificación del Artículo 32º-A de la Ley del Impuesto a la Renta, mediante el Decreto Legislativo 1112, publicado el 29 de junio de 2012:</p> <p>Artículo 32º-A.- (...)</p> <p>c) Ajustes</p> <p>Sólo <u>procederá ajustar el valor</u> convenido por las partes cuando éste determinase en el país un menor impuesto del que correspondería por aplicación de las normas de precios de transferencia.</p>
<p>Sección 482. Asignación de ingreso y deducciones entre contribuyentes</p> <p>En el caso de dos o más organizaciones, comercios o negocios (constituidos o no, organizados en los Estados Unidos o no y afiliados o no)</p>	<p>A partir de la modificación del Artículo 32º-A de la Ley del Impuesto a la Renta, mediante el Decreto Legislativo 1124, publicado el 23 de julio de 2012:</p> <p>Artículo 32º-A.- (...)</p> <p>c) Ajustes</p> <p>Solo <u>procederá ajustar el valor</u> convenido por las partes cuando este</p>

<p>que sean propiedad o que estén controlados directa o indirectamente por los mismos intereses, <u>el Secretario podrá distribuir, prorratear o asignar el ingreso bruto, deducciones, créditos o beneficios entre dichas organizaciones, comercios o negocios, si determina que dicha distribución, prorrateo o asignación es necesaria para prevenir la evasión de impuestos o para reflejar claramente el ingreso de cualquier organización, comercio o negocio. En caso de cualquier transferencia (o licencia) de propiedad intangible (dentro del significado de la sección 936(h)(3)(B)), el ingreso con respecto a dicha transferencia o licencia será conmensurado con el ingreso atribuible al intangible¹⁵.</u></p>	<p>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.</p>
--	--

¹⁵ Traducción libre del siguiente texto:

Sec. 482. Allocation of income and deductions among taxpayers.

In any case of two or more organizations, trades, or businesses (whether or not incorporated, whether or not organized in the United States, and whether or not affiliated) owned or controlled directly or indirectly by the same interests, the Secretary may distribute, apportion, or allocate gross

2.3.2.3. Las normas de precios de transferencia no son normas antielusivas que habilitan el desconocimiento o recalificación de operaciones

Un aspecto fundamental en el régimen de precios de transferencia peruano es determinar si sus normas se encuentran o no configuradas como normas antielusivas que habiliten el desconocimiento o recalificación de operaciones.

Al respecto, se considera que las normas de precios de transferencia peruanas no constituyen normas antielusivas que permitan desconocer o recalificar operaciones, debido a lo siguiente:

- (i) En primer lugar, las normas peruanas de precios de transferencia no contienen disposiciones que ordenan o facultan a la Administración Tributaria desconocer o recalificar hechos o negocios jurídicos.

En efecto, los Artículos 32° y el 32°-A, incisos a) y c) de la Ley del Impuesto a la Renta únicamente ordenan la valoración de las operaciones bajo el criterio de valor de mercado y, los supuestos limitados en los que procede un ajuste de precios de transferencia que modifique el valor acordado por las partes. Lo anterior se desprende expresamente de las normas en mención de la siguiente manera:

income, deductions, credits, or allowances between or among such organizations, trades, or businesses, if he determines that such distribution, apportionment, or allocation is necessary in order to prevent evasion of taxes or clearly to reflect the income of any of such organizations, trades, or businesses. In the case of any transfer (or license) of intangible property (within the meaning of section 936(h)(3)(B)), the income with respect to such transfer or license shall be commensurate with the income attributable to the intangible.

Artículo 32°.- En los casos de ventas, aportes de bienes y demás transferencias de propiedad, de prestación de servicios y cualquier otro tipo de transacción a cualquier título, el valor asignado a los bienes, servicios y demás prestaciones, para efectos del Impuesto, será el de mercado. Si el valor asignado difiere al de mercado, sea por sobrevaluación o subvaluación, la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria - SUNAT procederá a ajustarlo tanto para el adquirente como para el transferente.

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

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

Artículo 32°-A.- (...)

- a) **Ámbito de aplicación**

(...). Sin embargo, sólo procederá ajustar el valor convenido por las partes al valor que resulte de aplicar las normas de precios de transferencia en los supuestos previstos en el literal c) de este artículo.

(...)

- c) **Ajustes**

Sólo procederá ajustar el valor convenido por las partes cuando este determine un menor impuesto del que correspondería por aplicación de las normas de precios de transferencia (...).

Como se aprecia, estas normas únicamente prevén un ajuste del valor de las transacciones, mas no confieren ninguna facultad u orden de desconocer las transacciones o recalificarlas. En ese sentido es claro que las normas sustantivas de precios de

transferencia por sí mismas no pueden calificar como normas antielusivas.

- (ii) En segundo lugar, las normas generales antielusivas en el Perú se encuentran recogidas en la Norma XVI del Código Tributario, las cuales, en caso sean aplicables, sí pueden permitir el desconocimiento o recalificación de operaciones

En efecto, en el caso peruano las normas antielusivas generales se encuentran contenidas en la Norma XVI del Código Tributario de la siguiente forma:

Norma XVI.- 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:

- a) Que individualmente o de forma conjunta sean artificiosos o impropios para la consecución del resultado obtenido.

- b) 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.

Para tal efecto, se entiende por créditos por tributos el saldo a favor del exportador, el reintegro tributario, recuperación anticipada del Impuesto General a las Ventas e Impuesto de Promoción Municipal, devolución definitiva del Impuesto General a las Ventas e Impuesto de Promoción Municipal, restitución de derechos arancelarios y cualquier otro concepto similar establecido en las normas tributarias que no constituyan pagos indebidos o en exceso.

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.

Si bien cierto que estas normas se encuentran vigentes en la actualidad, en virtud del Artículo 8º de la Ley 30230, publicada el 12 de julio de 2014 en el Diario Oficial *El Peruano*, se suspendió la facultad de la Administración Tributaria para aplicar la referida Norma XVI, con excepción de su primer y último párrafo.

El contenido de esta norma fue descrito por la doctrina local, representada por Cesar Talledo, de la siguiente manera:

- En lo que respecta al primer párrafo, el mismo está referido al criterio de calificación económica de los hechos. Al respecto, importante es notar que esta norma no califica como antielusiva debido a que en ocasiones ha sido aplicada a favor del contribuyente, como en el caso de la Resolución del Tribunal Fiscal N° 881-2-99 (Talledo, 2017: 18.4).

En dicha resolución se analizó el caso de un contribuyente que había celebrado un contrato con un banco a través del cual transfirió la propiedad de un bien, mientras que el banco le permitió explotarlo a fin de que las ganancias fueran derivadas a un fondo que serviría para la readquisición del bien mediante una cláusula de retroventa. Al respecto, la Administración Tributaria desconoció la deducibilidad de gastos relacionados al inmueble incurridos por el contribuyente, debido a que este no era el propietario, sino el banco. No obstante, el Tribunal Fiscal aplicando este primer párrafo, antes ubicado en la Norma VIII del Código Tributario, le dio la razón al contribuyente debido a que bajo una correcta apreciación de los hechos “el objeto del contrato era en verdad un refinanciamiento de las deudas”.

- Sobre el tercer párrafo, este contiene el supuesto elusivo de fraude a la ley, y que para atacarlo requiere de la verificación de dos elementos. El primero consiste en verificar la obtención de una ventaja fiscal; mientras que el segundo consiste en identificar que existió una artificiosidad del negocio jurídico elegido. Sobre estos requisitos, Talledo destaca lo señalado en la denominada Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1121° que introdujo este tercer párrafo en la Norma XVI, en donde se indicó que el examen de este párrafo es objetivo y no subjetivo (Talledo, 2017: 18.4 y 18.5).

- Por último, el sexto párrafo contiene las disposiciones contra la simulación como figura elusiva, en donde los contribuyentes aparentan un negocio jurídico determinado, con la finalidad de que se aplique una norma de cobertura determinada. En estos casos, la respuesta no consiste precisamente en una recharacterización de la operación, sino únicamente de tomar en consideración al negocio jurídico realmente celebrado (Talledo, 2017: 18.8)

A partir de lo anterior, se tiene que la Norma XVI del Código Tributario peruano contiene disposiciones que posibilitan a la Administración Tributaria calificar económicamente los hechos (primer párrafo de la Norma XVI), recalificar operaciones ante supuestos de fraude a la ley (tercer párrafo de la Norma XVI) o tomar en consideración las reales operaciones encubiertas en supuestos de simulaciones relativas (sexto párrafo de la Norma XVI).

En ese sentido, es claro que en la legislación tributaria peruana los supuestos de desconocimiento o recalificación de hecho se realizan a partir de la aplicación de la Norma XVI del Código Tributario, lo cual indica que sostener que dichas operaciones jurídicas puedan realizarse por la sola aplicación del Artículo 32º-A de la Ley del Impuesto a la Renta sea redundante y, en consecuencia, rechazable bajo la presunción de que el legislador no legisla de forma redundante.

- (iii) En tercer lugar, las normas de precios de transferencia peruanas no cumplen con los requisitos para calificar como normas contra el abuso de Derecho y el fraude a la Ley, según la Teoría General del Derecho.

Para explicar el fraude y abuso del Derecho desde la Teoría General del Derecho, consideramos adecuada la descripción de esta figura realizada por Manuel Atienza y Juan Ruiz en el artículo “Para una teoría general de los ilícitos atípicos”, publicado en la revista *Jueces para la Democracia*.

Para explicar en qué consiste el abuso de Derecho, Atienza y Ruiz inician su exposición diferenciando lo que son las normas regulativas y las normas que confieren poder. En el caso de las primeras estas “ordenan, prohíben o permiten determinadas conductas” y pueden adoptar la forma de normas o principios. De otro lado, las normas que confieren poder habilitan a determinadas personas a poder “dar lugar a un estado de cosas que supone un cambio normativo”. De esta manera son normas que confieren poder aquellas que habilitan a las personas a celebrar contratos, dictar sentencias, resoluciones administrativas, etc. (Atienza y Ruiz, 2000: 43).

Los ilícitos son, en este contexto, el incumplimiento de normas de mandato. De esta forma, cuando un acto es contrario a una regla, el ilícito es típico, mientras que cuando contraviene a un principio, el ilícito es atípico (Atienza y Ruiz, 2000: 44). En el caso de los ilícitos atípicos, estos pueden ser superados en los sistemas jurídicos evolucionados a partir de las técnicas del abuso de Derecho, fraude de ley y desviación de poder, cuando se trata de sistemas del *civil law* o derecho continental. En caso se trata de un sistema del *common law*, por lo general lo que se usa es la figura del *distinguishing* (Atienza y Ruiz, 2000: 45). A continuación pasamos a definir al abuso de Derecho y el fraude a la ley según la teoría de Atienza y Ruiz.

En lo que respecta al abuso de derecho, este consiste en la acción realizada por un sujeto bajo la aplicación de una norma regulativa permisiva, pero que produce un daño injustificado, excesivo o anormal, alejándose del principio que justifica la norma regulativa permisiva. Luego, surge una nueva regla que determina que dicha acción en las circunstancias concretas está prohibida. Al respecto, Atienza y Ruiz definen formalmente el abuso de derecho de la siguiente manera:

La definición del abuso del derecho que proponemos y que, creemos, viene a ser una reconstrucción y generalización adecuada de la manera como esta figura opera, es la siguiente:

“La acción A realizada por un sujeto S en las circunstancias X es abusiva si y sólo si:

- 1) Existe una regla regulativa que permite a S realizar A en las circunstancias X. Esta regla es un elemento del haz de posiciones normativas en que se encuentra S como titular de un cierto derecho subjetivo.
- 2) Como consecuencia de A, otro u otros sujetos sufren un daño, D, y no existe una regla regulativa que prohíba causar D.
- 3) D, sin embargo, aparece como un daño injustificado porque se da alguna de las siguientes circunstancias:
 - 3.1) Que, al realizar A, S no perseguía otra finalidad discernible más que causar D o que S realizó A sin ningún fin serio y legítimo discernible.
 - 3.2) Que es un daño excesivo o anormal.
- 4) El carácter injustificado del daño determina que la acción A quede fuera del alcance de los principios que justifican la regla permisiva que se alude en 1) y que surja una nueva regla que establece que en las circunstancias X' (X más alguna circunstancia que suponga una forma de realización de 3.1) o 3.2) la acción A está prohibida (Atienza y Ruiz, 2000: 45).

En el caso del fraude a la ley, la acción es también realizada por un sujeto a quien se le permite realizar un estado de cosas (testamento, contrato, etc.) amparado en una norma de poder. Luego este estado de cosas produce un daño o beneficio injustificado. Ante ello, se crea una nueva norma que prohíbe usar la regla de poder de dicha manera. Atienza y Ruiz señalan sobre el fraude a la ley lo siguiente:

La definición de fraude a la ley que proponemos es la siguiente:

“La acción A realizada por el sujeto S en las circunstancias X es fraudulenta si y sólo si:

- 1) Existe una regla regulativa que permite a S usar la regla que le confiere poder para producir el resultado R al realizar A en las circunstancias X.
- 2) Como consecuencia de R, se produce un cierto estado de cosas E que, de acuerdo con el balance entre los principios que justifican la permisión anterior y otros principios del sistema, supone un daño injustificado o un beneficio indebido, y no hay una regla regulativa que prohíba producir R, aunque puede haber una regla dirigida a evitar E.
- 3) R es un medio para E:
 - 3.1.) Bien en sentido subjetivo: dado que, al realizar A, S no perseguía otra finalidad discernible más que alcanzar, por medio de R, la consecuencia E y que R es objetivamente adecuado para E.
 - 3.2) Bien en sentido objetivo: dado que R es objetivamente adecuado para E, aunque S no tuviera ese propósito al realizar A.
- 4) El balance entre los principios mencionados en 2) tiene fuerza suficiente para generar una nueva regla que establece que en las circunstancias X' (X más alguna circunstancia que suponga una forma de realización de 2 y de 3.1 o 3.2) está prohibido usar la regla que confiere poder de forma que se alcance, por medio de R, la consecuencia E. Por ello, el resultado R debe

considerarse como inválido (regulativamente) en la medida en que conduce a E” (Atienza y Ruiz, 2000: 46).

Entre el abuso de Derecho y el fraude a la ley se tienen como elementos comunes: (i) existe una norma que permite la acción del sujeto; (ii) se produce un daño que puede ser o no intencional; (iii) no existe una norma regulativa que prohíba la consecuencia negativa; (iv) no existe una justificación de dicho daño a partir de los principios que sostienen la norma permisiva; y, (v) se crea una nueva regla que prohíbe la acción para el caso concreto. Finalmente, la diferencia entre el abuso de Derecho y el fraude a la ley radica en que, en el caso del abuso de Derecho la acción está permitida por una regla de conducta, mientras que en el caso del fraude de ley la acción está permitida por una norma que confiere poder, como ocurre con el poder de celebrar contratos (Atienza y Ruiz, 2000: 48).

Ahora bien, a partir de lo señalado por Atienza y Ruiz se concluye que las normas sustantivas de precios de transferencia peruanas no se configuran como normas que tengan como origen la prohibición de abuso de derecho o de fraude de ley. Ello se debe a lo siguiente:

La regla de perjuicio fiscal presente en el Artículo 32º-A de la Ley del Impuesto a la Renta peruano incumple con dos elementos principales del abuso de derecho.

En primer lugar, el abuso de derecho requiere que el acto dañoso esté permitido por una norma regulativa y no una norma que confiere poder. En ese sentido, dado que el valor de las operaciones entre vinculadas se determinan a través de contratos, y estos se celebran en virtud de normas que confieren poder, no se cumple en estricto el primer elemento del abuso de derecho. En segundo lugar, se

incumple el requisito según el cual el daño que se produce carece de una prohibición expresa. Sin embargo, en el caso de las normas sustantivas de precios de transferencia peruanas —en el caso en que se considerara a la manipulación de precios de transferencia como el resultado dañoso contra el fisco— sí existe una norma regulativa que prohíbe el daño derivado de la manipulación fiscal de precios de transferencia. Esta norma prohibitiva es precisamente la regla del perjuicio fiscal.

De la misma manera, la regla de perjuicio fiscal tampoco cumple con la definición de fraude a la ley debido a que esta última figura también exige que no exista una norma regulativa prohibitiva. Sin embargo, como hemos visto, la regla del perjuicio al fisco es una norma regulativa que elimina el daño, por lo que no puede hablarse tampoco de las normas de precios de transferencia como normas de fraude a la ley.

- (iv) En cuarto lugar, la condición de normas antielusivas específicas de las normas de precios de transferencia peruanas no habilita el desconocimiento y recalificación de operaciones.

Como vimos anteriormente, las normas de precios de transferencia pueden ser entendidas como normas antielusivas específicas cuando habilitan ajustes de precios en casos de manipulación de precios de transferencia.

Sin embargo, dicha condición no implica que las normas de precios de transferencia puedan ser aplicadas para desconocer o recalificar operaciones.

Para sostener lo anterior es preciso identificar las diferencias entre las normas antielusivas específicas y las normas antielusivas generales. Una descripción contemporánea del desarrollo de las normas antielusivas en el mundo es la realizada por Richard Krever en el libro *GAARs – A key Element of Tax Systems in the Post-BEPS World*, en donde el referido autor realiza un reporte general sobre el estado de las normas antielusivas en la Unión Europea, Australia, Austria, Bélgica, Brasil, Canadá, China, Croacia, República Checa, Dinamarca, Finlandia, Alemania, Hungría, Irlanda, Italia, México, Países Bajos, Nueva Zelanda, Noruega, Polonia, Portugal, Rumania, Rusia, Serbia, Eslovaquia, Eslovenia, Sudáfrica, Corea del Sur, España, Suecia, Suiza, Turquía, Reino Unido y Estados Unidos.

Krever describe la existencia de dos tipos de normas antielusivas, las primeras son las llamadas normas antielusivas generales (o GAAR por su denominación en inglés) y las segundas son las normas antielusivas específicas (o SAAR por su denominación en inglés). Ambas se diferencian en que tienen modos distintos de operar. Las GAAR deshacen negocios jurídicos para efectos tributarios y las sustituyen por acuerdos hipotéticos, a partir de los cuales se derivan las obligaciones tributarias. Mientras que las SAAR, en cambio, mantienen los negocios jurídicos para efectos tributarios, pero niegan las ventajas tributarias que se derivan de dicho acuerdo. Ejemplos de SAAR son las reglas de entidad controlada extranjera (o CFC por su denominación en inglés) o las reglas de subcapitalización (Krever, 2016: 13).

A partir del análisis de Krever se identifica que las normas antielusivas generales se diferencian en que las primeras aceptan para efectos tributarios las operaciones planteadas por los contribuyentes, negándoles únicamente las ventajas tributarias. Sin

embargo, en el caso de las normas antielusivas generales estas, además de negar las ventajas tributarias, rechazan o recalifican para efectos tributarios las operaciones planteadas por los contribuyentes.

De esta manera, se concluye que las normas de precios de transferencia peruanas, incluso bajo su consideración de normas antielusivas específicas, no pueden dar lugar a desconocer o recalificar operaciones.

Conforme a lo anterior, hemos visto que las normas de precios de transferencia peruanas son normas de valoración y reguladoras de la base imponible del impuesto, los cuales constituyen sus institutos superiores.

Sin embargo, como advierte Lois Estévez, los institutos superiores no pueden ser argumentados como naturaleza de las instituciones, toda vez que ello no hace más que trasladar la pregunta de la naturaleza al instituto superior. En ese sentido, para identificar la naturaleza del instituto es necesario reconocer cuál es el valor o principio ulterior de donde se derivan los efectos de las normas contenidas en los institutos.

En este contexto se procede a continuación a identificar los principios constitucionales de donde se derivan los efectos de las normas de precios de transferencia peruanas.

2.3.2.4. El principio de igualdad como fundamento de las normas sustantivas de precios de transferencia

Desde una perspectiva lógica analítica Luis Eduardo Schoueri sostiene que las normas de precios de transferencia basadas en el estándar arm's length se sustentan en el principio de igualdad. Para sostener ello, Schoueri parte de la teoría de igualdad tributaria de Humberto Ávila, quien

señala como elementos estructurales del principio de igualdad a los siguientes: (i) la determinación de los sujetos en análisis; (ii) el criterio común relevante a observar en los sujetos; (iii) el indicador para medir el criterio común; y, (iv) casos y fines de diferenciación (Schoueri, 2015: 695). A partir de la teoría de Humberto Ávila, Schoueri señala que en el caso de las normas de precios de transferencia, estas cumplen un rol importante en el cumplimiento del principio de igualdad en la aplicación del impuesto sobre empresas vinculadas y no vinculadas.

En efecto, Schoueri muestra que cuando se aplica el impuesto a estos dos tipos de contribuyentes el principio de igualdad adopta los siguientes elementos: (i) los sujetos involucrados son los contribuyentes vinculados y no vinculados; (ii) el criterio común a ambos sujetos es su capacidad contributiva; (iii) el indicador para medir la capacidad contributiva de cada sujeto son los valores de mercado de sus operaciones; y, (iv) dado que los contribuyentes vinculados tienen sus operaciones en valores no necesariamente a valor de mercado, se requiere convertir dichos valores a valor de mercado utilizando las reglas de precios de transferencia cuando adoptan el estándar arm's length.

En este contexto, se concluye que el sentido de las normas de precios de transferencia que adoptan el estándar arm's length no es otro que brindar un criterio de conversión de la medición de las operaciones dentro de grupos empresariales a condiciones de mercado. Así, el autor señala lo siguiente:

En esos términos, la razón detrás del ALS [estándar arm's length] es obvia. Es la llamada a ser la llave para convertir transacciones entre partes relacionadas a transacciones en condiciones de mercado. En otras palabras, la verdadera razón de la legislación de precios de transferencia es posibilitar a los ingresos derivados de compañías que comercian con partes vinculadas para que sean medidas conforme a los mismos

parámetros empleados para determinar los ingresos de partes independientes”¹⁶ (Schoueri 2015: 696).

En el Perú el principio de igualdad se encuentra reconocido en el Artículo 74° de la Constitución de la siguiente manera:

Artículo 74°.- (...). El Estado, al ejercer la potestad tributaria, debe respetar los principios de reserva de la ley, y los de igualdad y respeto de los derechos fundamentales de la persona.

Hasta la fecha no existe pronunciamiento alguno del Tribunal Constitucional acerca de las normas de precios de transferencia. Sin embargo, se considera que el principio de igualdad recogido en el Artículo 74° de la Constitución sirve de fundamento a las normas de precios de transferencia en el Perú, conforme a la argumentación de Schoueri, toda vez que: (i) En el Perú las normas de precios de transferencia son normas de valoración y normas reguladoras de la base imponible; y, (ii) porque el principio de igualdad tiene un reconocimiento expreso en nuestra constitución.

2.3.2.5. El deber de contribuir como fundamento de las normas sustantivas de precios de transferencia

El deber de contribuir se desprende del Artículo 43° de la Constitución, tal como ha reconocido el Tribunal Constitucional en diversas sentencias

¹⁶ Traducción libre del siguiente texto: *“In these terms, the rationale behind the ALS is obvious. It may be claimed to be the key for converting transactions among related parties to transactions in market conditions. In other words, the very rationale of the transfer pricing legislation is to provide for income derived by companies trading with related parties to be measured according to the same parameters employed to determine the income of independent parties”*. En: Schoueri, Luis. “Arm’s length: beyond the guidelines of the OECD”. En: *Bulletin for International Taxation*. Diciembre 2015.

como la recaída en el expediente N° 03769-2010-AA. Al respecto, dicho artículo señala lo siguiente:

Artículo 43.- La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana. (...).

Con respecto al deber de contribuir es importante notar tres aspectos importantes:

- El primer aspecto consiste en que el deber de contribuir habilita a que los tributos puedan ser utilizados, con fines recaudatorios, pero además con fines extrafiscales, entre los cuales se encuentran fines como prevenir la evasión tributaria.

En efecto, el deber de contribuir y el principio de solidaridad fueron extensamente desarrollados por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N° 06089-2006-PA/TC que trató el caso de una demanda de amparo contra la aplicación del régimen de percepciones del IGV.

En dicha sentencia el Tribunal Constitucional señaló que las transformaciones de los Estados posibilitaron que la función del tributo no sea ya únicamente la función recaudadora, sino que ahora se conciben también otras finalidades extrafiscales en circunstancias excepcionales y justificadas. Uno de estos fines extrafiscales es la lucha contra la evasión fiscal. Al respecto, el Tribunal Constitucional en la sentencia bajo comentario señaló:

Consecuentemente ante la cuestión de si la tributación puede utilizarse para fines cuyo objetivo directo no sea el exclusivamente recaudador, sino la lucha contra la evasión fiscal, la respuesta prima facie no puede ser sino afirmativa; puesto que, si bien la creación de

un régimen determinado se justifica en la necesidad de frenar la informalidad y la evasión tributaria, resulta evidente que su fin ulterior será la mejora de los niveles de recaudación, evitando que el peso tributario recaiga injustamente sobre quienes sí cumplen sus obligaciones fiscales.

Asimismo, cabe señalar que si bien el Tribunal Constitucional no ha reconocido como fin extrafiscal a la lucha contra la elusión fiscal, ello sí ha podido ser reconocido implícitamente por la doctrina local en cabeza de Eduardo Sotelo, quien ha señalado que las normas antielusivas se fundamentan en el principio del deber de contribuir (Sotelo, 2012: 27).

- El segundo aspecto está relacionado con que las medidas que pueden imponerse para conseguir los fines extrafiscales comprenden no únicamente medidas formales, sino que también obligaciones tributarias sustantivas. Ello se evidenció en el caso del Impuesto a las Transacciones Financieras, analizado por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N° 004-2004-AI/TC y otros.

En dicho caso el Tribunal Constitucional justificó la aplicación del Impuesto a las Transacciones Financieras no a través de su finalidad recaudadora, sino a partir del deber de contribuir y principio de solidaridad que obliga a contribuir a la detección de personas que rehúyen a la potestad tributaria del Estado, como en el caso de la evasión tributaria. Al respecto, en la referida sentencia el colegiado señaló lo siguiente:

(...). A tal propósito coadyuva la imposición del ITF, al que, a su vez, como todo tributo, le es implícito el propósito de contribuir con los gastos públicos, como una manifestación del principio de solidaridad

que se encuentra consagrado implícitamente en la cláusula que reconoce al Estado peruano como un Estado Social de Derecho (Artículo 43° de la Constitución). Se trata, pues, de reglas de orden público tributario, orientadas a finalidades plenamente legítimas, cuales son contribuir, de un lado, a la detección de aquellas personas que, dada su carencia de compromiso social, rehúyen la potestad tributaria del Estado, y, de otro, a la promoción del bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación (Artículo 44° de la Constitución), mediante la contribución equitativa al gasto social.

- Como tercer aspecto, se destaca que el Tribunal Constitucional admite que las medidas de lucha contra la evasión tributaria pueden ser aplicadas incluso para aquellos que sí cumplen sus obligaciones tributarias. Así, en el caso relacionado con el régimen de percepciones del IGV, el Tribunal Constitucional justifica la aplicación del régimen de percepciones del IGV incluso para quienes sí cumplen sus obligaciones tributarias en el hecho de que no es posible distinguir entre el presunto grupo de cumplidores y no cumplidores y porque, dado el alto grado de informalidad, el interés público predomina sobre el interés privado. Sobre ello, en la referida sentencia se indica:

Frente a este argumento cabe formular la siguiente pregunta: ¿Cómo se justifica el Régimen en el caso de aquellos que sí cumplen sus obligaciones tributarias? Para el Tribunal Constitucional, el principio de solidaridad determina que en este caso en particular el interés público imperante en la lucha contra la evasión fiscal —constatada en concretas actividades con altos índices de informalidad— deba predominar sobre el interés privado de quienes cumplen puntualmente sus obligaciones y también se encuentran afectados por el pago de la percepción.

El fundamento es que se trata de actividades que estadísticamente — conforme se aprecia de los datos proporcionados en autos— son consideradas riesgosas en su generalidad y, por ende, no podría hacerse una distinción entre el presunto grupo de cumplidores y el de no cumplidores. No obstante, conforme se señaló en el fundamento 28 supra, ello no impide la evaluación de la razonabilidad y proporcionalidad del Régimen, respecto de las circunstancias particulares de un contribuyente determinado.

De esta manera, se tiene entonces que a partir del deber de contribuir y el principio de solidaridad los tributos pueden emplearse para conseguir fines extrafiscales, a través de la imposición de obligaciones tributarias sustantivas incluso en perjuicio de contribuyentes que cumplan adecuadamente con sus obligaciones.

En el caso de las normas sustantivas de precios de transferencia consideramos que el deber de contribuir explica el hecho de que las normas de precios de transferencia no ordenan ajustes en casos en los que, el valor pactado no se encuentra a valor de mercado, pero que dicha diferencia no origina un perjuicio al fisco.

En efecto, tal como se explicará en el acápite 2.3.2.6., existen casos en los cuales una empresa vinculada puede valorar sus operaciones de forma diferente al mercado abierto, pero que dicha valoración, en lugar de ocasionar un perjuicio fiscal al Estado, provoca un perjuicio fiscal al propio contribuyente. En aquellos casos, si bien bajo el principio de igualdad se debería permitir al contribuyente ajustar sus precios de transferencia a valores de mercado y determinar así una menor obligación tributaria, la regla de perjuicio fiscal concretizada en el Artículo 32º-A de la Ley del Impuesto a la Renta prohíbe dicho ajuste. De esta manera se produce una mayor tributación de forma contraria a lo que ordenaría el principio de igualdad.

En este contexto, el deber de contribuir y el principio de solidaridad pueden servir como explicación de este efecto. En efecto, la regla del perjuicio fiscal se sostendría en que una eventual habilitación de ajustes de precios de transferencia a favor del propio contribuyente, podría ocasionar una masificada e indebida utilización de dicha herramienta por parte de los contribuyentes.

Sin embargo, una masificación de las fiscalizaciones de transferencia podría resultar una gran carga difícilmente administrable por las autoridades tributarias peruanas debido a dos razones: (i) la gran complejidad de las fiscalizaciones de precios de transferencia, conforme fue reconocido por el Tribunal Fiscal en la Resolución 03500-Q-2017; y, (ii) la limitada capacidad de una Administración Tributaria de un país en vía de desarrollo como el Perú.

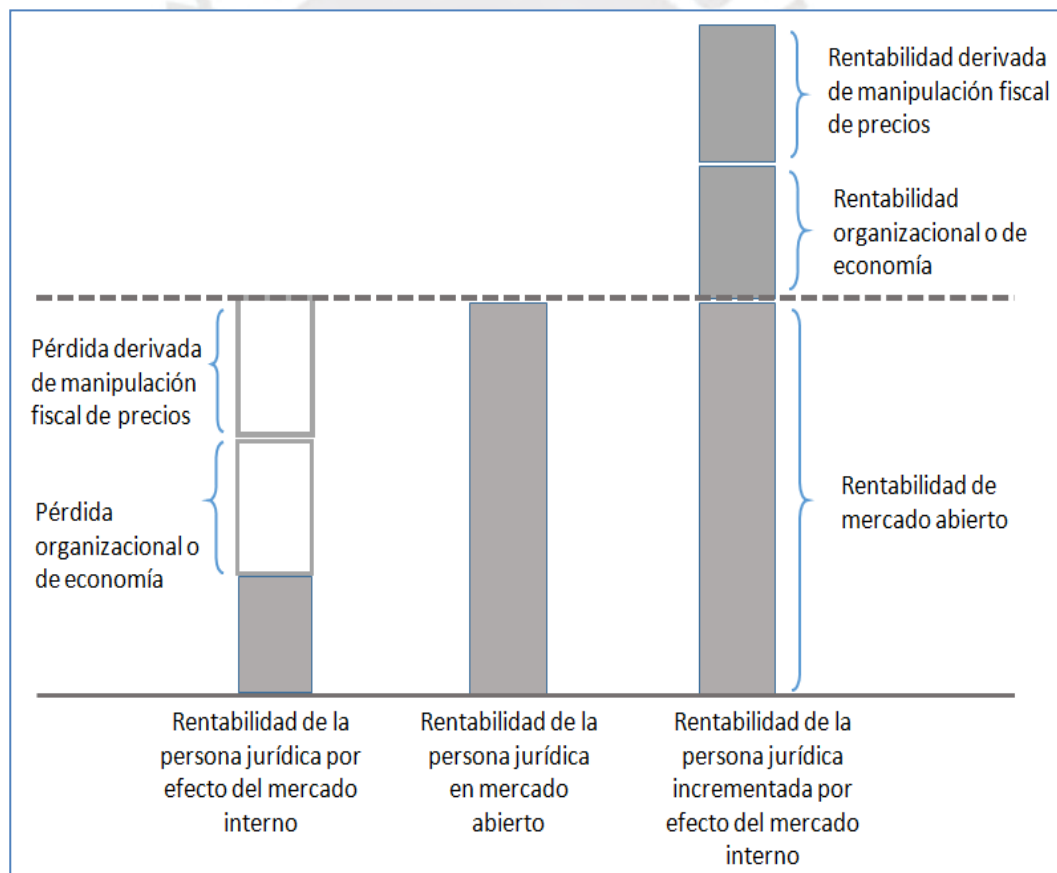
Es en este sentido que el deber de contribuir y el principio de solidaridad podrían justificar la obligación de algunos contribuyentes a soportar no poder ajustar sus precios de transferencia para disminuir legítimamente sus obligaciones tributarias, en aplicación de la regla del perjuicio fiscal.

Finalmente, es importante notar que dado que existen dos principios y valores constitucionales como fundamentos de la naturaleza de una misma regla, es necesario que en el análisis de casos concretos, ambos elementos deban ser aplicados siguiendo el juicio de ponderación.

2.3.2.6. Interacción de los principios de igualdad y de deber de contribuir en los efectos de la aplicación de las normas sustantivas de precios de transferencia

Para identificar la interacción conjunta de los principios de igualdad y deber de contribuir en las normas de precios de transferencia peruanas, se identifican los efectos que ocasiona la aplicación de dichas normas. Veamos.

Como se recuerda, en el capítulo 1 del presente trabajo se identificaron los distintos tipos de rentabilidades que pueden obtener las personas jurídicas que desarrollan operaciones con vinculadas (rentabilidades de mercado, rentabilidades organizacionales o de economía, y rentabilidades derivadas de manipulación fiscal de precios de transferencia). La interacción de estas tres rentabilidades fue resumida en el siguiente gráfico:



En este contexto, la cuestión consiste en determinar cómo incide la regla del perjuicio fiscal en casos en los que se aplica la metodología del

margen neto transaccional que es la metodología de mayor uso en el análisis de precios de transferencia al menos en Argentina, Colombia, México, Perú, Uruguay y Venezuela¹⁷.

Para este efecto se consideran dos escenarios: (i) el primero en el que la menor rentabilidad del contribuyente genera perjuicio fiscal (columna de la izquierda); y, (ii) el segundo en el que la mayor rentabilidad es la que genera el perjuicio fiscal (columna de la derecha).

- (i) El primer escenario (columna de la izquierda) ocurre por ejemplo cuando el contribuyente domiciliado obtiene una disminución en la rentabilidad de sus operaciones ya sea por el incremento del precio en la adquisición de insumos o la disminución del precio en la venta de productos, siempre a empresas vinculadas no domiciliadas.

En este escenario dicha menor rentabilidad podrá estar ocasionada debido a una simple manipulación de los precios de transferencia con el único fin de disminuir la obligación tributaria, y también a raíz de una decisión empresarialmente sustentada que tenga como fin ulterior el incremento de la rentabilidad como grupo, ejecutando acciones que disminuyan en menor medida la rentabilidad de la empresa individualmente considerada (esta última posibilidad fue explicada en el acápite 2.1.3).

¹⁷ Lo anterior ha sido reconocido por el Centro Interamericano de Administraciones Tributarias en el documento titulado “El control de la manipulación de los precios de transferencia en América Latina y el Caribe”, en donde se ha indicado lo siguiente: “*Las administraciones tributarias de Argentina, Colombia, México, Perú, Uruguay y Venezuela, han observado que el método más utilizado por los contribuyentes es el margen neto transaccional*”.

En otras palabras, la disminución de la rentabilidad podrá estar ocasionada por la manipulación fiscal de precios de transferencia o por las pérdidas organizacionales o de economía.

Ahora bien, si es que se aplican las normas sustantivas de precios de transferencia peruanas, utilizando el método de margen neto transaccional se compararán las rentabilidades de la empresa analizada con la rentabilidad de una empresa comparable.

En dicha aplicación no podrá eliminarse el efecto de la pérdida organizacional o de economía debido a que la especial característica de ella es que es propia de las empresas integradas. En ese sentido, siendo que dicha pérdida no se encuentra en operaciones en mercado abierto y que la finalidad de las normas de precios de transferencia es llevar los valores pactados a valores en mercado abierto, la pérdida organizacional o de economía no puede ser eliminada a través de un ajuste de comparabilidad.

Bajo los considerandos anteriores, se tiene que la utilización del margen neto transaccional originará que se verifique que la rentabilidad obtenida por la parte analizada será inferior a la rentabilidad de mercado. No obstante, lo importante es notar que esta diferencia está compuesta no únicamente por la pérdida por manipulación fiscal, sino también por las pérdidas organizacionales o de economía.

Una vez constatada la diferencia de la rentabilidad de la parte analizada con la rentabilidad de mercado, se verifica también que se configurará un perjuicio fiscal, debido a que, asumiendo que todas o la gran mayoría de las operaciones del contribuyente se encuentran

gravadas con el Impuesto a la Renta, la menor rentabilidad de la empresa habrá generado un menor Impuesto a la Renta en el país.

- (ii) El segundo escenario (columna de la derecha) ocurre por ejemplo cuando el contribuyente obtiene un incremento en la rentabilidad de sus operaciones ya sea por la disminución del precio en la adquisición de insumos o el incremento del precio en la venta de productos, siempre a empresas vinculadas.

En este escenario dicha menor rentabilidad podrá estar ocasionada también debido a una manipulación fiscal de precios de transferencia o rentas organizacionales o de economía.

Bajo los considerandos anteriores, se tiene que la utilización del margen neto transaccional originará que se verifique que la rentabilidad obtenida por la parte analizada será superior a la rentabilidad de mercado. Esta diferencia está compuesta no únicamente por el incremento por manipulación fiscal, sino también por las rentas organizacionales o de economía.

Una vez constatada la diferencia de la rentabilidad de la parte analizada con la rentabilidad de mercado, se verifica también que sí podrá configurarse un perjuicio fiscal que habilite un ajuste de precios de transferencia. Ello ocurrirá por ejemplo, en aquellos casos en los que el contribuyente que ve incrementada su rentabilidad se encuentra en un régimen diferencial del Impuesto a la Renta con menor gravamen; lo cual originará un ahorro fiscal a nivel de grupo. Asimismo, el perjuicio fiscal podrá ocurrir también cuando el contribuyente tenga pérdidas de ejercicios anteriores que pueda compensar, evitando así su caducidad (lo cual tendrá el efecto del diferimiento de Impuesto a nivel de grupo).

A partir del análisis de estos dos escenarios, se derivan las siguientes consideraciones:

- El principio de igualdad exigiría que todas las rentas y pérdidas de economía habiliten ajustes de precios de transferencia, se configure o no un perjuicio fiscal. Sin embargo, la normativa peruana únicamente habilita el ajuste sobre las rentas y pérdidas de economía en aquellos casos en lo que existe un perjuicio fiscal.

Tal como desarrollamos anteriormente, la justificación de la existencia de la regla del perjuicio fiscal es el deber de contribuir derivado del principio de solidaridad, que propugna el deber de los contribuyentes, cumplidores de sus obligaciones o no, de soportar cargas incluso sustantivas cuando ello sea necesario para alcanzar objetivos extrafiscales como la lucha contra la evasión fiscal.

- Las normas sustantivas de precios de transferencia peruanas habilitan el ajuste de precios de transferencia en aquellos casos en los que se presenta una manipulación de precios con fines fiscales.

Este efecto, puede ser explicado a través del deber de contribuir derivado del principio de solidaridad, según el cual los tributos y obligaciones tributarias sustantivas pueden ser utilizados con fines extrafiscales, como son el de la lucha contra la evasión fiscal.

Asimismo, este efecto puede ser explicado también con el principio de igualdad. En efecto, cuando ocurre una manipulación fiscal de precios de transferencia, las empresas vinculadas arriban a un precio al que comercialmente jamás podrían arribar empresas independientes, toda vez las empresas independientes no están

dispuestas a sacrificar su rentabilidad en aras de generar ahorros fiscales a su contraparte.

A continuación presentamos un cuadro en el que se resumen los diversos efectos que surgen de la aplicación de las normas sustantivas de precios de transferencia y los principios que los explican:

Supuestos		Efecto	Principios que explican este efecto
Renta o pérdida de economía	Perjuicio al fisco	Procede un ajuste	Igualdad
Renta o pérdida de economía	No perjuicio al fisco	No procede un ajuste	Deber de contribuir
Manipulación fiscal	Perjuicio al fisco	Procede un ajuste	Igualdad y deber de contribuir

A partir de lo anterior, es claro que las normas sustantivas de precios de transferencia de la LIR tienen como naturaleza a los principios de igualdad y al deber de contribuir.

2.4. Caracterización del estándar arm's length en las normas sustantivas de precios de transferencia peruanas

Una vez verificadas las estructuras normativas y la naturaleza de las normas sustantivas de precios de transferencia peruanas, es indispensable reconocer las opciones legislativas que se plasmaron en ellas a fin de realizar una caracterización del régimen de precios de transferencia peruano.

Para este fin, se realiza un breve catálogo de las distintas características que consideramos esenciales en la diferenciación de regímenes de precios de transferencia en diferentes países y en las Guías OCDE, para luego distinguir las principales características del régimen peruano.

2.4.1. Diferentes estándares de normas de precios de transferencia

En primer lugar, es importante reconocer que el hecho de que en un país se desarrollen normas de precios de transferencia no significa a priori que dicho país haya adoptado el estándar *arm's length*.

En efecto, como vimos anteriormente, Mitchell Carroll en el informe preparado para la Liga de Naciones puso en evidencia que los precios de transferencia fueron regulados por los distintos países de maneras muy diversas, identificándose tres grandes opciones legislativas:

- El método de contabilidad separada, que dio origen a las regulaciones actualmente conocidas bajo el nombre de principio *arm's length*.
- Los métodos empíricos.
- El método de fraccionamiento, al cual se le conoce actualmente como el método de fórmula de prorrateo (o *formulary apportionment*, por su denominación en inglés).

De esta manera, se tiene que pueden existir distintos estándares para la determinación sustantiva de los valores de las transacciones al interior de un grupo empresarial, dentro de las cuales pueden identificarse al estándar *arm's length* y al de fórmula de prorrateo.

En la actualidad, el estándar más difundido en el mundo es el estándar *arm's length*, siendo muy pocos los países que no lo adoptan, bien sea porque no han desarrollado normas particulares de precios de transferencia, o bien porque han adoptado un estándar distinto, como es el caso de Brasil.

2.4.2. Diferentes concepciones del estándar *arm's length*

No poca bibliografía define el estándar *arm's length* automáticamente a partir del párrafo 1 del Artículo 9 del “Modelo de convenio tributario sobre la renta y el patrimonio” de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (Modelo OCDE).

Esta consciente o no consciente adhesión se debe a la influencia que actualmente tiene OCDE en muchos países y además a la técnica adoptada en las Guías OCDE, en donde de forma categórica se brinda una definición de un denominado “principio” *arm's length* con pretensiones universales. Esta declaración del principio *arm's length* por parte de OCDE se encuentra en el párrafo 1.6 de las Guías OCDE y dice lo siguiente:

B. Declaración del principio de plena competencia

B.1 Artículo 9 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE

1.6 La declaración que otorga carácter oficial al principio de plena competencia se encuentra en el apartado 1 del artículo 9 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, que constituye la base de la negociación de los convenios fiscales bilaterales entre países miembros de la OCDE, y entre un número cada vez mayor de países no miembros. El artículo 9 dispone que:

“(Cuando)... dos empresas (asociadas) 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 someterse a imposición en consecuencia”.

Con el objeto de ajustar beneficios, tomando como referencia las condiciones que hubieran concurrido entre empresas independientes en operaciones comparables efectuadas en condiciones igualmente comparables (es decir, en una “operación no vinculada comparable”) el objeto del principio de plena competencia es tratar a los miembros de un grupo multinacional como si operaran como empresas independientes en lugar de como partes inseparables de una sola empresa unificada. Dado que el criterio de entidad independiente considera a los integrantes de un grupo multinacional como si fueran empresas independientes, la atención se centra en la índole de las operaciones que realizan entre sí y en si las condiciones en las que las realizan difieren de las que concurrirían en operaciones no vinculadas comparables. Este análisis de las operaciones vinculadas y no vinculadas, al que nos referiremos como “análisis de comparabilidad”, es la esencia de la aplicación del principio de plena competencia. (...).

De esta definición se ha entendido que lo primordial para este estándar es comparar las relaciones (concepto que comprendería a los precios o beneficios) entre las empresas asociadas, con las relaciones entre empresas independientes en condiciones similares. En ese sentido, el principio arm's length trata a las empresas asociadas de una empresa multinacional, como entidades independientes y no como un ente único.

Ahora bien, a fin de profundizar el estudio del estándar arm's length es necesario preguntarse si es que existe un único estándar o una variedad de estos.

Como habíamos visto anteriormente, el Reporte Carroll identificó en el año 1933 que existían diversos métodos que venían siendo utilizados en el mundo para afrontar el problema de la manipulación de precios de transferencia. Entre dichos métodos se encontraban principalmente a los que ahora conocemos como el arm's length y formula de prorrateo.

Una vez publicado dicho reporte, este tuvo como consecuencia directa la adopción del Artículo 9 del Modelo OCDE. A partir de ese momento, la adopción del método arm's length se expandió alrededor del mundo por sobre el resto de métodos descritos por Carroll.

Ahora bien, esta expansión no se realizó de forma uniforme, sino que se originaron distintas concepciones del estándar arm's length en las diferentes legislaciones nacionales del mundo. No obstante, antes de ver cada una de estas concepciones cabe preguntarse cuáles fueron las razones de que existan estas distintas concepciones.

Al respecto, de acuerdo a lo indicado por Marta Pankiv (Pankiv, 2017: 33 y 34), la razón de esta diferencia habría sido la naturaleza casuística y no principista de las Guías OCDE.

En efecto, una vez que el estándar arm's length había sido concretizado en el Artículo 9 del Modelo OCDE, ni el referido modelo ni sus comentarios habían establecido detalles acerca de cómo debía aplicarse en la realidad. Para cumplir esta función se desarrollaron las Guías OCDE. Sin embargo, dichas guías siguiendo la metodología estadounidense optaron por realizar un desarrollo primordialmente basado en reglas para

transacciones específicas, en lugar de desarrollar el arm's length como principio general.

Esto tuvo como consecuencia que exista una incompleta interpretación por parte de OCDE del estándar arm's length; lo cual originó que los distintos países desarrollaran el estándar bajo sus propias concepciones y muchas veces alejándose de lo indicado en las Guías OCDE.

Desde esta perspectiva histórica se advierte que a lo que se ha llamado estándar o principio arm's length es en realidad un grupo de soluciones normativas con rasgos similares para los problemas derivados de la manipulación de precios de transferencia.

Decimos “grupo de soluciones normativas”, debido a que hacen referencia a distintas normatividades de varias jurisdicciones, y “similares” porque estas soluciones normativas tienen rasgos comunes (aunque no necesariamente idénticos) que es lo que justifica llamar a cada conjunto de soluciones de forma singular como un “estándar arm's length”.

Esta necesaria reflexión se realiza a partir lo señalado por Jens Wittendorff, quien antes de describir de lo que se entiende por principio arm's length en distintos países, señala lo siguiente:

Actualmente el Derecho no puede a priori asumir un consenso internacional del principio arm's length, debido a que este principio es modelado e interpretado tanto por los derechos internos como por las organizaciones internacionales, principalmente por la OCDE. En tal sentido, el concepto arm's length debe derivarse directamente de la base legal del principio arm's length (Wittendorff, 2010: 293)¹⁸.

¹⁸ Traducción libre del siguiente texto: “*The estate of the law cannot a priori be assumed to be characterized by international consensus, since the arm's length principle is shaped and interpreted by both domestic tax law and*”

De forma similar, Gemma Sala Galvañ señala que el estándar *arm's length* se ha concretado de diversas formas en las diferentes jurisdicciones, tanto en su interpretación y utilización, como en las consecuencias jurídicas de su aplicación (Sala, 2003: 132).

Por su parte Jean Pierre Le Gall destaca que el estudio y análisis de *arm's length* debe ser consciente de las motivaciones políticas detrás de él y las diferentes concepciones que ello origina, no siendo ninguna de ellas a priori la correcta. Al respecto, dicho autor señala: "*Bajo el rótulo de métodos científicos, el principio arm's length funciona como una política nacionalista. Los abogados tributaristas deben estar conscientes de ello*" (Le Gall, 1994: 11)¹⁹.

Lo anterior permitirá explicar y encontrar sentido a las innumerables definiciones y términos que se encuentran en doctrina y bibliografía, nacional e internacional sobre los distintos alcances del estándar *arm's length*, y descarta asimismo un consenso pleno sobre el estándar o que alguna organización o país tenga el monopolio de su correcto entendimiento.

A fin de dar cuenta de lo anterior realizaremos un breve catálogo de las distintas concepciones en el mundo que se tiene del estándar *arm's length*.

international organizations, notably the OECD. The content of the concept must therefore be derived from the specific legal basis for the arm's length principle".

¹⁹ Traducción libre del siguiente texto: "*Under the cover of "scientific" methods, the arm's length principle functions as a nationalist policy. Tax lawyers must be aware of this*".

2.4.2.1. Concepciones del arm's length que dependen de si se aceptan o no razones comerciales para inaplicar ajustes de precios de transferencia

A partir de lo indicado en los trabajos de Gemma Sala y Jean Pierre Le Gall, el estándar arm's length puede clasificarse dependiendo de si las legislaciones internas aceptan o rechazan que el contribuyente pueda alegar la existencia de razones comerciales que justifiquen las diferencias de precios o resultados con los obtenidos por empresas independientes en condiciones normales de mercado, a efectos de que no se apliquen los ajustes de precios de transferencia.

Considerando lo anterior pueden identificarse tres tipos de concepciones: (i) la concepción anglosajona objetiva; (ii) la concepción continental de razonabilidad subjetiva; y, (iii) la concepción anglosajona de razonabilidad objetiva.

(a) La concepción anglosajona objetiva

La escuela anglosajona es la estandarizada en el régimen de precios de transferencia estadounidense que primó desde 1968 hasta antes de 1994 (Sala, 2003: 133), la cual se caracterizó en que la evaluación del precio o resultado controlado se realiza de forma automática aplicando los procedimientos de valoración. Si es que el resultado se encuentra fuera del rango de mercado, entonces se aplica un ajuste de precios de transferencia de forma automática, independientemente de si existió cualquier razón comercial que justifique dicha diferencia. Al respecto, Le Gall señala:

La aplicación del método anglosajón obviamente no considera la política de la gerencia de la empresa, ya que no evalúa sus decisiones. Bajo los

métodos anglosajones, si el precio de una transacción es diferente del supuestamente usado por los competidores o si los resultados se encuentran fuera del intervalo de resultados de los comparables, entonces automáticamente, bajo reglas mecánicas, se realiza el ajuste que supuestamente producirá el importe del beneficio que los precios arm's length habrían producido (Le Gall, 1994: 11)²⁰.

En este sentido, la concepción anglosajona objetiva presume que las condiciones normales de mercado se encuentran implícitamente consideradas a través de las muy detalladas reglamentaciones de precios de transferencia. De esta forma, las condiciones normales de mercado ya se encuentran determinadas a través de reglas específicas; lo cual maximiza el principio de seguridad jurídica (Sala, 2003: 133).

(b) La concepción anglosajona de razonabilidad objetiva

Esta concepción se encuentra recogida en los cambios de 1994 de la Regulación de la Sección 482 del Código Fiscal Interno de los Estados Unidos y en las Guías OCDE de 1995.

En dichas regulaciones, se habría adoptado un concepto neutro de precios de transferencia que toma en consideración que las diferencias de los precios de transferencia y los precios en el mercado abierto no se deben siempre a motivaciones de elusión fiscal, sino que estas pueden surgir a causa de circunstancias económicas en mercados imperfectos (Sala, 2003: 134).

²⁰ Traducción libre del siguiente texto: *“The application of “Anglo-Saxon” methods obviously does not take account of the policy of the manager of the Enterprise, since it does not evaluate the decisions. Under the Anglo-Saxon methods, if a transaction price is different from that of supposedly used by competitors or if the profit is outside the comparable profit interval, then automatically, under mechanical rules, an adjustments is made which is supposed to produce the amount of profit which arm’s length prices would have produced”.*

En este sentido, la diferencia de precios o resultados derivados de la aplicación de métodos de valoración de precios de transferencia no genera automáticamente la aplicación de ajustes de precios de transferencia, dado que se evalúa también si es que existieron razones comerciales objetivas que ocasionaron tales diferencias. No obstante, esta postura no acepta como motivos inhibidores del ajuste de precios de transferencia a los motivos comerciales subjetivos (Sala, 2003: 135).

En este punto es oportuno distinguir los motivos comerciales subjetivos de los objetivos:

- Los motivos comerciales objetivos comprenden a aquellos casos donde el origen de la diferencia radica en: (i) los distintos mercados geográficos en los que se desenvuelven las empresas; y, (ii) los efectos de estrategias de negocio particulares adoptadas por las empresas relacionadas con la introducción a mercados nuevos o el incremento de la cuota de mercado, las cuales justifican el incremento de costos y gastos, y la disminución de los precios de venta.
- Los motivos comerciales subjetivos comprenden a aquellos casos, distintos de los objetivos, en donde la causa de la diferencia radica en una decisión particular de la administración o en causas particulares de la empresa. Al respecto, Gemma Sala identifica como posibles motivaciones comerciales subjetivas a las siguientes: la conveniencia empresarial, el error comercial, la situación de pérdidas de la parte vinculada y los motivos de sinergia del grupo (Sala, 2003: 135)

Como indicamos, esta concepción es adoptada en la Regulación de la Sección 482 del Código Fiscal Interno de los Estados Unidos, lo cual se encuentra actualmente reflejado en el numeral 4, del inciso d, de la Regulación 1.482-1 de la referida sección. En dicha disposición se indica que, dependiendo de ciertos requisitos, el análisis de comparabilidad debe considerar el efecto: (i) de las estrategias de negocios relacionadas a la introducción de nuevos mercados o del incremento de cuotas en los ya presentes; y, (ii) de los diferentes mercados geográficos en los que se desempeñan la parte analizada y las comparables.

Al respecto, la referida regulación señala lo siguiente:

§1.482-1 Alocación de ingresos y deducciones entre contribuyentes

(...)

(d) Comparabilidad –

(...)

(4) Circunstancias especiales –

(i) Estrategias de cuotas de mercado. En ciertas circunstancias, los contribuyentes pueden adoptar estrategias para entrar a nuevos mercados o para incrementar la cuota de productos en un mercado ya presente (estrategia de cuotas de mercado). Dicha estrategia podría ser reflejada por el incremento temporal de los gastos de desarrollo o los precios de venta temporalmente menores que los precios cargados a los precios de los productos comparables en el mismo mercado. Si la estrategia se refleja o no en el precio de transferencia depende de qué parte de la transacción controlada asume los costos de la estrategia. (...)

(ii) Diferentes mercados geográficos –

(A) En general. Comparables no controlados ordinariamente pueden derivarse de los mercados geográficos en donde el contribuyente controlado

opera, porque pueden existir diferencias significativas en condiciones económicas en mercados diferentes. (...) ²¹.

Por su parte, las Guías OCDE de 1995 recogen también esta concepción, lo cual puede apreciarse en: (i) el párrafo 1.5 que, luego de describir la posibilidad de que las transacciones al interior de un grupo empresarial pueden estar fuertemente provistas de independencia y negociación, señala que la prueba de una fuerte negociación no acredita que el resultado cumpla con el principio *arm's length*; y, (ii) el párrafo 3.4 que señala que en la aplicación de los métodos basados en utilidades, la menor rentabilidad de una empresa no justifica la aplicación de un mayor tributo cuando ello se sustenta en razones comerciales.

Al respecto, dichos párrafos 1.5 y 3.4 de las Guías OCDE de 1995 señalan lo siguiente:

1.5 No se debería suponer que las condiciones establecidas en las relaciones comerciales y financieras entre empresas asociadas se desvían invariablemente respecto de las que demandaría el mercado libre. Las empresas asociadas de los

²¹ Traducción propia del siguiente texto:

“§ 1.482-1 *Allocation of income and deductions among taxpayers.*

(...)

(d) *Comparability* –

(...)

(4) *Special circumstances* –

(i) *Market share strategy.* *In certain circumstances, taxpayers may adopt strategies to enter new markets or to increase a product's share of an existing market (market share strategy). Such a strategy would be reflected by temporarily increased market development expenses or resale prices that are temporarily lower than the prices charged for comparable products in the same market. Whether or not the strategy is reflected in the transfer price depends on which party to the controlled transaction bears the costs of the pricing strategy. (...)*

(ii) *Different geographic markets -*

(A) *In general. Un controlled comparables ordinarily should be derived from the geographic market in which the controlled taxpayer operates, because there may be significant differences in economic conditions in different markets”.*

grupos multinacionales en ocasiones tienen un grado de autonomía considerable y, a menudo, negocian entre sí como si fueran empresas independientes. En sus relaciones con terceros y con empresas asociadas, las empresas se ajustan a las situaciones económicas derivadas de las condiciones de mercado. Por ejemplo, los directivos locales pueden estar interesados en conseguir unos buenos resultados y, por tanto, no fijarían precios que redujeran los beneficios de sus propias empresas. Las administraciones tributarias deben tener presentes estas consideraciones con el objeto de facilitar una asignación eficiente de sus recursos a la hora de seleccionar y llevar a cabo comprobaciones de precios de transferencia. En ocasiones puede suceder que la relación entre las empresas asociadas influya en el resultado de la negociación. Por tanto, la evidencia de condiciones de negociación duras no es suficiente, por sí sola, para determinar que las operaciones se realizan en condiciones de plena competencia.

2.7 Los métodos basados en los resultados no deben aplicarse nunca de forma que generen una sobreimposición de las empresas básicamente porque sus beneficios sean inferiores a la media, ni de forma que generen una menor imposición a aquellas empresas que obtienen un nivel de beneficios superior a la media. En el marco del principio de plena competencia no es justificable aplicar un impuesto adicional sobre las empresas que obtienen resultados más pobres que la media o, al contrario, una imposición menor sobre las empresas cuyos resultados son mejores que la media, cuando la razón de sus resultados, positivos o negativos, es atribuible a factores comerciales”²².

²² Traducción oficial de OCDE recogida de las Guías OCDE de 2010, a partir del siguiente texto de las Guías OCDE de 1995:

“1.5 It should not be assumed that the conditions established in the commercial and financial relations between associated enterprises will invariably deviate from what the open market would demand. Associated enterprises in MNEs commonly have a considerable amount of autonomy and often bargain with each other as though they were independent enterprises. Enterprises respond to economic situations arising from market conditions, in their relations with both third parties and associated enterprises. For example, local managers may be interested in establishing good profit records and therefore would not want to establish prices that would reduce the profits of their own companies. Tax administrations should bear in mind that MNEs from a managerial point of view have an incentive to use arm’s length prices to be able to judge the real performance of their different profit centers. Tax administrations should keep these

Actualmente, el párrafo 1.5 se mantiene igual en las Guías OCDE de 2017; mientras que el mismo contenido del párrafo 3.4 se encuentra ahora en el párrafo 2.7 de las Guías OCDE de 2017.

(c) La concepción continental de razonabilidad subjetiva

Esta concepción es particularmente prevalente en Europa, representada principalmente por las legislaciones francesa, alemana, danesa, belga, suiza, y otras y en ella el estándar arm's length consiste básicamente en evaluar la decisión empresarial considerando las circunstancias económicas del estado real del mercado (Le Gall, 1994: 10), incluyéndose así las circunstancias comerciales subjetivas y objetivas.

La postura europea es explicada por Le Gall citando la carta de 1992 dirigida por la Secretaría de la Cámara de Comercio Internacional al Secretario de Estado Estadounidense, en donde se defendió la postura europea en contraposición a la concepción anglosajona objetiva que primó en los Estados Unidos desde 1968 hasta antes de 1994.

Al respecto, Le Gall cita la referida carta de la siguiente forma:

considerations in mind to facilitate efficient allocation of their resources in selecting and conducting transfer pricing examinations. Sometimes, it may occur that the relationship between the associated enterprises may influence the outcome of the bargaining. Therefore, evidence of hard bargaining alone is not sufficient to establish that the dealings are at arm's length.

3.4 In no case should transactional profit methods be used so as to result in over-taxing enterprises mainly because they make profits lower than the average, or in under-taxing enterprises that make higher than average profits. There is no justification under the arm's length principle for imposing additional tax on enterprises that are less successful than average when the reason for their lack of success is attributable to commercial factors".

Los europeos discrepan de los métodos arriba mencionados y proponen un análisis diferente del principio arm's length. La discrepancia y el análisis están perfectamente expresados en la carta del 11 de mayo de 1992 dirigida por la secretaria de la Cámara de Comercio Internacional a la Secretaria de Estado de los Estados Unidos y a la señora Schivener:

“En este contexto, la ICC ha estudiado cuidadosamente las regulaciones propuestas porque la publicación concierne en los círculos comerciales internacionales en Estados Unidos y en todo lugar. La ICC comparte estas preocupaciones. Nuestro análisis muestra claramente que, lejos de establecer un estándar legítimo para el ajuste de precios basado en referencia a provisiones contractuales y contribuyentes no controlados ejerciendo un criterio comercial razonable, las propuestas dejan de lado el estándar de competencia plena para una gran variedad de transacciones y la reemplazan por un criterio artificial, imposible de aplicar, que no refleja la realidad económica ni los principios comerciales normales ni las practicas que tratan a los contribuyentes controlados y no controlados diferentemente”.

El ejercicio del juicio comercial razonable, según la carta, refiere a un concepto fundamental que está descrito en muchos países europeos: el “gerente comercial razonable” (Alemania, Luxemburgo, Dinamarca), el “acto anormal de gerenciamiento” (Francia y Bélgica) y “todo otro análisis del comportamiento del empresario” (Suiza). Dejando de lado las diferencias, la idea es siempre la misma: los precios entre empresas afiliadas son precios competitivos siempre que el empresario los haya fijado a un nivel normal tomando en consideración las circunstancias apropiadas de las transacciones consideradas en el estado del mercado general (Le Gall, 1994: 9-10)²³.

²³ Traducción libre del siguiente texto:

The European disagrees with the above methods and proposes an analysis which is appreciably different from the arm's length principle. Both the disagreement and the analysis are perfectly expressed in a letter of 11 May

En estos sistemas, los métodos de valoración de precios de transferencia constituyen un primer paso. Sin embargo, cualquier diferencia en los precios o márgenes entre la parte analizada y los comparables no significa la automática aplicación del ajuste de precios de transferencia, sino que es necesaria a continuación la evaluación de si dicha diferencia se debió a causas comerciales objetivas y subjetivas. De esta forma, estos sistemas privilegian principalmente el principio de capacidad contributiva (Sala, 2003: 133-134).

Claro ejemplo de esta concepción del principio arm's length la apreciamos en el régimen francés de 1973. De acuerdo a la descripción realizada por Gemma Sala, en dicho país el régimen de precios de transferencia nació en 1933 con el Artículo 57 del Código Tributario General Francés. Según Le Gall, dicho artículo indica lo siguiente:

1992 addressed by the Secretary of the International Chamber of Commerce to the American Secretary of State and to Mrs Schivener:

"In this context, the ICC has carefully studied the proposed regulations because of the concerns that their publication has aroused in international business circles in the USA and elsewhere. The ICC fully shares these concerns. Our analysis shows clearly that, far from establishing a legitimate standard for a price adjustment based on a reference to contractual provisions which non-controlled taxpayers exercising sound commercial judgement would have agreed to and treating controlled taxpayers and others the same way, these proposals set aside the standard of full competition for a wide variety of transactions and replace it with artificial criteria, impossible to apply, which do not reflect economic reality or normal commercial principles and practices and which treat controlled taxpayers and non-controlled taxpayers differently"

The exercise of sound commercial judgement, as meant by this letter, refers to a fundamental concepto which may be found variously described in many European countries: the "sound business manager" (Germany, Luxembourg, Denmark), the "abnormal act of management" (France and Belgium) or "all other analyses of the behaviour of the entrepreneur" (Switzerland). Despite different nuances, the idea is always the same: the prices between affiliated enterprises are competitive prices only if the entrepreneur has fixed them at a normal level taking into account the circumstances appropriate to the transactions considered and the general state of the market.

En la determinación de renta imponible de los beneficios de empresas controladas establecidas fuera de Francia, la renta que es la transferida indirectamente a estas, sea por el incremento o decremento de precios, o por otras causas, será restituida a los resultados comerciales representados en sus registros (Le Gall, 1994)²⁴.

De esta forma, el Artículo 57° habría introducido el estándar arm's length en la legislación francesa, de forma similar a lo señalado en el Artículo 9° del Modelo OCDE (Monsenego y Robert, 2016: s/n).

Este artículo se habría mantenido igual hasta 1981, cuando se introdujo un segundo párrafo, en donde se extendió el tratamiento de precios de transferencia a operaciones donde estén involucrados paraísos fiscales (Sala, 2003: 194).

Este artículo fue desarrollado en la Circular del Consejo de Estado de 1973, complementada en los años 1983 y 1985, a través del cual se señala que el traslado de beneficios se realiza únicamente con la subvaluación de precios de venta de bienes, sobrevaluación de costos en los pagos por bienes, asunción de gastos de terceros, pagos de regalías excesivas, pago de intereses excepcionales o su condonación (Sala, 2003: 194).

De la misma manera, a través de la Circular se indicó que el Artículo 57 establece una presunción que puede ser desvirtuada bajo las siguientes dos circunstancias:

²⁴ Traducción libre del siguiente texto: *"In assessing income tax due by undertakings which are controlled by or which control enterprises established outside France, the income which is indirectly transferred to the latter, either by increasing or decreasing purchase or sales price, or by any other means, shall be restored to the trading results shown in the accounts. The same procedure is followed with respect to undertakings which are controlled by an enterprise or a group of enterprises also controlling undertakings located outside France"*.

- (i) Cuando se verifica que los beneficios concedidos corresponden a ventajas recíprocas (Sala, 2003: 195).
- (ii) Cuando el beneficio concedido obedeció a motivos comerciales objetivos y subjetivos; los cuales comprenden: estrategias comerciales, control de precios estatal, conveniencia empresarial, mantenimiento de la reputación comercial, errores de gestión, entre otros (Sala, 2003: 195-196).

A partir de ello, se deduce que el régimen de precios de transferencia francés originalmente tenía como propósito combatir la elusión fiscal, motivo por el cual, en los casos en los que se detectan diferencias entre los precios controlados y no controlados, se evita el ajuste de precios de transferencia cuando se acredita que la diferencia se debe a motivos comerciales objetivos y subjetivos. Al respecto, sobre el régimen de precios francés Gemma Sala indica que *“la Administración se basa en el principio arm’s length para determinar la existencia o no de una transferencia indirecta de beneficios al extranjero y al detectar una diferencia cuantitativa entre el precio de transferencia declarado y el valor normal de mercado, el sujeto pasivo puede destruir la presunción que conlleva el ajuste fiscal alegando cualquier tipo de motivo empresarial”* (Sala, 2003: 196).

Asimismo, se evidencia que, a pesar de que la Administración utiliza el estándar arm’s length para determinar si la base imponible de las empresas relacionadas, se admite la acreditación de motivos empresariales objetivos y subjetivos como supuestos inhibidores de la aplicación de ajustes de precios de transferencia; lo cual implica la sustitución del principio arm’s length por el principio de hombre diligente de negocios (Sala, 2003: 196-197).

Actualmente, esta concepción mantiene vigencia a través de la concepción del *arm's length* defendida por la Corte de Justicia de la Unión Europea. Según describe Marta Pankiv, la Corte enfatiza que el *arm's length* consiste en una herramienta para combatir “acuerdos artificiosos” lo cual conlleva a que cualquier desviación de los precios o resultados de independientes pueda ser justificada con razones comerciales debidamente probadas, a efectos de que no se realice el ajuste de precios de transferencia (Pankiv, 2017: 35).

2.4.2.2. Concepciones del *arm's length* que dependen de si se requiere que exista un perjuicio fiscal para la aplicación de ajustes de precios de transferencia

De acuerdo a las observaciones de Adolfo Martín Jiménez y José Manuel Calderón, pueden identificarse concepciones del estándar *arm's length* que dependen de si las legislaciones internas prevén el requisito de que exista un perjuicio al fisco a fin de que proceda un ajuste de precios de transferencia.

Considerando lo anterior pueden identificarse dos tipos de concepciones: (i) la concepción antielusiva que requiere el perjuicio al fisco; (ii) la concepción valorativa que no requiere del perjuicio al fisco.

- (a) La concepción que sujeta el ajuste de precios de transferencia al perjuicio al fisco

Bajo esta concepción, el estándar *arm's length* únicamente ocasiona un ajuste de precios de transferencia si es que se verifica que las operaciones controladas ocasionaron un perjuicio al fisco, lo cual haría presumir la intención antielusiva de los contribuyentes. En este sentido, los

ajustes de precios de transferencia son en esta concepción una facultad de la Administración.

Esta concepción habría estado presente en el régimen de precios de transferencia español de la Ley 43/1995, analizada por los autores. Ello se deriva del estudio de los autores Adolfo Martín Jiménez y José Manuel Calderón Carrero.

De acuerdo a estos autores, la Ley 43/1995 habilita la determinación de ajustes de precios de transferencia siempre que existan pérdidas netas en la recaudación tributaria. Es decir, proceden los ajustes de precios de transferencia únicamente si es que se verifica un perjuicio al fisco. En ese sentido, los autores concluyen que esta ley estuvo diseñada como una norma de naturaleza antielusiva que contiene una facultad para la Administración para ajustar el valor de las operaciones, siempre que se advirtiesen pérdidas netas en la recaudación tributaria, presumiéndose la intención elusiva del contribuyente (Martín y Calderón, 2013: 39-40).

(b) La concepción que no sujeta el ajuste de precios de transferencia al perjuicio al fisco

Esta concepción del estándar *arm's length* rechaza condicionar el ajuste de precios de transferencia a los supuestos de perjuicio fiscal, estableciendo así que dicho ajuste procede de forma obligatoria y no ya como una facultad de la Administración.

La concepción bajo análisis está presente en el régimen de precios de transferencia español de la Ley 36/2006, que entró en vigor a partir del día 1 de diciembre de 2006 (y que dejó sin efecto la Ley 43/1995). De acuerdo a lo indicado por Adolfo Martín Jiménez y José Manuel Calderón Carrero, esta normativa adoptó un enfoque minimalista, al contener una

declaración principista del estándar arm's length dejando el desarrollo de este a las Directrices de OCDE a través de una remisión implícita a ellas (Martín y Calderón, 2013: 78-79).

En efecto, los autores arriban a esta conclusión sobre la base de lo indicado en la Exposición de Motivos de la Ley 36/2006, la cual contiene una adopción del principio arm's length y una remisión a las Directrices OCDE. Sobre ello, la Exposición de Motivos, citada por los referidos autores, indica lo siguiente:

Por lo que afecta a la imposición directa, dicha reforma [del art. 16 TRLIS] tiene dos objetivos. El primero referente a la valoración de estas operaciones según precios de mercado, por lo que de esta forma se enlaza con el criterio contable existente que resulta de aplicación en el registro de cuentas anuales individuales de las operaciones reguladas en el art. 16 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo. En ese sentido, el precio de adquisición por el cual han de registrarse contablemente estas operaciones debe corresponderse con el importe que sería acordado por personas o entidades independientes en condiciones de libre competencia, entendiendo por el mismo el valor de mercado, si existe un mercado representativo o, en su defecto, el derivado de aplicar determinados modelos y técnicas de general aceptación y en armonía con el principio de prudencia. [...].

El segundo objetivo es adaptar la legislación española en materia de precios de transferencia al contexto internacional, particular a las directrices de la OCDE sobre la materia y al Foro europeo sobre precios de transferencia, a cuya luz debe interpretarse la normativa modificada. De esta manera, se homogeneiza la actuación de la Administración tributaria española con los países de nuestro entorno, al tiempo que además se dota a las actuaciones de comprobación de una mayor seguridad al regularse la obligación de documentar por el sujeto pasivo la determinación del valor de

mercado que se ha acordado en las operaciones vinculadas en la que interviene (Martín y Calderón, 2013: 83).

Esta pretendida intención del legislador de adaptarse a las Guías OCDE habría motivado a eliminar a través de la Ley 36/2006 el requisito de la existencia de pérdidas netas en la recaudación para aplicar el ajuste de valor de mercado. En ese sentido, el estándar arm's length pasaba de ser una facultad de la Administración a una obligación tanto para la Administración como para los contribuyentes (Martín y Calderón, 2013: 40).

2.4.2.3. Concepciones del arm's length que dependen del criterio de jerarquías de los métodos de valoración de precios de transferencia

(a) Concepción del estándar arm's length que establece una jerarquía entre los métodos de valoración

Esta concepción se encuentra presente en la versión de las Guías OCDE de 1995. Bajo esta concepción los métodos de valoración son preferibles en el siguiente orden (Cottani, 2016: s/n):

- (i) En primer lugar, el método del precio comparable no controlado.
- (ii) En segundo lugar, los métodos tradicionales, que son el de precio de reventa y el de costo incrementado.
- (iii) En tercer lugar, los métodos restantes, que son el de partición de utilidades, el margen neto transaccional y otros.

Lo anterior se encuentra reflejado en los párrafos 2.7 y 3.49 de las Guías OCDE de 1995. Al respecto, dichos párrafos indican lo siguiente:

2.7 (...). Donde sea posible localizar transacciones comparables no controladas, el método del precio comparable no controlado es el más directo y confiable para aplicar el principio “arm’s length”. Consecuentemente, en dichos casos el método del precio comparable no controlado es preferible sobre todos los otros métodos²⁵.

3.49 Los métodos transaccionales tradicionales son preferibles sobre los métodos transaccionales basados en utilidades para establecer si un precio de transferencia se encuentra a arm’s length, por ejemplo si existe una condición especial que afecta el nivel de utilidades entre empresas asociadas. A la fecha, la experiencia práctica ha mostrado que en la mayoría de casos, es posible aplicar los métodos transaccionales tradicionales²⁶.

- (b) Concepción del estándar arm’s length que no establece ninguna jerarquía entre los métodos de valoración

Esta concepción es la seguida en la versión de las Guías OCDE de 2010. Bajo esta concepción no existe una jerarquía de los métodos de valoración, sino en cambio se exige aplicar al caso concreto el método

²⁵ Traducción libre del siguiente texto:

“2.7. (...) Where it is possible to locate comparable uncontrolled transactions, the CUP Method is the most direct and reliable way to apply the arm’s length principle. Consequently, in such cases the CUP Method is preferable over all other methods”.

²⁶ Traducción libre del siguiente texto:

“3.49 Traditional transaction methods are to be preferred over transactional profit methods as a means of establishing whether a transfer price is at arm’s length, i.e. whether there is a special condition affecting the level of profits between associated enterprises. To date, practical experience has shown that in the majority of cases, it is possible to apply traditional transaction methods”.

más apropiado, sin que sea necesario demostrar que otros métodos no sean adecuados para el caso concreto.

Dicha concepción se encuentra recogida en el párrafo 2.2 de las Guías OCDE de 2010, traducidas al español por el Instituto de Estudios Fiscales, de la siguiente manera:

2.2 La selección de un método de determinación de precios de transferencia aspira en todos los casos a la selección del método más apropiado para las circunstancias concretas analizadas. Para que así sea, el proceso de selección debe ponderar las ventajas e inconvenientes de los métodos aceptados por la OCDE, la corrección del método considerado en vista de la naturaleza de la operación vinculada (determinada mediante un análisis funcional), la disponibilidad de información fiable (en concreto sobre comparables no vinculados) necesaria para aplicar el método seleccionado u otros, y el grado de comparabilidad entre las operaciones vinculadas y no vinculadas (incluyendo la fiabilidad de los ajustes de comparabilidad necesarios para eliminar las diferencias importantes que existan entre ellas). No existe un único método apropiado para todas las situaciones, y tampoco es necesario demostrar que un método concreto no es adecuado atendiendo a las circunstancias analizadas.

Cabe señalar que esta concepción se encuentra también reconocida en la legislación norteamericana. Sin embargo, no es idéntica a la concepción de las Guías de OCDE 2010, toda vez que la regulación de precios de transferencia americana concibe excepciones al criterio del método más apropiado (Cottani, 2016: s/n).

2.4.2.4. Concepciones del arm's length que dependen de las posibilidades de desconocer y recalificar operaciones

La posibilidad de recharacterizar operaciones y los supuestos habilitantes para ellos definen también diversas concepciones del arm's length. A partir de este criterio se tienen las siguientes concepciones:

- (a) Concepción del arm's length que habilita el desconocimiento y recalificación de operaciones en supuestos excepcionales

Esta concepción es la recogida en las Guías OCDE de 1995. La descripción de esta concepción puede identificarse de la descripción que hace el miembro del equipo de precios de transferencia de la Administración Tributaria de los Países Bajos Mirjam Koomen de los supuestos habilitadores de recalificación de operaciones en las Guías OCDE de 1995.

De acuerdo a este autor, y partiendo de lo indicado en los párrafos 1.36 a 1.38 de las Guías OCDE de 1995 y que se mantuvieron en los párrafos 1.64 a 1.66 de las Guías OCDE de 2010, ordinariamente las Administraciones Tributarias al realizar evaluaciones de precios de transferencia no se encuentran habilitadas para recalificar operaciones, salvo dos supuestos particulares (Koomen, 2016: 230 y 231):

- (i) Cuando la sustancia económica de la transacción difiere de la forma.

Ahora bien, debido al ejemplo sobre este supuesto que se proporciona en las Guías OCDE de 1995, se ha entendido que está estrechamente relacionado a casos de subcapitalización de empresas (Koomen, 2016: 231).

- (ii) Cuando la sustancia económica y la forma de la transacción son las mismas. Sin embargo, los acuerdos realizados relacionados a la transacción, vistos en su totalidad:

- Difieren de los acuerdos que habrían adoptado empresas independientes actuando racionalmente.
- La estructura adoptada impide a la Administración determinar los precios de transferencia apropiados (Koomen, 2016: 231).

En relación a la aplicación histórica de este supuesto se identifica que este está relacionado a la regla americana conocida como “*commensurate with income*” (Koomen, 2016: 231), que, como vimos en el acápite correspondiente a la evolución de los precios de transferencia en los Estados Unidos de América, correlaciona los precios de transferencia en el tiempo con la evolución de los ingresos en contratos a largo plazo.

Al respecto, los párrafos 1.64 a 1.66 de las Guías OCDE de 2010 traducidas por el Instituto de Estudios Fiscales, que mantienen lo contenido en los párrafos 1.36 a 1.38 de las Guías OCDE de 1995, señalan lo siguiente:

- 1.64 La comprobación por parte de una administración tributaria de una operación vinculada debe basarse normalmente en las operaciones realmente efectuadas por las empresas asociadas, tal y como estas las hayan estructurado, utilizando los métodos que los contribuyentes han aplicado, siempre que sean coherentes con los descritos en el Capítulo II. Salvo en casos excepcionales, las administraciones tributarias no deben ignorar las operaciones reales ni sustituirlas por otras. La reestructuración de operaciones empresariales legítimas constituiría un ejercicio totalmente arbitrario, agravado por la doble imposición que se generaría cuando la otra administración tributaria no comparta el mismo punto de vista sobre cómo debería estructurarse la operación.

1.65 Sin embargo, hay dos circunstancias particulares en las que, excepcionalmente, puede resultar apropiado y legítimo que la administración tributaria ignore la estructura planteada por el contribuyente para la realización de la operación vinculada. La primera circunstancia surge cuando la sustancia económica de la operación difiere de su forma. En tal caso, las administraciones tributarias pueden ignorar la calificación que las partes hayan otorgado a la operación y recalificarla de acuerdo con su sustancia. Un ejemplo podría ser una inversión en una empresa asociada en forma de préstamo con devengo de intereses cuando, en plena competencia, en función de las circunstancias económicas de la sociedad prestataria, no cabría esperar que la inversión adoptara esa forma. En este caso sería oportuno que la administración tributaria calificase la inversión de acuerdo con su sustancia económica, con el resultado de considerar el préstamo como una suscripción de capital. La segunda circunstancia surge cuando, coincidiendo la forma y el fondo de la operación, los acuerdos relativos a la misma, valorados globalmente, difieren de los que habrían suscrito empresas independientes que actuaran de modo racional desde un punto de vista comercial y su estructura real impide en la práctica que la administración tributaria determine el precio de transferencia apropiado. Un ejemplo de esta segunda circunstancia podría ser una venta mediante un contrato a largo plazo en el que se realiza un pago único a cambio de un derecho ilimitado sobre la propiedad intelectual que resulte de investigaciones futuras durante la vigencia del contrato (como se indicó anteriormente en el párrafo 1.11). Mientras que en este caso parece oportuno respetar la calificación de la operación como una transmisión de activo comercial, sin embargo sería apropiado que la administración tributaria ajustara las condiciones del contrato en su totalidad (y no únicamente en lo que a la fijación del precio respecta) de acuerdo con las que hubiera sido razonable esperar si la transmisión del activo hubiera constituido el objeto de una operación entre empresas independientes. Así, en el caso

descrito, sería apropiado que la administración tributaria ajustara, por ejemplo, las condiciones del acuerdo de manera racional desde un punto de vista comercial, como si se tratara de un acuerdo permanente de investigación.

1.66 En ambos conjuntos de circunstancias, el carácter de la operación puede provenir de las relaciones entre las partes, más que de las condiciones comerciales habituales, y puede haber sido estructurada por el contribuyente para eludir o minimizar impuestos. En tales casos, todas las cláusulas serían el resultado de una condición a la que no se habría llegado si las partes hubieran negociado en condiciones de plena competencia. De este modo, el artículo 9 permitiría un ajuste en las condiciones para reflejar aquellas a las que las partes se hubieran atendido en caso de que la operación se hubiera estructurado de acuerdo con la realidad económica y comercial de quienes negocian en un contexto de plena competencia.

(b) Concepción del arm's length que habilita el desconocimiento y recalificación de operaciones con una cláusula general

Las Guías OCDE de 2017, modificadas recogiendo los cambios propuestos por el Reporte Final de las Acciones 8-10 del Plan BEPS, establecen la posibilidad de desconocer y recalificar operaciones cuando los acuerdos arribados vistos en conjunto, difieren de los acuerdos a los que habrían arribado empresas independientes bajo un criterio comercialmente racional, considerando:

- Circunstancias y condiciones comparables.
- Las opciones disponibles que tenía cada parte al momento de celebrar la transacción.

- Si es que las transacciones arribadas colocan al grupo empresarial con una base imponible menor a la que hubieran arribado partes independientes.

Al respecto, el párrafo 1.122 del Reporte Final de las Acciones 8-10 del Plan BEPS, traducidas por el Instituto de Estudios Fiscales, y que fueron recogidas en las Guías OCDE de 2017, señalan lo siguiente:

1.122 En esta sección se describen las circunstancias en las que la operación entre las partes tal y como ha sido definida con precisión puede ser ignorada a efectos de precios de transferencia. Dado que el rechazo puede ser controvertido y motivo de doble imposición, se debería hacer todo lo posible por determinar la naturaleza real de la operación y aplicar precios de plena competencia a la operación definida con precisión, y para asegurar que no se utiliza el rechazo simplemente por la dificultad que conlleva calcular tales precios. Cuando puede observarse la misma operación entre partes independientes en circunstancias comparables (es decir, cuando todas las características económicamente relevantes son las mismas que aquellas en las que se produce la operación analizada, salvo por el hecho de que las partes son empresas asociadas), el rechazo no sería aplicable. Y lo que es más importante, el mero hecho de que no pueda verse la operación entre partes independientes no significa que no deba reconocerse. Las empresas asociadas pueden celebrar una variedad de acuerdos mucho más amplia que las que son independientes y pueden realizar operaciones de índole específica que no se dan, o sólo se dan muy rara vez, entre partes independientes, y lo hacen por sólidos motivos empresariales. La operación definida con precisión puede ignorarse y, en su caso, sustituirse por otra operación alternativa cuando los acuerdos alcanzados en relación con la operación, considerados en su totalidad, difieren de los que habrían adoptado empresas independientes comportándose con lógica comercial en circunstancias comparables, impidiendo así que se determine un precio aceptable para ambas partes teniendo en cuenta las perspectivas y las opciones realmente disponibles

de cada una de ellas en el momento de celebrarse la operación. Otro punto que también es importante considerar es si la posición del grupo de empresas multinacionales en su conjunto es peor antes de impuestos, ya que esto podría indicar que la operación considerada en su totalidad carece de la lógica comercial propia de los acuerdos entre partes independientes.

Esta modificación a las Guías OCDE es de tal magnitud que un amplio sector doctrinal considera que estas modificaciones exceden el propio principio arm's length, debido a que incluyen disposiciones antielusivas cuando las Guías OCDE tienen finalidad posibilitar la igualdad de tributación y prevenir la doble imposición (Pankiv, 2016: 474 y 475). De la misma manera, Sergio André Rocha en el Reporte General de la Reunión de IFA celebrada el 2017 en Río de Janeiro, citando al reporte de Alemania, señala que la implementación de estas disposiciones generan serias dudas debido a que no es claro si es que se encuentran dentro del ámbito del arm's length (Rocha, 2017: 38).

- (c) Concepción del arm's length que no habilita el desconocimiento y recalificación de operaciones

Así como existen casos en los que el estándar arm's length habilita el desconocimiento y recalificación de operaciones en función de supuestos excepcionales o cláusulas generales, es claro que también existe como posibilidad que el estándar arm's length no reconozca por sí solo la posibilidad de desconocer y recalificar operaciones.

Ejemplo de ello, es el caso peruano el cual, conforme se explicó anteriormente, no reconoce la posibilidad de desconocer o recalificar operaciones.

2.4.2.5. Concepciones del arm's length que dependen de los elementos a considerar para atribuir beneficios de intangibles

Los autores Andrea Musselli y Alberto Musselli realizan una evaluación de las modificaciones del 2016 a las Guías OCDE con motivo de la introducción de las modificaciones del Reporte Final de las Acciones 8-10 de BEPS a partir de la cual puede verificarse que el estándar arm's length puede clasificarse dependiendo de si los beneficios de los intangibles se valorizan considerando: (i) el capital y riesgo; (ii) el capital, el riesgo y control del riesgo; o, (iii) el capital, el riesgo, el control del riesgo y el control de la ejecución.

- (a) Concepción del estándar arm's length que fundamenta la valoración de beneficios de intangibles basado en el capital y el riesgo

Esta concepción se basa en valorizar los beneficios de intangibles considerando únicamente la inversión del capital y la asunción contractual del riesgo. En ese sentido, si es que una empresa del grupo es la que aporta el capital y asume contractualmente el riesgo del desarrollo del intangible, entonces puede tener derecho a los beneficios del intangible (Musselli y Musselli, 2017: s/n).

Sobre ello, Andrea y Alberto Musselli señalan:

El arm's length se basa en condiciones que partes independientes habrían acordado en circunstancias similares observables en economías de mercado capitalista (arms length económico): una empresa parte de un grupo invierte capital y asume riesgos tiene que ser el legítimo reclamante de los resultados empresariales como si hubiera ocurrido si dicha inversión habría sido hecha por una compañía independiente²⁷ (Musselli y Musselli, 2017: s/n).

²⁷ Traducción libre del siguiente texto: *“the ALP is based on conditions that independent parties would have agreed on in similar circumstances observable in capitalist market economies (economic ALP): a group company investing*

Esta concepción habría sido adoptada en las Guías OCDE anteriores a la modificación del año 2010.

- (b) Concepción del estándar *arm's length* que fundamenta la valoración de beneficios de intangibles basado en el capital, el riesgo y el control del riesgo

Bajo esta concepción, la valoración de los beneficios de los intangibles depende, además del capital y de la asunción contractual del riesgo, del control de dicho riesgo. Así, para poder tener derecho a los beneficios del desarrollo de un intangible es necesario que el sujeto aporte capital, asuma contractualmente el riesgo del fracaso y, además, cuente con empleados con la capacidad de administrar dichos riesgos.

Esta concepción estaría presente en las Guías OCDE modificadas en el año 2010, en donde se realizaron modificaciones al Capítulo IX. Reestructuraciones, incluyendo en él el concepto de control del riesgo, el cual requiere contar con empleados capaces de controlar el riesgo contractualmente asumido (Musselli y Musselli, 2017: s/n).

- (c) Concepción del estándar *arm's length* que fundamenta la valoración de beneficios de intangibles basado en el capital, el riesgo, el control del riesgo y el control de la ejecución

Según esta forma de ver el *arm's length*, la valoración de los beneficios de los intangibles dependerá de si el sujeto aportó el capital, asumió contractualmente el riesgo, ejerció un control sobre el riesgo y, adicionalmente, siendo lo más importante, si ejecutó el desarrollo del

capital and bearing risk had to become the residual claimant of the business result as it would occur if such an investment had been made by an independent company”.

intangible. A la evaluación del cumplimiento de estos requisitos se le denominado “DEMPE Test”, por las siglas en inglés referentes a desarrollo (“*development*”), mejora (“*enhancement*”), mantenimiento (“*maintenance*”), protección (“*protection*”) y explotación (“*exploitation*”) de intangibles.

Este cambio de paradigma se encuentra recogido en las Guías OCDE modificadas a raíz del Reporte Final de las Acciones 8-10 del Plan BEPS. Al respecto, ilustrativo es lo indicado en el sumario del referido Reporte Final en donde se indica lo siguiente:

La guía hace referencia al tratamiento de los beneficios del financiamiento contenidos en el capítulo “Guía sobre la aplicación del principio arm’s length”, y asegura que el financiamiento del desarrollo, aseguramiento, mantenimiento, protección y explotación del intangible por una entidad que no desarrolla ninguna de las funciones importantes relacionadas al intangible y que no ejerce el control sobre los riesgos financieros obtendrá no más que un beneficio libre de riesgos (OCDE 2015: 68)²⁸.

Ahora bien, es importante destacar que el hecho que una empresa no satisfaga el DEMPE Test no implica que no tenga derecho a los beneficios del intangible, lo cual implicaría atribuirle ingresos ascendentes a cero, sino asignarle los ingresos con una valoración correspondiente al nivel de involucramiento del sujeto en las funciones de desarrollo, mejora, mantenimiento y protección del intangible. La propiedad legal del intangible siempre garantizará una remuneración mayor a cero, la cual deberá determinarse a través de un análisis de comparabilidad (Pankiv, 2017: 165 y 166).

²⁸ Traducción libre del siguiente texto: “*The guidance refers to the treatment of the return to funding contained in the chapter “Guidance on Applying the Arm’s Length Principle”, and ensures that funding of the development, enhancement, maintenance, protection or exploitation of an intangible by an entity that does not perform any of the important functions in relation to the intangible and does not exercise control over the financial risk will generate no more than a risk-free return*”.

Este nuevo paradigma surge con la finalidad de combatir las denominadas cajas de efectivo o cajas de patentes (*“cash boxes”* y *“patent boxes”* por sus denominaciones en inglés) que consistían en empresas pertenecientes a grupos multinacionales con una gran cantidad de capital o titularidad de intangibles, y domiciliadas en países de baja tributación. Así, a través de estas empresas, las multinacionales trasladan las rentabilidades del grupo a dichas empresas a través del pago de altos intereses y regalías. En ese sentido, a través de este nuevo paradigma se hace dificultoso el traslado de beneficios de empresas ubicadas en países donde se desarrollan los intangibles hacia países de baja tributación donde únicamente se encuentra el capital o la titularidad del intangible.

De acuerdo a Andrea y Alberto Musselli, este cambio de paradigma beneficia grandemente a los países desarrollados dado que podrán competir en mejores condiciones por la base imponible de las multinacionales, dado que: (i) es en los países desarrollados donde se encuentra el personal altamente capacitado para producir intangibles; y, (ii) porque sus administraciones tributarias cuentan con mayor capacidad para identificar los cada vez más sofisticados y elaborados intangibles que crean beneficios (Musselli y Musselli, 2017: s/p).

La inclusión del requisito de ejecutar el desarrollo del intangible representa para Andrea y Alberto Musselli un cambio dramático del estándar *arm's length* que puede llamarse incluso un cambio de estándar, toda vez que se abandonaría una valoración que siga el ejemplo de la valoración que efectuarían empresas independientes, dado que las empresas independientes no sujetan la valoración de rentas de intangibles

dependiendo de quién controla el personal que desarrolla los intangibles²⁹ (Musselli y Musselli, 2017: s/p).

2.4.2.6. Resumen de las diferentes concepciones del arm's length en el mundo

El catálogo de las diferentes concepciones del estándar arm's length presentes en las legislaciones en el mundo y en evolución de las Guías OCDE, puede resumirse en el siguiente cuadro:

²⁹ Para sostener que la atribución de beneficios de intangibles entre empresas independientes no depende de quién ejecuta el desarrollo, Musselli y Musselli recurren a las teorías económicas de agencia, de la separación de propiedad y control, y a la observación empírica. Con respecto a las teorías económicas, los autores señalan que en las teorías de la agencia y de la separación de la propiedad del control, como la de Eugene Fama y Michael Jensen, se prevé que los principales pueden hallar eficiente contratar a agentes para que desarrollen actividades a cambio de una remuneración fija. Ahora bien, a fin de que el principal pueda asegurarse de que el agente realice una labor diligente podrá: (i) contratar personal capacitado para controlar la labor del agente; (ii) brindarle una remuneración variable; o, (iii) asumir el riesgo de la no diligencia. Sin embargo, en ninguno de los casos las teorías de la agencia prevén que el agente pueda reclamar más beneficios derivados de los intangibles, dado que los beneficios remanentes le corresponden al principal (Musselli y Musselli, 2017: s/p). Asimismo, ambos autores verifican que es una práctica común en los negocios entre partes independientes derivar las labores de desarrollo a terceros a través del “*outsourcing*”, siendo que en estos casos los terceros no reclaman los beneficios remanentes derivados de la explotación de los intangibles. Ello habría sido constatado a través de múltiples respuestas recibidas por OCDE a raíz del borrador sujeto a discusión sobre las acciones 8 a 10 del plan BEPS, sobre las revisiones al capítulo I de las Guías OCDE (Musselli y Musselli, 2017: s/p).

Criterio de caracterización del arm's length	Primera variante	Segunda variante	Tercera variante
Concepciones que dependen de si se aceptan o no razones comerciales para inaplicar ajustes	Concepción anglosajona objetiva	Concepción anglosajona de razonabilidad objetiva	Concepción continental de razonabilidad subjetiva
Concepciones que dependen de si se requiere que exista un perjuicio fiscal para la aplicación de ajustes	Concepción que sujeta el ajuste de precios de transferencia al perjuicio al fisco	Concepción que no sujeta el ajuste de precios de transferencia al perjuicio al fisco	
Concepciones que dependen del criterio de jerarquías de los métodos de valoración de precios de transferencia	Concepción que establece una jerarquía entre los métodos de valoración	Concepción que no establece ninguna jerarquía entre los métodos de valoración	
Concepciones que dependen de las posibilidades de desconocer y recalificar operaciones	Concepción que habilita el desconocimiento y recalificación de operaciones en supuestos excepcionales	Concepción que habilita el desconocimiento y recalificación de operaciones con una cláusula general	Concepción que no habilita el desconocimiento y recalificación de operaciones
Concepciones que dependen de los elementos a considerar para atribuir beneficios de intangibles	Concepción que basa la atribución de beneficios de intangibles en el capital y el riesgo	Concepción que basa la atribución de beneficios de intangibles en el capital, el riesgo y el control del riesgo	Concepción que basa la atribución de beneficios de intangibles en el capital, el riesgo, el control del riesgo y el control de la ejecución

2.4.3. Caracterización del estándar arm's length en los distintos periodos de evolución de las normas de precios de transferencia en el Perú

Una vez verificado que en el mundo existen diversas concepciones del estándar o principio arm's length, es necesario identificar cómo se han venido acogiendo estas concepciones en nuestro país.

2.4.3.1. Acogimiento de la concepción anglosajona de razonabilidad objetiva

De acuerdo a lo anteriormente desarrollado en el capítulo 1, una vez publicado en el 20 de abril de 1996 en el Diario Oficial *El Peruano* el Decreto Legislativo 810 se estableció en la Ley del Impuesto a la Renta que el valor de retiros de bienes y disposiciones a favor de socios, cuando están involucradas empresas vinculadas económicamente, es el valor de mercado. Para este efecto, el valor de mercado es el que *“normalmente se obtiene en las operaciones que la empresa realiza con terceros no vinculados, en condiciones iguales o similares, debiendo tomarse en cuenta todos los elementos pertinentes”*. Posteriormente, esta regla se extendió a todas las transferencias de propiedad a través de la publicación en el 30 de diciembre de 1998 en el Diario Oficial *El Peruano* de la Ley 27034.

Con respecto a las razones comerciales como motivos inhibidores de ajustes de precios de transferencia, a partir de la publicación del Decreto Legislativo 810, el 20 de abril de 1996, no existió una disposición expresa que recoja los motivos comerciales como motivos inhibidores de ajustes de precios de transferencia.

Sin embargo, este mismo efecto se produce a través de la selección de operaciones comparables en condiciones iguales o similares, tal como lo exigió la Ley del Impuesto a la Renta desde 1996.

Sobre cuáles pueden ser esas condiciones iguales o similares, se encuentran las circunstancias comerciales iguales o similares a las que debe someterse cualquier operación para calificarse como operación comparable. Al respecto, no existe jurisprudencia expresa que trate este asunto en comparables para efectos del valor de mercado en operaciones vinculadas. Sin embargo, sí existe jurisprudencia administrativa sobre valor de mercado en general que permite señalar que el régimen de normas de valor de mercado peruano (régimen que comprende las normas de precios de transferencia) requiere:

- Considerar entre los requisitos de comparabilidad las estrategias de negocios realizadas por las partes vinculadas, tal como quedó evidenciado en el acápite 2.3.3, a través de las Resoluciones del Tribunal Fiscal N° 00898-4-2008 y 019212-10-2011.
- Considerar las circunstancias de mercado acreditadas, tales como tendencias de mercado, recesión económica o competencia desleal, como supuestos que justifican inaplicar ajustes al valor de mercado, criterio que fue expuesto en el acápite 2.3.3, a través de la Resolución del Tribunal Fiscal N° 244-4-2000.

De esta manera, la propia Ley exige que las operaciones son comparables en situaciones “iguales o similares” y la jurisprudencia administrativa reconoce a las estrategias de negocios como un criterio de comparabilidad, y admite razones objetivas (tales como circunstancias de mercado o estrategias de negocio), como motivos inhibidores del ajuste de valor de mercado.

Ahora bien, la necesidad de tomar en cuenta a las estrategias de negocio y a las circunstancias económicas de mercado como criterios de comparabilidad, adquirió una explícita obligatoriedad con la publicación del Decreto Legislativo 945, el 23 de diciembre de 2003. A través de este decreto fue incorporado en la Ley del Impuesto a la Renta el Artículo 32°-A y con él su inciso d) referido al análisis de comparabilidad.

En el referido inciso se incluyó como elementos obligatorios de comparabilidad a las circunstancias económicas o de mercado y a las estrategias de negocios en general. Al respecto, el segundo párrafo del referido inciso indica lo siguiente:

Artículo 32°-A.- (...)

d) Análisis de comparabilidad

(...)

Para determinar si las transacciones son comparables se tomarán en cuenta aquellos elementos o circunstancias que reflejen en mayor medida la realidad económica de las transacciones, dependiendo del método seleccionado, considerando, entre otros, los siguientes elementos:

(...)

iv) Las circunstancias económicas o de mercado,

v) Las estrategias de negocios, incluyendo las relacionadas con la penetración, permanencia y ampliación del mercado.

A partir de lo anterior, es claro que la Ley del Impuesto a la Renta exige que los comparables reflejen las mismas circunstancias económicas y estrategias de negocios de las operaciones analizadas.

Ello significa que la búsqueda de operaciones comparables debe ser lo suficientemente minuciosa para: (i) identificar las circunstancias

económicas de la operación analizada, que podrían ser por ejemplo, si la operación se realizó en un mercado con precios controlados estatalmente, en un mercado en crisis, en un mercado donde existe competencia desleal o similares; (ii) identificar las estrategias de negocio utilizadas por la empresa que realiza la operación analizada, que podría comprender estrategias de penetración de productos en un mercado existente, la defensa de los productos en el mercado con relación a la competencia, la ampliación de la cuota en el mercado y otras estrategias de negocio; (iii) identificar operaciones potencialmente comparables; y, (iv) analizar si dichas operaciones potencialmente comparables contienen las mismas circunstancias económicas o de estrategia de negocios de las operaciones analizadas.

En el caso de que no se identifiquen operaciones comparables que se hayan realizado en las mismas circunstancias económicas o de estrategias de negocio, es obligatorio realizar los ajustes de comparabilidad necesarios para eliminar las diferencias, en aplicación del propio Artículo 32º-A, inciso d), primer párrafo de la Ley del Impuesto a la Renta que indica:

Artículo 32º-A.- (...)

d) Análisis de comparabilidad

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

(...)

- 2) Que aun cuando existan diferencias entre las transacciones objeto de comparación o entre las características de las partes que las realizan, que puedan afectar materialmente el precio, monto de contraprestaciones o margen de utilidad, dichas

diferencias pueden ser eliminadas a través de ajustes razonables.

De realizarse adecuadamente este procedimiento de análisis de comparabilidad se logra el mismo efecto de inhibir los ajustes de precios de transferencia en aquellos casos en los que se acredita que la diferencia de los precios o contraprestaciones con los obtenidos a valor de mercado se debe a circunstancias objetivas de circunstancias de mercado o estrategias de negocio de la gerencia.

En ese sentido, puede decirse entonces que el régimen peruano de precios de transferencia se adhiere a la concepción anglosajona de la razonabilidad objetiva.

2.4.3.2. Inicial acogimiento de la concepción independiente del perjuicio fiscal, posterior modificación a la concepción mixta y ulterior cambio a una concepción dependiente exclusivamente de la existencia de perjuicio fiscal

En lo que respecta a la variante relacionada a la existencia de perjuicio fiscal como requisito para la habilitación de ajustes de precios de transferencia, el régimen de precios de transferencia peruano tuvo tres periodos diferenciados en los que se adoptaron concepciones diferentes.

El primero de esos periodos corresponde al nacido a partir de la publicación en 1996 del Decreto Legislativo 810, en donde, como vimos anteriormente, enunció por primera vez en el país el estándar arm's length para determinadas operaciones entre empresas vinculadas.

Las normas peruanas de este periodo no previeron el perjuicio fiscal como un requisito para la aplicación de ajustes al valor de mercado. En ese

sentido, al ser establecidas las normas de valor de mercado con carácter imperativo no sujetas a condición de perjuicio fiscal, se tiene que la concepción adoptada fue la de no condicionar el ajuste de valor de mercado a la existencia de un perjuicio fiscal.

Esta situación continuó hasta la publicación del Decreto Legislativo 945, el 21 de diciembre de 2003, a través del cual se incorporó por primera vez el Artículo 32º-A de la Ley del Impuesto a la Renta. En este artículo se incluyó el inciso a) referido al denominado por la propia norma como el “ámbito de aplicación” de las normas de precios de transferencia y el inciso c) denominado como “ajustes”.

Ambos inciso señalaban lo siguiente:

Artículo 32º-A.- (...)

a) Ámbito de aplicación

Las normas de precios de transferencia serán de aplicación cuando la valoración convenida hubiera determinado un pago del Impuesto a la Renta, en el país, inferior al que hubiere correspondido por aplicación del valor de mercado. En todo caso, resultarán de aplicación en los siguientes supuestos:

- 1) Cuando se trate de operaciones internacionales en donde concurren dos o más países o jurisdicciones distintas.
- 2) Cuando se trate de operaciones nacionales en las que, al menos, una de las partes sea un sujeto inafecto, salvo el Sector Público Nacional; goce de exoneraciones del Impuesto a la Renta, pertenezca a regímenes diferenciales del Impuesto a la Renta o tenga suscrito un convenio que garantiza la estabilidad tributaria.
- 3) Cuando se trate de operaciones nacionales en las que, al menos, una de las partes haya obtenido pérdidas en los últimos seis (6) ejercicios gravables.

(...)

c) Ajustes

El ajuste del valor asignado por la Administración Tributaria o el contribuyente surte efecto tanto para el transferente como para el adquirente, siempre que estos se encuentren domiciliados o constituidos en el país. (...).

A partir de estos dos incisos existe controversia acerca si prescriben o no que los ajustes de mercado únicamente se aplican a casos donde existe perjuicio fiscal o si se aplican también a aquellos casos en los que, no existiendo perjuicio fiscal, se configuren los supuestos 1, 2 y 3 descritos en el inciso a) del Artículo 32º-A de la Ley del Impuesto a la Renta.

Explícita fue la posición al respecto de la Administración Tributaria peruana recaída en el Informe N° 157-2007-SUNAT/2B0000 en donde se concluyó lo siguiente:

3. El ajuste previsto en las normas de precios de transferencia será de aplicación cuando la valorización convenida hubiera determinado un perjuicio fiscal en el país.

Sin embargo, tratándose de los supuestos previstos los numerales 1), 2) y 3) del inciso a) del artículo 32º-A del TUO de la Ley del Impuesto a la Renta, el ajuste previsto en las normas de precios de transferencia es aplicable sin que se haya determinado un menor Impuesto a la Renta.

No fueron pocas las opiniones doctrinales nacionales que se manifestaron en contra de la interpretación de la Administración Tributaria, basadas fundamentalmente en que SUNAT: (i) confundió el ámbito de aplicación de las normas de precios de transferencia con los supuestos habilitantes de ajustes de precios de transferencia; y, (ii) no prestó atención a que la naturaleza de las normas de precios de transferencia es claramente la

antielusión lo cual motivaría que los ajustes de precios de transferencia se aplican siempre en casos de perjuicio fiscal, tal como se encontraría confirmado en doctrina internacional.

Al respecto, consideramos que asumir la naturaleza antielusiva de las normas de precios de transferencia como la razón suficiente para concluir que los regímenes de precios de transferencia siempre requieren identificar primero un perjuicio fiscal, representa un error debido a las siguientes razones:

- En primer lugar, como vimos anteriormente en el punto 2.4.2, el principio de donde se puede derivar el requisito del perjuicio fiscal, es el principio del deber de contribuir, por lo que en el contexto peruano es apropiado hablar de este principio como naturaleza de las normas de precios de transferencia, y no de una naturaleza antielusiva fundamentada en el principio de prohibición de abuso de Derecho.
- En segundo lugar, así como el principio de deber de contribuir puede fundamentar la existencia de la regla del perjuicio fiscal, el principio de igualdad también puede fundamentar la inexistencia de la regla del perjuicio al fisco.

En ese sentido, se tiene entonces que la sola alusión a la naturaleza de las normas de precios de transferencia no sirve para argumentar que el régimen de precios de transferencia peruano tiene implícita una regla de perjuicio fiscal, toda vez que el principio de igualdad exige que el ajuste de precios de transferencia se realice exista o no un perjuicio fiscal.

- En tercer lugar, fundamentar una regla implícita de perjuicio fiscal en las normas de precios de transferencia sobre la base de doctrina y legislación extranjera carece de sustento, debido principalmente a que la doctrina es únicamente una fuente de interpretación a partir de la cual no pueden

crearse reglas y que la legislación extranjera no representa una fuente de Derecho en el Perú, conforme se pudo apreciar en el capítulo 1.

- En cuarto lugar, incluso si es que se recurriera a la legislación extranjera como fuente de referencia, hemos visto que las legislaciones que anteriormente recogían explícitamente una regla de perjuicio fiscal han eliminado dicha regla para habilitar los ajustes de precios de transferencia sea o no que exista perjuicio fiscal. Ello se ha apreciado concretamente en la legislación española revisada anteriormente en el presente capítulo 2.

Asimismo, es claro que el uso de doctrina extranjera sobre precios de transferencia requiere de un especial cuidado respecto a la legislación a partir de la cual se elabora la doctrina. Ejemplo de ello es el caso de la doctrina que desarrolla la legislación de precios de transferencia estadounidense, en donde se destaca el carácter antievasivo de las normas de precios de transferencia, debido principalmente a que la legislación de dicho país expresamente así lo señala, tal como fue expuesto en el acápite 2.4.2 (c) (iii).

En este sentido, a fin de determinar si es que el régimen a partir del Decreto Legislativo 945, publicado en diciembre de 2003, recoge o no la regla de perjuicio fiscal para todos los casos, es necesario atender únicamente a la legislación positivamente incluida en el Artículo 32º-A, inciso a) de la Ley del Impuesto a la Renta.

Ahora bien, atendiendo al texto del Artículo 32º-A, inciso a) de la Ley del Impuesto a la Renta vemos que en la norma peruana es claro que la redacción no fue la más afortunada para definir cuál es el ámbito de aplicación de las normas de precios de transferencia, diferenciando los supuesto en los que dicha aplicación puede derivar en un ajuste de precios de transferencia.

Ante dicha indefinición consideramos razonable la interpretación realizada por la Administración Tributaria peruana que presta atención a: (i) la frase “*hubiera determinado un pago del Impuesto a la Renta, en el país, inferior al que hubiere correspondido*” a partir de la cual se evidencia la intención de recoger la regla del perjuicio fiscal; y, (ii) al término “*en todo caso*”, que denota supuestos adicionales al perjuicio fiscal en donde se genera el mismo efecto. En ese sentido, dado que el perjuicio fiscal es una regla para determinar supuestos en los que se habilitan los ajustes y que se previeron supuestos adicionales en los que surte el mismo efecto, se tiene que el Decreto Legislativo 945 prevé que los ajustes de precios de transferencia proceden:

- Cuando existe perjuicio fiscal
- Cuando no existe perjuicio fiscal, pero se configuran los supuestos de los numerales 1, 2 y 3 del inciso a) del Artículo 32°-A de la Ley del Impuesto a la Renta.

A partir de lo anterior se verifica que la concepción del estándar *arm's length*, recogida a partir del Decreto Legislativo 945 vigente a partir del año 2004, puede considerarse como una concepción ecléctica que recoge el requisito del perjuicio al fisco y supuestos adicionales, como presupuestos de hecho en los que procede un ajuste de precios de transferencia.

Finalmente, esta situación cambió en el año 2013 con la publicación de los Decretos Legislativos 1112 y 1124 —este último que modificó el Decreto Legislativo 1112 y que entró en vigencia en el año 2014— a través de los cuales se explicitó la regla del perjuicio fiscal como supuesto único en el que procede el ajuste de precios de transferencia.

De esta manera, a partir del Decreto Legislativo 1124 el Artículo 32º-A, inciso c), de la Ley del Impuesto a la Renta lleva la regla del perjuicio al fisco a términos absolutos de la siguiente manera:

Artículo 32º-A.- (...)

c) Ajustes

Solo procederá ajustar el valor convenido por las partes cuando este determine en el país un menor impuesto del que correspondería por aplicación de las normas de precios de transferencia. (...).

El inciso c) modificado por el Decreto Legislativo 1124 se mantiene vigente hasta la actualidad, por lo que es posible decir que a partir de la entrada en vigencia del referido decreto en el año 2014 hasta la actualidad, la concepción arm's length que se acoge en el régimen de precios de transferencia peruano es la concepción que depende del perjuicio fiscal como regla para la aplicación de ajustes de precios de transferencia.

2.4.3.3. Acogimiento de la regla del método único, posterior acogimiento de la regla de jerarquía de métodos y ulterior modificación a la regla del método más apropiado

La concepción del arm's length recogida en el Perú referida a la jerarquía de los métodos de valoración ha sufrido diversos cambios, a partir de los cuales pueden distinguirse tres etapas.

La primera etapa es la iniciada con la publicación del Decreto Legislativo 810 el 20 de abril de 1996, en donde, como vimos anteriormente, se estableció por primera vez reglas de precios de transferencia. En este periodo no se contó con un desarrollo legislativo detallado sobre la aplicación del arm's length, limitándose la legislación a señalar que el valor de mercado para ciertas operaciones entre vinculadas es el que *“normalmente se obtiene en las operaciones que la empresa realiza con*

terceros no vinculados, en condiciones iguales o similares". No obstante, es a partir de la literalidad de dicho enunciado que puede considerarse que el único método recogido en dicho momento es el hoy conocido como "precio comparable no controlado".

Ello es así debido a que la aplicación del resto de métodos, tal como el precio de reventa, costo incrementado, reparto de utilidades o margen neto transaccional, son métodos indirectos que no implican la simple comparación de precios con operaciones comparables, sino que requieren de una comparación indirecta a través de procedimientos más complejos y que de ninguna manera se desprenden de la sola literalidad del enunciado en cuestión.

En ese sentido, es posible decir que en el caso del periodo iniciado a partir del Decreto Legislativo 810 existió un único método de valoración, por lo que podemos hablar de un sistema de método único.

La segunda etapa se inicia con la Ley 27356, publicada el 18 de octubre de 2000, a través de la cual se extendieron las reglas de precios de transferencia a las prestaciones de servicios y cualquier otro tipo de transacciones entre vinculadas y, asimismo, se indicó que de forma supletoria podían utilizarse los métodos que resulten más apropiados, entre los cuales se encontraban el precio de reventa y el de costo incrementado.

Al respecto, en el Artículo 32º, numeral 4, de la Ley del Impuesto a la Renta modificado por la Ley 27356 indica:

Artículo 32.- (...)

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

(...)

4. Para las transacciones entre empresas vinculadas económicamente, el que normalmente se obtiene en las operaciones que la empresa realiza con terceros no vinculados en condiciones iguales o similares, o en su defecto se considerará el valor que se obtenga en una operación entre sujetos no vinculados en condiciones iguales y similares. Supletoriamente, la Administración Tributaria aplicará el método de valoración que resulte más apropiado para reflejar la realidad económica de la operación, tales como los métodos de costo incrementado y precio de reventa. Mediante decreto supremo se regularán los métodos de valoración que la SUNAT utilizará.

De esta manera, se tiene entonces que se previeron dos tipos de métodos. El primer método consiste en la simple comparación de valor de operaciones comparables, mientras que el segundo tipo de métodos estaría comprendido por métodos tales como costo incrementado y precio de reventa, los cuales solo son aplicables de forma supletoria.

En ese sentido, puede decirse entonces que a partir de la Ley 27356 primó en nuestro país la concepción de jerarquía de métodos, siendo el método hoy conocido como “precio comparable no controlado” el que tiene prevalencia sobre todos los otros.

La tercera etapa se inició con la publicación del Decreto Legislativo 945 a través del cual se adoptó la concepción del arm's length basado en la regla del método más apropiado que consiste en postular una misma jerarquía para todos los métodos de valoración.

La adopción de esta concepción se aprecia en el Artículo 32º-A, inciso e), de la Ley del Impuesto a la Renta, modificada por el Decreto Legislativo 945 y que se mantiene vigente hasta el momento, de la siguiente manera:

Artículo 32º-A.- (...)

e) Métodos utilizados

Los precios de las transacciones sujetas al ámbito de aplicación de este artículo serán determinados conforme a cualquiera de los siguientes métodos internacionalmente aceptados, para cuyo efecto deberá considerarse el que resulte más apropiado para reflejar la realidad económica de la operación: (...).

De esta manera puede concluirse que desde el año 2004, año en el que entró en vigencia el Decreto Legislativo 945, hasta el 2016 la concepción de nuestro régimen de precios de transferencia no prevé jerarquías para los métodos de valoración.

Finalmente, la última etapa se originó con la publicación del Decreto Legislativo 1312, el 31 de diciembre de 2016, a través del cual se modificó el Artículo 32°-A, inciso e), de la Ley del Impuesto a la Renta estableciendo una jerarquía superior para los métodos del precio comparable no controlado, precio de reventa, costo incrementado, reparto de utilidades, residual de reparto de utilidades y margen neto transaccional, sobre otros métodos que sean aprobados mediante el Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta.

No obstante, no se previó ninguna jerarquía entre los métodos de precio comparable no controlado, precio de reventa, costo incrementado, reparto de utilidades, residual de reparto de utilidades y margen neto transaccional.

Al respecto, el Artículo 32°-A de la Ley del Impuesto a la Renta, modificado por el Decreto Legislativo 1312, indica lo siguiente:

Artículo 32°-A.- (...)

e) Métodos utilizados

Los precios de las transacciones sujetas al ámbito de aplicación de este artículo serán determinados conforme a cualquiera de los siguientes métodos internacionalmente aceptados, para cuyo efecto deberá considerarse el que resulte más apropiado para reflejar la realidad económica de la operación: (...).

7) Otros métodos

Cuando por la naturaleza y características de las actividades y transacciones no resulte apropiada la aplicación de ninguno de los métodos anteriores, podrá acudirse a la aplicación de otros métodos, de acuerdo a lo que establezca el reglamento.

En este sentido puede decirse que la fecha existe una jerarquía de métodos; sin embargo, persiste la regla del “método más apropiado” entre los principales métodos de valoración.

2.4.3.4. Acogimiento a la concepción que no habilita el desconocimiento y recalificación de operaciones

Conforme fue explicado en el acápite 2.3.2.3 del presente capítulo, las normas de precios de transferencia peruanas no habilitan el desconocimiento y recalificación de operaciones.

De esta manera, es claro que el estándar arm's length peruano se adscribe al modelo en el que no se admite el desconocimiento y recalificación de operaciones por la sola aplicación de normas de precios de transferencia.

2.4.3.5. Indeterminación en el acogimiento a alguna de las tres concepciones sobre la valoración de beneficios de intangibles

Como se recuerda, las concepciones referidas a la valorización de intangibles tienen que ver con el hecho de si se consideran para tal efecto

a: (i) el capital y el riesgo; (ii) el capital, el riesgo y el control de riesgos; y, (iii) el capital, el riesgo, el control del riesgo y la ejecución.

Estos elementos se materializan en las normas de precios de transferencia a través de los elementos que son considerados para efectos de realizar el análisis de comparabilidad.

Al respecto, el Artículo 32°-A, inciso d) de la Ley del Impuesto a la Renta señala que entre los elementos que deben ser considerados para evaluar la comparabilidad de operaciones se encuentran las funciones de las partes involucradas, las cuales incluyen la evaluación de activos y riesgos involucrados en las operaciones. A la letra dicho inciso señala:

Artículo 32°-A.- (...)

d) Análisis de comparabilidad

(...)

Para determinar si las transacciones son comparables se tomarán en cuenta aquellos elementos o circunstancias que reflejan en mayor medida la realidad económica de las transacciones, dependiendo del método seleccionado, considerando, entre otros, los siguientes elementos:

(...)

ii) Las funciones o actividades económicas, incluyendo los activos utilizados y riesgos asumidos en las operaciones, de cada una de las partes involucradas en la operación. (...).

Como se aprecia, el referido inciso reconoce como elementos de comparabilidad a las funciones de cada una de las partes involucradas en la operación, lo cual al haber sido redactado de forma general, puede incluir perfectamente a las funciones relacionadas con el capital, riesgo, control del riesgo y ejecución. Asimismo, es de notar que las normas de precios de transferencia peruanas no han previsto una preponderancia

entre alguna de las funciones a efectos de evaluar la comparabilidad de las operaciones.

De esta manera, se tiene entonces que las normas peruanas contienen un indefinición legislativa acerca de cuál es la concepción del estándar arm's length que recogen en lo referido a la valorización de intangibles.

En el siguiente cuadro se resumen las diferentes concepciones del estándar arm's length recogidas en la legislación de precios de transferencia peruano desde la entrada en vigencia del Decreto Legislativo 810 en el año 1997:



Año de vigencia	Concepciones en función de las razones comerciales como inhibidores de ajustes	Concepciones en función de la regla del perjuicio fiscal	Concepciones en función de la jerarquía de métodos	Concepciones en función del desconocimiento y recalificación de operaciones	Concepciones en función de los elementos para valorizar intangibles
1997	Concepción anglosajona de razonabilidad objetiva	Inexigibilidad de perjuicio fiscal	Método de valoración único	No admiten el desconocimiento ni la recalificación de operaciones	Carácter indefinido en la legislación
1998			Jerarquía de métodos de valoración		
1999					
2000					
2001		Perjuicio fiscal como regla general y supuestos específicos sin perjuicio fiscal	Regla del método más apropiado		
2002					
2003					
2004					
2005					
2006					
2007					
2008					
2009		Perjuicio fiscal como regla general	Regla del método más apropiado y jerarquía con relación a los "otros métodos"		
2010					
2011					
2012					
2013	2017				
2014					
2015					
2016					

CAPÍTULO III:
EL USO DE LAS GUÍAS DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA EN LA
APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA
PERUANO

En el presente capítulo se analiza cómo deben ser utilizadas las Guías OCDE en la interpretación e integración jurídica de las normas sustantivas de precios de transferencia de la LIR. Para ese efecto, se analizan las dos posibles vías a través de las cuales las Guías pueden ser utilizadas que son: (i) el uso de las Guías OCDE como fuente de interpretación en su condición de *soft law*; y, (ii) el uso de las Guías OCDE en mérito a lo indicado en la norma VIII del Título Preliminar del Código Tributario y el inciso h) del Artículo 32°-A de la LIR.

3.1. Uso de las Guías OCDE como fuente de interpretación en su condición de *soft law*

3.1.1. OCDE

3.1.1.1. Origen, miembros y fines de OCDE

Para identificar los orígenes de OCDE hay que remontarse a la Organización para la Cooperación Económica Europea. Esta organización surgió a partir del Plan Marshall impulsado por los Estados Unidos de América el 5 de junio de 1947, a través del cual se propuso el otorgamiento de ayuda a los países europeos para rescatarlos de la crisis derivada de la segunda guerra mundial. Dieciséis países aceptaron la ayuda ofrecida con el Plan Marshall (Austria, Bélgica, Dinamarca, Francia, Grecia, Islandia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Noruega, Portugal, Suecia, Suiza, Turquía y el Reino Unido), y el 16 de abril de 1948 suscribieron en París la convención para el establecimiento de la

Organización para la Cooperación Económica Europea (OEEC, en sus siglas en inglés)³⁰. El objeto de esta nueva organización era el desarrollo y la implementación de un programa conjunto para promover el desarrollo económico en Europa y eliminar restricciones al comercio entre los miembros³¹.

Años más tarde, Estados Unidos y Canadá se unieron a la OEEC, dando lugar al establecimiento OCDE mediante la celebración de la Convención de la Organización para la Cooperación Económica y Desarrollo (OCDE, o OECD por sus siglas en inglés) del 14 de diciembre de 1960 (en adelante, la Convención OCDE)³². El objeto de OCDE, de acuerdo al Artículo 1° de su Convención comprende lo siguiente³³:

³⁰ La información referente a la OEEC puede ser consultada en la siguiente fuente: "Organisation for European Economic Co-operation". OCDE. <http://www.oecd.org/general/organisationforeuropeaneconomicco-operation.htm>

³¹ Al respecto, el Comité Tributario del Senado de los Estados Unidos de America, sumilla el nacimiento y labor de la OEEC de la siguiente manera: *"The OECD has its roots in the aftermath of World War II, as the successor to the Organization for European Economic Cooperation ("OEEC"), formed in 1948. European countries established the OEEC to design and implement the economic recovery of Europe, including allocation and distribution of aid pursuant to the Marshall Plan. Membership in the organization initially comprised 18 countries. The OEEC was responsible for development and implementation of a joint program to promote all aspects of economic development in Europe and to remove trade impediments among the participants. To accomplish this, subordinate committees addressed the trade-related subject matters of various industries, balance of payments, labor issues, as well as the feasibility of a free trade zone. Work continued after the end of the Marshall Plan in 1952"*. En: Joint Committee on Taxation. "Background, Summary, and Implications of the OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project (JCX-139-15)". 2015. P. 2.

³² Sobre este punto, el Comité Tributario del Senado de los Estados Unidos de America relata el nacimiento de OCDE de la siguiente manera: *"Formation of the OECD. The United States and Canada initiated discussions to form a global organization based on the OEEC with the members of the OEEC. In 1960, the 18 members joined with Canada and the United States in signing a multilateral treaty to form the OECD"*. En: En: Joint Committee on Taxation. "Background, Summary, and Implications of the OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project (JCX-139-15)". 2015. P. 2.

³³ El contenido de la referida convención puede ser consultado en la siguiente fuente: "Convention on the Organisation for Economic Co-operation and

- (a) Lograr un alto crecimiento económico sostenido y de empleo, así como el incremento de los estándares de vida de los países miembros, manteniendo la estabilidad financiera y contribuyente con el desarrollo de la economía mundial.
- (b) Contribuir a una sana expansión económica de los estados miembros, así como de los estados no miembros en vías de desarrollo.
- (c) Contribuir a la expansión del comercio internacional sobre una base multilateral y de no discriminación, de acuerdo con las obligaciones internacionales.

Actualmente, OCDE cuenta con treinta y cinco miembros alrededor del mundo, entre países desarrollados y economías emergentes, los cuales son los siguientes: Australia, Austria, Bélgica, Canadá, Chile, República Checa, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Hungría, Islandia, Irlanda, Israel, Italia, Japón, Corea del Sur, Latvia, Luxemburgo, México, Países Bajos, Nueva Zelanda, Noruega, Polonia, Portugal, República de Eslovaquia, Eslovenia, España, Suecia, Suiza, Turquía, Reino Unido y los Estados Unidos de América³⁴.

3.1.1.2. Órganos de OCDE

Development”.

<http://www.oecd.org/general/conventionontheorganisationforeconomicco-operationanddevelopment.htm>

En:

³⁴ La lista de los miembros de OCDE puede ser consultada en la siguiente fuente: “Members and partners. OCDE”. En: <http://www.oecd.org/about/membersandpartners/#d.en.194378>

Las disposiciones relevantes sobre la estructura organizacional de OCDE, se encuentran en la Regla 1 de las Reglas de Procedimiento de OCDE³⁵. En dicha regla se establece la siguiente estructura organizacional de OCDE:

- El consejo de OCDE.

- Los Órganos subsidiarios; los cuales están compuestos a su vez por:
 - Comités permanentes, que son: El Comité Ejecutivo, el Comité de Relaciones Exteriores y el Comité de Presupuesto.

 - Comités sustantivos y otros órganos subsidiarios establecidos por el Consejo.

 - Otros órganos las subestructuras de los órganos subsidiarios, tales como: subcomités, grupos de trabajo creados por los subcomités y otros grupos de nivel inferior.

A continuación se describirá en detalle al Consejo de OCDE y a uno de los comités sustantivos de OCDE: el Comité de Asuntos Fiscales (o CFA por sus siglas en inglés).

- (a) El Consejo de OCDE y tipos de actos que adopta

³⁵ Las Reglas de Procedimiento de la Organización (en inglés "*Rules of Procedure of the Organisation*") fueron aprobadas por el Consejo el 30 de setiembre de 1961, mediante la Resolución OECD/C(61)21 y sus modificatorias correspondientes (en adelante, las Reglas de Procedimiento de OCDE).

De conformidad con el Artículo 7º de la Convención de OCDE, el Consejo de OCDE es el principal órgano de OCDE y tiene como función principal adoptar todos los Actos de la Organización.

A fin de identificar cuáles son estos actos, es necesario remitirnos al Artículo 5º de la Convención de OCDE, en donde se señala que la organización podrá: (i) tomar decisiones; (ii) realizar recomendaciones; y, (iii) celebrar acuerdos con países miembros, países no miembros y con organizaciones internacionales.

La descripción, procedimiento y contenido de las decisiones y recomendaciones del OCDE, adoptadas a través del Consejo de OCDE, se encuentran reguladas en la Regla 18 de las Reglas de Procedimiento de OCDE y en la Resolución del Consejo sobre la Adopción de Decisiones por el Consejo y sus Comités Permanentes, aprobado mediante la Resolución C(2014)120/REV2 y sus modificatorias correspondientes (en adelante, la Resolución de Adopción de Decisiones del Consejo).

A continuación detallamos las principales características de las decisiones y recomendaciones de OCDE, adoptadas por el Consejo de OCDE:

(i) Las decisiones

Conforme se desprende del Artículo 5º de la Convención OCDE, las decisiones no son otra cosa que los medios de los que dispone OCDE para alcanzar sus objetivos.

Asimismo, de acuerdo también al referido Artículo 5º, el principal efecto de estas decisiones es que son obligatorias para todos los miembros de OCDE, salvo sea dispuesto de otra forma, tal como se indica también en el referido Artículo 5º de la Convención OCDE.

Según la Regla 18 de las Reglas del Procedimiento de OCDE, las decisiones pueden versar sobre lo siguiente³⁶:

- Decisiones vinculantes a los miembros de OCDE, cuyo contenido debe ser implementado por el miembro de OCDE, una vez que se satisfagan los procedimientos constitucionales correspondientes.
- Decisiones que aprueban acuerdos con los países miembros y no miembros, así como con organizaciones internacionales.
- Decisiones sobre asuntos internos concernientes al trabajo de OCDE, los cuales son conocidos como Resoluciones.
- Decisiones que proveen comunicaciones a los países no miembros o a organizaciones internacionales.

Para efectos del presente trabajo son relevantes las decisiones adoptadas en virtud del Artículo 5 de la Convención de OCDE, las cuales comprenden decisiones vinculantes dirigidas a los miembros

³⁶ Al respecto, en la Regla 18 de las Reglas del Procedimiento de OCDE, se señala lo siguiente:

“Rule 18

a) Decisions of the Organisation, taken by Council in accordance with Articles 5, 6 and 7 of the Convention, may be:

- i) Decisions binding on the Members which the latter shall implement after they have complied with the requirements of their appropriate constitutional procedures; or*
- ii) Decisions approving agreements with its members, non-Members, and international organisations; or*
- iii) Decisions on internal matters concerning the work of the organisations, which shall be known as Resolutions; or*
- iv) Decisions providing for communications to non-Members or to international organisations”.*

de OCDE y a decisiones que aprueban acuerdos celebrados por OCDE con estados miembros y no miembros.

(ii) Las recomendaciones

Las recomendaciones son actos aprobados por el Consejo de OCDE, los cuales carecen de carácter vinculante, toda vez que consisten en actos que son enviados a los países miembros para que sean implementados si es que dichos países lo consideran oportuno.

Lo anterior se encuentra claramente señalado en la Regla 18 de las Reglas de Procedimiento de OCDE en donde se señala lo siguiente:

Rule 18

(...)

b) Recommendations of the Organisation, made by Council in accordance with Articles 5, 6 and 7 of the Convention, shall be submitted to the members for consideration in order that they may, if they consider it apportune, provide for their implementation. (El énfasis es nuestro)

(b) El Comité de Asuntos Fiscales, como comité sustantivo de OCDE y su función creadora de soft law

Los comités sustantivos de OCDE tienen como función desarrollar la política sustantiva de OCDE; lo cual involucra desarrollar los productos de la organización, sus guías, principios, buenas prácticas y derecho blando (soft law).

Lo anterior se encuentra expresamente señalado en el párrafo 16 del acápite V de la Resolución del Consejo sobre la Nueva Estructura de OCDE, aprobada mediante Resolución del Consejo

C(2006)78/REV1/FINAL y sus modificatorias (en adelante, la Resolución de la Nueva Estructura de OCDE, en donde se indica lo siguiente:

V. Substantive committees

16. Through its committee structure the OECD's substantive policy agenda and outputs respond directly to the needs of, and are closely monitored by, senior policy officials from capitals in a way that may be unique among international organisations. It is these committees that produce the outputs of the OECD, the policy advice, guidelines, principles ("soft law") and best practices. The working methods of the committees are one of the institution's hallmarks, the source of its added value and the support it enjoys in capitals. It is therefore essential for the future of the OECD that these working methods be able to continue producing quality output after enlargement. The Noburu report covered this topic capably and at length. (El énfasis nuestro)

Los comités sustantivos adoptan sus decisiones siguiendo las prácticas particulares de cada comité, tal como se indica en los párrafos 17 y 18 del acápite V de la Resolución de la Nueva Estructura de OCDE. Veamos:

V. Substantive committees

(...)

17. We too must recognise, as did the Report, that each substantive committee would like to tailor its working methods to its own needs. Here, then, it is important not to want to shackle committees too tightly by imposing on them a single working method.
18. Decisions of substantive committees will continue to follow current practices, unless otherwise agreed by Council. (El énfasis es nuestro)

De acuerdo a la información ofrecida por la propia OCDE, actualmente existen aproximadamente 250 comités, grupos de trabajo y grupos de expertos, en donde participan alrededor de 40 000 oficiales representantes de administraciones nacionales. Al respecto, en el portal web de OCDE se indica lo siguiente³⁷:

There are about 250 committees, working groups and expert groups. Some 40 000 senior officials from national administrations go to OECD committee meetings each year to request, review and contribute to work undertaken by the OECD Secretariat. Once they return home, they have online access to documents and can exchange information through a special network. (El énfasis es nuestro)

Entre los comités relevantes para el presente estudio se encuentra el Comité de Asuntos Fiscales de OCDE (en adelante, el CFA).

El CFA fue creado el 1 de mayo de 1971 por el Consejo, mediante la Resolución del Consejo C(71)41, la cual fue modificada mediante la Resolución C(2008)147. A la fecha cuenta con treinta y cinco países miembros, un país asociado y diez países participantes.

Los países miembro del CFA son los países miembros de OCDE, que son: Australia, Austria, Bélgica, Canadá, Chile, República Checa, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Hungría, Islandia, Irlanda, Israel, Italia, Japón, Corea del Sur, Latvia, Luxemburgo, México, Países Bajos, Nueva Zelanda, Noruega, Polonia, Portugal, República de Eslovaquia, Eslovenia, España, Suecia, Suiza, Turquía, Reino Unido y los Estados Unidos de América. Argentina es el único país asociado. Asimismo, los países participantes son Colombia, Costa Rica, Lituania, Federación Rusa, India, República Popular China, Sudáfrica, Malasia,

³⁷ OCDE. "Who does what". En: <https://www.oecd.org/about/whodoeswhat/>. Consultado el 16 de enero de 2017.

Singapur y Uruguay. Perú no es miembro del CFA. Sin embargo, Perú es invitado del CFA desde el 15 de marzo de 2013, con acceso a todos los órganos y trabajos desarrollados por el CFA, conforme se señala en el Plan de Participación del CFA³⁸.

Los objetivos del CFA se encuentran establecidos en la Resolución C(2013)84 (en adelante, la Resolución de Creación del CFA), entre los cuales tenemos a los siguientes³⁹:

³⁸ Sobre este punto, de acuerdo a lo señalado por el Plan de Participación del CFA, actualizado al 23 de marzo de 2016, el Perú es un Invitado en el CFA, con acceso a todos los órganos y temáticas desarrolladas en el CFA, con fecha de aprobación 15 de marzo de 2013.

³⁹ Al respecto, en el acápite I de la Resolución C(2013)84 del Consejo OCDE, se indica lo siguiente:

I. Objectives

- a) *The overarching objective of the Committee on Fiscal Affairs (hereinafter called "The Committee") is to contribute to the shaping of globalisation for the benefit of all through the promotion and development of effective and sound tax policies, international tax standards and guidance that will allow governments to provide better services to their citizens while maximising economic growth and achieving environmental and social objectives. Its work is intended to enable OECD and Partner (i.e. non-Member) governments to improve the design and operation of their national tax systems, to promote co-operation and co-ordination among them in the area of taxation and to reduce tax barriers to international trade and investment.*
- b) *In light of this objective, the Committee shall:*
 1. *Support the development of efficient and equitable tax systems, consistent with maximising the growth potential of OECD Members and Partners and the achievement of the environmental and social objectives of governments, through the analysis of tax policy issues, comparative statistics, comparisons of country experiences in the design of tax systems and by sponsoring or conducting research into tax design and related issues;*
 2. *Facilitate the negotiation of bilateral tax treaties and the design and administration of related domestic legislation;*
 3. *Promote communication between countries and the adoption of appropriate policies to prevent international double taxation and to counteract tax avoidance and evasion;*
 4. *Encourage the elimination of tax measures which distort international trade and investment flows;*
 5. *Promote a climate that encourages mutual assistance between countries and establish procedures whereby potentially conflicting*

- Contribuir al desarrollo de políticas tributarias, estándares tributarios internacionales y guías que permitan lograr crecimiento económico y el cumplimiento objetivos sociales.
- Hacer posible que los miembros y no miembros de OCDE mejoren el diseño y operación de sus sistemas tributarios nacionales.
- Promover la cooperación y coordinación entre miembros y no miembros de OCDE en aspectos tributarios.
- Reducir las barreras tributarias para el comercio e inversión internacional.
- Facilitar la negociación de tratados bilaterales.
- Promover la comunicación interestatal para prevenir la doble tributación internacional y para contraatacar la evasión fiscal.
- Promover la asistencia mutua intergubernamental para resolver políticas tributarias conflictivas.
- Mejorar la eficacia de las administraciones tributarias en términos de servicio al contribuyente y coercitividad.

tax policies and administrative practices can be discussed and resolved;

6. Improve the efficiency and effectiveness of tax administrations, both in terms of taxpayer services and enforcement, including through analysis of compliance costs borne by enterprises in implementing complex legislation and regulations and simplification where possible to foster voluntary compliance;

7. Support the integration of Partners into the international economy by strengthening policy dialogue with them to increase their awareness of and contribution to the Committee's standards, guidelines and best practices" (El énfasis es nuestro).

La metodología de trabajo del CFA se encuentra prevista en líneas generales en la Resolución del Consejo C(2013)84, en donde se consideran los siguientes tres métodos⁴⁰:

- Desarrollar estándares, guías y buenas prácticas en áreas donde la coordinación internacional sea deseable, así como monitorear su implementación.
- Proveer un foro para la discusión de normativistas experimentados, administradores tributarios, la comunidad empresarial y sociedad civil, sobre aspectos de política tributaria internacional y doméstica con relevancia global.
- Proveer estadísticas comparativas sobre los principales tributos utilizados en OCDE, así como análisis sobre aspectos de política tributaria para la realización de publicaciones.

⁴⁰ Al respecto, en el acápite II de la Resolución C(2013)84 del Consejo OCDE, se indica lo siguiente:

“II. Methods

In order to achieve these objectives, the Committee will focus its work on delivering outputs of high quality and with high policy impacts and shall regularly assess whether these targets are being met. In particular, the Committee shall:

- a) Develop standards, guidelines and best practices in areas where international co-ordination is desirable and monitor the practical implementation of them and other recommendations;*
- b) Provide a forum for discussions by senior policymakers and tax administrators, and where appropriate the business community and other parts of civil society, of international and domestic tax policy and administration issues and emerging issues in a global economy which require a response from senior tax policy makers;*
- c) Supply OECD countries with internationally comparable tax statistics and comparisons of the major taxes used throughout the OECD area, and provide strategic analysis of important tax policy and administration issues for use in publications, briefs, and the like”. (El énfasis es nuestro)*

De la revisión de las funciones de los comités sustantivos de OCDE y, en particular, de las funciones del CFA, es necesario resaltar para propósitos de la presente investigación lo siguiente:

- Los comités sustantivos tienen entre una de sus principales funciones, la de producir las políticas, guías, buenas prácticas y principios de OCDE, las cuales constituyen el soft law de la organización, tal como se encuentra previsto expresamente en la Resolución de la Nueva Estructura de OCDE.
- El CFA está conformado por treinta y cinco países miembro de OCDE, un país en calidad de asociado (Argentina) y diez países en calidad de participantes (Colombia, Costa Rica, Uruguay, entre otros). Perú no es miembro del CFA.
- El CFA es el comité sustantivo de la organización encargado para: (i) promover el desarrollo e implementación de los estándares tributarios internacionales y guías, donde la coordinación sea deseable; (ii) promover la comunicación interestatal para prevenir la doble tributación internacional y para contraatacar la evasión fiscal; y, (iii) dialogar con los no miembros de OCDE con la finalidad de incrementar el uso de estándares y guías.

3.1.2. Las Guías OCDE son recomendaciones con carácter de soft law, según OCDE

Las Guías OCDE (y sus sucesivas modificaciones) fueron preparadas por el CFA y enviadas al Consejo de OCDE para su aprobación. Luego, el Consejo de OCDE las aprobó oficialmente a través de actos del tipo “recomendaciones”.

Al respecto, en la Resolución del Consejo de OCDE C(95)126/FINAL, citada en la versión de marzo de 1996 de las Directrices aplicables en materia de precios de transferencia a empresas multinacionales y Administraciones tributarias, se indica lo siguiente:

El CONSEJO., [...]

I. RECOMIENDA a los Gobiernos de los Países Miembros:

1.1 que sus administraciones tributarias sigan, cuando revisen, y cuando sea necesario ajusten los precios de transferencia entre empresas asociadas para propósitos de determinar la renta imponible, las directrices en el Reporte de 1995, modificadas —considerando la integridad del Reporte y la interacción de los diferentes capítulos— para arribar al precio arm's length para transacciones entre empresas asociadas.

1.2 que las administraciones tributarias incentiven a los contribuyentes para seguir las directrices del Reporte de 1995 modificadas, publicitadas en sus países y traducidas, cuando sea necesario, en sus idiomas nacionales; [...]

II. INVITA a los Gobiernos de los Países Miembros:

II.1 notificar al Comité de Asuntos Fiscales de cualquier modificación al texto de cualquier ley o regulación que sea relevante para la determinación de los precios de transferencia o a la incorporación de nuevas leyes o regulaciones. [...] ⁴¹ (OCDE 1996: A-2 – A-3).

⁴¹ Traducción libre del texto:

The COUNCIL., [...]

I. RECOMMENDS to the Governments of Members countries:

1.1. that their tax administrations follow, when reviewing , and if necessary, adjusting transfer pricing between associated enterprises for the purposes of determining taxable income, the guidance in the 1995 Report, as amended –considering the integrity of the Report and the interaction of the different chapters- for arriving at arm's length pricing for transactions between associated enterprises;

De esta manera se tiene entonces que el Consejo de OCDE realiza recomendaciones a los países miembros de OCDE, consistentes en que sus correspondientes administraciones tributarias sigan las Guías OCDE en la determinación y ajustes de precios de transferencia.

Ahora bien, como se había visto, la Regla 18 de las Reglas de Procedimiento de OCDE señala que las recomendaciones de OCDE, realizadas por el Consejo, son enviadas a los países miembros para que implementen su contenido, únicamente si es que lo consideran oportuno.

Asimismo, se revisó que el CFA es un comité sustantivo, el cual tiene entre sus principales funciones producir guías y principios de OCDE que constituyen el soft law de la organización, conforme se encuentra previsto en la Resolución de la Nueva Estructura de OCDE.

Sobre la base de lo anterior, se concluye entonces que según las propia regulación interna de OCDE, las Guías OCDE son recomendaciones de OCDE que representan el soft law de OCDE.

3.1.3. Naturaleza de las Guías OCDE, según el Derecho peruano

3.1.3.1. El soft law, en la teoría de Luis Durán Rojo

A fin de analizar los alcances del soft law y su incidencia en el Derecho peruano recurriremos al trabajo de Luis Durán Rojo titulado “Uso del soft

1.2 that tax administrations should encourage taxpayers to follow the guidance in the 1995 Report as amended publicity in their country and have it translated, where necessary, into their national language(s); [...]

II. INVITES the Governments of Member Countries:

II.1 to notify the Committee on Fiscal Affairs of any modifications to the text of any laws or regulations that are relevant to the determination of transfer pricing or of the introduction of new laws or regulations. [...].

law en el Derecho Tributario como manifestación del cambio de paradigma jurídico. Primeras reflexiones para revisar la experiencia peruana”, publicado el año 2014 en la *Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario*.

En dicho trabajo se indica que el término soft law fue acuñado inicialmente por Arnold McNair en 1930, con motivo del trabajo que lleva por nombre “The functions and Difeering Legal Character of Treaties: British Practice and Opinions”. Así, en el referido trabajo se utilizó el término soft law “*para referirse a los “principios operativos abstractos” que eran usados en la interpretación judicial a los que quería abarcar como enunciados normativos*” (Durán, 2014: 77).

Actualmente el término soft law comprende a los instrumentos que carecen de fuerza vinculante, pero que cuentan con una pretensión jurídica, lo cual involucra la voluntad de influir en las conductas de los sujetos (Durán, 2014: 78). Estos instrumentos pueden originarse en organismos supraestatales o también en organismos paraestatales, lo cual les brinda raigambre internacional. Asimismo, la producción puede también incluir el ámbito estrictamente nacional (Durán, 2014: 78).

Asimismo, en lo que se refiere a las funciones del soft law, Luis Durán las clasifica en tres tipos. El primero tiene que ver con la función prelegislativa, en donde el soft law se presenta como una fuerte influencia para la producción de futura legislación. El segundo consiste en la función poslegislativa en donde el soft law busca complementar o interpretar la legislación de un sistema jurídico particular. Finalmente, en un último caso el soft law actúa en una función paralegislativa presentándose como regulación paralela o alternativa a las legislaciones estatales (Durán, 2014: 81).

Con respecto a esas tres funciones, el autor considera que la función prelegislativa no representa mayores problemas en el ámbito jurídico, debido a que al interactuar como una inspiración para los legisladores, ello se encuentra fuera del terreno del Derecho Positivo (Durán, 2014: 82). En el caso de la función paralegislativa, esta sí significa un problema jurídico, en específico si es que se pretende llenar lagunas jurídicas a través de la utilización del soft law. Sobre ello, el autor considera que esta práctica es incorrecta debido a que, en el marco de un sistema de fuentes de Derecho, el sistema jurídico es autopoyético y debe llenar sus lagunas por sí solo (Durán, 2014: 82).

3.1.3.2. Las Guías OCDE son soft law para el Derecho peruano

El Tribunal Constitucional ha definido el soft law como guías de principios generales carentes de fuerza vinculante para los Estados, pero que sí deben ser observados a *“modo de criterios persuasivos”*.

Al respecto, el Tribunal Constitucional en las Sentencias recaídas en los Expedientes N° 00024-2009-PI propuso que el soft law consiste en *“una guía de principios generales que carecen de fuerza vinculante y, por lo mismo, respecto de los cuales los Estados no tienen ninguna obligación jurídica, pero que se considera que deberían observar a modo de criterios persuasivos”*.

Ahora bien, el Tribunal Constitucional ha asignado el carácter de soft law, no únicamente a instrumentos como declaraciones o convenios, sino también a directrices de la propia OCDE.

Al respecto, en el voto del magistrado Eto Cruz que coincide con el sentido del fallo de la Sentencia recaída en el expediente 02111-2010-PA/TC se delineó el concepto de responsabilidad social empresarial utilizando como

guías interpretativas a instrumentos soft law emitidos por OCDE (Líneas Directrices de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico-OCDE), OIT (Declaración Tripartita de la OIT de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social) y ONU (Pacto Mundial de las Naciones Unidas). Sobre ello, se indicó:

En el ámbito internacional, la responsabilidad social empresarial ha sido materia de un importante desarrollo, el mismo que, a pesar de estar plasmado en instrumentos que no revisten carácter vinculante, constituye empero una importante herramienta interpretativa a efectos de dotar de contenido al concepto en cuestión. Estos parámetros han sido incluidos en mecanismos de derecho no vinculante (como las Líneas Directrices de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico-OCDE o la Declaración Tripartita de la OIT de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social) o, incluso, provienen de iniciativas voluntarias (como es el caso del Pacto Mundial de las Naciones Unidas), por lo que revisten el carácter de normas de soft law, vale decir, de guías que sin dejar de tener un efecto jurídico, no terminan por vincular a los Estados, representando su contenido un código de conducta que carece de coerción y ejecutabilidad.

En ese sentido, a pesar de que no exista un pronunciamiento expreso en que el Tribunal Constitucional haya indicado que las Guías OCDE constituyen soft law para el Perú, existe un pronunciamiento acerca de que otras directrices, también emitidas por OCDE, como son las Líneas Directrices de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), constituyen soft law. En ese sentido, es claro que las Guías OCDE —al compartir la misma naturaleza que las Líneas Directrices de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico, las cuales fueron aprobadas mediante la Declaración de la OCDE sobre Inversión Internacional y Empresas Multinacionales y son enmendadas por el Consejo de OCDE— cuentan también con el carácter de soft law.

3.1.3.3. Las Guías OCDE en su condición de soft law, solo pueden ser usadas para fines de la interpretación de las normas sustantivas de precios de transferencia

A partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre soft law identificada por Luis Durán Rojo, así como de jurisprudencia del Tribunal Fiscal, identificamos dos restricciones a las cuales debe sujetarse el uso de las Guías OCDE en la aplicación de las normas de precios de transferencia: las Guías OCDE únicamente deben ser utilizadas para efectos interpretativos y siempre que no se opongan a las normas jurídicas peruanas.

El Tribunal Constitucional ha señalado que el soft law puede servir como un criterio de interpretación de las normas nacionales. Sin embargo, dicho uso únicamente puede ser llevado a cabo si es que el soft law no se opone a las normas nacionales.

Al respecto, el Tribunal Constitucional en las Sentencias recaídas en los Expedientes 00025-2007-PI/TC y 00026-2007-PI/TC indicó que los pronunciamientos del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la Organización Internacional del Trabajo constituyen soft law para la interpretación de los Convenios OIT N° 87 y 98; los cuales sirven para la interpretación de derechos y libertades reconocidas en la Constitución. Sobre ello, el Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el expediente 00025-2007PI/TC señala:

(...) en lo que respecta al derecho de huelga debemos considerar que el Perú ha ratificado el Convenio sobre la Libertad Sindical y la Protección del Derecho de Sindicación de 1948 (Convenio OIT N° 87) y el Convenio sobre el Derecho de Sindicación y de Negociación Colectiva de 1949 (Convenio OIT N° 98), los cuales forman parte del derecho nacional (artículo 55° de la

Constitución), y constituyen cláusulas hermenéuticas conforme a las cuales deben ser interpretados los derechos y libertades que la Constitución reconoce (Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución).

(...) En consecuencia, a partir de la interpretación dada a lo dispuesto en los referidos convenios por el Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, la misma que reviste el carácter de soft law para el derecho interno; en materia de la relación entre el derecho de huelga los servicios públicos esenciales, se ha configurado que el establecimiento de servicios mínimos en el caso de huelga solo debería ser posible en: (...).

De forma similar, en la Sentencia recaída en el Expediente N° 00024-2009-PI, el Tribunal Constitucional estableció que la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas, instrumento que constituye soft law, puede servir de guía interpretativa del Convenio OIT 169, el cual constituye una norma jurídica que se integra al sistema jurídico peruano basada en el Artículo 55° de la Constitución. No obstante, dicha declaración únicamente podrá servir como guía interpretativa siempre que no se oponga al referido convenio.

Con respecto a lo anterior, en la referida sentencia el Tribunal Constitucional señala lo siguiente:

De otro lado, en lo que se refiere al valor normativo que pueda tener la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas, el Tribunal destaca que ésta fue aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas con fecha 13 de septiembre de 2007. Este instrumento del Derecho Internacional de los Derechos Humanos conlleva una fuerza moral, además de una evidente orientación de la comunidad internacional en materia de garantía y respeto de los pueblos indígenas, al anidar en su contenido aquellas metas y objetivos que la comunidad internacional se impone. En ese sentido, cuando entre las disposiciones de la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas y las del Convenio 169 no existan

antinomias, aquellas pueden entenderse a manera de interpretación autorizada de éstas últimas, teniendo la naturaleza, en todos los demás casos, de aquello que en el Derecho Internacional se denomina como soft law, esto es, una guía de principios generales que carecen de fuerza vinculante y, por lo mismo, respecto de los cuales los Estados no tienen ninguna obligación jurídica, pero que se considera que deberían observar a modo de criterios persuasivos.

De esta manera se aprecia claramente que el Tribunal Constitucional asigna al soft law un rol interpretativo de las normas jurídicas del Derecho peruano, pero sujetándolas a que generen antinomias, es decir, a que se opongan a lo señalado en las normas jurídicas.

Así, se desprende que en caso las Guías OCDE sean utilizadas como soft law para la aplicación de las normas de precios de transferencia, dicho uso deberá restringirse a un rol interpretativo y sujeto a que el soft law no se oponga a lo ya dispuesto en las normas peruanas de precios de transferencia.

3.2. Uso de las Guías OCDE a partir de la Norma VIII del Título Preliminar del Código Tributario y del inciso h) del Artículo 32°-A de la LIR

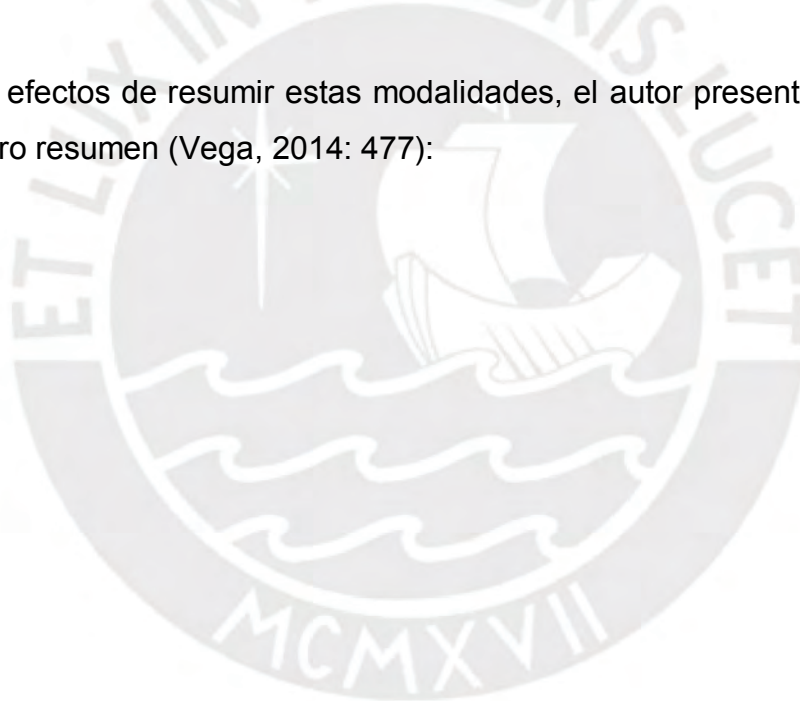
3.2.1. Modelos del derecho comparado para regular el uso de las Guías OCDE en la aplicación de las normas sustantivas de precios de transferencia

Alberto Vega García en su trabajo titulado “El soft law en la fiscalidad internacional” realizó un estudio acerca de las fórmulas adoptadas en las legislaciones comparadas para utilizar las Guías OCDE en materia de precios de transferencia, para lo cual revisó el contexto normativo de los países miembros de OCDE Alemania, Australia, Austria, Bélgica, Canadá,

Chile, España, Estados Unidos, Francia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, México, Nueva Zelanda, Portugal, Reino Unido, Suiza, así como de los siguientes países no miembros de OCDE Argentina, Brasil, Ecuador, India, Kenia, Namibia, Perú, Sudáfrica y Uruguay.

De todos estos países Alberto Vega identificó que entre los países en los que existen referencias expresas a las Guías OCDE se distinguen tres tipos de países: (i) países en donde existen referencias a las Guías OCDE en la legislación; (ii) países en donde la referencia se encuentra en circulares y documentos de las Administraciones Tributarias; y, (iii) países en donde es la jurisprudencia quien realiza la referencia.

Para efectos de resumir estas modalidades, el autor presenta el siguiente cuadro resumen (Vega, 2014: 477):



Países en que existen referencias a las Directrices	Con referencias en la legislación (incluyendo los preámbulos)	Australia, Colombia*, España, Irlanda, México, Perú y Reino Unido	
	Con referencias en circulares y otros documentos de la Administración tributaria	Referencias frecuentes	Alemania, Australia, Austria, Bélgica, Canadá, Italia, Namibia, Nueva Zelanda, Reino Unido, Sudáfrica y Suiza
		Traducción y publicación de las Directrices por las Autoridades tributarias	Austria e Italia
		Referencias en casos excepcionales	Estados Unidos
	Con referencias en las jurisprudencia	Alemania, Canadá, España, Italia, Kenia, Suiza y Uruguay. En casos muy excepcionales: Estados Unidos y Francia. Referencias descartando la relevancia de las Directrices: Australia	

Del cuadro anterior, es de notar la afinidad entre los regímenes de Australia, España, Irlanda, México, Perú y Reino Unido. Con respecto a

estos regímenes, Alberto Vega señala que por lo general la legislación de estos países se refiere a las Guías OCDE como instrumentos para efectos interpretativos y que esta referencia puede estar incluida en los preámbulos de las normas o en la propia normativa. Asimismo, destaca que en las legislaciones de Australia, Irlanda México y el Reino Unido se indica la versión de las Guías OCDE que debe aplicarse (Vega, 2014: 474).

Ahora bien, a partir de la revisión de las legislaciones de Australia, Irlanda, México, Reino Unido y Colombia, pueden clasificarse estas legislaciones de dos formas.

Una primera clasificación atendiendo a si las legislaciones únicamente habilitan el uso de las Guías OCDE para la interpretación o para operaciones más amplias como la integración. Bajo esta perspectiva identificamos los siguientes grupos:

- Un primer grupo que señala que los efectos de la legislación deben asegurar la consistencia entre dicha legislación y las Guías OCDE. De esta manera, lo que se condiciona es la aplicación de la propia legislación para que sea consistente con las Guías OCDE. Ese sentido, es posible afirmar que se habilita tanto la interpretación como la integración de las normas jurídicas de dichos países recurriendo referencialmente a las Guías OCDE. Estos son los casos de las legislaciones de Australia, Irlanda y el Reino Unido.

- Un segundo grupo que señala que las Guías OCDE se aplican para efectos de interpretar la legislación de precios de transferencia. Estos países son: Colombia, México y España.

Asimismo, las fórmulas legislativas adoptadas para habilitar el uso de las Guías OCDE pueden clasificarse en función de la referencia a la versión aplicable de dichas guías, en los siguientes tipos:

- Un primer grupo en el que las legislaciones hacen referencia a una versión específica de las Guías OCDE. En este grupo se incluyen los casos de Australia, Irlanda y el Reino Unido.
- Un segundo grupo en el que se define también la utilización de una versión específica de las Guías OCDE, pero que habilitan también el uso de versiones posteriores siempre que no se opongan a lo dispuesto legislativamente. Este es el caso de México.
- Un tercer grupo en el que se habilita la utilización de las Guías OCDE sin precisar cuál es la versión de las guías OCDE que es aplicable. Este es el caso del pasado régimen de Colombia y el régimen de España.

A continuación se abundará en la referencia a las Guías OCDE realizada en las legislaciones de Australia, Irlanda, México, Perú, Reino Unido y Colombia.

3.2.1.1. Australia

El 29 de junio de 2013 se introdujo la “*Tax Laws Amendment (Countering Tax Avoidance and Multinational Profit Shifting Act 2013*”, a través de la cual realizaron modificaciones a la legislación australiana de Impuesto a la Renta.

Entre las modificaciones incorporadas, se encuentra la realizada a la sección 815-135 de la subdivisión 815-B. Luego de la modificación se

indicó que para determinar los efectos de la referida subdivisión deben considerarse las condiciones arm's length que sean consistentes con lo previsto en las Guías OCDE modificadas el 22 de julio de 2010.

Al respecto, en la referida sección se indica:

Guidance

- (1) For the purpose of determining the effect this Subdivision has in relation to an entity, identify arm's length conditions so as best to achieve consistency with the documents covered by this section.
- (2) The documents covered by this section are as follows:
 - (a) the Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, as approved by the Council of the Organisation for Economic Cooperation and Development and last amended on 22 July 2010;
 - (b) a document, or part of a document, prescribed by the regulations for the purposes of this paragraph.
- (3) However, the document mentioned in paragraph (2)(a) is not covered by this section if the regulations so prescribe.
- (4) Regulations made for the purposes of paragraph (2)(b) or subsection (3) may prescribe different documents or parts of documents for different circumstances.

3.2.1.2. España

El 29 de noviembre de 2006, la Ley del Impuesto sobre las Sociedades fue modificada por la Ley 36/2006, la cual realizó diversos cambios con respecto a precios de transferencia.

No obstante, lo relevante no se encontró en el articulado de dicha ley, sino en la llamada exposición de motivos (también llamada preámbulo por Alberto Vega) en donde se indicó que la ley debía ser interpretada según lo dispuesto por las Guías OCDE.

Al respecto, Alberto Vega relatando lo señalado en la exposición de motivos de la Ley 36/2006 comenta:

Por otra parte, hay que destacar que la exposición de motivos de la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal se refiere únicamente a la necesidad de interpretar la legislación española sobre precios de transferencia según lo dispuesto en las Directrices de la OCDE, sin indicar en ningún momento que las Directrices deban emplearse con carácter supletorio, a diferencia de lo que sucede en otros países (Vega 2014: 429).

3.2.1.3. Irlanda

En el año 2010 se realizaron modificaciones a la Ley “*Taxes consolidation act 1997*”, entre las cuales se encontró la modificación a la sección 835D(2), en donde reguló lo siguiente: (i) para la aplicación de precios de transferencia, la sección 852D(2) debe construirse asegurando la consistencia entre el efecto de dicha sección y el efecto de las guías de precios de transferencia; (ii) las Guías OCDE son las de la versión aprobada por el Consejo de OCDE el 13 de julio de 1995; y, (iii) el ministro de finanzas puede modificar las guías aplicables reglamentariamente.

Sobre ello, la Sección 835D de la “*Taxes Consolidation Act 1997*” señala lo siguiente:

835D.-

(1) In this section (...)

'transfer pricing guidelines' means the guidelines approved on 13 July 1995 by the Council of the OECD (in this definition referred to as the 'OECD Council') as its Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations (...)

- (2) For the purpose of computing profits or gains or losses chargeable to tax under Case I or II of Schedule D, this Part shall be construed to ensure, as far as practicable, consistency between—
- (a) the effect which is to be given to section 835C, and
 - (b) the effect which, in accordance with the transfer pricing guidelines, would be given if double taxation relief arrangements incorporating Article 9(1) of the OECD Model Tax Convention applied to the computation of the profits or gains or losses, regardless of whether such double taxation relief arrangements actually apply, but this section shall not apply for the purposes of construing this Part to the extent that such application of the section would be contrary to the provisions of double taxation relief arrangements that apply to the computation of those profits or gains or losses
- (3) The Minister for Finance may, for the purposes of this Part, by order designate any additional guidance referred to in paragraph (a)(iii) of the definition of ‘transfer pricing guidelines’ in subsection (1) as being comprised in the transfer pricing guidelines.

3.2.1.4. México

La Ley del Impuesto a la Renta, publicada oficialmente el 11 de diciembre de 2013 y en vigor desde el 1 de enero de 2014, previó en su Artículo 179° que el capítulo de dicha ley relacionado con precios de transferencia: (i) debía ser interpretado conforme a las Guías OCDE aprobadas por el consejo en 1995 o aquella que la sustituya siempre que sea congruente con la legislación y los tratados celebrados por México.

Sobre ello, el último párrafo del Artículo 179° de la Ley del Impuesto a la Renta mexicano señala lo siguiente:

Artículo 179.- (...) Para la interpretación de lo dispuesto en este Capítulo, serán aplicables las Guías sobre Precios de Transferencia para las

Empresas Multinacionales y las Administraciones Fiscales, aprobadas por el Consejo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico en 1995, o aquéllas que las sustituyan, en la medida en que las mismas sean congruentes con las disposiciones de esta Ley y de los tratados celebrados por México.

3.2.1.5. Reino Unido

La sección 164 de la “*Taxation (International and other Provisions) Act 2010 (“TIOPA”)*” señala que la “parte” 4 referida a precios de transferencia: (i) debe ser leída de manera tal que se asegure la consistencia entre determinadas secciones de legislación y las Guías OCDE publicadas antes del 1 de mayo de 1998, o las ordenadas posteriormente por el secretario del Tesoro.

Sobre ello, en la referida sección 164 de la *Taxation (International and other Provisions) Act 2010* se indica lo siguiente:

- 164 Part to be interpreted in accordance with OECD principles
- (1) This Part is to be read in such manner as best secures consistency between—
 - (a) the effect given to sections 147(1)(a), (b) and (d) and (2) to (6), 148 and 151(2), and
 - (b) the effect which, in accordance with the transfer pricing guidelines, is to be given, in cases where double taxation arrangements incorporate the whole or any part of the OECD model, to so much of the arrangements as does so.(...)
 - (4) In this section “the transfer pricing guidelines” means—
 - (a) all the documents published by the Organisation for Economic Co-operation and Development, at any time before 1 May 1998, as part of their Transfer Pricing

Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, and

- (b) such documents published by that Organisation on or after that date as may for the purposes of this Part be designated, by an order made by the Treasury, as comprised in the transfer pricing guidelines

Posteriormente, según lo descrito por Alberto Vega, a través de las modificaciones realizadas por la Finance Act 2011, el numeral 4 de la sección 164 fue cambiado al siguiente texto (Vega, 2014: 452 y 453):

- (4) In this section “the transfer pricing guidelines” means-
 - (a) the version of the Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations approved by the Organization for Economic Co-operation and Development (OECD) on 22 July 2010, or
 - (b) such other document approved and published by the OECD in place of that (or a later) version or in place of those Guidelines as is designated for the time being by order made by the Treasury, including, in either case, such material published by the OECD as part of (or by way of update or supplement to) the version or other document concerned as may be so designated.

De esta manera, luego de esta modificación, la legislación británica dispone que la “parte 4” referida a precios de transferencia: (i) debe asegurarse la consistencia entre determinadas secciones de la legislación y las Guías OCDE aprobadas por el Consejo de OCDE, el 22 de julio de 2010, o las ordenadas posteriormente por el secretario del Tesoro.

3.2.1.6. Colombia

Si bien Alberto Vega no se refiere al caso colombiano, es importante considerarlo debido a su afinidad con el caso peruano. Para ello debe

prestarse atención a la Ley 788 de 2002, a través de la cual se incorporó el Artículo 260-9 en el Estatuto Tributario. En dicho artículo se incluyó una remisión expresa a la utilización de las Guías OCDE para la interpretación del capítulo de precios de transferencia del Estatuto Tributario. Dicho Artículo 260-9 indica lo siguiente:

Artículo 260-9. Interpretación. Para la interpretación de lo dispuesto en este capítulo, serán aplicables las Guías sobre Precios de Transferencia para Empresas Multinacionales y Administraciones Fiscales, aprobadas por el Consejo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, OCDE, en la medida en que las mismas sean congruentes con las disposiciones del Estatuto Tributario.

No obstante, dicho artículo fue objeto de una demanda de inconstitucionalidad que fue luego declarada fundada por el Tribunal Constitucional de dicho país, a través de la Sentencia C-690/03 del 12 de agosto del 2003, la que será expuesta más adelante.

3.2.2. El modelo seguido en el Perú para regular el uso de las Guías OCDE en las normas sustantivas de precios de transferencia

A partir de la clasificación de los modelos revisados en el punto anterior, se aprecia que el modelo peruano para regular el uso de las Guías OCDE en las normas de precios de transferencia se caracteriza por lo siguiente: (i) habilita el uso de las Guías OCDE de forma expresa en el inciso h) de la LIR y únicamente con fines interpretativos; (ii) no precisa una versión específica de las Guías OCDE.

Al respecto, la Ley del Impuesto a la Renta en su Artículo 32º-A, inciso h), señala que: (i) el referido artículo, el cual recoge las disposiciones de precios de transferencia, se interpreta conforme a las Guías OCDE

aprobadas por el Consejo; y, (ii) siempre que dichas Guías no se opongan a lo dispuesto en la Ley del Impuesto a la Renta.

Sobre ello, el Artículo 32°-A, inciso h) de la Ley del Impuesto a la Renta señala lo siguiente:

32°-A.- (...)

h) Fuentes de interpretación

Para la interpretación de lo dispuesto en este artículo, serán de aplicación las Guías sobre Precios de Transferencia para Empresas Multinacionales y Administraciones Fiscales, aprobadas por el Consejo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico - OCDE, en tanto las mismas no se opongan a las disposiciones aprobadas por esta Ley.

De esta manera, el modelo peruano se asemeja a los modelos de Colombia, España y México con respecto a que únicamente habilitan el uso de las Guías OCDE para la interpretación de la legislación local. Asimismo, se asemeja a las legislaciones de Colombia y España en el sentido de que no precisan cuál es la versión de las Guías OCDE que es aplicable.

Asimismo, se tiene que el modelo peruano se diferencia, al menos desde el diseño legislativo, de aquellos otros modelos en los que se habilita el uso de las Guías OCDE para usos más amplios como la integración (casos de Irlanda, Australia y el Reino Unido).

3.2.3. Constitucionalidad del inciso h) del artículo 32°-A de la LIR

El 23 de diciembre de 2003 fue publicado en el Diario Oficial *El Peruano* el Decreto Legislativo 945, el cual incorporó el Artículo 32°-A en la LIR en la Ley del Impuesto a la Renta. Este artículo cuenta con ocho incisos, donde

se establecen disposiciones relacionadas con el valor de mercado de las operaciones entre partes vinculadas.

El último de estos incisos es el h) Fuentes de Interpretación. Este señala que para interpretar el Artículo 32-A se aplican las Guías sobre Precios de Transferencia para Empresas Multinacionales y Administraciones Fiscales aprobadas por el Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE en sus siglas en español u OECD en sus siglas en inglés). Veamos:

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

h) Fuentes de Interpretación

Para la interpretación de lo dispuesto en este artículo, serán de aplicación las Guías sobre Precios de Transferencia para Empresas Multinacionales y Administraciones Fiscales, aprobadas por el Consejo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico – OCDE, en tanto las mismas no se opongan a las disposiciones aprobadas por esta Ley.

Parte de la doctrina local encabezada por César Gamba y Oscar Sánchez ha pronunciado cuestionamientos a la constitucionalidad del Artículo 32º-A, inciso h) de la Ley del Impuesto a la Renta, debido a que afectaría los principios de legalidad y reserva de ley, toda vez que:

- Convertiría las Guías OCDE en normas interpretativas, a pesar de que la entidad que las emite no tiene competencia normativa desde nuestra Constitución.

Sobre ello, Oscar Sánchez analiza el referido inciso h) y señala que, si este inciso otorga a las Guías OCDE el carácter de normas interpretativas, estas normas restringirían las posibles interpretaciones de las normas de precios de transferencia (Sánchez, 2012: 243).

Sin embargo, estas normas interpretativas no cuentan con la misma jerarquía de las normas interpretadas, toda vez que la Constitución no ha reconocido rango normativo alguno al soft law. En este sentido, las Guías OCDE no podrían considerarse como “*interpretativas*” de las normas peruanas (Sánchez, 2012: 243), sino simplemente como “*fuerza de referencia no vinculante*” (Sánchez, 2012: 251).

- Al señalar de forma imperativa que las normas peruanas deben interpretarse según las Guías OCDE, se estaría excluyendo cualquier otro método de interpretación y resultado interpretativo.

Al respecto, César Gamba señala que el inciso h) del Artículo 32°-A de la LIR contendría una regla de interpretación según la cual todas las “*interpretaciones efectuadas por OCDE*” prevalecen sobre otras interpretaciones que se realicen por los operadores jurídicos (Gamba, 2008: 255).

No obstante, esta regla de prevalencia afectaría el principio de publicación de normas jurídicas. En ese sentido, el autor considera que las Guías pueden utilizarse como un “*método de interpretación*” cualquiera, sin que prevalezcan necesariamente sobre otras interpretaciones (Gamba, 2008: 256 y 257).

De esta manera tenemos que para César Gamba y Oscar Sánchez existen cuestionamientos a la constitucionalidad del Artículo 32-A, inciso

h) de la LIR, debido a que las Guías no habrían cumplido con ser publicadas y porque no cuentan con el mismo nivel normativo de la Ley del Impuesto a la Renta⁴².

Ahora bien, colabora con la posición de estos autores, el pronunciamiento del Tribunal Constitucional de Colombia recaído en la Sentencia C-690/03, del 12 de agosto de 2003, que trató la demanda de inconstitucionalidad de los Artículos 28°, 82° y 83° de la Ley 788 planteada por Juan Guillermo Saldarriaga Sanín, los cuales incorporaron en la ley tributaria colombiana una disposición muy cercanamente igual a la contenida en el Artículo 32°-A, inciso h), de la Ley del Impuesto a la Renta peruano.

Al respecto, mediante el Artículo 28° de la Ley 788 se incorporó el Artículo 260-9 al Estatuto Tributario colombiano, el cual indicaba lo siguiente:

Artículo 260-9. Interpretación. Para la interpretación de lo dispuesto en este capítulo, serán aplicables las Guías sobre Precios de Transferencia para Empresas Multinacionales y Administraciones Fiscales, aprobadas por el Consejo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, OCDE, en la medida en que las mismas sean congruentes con las disposiciones del Estatuto Tributario.

El Tribunal Constitucional colombiano declaró fundada la demanda debido a las siguientes razones:

- En primer lugar, el demandante había alegado que la disposición en cuestión consistía en una remisión que tenía como objetos remitidos

⁴² Si bien estos autores arriban a esta conclusión, no queda claro cuáles son los presupuestos que le sirven de base, dado que: (i) en el caso de César Gamba se aprecia el uso de los términos “*método de interpretación*” e “*interpretaciones efectuadas por OCDE*” para hacer alusión a la utilización de las Guías de Precios de Transferencia; y, (ii) en el caso de Oscar Sánchez, realiza un análisis que depende de considerar a las directrices de OCDE como “*normas interpretativas*”.

los elementos esenciales de la obligación tributaria. En ese sentido, dado que el referido Artículo 260-9 permitía regular elementos del tributo a través de las Guías OCDE, se argumentó la vulneración del principio de legalidad.

Sobre ello, el Tribunal Constitucional colombiano desestimó dicho argumento debido a que la referida remisión no tiene como objeto la regulación de los elementos de los tributos, sino únicamente la interpretación del capítulo de precios de transferencia del Estatuto Tributario colombiano.

Sobre ello, el referido tribunal en el acápite 5.1.2 de sentencia bajo comentario señala:

De manera general, el demandante considera que la remisión que el artículo 260-9 del Estatuto Tributario hace a las Guías sobre Precios de Transferencia para Empresas Multinacionales y Administraciones Fiscales de la OCDE, resulta contraria al principio de legalidad en materia tributaria, porque la aplicación de tales guías en Colombia, podría dar lugar a que con base en ellas se modifiquen elementos esenciales de la obligación tributaria.

Sin embargo, encuentra la Corte que la disposición demandada remite a esas guías únicamente para la interpretación de lo dispuesto en el capítulo sobre precios de transferencia, y que es la propia ley la que de manera directa ha regulado los distintos aspectos de dicho sistema que pueden incidir sobre los elementos esenciales del impuesto de renta.

- En segundo lugar, el Tribunal Constitucional colombiano identifica que en la disposición en cuestión se utilizó la frase “serán aplicables”, de donde se derivaría la intención de calificar a las Guías OCDE

como normas interpretativas. En ese sentido, la calidad de normas interpretativas ocasionaría que las Guías OCDE acotarían las posibilidades interpretativas de las normas del Estatuto Tributario colombiano.

Al respecto, en la Sentencia colombiana se indica lo siguiente:

Puesto que la norma dispone que para la interpretación de lo dispuesto en el capítulo sobre precios de transferencia del Estatuto Tributario “... serán aplicables ...” las Guías de la OCDE, podría concluirse que tales guías tienen el carácter de normas interpretativas.

Tal podría ser el entendimiento de la referida remisión por cuanto el imperativo que ella contiene, claramente, implica que las Guías de la OCDE delimitan las posibilidades interpretativas que pudieran derivarse de las normas del Estatuto Tributario sobre precios de transferencia y, en esa medida, supone una restricción al contenido de la ley a cuya interpretación se aplica. Tal característica, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte, es propia de las normas interpretativas.

Ahora bien para que las Guías OCDE representen normas interpretativas válidas se requiere primero que cumplan con ser normas y correspondan a la misma jerarquía del Estatuto Tributario colombiano. Sin embargo, ello no se habría cumplido debido a que las Guías OCDE se emiten en el seno de un organismo internacional sin ser recogidas dentro del ordenamiento interno colombiano y sin la posibilidad de su control judicial. De esta manera, dado que no se cumple ninguna de estas condiciones la remisión a las Guías OCDE vulnera el principio de legalidad.

Sobre ello, el Tribunal Constitucional colombiano señala lo siguiente:

Sin embargo, esa posibilidad debe descartarse por cuanto, de acuerdo con reiterada jurisprudencia, la norma interpretativa debe tener la misma jerarquía y está sujeta a las mismas condiciones que la norma interpretada.⁴³ Se incorpora a ella y tiene que tener su mismo nivel jerárquico. No podría un reglamento tenerse como interpretativo de la ley reglamentada.

Si ese fuese el alcance de la remisión, la norma acusada ciertamente resultaría contraria a la Constitución, no solamente porque permitiría que una norma legal sea interpretada de manera auténtica por una norma que no tiene fuerza de ley, sino porque, además, se lesionaría el principio de legalidad tributaria, en la medida en que el sentido de una ley que afecta los elementos esenciales de un tributo sería fijado por una norma que no tiene rango de ley. (...)

De este modo, se tiene que, adicionalmente, no solamente se trata de unas normas que no tienen rango de ley, y por consiguiente no pueden interpretar la ley, sino que se trata de unas disposiciones elaboradas por un organismo internacional, del que no hace parte Colombia, que no han sido incorporadas a nuestro ordenamiento interno por el procedimiento establecido en la Constitución, y por consiguiente no pueden tener alcance vinculante en Colombia.

- En tercer lugar, la legalidad de la disposición en cuestión tampoco es satisfecha si es que se considera que las Guías OCDE únicamente se configuran como pautas interpretativas aplicables a cada caso concreto, debido a dos razones. Primero que las interpretaciones de casos concretos derivan en reglas generales de interpretación y, segundo, porque la disposición en cuestión atribuyó el carácter imperativo del uso de las Guías OCDE.

⁴³ Ibid.

Lo anterior puede apreciarse en lo señalado por el Tribunal Constitucional colombiano de la siguiente manera:

Sin embargo, el anterior razonamiento no es suficiente para superar la objeción derivada del carácter imperativo que tiene la remisión. Por un lado, porque la interpretación en los casos concretos terminaría por convertirse en una regla general de interpretación que se incorporaría a la ley interpretada, y por otro, dado el carácter imperativo que se desprende de la ley, ya no se trataría de una mera opción interpretativa, sino de una fijación de sentido de carácter vinculante.

A partir de estos argumentos, el Tribunal Constitucional colombiano declaró fundada la demanda de inconstitucionalidad de la disposición contenida en Artículo 260-9 del Estatuto Tributario colombiano.

Asimismo, en el caso de la doctrina comparada, en específico la doctrina española que analiza la inclusión de una remisión implícita de la interpretación de las normas de precios de transferencia a través de las Guías OCDE, se ha señalado también un cuestionamiento a la constitucionalidad de cualquier remisión de dicho tipo, sea esta una remisión implícita o explícita.

Al respecto, José Calderón en su libro *Precios de Transferencia e Impuesto sobre Sociedades*, publicado en el año 2005, indica que la existencia de una remisión implícita a las Guías OCDE para la interpretación de las disposiciones legales españolas de precios de transferencia presenta graves cuestionamiento de legalidad dado que:

(...) la operatividad de las Directrices OCDE como una suerte de “reglamento” (no normativo) de principios que colabora a dotar de contenido lo dispuesto en la norma interna que establece el principio de plena competencia, no sólo quiebra la tradicional regla de colaboración ley-reglamento, sino también podría suponer de algún modo contribuir una suerte de “poder tributario derivado” a una organización internacional sin que tal atribución o cesión haya sido autorizada constitucionalmente (Calderón, 2005: 143).

Ahora bien, si bien es cierto que existen cuestionamientos a la constitucionalidad del inciso h) del Artículo 32°-A de la LIR, consideremos que dicho inciso no es inconstitucional toda vez que: (i) las Guías OCDE no son normas jurídicas y por tanto no requieren ser publicadas en el Diario Oficial *El Peruano*; y, (ii) el referido inciso únicamente obliga al intérprete a tomar en consideración las interpretaciones que tomen como fuente de interpretación de las Guías OCDE, sin excluir el uso de otros métodos de interpretación que no se basen en las Guías OCDE. A continuación se desarrollan cada uno de estos aspectos.

3.2.3.1. El inciso h) no otorga la calidad de normas jurídicas a las Guías OCDE, por lo que no requieren ser publicadas en el Diario Oficial *El Peruano*

Conforme pudo apreciarse en los cuestionamientos a la constitucionalidad del inciso h) del Artículo 32°-A de la LIR, se indicó que dicho inciso podría haber otorgado la calidad de “normas interpretativas” a las Guías OCDE, hecho que sería inconstitucional dado las Guías OCDE no cumplieron con el requisito aplicable a toda norma jurídica en el Perú consistente en que debe ser publicada en el Diario Oficial *El Peruano*.

Se discrepa de dicho posición, dado que las Guías OCDE no califican como normas jurídicas para el Derecho peruano, por lo que no requieren

ser sometidas al requisito de publicación oficial. Se sostiene lo anterior sobre la base de que según la teoría de fuentes del Derecho y según el sistema de fuentes de Derecho en el Perú, las normas jurídicas son emitidas por autoridades políticas constitucionalmente designadas, hecho que no ocurre en el caso de OCDE (ente emisor de las Guías OCDE). Veamos.

(a) Teoría de las fuentes del Derecho según el modelo de Joseph Aguiló

Joseph Aguiló en su libro *Teoría General de las Fuentes del Derecho*, presenta un análisis de las fuentes del Derecho, en donde se realiza un análisis del concepto de fuentes del Derecho. A continuación presentamos las más relevantes para efectos del presente trabajo.

En primer lugar, el autor advierte que la frase “fuente del Derecho” ha recibido un diferente significado, dependiendo de su uso en singular o en plural. Así, cuando se habla de “fuente del Derecho” se está haciendo referencia a la fuente originaria de todo el orden jurídico. Por otro lado, cuando se habla de “fuentes del Derecho” se está haciendo alusión a las distintas formas de producción normativa (Aguiló, 2012: 39-40).

En cada ámbito existe por lo general un consenso sobre cuáles son las “fuentes del Derecho” (formas de producción normativa); no obstante, es difícil que dicho consenso se refleje también sobre cuál es la fuente originaria del ordenamiento jurídico “fuente del Derecho” (Aguiló, 2012: 50).

No obstante para saber cuál es la fuente originaria del Derecho, es esencial primero saber cuál es la naturaleza del orden jurídico (entendido como Derecho). Este cuestionamiento sobre la naturaleza del orden jurídico y la fuente originaria del Derecho, no sería trivial, puesto que

condiciona el entendimiento de las “fuentes de Derecho” entendidas como modos de producción normativa. (Aguiló, 2012: 205)

A partir de esta consideración, el autor reseña tres enfoques distintos para entender la naturaleza del orden jurídico, la fuente originaria del orden jurídico y de las fuentes de producción normativa (Aguiló, 2012: 32)

- Enfoque explicativo o social: En este enfoque el orden jurídico es un orden social. En ese sentido, el origen del orden jurídico es el hecho social, sin ningún tipo de consideración moral. Así, son los hechos sociales los cuales dan sentido y contenido a las normas jurídicas concretas (Aguiló, 2012: 33-34).
- Enfoque justificativo o valorativo: El orden jurídico es un orden justificativo de naturaleza moral, por lo que la fuente última es la moral. Bajo este entendido son los valores morales los que dan sentido a las normas jurídicas (Aguiló, 2012: 34).
- Enfoque sistemático, formalista o técnico-jurídico: el orden jurídico es un orden autónomo autorregulado, independiente del hecho social y de la moral. Bajo esta perspectiva las fuentes de las normas son las denominadas “fuentes formales” del Derecho.

Ahora bien, el autor menciona que decidir cuál es la naturaleza del Derecho, es una empresa que requiere necesariamente del juicio de valor del teórico del Derecho, lo cual convierte el discurso de la naturaleza del Derecho en un juicio no ya descriptivo, sino justificativo (Aguiló, 2012: 206). A continuación reseñamos el discurso valorativo de la naturaleza del Derecho del autor.

Si bien el autor no fija su posición respecto a cuál es la naturaleza del Derecho, sí sigue un esquema argumentativo que le permite derivar dos modelos de teorías del Derecho, a los que llama modelos moderados.

En efecto, el autor parte de la idea de que el concepto mismo de Derecho tiene elementos que se encuentran en una constante tensión interna, que es justamente lo que dificulta a los teóricos determinar cuál es la naturaleza final (Aguiló, 2012: 195).

Según el autor esta tensión se evidencia de las distintas “imágenes” del Derecho que se obtienen de la apreciación de las formas de producción normativa (Aguiló, 2012: 195-196). Veamos:

- Normas producidas por autoridades políticas: Esta forma de producción muestra que las normas provienen de autoridades políticas, de cuya voluntad dependería el contenido del orden normativo. A partir de ello se deduciría que el Derecho es “prescrito y delegado”.
- Normas producidas de la costumbre: Este modo de producción mostraría que no hay diferencias sustanciales entre las normas sociales y jurídicas. A partir de ello se deduciría que el Derecho no es prescrito ni deliberado.
- Normas producidas por los jueces: El Derecho surge en el momento de la aplicación del Derecho. En ese sentido, la creación y aplicación del Derecho son lo mismo, lo cual da lugar a un orden “extraordinariamente abierto y dinámico”.

- Normas producidas del método jurídico: Refiriéndose a los principios del Derecho, estos tendrían un fuerte componente moral, lo cual resaltaría la naturaleza moral del Derecho.

Ahora bien, reconocidas dichas tensiones, el autor señala que el discurso del Derecho debe tratar de reconciliar dichas tensiones, y no solamente primar alguna de ellas, desconociendo las otras (Aguiló, 2012: 238-239). Si bien el autor no lo indica, los tres enfoques (explicativo o social, justificativo o valorativo, y el sistemático o formalista) podrían ser en ese sentido, teorías reduccionistas que solucionan la tensión desconociendo alguno de los elementos del Derecho.

Las teorías que abordarían correctamente el problema del Derecho (reconciliando las tensiones) son denominadas por el autor como las teorías moderadas que serían dos: (i) las teorías del orden jurídico; y, (ii) las teorías del Derecho del caso o del método jurídico. La diferencia fundamental entre ambas se basa en lo que entienden cada una de ellas como la naturaleza del deber jurídico (Aguiló, 2012: 238).

A continuación describimos la teoría del orden jurídico, teoría que acogemos para efectos de la presente investigación.

Según esta teoría el deber jurídico proviene de la relación de autoridad entre el sujeto y la autoridad. En ese sentido los estándares jurídicos son determinados por las autoridades jurídicas (Aguiló, 2012: 238-242).

En los modelos de constituciones democráticas, la autoridad última es el pueblo, quien genera un Derecho como convención social. En ese sentido, la moral sí está presente en el Derecho, pero como incorporada en él desde la convención social.

Esta convención delega formalmente en los legisladores principalmente la autoridad para generar estándares jurídicos y dichos estándares son los que deben ser seguidos por los sujetos.

Ante las indeterminaciones de dichos estándares, son las autoridades jurisdiccionales quienes reciben el poder para actuar como autoridades políticas.

En ese sentido, los estándares jurídicos son los producidos por las autoridades políticas; lo cual cierra la posibilidad de que cualquier otro estándar moral pueda ser considerado jurídico.

De ello se deriva que el reconocimiento de un estándar jurídico pase necesariamente por el reconocimiento de la autoridad.

Finalmente, el rol del jurista se limita a reproducir la simple convención social, sin invadir el rol político de las autoridades políticas.

(b) Fuentes del Derecho en el Perú

Las fuentes del Derecho en el Perú han sido descritas por el Tribunal Constitucional principalmente en las sentencias recaídas en los expedientes 005-2003-AI/TC, del 3 de octubre de 2003, y 047-2004-AI/TC, 24 de abril de 2006. En estas dos sentencias, el Tribunal Constitucional define los conceptos de “orden jurídico” y “fuente del Derecho”. En el caso del orden jurídico, este consiste en un sistema de normas, unitario porque provienen de un mismo origen y coherente pues son coherentes entre sí (fundamento 3 de la sentencia del expediente 005-2003-AI/TC).

Ahora bien, con respecto a las fuentes del Derecho, el Tribunal Constitucional en el expediente 047-2004-AI/TC consciente de la

complejidad de la definición de lo que debe entenderse por fuente del Derecho, no propone una definición de lo que debe entenderse por fuentes del Derecho, sino únicamente parte por describir la función de la Constitución en el sistema de fuentes del Derecho, clasificar las fuentes del Derecho y describirlas.

La omisión de definir el concepto de fuente de Derecho no es casual, toda vez que, tal como refiere Joseph Aguiló, en la doctrina es común evitar dar respuesta al concepto de fuente de Derecho y restringirse únicamente a señalar cuáles son las fuentes de Derecho.

Ahora bien, en el expediente 047-2004-AI/TC, el Tribunal Constitucional, recogiendo lo señalado por la doctrina, destaca que como norma suprema la Constitución tiene una doble naturaleza, ya que además de ser en sí misma una fuente del Derecho, delimita el sistema de fuentes del Derecho.

Con respecto a la naturaleza de fuente de Derecho, la Constitución es entendida como el producto del Poder Constituyente, a través del cual se reconocen derechos y se determinan las reglas básicas de convivencia social y política.

En cambio, cuando se habla de la Constitución como fuente de fuentes, se estaría haciendo referencia únicamente a que la Constitución regula el modo de producción normativa del sistema jurídico.

Habiendo dejado claro que la Constitución es fuente y fuente de fuentes, el Tribunal otorga el calificativo de fuentes de producción jurídica o tipos normativos a: (i) las fuentes o formas normativas; (ii) la jurisprudencia; (iii) costumbre; (iv) los principios generales del Derecho; (v) el contrato; y, (vi) la doctrina.

Con respecto a las formas o fuentes normativas, el Tribunal Constitucional señala que son las leyes, resoluciones legislativas, tratados, reglamento del Congreso, decretos legislativos, decretos de urgencia, ordenanzas municipales, ordenanzas regionales y las fuentes normativas con rango distinto a la ley.

En lo que respecta a las leyes, el Tribunal identifica tres características de estas: (i) son prescripciones normativas generales y escritas; (ii) son emitidas por el Congreso; (iii) se emiten siguiendo un procedimiento previamente establecido en la Constitución (fundamento 16 de la STC del expediente 047-2004-AI/TC). Se fundamenta en los Artículos 43°, 45° y 102° de la Constitución.

Asimismo, el Tribunal señala que las leyes descansan en los principios de soberanía política, según el cual el poder emana del pueblo, y en el principio de representación. Al respecto, el Tribunal señala lo siguiente:

Con relación a la fuente normativa denominada ley, en sentido material, deben tenerse presentes dos puntos. En primer lugar, su expedición corresponde al Congreso de la República conforme al inciso 1 del artículo 102° de la Constitución, que establece que es atribución del Congreso dar leyes. Atribución que descansa en los principios de soberanía política, consagrados en el artículo 45° de la Constitución, que establece que el Poder emana del pueblo, y en el principio representativo reconocido en el artículo 43° de la Constitución (fundamento 16 de la sentencia del expediente 047-2004-AI/TC).

Conforme se aprecia, el Tribunal Constitucional en lo referido a las leyes como fuentes normativas destaca también que este tipo de fuente encuentra su fundamento en el principio de representación política, es

decir en el hecho de que debe ser emitido por una autoridad política prevista en la Constitución como es el Congreso de la República.

Ahora bien, en lo que respecta a la condición de las Guías OCDE y su ubicación en el plano de las fuentes del Derecho peruano, se tiene que ya sea bajo un abordaje teórico o uno basado en la sentencia del expediente 047-2004-AI/TC, se arriba a la conclusión de que dichas Guías no constituyen normas jurídicas.

En efecto, bajo la teoría del orden jurídico de Joseph Aguiló, el elemento principista y de costumbre en el Derecho se encuentran originariamente en el pueblo, el cual los concretiza en la convención social por excelencia que la conocemos como la Constitución. En dicha convención, el pueblo delega el poder en autoridades políticas, que serán quienes adoptaran estándares positivos y cerrarán la posibilidad de que algún otro estándar moral pueda ser considerado. Ante ello, el jurista tendrá como rol la simple reconstrucción del orden moral y político, pero sin recurrir a órdenes o morales externas a las delegadas por la Constitución y concretizadas por las autoridades políticas. Es en ese sentido que se habla entonces de un sistema jurídico el cual es cerrado a cualquier otra influencia ajena a él.

Asimismo, conforme vimos en ya mencionado capítulo primero, el concepto de orden jurídico cerrado se encuentra reconocido por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente 0005-2003-AI/TC, en donde se ha señalado que el orden jurídico consiste en un sistema de normas, que es unitario al provenir de un mismo origen, y coherente, pues sus normas son coherentes entre sí.

Ello se encuentra materializado en el terreno tributario en el principio de reserva de ley recogido en el Artículo 74° de la Constitución, el cual restringe que las autoridades políticas autorizadas a legislar y regular

aspectos relacionados a la materia tributaria sean únicamente el Congreso o el Poder Ejecutivo, sin que ninguno de ellos se encuentre habilitado a delegar dicho poder a una entidad no autorizada por la Constitución.

Lo anterior es reconocido así por la doctrina extranjera en lo relacionado al principio de reserva de ley. Ese es el caso de España en donde la doctrina ha referido que en virtud del principio de reserva de ley no es posible que el Parlamento pueda delegar su propia facultad de legislar. Al respecto, Mónica Siota señala lo siguiente:

Todo parece indicar, además que la reserva de ley en nuestro ordenamiento ha de entenderse, fundamentalmente, como un modo de asegurar determinadas materias al Parlamento, “por encima incluso del Parlamento mismo, esto es, de su eventual capacidad deslegalizadora ejercitable a través de habilitaciones ilimitadas”. Se trataría, con ello, de garantizar que la norma que regulase la materia tributaria tuviese una “reserva de procedimiento parlamentario”, es decir, que se adoptase con la publicidad, participación de las minorías y libre debate, características del principio democrático.

En este contexto, se verifica entonces que las Guías OCDE no pueden calificar como normas jurídicas integrantes del sistema jurídico peruano debido a que: (i) la Constitución no ha previsto a OCDE como una autoridad política competente para emitir normas jurídicas; y, (ii) porque, incluso en el supuesto que se argumentara que el Poder Ejecutivo a través de sus decretos legislativos delegó facultad a través del Artículo 32°-A, inciso h) de la Ley del Impuesto a la Renta, dicha delegación sería inválida pues la Constitución no habilitó al Congreso ni a Poder Ejecutivo para delegar el poder normativo a OCDE u alguna otra entidad supranacional.

Apoyando a lo anterior, se ha identificado jurisprudencia extranjera en donde a raíz del mismo razonamiento se ha llegado a la conclusión de que

las Guías OCDE no son normas jurídicas. A continuación se relatan los casos de Colombia y España.

En el caso de Colombia, en la Sentencia de Tribunal Constitucional C-690/03, del 12 de agosto de 2003, al analizar las Guías OCDE y su interacción con el sistema jurídico colombiano se desconoció cualquier carácter normativo jurídico de este instrumento, así como cualquier carácter interpretativo obligatorio. Sin embargo, el Tribunal Constitucional colombiano, luego de negar la condición interpretativa obligatoria de las Guías OCDE en Colombia, señala que estas sí pueden servir como herramienta interpretativa, aunque, se entiende, de manera no obligatoria. Al respecto, el referido tribunal señaló lo siguiente:

Se tiene, entonces, que las Guías de la OCDE, no son normas jurídicas de un tratado internacional aprobado por Colombia, —en realidad son una especie de derecho derivado y programático en el seno de la propia OCDE— y no han sido incorporadas al ordenamiento interno colombiano, por tal razón no pueden tener fuerza vinculante, ni la ley puede dársela por la vía indirecta de establecerlas como pautas interpretativas obligatorias (...).

Ello no quiere decir que tales Guías no constituyan una herramienta interpretativa valiosa en un tema complejo y cambiante como el de los precios de transferencia, pero sí que las mismas no pueden tener alcance vinculante en Colombia, y que toda limitación o gravamen que se derive del sistema de precios de transferencia introducido en el Capítulo XI del Estatuto Tributario, debe tener su fuente en la ley.

Asimismo, en el caso español, el 20 de febrero de 2017, la Sala Contenciosa del Tribunal Supremo español, en la Sentencia STS 704/2017, señaló con motivo de un recurso de casación que las Guías

OCDE no constituyen fuente de Derecho ni recurribles en sede de casación. Sobre ello, en la referida sentencia se indica lo siguiente:

Sin embargo, esta remisión al artículo 3 —en relación con el ámbito de aplicación espacial del TRLIS— vuelve a concretarse en las disposiciones normativas que conforme a la Constitución se hayan integrado en nuestro ordenamiento interno (tratados y convenios internacionales), sin que posean tal naturaleza normativa las directrices OCDE, que esta Sala ya ha declarado no son fuentes del Derecho ni, como tales, invocables en casación (así, la sentencia de 19 de octubre de 2016, dictada en el recurso de casación N° 2558/2015).

A partir de lo anterior, se concluye entonces que las Guías OCDE no califican como normas jurídicas en el Perú, dado que no son emitidas por una autoridad política constitucionalmente habilitada.

3.2.3.2. El inciso h) únicamente obliga tomar en consideración las interpretaciones basadas en las Guías OCDE, sin excluir el uso de otros métodos de interpretación que no se basen en las Guías OCDE

Conforme se vio anteriormente, un cuestionamiento a la constitucionalidad del inciso h) del Artículo 32°-A de la LIR consiste en que este inciso habría dispuesto obligatoria la interpretación basada en dichas Guías, excluyendo así cualquier otra interpretación y rechazando el uso de cualquier otro método de interpretación.

En primer lugar, es necesario precisar que los términos “interpretación” y “método de interpretación” no son equivalentes, dado que en el primer caso se trata de un resultado interpretativo en particular, mientras que el segundo término representa el medio del que se vale el operador jurídico para arribar a un resultado interpretativo.

De esta manera, manera una primera aproximación al inciso h) del Artículo 32°-A de la LIR se aprecia que dicho inciso al señalar “*para la interpretación de lo dispuesto en este artículo, serán de aplicación las Guías (...)*” no se está refiriendo al resultado interpretativo en específico, sino al procedimiento que debe seguir el operador jurídico para encontrar el resultado interpretativo correcto. En ese sentido, es claro que el inciso h) del Artículo 32°-A de la LIR se refiere a los procedimientos interpretativos, los cuales en sede jurídica no son otros que los métodos de interpretación jurídica.

Ahora bien, conviene precisar en qué consiste un método de interpretación jurídica y, sobre todo, si la interpretación jurídica se realiza aplicando un solo procedimiento en particular, o si se vale de la aplicación simultánea de varios procedimientos.

Al respecto, en el año 2003 Marcial Rubio Correa publica el libro *Interpretación de las normas tributarias* donde desarrolla una teoría denominada por él como “teoría de aplicación del Derecho desde el punto de vista operativo” (Rubio, 2003: 34). Esta teoría de aplicación de normas tributarias cuenta con tres planos: (a) el reconocimiento de si existe una norma válida aplicable al caso concreto y lo que dice; (b) el de la interpretación jurídica; y, (b) el de integración (Rubio, 2003:33-34).

En lo que respecta al segundo plano, el de la interpretación jurídica, Marcial Rubio indica que una vez que se ha identificado una norma válida que regula el caso concreto, pueden aplicarse los métodos de interpretación de las normas jurídicas; los cuales son definidos como “*procedimientos de aplicación de variables interpretativas para desentrañar el significado de las normas jurídicas*” (Rubio, 2003: 132).

Asimismo, Marcial Rubio señala que en cada caso, lo deseable es aplicar todos y cada uno de los métodos de interpretación; sin embargo, ello no siempre será así pues habrá casos donde razonablemente no podrán aplicarse alguno o algunos de los métodos de interpretación (Rubio, 2003: 133). Al respecto, Marcial Rubio en su libro *Interpretación de las normas tributarias*, señala que un acto interpretativo conjuga simultáneamente varios métodos de interpretación, de la siguiente manera:

También es importante hacer notar que un buen procedimiento de interpretación aplica, en cada caso, todos los métodos de interpretación, es decir, utiliza todas las variables a disposición. Entonces, compara resultados interpretativos y busca un significado consistente. Como podrá notarse, el uso de todos los métodos y variables de interpretación es un mecanismo de control a nuestra posición axiomática de interpretación, pues si hemos elegido una que descarte el uso de alguno de ellos, este procedimiento de aplicación integral nos permitirá bien ratificarnos en la corrección de la posición axiomática de interpretación elegida, bien nos permitirá corregirla a la luz de los diversos resultados de interpretación obtenidos.

De lo anterior, es relevante notar que la interpretación jurídica deseable se realiza utilizando todos y cada uno de los métodos de interpretación, lo cual equivale a decir que la interpretación no es el resultado de aplicar un solo método de interpretación, sino, deseablemente, todos los métodos de interpretación, simultáneamente.

Ahora bien, conforme se recuerda el cuestionamiento al inciso h) del Artículo 32°-A de la LIR objeto que al habilitar la interpretación según un método interpretativo basado en las Guías OCDE, dicho inciso excluiría la aplicación de otros métodos de interpretación, lo cual haría a dicho inciso inconstitucional.

Al respecto, se considera que el referido argumento es incorrecto pues la habilitación del uso de las Guías OCDE únicamente ordena que el operador jurídico considere en su procedimiento interpretativo lo señalado en las Guías OCDE de forma simultánea a otros procedimientos interpretativos. Así, una vez considerados todos se arribará a la interpretación deseable. En ese sentido, dado que el inciso h) no excluye *per se* otros procedimientos interpretativos, no podría ser considerada como una disposición que pretenda otorgar a las Guías OCDE la calidad de norma interpretativa.

Ahora bien, conviene señalar algunos alcances sobre: (i) cómo deben aplicarse los métodos de interpretación utilizando las Guías OCDE como fuente; y, (ii) cómo se conjugan simultáneamente los métodos que utilizan las Guías OCDE y los métodos que no las utilizan.

Sobre ello, Pierluigi Chiassoni —partiendo de los estudios de Giovanni Tarello, Riccardo Guastini, Jerzy Wroblewski y Robert Alexy—, realizó un catálogo exhaustivo de los distintos métodos de interpretación y sus distintas variantes, a las cuales denomina directivas interpretativas de primer orden y que corresponden a lo que comúnmente se conoce como: argumentos interpretativos, cánones interpretativos, cánones hermenéuticos, métodos interpretativos, principios interpretativos, principios de la interpretación, técnicas interpretativas, etc. (Chiassoni, 2011: 89).

Chiassoni identificó veintiséis directivas distintas agrupadas en cinco grupos, que describimos a continuación:

(i) Directivas de interpretación lingüística

Se centran en el uso común de las palabras en una determinada comunidad de usuarios y en las reglas gramaticales del lenguaje.

Esta interpretación puede tomar como variantes al significado ordinario que es el significado del conjunto completo de hablantes de una lengua; o al especializado que es el significado de un subconjunto de usuarios en la lengua, delimitados por ejercer una disciplina, arte, profesión u oficio (Chiassoni, 2011: 91).

Una segunda distinción tiene que ver con la naturaleza cambiante de los significados de las palabras a lo largo del tiempo, lo cual hace que surjan significados históricos y evolutivos de las palabras. De considerarse un significado histórico se busca el significado del momento de la producción de la disposición. No obstante, identificar el momento de la producción no es tarea sencilla ya que, en casos donde el proceso de creación de disposiciones es largo, surgen interrogantes acerca de si la producción corresponde al momento de la redacción de la disposición, de su aprobación, promulgación, publicación o entrada en vigor (Chiassoni, 2011: 92). Por su parte, en el caso del significado evolutivo se buscará el significado al momento de la aplicación de la disposición, que podrá ser a su vez el momento del acaecimiento del hecho o el momento de la decisión del juicio (Chiassoni, 2011: 92).

En ese sentido, se tienen al menos las siguientes variantes de interpretación lingüística: interpretación literal, interpretación literal ordinaria histórica, interpretación literal ordinaria evolutiva, interpretación literal especializada histórica e interpretación literal especializada evolutiva.

- (ii) Directivas de interpretación pseudosicológica

En estas directivas utilizan los datos concernientes a la mente, voluntad, o intención del legislador (Chiassoni, 2011: 94). En esta directiva no se encuentran los métodos que identifican significados a partir de la finalidad de la propia disposición, los que se desarrollan en las directivas teleológicas que se describen más adelante.

Las directivas de interpretación pseudopsicológica dependen también de la voluntad del modelo de legislador que se opte, los cuales pueden ser: el buen legislador (legislador ideal), el legislador real originario, o el legislador real actual.

En el caso de optar por un buen legislador, lo que se hace es idealizar a un legislador que protege los principios de racionalidad y razonabilidad. En ese sentido, a pesar del intento de objetivizar la voluntad del legislador se trata de una subjetivización atada a la apreciación del intérprete (Chiassoni, 2011: 95).

En el caso del legislador real originario se busca la voluntad del legislador que originalmente produjo la disposición. No obstante, existen dudas si puede realizarse esta empresa, con mayor razón si se considera que las disposiciones son producidas de forma colectiva, dando lugar a la existencia presunta de una voluntad colectiva ficticia. Ahora bien, ante estas dificultades se opta por objetivizar la búsqueda de la voluntad original del legislador en: 1) los trabajos preparatorios, 2) los principios inspiradores para la formulación de las políticas legislativas históricas, y 3) los datos del contexto histórico del momento de la producción que sirvan para formular conjeturas sobre la voluntad del legislador (Chiassoni, 2011: 96-97).

En último caso, si se opta por el legislador real actual, la búsqueda del significado deberá realizarse a través de conjeturas contrafácticas sobre cuál hubiera sido la voluntad del legislador actual si es que hubiera producido las disposiciones bajo análisis. A fin de formular dichas conjeturas podrán recurrirse a: 1) los principios que inspiran las políticas legislativas presentes, 2) el sentido de las disposiciones emitidas en la actualidad sobre la misma materia o sector del derecho positivo, o 3) al contexto social y técnico actual que el legislador tomaría en cuenta de haber producido la disposición (Chiassoni, 2011: 97).

A partir de lo anterior, se tienen al menos las siguientes posibilidades interpretativas: interpretación psicológica originalista, interpretación psicológica actual e interpretación psicológica ideal.

Finalmente, cabe señalar que el autor ubica también en este grupo de directivas pseudopsicológicas a la interpretación sistemática según la hipótesis de la constancia terminológica del legislador, toda vez que ello presupone una intención de este.

(iii) Directivas de interpretación autoritativa.

En estas directivas utilizan los datos concernientes a las opiniones de quienes se entiende son jurisperitos. Para ello requiere que el intérprete seleccione los materiales de fuente doctrinal o judicial, analice dichos materiales y elija la interpretación autoritativa que considere correcta (Chiassoni, 2011: 101-102).

Las variantes de esta forma de interpretar dependen de si la fuente es doctrinaria o jurisprudencia, si la fuente referencial se pronuncia sobre toda la disposición o sobre conceptos utilizados en la

disposición por separado. También variará si es que el significado se toma de una misma organización jurídica o de otra distinta (Chiassoni, 2011: 102).

A partir de lo anterior se tienen las siguientes variantes: interpretación autoritativa dogmática, interpretación dogmática conceptual, interpretación autoritativa jurisprudencial, interpretación jurisprudencial conceptual, interpretación autoritativa histórica e interpretación autoritativa comparativa.

(iv) Directivas de interpretación teleológica

En estas directivas prestan atención a la finalidad y a los objetivos, ya sea de la propia disposición o del instituto, o al sector o subsector al que pertenece la disposición (Chiassoni, 2011: 103-104). Partiendo de lo anterior existen las siguientes dos variantes: interpretación teleológica de la disposición e interpretación teleológica del instituto, sector o subsector al que pertenece la disposición.

Cabe señalar que, si bien se pretende objetivizar la interpretación a través del fin extraído del propio texto o de la institución, lo cierto, en palabras de Chiassoni, es que estos métodos amplían la subjetividad de los intérpretes (Chiassoni, 2011: 104).

(v) Directivas de interpretación heterónoma.

En estas directivas prestan atención a la naturaleza de las cosas o una moral ideal o crítica (Chiassoni, 2011: 105-106). En ese sentido, se tienen las siguientes dos variantes: interpretación naturalista e interpretación moral o sustancial.

Ahora bien, una vez enumeradas todas las variantes de las directivas de interpretación, Chiassoni advierte que en el hipotético caso de que un intérprete utilice todas las variantes de las directivas, probablemente llegará a varios resultados interpretativos diversos (Chiassoni, 2011: 110). En ese sentido, es necesario que existan directivas de orden superior que limiten la cantidad de resultados interpretativos. Esta labor la realizarán las directivas secundarias y axiomáticas (Chiassoni, 2011: 111).

Considerados los tipos de métodos de interpretación jurídica disponibles en el Derecho y lo señalado en el inciso h) del Artículo 32°-A de la LIR, se puede señalar que dicho inciso habilita la utilización del método de interpretación lingüística sobre la base del lenguaje técnico o especializado de las Guías OCDE, dado que corresponde a un entorno o comunidad especializada en materia de precios de transferencia a nivel global. Ahora bien, con respecto a la interpretación literal basada en las Guías OCDE, cabe realizar dos observaciones.

Una primera observación tiene que ver con que el inciso h) del Artículo 32°-A de la LIR únicamente habilita el uso de la interpretación “especializada”, hecho que no descarta per se la validez de la interpretación “común”. En otras palabras, el inciso h) únicamente obliga al intérprete a tomar en consideración la interpretación en vocablos especializados, a efectos de que, en caso sea posible también una interpretación en vocablos comunes,- sea el intérprete quien decida cuál es la interpretación preferible según las reglas de la argumentación jurídica.

Lo anterior representa una relevante regla de interpretación en el ámbito de la legislación peruana de precios de transferencia. Ejemplo de ello se aprecia en el caso de la interpretación del término “intangible” utilizado en

la legislación de precios de transferencia peruana, la que no ha previsto una definición legal o reglamentaria de dicho término.

Ante ello, el intérprete peruano se encuentra ante la siguiente decisión:

- Optar por la definición “especializada” del término intangible disponible en las Guías OCDE.

Al respecto, César Luna Victoria señala que ante la ausencia de normas tributarias que definan lo que es un intangible y que señalen a quién debe atribuirse la titularidad de intangibles creados en virtud de actividades de *marketing*, las Guías de Precios de Transferencia son aplicables en su totalidad. Sobre ello, el autor indica lo siguiente:

Existe la posibilidad de que una subsidiaria pueda desarrollar un intangible autónomo creado del desarrollo de otro intangible obtenido por la matriz. Este es el caso de un distribuidor local que desarrolla actividades de marketing (intangible de mercadeo) para promover las ventas de productos con la marca de la matriz. Esto también ocurre con quien manufactura localmente y que desarrolla procedimiento de manufactura (intangible de manufactura) diferente de aquellos proveídos por la matriz pero basados en ella.

Como se mencionó arriba, las leyes tributarias peruanas no contienen una regulación acerca de la definición de intangibles ni acerca del criterio para atribuir dicha propiedad y, en su ausencia, las guías de OCDE son totalmente aplicables (Luna Victoria, 2007: 499)⁴⁴.

⁴⁴ Traducción libre del siguiente texto: “*There is a possibility that a subsidiary could develop an autonomous intangible created from the development of another intangible given by the parent Company. This is the case with a local distributor that develops marketing strategies (a marketing intangible) to promote the sales with of products with the trademark of the parent company.*”

- Optar por la definición “común” del término intangible prevista en la jurisprudencia del Tribunal Fiscal.

Jenny Morón y Juan Carlos Vidal verifican que el Tribunal Fiscal peruano en las RTF 21510-4-2012, 04717-1-2015, 03316-1-2015, 19029-3-2012, 05223-2-2014 para poder definir qué es un intangible ha recurrido al uso de las Normas Internacionales de Contabilidad, en particular de la Norma Internacional de Contabilidad 38 sobre activos intangibles. Así, según estas normas, para calificar como activo intangible debe cumplirse con: (i) no tener naturaleza física; (ii) ser identificables; (iii) puede ejercerse control sobre él; y, (iv) contribuye a la generación de beneficios futuros (Morón y Vidal, 2017: 612).

Sin embargo, estos autores constatan que la definición de intangibles de normas internacionales de contabilidad es distinta de la definición de intangible introducida en las Guías de OCDE por el Plan BEPS, dado que esta nueva definición requiere que para ser intangible se necesita que su uso o transferencia pueda ser retribuido en una operación entre partes independientes.

Ante ello, la intención de este trabajo no es decidir cuál es la interpretación correcta, sino hacer énfasis en que a fin de resolver este problema jurídico no es una razón válida señalar de forma simple que es preferible la definición de las Guías OCDE por la sola razón de que el inciso h) dispone el uso de las Guías OCDE, toda vez que dicho inciso únicamente obliga al

It is also the case with a local manufacturer that develops manufacturing procedures (a manufacturing intangible) different from those provided by the parent company, but based on them or by improving them. As mentioned above, in Peruvian tax law there is no regulation about the definition of intangibles or about the criteria to attribute to such property and, in their absence, the general guidelines of the OECD are fully applicable”.

intérprete a considerar la definición de las Guías OCDE en su proceso interpretativo. En ese sentido, a fin de aplicar las normas de precios de transferencia peruanas, el intérprete deberá considerar la definición de intangible del Tribunal Fiscal y la definición de intangible de las Guías OCDE, y decidirse por una de ellas justificando dicha elección basado en una argumentación jurídica.

De otro lado, una segunda observación con respecto a la interpretación literal según las Guías OCDE consiste en que la interpretación de las disposiciones de la legislación de precios de transferencia puede requerir de la interpretación simultánea de algunos términos sobre la base de su significado común y otros de su significado especializado.

La necesidad de que existan directivas que habiliten la interpretación ordinaria u especializada, sin excluir la utilización de la otra, fue puesta en manifiesto por Pierluigi Chiassoni al referirse a la coexistencia de ambas directivas de la siguiente manera:

En tal caso, el intérprete podrá obtener una pluralidad de significados literales alternativos para una misma disposición, toda vez que esta última contenga, por hipótesis, vocablos sincrónicamente y/o diacrónicamente equívocos en el uso ordinario y/o en el uso especializado. Las directivas que prescriben una interpretación literal-ordinaria no llevarán a resultado alguno en presencia de disposiciones compuestas (casi únicamente), por hipótesis, por términos técnicos o tecnicados. Lo mismo ocurrirá con las directivas que prescriben una interpretación literal-especializada, en presencia de disposiciones compuestas únicamente de términos ordinarios.

Asimismo, se considera que el inciso h) sí habilita el uso del método histórico con fuente en las Guías OCDE, siempre que se constate a través de los materiales históricos del legislador que adoptó la redacción de las normas tomando como inspiración las Guías OCDE.

Sin embargo, dicha interpretación requiere de una meticulosa identificación de la versión de Guías OCDE considerada por el legislador. Asimismo, no podrá considerarse que a través del método histórico se habilite una interpretación dinámica debido a que únicamente habilita la utilización de antecedentes y no de materiales futuros.

De otro lado, se considera que el inciso h) del Artículo 32°-A de la Ley del Impuesto a la Renta no habilita el uso de las Guías OCDE en la interpretación según los métodos sistemático y *ratio legis* (incluidas todas sus variantes), toda vez que:

- En el caso del método sistemático se requiere identificar la ubicación de la norma bajo examen con respecto a otras normas jurídicas, o de la comparación de ella con alguna otra norma jurídica. En ese sentido, dado que las Guías OCDE no constituyen normas jurídicas, ellas no pueden servir para realizar una interpretación según el método sistemático.
- En el caso del método *ratio legis*, este método se basa en la identificación de la finalidad de las normas jurídicas o de sus instituciones. En este contexto, dado que el objeto de análisis serán las normas de precios de transferencia contenidas en el Artículo 32°-A de la LIR, las Guías OCDE tendrían que representar el fin de dichas normas, o el fin de la institución de las normas de precios de transferencia peruanas. Sin embargo, ello no podría sostenerse debido a que, conforme sostuvo en el capítulo 2 del presente trabajo, la institución y naturaleza de las normas de precios de transferencia peruanas pueden definirse exclusivamente a partir de las fuentes de Derecho peruanas.

De esta manera, bajo una nueva lectura del inciso h) del Artículo 32°-A de la Ley del Impuesto a la Renta se aprecia que este artículo únicamente habilita la interpretación bajo la aplicación de las Guías OCDE, lo cual, como hemos visto, posibilita la utilización de la interpretación literal sobre la base del lenguaje especializado y a una interpretación histórica.

Sin embargo, ello de ningún modo lleva a concluir que el inciso h) del Artículo 32°-A de la LIR —al ser imperativo respecto al uso de las Guías OCDE como fuente de interpretación— implique el desconocimiento o subordinación del resto de métodos de interpretación habilitados en el Derecho Tributario peruano. Ello se debe a que la utilización de las Guías OCDE únicamente se sumará al conjunto de interpretaciones posibles derivadas de todos los métodos a disposición, hecho que ya habrá implicado la utilización de dicho método cumpliendo así con lo dispuesto en el referido inciso h).

Es por esta razón que se concluye que el inciso h) del Artículo 32°-A de la LIR, al haber habilitado el uso de las Guías OCDE únicamente para fines interpretativos, sin excluir de forma explícita o implícita métodos de interpretación que no utilicen las Guías OCDE, no se encuentra viciada de inconstitucionalidad.

3.2.4. Las Guías OCDE pueden servir para realizar interpretaciones dinámicas de los términos previstos en el Artículo 32°-A de la LIR

Las Guías OCDE fueron aprobadas en su versión original el 27 de junio de 1995 por el Comité de Asuntos Fiscales y el 13 de julio de 1995 por el Consejo de la OCDE para su publicación. Sin embargo, de forma posterior, el Consejo de OCDE ha aprobado varias revisiones e incorporaciones a las referidas guías. Así, existen adiciones y

modificaciones aprobadas por dicho consejo en los años: 1996, 1997, 1999, 2009, 2010, 2013 y 2016.

Asimismo, a partir de la información que ofrece OCDE en su portal web únicamente puede encontrarse las publicaciones de las Guías OCDE de los años 2017, 2010 y 2009. No obstante, de la revisión de diversas fuentes en internet hemos podido identificar que OCDE únicamente publicó ediciones actualizadas de las Guías OCDE en: marzo de 1996, 2001, 2009, 2010 y 2017. Estas publicaciones son realizadas por OCDE en inglés y francés. Asimismo, es posible identificar versiones no oficiales traducidas al español bajo responsabilidad del Instituto de Estudios Fiscales de España (IEF); no obstante, tal como se señala expresamente en la traducción del IEF, en caso de discrepancia prevalece la versión en lengua inglesa⁴⁵.

Estas revisiones y cambios han originado que los operadores jurídicos, tanto privados como estatales, apliquen las distintas versiones de las Guías OCDE sin seguir un criterio claro de los hechos a los que les es aplicable cada una de estas versiones.

⁴⁵ Al respecto, en la tercera página de la edición en español de las Guías OCDE, versión 22 de julio de 2010, publicada por el Instituto de Estudios Fiscales de España, se indica lo siguiente:

“Obra publicada originalmente por la OCDE en inglés y francés con los títulos: OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations. Principes de L’OCDE applicable en matiere de priz de transfert a P’interntion des entreprises multinationales et des administrations fiscales. (...) (c) 2011, Instituto de Estudios Fiscales (IEF) para la edición española. Obra publicada por acuerdo con la OCDE, París. El Instituto de Estudios Fiscales (IEF) es responsable de la calidad de la edición española y de su coherencia con el texto original. En caso de discrepancias prevalecerá la edición en lengua inglesa”. En: Instituto de Estudios Fiscales y Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico. “Directrices de la OCDE aplicables en materia de precios de transferencia a empresas multinacionales y administraciones tributarias. 22 de julio 2010”. 2011.

De la revisión de la bibliografía local no se ha identificado ningún trabajo en el que se haya desarrollado cómo deben utilizarse jurídicamente las diversas versiones de las Guías OCDE en el régimen de precios de transferencia de la Ley del Impuesto a la Renta peruano.

En efecto, en junio de 2008, Rudolf Roeder señalaba que las futuras modificaciones de las Guías OCDE podían ocasionar incidencia en la aplicación de las normas por parte de la Administración Tributaria; lo cual podría contravenir el principio de legalidad. Sin embargo, advierte también que ya existían pronunciamientos de la Administración y el Tribunal Fiscal que pretenden que cambios en las Normas Internacionales de Contabilidad determinen cambios en la forma de determinar la base imponible del Impuesto a la Renta (Röder, 2008: 130 y 131). Si bien es cierto que el autor no es conclusivo al señalar que eventuales modificaciones a las Guías OCDE puedan ocasionar interpretaciones diferentes de nuestra legislación nacional, sí advierte la posibilidad de que tanto la Administración como el Tribunal Fiscal puedan optar por una interpretación a partir de futuras modificaciones a las Guías OCDE.

En armonía con lo anterior, Rudolf Roeder continúa señalando que en el caso de que se realizaran modificaciones a las Guías OCDE en relación al reconocimiento de márgenes en los servicios intragrupo, dichas modificaciones podrían significar cambios en las posiciones interpretativas locales peruanas (Roeder, 2008: 142 y 143).

Asimismo, en febrero de 2014, Juan Carlos Vidal llama la atención acerca de los cambios que se ocasionarían en las Guías OCDE derivadas del Proyecto BEPS y deja abierta la pregunta respecto a la incidencia de estos cambios en nuestra legislación nacional (Vidal, 2014: 39).

De estas opiniones, se verifica que a la fecha existe a nivel doctrinal la cuestión acerca de si deben utilizarse las Guías de Precios de Transferencia de OCDE de forma estática o dinámica.

Al respecto, en el presente trabajo se concluye que en virtud de lo indicado en el inciso h) del Artículo 32°-A de la LIR, así como en la Norma VIII del Título Preliminar del Código Tributario, sí es posible utilizar una interpretación dinámica basada en las Guías OCDE sujetándose a determinados parámetros.

A fin de sustentar lo anterior se procederá a presentar: (i) una referencia a la teoría de la interpretación jurídica y en especial a lo referido a la interpretación estática y dinámica; (ii) la regulación de la interpretación jurídica en el ámbito tributario peruano basada en lo indicado en el inciso h) del Artículo 32°-A de la LIR y la Norma VIII del Título Preliminar del Código Tributario; y, (iii) la aplicación de la interpretación dinámica de las normas del Artículo 32°-A de la LIR basada en las Guías OCDE, así como los parámetros a los que dicha interpretación debe sujetarse.

(a) Teoría sobre la interpretación estática o dinámica

La doctrina sobre interpretación jurídica reconoce la existencia de las interpretaciones estáticas y dinámicas. Riccardo Guastini, por ejemplo, reconoce que la interpretación estática es aquella que busca el significado de las palabras al momento de la promulgación, mientras que la interpretación dinámica busca el significado al momento de la aplicación de las normas. Así, en el Artículo “Interpretación y Construcción jurídica” publicado en la revista *Isonomía*, indica lo siguiente:

Además, el sentido común de las palabras es inestable. No siempre el sentido común que tenían las palabras en el momento en que la disposición

normativa fue promulgada coincide con el sentido que las mismas palabras tienen en el momento de la aplicación (...). Por eso existen, en efecto, dos tipos muy distintos de interpretaciones igualmente literales: la interpretación "originalista" y la "evolutiva". La primera atribuye a las palabras el sentido que tenía en el momento de la formulación del texto. La segunda elige el significado que ellas adquieren en el momento de su aplicación (Guastini, 2015: 26).

Ahora bien, Riccardo Guastini a fin de abundar en explicaciones sobre las interpretaciones "dinámica" y "evolutiva" se remite los trabajos del juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos Antonin Scalia y del profesor de la Universidad de Georgetown William Eskridge, quienes defienden las interpretaciones originalistas y evolutivas, respectivamente.

Antonin Scalia, en su trabajo "*Un problema de interpretación. Las cortes federales y la ley*" (traducción libre de "*A matter of interpretation. Federal courts and the law*") presenta una postura a favor de la interpretación originalista de la Constitución basada fundamentalmente en las siguientes razones (Scalia 1997: s/n):

- La interpretación dinámica permite a las cortes recobrar el poder de revisar las disposiciones positivas, como un nuevo surgimiento del *common law*. No obstante, ello no es compatible con las teorías democráticas donde los jueces –quienes no son elegidos políticamente- únicamente deciden lo que la ley significa y estaban destinadas a significar.

Al respecto, el juez Scalia señala:

Otra forma moderna y directa para otorgar a las cortes el poder para revisar los estatutos es descrita por el profesor Eskridge en su libro "interpretación dinámica de las disposiciones". La esencia de esta

proposición consiste en que es apropiado para el juez que aplica un estatuto considerar “no solo lo que el estatuto significa abstractamente, o incluso sobre la base histórica, sino también aquello que debe significar en términos de las necesidades y objetivos de la sociedad del presente”.

(...). Ello simplemente no es compatible con la teoría democrática donde la ley significa lo que sea que esté destinada a significar, y donde los jueces no elegidos deciden lo que eso es⁴⁶.

- La aplicación de la interpretación dinámica de la Constitución ha llevado, paradójicamente, a la creación de nuevas restricciones a las libertades. Así, por ejemplo, Scalia señala los siguientes ejemplos vistos en la jurisprudencia estadounidense: la aceptación de que en los procesos penales se admita evidencia obtenida de forma ilegal, la imposición de requisitos de propiedad como condición para ejercer el voto, la prohibición de la pornografía, entre otros. En este sentido, en la práctica la defensa del paradigma de la constitución viva en muchas ocasiones no facilita el cambio social, sino que lo evita.
- Determinar el significado original es una tarea con dificultades y pocas certezas. Sin embargo, dichos problemas se amplifican con la búsqueda del significado dinámico. Ello se debe a que si bien es cierto que pueden existir varios posibles significados originales,

⁴⁶ Traducción libre del siguiente texto: “*Another modern and forthright approach to according courts the power to revise statutes is set forth in Professor Eskridge’s recent book, Dynamic Statutory Interpretation. The essence of it is acceptance of the proposition that it is proper for the judge who applies a statute to consider “not only what the statute means abstractly, or even on the basis of legislative history, but also what it ought to mean in terms of the needs and goals of our present day society”. (...). What I think is needed, however, is not rationalization of this process but abandonment of it. It is simply not compatible with democratic theory that laws mean whatever they ought to mean, and that unelected judges decide what that is*”.

existirán ilimitados significados dinámicos dado que dicha pregunta deberá ser respondida a cada día.

- La amplitud de posibles significados es difícil de controlar debido a que la interpretación dinámica no cuenta con un principio rector y, incluso en caso que este principio exista, el mismo derivará siempre en aquello que la mayoría decida.

Para explicar la aplicación de ambas teorías Scalia describe un caso decidido en la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre abuso sexual a un menor de edad. Al respecto, la sexta enmienda a la Constitución estadounidense señalaba que “*en todos los procesos penales el acusado tiene el derecho (...) de confrontar al testigo*”⁴⁷. No obstante, la corte que tramitó el juicio permitió que el testigo (en este caso la víctima menor de edad) testificara contra el acusado a través de un circuito cerrado de televisión.

Al respecto, si bien dicho proceder fue avalado por la Corte Suprema de los Estados Unidos, Antonin Scalia explica su disenso contra dicha decisión sobre la base que: (i) es claro que cuando la sexta enmienda señala el derecho de “confrontar” ello significa el derecho de que el acusado pueda confrontar al testigo cara a cara y no a través de un circuito cerrado de televisión; (ii) desde el momento en el que se redactó la sexta enmienda hasta el momento de la ocurrencia del caso no existió ningún cambio objetivo, sino únicamente una mayor sensibilidad de la sociedad a los traumas psicológicos que puede tener una víctima de abuso menor de edad. De esta manera, el autor pone énfasis en que los abusos a menores ya existían en el momento en el que se redactó la sexta enmienda y

⁴⁷ Traducción libre del siguiente texto: “*in all criminal prosecutions the accused shall enjoy the right ... to be confronted with the witnesses against him*”.

en dicho momento podía haberse considerado excepciones para la confrontación cara a cara en casos de abusos de menores –a través de, por ejemplo, de confrontaciones con cortinas en medio—. A partir de ello, Scalia concluye que de acuerdo a la redacción de la sexta enmienda y de una interpretación originalista es claro que el testigo debe confrontar cara a cara al acusado, incluso en casos de abusos de menores, toda vez que ello es lo que indica la sexta enmienda.

De otro lado William Eskridge en su libro “*Interpretación dinámica de las disposiciones*” (traducción del título en inglés “*Dynamic Statutory Interpretation*”) defiende la posición de la interpretación dinámica o evolutiva de las disposiciones sobre la base de las siguientes consideraciones:

- Desde la perspectiva del intérprete, dicho sujeto siempre se encontrará condicionado a entender los textos en base a su entendimiento temporal y cultural, es decir en base a sus prejuicios u horizontes de entendimiento. En ese sentido, la interpretación al ser realizada por seres humanos siempre se encontrará fusionada con el entendimiento actual de las cosas, incluso si es que se trata de recrear entendimientos del pasado. De esta manera, la interpretación dinámica es siempre inevitable. Sobre ello, el autor señala:

La hermenéutica sugiere un empoderamiento intelectual desde un punto de vista en donde la interpretación simplemente recrea el significado. En otras palabras, la interpretación es una forma en la cual los textos viven y nosotros los evolucionamos. El intérprete no es un ser aislado del presente externo que busca recrear un pasado muerto, sino que se encuentra vinculado a un pasado generador a través de sus textos. la interpretación en esta manera es una fusión de horizontes, dice Gadamer, en donde lo antiguo y lo nuevo son siempre combinados en un valor viviente. De hecho el horizonte del

presente es continuamente en proceso de ser formado porque nosotros continuamente sometemos a prueba nuestros prejuicios (Eskridge 1994: 60)⁴⁸.

No obstante, Eskridge advierte que dicha interpretación no implica una completa subjetivización de la interpretación, toda vez que los horizontes u prejuicios del intérprete no deben reducirse a la libre discreción del sujeto, sino que reflejan la tradición cultural de determinado tiempo. Esto hace que la interpretación pueda ser leída en un específico momento histórico de una misma manera por varios intérpretes (Eskridge 1994: 65).

- Encontrar el significado histórico de los términos según una búsqueda histórica de la intención del legislador que redactó la norma es extremadamente difícil, debido a que: (i) los legisladores tienen intenciones formadas por muy pocos aspectos respecto de los que votan; (ii) votan muchas veces únicamente porque siguen lo que dispone el partido, o los líderes del partido; (iii) si es que tienen intenciones formadas, muchas veces los registros históricos no recogen dichas intenciones; (iv) por una posición estratégica los documentos históricos recogen descripciones eclécticas sobre las intenciones de los legisladores; entre otros. (Eskridge 1994: 16)

A fin de presentar un ejemplo de la aplicación de la interpretación dinámica, Eskridge reseña el caso de la Sección 212(a)(4) introducida por

⁴⁸ Traducción libre del siguiente texto: “*Hermeneutics suggest the intellectual impoverishment of the view that interpretation simply re-creates departed meaning. On the contrary, interpretation is a way in which texts live and we evolve. The interpreter is not adrift in an alienated present, seeking to re-create a dead past, but is linked to a generative past through interpreting its canonical texts. Interpretation in this way involves a “fusion of horizons”, says Gadamer, in which the “old and new are always combining into something of living value. In fact the horizon of the present is continually into something of living value. In fact the horizon of the present is continually in the process of being formed because we are continually having to test all our (prejudgments). (...)*”.

la Ley de Inmigración y Nacionalidad de 1952, en donde se señaló: “*Un extranjero que sufre de personalidad psicopática, epilepsia o defectos mentales, debe ser excluido de los Estados Unidos*”⁴⁹. Dicha redacción fue adoptada por el Congreso con el fin de excluir a homosexuales del ingreso a territorio estadounidense, para lo cual se había corroborado que el Servicio Público de Salud en la década de los 1950 mantenía la opinión que la homosexualidad era un tipo de personalidad psicopática.

Posteriormente, en el caso *Fleuti vs. Rosenberg* el noveno circuito federal determinó que el término personalidad psicopática era muy vago para comprender a los homosexuales en dicho ámbito, dado que en la década de los 1960 surgieron estudios empíricos que no encontraron correlación entre la homosexualidad y la condición patológica. Ello motivó que en 1965 el Congreso añadiera a la Sección 212(a)(4) el término “desviación sexual”. No obstante, en 1979 el propio Servicio Público de Salud anunció que no existía base para que la orientación sexual pudiera ser un supuesto previsto en la Sección 212(a)(4).

De esta manera, se aprecia que bajo una interpretación originalista era claro que la sección 212(a)(4) debía ser interpretada para abarcar a los homosexuales. Sin embargo, a través de una interpretación dinámica era claro que la homosexualidad no podía ser entendida como una patología, hecho que fue finalmente reconocido por los tribunales.

Como se aprecia, existen argumentos que favorecen la interpretación estática y la dinámica, siendo que hasta la actualidad no existe una respuesta definitiva en la teoría de la interpretación jurídica acerca de la prevalencia de alguna de estas interpretaciones.

⁴⁹ Traducción libre del siguiente texto: ““(a) *liens afflicted with psychopathic personality, epilepsy, or a mental defect shall be excluded from the United States*”.

Es este contexto que es valiosa la posición de Pierluigi Chiassoni, quien reconociendo la importancia y la validez de ambas teorías, señala finalmente que a fin de determinar si es que se aplica la interpretación estática o dinámica, no queda otra salida que verificar cual es la ideología del sistema constitucional en el que se opera.

En efecto, conforme a la teoría de la interpretación de Pierluigi Chiassoni – la misma que se basa en las teorías de Giovanni Tarello, Riccardo Guastini, Jerzy Wroblewski y Robert Alexy– la interpretación jurídica puede dividirse en tres tipos de directivas:

- Directivas primarias (comúnmente llamados métodos de interpretación jurídica): Son recursos (datos reales o hipotéticos sobre a aspectos jurídicos o extrajurídicos, tales como usos lingüísticos, políticas legislativas, opiniones, doctrinas, fenómenos, etc.) con los que pueden traducirse disposiciones en una o más normas (Chiassoni 2011: 89). En este grupo se encuentran los todos los métodos de interpretación utilizados en el campo jurídico, tales como el método literal, ratio legis, sistemático, histórico, etc., y sus respectivas variantes las cuales fueron detalladas en el acápite 3.3.3.2 del presente trabajo.

- Directivas secundarias: Establecen criterios para el uso correcto de las directivas primarias y para evaluar sus resultados interpretativos (Chiassoni 2011: 111). Es decir sirven para elegir entre las directivas primarias, la directiva aplicable al caso concreto. Existen tres tipos de directivas secundarias: las selectivas, procedimentales y las preferenciales. Entre estas directivas se encuentra por ejemplo los criterios valorativos de coherencia, completitud, razonabilidad, sentido común de justicia, normas de justicia, congruencia teleológica, congruencia axiológica, principios generales del Derecho,

armonía sistemática, respeto por la naturaleza del fenómeno regulado, conformidad dogmática, no redundancia, entre otros (Chiassoni 2011: 115-123).

- Directivas axiomáticas o de tercer nivel: Son los principios últimos de los códigos hermenéuticos, los cuales recogen el objetivo de la política del derecho que debe ser seguido por el intérprete y que son impuestos tácitamente por la naturaleza misma del sistema constitucional en el cual se opera (Chiassoni 2011: 89). Según Wroblewski estas concepciones son las ideologías estática y la dinámica (Chiassoni 2011: 131). Sobre ello, Chiassoni señala:

5) Las directivas axiomáticas constituyen el conjunto (la base) de principios últimos –de axiomas- de un código hermenéutico, y consisten habitualmente en reglas finales, que prescriben qué objetivo (normalmente general) de política del derecho debe ser perseguido al interpretar las disposiciones.

6) en las prácticas interpretativas y en el sentido común de los juristas, las (posturas valorativas que aquí llamo) directivas axiomáticas no son consideradas como el resultado de lecciones arbitrarias por parte de los intérpretes, sino que son presentadas y defendidas como directivas impuestas, aunque tácitamente, por la naturaleza misma del sistema constitucional positivo en el cual se opera. Detrás de cada código interpretativo utilizado por los operadores jurídicos, por tanto hay normalmente una presunción de su conformidad a derecho y, en ese sentido, de su carácter vinculante (Chiassoni 2011: 134).

A partir de las dos ideologías presentes en las directivas interpretativas de tercer orden, Chiassoni identifica y describe los siguientes tipos de códigos hermenéuticos:

- Códigos naturalistas, los cuales propugnan que las directivas primarias y secundarias sean usadas conforme a la naturaleza de las disposiciones a interpretar (Chiassoni 2011: 135-136).
- Códigos estáticos, los cuales aseguren el máximo posible de certeza del derecho en su aplicación judicial o de subordinación del intérprete a la ley (Chiassoni 2011: 136).
- Códigos dinámicos, los cuales aseguran la máxima adecuación axiológica momentánea del derecho, en su aplicación judicial al caso concreto (Chiassoni 2011: 136-137).
- Código ecléctico, los cuales aseguran que la interpretación siga la naturaleza de las disposiciones, el contexto de la producción y el de la aplicación (Chiassoni 2011: 137-138).

Según lo anterior, es importante considerar que las directivas primarias comprenden las siguientes variantes que hacen referencia a los caracteres estáticos o dinámicos de la interpretación:

- Entre las directivas de interpretación literal: La interpretación literal ordinaria histórica, interpretación literal ordinaria evolutiva, interpretación literal especializada histórica y interpretación literal especializada evolutiva.
- Entre las directivas de interpretación (pseudo psicológica): La interpretación psicológica originalista, interpretación psicológica actual e interpretación psicológica ideal.

De esta manera, se tiene entonces que las variantes estáticas y dinámicas de la interpretación son *a priori* jurídicamente válidas, siendo que su

descarte o elección se llevará a cabo a través de una directiva de interpretación de tercer orden, la cual es una directiva que debe desprenderse de la naturaleza misma del sistema constitucional en el que se opera.

(b) La interpretación jurídica en el Perú

Las disposiciones relevantes que regulan la interpretación de las normas tributarias se encuentran en la Norma VIII del Código Tributario. Al respecto, dicha norma indica que en la interpretación pueden utilizarse todos los métodos de interpretación, sin que con ello puedan crearse tributos, sanciones o exoneraciones, ni tampoco extender disposiciones tributarias a personas o supuestos distintos de los previstos en la ley. Veamos:

Norma VIII

Al aplicar las normas tributarias podrá usarse todos los métodos de interpretación admitidos por el Derecho.

En vía de interpretación no podrá crearse tributos, establecerse sanciones, concederse exoneraciones, ni extenderse las disposiciones tributarias a personas o supuestos distintos de los señalados en la ley. Lo dispuesto en la Norma XVI no afecta lo señalado en el presente párrafo.

A partir de estas dos disposiciones, la doctrina nacional se ha pronunciado de la siguiente manera.

En primer lugar, ya en 1986 Jorge del Busto Vargas analizó la Norma IX del Título Preliminar del Código Tributario que de forma similar a la actual Norma VIII señalaba que *“al aplicar las normas tributarias podrán usarse todos los métodos de interpretación admitidos en Derecho”*.

Al respecto, el referido autor menciona que la razón de ser de esta disposición encuentra sentido en la evolución histórica de la aplicación de los tributos. En efecto, recogiendo la descripción de Ezio Vanoni, Del Busto señala que originalmente los tributos se aplicaban a los pueblos vencidos en guerra, a los extranjeros y a los que sufrían sojuzgamiento. No obstante, dicha aplicación se amplió a todos los habitantes del Imperio Romano cuando Caracalla extendió la ciudadanía a todos los habitantes del imperio y les aplicó tributos debido a que todo producto se concebía ingreso del gobernante (Del Busto, 1986: 60). Esto habría provocado que las normas tributarias se concibieran como nocivas y repulsivas por lo que toda interpretación de ella debía ser en extremo literal.

Posteriormente, cuando nacieron las libertades individuales y se reconoció el derecho a la propiedad, las leyes tributarias fueron reconocidas por los tribunales —como el Tribunal de Casación de Francia— como leyes excepcionales. Este hecho ocasionó que la preminencia de la interpretación literal siga en auge (Del Busto, 1986: 60).

Ahora bien, actualmente las concepciones de las normas tributarias como nocivas y excepcionales han sido superadas dando paso al entendimiento de las normas tributarias como normas generales cuyo fundamento radica en el principio de capacidad de contribuir con los ingresos necesarios para hacer posible el fin común de la sociedad. En ese sentido es que la preponderancia literalista de la interpretación es superada, concibiéndose ahora que las normas tributarias deben ser interpretadas de forma similar a normas de otras ramas del Derecho. Así, fue posible entonces decir que para interpretar las normas tributarias podían utilizarse todos los métodos admitidos por el Derecho (Del Busto, 1986: 61).

Nótese que a esta misma conclusión de la interpretación de la Norma VIII llegaron muchos años después los autores García Novoa y Aráoz Villena

en el 2006. En efecto, García Novoa examina la Norma VIII del Código Tributario y señala que a partir de esta disposición se entiende que las reglas de interpretación tributarias son las mismas que las del resto del ordenamiento (García, 2006: 65). Asimismo, Aráoz Villena coincide con lo anterior y señala también que el presupuesto de la Norma VIII es que las normas tributarias “*son iguales a las que existen en cualquier otra rama del Derecho*”, por lo que es natural que sean interpretadas con los mismos métodos comunes a las demás ramas del Derecho (Aráoz, 2006: 164).

En segundo lugar, en el año 2003 Marcial Rubio Correa publica el libro *Interpretación de las normas tributarias* donde desarrolla una teoría denominada por él como “*teoría de aplicación del Derecho desde el punto de vista operativo*” (Rubio, 2003: 34). Esta teoría de aplicación de normas tributarias cuenta con tres planos: (a) el reconocimiento de si existe una norma válida aplicable al caso concreto y lo que dice; (b) el de la interpretación jurídica; y, (c) el de integración (Rubio, 2003:33-34).

En lo que respecta al segundo plano —el de la interpretación jurídica— Marcial Rubio indica que una vez que se ha identificado una norma válida que regula el caso concreto, pueden aplicarse los métodos de interpretación de las normas jurídicas; los cuales son definidos como “*procedimientos de aplicación de variables interpretativas para desentrañar el significado de las normas jurídicas*” (Rubio, 2003: 132).

En cada caso, lo deseable es aplicar todos y cada uno de los métodos de interpretación; sin embargo, ello no siempre será así pues habrán casos donde razonablemente no podrán aplicarse alguno o algunos de los métodos de interpretación (Rubio, 2003: 133). Los métodos de interpretación son los siguientes.

- El método de interpretación literal, el cual recurre a la variable del lenguaje (gramática, sintaxis y significado de las palabras). Variantes de ella son el significado de las palabras según su sentido común y su significado técnico (Rubio, 2003: 134-135).
- El método de interpretación ratio legis, que tiene como variable la ratio legis de la norma que significa el sentido y razón de ser de la norma. Este método pierde contundencia cuando la norma tiene más de una ratio legis (Rubio, 2003: 137).
- El método de interpretación por ubicación de la norma, que recurre a la variable ubicación de la norma, la cual enriquece el significado y delimita su campo de aplicación (Rubio, 2003: 147-148).
- El método histórico, que echa mano de los antecedentes de las normas, como las actas, exposiciones de motivos, normas antecedentes, y su entendimiento en el pasado (Rubio, 2003: 152).
- El método sociológico, el mismo que recoge como variable a las conductas e ideas predominantes entendidas como obligatorias en el medio social general o especializado. En ese sentido, este método incorpora puntos de vista provenientes de fuera del Derecho (Rubio, 2003: 153-154).

Cabe señalar que el referido autor también clasifica las interpretaciones de acuerdo a su resultado de donde identifica la interpretación extensiva y la interpretación restrictiva. Así, el jurista indica que es interpretación extensiva aquella donde el resultado interpretativo abarca más supuestos de hecho que los que se derivan del tenor literal. En ese sentido, la interpretación extensiva está estrechamente relacionada con la interpretación literal. En cambio, estamos en una interpretación restrictiva

cuando el resultado interpretativo se restringe únicamente a los casos en donde no existe duda. Si bien el autor no indica cuáles son esos casos se entiende que son aquellos donde el texto es claro en relación al caso concreto (Rubio, 2009: 257).

Ahora bien, el autor señala que todos estos métodos de interpretación son admitidos en el Derecho Tributario, lo cual se confirma en lo dispuesto en la Norma VIII del Título Preliminar del Código Tributario, el cual señala que pueden usarse *“todos los métodos de interpretación admitidos por el Derecho”*.

De otro lado, en el 2006 el Instituto Peruano de Derecho Tributario (IPDT), publica su revista número 11 en donde se encuentran los artículos de García Novoa y Aráoz Villena. García Novoa examina la Norma VIII del Código Tributario según la cual *“al aplicar las normas tributarias podrán usarse todos los métodos de interpretación admitidos por el Derecho”* y señala que a partir de esta disposición se entiende que las reglas de interpretación tributarias son las mismas que las del resto del ordenamiento (García, 2006: 65).

Aráoz Villena coincide con lo anterior y señala también que el presupuesto de la Norma VIII es que las normas tributarias *“son iguales a las que existen en cualquier otra rama del Derecho”*, por lo que es natural que sean interpretadas con los mismos métodos comunes a las demás ramas del Derecho (Aráoz, 2006: 164). Asimismo, el autor recoge lo indicado por Héctor Villegas sobre el llamado *“método evolutivo”*, según el cual el alcance la ley se determina evaluando de forma hipotética cuál hubiera sido la voluntad del legislador al momento de la aplicación de la norma, *“con prescindencia del texto de la norma y de la voluntad del legislador”*. No obstante, el autor señala que este método es muy criticado debido a que contraviene el principio de legalidad y reserva de ley (Aráoz, 2006:

196). Sin embargo, el autor no es conclusivo con respecto a si dicho método debe ser rechazado en el Perú.

De lo visto hasta ahora de la doctrina tributaria y de la jurisprudencia extraemos las siguientes conclusiones:

- El primer párrafo de la Norma VIII tiene como presupuesto que las normas tributarias tienen la misma condición general que el resto de normas de otras ramas del Derecho. Esto muestra, como indicó Del Busto, la evolución del Derecho Tributario que ha dejado de lado el entendimiento de que las normas tributarias son normas nocivas o excepcionales.

Ahora bien, siendo que las normas tributarias tienen la misma condición que el resto de normas, pueden aplicárseles todos los métodos de interpretación del Derecho. En ese sentido, se encuentran habilitadas las interpretaciones según los métodos literal, lógico, sistemático, histórico, entre otros.

- Como se recuerda, Chiassoni indicaba que las directivas primarias eran en buena cuenta la agrupación de los distintos métodos de interpretación existentes y sus variantes, métodos que fueron catalogados por Chiassoni en cinco grupos: (i) directivas de interpretación lingüística; (ii) directivas de interpretación pseudopsicológica, en donde se presta atención a los datos concernientes a la mente, voluntad, o intención del legislador; (iii) directivas de interpretación autoritativa; (iv) directivas de interpretación teleológica que prestan atención a la finalidad y a los objetivos, ya sea de la propia disposición o del instituto, o al sector o subsector al que pertenece la disposición; y, (v) directivas de

interpretación heterónoma, que prestan atención a la naturaleza de las cosas o a una moral ideal o crítica.

Al respecto, es de notar que la doctrina nacional y la jurisprudencia ha reconocido como métodos de interpretación típicos a los métodos literal, ratio legis, histórico y sistemático; los cuales son equivalentes o están comprendidos en las denominadas directivas de interpretación catalogadas por Chiassoni.

No obstante, cabe precisar que la doctrina tributaria en nuestro país no ha desarrollado o explicitado que los métodos tan repetidamente difundidos cuentan con múltiples variantes. Ello ha llevado a tratar a algunas de dichas variantes como métodos independientes del género al que pertenecen.

Lo anterior ha ocurrido en el caso de la interpretación evolutiva, la que ha sido nombrada en nuestro país como un método de interpretación diferente a los métodos literal y psicológico, sin tener conciencia de que existen las variantes de métodos de interpretación literal evolutiva y psicológico-evolutiva.

En efecto, los métodos de interpretación y sus múltiples variantes catalogadas por Chiassoni muestran que el método literal (o directiva lingüística) cuentan, entre otras, con las siguientes variantes:

- Interpretación literal ordinaria histórica.
- Interpretación literal ordinaria evolutiva.
- Interpretación literal especializada histórica.

- Interpretación literal especializada evolutiva.

Asimismo, la falta de identificación de las variantes de los métodos de interpretación ocasionó que en nuestro país se entienda al método histórico como un método independiente restringido a la búsqueda de los antecedentes normativos, sin notar que este no es más que una variante del método psicológico que en general pretende buscar la intención del legislador, sin presumir a priori si estamos hablando del legislador ideal, histórico o actual.

En este sentido, así como se acepta la interpretación histórica debe tenerse como contrapartida la aceptación, al menos como directiva primaria sujeta a evaluación por las directivas de segundo y tercer orden, de los métodos de interpretación psicológica ideal y actual.

- Las normas positivas peruanas no han establecido una directiva de tercer orden que permita preponderar el criterio originalista o el evolutivo, en ese sentido de presentarse una concurrencia de estas interpretaciones, la solución deberá ser adoptada en el caso concreto, bajo la guía de la interpretación que sea más compatible con los derechos y principios consagrados en la Constitución.
- (c) Aplicación de la interpretación dinámica sobre la base de las Guías OCDE en el régimen de precios de transferencia peruano

Ahora bien, en el caso del Perú consideramos que el dato acerca de cuál es la interpretación que prepondera no se encuentra definido legislativamente en las normas de precios de transferencia, tal como sí ocurre en el caso de países como Australia, Irlanda y el Reino Unido. En este sentido, para identificar cuál es la interpretación que prepondera se

considera correcto atender a casos en los que la jurisprudencia peruana utiliza las Guías OCDE para efectos de interpretar normas jurídicas.

Al respecto, es ilustrativa la aplicación de la interpretación dinámica basada en las Guías OCDE, realizada por el Tribunal Fiscal en la RTF de Observancia Obligatoria N° 03500-Q-2017, en donde a fin de interpretar el Artículo 62°-A, numeral 3, del Código Tributario relacionado a fiscalización de precios de transferencia, se recurrió a la utilización de las Guías OCDE y el Manual Práctico de Precios de Transferencia de ONU de forma dinámica.

En efecto, el 4 de noviembre de 2017 se publicó en el Diario Oficial *El Peruano* la Resolución del Tribunal Fiscal N° 03500-Q-2017 en la que se discutió el plazo de fiscalización en los procedimientos de fiscalización definitiva de precios de transferencia.

Para ello, el Tribunal Fiscal realizó, entre otras cosas, una interpretación del Artículo 62°-A, numeral 3, del Código Tributario, considerando para ello que la excepción que legislativamente se había impuesto en la existencia de plazo para casos de fiscalizaciones de precios de transferencia se debió al carácter complejo de dichas revisiones. Para apoyar dicha conclusión, el Tribunal Fiscal citó directamente el *Manual Práctico de Precios de Transferencia de la Organización de las Naciones Unidas* (a través de la llamada a la nota al pie de página número 6) e, indirectamente las Guías de Precios de Transferencia de OCDE, en donde se hace referencia al carácter complejo de las fiscalizaciones de precios de transferencia.

En efecto en la referida resolución se señala lo siguiente:

Ahora bien, cuando en la fiscalización se revisa la aplicación de las normas de precios de transferencia, debe considerarse la complejidad que ello conlleva. Al respecto, se ha señalado lo siguiente: "...la fiscalización de los Precios de Transferencia merece un análisis especial pues, en palabras de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), ella puede plantear dificultades frente a las prácticas normales de fiscalización, tanto para la Administración Tributaria como para el contribuyente, ya que se ponen en juego un gran número de elementos de hecho que requieren un análisis complejo, evaluándose información de naturaleza financiera contable, de características de la industria, y de los mercados entre otras materias de muy diversa índole (comentario 4.7 de las Guías de Precios de Transferencia OCDE 2010)".

En similar sentido, se ha indicado que las fiscalizaciones sobre precios de transferencias, por lo general, demandan mucho tiempo y recursos, siendo que el duro trabajo que implican puede resultar en un significativo ajuste tributario que puede ser usado para el desarrollo del país. Sin embargo, dichos resultados no son obtenidos de forma rápida y fácil, requiriéndose resistencia debido a la complejidad e incertidumbre inherentes a las cuestiones referidas a precios de transferencia⁶.

Dada la complejidad y especialidad de dichas fiscalizaciones tanto para la Administración como para el administrado, mediante el numeral 3) del artículo 62º-A se prevé una excepción al plazo de fiscalización, no obstante, dicha norma debe ser interpretada de forma que ello no conlleve a resultados que podrían resultar arbitrarios o que vulneren los derechos del administrado.

Sobre lo anterior, es importante notar que en el caso de las Guías OCDE el Tribunal Fiscal recurre a la cita bibliográfica del trabajo "El procedimiento de fiscalización de precios de transferencia. Vacíos, deficiencias e inequidades de una normativa que necesita precisiones", de los autores Tulio Tartarini y Paolo Abregú, no obstante fluye de dicha

cita la remisión expresa al párrafo 4.7 de las Guías OCDE de la versión del año 2010.

Asimismo, destaca que el Tribunal Fiscal al referirse al *Manual Práctico de Precios de Transferencia de la Organización de las Naciones Unidas* lo haga de forma directa a pesar de que dicho manual —al igual que las Guías OCDE— representa un instrumento de soft law.

Cuestión importante es notar que el Artículo 62-A del Código Tributario bajo revisión fue publicado en el Diario Oficial *El Peruano* el 15 de marzo de 2007 y que las referencias realizadas por el Tribunal Fiscal a las Guías OCDE corresponden a la versión del 2010; mientras que en el caso de las referencias al *Manual Práctico de Precios de Transferencia de la Organización de las Naciones Unidas* corresponden a la versión del 2013. De esta manera, el Tribunal Fiscal muestra indicios de una aplicación dinámica en la interpretación de las normas nacionales.

En ese sentido, se muestra que el Tribunal Fiscal no recurrió a una interpretación estática del Artículo 62º-A del Código Tributario, debido a que de haber ocurrido ello, no pudieron haberse utilizado los mencionados instrumentos, ya que habían sido publicados de forma posterior. Así, se tiene entonces que el Tribunal Fiscal sí acepta la aplicación de una interpretación dinámica de los términos contenidos en las normas jurídicas.

Sobre la base de lo anterior y siendo que la Resolución del Tribunal Fiscal fue emitida con la participación de los vocales de todas las salas del Tribunal Fiscal, puede considerarse que en el entorno fiscal peruano se reconoce la utilización de la interpretación dinámica de las normas tributarias.

A ello es necesario añadir que una interpretación estática de las normas sustantivas de precios de transferencia sobre la base de las Guías OCDE ofrece serias dificultades que hacen extremadamente difícil concluir de forma certera cual es el texto de las Guías OCDE que se encontraba vigente al momento en el que se aprobaron las normas peruanas. Ello se debe a las siguientes razones:

- El inciso h) del Artículo 32°-A de la LIR hace alusión expresa a que las Guías OCDE que se toman en cuenta son las aprobadas por el Consejo OCDE. Al respecto, como se vio al inicio del presente acápite 3.2.4, el Consejo OCDE ha aprobado revisiones e incorporaciones a las Guías OCDE en los años: 1996, 1997, 1999, 2009, 2010, 2013 y 2016. Sin embargo, a partir de la información que ofrece OCDE en su portal web únicamente pueden encontrarse las publicaciones de las Guías OCDE de los años 2017, 2010 y 2009. Adicionalmente, de la revisión de revistas especializadas privadas de suscripción pueden identificarse ediciones actualizadas de las Guías OCDE de: marzo de 1996, 2001, 2009, 2010 y 2017.

En ese sentido, a fin de identificar con certeza cuál es el texto vigente de las Guías OCDE al momento en el que una norma de precios de transferencia peruana es aprobada, se requiere de un trabajo de contraste de las Guías extremadamente complejo e incluso oneroso.

- Las Guías OCDE se publican oficialmente en idioma inglés y francés. Asimismo existen versiones no oficiales traducidas al español bajo responsabilidad del Instituto de Estudios Fiscales de España; no obstante –tal como se señala expresamente en la traducción del IEF- en caso de discrepancia prevalece la versión en lengua inglesa.

- Las normas de precios de transferencia peruanas en la mayoría de las veces fueron aprobadas a través de Decretos Legislativos, respecto de los cuales únicamente en algunos casos pueden identificarse las denominadas “exposiciones de motivos” en el Sistema Peruano de Información Jurídica.

No obstante, incluso en estos casos dichos documentos no cuentan con datos acerca de la persona que los redactó, su cargo, o la fecha de dichos documentos. En ese sentido, dichos documentos adolecen de una seria falta de certeza de su vinculación con la redacción adoptada en los Decretos Legislativos. Esto las diferencia sustancialmente con las Exposiciones de Motivos emitidas por el Congreso de la República, en donde existen signos que permiten dar cuenta de su veracidad, tales como rúbricas y sobretodo la información del expediente que permite rastrear el origen de la redacción desde su proposición.

Asimismo, incluso si es que se asume que estos documentos son ciertos, no cuentan en la mayoría de las veces con el nivel de detalle necesario para conocer cuál es la versión e idioma de las Guías OCDE que fueron tomadas en cuenta.

Por estas razones, se tiene que incluso en caso se optara por una interpretación estática de las normas de precios de transferencia peruanas, esta interpretación para ser certera cuenta con grandes impedimentos materiales que la hacen extremadamente compleja para ser aplicada por cualquier intérprete.

Una vez que mostrado que en el Perú puede aplicarse la interpretación dinámica de los términos de las normas jurídicas es importante notar que dicha aplicación dinámica debe tomar muy en consideración las

limitaciones que impone el Artículo 32°-A, inciso h) de la Ley del Impuesto a la Renta.

En efecto, el referido inciso señala que se acepta la utilización de las Guías OCDE para interpretar el Artículo 32°-A de la Ley del Impuesto a la Renta, siempre y cuando las Guías OCDE no se opongan a lo dispuesto en la Ley del Impuesto la Renta.

En este contexto, es importante considerar la condición y naturaleza de las normas de precios de transferencia peruanas, conforme a lo expuesto en el capítulo 2 del presente trabajo, en donde se señaló que: (i) las normas de precios de transferencia tienen como institutos superiores a las normas de valor de mercado y a las normas reguladoras de la base imponible; (ii) que no constituyen normas antielusivas generales que habiliten la recalificación o desconocimiento de operaciones; (iii) que tienen como naturaleza a los valores de igualdad y deber de contribuir.

A partir de lo anterior se considera entonces que son límites para la interpretación dinámica de las Guías OCDE:

- El respeto de las instituciones superiores de las normas de precios de transferencia y su naturaleza, lo cual impide que las normas de precios de transferencia del artículo 32°-A de la LIR puedan ser utilizadas para desconocer o recalificar operaciones.

En ese sentido, se coincide con el mismo resultado al que ha arribado la doctrina mexicana al indicar que las Guías OCDE según las modificaciones sugeridas en el Plan BEPS no pueden servir para que las cortes habiliten el desconocimiento y recalificación de operaciones de forma amplia. Sobre ello, Koen van't Hek y Mariana Covarrubias señalan:

Las consecuencias de ese cambio es que la aproximación de sustancia sobre forma pueda ser aplicada sin restricción. En otras palabras, la medida extrema del desconocimiento de la transacción fue convertido en un procedimiento estándar de seis pasos, parte de un análisis funcional que sería aplicado por todos los contribuyentes. Bajo esas circunstancias, uno puede esperar que las cortes mexicanas no aplicaran una interpretación llana de las guías de precios de transferencia y en cambio prestarán más atención a si ellas son consistentes con la Ley mexicana (...) ⁵⁰ (Van't Hek y Covarrubias 2016: 703).

- Las disposiciones de las Guías OCDE que se utilicen no deben contravenir las normas de la LIR, lo cual comprende las características del estándar arm's length peruano identificadas en el capítulo 2 del presente trabajo.

De esta manera, se arriba a una conclusión similar a la expuesta por Adolfo Martín Jimenez y José Manuel Calderón Carrero, quienes señalan que para interpretar las normas de precios de transferencia en base a las Guías OCDE debe realizarse una interpretación dinámica respecto de aspectos de mera clarificación y una interpretación estática respecto de los aspectos de cambios sustantivos o materiales ⁵¹ (Martín y Calderón 2013: 100 y 101).

⁵⁰ Traducción libre del siguiente texto: *“The consequence of that change is that the substance over form approach can be applied without restriction. In other words, the extreme measure of disregarding a transaction has been converted to a standardized six-step process, part of a functional analysis that should be applied by all taxpayers. Under those circumstances, one would expect Mexican courts to no longer apply a rash interpretation of the transfer pricing guidelines and to instead pay more attention to whether they are consistent with the MITL and the country’s tax treaties”*.

⁵¹ Al respecto, dichos autores señalan: *“Posiblemente, una respuesta construida a partir de los principios de legalidad y seguridad jurídica nos conduzca a una interpretación estática respecto de las modificaciones de las Directrices que*

3.2.5. Las Guías OCDE no son un parámetro de legalidad del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta

Parte de la doctrina nacional postula que ante una disconformidad entre las normas reglamentarias peruanas y las Guías OCDE, prevalecen las Guías OCDE. De esta manera, este sector doctrinal condiciona la legalidad de las normas reglamentarias a su conformidad con las Guías de Precios de Transferencia de OCDE. Dicha posición aflora por ejemplo en lo señalado por Enrique Díaz Tong con ocasión de la disposición reglamentaria peruana que ordena que los ajustes de precios de transferencia se realicen a la mediana del rango intercuartil de mercado.

En efecto, el 31 de diciembre de 2005 se publicó en el diario oficial *El Peruano* el Decreto Supremo N° 190-2005-EF, que modificó el Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta para incorporar normas de desarrollo del Artículo 32°-A de la Ley del Impuesto a la Renta.

En dicha oportunidad, se introdujo el Artículo 114° del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta en donde se estableció el uso de rangos intercuantiles incluso para métodos basados en resultados. Así, cuando los indicadores de rentabilidad de la parte analizada se encuentran fuera del rango, debe ajustarse dicho indicador a la mediana del rango de forma automática (siempre que exista un perjuicio al fisco, en aplicación del Artículo 32-A° de la Ley del Impuesto a la Renta).

Por su parte, el párrafo 1.48 de las Guías OCDE vigentes en el año 2005 establecían que en caso el análisis de precios de transferencia determinara que las transacciones controladas se ubican fuera del rango

introduzcan cambios sustantivos o materiales y una interpretación dinámica de las modificaciones no materiales de mera clarificación, (...)" (Martín y Calderón 2013: 100 y 101).

de mercado y la empresa no puede justificar dicho distanciamiento, entonces procede realizar ajustes de precios de transferencia al punto del rango que mejor refleje los hechos y circunstancias de la transacción controlada.

Partiendo de lo anterior Enrique Díaz Tong señala: *“vemos entonces que el Reglamento de PT (un Decreto Supremo) en el extremo del ajuste a la mediana en los métodos basados en márgenes contradice los lineamientos de la OCDE (fuentes de interpretación en virtud a un Ley) por lo que en este extremo sería ilegal”* (Díaz, 2006: 34).

Al respecto, se discrepa de que las Guías OCDE puedan servir de parámetro de legalidad de las normas del RLIR y, en general, de cualquier norma jurídica con rango reglamentario, debido a dos razones principales.

En primer lugar, las normas con rango reglamentario se emiten en virtud del numeral 8 del Artículo 118° de la Constitución, en donde se indica que corresponde al presidente de la República *“reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas”*.

Al respecto, el Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Expediente N° 047-2004-AI/TC en donde se realiza una exposición acerca de las fuentes del Derecho en el Perú, indica que sobre la base de lo dispuesto en el Artículo 118° de la Constitución, la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo se encuentra limitada a que no transgreda las leyes que se pretenda reglamentar.

En este sentido, dado que las Guías OCDE no califican como normas jurídicas en el sistema de fuentes del Derecho peruano y que, mucho menos, cuentan con rango de ley, es claro que no pueden servir de parámetro de legalidad que sirva de límite a la potestad reglamentaria.

En segundo lugar, en caso se argumentara que lo que en realidad sirve de parámetro de legalidad son las normas del Artículo 32°-A de la LIR interpretadas utilizando como fuente a las Guías OCDE, sobre la base de lo dispuesto en el inciso h) de dicho artículo, ello tampoco sería aceptable, toda vez que equivale a decir que el propio legislador de la LIR, a través del referido inciso h) añadió un límite no previsto en la Constitución para la potestad reglamentaria: que el Presidente de la República reglamente las leyes sin transgredir los enunciados emitidos por OCDE.

Sin embargo, lo anterior no es posible debido a que:

- El Congreso de la República, si bien cuenta con la potestad legislativa basado en lo dispuesto en el Artículo 102° de la Constitución, no se encuentra autorizado a delegar dicha potestad a un órgano no representativo del pueblo peruano como es OCDE. En ese sentido, y en coherencia con la teoría del orden jurídico de Joseph Aguiló, expuesta en el acápite 3.3.3.1., no es posible que las autoridades políticas constitucionalmente designadas para emitir normas jurídicas puedan delegar dicha labor sin autorización expresa de la Constitución.
- La potestad reglamentaria del presidente de la República se encuentra únicamente limitada a no desnaturalizar las leyes, conforme es señalado en el Artículo 118° de la Constitución. Siendo que en este contexto deben entenderse como leyes a las emitidas bajo el ejercicio correcto de la potestad legislativa (caso contrario, por ejemplo, serían legales los reglamentos que desarrollan leyes inconstitucionales).

3.2.6. El inciso h) no habilita el uso de las Guías OCDE para realizar operaciones de integración jurídica

De la revisión de las opiniones locales sobre la aplicación de las normas de precios de transferencia peruanas, se aprecia la existencia de un sector que incide en que en muchas oportunidades, las normas peruanas de precios de transferencia contienen aspectos no regulados, lo cual motiva en la práctica a aplicar las Guías OCDE de forma integradora.

Al respecto, Jenny Morón y Juan Carlos Vidal identifican el caso de la regulación de las reestructuraciones empresariales en el ámbito de precios de transferencia. Sobre el particular, en el año 2010 fue incorporado en las Guías OCDE el capítulo diez que trata las reestructuraciones de negocios, en donde se aborda el tratamiento de las reasignaciones de funciones, riesgos y capital entre empresas del mismo grupo.

Sobre ello, Jenny Morón y Juan Carlos Vidal señalan que estas modificaciones del 2010 no tuvieron un correlato en las normas peruanas de precios de transferencia. Sin embargo, ellos advierten que en virtud de que las Guías OCDE son consideradas como fuente de interpretación en la práctica se observa que muchos de los conceptos del nuevo capítulo 10 son utilizados para solucionar problemas técnicos (Morón y Vidal, 2017: 617).

Conforme a lo anterior se pone en manifiesto la opinión de un sector de la doctrina que, en vista de la ausencia de reglas específicas sobre reasignaciones de funciones, riesgos y capital, parte de la doctrina recurre a las Guías OCDE y las utiliza de forma integradora.

De lo anterior surge la cuestión de si el inciso h) del Artículo 32°-A de la LIR permite a los operadores jurídicos utilizar las Guías OCDE de forma

integradora en la aplicación de las normas peruanas de precios de transferencia.

Al respecto, se concluye que el referido inciso h) no habilita el uso de las Guías OCDE de forma integradora, sino únicamente para fines de la interpretación, toda vez que:

- (i) De la revisión de la literalidad del inciso h) del Artículo 32°-A de la LIR se aprecia que este expresamente habilita el uso de las Guías OCDE únicamente para fines de la interpretación jurídica del Artículo 32°-A de la LIR.

El Artículo 32°-A, inciso h), de la Ley del Impuesto a la Renta señala textualmente lo siguiente:

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

h) Fuentes de Interpretación

Para la interpretación de lo dispuesto en este artículo, serán de aplicación las Guías sobre Precios de Transferencia para Empresas Multinacionales y Administraciones Fiscales, aprobadas por el Consejo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico – OCDE, en tanto las mismas no se opongan a las disposiciones aprobadas por esta Ley.

Como se aprecia, la norma en cuestión es muy clara en señalar que la interpretación es la única operación para la cual se habilitan las Guías OCDE, con lo cual no se concluye que esta norma no permite la aplicación integradora de las Guías OCDE.

- (ii) Ahora bien, conforme se verificó anteriormente en los acápites 3.3.1. y 3.3.2. del presente trabajo, la fórmula utilizada en la legislación peruana para reconocer el uso de las Guías OCDE se encuentra en el grupo de las legislaciones que prevén dicho uso únicamente para efectos de la interpretación, siendo que en dicho grupo se encuentran también las legislaciones de México, España y la ya derogada legislación de Colombia.

El hecho de que estos modelos restrinjan la habilitación legislativa para el uso de las Guías OCDE para fines de la interpretación jurídica, se aprecia claramente en el pronunciamiento del Tribunal Supremo español, quien en la Sentencia 2256/2016 consideró expresamente que las Guías OCDE tienen un valor interpretativo. Al respecto, en la referida sentencia se señaló lo siguiente:

La infracción que se invoque en casación, por tanto, debe recaer sobre las normas del ordenamiento jurídico, esto es, sobre las fuentes formales que lo integran y que enuncia el Artículo 1.1 del Código Civil, al establecer que "... las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho". Dentro del concepto material de ley que expresa el mencionado precepto cabe incluir las distintas manifestaciones, jerárquicamente ordenadas, de la potestad normativa (Constitución, Tratados internacionales, ley orgánica, ley ordinaria, reglamentos, etc.), pero no es posible fundamentar un motivo casacional en la infracción de las mencionadas directrices de la OCDE, dada la ausencia de valor normativo, es decir, como fuente jurídica vinculante para los Tribunales de justicia que cabe predicar de éstas, y que este Tribunal Supremo ya ha declarado (así, la Sentencia de 18 de julio de 2012, pronunciada en el recurso de casación nº 3779/2009), en que se consideran tales directrices como meras recomendaciones a los Estados y, en otro lugar de dicha sentencia, les asigna un valor interpretativo.

Tal función, la de interpretar las normas jurídicas, es la que deriva, por lo demás, del propio papel que les asigna la Exposición de Motivos de la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para prevención del fraude fiscal, en que se dice lo siguiente: "...Por lo que afecta a la imposición directa, dicha reforma tiene dos objetivos. (...). El segundo objetivo es adaptar la legislación española en materia de precios de transferencia al contexto internacional, en particular a las directrices de la OCDE sobre la materia y al Foro europeo sobre precios de transferencia, a cuya luz debe interpretarse la normativa modificada. (...)"

De esta manera se aprecia que en casos en donde se adoptó una fórmula similar a la peruana, se entendió que las Guías OCDE únicamente sirven para efectos interpretativos y que dicho efecto interpretativo no es vinculante, lo cual es compatible por lo ya dicho anteriormente en el sentido de que el Artículo 32°-A, inciso h) de la Ley del Impuesto a la Renta no excluye otras interpretaciones.

Ahora bien, siendo claro que el inciso h) del Artículo 32°-A de la LIR no habilita el uso de las Guías OCDE para fines de la integración jurídica, surgen los llamados problemas "prácticos" acerca de cómo aplicar las normas de precios de transferencia en aquellos casos en los que no existe una regulación sobre un aspecto específico.

Ante ello, se considera que la solución no se encuentra en la habilitación del inciso h) del Artículo 32°-A de la LIR, sino en los mecanismos integradores previstos en el Código Tributario, a través de los cuales podrá en determinadas circunstancias habilitarse el uso de determinadas disposiciones de las Guías OCDE, conforme se expone en el acápite siguiente.

3.2.7. Uso de los mecanismos integradores previstos en el Código Tributario para llenar las lagunas comprendidas en el régimen de precios de transferencia peruano

A partir de la opiniones de Jenny Morón y Juan Carlos Vidal sobre la aplicación de las Guías OCDE a las situaciones de reestructuraciones empresariales, se aprecia que existen contextos en los que el operador jurídico de las normas de precios de transferencia encuentra lagunas en la regulación en las cuales no existe una regulación acerca de cómo se debe proceder para hallar el valor de mercado para operaciones bajo el ámbito de precios de transferencia.

En este contexto es importante destacar que el Código Tributario contiene reglas específicas para integrar las lagunas en el ámbito tributario, las cuales deben ser seguidas por supuesto para llenar las lagunas que se encuentran en el ámbito de precios de transferencia y que, de ser seguidas correctamente, en algunos casos permitirán el uso de determinadas disposiciones de las Guías OCDE.

A continuación se presentará un marco teórico de la integración jurídica, la regulación de la integración jurídica en el ámbito tributario peruano, y la aplicación de dicha regulación al ámbito de precios de transferencia en el Perú.

3.2.7.1. Teoría de la integración de normas tributarias

Una de los trabajos contemporáneos más completos sobre la integración en el Derecho Tributario es sin duda el realizado por Mónica Siota Álvarez, en el año 2010, titulado “Analogía e interpretación en el Derecho Tributario”, el cual recibió el premio para tesis doctorales de Derecho Financiero y Tributario en el 2009 por el Instituto de Estudios Fiscales. A

continuación, describiremos las principales características de la analogía en el Derecho Tributario tomando como punto de partida el trabajo de la referida autora, así como el de otros autores.

(a) La integridad y plenitud del ordenamiento jurídico

Un punto de partida para analizar la integración jurídica es el dogma de la integridad o plenitud del ordenamiento jurídico, el cual —según indicaría Kelsen de acuerdo a la descripción de Siota— consiste en el presupuesto de que el ordenamiento jurídico cuenta con respuestas para todos los conflictos (Siota, 2010: 22). Este dogma puede ser entendido bajo dos variantes distintas. Será plenitud absoluta si se presupone que existen normas para cada uno de los conflictos que surgen. Por otro lado, será plenitud relativa si es que se presupone que no existen normas para cada uno de los conflictos, pero se presupone también que el ordenamiento contiene medios de integración jurídica con los cuales puedan resolverse todos los casos que surjan en la realidad, tales como la analogía y los principios generales del Derecho (Siota, 2010: 22).

El concepto de integridad y plenitud del ordenamiento jurídico tuvo mayor relevancia en los siglos XVIII y XIX con el auge del movimiento de la codificación; el cual tenía como base a dos grandes directivas para el juez: (i) el rol de ser la boca muda de la ley; y, (ii) de administrar justicia en casos de oscuridad o defecto de normas aplicables al caso. Así, a partir de estos dos grandes principios, se colegía un tercer principio consistente en que la ley era completa, clara y sin contradicciones. En ese sentido, o bien no existían lagunas, o bien sí existen, pero pueden llenarse a partir de medios puramente intelectuales, de donde se obtiene un ordenamiento jurídico completo y cerrado (Siota, 2010: 23).

En la actualidad este dogma de la integridad, coherencia y completitud del ordenamiento ha sido puesto seriamente en duda ya que, tal como indican Guastini, Ferrajoli y García de Enterría, la realidad genera nuevas situaciones y conflictos con una rapidez mucho mayor de la que se crea la legislación; además, estamos ante una gran inflación legislativa con varias fuentes normativas muchas veces contradictorias (Siota, 2010: 26).

Si bien estas críticas se mantienen vigentes, Ferrajoli y Guastini señalan que tanto la doctrina y crítica consideran que la incoherencia y la falta de completitud son situaciones que se pueden superar. En ese sentido, no se desconoce la integridad ni la coherencia, sino que se consideran como aspiraciones por realizar y no como condiciones de la realidad (Siota 2010: 26). Asimismo, autores como Arcos Ramírez enfatizan la necesidad de ampliar el concepto de completitud de la ley a completitud del ordenamiento jurídico, a fin de que el concepto de plenitud pueda ser viable gracias a la aplicación de valores y principios constitucionales (Siota, 2010: 27).

(b) Las lagunas

En 1980 Karl Larenz planteó una concepción y clasificación de lagunas que viene siendo utilizada por la doctrina hasta la actualidad. Este autor realiza varias diferenciaciones de lagunas, a partir de las cuales se evidencian varias características relevantes para su entendimiento.

- En primer lugar, las lagunas significan espacios o cuestiones que sin contar con reglas que la regulen, se entiende que necesitan de regulación jurídica. Ello se diferencia de los “espacios libres del Derecho” en que si bien estos no cuentan con reglas específicas que las regulen, no requieren de regulación jurídica. Casos de espacios libres del Derecho citados por Larenz son los modos de

comportamiento puramente internos, pensamientos, sentimientos, opiniones, el decoro, formas de saludo, tratamiento de reuniones sociales, entre otros (Larenz, 1980: 364).

- En segundo lugar, la inexistencia de espacios libres del Derecho no implica que estemos necesariamente ante una laguna. En efecto, la ausencia de regulación de un ámbito determinado puede implicar también la existencia de una laguna o de un “fallo jurídico político”. Estamos ante una laguna cuando la ausencia de regulación identificada es contraria al “plan legislativo” de la ley. Sin embargo, es posible también que dicha ausencia de regulación se deba a una deliberada decisión del legislador, en cuyo caso estaremos ante un “fallo jurídico político”. Un ejemplo de fallo jurídico político es la ausencia de disposiciones sobre la propiedad de vivienda en el Código Civil alemán anterior a la Segunda Guerra Mundial. (Larenz, 1980: 366-367)

De esta manera, descubrir el plan legislativo de la ley es necesario para calificar la existencia de una laguna. Ante ello, el autor menciona que para evaluar dicho plan legislativo a menudo se recurre a la interpretación histórica y teleológica de la propia ley, así como los *“fines objetivos del Derecho y principios generales del Derecho que han hallado entrada en la ley”*, tal como el principio de igualdad (Larenz, 1980: 366-368). Asimismo, Larenz destaca que esta incompletitud se refiere únicamente a la ley y no al ordenamiento jurídico. En ese sentido, se prefiere entender el orden jurídico como un sistema abierto sujeto a evolución donde cabe la existencia de lagunas legales, mas no de lagunas del Derecho (Larenz, 1980: 370).

- En tercer lugar, Larenz diferencia las lagunas iniciales de las lagunas posteriores. Las lagunas iniciales son aquellas cuestiones que pudieron ser advertidas por el legislador al momento de emitirse la norma, pero que no fueron resueltas ya sea porque prefirió dejar que la solución la brinde la jurisprudencia (lagunas iniciales conocidas), o porque simplemente el legislador obvió la regulación por equivocación (lagunas iniciales no conocidas).

Por otro lado, las lagunas posteriores son aquellas cuestiones que no pudieron ser advertidas por el legislador habida cuenta de que surgieron debido a la evolución de la tecnología, la economía y similares. Ejemplo de este tipo de lagunas es el de las normas alemanas de derecho de autor de 1965 sobre obras literarias y musicales que no incluían expresamente a las cintas sonoras (Larenz, 1980: 372).

Ahora bien, existen otras clasificaciones respecto a los tipos de lagunas también analizadas en la doctrina. Así, por ejemplo, Norberto Bobbio diferencia entre las lagunas imputables al legislador (lagunas subjetivas) de las lagunas que surgen como consecuencia de la evolución de las relaciones sociales (lagunas objetivas) (Siota, 2010: 29).

Asimismo, Mónica Siota señala que existen lagunas que surgen debido a la existencia de normas muy particulares que dejan muchos supuestos sin regulación, son las lagunas *praeter legem*; o aquellas que surgen por los vacíos que aparecen por la existencia de normas muy generales, las lagunas *intra legem* (Siota 2010: 29).

(c) Sistemas para la solución de lagunas

Identificamos tres sistemas para la solución de lagunas: el sistema de la norma general exclusiva, la heterointegración y el de autointegración.

Con respecto al sistema de la norma general exclusiva, este entiende que todos los casos están regulados o bien por normas particulares, o bien por una norma general que regula los casos no regulados por las normas particulares. Así, la función de la norma general exclusiva consistirá en disponer que todos los casos no regulados por una norma particular se entienda que están excluidos de la regulación particular. Por tanto, si es que la norma particular contiene una prohibición, la norma general ocasionará que todos los casos no previstos en la norma particular se encuentren permitidos. Este sistema nace de la teoría de Zitelmann y Donati y tiene mayor incidencia en materia penal (Siota, 2010: 25 y 30).

Sin embargo, la teoría de la norma general exclusiva como sistema para solucionar lagunas es actualmente criticada debido a que, tal como afirma Bobbio, así como existe una norma general exclusiva, existe también una norma general inclusiva. En ese sentido, ante la existencia de una laguna, el operador jurídico se encontrará ante dos posibles soluciones, dejando el problema de la laguna sin resolver (Siota, 2010: 25).

Ahora bien, el sistema de heterointegración se apoya en hallar la respuesta para llenar el vacío en: (i) fuentes distintas de las positivas, tales como la costumbre y jurisprudencia; o, (ii) en otros ordenamientos así sean antiguos como el Derecho Romano o el derecho comparado.

Siota destaca que el método heterointegrativo más recurrente en la actualidad es el de la jurisprudencia. Sin embargo no son pocos los que destacan las limitaciones que deben tener los jueces para llenar vacíos en vista de la diferencia entre el modelo jurídico continental del modelo anglosajón (Siota, 2010: 30 y 31).

Asimismo, la heterointegración vendría siendo utilizada de forma muy difundida por los propios legisladores a través de frecuentes remisiones a normativas supranacionales (hecho que sucede en gran medida en los países de la Unión Europea en donde sus legisladores aguardan a una solución unitaria comunitaria). Esto, tal como indicaría Prieto Sanchís, representa actualmente un *“desapoderamiento del legislador y con ello un desdibujamiento de la ley como fuente suprema del Derecho”* (Siota, 2010: 31).

De otro lado, también se ha evidenciado el uso de legislaciones históricas y comparadas para llenar vacíos; lo cual ha sido destacado por Luis Díez-Picazo como actuaciones típicas de sistemas jurídicos poco desarrollados que buscan recurrir a otras legislaciones presupuestas como más perfectas (Siota, 2010: 30).

Finalmente, en lo que respecta al sistema de autointegración, este se basa en que la respuesta debe hallarse en el propio ordenamiento en su fuente dominante: la ley. Para ello los mecanismos a emplearse son: (i) la analogía, según la cual al caso no regulado se le aplica la solución aplicable a un supuesto similar; y, (ii) los principios generales del Derecho (Siota, 2010: 31).

Estos dos métodos (la analogía y los principios generales del Derecho) brindan la posibilidad de que el sistema pueda adaptarse y transformarse manteniendo su estructura. De esta forma se tiene un sistema flexible capaz a afrontar las *“innovaciones económicas, tecnológicas, culturales y sociales”* (Siota, 2010: 32).

Asimismo, es importante traer a colación lo indicado por autores como Prieto Sanchís, quien indica que la analogía, así como los principios

generales del Derecho, pueden ser entendidos como derivaciones interpretativas de las normas escritas, las cuales llegan a través de un largo proceso a crear Derecho. He ahí la naturaleza autointegrativa de estos dos métodos (Siota, 2010: 33).

Luego de esta somera descripción de los diversos sistemas y métodos para solucionar lagunas, se verifica que en la actualidad el problema para llenar los vacíos no es más la inexistencia de una respuesta, sino más bien en la mayoría de las veces la existencia de muchos criterios para resolver dicho vacío; lo cual conlleva a la disponibilidad de varias posibles respuestas concurrentes (Siota, 2010: 26).

Ante ello, si bien no existe una respuesta conclusiva respecto a cuál debe ser el sistema y método para solucionar lagunas, autores como Von Hoেকে intentan argumentar la preferencia por el uso de los principios generales, en mérito al consenso en torno al principio general particular y su apoyo institucional (Siota, 2010: 33).

(d) Concepto de analogía

De acuerdo a Falcón y Tella, el origen histórico de la analogía puede remontarse hasta el Derecho Romano, en donde a pesar de que no se utilizaba el término de analogía se realizaban procedimientos aplicativos del Derecho apelando a expresiones tales como “*ad similia procederé, quae tendum ad aedem utilitatem, trahere ad consequentias, símiles erunt, ad exemplum, ad similitudem*”. A partir de ello, el procedimiento analógico es utilizado por los glosadores y comentaristas en la Edad Media. Sin embargo, es recién en el siglo XVIII cuando se desarrolla el concepto moderno de analogía (Siota, 2010: 34 y 36).

Ahora bien, contemporáneamente Siota distingue el uso de la analogía, en el plano de creación legislativa del Derecho, de su uso en el plano de su aplicación.

En el plano de la creación legislativa se emplearán las llamadas “cláusulas legales de analogía”, las cuales no son otra cosa que conceptos jurídicos indeterminados usados por el legislador en los textos positivos por economía legislativa. Ejemplo de ello son los términos siguientes: “cualquier otra circunstancia análoga”, “cualquier otro medio de idéntica naturaleza”, “otros instrumentos análogos”, etc. (Siota, 2010: 38).

Mientras tanto, en el plano de aplicación jurídica la analogía en palabras de Manuel Atienza es aquella que es empleada por los operadores jurídicos, sean estos la Administración o los jueces, como “*un procedimiento argumentativo que permite trasladar la solución prevista para un determinado caso, a otro distinto, no regulado por el ordenamiento jurídico, pero que se asemeja al primero en cuanto que comparte con aquel ciertas características esenciales o bien la misma razón*” (Siota, 2010: 37). Este es el plano de la analogía relevante para el presente trabajo.

La analogía para que pueda ser utilizada requiere de tres requisitos fundamentales;

El primer requisito consiste en la existencia de una laguna normativa, entendida como la inexistencia de una norma que regule el supuesto de hecho. En lo que respecta a este punto es necesario indicar que existen posiciones —tales como la de Salguero— que señalan que la analogía se aplica también a supuestos de concurrencia de normas para un mismo supuesto, hecho que se desprendería de una práctica judicial y del propio

Código Civil italiano que indicaría que la analogía también sirve para resolver casos dudosos (Siota, 2010: 40).

Sin embargo, se entiende que la analogía no podría extenderse a casos de concurrencia de normas, debido a que dicha situación configuraría un supuesto de antinomia jurídica, mas no de laguna normativa.

En lo que respecta al segundo requisito, este consiste en que para aplicar un razonamiento analógico es necesario que exista una identidad de razón o *aedem ratio*. Para que exista esta identidad de razón, Falcon y Tella y Mónica Siota detallan que debe verificarse lo siguiente (Siota, 2010: 42):

- La identidad de razón debe ser el fundamento de la analogía y no llegarse a través de ella luego de aplicada la analogía. Es decir, la identidad de razón debe hallarse en una etapa procedimental previa.
- La identidad de razón se refiere a una relación entre un supuesto de hecho de una norma y un caso no regulado.
- Debe tratarse de una semejanza relevante en los elementos esenciales y no accidentales de los supuestos de hecho; para lo cual es necesario clasificar los elementos de los supuestos de hecho en elementos esenciales y accidentales a través de juicios de valor debidamente argumentadas.

Mónica Siota detalla el siguiente procedimiento para determinar la existencia de una identidad de razón. Imaginando que existe un supuesto de hecho A regulado en una norma y que asimismo existe un caso B no regulado, primero debe identificarse los elementos esenciales y los elementos accidentales de A y B. Una vez identificados esos elementos, debe comprobarse si es que los elementos esenciales de A y B son

idénticos. Si es que dichos elementos son idénticos entonces estaremos antes casos semejantes con esencia idéntica, cumpliéndose el requisito de la identidad de razón (Siota, 2010: 42 y 43).

El tercer requisito para aplicar la analogía es que el supuesto regulado se encuentre en una norma jurídica preferentemente legal. En efecto, Mónica Siota destaca el hecho de que para aplicar la analogía debe existir una *“norma jurídica análoga al supuesto no regulado, susceptible de ser extendida por analogía; norma que, preferentemente tendrá carácter legal”*. En ese sentido, la regulación del supuesto de hecho no contemplado en una norma podrá encontrarse en una sola norma positiva (analogía *legis*), o también podrá extraerse de un conjunto de normas positivas o varios principios jurídicos (analogía *iuris*) (Siota, 2010: 45 y 46).

De esta manera, de verificarse estos tres requisitos se podrá aplicar la analogía y se podrá aplicar la regla del caso regulado al caso no regulado. No obstante, es necesario enfatizar que para que esta aplicación no sea arbitraria debe cumplirse con lo siguiente:

- Para seleccionar los elementos esenciales de los supuestos de hecho deben tomarse en cuenta aquellas circunstancias que el legislador tomó en cuenta al momento de elaborar la regulación; lo cual no implica necesariamente evaluar la solución presumible del legislador, sino también apreciar el propio contenido de las normas y la experiencia (Siota, 2010: 46).
- El resultado de la integración debe ser justificado por el aplicador del Derecho a través de *“argumentos teleológicos y consecuencialistas”*. En ese sentido, cuando el papel del juez será entonces el de hallar una solución razonable y aceptable, deberá apoyarse en la normativa existente y los principios generales (Siota, 2010: 47 y 48).

En resumen, tenemos entonces que la analogía consiste en un procedimiento argumentativo a través del cual se aplica la solución prevista para un caso a un caso no regulado positivamente, siempre que: (i) el supuesto no regulado sea una laguna por inexistencia de normas; (ii) exista una semejanza en los elementos esenciales de ambos supuestos, considerando los elementos que el legislador tuvo en cuenta al elaborar la regulación y los contenidos en las propias normas; (iii) la regulación que vaya a ser aplicable esté recogida en normas jurídicas existentes; y, (iv) que el resultado de la integración sea justificado a través de argumentos teleológicos, consecuencialistas, permitiendo, por ejemplo al juez, arribar a un resultado razonable y justo.

Finalmente, en lo que respecta a la analogía es importante destacar la diferencia entre la analogía iuris de la analogía legis. En el caso de la analogía legis, Mónica Siota indica que la ratio se extrae de una sola norma particular y que mediante ella se crea la norma para el caso no regulado. En cambio, en el caso de la analogía iuris se parte de la selección de un conjunto de normas a partir de las cuales se extrae un principio general o una ratio. Luego, es a partir de dicha ratio que se crea un norma particular para el caso no regulado (Siota, 2010: 60 y 61).

(e) Diferencia de la analogía con otras figuras

A continuación describiremos las diferencias que la doctrina ha identificado entre la analogía y las siguientes figuras: interpretación extensiva, principios generales del Derecho y argumento a contrario.

Con respecto a la interpretación extensiva, esta se presenta cuando se realiza una interpretación teleológica y los resultados de dicha interpretación son más extensos de los resultados de una interpretación

literal (Siota, 2010: 62). La diferencia con la analogía se encuentra en que en la interpretación extensiva sí existe una norma para el caso concreto; mientras que en la analogía no existe norma alguna que abarque directamente el caso bajo examen. Sin embargo, es cierto también que habrá muchos casos en los cuales la diferencia entre interpretación extensiva y analogía no podrá ser identificable (Siota, 2010: 64 y 66).

Por otro lado, en lo que respecta a la diferencia con los principios generales del Derecho, Salguero y Falcon y Tella habrían identificado dos grandes diferencias. En primer lugar, si bien es cierto que la analogía —en el caso de la analogía iuris— permite extraer principios generales, estos principios únicamente pueden ser calificados como principios generales positivos. Es decir, son principios extraídos del Derecho positivo. Sin embargo, los principios generales del Derecho pueden tener otro tipo de fuentes distintas del Derecho positivo, dependiendo de la perspectiva del Derecho que se adopte (valorativa, consuetudinaria, etc.) (Siota, 2010: 68). En segundo lugar, la diferencia consiste en que la analogía es únicamente una estructura argumentativa que parte de las normas positivas (de subida) para extraer un criterio general y a partir de ahí descender a la concretización de una norma particular (de bajada). Es en esta estructura argumentativa que se usan como insumos a los principios generales del Derecho (Siota, 2010: 68).

Finalmente, en lo que respecta a la analogía y al argumento a contrario es necesario primero fijarnos que ambos se asemejan en que ambos son métodos integradores que se aplican ante la existencia de una laguna y cuando se identifica un cierto grado de semejanza entre el supuesto regulado y el supuesto no regulado. Ahora bien, ambos métodos se diferencian en que en el caso del argumento a contrario no existe una identidad de razón entre ambos supuestos, lo cual implica —como habíamos visto antes— que los elementos sustanciales de ambos

supuestos son diferentes. Así, de comprobarse la aplicación del argumento a contrario la consecuencia sería aplicar al supuesto no regulado la consecuencia opuesta de la norma del caso regulado (Siota, 2010: 70 - 72). Asimismo, en el caso del argumento a contrario se presume la voluntad del legislador según la cual al no haber regulado un supuesto no quiso que dicho supuesto sea regulado por una norma con supuesto de hecho diferente. Por otro lado, en el caso de la analogía la voluntad del legislador pasa a segundo plano para abrir paso a la identidad de razón de un supuesto que no fue previsto por el legislador. Así, para el caso de la analogía lo importante será la identidad de razón y que no se identifique una voluntad contraria del legislador (Siota, 2010: 69).

(f) Existencia de lagunas en las normas tributarias

La posibilidad de integrar normas tributarias es un tópico ampliamente discutido en sedes internacionales, discusión que ha venido evolucionando a lo largo del tiempo.

Originalmente fue muy extendida la idea de que en el Derecho Tributario no existen lagunas, lo cual lleva a que no puedan aplicarse los métodos integradores de lagunas, tales como la analogía. Estas tesis se basan históricamente en el "*nullum tributum sine lege*", que fue tomado como punto de partida para derivar un principio que los tributos son obligaciones represivas equivalentes a las penas (Siota, 2010: 79); mientras que en la actualidad se defiende la inexistencia de lagunas en el Derecho Tributario sobre la base del principio de taxatividad y de reserva de ley.

En lo que respecta al principio de taxatividad, las tesis que se resisten a la existencia de lagunas señalan que las normas tributarias contienen "supuestos de hecho exclusivos" que no pueden ampliarse a supuestos no

previstos en ellos. El supuesto de hecho exclusivo denominado así por Giannini tuvo mayor adhesión en Italia. Sin embargo, dichas teorías fueron flexibilizándose. Así, por ejemplo, Tesauro adopta la tesis de Giannini, pero reconoce que el rechazo de las lagunas aplica para aquellas normas que definen el hecho imponible, el sujeto y los supuestos de exención, mas no para las normas tributarias formales o procedimentales. Posteriormente, Lupi extiende la existencia de lagunas en el Derecho Tributario al “*quantum debeatur*” (Siota, 2010: 80 y 81).

En el caso de la reserva de ley, Jarach indicaría que el Derecho Tributario no puede contener lagunas por efecto de la reserva de ley, según la cual solo existe obligación tributaria cuando una ley así lo dispone, y que ocasiona que, en palabras de Gonzales García, el sistema tributario sea “cerrado”. Luego, Pérez de Ayala distinguiría que la reserva de ley únicamente resuelve que la fuente primaria es la ley. En ese sentido, acepta la posibilidad de la utilización de fuentes secundarias como los principios generales del Derecho cuando la ley es imperfecta e insuficiente. Asimismo, Cortés Domínguez y Martín Delgado señalan que “*toda materia reservada a ley no es susceptible de lagunas*”, por lo que el Derecho Tributario no es susceptible de lagunas. Sin embargo, ello únicamente ocurriría en el plano teórico, siendo que en la práctica surgen lagunas que deben ser colmadas a través de normas supletorias ajenas al Derecho Tributario (Siota, 2010: 84 y 85).

Estas teorías también tuvieron acogida en Alemania. Flume y Kruse, por ejemplo, restringieron el uso de la analogía únicamente a aquellos casos que favorecen al contribuyente, es decir a aquellos casos donde se aplica la analogía para concluir que el supuesto no regulado no está gravado. Para ello, sostienen que en el caso de los tributos no existe ningún supuesto de hecho que por naturaleza deba ser gravado. En ese sentido, la aplicación de los tributos se diferenciaría del ejemplo clásico de la

introducción de animales en el transporte público, debido a que en dicho ejemplo existen criterios objetivos; mientras que en los tributos no (Siota, 2010: 102 y 103). Esta teoría es recibida en España por García Novoa, quien llega a concluir que los supuestos de hecho que dan lugar a las obligaciones tributarias no son por naturaleza hechos generadores de tributos y que por esa razón puede hablarse de una cierta artificialidad de las obligaciones tributarias (Siota, 2010: 103).

Ahora bien, estas teorías han merecido diversas críticas. Así, Friauf indica que contemporáneamente la tesis de Kruse no es consistente con el hecho de que el establecimiento de hechos imponibles se realiza siguiendo una estructura guiada, basada en principios constitucionales como la justicia y equidad. Asimismo, se destaca que actualmente se tiene un consenso mayoritario respecto a que el legislador no es totalmente libre para decidir los supuestos gravados, sino que debe regirse por la Constitución (Siota, 2010: 104 y 105).

De otro lado, Palao Taboada critica la postura de Kruse al señalar que al exceder de positivista olvida que cualquier hecho de la realidad se encuentra sujeto a valoración, lo que ocasiona que un mismo hecho pueda ser valorado de distinta forma en momentos históricos distintos, tal como ocurre en sede penal. Finalmente, incluso si es que se determinara que existen supuestos de hecho que no son susceptibles de analogía ello no podría descartar la aplicación de la analogía en todo el Derecho Tributario, tal como indicara Amatucci (Siota, 2010: 106).

Por último, Mónica Siota brinda mayores argumentos a favor de la existencia de lagunas en el Derecho Tributario. Así, en primer lugar indica que muchas de las teorías que abonan a la inexistencia de lagunas en el Derecho Tributario toman como base a las clásicas teorías positivistas, cuyo error principal consiste en que identifican todo Derecho con ley

(Siota, 2010: 87). En segundo lugar, señala que incluso cuando una ley es elaborada con el mayor empeño no puede cubrir todos los supuestos de la realidad, en ese sentido siempre existirán lagunas (Siota, 2010: 88). Tercero, es claro que el dogma de la plenitud del ordenamiento tributario tiene como telón de fondo a la teoría de la norma general exclusiva. Sin embargo, como se vio anteriormente, esta teoría pierde fuerza debido a que junto a la norma general exclusiva existe también una norma general inclusiva (Siota, 2010: 89). Cuarto, muchos autores justifican la inexistencia de lagunas utilizando el argumento a contrario, olvidándose que dicho método es un método integrador que presupone la existencia de una laguna (Siota, 2010: 90). Finalmente, en quinto lugar estamos en una realidad de constante cambio, en donde las formas de tráfico mercantil son dinámicas con el tiempo. Dicha evolución generará inevitablemente nuevas lagunas con el paso del tiempo (Siota, 2010: 94).

De lo revisado vemos que la existencia de lagunas en el Derecho Tributario es un tópico controvertido hasta la actualidad. Sin embargo, se verifica que incluso los sectores que tradicionalmente han defendido la inexistencia de lagunas —hablamos de Tesauro y Lupi, seguidores de la teoría de Giannini— se han replegado al hecho imponible, al sujeto y supuestos de exención, y han aceptado que las lagunas sí pueden existir en el caso de las normas tributarias formales, procedimentales y también a aquellas que regulan el “quantum debeatur”.

En ese sentido, tenemos que es un tema zanjado que las lagunas del Derecho Tributario sí existen por lo menos en el ámbito del Derecho Tributario formal y procedimental, así como en la regulación sustantiva del “quantum debeatur” del tributo.

(g) Aplicación de la analogía en el Derecho Tributario

Ahora bien, con respecto a la aplicación de la analogía en el Derecho Tributario, se ha indicado que su habilitación o prohibición se encuentra sujeta al análisis constitucional de diversos principios (Siota, 2010: 262), como son los principios de reserva de ley, seguridad jurídica e igualdad.

En el caso del principio de reserva de ley, según indicaría Simón Acosta, este nace originalmente en Europa en el siglo XI a causa de la necesidad de los súbditos de limitar los poderes de los reyes. Sin embargo, en la actualidad este fundamento pierde sentido en los Estados de Derecho contemporáneos donde todos los poderes emanan de los ciudadanos (Siota, 2010: 210 y 211). En ese sentido, hoy en día el fundamento del principio de reserva de ley es reservar determinadas materias al parlamento y a un determinado procedimiento parlamentario donde se resguarde la publicidad, participación y debate. Asimismo, esta reserva tiene tal grado de vinculación que limita al propio parlamento de una eventual deslegalización a través de “habilitaciones ilimitadas” (Siota, 2010: 212).

Algunos autores como Hensel sostienen que el principio de reserva de ley prohíbe la utilización de la analogía debido a que las normas tributarias son normas que limitan el derecho a la propiedad de los individuos y que dichas limitaciones únicamente pueden ser establecidas a través de una ley. Así, dado que la analogía crea supuestos de limitación distintos a los previstos en las leyes, debe estar prohibida (Siota, 2010: 2017). Este tipo de críticas ha sido respondida por autores como Vanoni y Tipke, quienes indican que la analogía concretiza una norma indirectamente contenida en el texto de la ley y de forma consistente con la voluntad del legislador. En tal sentido, la analogía resguarda la ley y no se encuentra prohibida en el Derecho Tributario (Siota, 2010: 218 y 219). Adicionalmente, Mónica Siota indica que el principio de reserva de ley es compatible con la analogía debido a que la reserva de ley está dirigida a los poderes Ejecutivo y

Legislativo, quienes emiten normas escritas; mientras que la analogía es una herramienta principalmente del juez que extrae una norma implícita de un texto antes existente (Siota, 2010: 223 y 224). Esta misma tesis puede observarse también en autores como el profesor Pérez Royo quien, a partir de las mismas razones identificadas por Siota, concluye que la analogía está permitida en el Derecho Tributario español en aquellas áreas que no están expresamente prohibidas en la Ley General Tributaria que son la regulación del hecho imponible, las exenciones, beneficios e incentivos tributarios (Báez, 2010: 463).

Ahora bien, es interesante la posición de Andrés Báez quien critica la posición de Pérez Royo debido a que permite la integración de la cuantificación del impuesto sobre la renta español, es decir su base imponible. Sin embargo, dicha integración sería anómala debido a que la regulación del hecho imponible de dicho tributo es extremadamente parca, lo cual da origen a que la integración de la base imponible pueda representar indirectamente una integración del hecho imponible (Báez 2010: 464). Asimismo, Andrés Báez critica que Pérez Royo fundamente la integración de las reglas de cuantificación del tributo a partir de una separación del principio de reserva de ley y de la analogía, debido a que la necesidad de integrar las normas de cuantificación surge de la exigencia de resguardar la reserva de ley misma. En efecto, Andrés Báez indica que muchas veces el legislador claramente regula un hecho imponible pero no prevé las reglas necesarias para su cuantificación. Ante ello, el autor sostiene que la necesidad de resguardar la reserva de ley en la regulación del hecho imponible hace necesario que deban integrarse las normas de cuantificación. Asimismo, refiere que si se evita integrar las reglas de cuantificación argumentando que la reserva de ley prohíbe integrar las reglas de cuantía, ello sería un contrasentido pues tendría como efecto hacer inaplicables las reglas del hecho imponible que también se encuentran protegidas por la reserva de ley. Sobre ello, dicho autor indica:

En este punto podría sostenerse que, en la medida en que los elementos de cuantificación están reservados a la ley en materia tributaria, la integración analógica de las mismas resulta prohibida. Sin embargo ello conduciría a una situación absurda pues para evitar una eventual vulneración de los principios de reserva de ley y tipicidad en Derecho Tributario el aplicador se vería obligado a restringir el ámbito de aplicación del hecho imponible vulnerando del mismo modo dichas exigencias constitucionales. A mi juicio, en casos como los que se presentan —y que resultan extraordinariamente frecuentes— la única opción razonable consiste en dar cumplimiento a la única manifestación expresa del legislador que es, precisamente, la que se identifica con la sujeción de la operación (la transmisión de títulos o la importación de mercancías) y ello aunque dicho cumplimiento implique integrar normas de cuantificación (Báez 2010: 466).

Como se observa en la actualidad —dejando de lado la posición superada de Hensel— se entiende que la analogía en determinadas áreas del Derecho Tributario sí es aplicable incluso bajo la consideración del principio de reserva de ley, manteniéndose como punto discutido si la reserva de ley: (i) es compatible con la analogía como indican Vanoni y Tipke; (ii) no tiene relación con la analogía en opinión de Siota y Pérez Royo; o, (iii) si fundamenta la aplicación analógica de reglas de cuantificación como indica Báez.

Ahora bien, en lo que respecta a la seguridad jurídica, esta viene a ser un valor, un principio y un derecho fundamental. A fin de evidenciar cada una de sus características Mónica Siota recoge el análisis de Arcos Ramírez que se centra en tres diferenciaciones. En primer lugar, la seguridad jurídica puede ser entendida como la seguridad con la que cuentan las personas para saber: (i) cuáles son las consecuencias jurídicas de sus acciones; y, (ii) que el ordenamiento esté estructurado y tenga un funcionamiento seguro. En ese sentido se puede considerar a la seguridad

jurídica como “*una seguridad a través del Derecho, pero también como una seguridad del y frente al propio Derecho*” (Siota, 2010: 240). En segundo lugar, puede entenderse a la seguridad jurídica como una característica ya existente del ordenamiento, o como una meta a realizar en él (Siota, 2010: 240 y 241). En tercer lugar, la seguridad podrá representar una característica objetiva del ordenamiento o como un derecho subjetivo de la persona para exigir un funcionamiento regular del ordenamiento (Siota, 2010: 241).

Asimismo, García Novoa recoge la clasificación de seguridad jurídica que distingue seguridad de orientación y seguridad de realización. La seguridad de orientación hace énfasis en la previsibilidad de las reglas y supuestos de hecho normativos; mientras que la seguridad de realización se enfoca en la aplicación de las normas de forma uniforme a casos concretos similares (Siota, 2010: 241). Por su parte, Pérez describe dos exigencias básicas de la seguridad jurídica. La primera consiste en la necesidad de que el ordenamiento cuente con instrumentos que garanticen su corrección estructural, tales como publicidad, reserva de ley, irretroactividad, entre otras. La segunda consiste en que se garantiza que los órganos apliquen el Derecho con regularidad y que las órdenes sean acatadas por los destinatarios (Siota, 2010: 242).

Ahora bien, la doctrina entiende que la seguridad jurídica, entendida en su vertiente de previsibilidad de reglas y supuestos de hecho normativos, es el principio que impide la aplicación analógica de normas en el Derecho Tributario. Así, Hernández Marín señala que la seguridad jurídica se vería afectada cuando un juez aplicara por analogía una norma tributaria llevando a la creación de obligaciones tributarias (Siota, 2010: 249). En ese mismo sentido se pronunciaría García Novoa, sin embargo limita el conflicto con la seguridad jurídica en los casos de aplicación analógica de normas que regulan el hecho imponible, señalando que dicha prohibición

no aplicaría para normas de carácter procedimental (Siota, 2010: 250). Finalmente, Mónica Siota es de la opinión también que el principio de seguridad jurídica entendida como previsibilidad estructural de las normas impide la aplicación analógica de normas tributarias (Siota, 2010: 251).

Ahora bien, en lo que respecta a la igualdad, Siota menciona que esta tiene carácter de principio, valor y derecho fundamental, siendo que descansa sobre la base general del principio de justicia distributiva (Siota, 2010: 253 y 254). Según Geny, el principio de igualdad exige que las mismas situaciones de hecho deben merecer las mismas consecuencias jurídicas. Asimismo, indica que esta igualdad de tratamiento se extiende también a supuestos donde existe una igualdad esencial en la situación de hecho, incluso cuando existen diferencias externas (Siota, 2010: 254 y 255). En el ámbito tributario la igualdad exige una igualdad ante los tributos que se concretiza en que a igual capacidad contributiva, igual igualdad en las obligaciones tributarias (Siota, 2010: 256).

Este principio cobra relevancia ante la realidad de que las leyes y disposiciones son creaciones humanas que no necesariamente recogerán todos los supuestos semejantes susceptibles de una misma consecuencia jurídica. Ante esta realidad es que la analogía se presenta como una herramienta que, ante la ausencia de normas, permite asignar las mismas consecuencias jurídicas a supuestos semejantes. De esta manera permite garantizar el principio de igualdad (Siota, 2010: 256 a 258).

Finalmente, cabe señalar que Mónica Siota, bajo el entendido de que la analogía se encuentra permitida sobre la base del principio de igualdad y prohibida sobre la base del principio de seguridad jurídica señala que lo que corresponderá al aplicador del Derecho será realizar un juicio de ponderación al caso concreto a efectos de saber si la analogía se

encuentra o no habilitada para el caso concreto. Al respecto, la autora indica lo siguiente:

Creemos, en definitiva, que seguridad jurídica e igualdad conformarían los fundamentales principios contrapuestos, que tendrían que ponderarse para determinar el ámbito de admisibilidad del argumento analógico en el Derecho tributario. Y es que sabemos, como se ha encargado de destacar reconocida doctrina, que cuando se produce una colisión entre principios jurídicos no se va a desencadenar una pérdida de validez de alguno de ellos frente al otro; la solución pasa por su ponderación. Es decir, teniendo en cuenta las circunstancias del caso se va a establecer, entre los principios, una relación de precedencia condicionada; esta ponderación podrá realizarla el legislador o el juez (Siota, 2010: 263 y 264).

Como se aprecia, la doctrina ha identificado a los principios de reserva de ley, seguridad jurídica e igualdad como principios constitucionales relevantes para evaluar la aplicación de la analogía en el Derecho Tributario.

Ahora bien, dado el objeto de estudio del presente trabajo —la cuantificación de determinadas operaciones en el Impuesto a la Renta— es importante definir la posibilidad de utilizar la analogía en el ámbito de la cuantificación de la base imponible.

Al respecto, podemos concluir que incluso bajo un análisis constitucional de los principios involucrados sí es posible derivar normas por analogía para regular aspectos de la cuantificación del tributo.

En efecto, como vimos, la doctrina que inicialmente se escudaba en la reserva de ley para objetar la analogía en términos absolutos ha retrocedido ya sea para prohibir la analogía únicamente para aspectos del hecho imponible que no involucran a la base imponible, o bien para

concluir que la reserva de ley y la analogía no se encuentran relacionadas. Así, el estado actual de la cuestión fue representado por Báez quien indica que de ninguna manera puede alegarse la reserva de ley para impedir la analogía en la cuantificación de tributos puesto que ello ocasionaría inaplicar normas que regulan el hecho imponible, que son justamente las que están protegidas por la reserva de ley.

Ahora bien, en lo que respecta a la seguridad jurídica la doctrina nos muestra que existen varios autores que indican en términos generales que la seguridad jurídica, entendida como previsibilidad en los supuestos de hecho de las normas, impide la aplicación de la analogía. Al respecto, es importante considerar que incluso la doctrina que defiende esta hipótesis reconoce que dicha incompatibilidad únicamente abarcaría la regulación de del hecho imponible, tal como indica García Novoa (Siota, 2010: 249). En ese sentido, dado que el hecho imponible correctamente entendido no considera en sus elementos a la base imponible (puesto que este elemento corresponde más bien a la consecuencia jurídica), se tiene que la cuantificación de los tributos puede ser materia de regulación vía analogía. Asimismo, un argumento adicional a favor de que no se vulnera la seguridad jurídica al regular por analogía la cuantificación del tributo consiste en que dicha analogía resguarda la seguridad jurídica cuando una norma ha dispuesto el gravamen sobre un hecho determinado sin especificar una regulación completa de su base imponible.

En ese sentido, se tiene entonces que los principios de reserva de ley y seguridad jurídica no impiden la utilización de la analogía para regular la cuantificación de los tributos. Ello sumado a la necesidad de que pueda utilizarse la analogía para salvaguardar el principio de igualdad, lleva a concluir que la analogía en la cuantificación de tributos es posible incluso bajo la consideración de los principios constitucionales de reserva de ley, seguridad jurídica e igualdad.

3.2.7.2. Mecanismos integradores en el Derecho Tributario peruano

(a) Reconocimiento judicial de la existencia de lagunas en el Derecho Tributario

En la Casación N° 2448-2014 LIMA, la Corte Suprema trató un caso en el que se discutía la aplicación de la retroactividad benigna de sanciones tributarias. Al respecto, la Corte Suprema analizó el Artículo 168° del Código Tributario y concluyó que dicho artículo no regulaba los supuestos en los que las sanciones no se encontraban en trámite ni en ejecución.

Así, aplicó supletoriamente el principio de retroactividad benigna señalando expresamente que dicha aplicación requería de un vacío normativo que se constató al no encontrar normas en el Código Tributario que regularan la retroactividad. En ese sentido, se reconoció que existió un vacío en el Código Tributario. Al respecto, la Casación N° 2448-2014 LIMA indicó lo siguiente:

Décimo Cuarto: (...). Sin embargo, cabe notar que la supletoriedad de las normas y principios requiere un vacío normativo, esto es, un aspecto no regulado. Luego, en el presente caso se ha descartado la aplicación del artículo 168 del Código Tributario por no ser pertinente al caso de autos; en consecuencia, no existe en el Código Tributario norma específica que prohíba la retroactividad benigna en sanciones tributarias (...).

De esta forma, se tiene claro entonces que en nuestro país se ha reconocido jurisprudencialmente la existencia de lagunas en el Derecho Tributario, lo cual sirve de presupuesto para la posible integración.

(b) Regulación de los mecanismos de integración en el Código Tributario

Las normas positivas relevantes para la integración de las normas tributarias son las Normas VIII y IX del Título Preliminar del Código Tributario.

Al respecto, la Norma VIII del Título Preliminar del Código Tributario indica que por medio de interpretación no pueden crearse tributos, sanciones o exoneraciones, ni tampoco extender disposiciones tributarias a personas o supuestos distintos de los previstos en la ley. Veamos:

Norma VIII

Al aplicar las normas tributarias podrá usarse todos los métodos de interpretación admitidos por el Derecho.

En vía de interpretación no podrá crearse tributos, establecerse sanciones, concederse exoneraciones, ni extenderse las disposiciones tributarias a personas o supuestos distintos de los señalados en la ley. Lo dispuesto en la Norma XVI no afecta lo señalado en el presente párrafo.

Por su parte, la Norma IX del Título Preliminar del Código Tributario señala que en lo no previsto por las normas tributarias pueden aplicarse normas no tributarias que no las desnaturalicen. Asimismo, que de forma supletoria pueden aplicarse los Principios del Derecho Tributario, los Principios del Derecho Administrativo y los Principios Generales del Derecho. Sobre ello, la Norma IX del Título Preliminar señala:

Norma IX

En lo no previsto por este Código o en otras normas tributarias podrán aplicarse normas distintas a las tributarias siempre que no se les opongan ni las desnaturalicen. Supletoriamente se aplicarán los Principios del Derecho Tributario, o en su defecto, los Principios del Derecho Administrativo y los Principios Generales del Derecho.

A partir de estas disposiciones, la doctrina local y la jurisprudencia ha entendido lo siguiente.

Marcial Rubio Correa en el libro *Interpretación de las normas tributarias* indica que el tercer plano en la aplicación del Derecho es el de la integración (Rubio, 2003:33-34). Según el autor la integración se realiza cuando no existe una norma jurídica aplicable y se considera que estamos ante una laguna del Derecho, donde se entiende que debe existir una regulación por parte del Derecho (Rubio, 2009: 260-261). Para realizar la integración pueden aplicarse tres procedimientos distintos que se describen a continuación.

- Aplicación de los principios generales del Derecho, cuya utilización se encuentra habilitada por el Artículo 139°, numeral 8, de la Constitución y la norma VIII del Título Preliminar del Código Civil (Rubio, 2003: 157-158).

Al respecto, el Artículo 139°, numeral 8, de la Constitución señala que es un principio de la función jurisdiccional “*administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. En tal caso deben aplicarse los principios generales del Derecho*”, donde, de acuerdo a Marcial Rubio, por vacío o deficiencia de la ley se entiende “*todas las normas del Derecho positivo (y no solo las tributarias)*” (Rubio, 2003: 74).

Ahora bien, es importante tomar en cuenta que a efectos de realizar integración de principios generales del Derecho en el Derecho Tributario deben considerarse las reglas de prelación jerárquica establecidas en la Norma IX del Título Preliminar del Código Tributario, de donde se desprende que primero se aplican los Principios del Derecho Tributario, luego los del Derecho

Administrativo y finalmente los Generales del Derecho (Rubio 2003: 74). Sobre ello, la referida Norma IX señala: *“podrán aplicarse normas distintas a las tributarias siempre que no se les opongan ni las desnaturalicen. Supletoriamente se aplicarán los Principios del Derecho Tributario, o en su defecto, los Principios del Derecho Administrativo y los Principios Generales del Derecho”* (Rubio, 2003: 73).

Asimismo, es claro que a través de la aplicación vía integración de Principios Generales no puede vulnerarse el principio de reserva de ley tributaria (Rubio, 2003: 160).

- El uso de analogías. Este procedimiento no se encuentra expresamente previsto en la Constitución como una fuente de Derecho, sin embargo puede extraerse implícitamente del Artículo 138°, numeral 9, de la Constitución donde se indica que es un principio jurisdiccional la *“inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos”* (Rubio, 2009: 278).

El autor señala que las normas del Derecho Tributario no son *per se* normas que restringen derechos, por lo que es posible aplicar la analogía, siempre y cuando no se vulnere el principio de reserva de ley (Rubio, 2003: 159-160).

- La aplicación del argumento a contrario. Este se fundamenta en el principio de no contradicción (Rubio 2009: 277) y consiste en *“hacer una doble inversión del mandato de la norma con la finalidad de extraer una nueva norma”* (Rubio, 2003: 164).

Como se puede apreciar, se han reconocido como mecanismos integradores del Derecho Tributario a la aplicación de principios generales, analogía y argumento a contrario.

Con respecto a la utilización de principios generales, esta aplicación se evidencia claramente en la ya comentada Casación N° 2448-2014 LIMA, donde la Corte Suprema de la República evidenció que ante la constatación de un vacío en las normas tributarias lo que corresponde es primero verificar si pueden llenarse dicho vacío a través de normas no tributarias o principios tributarios, administrativos o del Derecho, en aplicación de la Norma IX del Título Preliminar del Código Tributario.

Ahora bien, con respecto a la analogía, un sector de la doctrina nacional ha interpretado la Norma VIII y ha concluido que la analogía está prohibida para determinados aspectos.

En efecto, en el año 2006 Alberto Aráoz analiza la Norma VIII del Código Tributario y señala que dicho párrafo prohíbe la analogía pero únicamente respecto de las materias expresamente mencionadas, las cuales son las materias más importantes del Derecho Tributario Sustantivo. De tal forma, la analogía sí está permitida en materias tales como el derecho tributario formal y procesal (Aráoz, 2006: 197 y 200).

Por otro lado, César Talledo en su *Manual del Código Tributario*, actualizado a junio de 2017, indica que la Norma VIII prohíbe la analogía en la aplicación de tributos o sanciones y en la concesión de exoneraciones, prohibición que no comprende el resto de aspectos sustantivos o formales (Talledo, 2017: 16).

Ahora bien, en lo que respecta a la analogía y las objeciones que en el país recibió por una posible afrenta contra el principio de reserva de ley,

Jaime Lara Márquez señala el principio de reserva de ley ha sido utilizado muchas veces como argumento contra la utilización de la analogía en el Derecho Tributario peruano (Lara, 1997: 108). Sin embargo, ello sería incorrecto por las siguientes razones:

- El Código Tributario reconoce la existencia de lagunas jurídicas susceptibles de integración en la Norma IX del Título Preliminar del Código Tributario mediante principios. En ese sentido, dado que la analogía permite concretizar principios, entonces el Código Tributario ha habilitado el uso de la analogía (Lara, 1997: 109).
- El Artículo 95° del Código Tributario prevé la posibilidad de la existencia de deficiencia o imprecisión de las normas tributarias, caso en el que, de mediar un procedimiento de consulta, SUNAT debe elaborar un proyecto de ley o disposición reglamentaria.

A partir de esta consideración, Jaime Lara indica que es perfectamente posible que esta deficiencia o imprecisión se presente en la resolución de una controversia concreta, supuesto en el cual, el órgano decisor deberá resolver la laguna normativa, recurriendo de corresponder a la analogía, en aplicación del Artículo 128° del Código Tributario que indica *“los órganos encargados de resolver no pueden abstenerse de dictar resolución por deficiencia de la ley”* (Lara, 1997: 109).

- Siendo que la jurisprudencia entrará en labor cuando existan casos donde el Derecho positivo sea oscuro y lagunoso, el reconocimiento de la jurisprudencia como fuente de Derecho Tributario en la Norma III implica necesariamente el reconocimiento de la aplicación de analogía (Lara, 1997: 110).

- La analogía es la forma más confiable para la resolución de lagunas de conformidad con el principio de reserva de ley, debido a que requiere necesariamente la preexistencia de una norma positiva de referencia para que pueda ser aplicada (Lara, 1997: 117).

A partir de lo anterior, Jaime Lara concluye que la analogía es un procedimiento válido para la solución de lagunas en el Derecho Tributario peruano para aspectos sustantivos o formales, que no impliquen la aplicación de tributos y sanciones a supuestos no previstos, su modificación o al establecimiento de exoneraciones no previstas “explícita o implícitamente en la ley” (Lara, 1997: 111)

Por otro lado, importante es destacar nuevamente la Casación N° 4392-2013 LIMA, en donde la Corte Suprema interpretó a partir de la Norma VIII del Código Tributario y del Artículo 139° de la Constitución que la analogía no está prohibida para el Derecho Tributario.

En efecto, según la Corte la analogía no está prohibida, siendo que la utilización de este método se encontraría restringida a: (i) no crear tributos, establecer sanciones, exoneraciones y extender disposiciones a personas o supuestos distintos; y, (ii) en no ser aplicada a norma que restringe derechos.

En ese sentido, la Corte Suprema pronunció el siguiente criterio con carácter de precedente vinculante:

Precedente vinculante

5.1 (...) La Norma VIII del Título Preliminar del Código Tributario no descarta la aplicación de la analogía tampoco la interpretación extensiva ni la restrictiva, admitidas en el derecho para cierto tipo de normas; sino que el uso se encuentra limitado por la prohibición del segundo párrafo de la Norma anotada, resultando para ello muy importante que el Juez

seleccione el método adecuado al tipo de disposición tributaria a interpretar (...).

A partir de lo indicado por la doctrina y jurisprudencia es necesario realizar las siguientes precisiones y conclusiones con relación a la integración en el Derecho Tributario:

- Se ha visto que a nivel doctrinal internacional se ha cuestionado la existencia de lagunas en el Derecho Tributario, siendo que existieron sectores tradicionales (como Giannini, Tesauro y Lupi) quienes desconocían la existencia de lagunas, pero que con el tiempo han ido replegando su posición hasta aceptar que las lagunas sí existen para casos de las normas tributarias formales, procedimentales y también a aquellas que regulan el “quantum debeatur”.

Conforme a lo revisado, la doctrina nacional al reconocer el uso de la analogía ha aceptado implícitamente la existencia de lagunas tributarias, tal como se puede apreciar en las posiciones de Marcial Rubio, Alberto Aráoz, César Talledo y Jaime Lara, quienes interpretando la Norma IX del Código Tributario aplican procedimientos integradores a las normas tributarias.

Así, es importante destacar que Alberto Aráoz acepta implícitamente la existencia de lagunas tributarias de las materias que él denomina Derecho Tributario formal y procesal; mientras que César Talledo entiende que existen lagunas tributarias incluso en aspectos sustantivos, siempre que no estén cubiertos por la Norma VIII (creación de tributos, sanciones, exoneraciones).

Por último es claro que a partir de la Casación N° 2448-2014 LIMA, en donde se realizó una integración por principios, se entiende

definitiva la aceptación de la existencia de lagunas en el Derecho Tributario.

- Con respecto a la Norma IX del Código Tributario, la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Suprema permite derivar un orden jerárquico en los mecanismos de integración jurídica en el Derecho Tributario.

En efecto, dicha norma señala que *“podrán aplicarse normas distintas a las tributarias siempre que no se les opongan ni las desnaturalicen. Supletoriamente se aplicarán los Principios del Derecho Tributario, o en su defecto, los Principios del Derecho Administrativo y los Principios Generales del Derecho”*, de donde se observa, tal como indica Marcial Rubio, el siguiente orden jerárquico:

- (i) La aplicación supletoria de normas no tributarias.
- (ii) Los principios del Derecho Tributario.
- (iii) Los principios del Derecho Administrativo.
- (iv) Los principios generales del Derecho.

Ahora bien, en la Casación N° 2448-2014 LIMA, donde se aplicó el principio de retroactividad al Código Tributario, se verifica que se optó este mecanismo bajo el respaldo de la Norma IX del Código Tributario, sin cuestionarse si era aplicable antes una integración vía analogía.

De ello, podemos derivar que la integración a través de utilizar supletoriamente normas no tributarias o principios es preferible a utilizar la analogía.

- Sobre la aplicación del mecanismo integrador de los principios la doctrina nacional ha admitido su posible utilización sin mayores problemas; lo cual viene a ser aceptado por las cortes tal como se ha evidenciado en la aplicación integradora del principio de retroactividad benigna en la Casación N° 2448-2014 LIMA, en virtud de la Norma IX del Código Tributario.
- En lo que respecta al mecanismo integrador de la analogía, acertada parece la posición de Marcial Rubio quien sustenta la aplicación de la analogía en el Derecho Tributario a partir de la constatación de que: (i) las normas tributarias no restringen derechos *per se* (lo cual es consistente con el mayor arraigo de los principios de capacidad contributiva, deber de contribuir y la función de reparto de cargas en el Derecho Tributario); y, (ii) que la analogía se reconoce implícitamente del Artículo 138°, numeral 9, de la Constitución que indica que es un principio jurisdiccional la *“inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos”*.

Ahora bien, con respecto a la defensa de la reserva de ley por Jaime Lara, caben algunas precisiones.

El autor sostiene que el Código Tributario habilita el uso de la analogía debido a que al permitir la utilización de principios presupone la existencia de lagunas y, en consecuencia, de la analogía. Consideramos que ello no es correcto, toda vez que si bien es cierto que la Norma VIII muestra el reconocimiento de lagunas, de ello no puede derivarse automáticamente que se están habilitando

todos los mecanismos de integración, sino simplemente la utilización de los principios. Igual crítica puede realizarse respecto al Artículo 128° del Código Tributario que indica que “los órganos encargados de resolver no pueden abstenerse de dictar resolución por deficiencia de la ley”, del Artículo 95° del Código Tributario que prevé la posibilidad de plantear consultas a SUNAT por deficiencia o imprecisión de normas tributarias, o de la Norma III que reconoce a la jurisprudencia como fuente del Derecho Tributario.

Por último, es claro que en la actualidad toda duda acerca de la aplicación de la analogía en sede tributaria es casi inexistente luego de la publicación del precedente vinculante en la Casación N° 4392-2013 LIMA que la ha aceptado expresamente.

- En lo que respecta a la analogía y la reserva de ley es pertinente partir del Artículo 74° de la Constitución que señala que solo mediante ley o decreto legislativo, pueden crearse, modificarse, derogarse o exonerarse tributos, con excepción de las tasas, que pueden regularse mediante decreto supremo. Al respecto, dicho artículo señala:

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

Los Gobiernos Regionales y los Gobiernos Locales pueden crear, modificar y suprimir contribuciones y tasas, o exonerar de éstas, dentro de su jurisdicción, y con los límites que señala la ley. El Estado, al ejercer la potestad tributaria, debe respetar los principios de reserva de la ley, y los de igualdad y respeto de los derechos

fundamentales de la persona. Ningún tributo puede tener carácter confiscatorio.

Las leyes de presupuesto y los decretos de urgencia no pueden contener normas sobre materia tributaria. Las leyes relativas a tributos de periodicidad anual rigen a partir del primero de enero del año siguiente a su promulgación.

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

Este artículo prevé un procedimiento formal para la aprobación de normas en función de la materia, delimitando dicha materia como la creación, modificación o derogación de tributos, así como el establecimiento de exoneraciones. Es en ese sentido, que Armando Zolezzi señala que este principio es una reserva normativa para autoridades con una especial competencia para normar. Al respecto, Zolezzi, presentando el trabajo de Marcial Rubio, señala sobre el principio de reserva de ley lo siguiente:

Por otro lado, Marcial dice que para interpretar primero tiene que verificarse la existencia formal de la norma (ver punto 1.2) y comenta al respecto el principio de reserva de ley en materia tributaria al cual se refiere la Constitución. Pienso que más que “reserva de ley” lo que existe en materia tributaria es una reserva normativa, dependiendo del ámbito de competencia.

En otras palabras, creo que se observa el Principio de legalidad o normatividad (denominado indebidamente por la Constitución como reserva de ley) cuando se dicta la norma correspondiente por su respectivo titular en el ámbito de su competencia (Zolezzi, 2003: 21).

Nótese que este concepto de reserva de ley, entendido como una reserva normativa sujeta al ámbito de competencia de determinadas autoridades se explica perfectamente con el modelo del orden jurídico del discurso de Joseph Aguiló, quien —como describimos en su momento— señala que en dicho modelo el elemento valorativo de las fuentes del Derecho se encuentra recogido en la convención social de la Constitución, que establece cuales son autoridades políticas que ordenan los estándares de conducta que seguirán los sujetos.

En este marco, el rol del principio de reserva de ley claramente consiste en la delimitación que hace la Constitución para que las normas referidas a la creación, modificación, derogación o el establecimiento de exoneraciones, sean realizadas por los legisladores (en el caso de leyes) o por el Poder Ejecutivo (en el caso de Decretos Legislativos).

Ahora bien, el principio de reserva de ley ha sido recogido también en la Norma IV del Título Preliminar del Código Tributario, donde se ha denominado simultáneamente como “principio de legalidad” y donde se ha precisado positivamente un contenido más detallado que el de la Constitución, toda vez que adicionalmente se ha indicado que solo mediante Ley o Decreto Legislativo se puede señalar *“el hecho generador de la obligación tributaria, la base para su cálculo y la alícuota; el acreedor tributario; el deudor tributario y el agente de retención o percepción”*.

Esta precisión del Código Tributario ha sido entendida como un desarrollo concordante con el Artículo 74° de la Constitución, por lo que no excede ni transgrede el reconocimiento constitucional del principio de reserva de ley. Sobre ello, Marcial Rubio señala que la

creación de los tributos señalada en el Artículo 74° de la Constitución comprende necesariamente la precisión del hecho generador de la obligación tributaria, así como el resto de elementos comprendidos en la referida Norma IV. De esa manera, el autor señala *“consideramos perfectamente compatible la norma del Código Tributario con el artículo 74 de la Constitución y, por consiguiente, estimamos que todo lo que en ellas contenido forma parte del principio de reserva legal tributaria”* (Rubio 2003: 161).

Ahora bien, en lo que refiere a la utilización de la analogía como mecanismo integrador es relevante analizar su habilitación para ciertos aspectos del Derecho Tributario Sustantivo que no sean la creación de tributos, la exoneraciones y la extensión de las normas a personas o supuestos distintos de los previstos en las normas positivas.

A fin de precisar cuáles son los aspectos del Derecho Tributario Sustantivo donde puede aplicarse la analogía es necesario atender primero a que el segundo párrafo de la Norma VIII señala que *“en vía de interpretación no podrá crearse tributos, establecerse sanciones, concederse exoneraciones, ni extenderse las disposiciones tributarias a personas o supuestos distintos de los señalados en la ley”*. De este texto se verifica que se está haciendo alusión a casos del ámbito de la hipótesis de incidencia, lo cual es claro debido a que se hace mención expresa a *“crearse tributos”* y *“personas o supuestos distintos de los señalados en la ley”*.

Al respecto, en la ampliamente conocida obra en Perú *Hipótesis de incidencia tributaria*, de Geraldo Ataliba, se indica que la hipótesis de incidencia es la parte de la norma tributaria a través de la cual el legislador crea el tributo describiendo hipotéticamente los hechos que

de acaecer originan el nacimiento de la obligación tributaria concreta (Ataliba, 2001: 80).

En palabras de Luis Durán Rojo, los aspectos de la hipótesis de afectación son el material que describe el comportamiento del sujeto, el espacial que denota el espacio donde ocurre el hecho, el temporal que delimita el periodo de tiempo en el que debe acaecer el hecho y el personal que describe las características que el sujeto que realiza el hecho debe tener (Durán, 2014: 46).

Quedan fuera del ámbito de la hipótesis y forman más bien parte de la consecuencia normativa el aspecto personal que identifica el sujeto activo y pasivo de la obligación, el aspecto cuantitativo que describe la base imponible y la tasa, y el aspecto temporal que indica el momento del nacimiento de la obligación tributaria (Durán, 2014: 47).

Ello da lugar entonces a que la prohibición de analogía no pueda realizarse respecto de aspectos del tributo que se encuentren regulados típicamente en la hipótesis de incidencia (supuesto de hecho) de la norma tributaria sustantiva. En cambio, la analogía sí podrá utilizarse en casos donde las lagunas correspondan a materias propias de la consecuencia de la norma tributaria sustantiva. Uno de los casos donde sí podrá aplicarse la analogía será entonces la base imponible.

Adviértase que a esta misma conclusión llegó la doctrina extranjera cuando se describió el desarrollo de la posición de Giannini quien inicialmente negó la posibilidad de que existieran lagunas en el Derecho Tributario, hasta llegar a la posición de Lupi quien admitió la existencia de lagunas en el terreno del “quantum debeatur”, que

según Geraldo Ataliba no es otra cosa que la conjugación entre la base imponible y la alícuota (Ataliba 2001: 152). Asimismo, a esto es a lo que se estaría refiriendo César Talledo al indicar que la analogía está habilitada a aspectos sustantivos no previstos en la Norma VIII.

Como vemos entonces, en el marco de la teoría de fuentes del Derecho y de la aplicación del Derecho, el principio de reserva de ley tributaria se constituye como una reserva normativa para normas de determinado contenido, sujetas a la aprobación de autoridades políticas de un determinado ámbito de competencia. Asimismo, se tiene que este principio permite la utilización de procedimientos integradores de lagunas en aspectos no sujetos a la creación, modificación, supresión o exoneración de tributos.

Asimismo, es de recordar que la doctrina extranjera reconoció también la posibilidad de utilización de la analogía para integrar normas en la cuantificación de tributos, incluso bajo la consideración de los principios de reserva de ley y seguridad jurídica. Ello se sustentó en que, en el caso de la reserva de ley, o bien dicha reserva no está relacionada con la analogía (como indica Siota y Pérez Royo), o bien es la propia reserva de ley inmanente a las normas del hecho imponible que hacen necesaria la analogía en las normas de cuantificación, según indica Andrés Báez. Por su parte, en el caso de la seguridad jurídica, se ha reconocido que este principio entra en conflicto con la aplicación de analogía en el ámbito del hecho imponible (tal como indicó García Novoa), que correctamente entendido no abarca la base imponible al formar parte este de la consecuencia jurídica de la norma, y además es también la propia seguridad jurídica en la aplicación de las normas del hecho imponible que exigen la analogía en la cuantificación del tributo.

3.2.7.3. Existencia de lagunas en las normas sustantivas de precios de transferencia de la LIR

El numeral 4 del Artículo 32° de la LIR dispone que en los casos de ventas, aportes de bienes y demás transferencias de propiedad, de prestación de servicios y cualquier otro tipo de transacción a cualquier título, el valor asignado a los bienes, servicios y demás prestaciones, para efectos del Impuesto, será el de mercado. Asimismo indica que, para efectos de la LIR, se considera valor de mercado:

Artículo 32.- (...)

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

A partir de lo anterior, una primera aproximación puede indicar que no existen lagunas en las normas de precios de transferencia, toda vez que el referido numeral 4 ya ha establecido de modo general que el valor de mercado en transacciones entre partes vinculadas es el que *“hubiera sido acordado con o entre partes independientes en transacciones comparables, en condiciones iguales o similares”*.

No obstante, se discrepa de dicha posición debido a que de acuerdo a las definiciones de lagunas presentadas en la teoría general del Derecho existen las lagunas “intra legem” que, de acuerdo a la descripción de Mónica Siota, consisten en aquellas normas que regulan un aspecto, pero lo hacen de una forma muy general (Siota, 2010: 29).

Ahora bien, se entiende que el numeral 4 es una disposición general que por sí sola no es autosuficiente para ofrecer soluciones para valorar operaciones recurriendo únicamente a la interpretación.

Ello se debe a que el entendimiento del término “*hubiera sido acordado con o entre partes independientes en transacciones comparables, en condiciones iguales o similares*”, fue limitado por la propia disposición al desarrollo de dicho término en el Artículo 32°-A de la LIR.

En ese sentido, paradójicamente el potencial del término “*hubiera sido acordado con o entre partes independientes en transacciones comparables*” que podría haber servido para regular suficientemente todos los supuestos bajo el ámbito de precios de transferencia, se vio reconducido al significado que se le atribuye en el Artículo 32°-A de la LIR. Así, si es que el Artículo 32°-A de la LIR no regula el tratamiento de la valoración de todos los supuestos de operaciones vinculadas con la necesaria precisión, el numeral 4 se convierte en una regulación vaga e imprecisa, con la potencialidad de generar lagunas.

Pues bien, el Artículo 32°-A de la LIR no regula todos los supuestos de operaciones entre vinculadas con la necesaria precisión, toda vez que ha comprendido una lista de métodos de valoración típica, señalándose en el RLIR, una lista de operaciones determinadas con las que cada método es compatible. Así, las operaciones que no hayan sido específicamente previstas en el RLIR carecen de una regulación precisa que indique cuál es el método que se les aplica.

Nótese que esta situación no varía incluso considerando que el inciso e) del Artículo 32°-A de la LIR ha incluido en su numeral 7 la habilitación del uso de “*otros métodos*”, toda vez que dicha precisión es vaga dejando al

intérprete sin conocer qué operación específica debe realizar para hallar el valor de mercado.

En por esta razón que se entiende que en la actualidad existen lagunas en las normas de precios de transferencia, hecho que ha ocasionado que la doctrina local haya identificado supuestos en los que, ante la ausencia de regulación local, se apliquen supletoriamente las Guías OCDE, tal como mencionan Jenny Morón y Juan Carlos Vidal a propósito de la regulación de las reestructuraciones empresariales.

3.3.6.4. Uso de mecanismos integradores en el régimen sustantivo de precios de transferencia peruano

Conforme vimos en el acápite 3.3.6.2, la Norma IX del Código Tributario regula mecanismos para la integración en el Derecho Tributario, los cuales son: (i) la aplicación supletoria de normas no tributarias; (ii) los principios del Derecho Tributario; (iii) los principios del Derecho Administrativo; y, (iv) los principios generales del Derecho. Asimismo, se verificó que conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema y a la doctrina nacional, es también un mecanismo integrador admitido en el Derecho Tributario en el Perú la aplicación de la analogía.

Pues bien, ante la existencia de lagunas en las normas sustantivas de precios de transferencia es posible aplicar los mecanismo integradores previstos en el Código Tributario, así como la analogía, toda vez que: (i) el Código Tributario así lo ha previsto; y, (ii) porque estamos en el ámbito de la regulación de la base imponible, la que no se encuentra vedada para la aplicación de mecanismos integradores, conforme a lo expuesto en el acápite 3.3.6.1 de este trabajo.

En este punto corresponde entonces preguntarse si es que las Guías OCDE pueden ser utilizadas bajo alguno de estos mecanismos para realizar integraciones del régimen peruano de precios de transferencia.

De la evaluación de los mecanismos integradores disponibles, se verifica que los posibles mecanismos que podrían utilizar las Guías OCDE son: los principios de Derecho Tributario y la analogía.

Al respecto, se acepta el uso de las Guías OCDE para integrar vía analogía, bajo las siguientes consideraciones:

- En primer lugar, las Guías OCDE no pueden suplir directamente las lagunas jurídicas, debido a que entre los requisitos para la aplicación de la analogía se encuentra que debe existir una norma jurídica que supla la laguna identificada. En ese sentido, —conforme a lo expuesto en el acápite 3.3.3.1— las Guías OCDE no califican como normas jurídicas, por lo que no es posible que puedan ser usadas para una integración analógica.

No obstante, las Guías OCDE sí pueden servir para la aplicación de un procedimiento integrador vía analogía cuando se constata que: (i) existe una laguna jurídica sobre un aspecto de precios de transferencia; (ii) se constata que existe una norma jurídica prevista para un aspecto relacionado también en el ámbito de precios de transferencia; y, (iii) se verifica que la ratio legis de esta última norma está radicada en una disposición de las Guías OCDE en donde se verifica que está pensada también para el supuesto de la laguna.

De esta manera, si bien es cierto que se recurre al uso de las Guías OCDE para el procedimiento analógico, la laguna es cubierta por una

norma jurídica positiva del derecho nacional, lo cual hace cumplir los requisitos del procedimiento analógico y, sobre todo, el respeto por el principio de reserva de ley en materia tributaria. Asimismo, se controla la aplicación descontrolada y automática de cualquier disposición de las Guías OCDE que podría llevar a un trastocamiento del principio de reserva de ley.

A fin de identificar la identidad de la ratio legis de la norma positiva peruana con las ratios de las disposiciones contenidas en las Guías OCDE, resulta de suma utilidad considerar las principales características del arm's length peruano, las que se identificaron en el capítulo 2 y fueron resumidas en el cuadro del acápite 2.4.8.5., del presente trabajo.

- En segundo lugar, en lo que respecta a la aplicación de las Guías OCDE de forma integradora en la forma de principios, es oportuno señalar que el Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el expediente 047-2004-AI/TC, ha señalado que los principios consisten en lo siguiente:

2.1.3.4. Los principios generales del derecho

42. Esta noción alude a la pluralidad de postulados o proporciones con sentido y proyección normativa o deontológica que, por tales, constituyen parte de núcleo central del sistema jurídico. Insertados de manera expresa o tácita dentro de aquél, están destinados a asegurar la verificación preceptiva de los valores o postulados ético-políticos, así como las proporciones de carácter técnico-jurídico.

Conforme al artículo 139°, inciso 8 de la Constitución, un principio de la función jurisdiccional es el de no dejar de

administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley, debiendo, en tal caso, aplicarse los principios generales del Derecho.

Como se aprecia, el Tribunal Constitucional define a los principios como “*parte del núcleo central del sistema jurídico*”. A partir de lo anterior cabe preguntarse si es que lo dispuesto en la integridad de las Guías OCDE corresponde a parte del núcleo central del sistema jurídico peruano.

Al respecto, se concluye que las Guías OCDE no forman parte del núcleo central del sistema jurídico en el ámbito tributario de las normas de precios de transferencia debido a que —conforme se vio en el capítulo 2 del presente trabajo— existen en el mundo diversas concepciones del estándar *arm’s length*, siendo por tanto que no existe un único estándar universal, ni mucho menos que el supuesto estándar universal es el contenido en la integridad de las disposiciones de las Guías OCDE.

En este punto, adquiere relevancia nuevamente lo indicado por el reconocido autor Jean Pierre Le Gall quien destaca que en el estudio y análisis de *arm’s length* se debe ser consciente de las motivaciones políticas detrás de él y las diferentes concepciones que ello origina, no siendo ninguna de ellas *a priori* la correcta. Al respecto, dicho autor señala: “*Bajo el rótulo de métodos científicos, el principio arm’s length funciona como una política nacionalista. Los abogados tributaristas deben estar conscientes de ello*” (Le Gall 1994: 11)⁵².

Por tanto, se descarta la aplicación de las Guías OCDE en los procedimientos integradores vía principios del Derecho Tributario,

⁵² Traducción libre del siguiente texto: “*Under the cover of “scientific” methods, the arm’s length principle functions as a nationalist policy. Tax lawyers must be aware of this*”.

toda vez que las disposiciones de las Guías OCDE al no representar siquiera la calidad de normas jurídicas no representan de ninguna manera el “núcleo central del sistema jurídico” en el ámbito tributario peruano.



CONCLUSIONES

1. De acuerdo a la teoría económica empresarial, los grupos empresariales integrados pueden generar mayores ganancias que las empresas independientes, siempre que existan defectos en el mercado abierto. Ahora bien, esta mayor producción de ganancias a nivel de grupo puede encontrarse distribuida entre las empresas miembros de forma no uniforme, por lo que es posible que cada empresa individualmente considerada pueda reportar tres tipos de rentabilidades: (i) las rentabilidades de mercado; (ii) las rentabilidades organizacionales o de economía; y, (iii) las derivadas de la manipulación fiscal de precios de transferencia; así como la contrapartida en los escenarios de pérdidas. En ese sentido, se concluye entonces que las personas jurídicas miembros de grupos empresariales pueden obtener rentabilidades diferentes a las de mercado, por motivos distintos a la existencia de manipulación fiscal de precios de transferencia.
2. Históricamente se han desarrollado en el mundo normas tributarias que combaten la reducción de obligaciones tributarias a través de la manipulación fiscal de precios de transferencia. Los orígenes históricos de dichas normas alrededor del mundo fueron catalogados en el Informe de 1933, preparado por Mitchell B. Carroll, encargado por el Comité Fiscal de la Liga de Naciones. En dicho informe se identificó el método de contabilidad separada el cual pretendía identificar las cuentas contables independientes de las sucursales y subsidiarias, y medir a partir de allí el valor razonable de cada cuenta. Carroll identificó, por razones prácticas, a este método como el más adecuado para medir las rentabilidades de las operaciones y añadió que el referido valor razonable debía ser el precio que se obtuviera en operaciones con independientes. Es de esta manera

que se origina el *arm's length* como un estándar y es difundido a nivel internacional.

A partir de dicho momento se aprecia un consenso respecto a que el estándar para evaluar el valor de las operaciones es el que hubiera sido obtenido entre partes independientes. Sin embargo, el desarrollo de dicho estándar no fue uniforme en el mundo, siendo destacable el desarrollo autónomo que se realizó en Estados Unidos, así como la adopción y desarrollo del *arm's length* en el Perú desde 1996. De esta manera, se verifica que no existe un solo estándar *arm's length* en el mundo ni que, mucho menos, el estándar descrito en las Guías OCDE sea una concepción universalmente aceptada del *arm's length*.

3. Las normas de precios de transferencia recogidas en la LIR se dividen en normas sustantivas, procedimentales y de cumplimiento. En el caso de las normas sustantivas estas tienen a su vez dos subestructuras. La primera se configura sobre una regla de fin que determina el valor de mercado de operaciones a través de la utilización de alguno de los distintos métodos de precios de transferencia. Para elegir el método más apropiado se requiere de una argumentación finalista, mas no subsuntiva. La segunda en cambio se trata de una regla de conducta que determina en qué supuestos se aplican los ajustes de precios de transferencia. En ese caso la argumentación adecuada es la subsuntiva.
4. Las normas sustantivas de precios de transferencia recogidas en la LIR —de acuerdo a su configuración jurídica en el Perú— tienen la condición de normas de valoración reguladoras de la base imponible del impuesto. Asimismo, también pueden ser entendidas como normas antielusivas específicas; sin embargo, dicha condición no

excluye su condición de normas de valoración ni habilita la posibilidad de desconocer o recalificar operaciones.

En cuanto, a la naturaleza de las normas sustantivas de precios de transferencia, se mostró que los principios que sirven de fundamento a las normas de precios de transferencia peruanas son los principios de igualdad y deber de contribuir, debido a que ellos explican el efecto de la regla del perjuicio fiscal y su incidencia en las diferencias ocasionadas por las rentas o pérdidas de economía.

5. Se ha verificado que existen en el mundo diversas concepciones del estándar *arm's length*. A partir de ellas, se identifica que el estándar *arm's length* peruano tiene las siguientes características particulares: (i) inhabilita la aplicación de ajustes de precios de transferencia cuando existen razones comerciales que motivan las diferencias con los precios o márgenes de mercado; (ii) recoge la denominada regla del método más apropiado y una jerarquía subsidiaria con los denominados "otros métodos"; (iii) reconoce la regla del perjuicio fiscal; (iv) no habilita por sí solo el desconocimiento o recalificación de operaciones; y, (v) no define una preponderancia particular entre los elementos de comparabilidad para evaluar operaciones con intangibles.
6. El uso de las Guías OCDE para la aplicación de las normas sustantivas de precios de transferencia de la LIR puede ser realizado a través de dos vías: (i) utilizando las Guías OCDE en virtud a su condición de *soft law*; y, (ii) utilizando las Guías OCDE según los parámetros de la Norma VIII del Título Preliminar del Código Tributario y el inciso h) del Artículo 32°-A de la LIR.

En el caso de la vía del soft law, se verifica que según la regulación interna de OCDE, las Guías OCDE consisten en recomendaciones aprobadas por el Consejo de OCDE, las cuales representan el soft law OCDE. Asimismo, se constató que, si bien es cierto que en el Perú no existen pronunciamientos jurisprudenciales que hayan designado expresamente a las Guías OCDE como soft law, el Tribunal Constitucional peruano ha atribuido la calidad de soft law a las Líneas Directrices de OCDE, las que comparten la misma naturaleza de las Guías OCDE. Por tanto se concluye que las Guías OCDE califican como soft law para el Derecho peruano.

Dada la condición de soft law de las Guías OCDE, estas deben someterse a los criterios previstos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional para el uso de estos instrumentos. De esta forma, se tiene que las Guías OCDE en su condición de soft law únicamente pueden ser utilizadas para fines de la interpretación jurídica y siempre y cuando no contravengan las normas jurídicas peruanas.

7. En el caso del uso de las Guías OCDE bajo la aplicación del inciso h) del Artículo 32°-A de la LIR, se aprecia que este inciso muestra que el modelo adoptado en el Perú para la regulación del uso de las Guías OCDE es similar al adoptado en España, México y en la antigua legislación de Colombia, en donde se prevé expresamente el uso de las Guías OCDE únicamente para efectos interpretativos de la normativa de precios de transferencia.

De esta manera, el modelo peruano se diferencia de los modelos de los países de Australia, Irlanda y Reino Unido, en donde se prevé que la normativa de precios de transferencia debe ser aplicada de forma consistente con las Guías OCDE, lo cual habilita el uso de las

Guías OCDE para efectos de la interpretación y la integración jurídica.

8. Existen posiciones que cuestionan la constitucionalidad del inciso h) del Artículo 32°-A de la LIR, debido a que las Guías OCDE no pueden servir para la interpretación de las normas peruanas debido a que no fueron publicadas en el Diario Oficial *El Peruano*, y porque dicho inciso ordena excluir cualquier otro tipo de interpretación que no se base en las Guías OCDE.

Se discrepa de dichas posiciones, dado que las Guías OCDE no son emitidas por autoridades políticas constitucionalmente habilitadas, no califican como normas jurídicas, por lo que no requieren ser publicadas en el Diario Oficial *El Peruano*. Asimismo, se sostiene que el inciso h) únicamente ordena que el intérprete en su proceso interpretativo considere entre las posibles interpretaciones a aquellas que se basen en las Guías OCDE, a la par de aquellas otras que no se basen en ellas. De esta manera, es el intérprete quién, de conformidad con las reglas de la argumentación jurídica, deberá justificar la interpretación correcta.

En ese sentido, se tiene que en toda interpretación jurídica de las normas sustantivas de precios de transferencia el intérprete está obligado a considerar en su proceso interpretativo, en la medida de lo posible, a las interpretaciones literales e históricas sobre la base de las Guías OCDE. Asimismo, se descarta que las Guías OCDE puedan ser utilizadas bajo los métodos sistemático y *ratio legis*, dado que estos métodos requieren acudir a normas jurídicas a fines de comparación, ubicación e identificación de los fines legislativos.

9. Una cuestión importante en el uso de las Guías OCDE es si estas pueden ser utilizadas en interpretaciones “estáticas” o “dinámicas”, cuestión que ha sido respondida en nuestro medio de formas diametralmente opuestas. Al respecto, se postula que sobre la base de la Norma VIII del Título Preliminar del Código Tributario sí es posible utilizar las Guías OCDE para la interpretación dinámica de las normas sustantivas de precios de transferencia de la LIR, siempre que: (i) las disposiciones de las Guías OCDE no se opongan a la institución y naturaleza de las normas sustantivas de precios de transferencia peruanas, que indican que dichas normas son normas de valoración, reguladoras de la base imponible y que no habilitan la recalificación ni el desconocimiento de las operaciones; y, (ii) no se opongan a las disposiciones de las normas peruanas, lo cual implica que sean compatibles con las características del arm’s length peruano.
10. Se verifica que existen posiciones locales que condicionan la legalidad de las normas reglamentarias de precios de transferencia a si contravienen o no a las disposiciones de las Guías OCDE. Al respecto, se discrepa de dicha posición, dado que las Guías OCDE no pueden ser consideradas como un parámetro de legalidad de las normas reglamentarias peruanas, debido a que las referidas Guías no cuentan con la condición de normas jurídicas según las fuentes del Derecho peruano y porque no son emitidas por autoridades políticas constitucionalmente designadas.
11. Con respecto a la posibilidad de que las Guías OCDE puedan ser utilizadas en procedimientos integradores, se considera que ello sí es posible en virtud de la Norma IX del Título Preliminar del Código Tributario y en aplicación del procedimiento analógico, bajo ciertos parámetros.

Finalmente, se concluye en que las Guías OCDE no pueden servir como instrumentos integradores en la vía de principios debido a que los principios son para el Derecho peruano el núcleo del sistema jurídico. De esta manera, habida cuenta de que las Guías OCDE no forman parte del sistema de fuentes del Derecho y que tampoco representan la visión universal del arm's length, no es posible que sus disposiciones puedan calificar como principios para el Derecho peruano.



BIBLIOGRAFÍA

AGUILÓ, Joseph

2012 *Teoría General de las Fuentes del Derecho*. Barcelona: Editorial Ariel.

ARÁOZ, Luis Alberto

2006 “Una aproximación al correcto sentido y alcance de la Norma VIII del Título Preliminar del Código Tributario”. En: *Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario*. Número 44.

ATALIBA, Geraldo

2001 *Hipótesis de incidencia tributaria*. Lima: ARA Editores.

ATIENZA, Manuel

2006 *El Derecho como argumentación*. Barcelona: Editorial Ariel.

ATIENZA, Manuel y Juan RUIZ

1996 *Las piezas del Derecho: Teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona: Editorial Ariel.

2000 “Para una teoría general de los ilícitos atípicos”. En: *Revista Jueces para la democracia*. Número 39.

AVI-YONAH, Reuven

2008 “La experiencia de los Estados Unidos en el área de litigios de precios de transferencia”. En: *Litigios de Precios de Transferencia: Teoría y Práctica. Los casos de la Argentina, Brasil, Canadá, Chile, Estados Unidos, México, Perú, Uruguay y Venezuela*. Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina.

BÁEZ, Andrés

2010 “Algunas reflexiones sobre la prohibición de analogía de derecho tributario”. En: *Tratado sobre la Ley General Tributaria: homenaje a Álvaro Rodríguez Bereijo*. Tomo I. Cizur Menor: Aranzadi Thomson Reuters.

BAISTROCCHI, Eduardo

2008 “La raíz del problema de los precios de transferencia”. En: *Litigios de Precios de Transferencia: Teoría y Práctica. Los casos de la Argentina, Brasil, Canadá, Chile, Estados Unidos, México, Perú, Uruguay y Venezuela*. Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina.

BERNALES, Enrique

1997 *La Constitución de 1993. Análisis Comparado*. Lima: Constitución y Sociedad.

BERNDT, Ernst, Joseph DOYLE, Michael CHAPMAN y Thomas STOKER

2004 “Transfer Pricing and vertical integration”. Presentación utilizada en el curso “Economic Analysis for Business Decisions” dictado en Otoño de 2004 en el Instituto Tecnológico de Massachussets.

En: https://ocw.mit.edu/courses/sloan-school-of-management/15-010-economic-analysis-for-business-decisions-fall-2004/lecture-notes/trans_vert_int.pdf

<https://ocw.mit.edu/courses/sloan-school-of-management/15-010-economic-analysis-for-business-decisions-fall-2004/index.htm>

BIEGALSKI, Adam

2010 “The Arm’s Length Principle: Fiscalism or Economic Realism? A Few Reflections”. En: *Intertax*. Volumen 38. Tema 3.

CALDERÓN, José

2005 *Precios de transferencia e impuesto sobre sociedades (Un análisis de la normativa española desde una perspectiva internacional, comunitaria y constitucional)*. Valencia: Tirant lo Blanch.

2007 “The OECD Transfer Pricing Guidelines as a Source of Tax Law: Is globalization reaching the Tax Law?”. En: *Intertax* 35.

CHIASSONI, Pierluigi

2011 *Técnicas de interpretación jurídica. Breviario para juristas*. Madrid: Marcial Pons.

CHIRI, Isabel y Zoraida OLANO

2006 “La interpretación de la norma tributaria desde el prisma del estado constitucional. El mito de la interpretación formal ¿normas interpretativas?”. En: *Temas de Derecho Tributario y Derecho Público. Libro Homenaje a Armando Zolezzi Moller*. Lima: Palestra.

COOPER, Joel, Randall FOX, Jan LOEPICK y Komal MOHINDRA

2016 *Transfer Pricing and Developing Economies. A Handbook for Policy Makers and Practitioners*. Washington: Banco Mundial.

COTTANI, Giammarco

2016 “Transfer Pricing”. *Topical Analyses IBFD*. Accedido el 13 de mayo de 2016.

DE WILDE, Maarten Floris

2017 *Sharing the Pie: Taxing Multinationals in a Global Market*. Amsterdam: IBFD.

DEL BUSTO, Jorge

1986 “Interpretación de la norma en el Derecho Tributario”. En: *Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario*. Lima. Número 11.

DÍAZ, Enrique

2006 “Reglamento de Precios de Transferencia. Deficiencias y Aciertos (Primera Parte)”. En: *Análisis Tributario*. Volumen XIX. Número 216. Enero.

2006 “Reglamento de Precios de Transferencia. Deficiencias y Aciertos (Segunda Parte)”. En: *Análisis Tributario*. Volumen XIX. Número 218. Marzo.

DURÁN ROJO, Luis

2005 “Alcances del Deber de Contribuir en el Perú: A partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. En: *Análisis Tributario*. Volumen XVIII. Número 211. Agosto.

2014 “Uso del Soft Law en el Derecho Tributario como manifestación del cambio de paradigma jurídico. Primeras reflexiones para revisar la experiencia peruana”. Lima. *Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario*. Número 57.

ESKRIDGE, William

1994 “*Dynamic Statutory Interpretation*”. Cambridge: Harvard University Press.

FERNÁNDEZ, Ítalo

2008 “¿Cuándo corresponde aplicar los ajustes fiscales por precios de transferencia?”. En: *PT Precios de Transferencia*. LIMA: IFA-Perú.

GAMBA, César

2008 “Algunos aspectos constitucionales sobre el régimen de precios de transferencia”. En: *PT Precios de Transferencia*. LIMA: IFA-Perú.

GARCÍA, Cesar

2006 “Naturaleza y función jurídica de la Norma VIII del Título Preliminar del Código Tributario Peruano”. En: *Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario*. Número 44.

GERSEN, Jacob y Eric Posner

2008 “Soft Law”. Chicago. *Public Law and Legal Theory Working Paper Number 213*.
En: <http://ssrn.com/abstract=1113537>

GONNET, Sebastien

2016 “Risks Redefined in Transfer Pricing Post-BEPS”. En: *Transfer Pricing in a Post-BEPS World*. Amsterdam: Kluwer Law International.

GUASTINI, Riccardo

2015 “Interpretación y construcción jurídica”. En: *Isonomía* 43. En: <http://www.scielo.org.mx/pdf/is/n43/n43a2.pdf>

2016 *Las fuentes del Derecho. Fundamentos teóricos*. Lima: Editorial Científica Peruana.

HAMAEKERS, Hubert

- 2005 “Precios de transferencia. Historia, evolución y perspectivas”.
En: *Fiscalidad Internacional*. Segunda Edición. Madrid: Centro
de Estudios Financieros.
- 2009 “Principio de plena competencia - ¿Hasta cuándo?”. En:
Análisis Tributario. Lima. Noviembre.

HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael

- 2002 *Introducción a la teoría de la norma jurídica*. Madrid: Marcial
Pons.

HIEMANN y REICHELSTEIN

- 2012 “Transfer pricing in multinational corporations: an integrated
management and tax perspective”. En: *Fundamentals of
international transfer pricing in law and economics*. Berlin:
Springer.

KOOMEN, Mirjam

- 2015 “Transfer Pricing in a BEPS Era: Rethinking the Arm’s Length
Principle – Part II”. En: *International Transfer Pricing Journal*.
Julio - Agosto. IBFD.

KREVER, Richard

- 2016 “General Report: GAARs”. En: *GAARs - A Key Element of Tax
Systems in the Post-BEPS World – Review*. Amsterdam: IBFD.

LARA, Jaime

- 1997 “La analogía en el Derecho Tributario”. En: *Revista del Instituto
Peruano de Derecho Tributario*. Número 32.

LARENZ, Karl

- 1980 *Metodología de la ciencia del Derecho*. Barcelona: Ariel.

LE GALL, Jean Pierre

1994 “Some thoughts on the “Arm’s Length Principle”. En: *International Transfer Pricing Journal*. Agosto. IBFD.

LIU, Rocío, Fernando ZUZUNAGA y Eduardo SOTELO

2012 “Norma XVI : Calificación, Elusión de Normas Tributarias y Simulación”. En: *Revista Ius et Veritas*. Número 45.

LOIS ESTEVEZ, José

1956 “Sobre el concepto de “Naturaleza jurídica””. En: *Anuario de filosofía del derecho*. Número 4.

En: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2057273>

LUNA VICTORIA, César

2007 “Perú”. En: *Cahiers de Droit Fiscal International*. Volumen 92a. Rotterdam: International Fiscal Association.

MÁRQUEZ, Jaime

1997 “La analogía en el Derecho Tributario”. En: *Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario*. Lima. Volumen 32.

MARTÍN JIMÉNEZ, Adolfo y José CALDERON CARRERO

2013 *Precios de Transferencia*. Lima: SUNAT.

MENUCHIM, Shay y Yariv BRAUNER

2016 “United States”. En: *GAARs - A Key Element of Tax Systems in the Post-BEPS World – Review*. Amsterdam: IBFD.

MORÓN, Jenny y Juan Carlos VIDAL

2017 “Perú”. En: *Cahiers de Droit Fiscal International*. Volumen 102b.
Rotterdam: International Fiscal Association.

MONSENEGO, Julien y C. ROBERT

2016 “Transfer Pricing & Customs Valuation”, *Topical Analyses IBFD*.
Accedido el 31 de agosto de 2016.

MUSSELLI, Andrea y Alberto MUSSELLI

2017 “Rise of a New Standard: Profit Location in Countries of
Important Intangible Functions Managers”. En: *International
Transfer Pricing Journal*. Setiembre - Octubre. IBFD.

OSBORN, Jason, KITTLE, Brian y Kenneth KLEIN

2016 “Are the Final BEPS Reports on Actions 8-10 Effective Now?”.
En: *Tax Notes International*. Volumen 83. Número 8.

OOSTERHOFF, Danny y Bo WINGERTER.

2011 “The New OECD Guidelines: The Good, the Bad and the Ugly”.
En: *International Transfer Pricing Journal*. Marzo - Abril 2011.
IBFD. p. 103-104.

PANKIV, Marta

2017 *Contemporary Application of the Arm’s Length Principle in
Transfer Pricing* Amsterdam: IBFD.

PICCIOTO, Sol

2013 “Is the International Tax System Fit for Purpose, Especially for
Developing Countries?”. Working Paper 13. Internacional
Centre for Tax and Development. En:
<http://www.ictd.ac/publication/2-working-papers/82-is-the->

international-tax-system-fit-for-purpose-especially-for-developing-countries

PICÓN, Jorge

2008 “Manual de Precios de Transferencia”. En: *PT Precios de Transferencia* LIMA: IFA-Perú.

ROEDER, Rudolf

2005 “Los Precios de Transferencia: Profundizando aspectos básicos”. En: *Análisis Tributario*. Volumen XVIII. Número 213. Octubre.

2008 “IX Jornadas Nacionales de Tributación - Ponencia General Tema 1: Precios de Transferencia”. En: *PT Precios de Transferencia*. LIMA: IFA-Perú.

RUBIO CORREA, Marcial

2003 *Interpretación de las normas tributarias*. Lima: ARA Editores.

2009 *El sistema jurídico. Introducción al Derecho*. Lima: PUCP.

SALA, Gemma

2003 *Los precios de transferencia internacionales. Su tratamiento tributario*. Valencia: Tirant lo Blanch.

SÁNCHEZ ROJAS, Oscar

2012 “La fenomenología del Soft Law en el ámbito del Derecho Internacional Tributario: a propósito de las Directrices de Precios de Transferencia de la OCDE y su inserción en los sistemas normativos nacionales”. En MALHERBE, Jacques y otros. *Temas de Tributación Internacional*. Lima: IUSTITIA. pp. 219-252

SCALIA, Antonin

1997 “*A matter of interpretation. Federal Courts and the Law*”. Nueva Jersey: Princeton University Press. Versión Kindle.

SCHON, Wolfgang.

2012 “Transfer Pricing – Business Incentives, International Taxation and Corporate Law”. En: *Fundamentals of international transfer pricing in law and economics*. Berlin: Springer.

SCHOUERI, Luis

2015 *Arm’s Length: Beyond the Guidelines of the OECD*. Amsterdam: Bulletin for International Taxation. Diciembre.

SIOTA, Mónica

2010 *Analogía e interpretación en el derecho tributario*. Madrid: Marcial Pons.

SOTELO, Eduardo

2012 “Nueva Cláusula Antielusiva General Tributaria”. En: *Análisis Tributario*, Volumen XXV. Número 296. Setiembre.

TALLEDO, César

2017 *Manual del Código Tributario*. Lima: Editorial Economía y Finanzas.

UCKMAR, Víctor

2002 *Principios comunes del Derecho Constitucional Tributario*. Bogotá: EDITORIAL TEMIS.

VAN’T HEK, Koen y Mariana COVARRUBIAS

2016 “New OECD Transfer Pricing Guidelines and Mexican Tax Law”.
En: *Tax Notes International*. Volumen 83. Número 8. pp. 699-703.

VEGA, Alberto

2012 “International Governance Through Soft Law: The Case of the OECD Transfer Pricing Guidelines”. Munich. *Working Paper of the Max Planck Institute for Tax Law and Public Finance*.
Número 2012-05.

<http://ssrn.com/abstract=2100341>

2014 *El soft law en la fiscalidad internacional*. Universidad Pompeu Fabra. Barcelona. Tesis doctoral.

VERLINDEN, Isabel y Bram MARKEY

2016 “From compliance to the C-Suite: Value Creation Analysed Through the Transfer Pricing Lens”. En: *Intertax*. Volumen 44. Tema 10.

VIDAL, Juan Carlos

2014 “Precios de transferencia: Dinámica y desafíos en el 2014”. En: *Análisis Tributario*. Volumen XXVIII. Número 313. Febrero.

VILLANUEVA, Walker

2014 “Las Normas Antielusivas Específicas de la Ley Interna y su Aplicación a nivel del Tratado”. En: *Revista Derecho y Sociedad*. Número 43.

VOGEL, Klaus

1986 “Double Tax Treaties and Their Interpretation”. En: *International Tax and Business Lawyer*. Volumen 4. Numero 1. En: <https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer>

=<https://www.google.com.pe/&httpsredir=1&article=1039&context=bjil>

WITTENDORFF, Jens

2010 *Transfer Pricing and the arm's length principle in international tax law*. Amsterdam: Kluwer law international.

2011 "The arm's-length principle and fair value: Identical twins or just close relatives?". En: *Tax Notes International*. Abril.

ZOLEZZI, Lorenzo

2003 "Prólogo". En: RUBIO, Marcial. *Interpretación de las normas tributarias*. Lima: ARA Editores.

