

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



PUCP

**ANÁLISIS CRÍTICO DEL REQUISITO DEL PERJUICIO FISCAL EN EL
RÉGIMEN PERUANO DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA**

Tesis para optar el Título de Abogado, que presenta el Bachiller:

FERNANDO JAVIER LOAYZA JORDÁN

ASESOR: WALKER VILLANUEVA GUTIERREZ

LIMA, 15 DE AGOSTO DE 2017



Agradecimientos

Es inevitable empezar agradeciéndole a mi familia. Papá, gracias por ser siempre mi ejemplo de sacrificio, generosidad y entrega, por enseñarme a dormir poco y estudiar mucho. Tienes todas las virtudes y ninguno de los vicios (los míos son enteramente mi responsabilidad). Gracias mamá por quererme siempre y en toda circunstancia, incluso mientras discutimos. Sé que eres y serás mi incondicional. Gracias Alejo por ser un hermano leal y sincero, por ayudarme a no tomarme tan en serio y a mantener los pies sobre la tierra. Querida familia, me queda clarísimo que deben amarme mucho para haberme soportado todo este tiempo y por ello mi agradecimiento será eterno.

Pero hay tantos otros a quienes debo agradecer. Esta tesis marca el fin de mi etapa universitaria y, por tanto, no hubiera podido terminarse sin todos aquellos que fueron partícipes de ella conmigo. De una forma u otra, son miles las personas que pasan por nuestra vida universitaria y que dejan huella. Muchas veces son pequeños momentos y conversaciones los que más cambian nuestra forma de ser y de concebir el mundo y, por eso, muchas veces veo a mi experiencia universitaria como la conjunción caótica y hermosa de todos esos pequeños episodios.

Por eso quiero agradecer a mis profesores por sus enseñanzas, sus consejos y su amistad. Tal vez sin saberlo, muchos de ustedes tuvieron un impacto permanente en mí. Son la razón por la que quiero ser profesor universitario (sobre todo por aquellos pocos que fueron malos). Gracias también a todos esos asistentes y adjuntos de docencia que muchas veces cumplieron una labor ardua y poco reconocida y que, en ocasiones, me acabaron enseñando más que el mismo profesor. Y aprovecho para disculparme con aquellos que han sufrido mis clases como asistente y adjunto: prometo mejorar.

Gracias a toda esa gente linda que me dio su amistad. A la argolla 2009, al GB, al T-9, a mi promoción de derecho, a los IUSES (siempre con mayúscula); en fin, a todos los que compartieron conmigo la rotonda de letras y las banquitas de derecho. Hemos pasado (y sufrido) de todo juntos. Les debo muchísimo de la persona en que me he convertido (para bien y para mal, ustedes saben cómo son). Si, tú, a ti también, gracias.

Mención aparte merecen todos aquellos que vivieron conmigo esa experiencia agri dulce que es la política universitaria. Agría porque caímos en algunos de los vicios que tiene la política nacional. Dulce porque creo profundamente que la enorme mayoría de gente con la que viví la política universitaria, con todos los errores y defectos que tuvimos, estábamos allí porque teníamos el deseo sincero de enfrentar aquellas contradicciones que le quitan brillo a nuestra universidad. Y por eso, aunque podamos haber estado en distintas esquinas en la PUCP, confío en que estaremos en las mismas trincheras fuera de ella. Cambiando la sociedad. Transformando el país.

Gracias a todos por ser parte de esta hermosa aventura. Los llevaré siempre en el corazón.

RESUMEN

El régimen peruano de precios de transferencia limita la aplicación de ajustes que afecten negativamente a la recaudación tributaria, de modo tal que solo se permiten ajustes cuando estos corrijan el perjuicio fiscal que se generaría por la aplicación del IR sobre un valor distinto al de mercado.

Por lo tanto, la importancia del perjuicio fiscal como requisito para realizar ajustes reside en constituirse como la condición que determinará si la asignación del valor de una transacción será (i) el valor de mercado según el ALP o (ii) el precio pactado entre las partes de la transacción. Este doble estándar será el elemento central alrededor del cual se desarrolla el presente trabajo, el cual empieza situando el requisito del perjuicio fiscal en el marco del debate internacional respecto a la finalidad de los regímenes de precios de transferencia. Posteriormente, se expone la evolución histórica del perjuicio fiscal en la legislación peruana.

Por otro lado, se evalúa la constitucionalidad del perjuicio fiscal, identificando los principios constitucionales en contraposición y realizando la ponderación constitucional tanto a nivel abstracto como respecto a casos particulares en los que tal inconstitucionalidad podría ser especialmente gravosa.

Asimismo, se expone la problemática práctica que la aplicación del perjuicio fiscal presenta. Entre otros, se analiza la regulación del perjuicio fiscal en el Reglamento de la Ley del IR, la determinación del perjuicio fiscal en operaciones con terceras partes vinculadas, el análisis transaccional del perjuicio fiscal y la interrelación del perjuicio fiscal con los Convenios para Evitar la Doble Imposición.

El trabajo concluye recomendando eliminar el requisito del perjuicio fiscal. De este modo (i) se eliminaría un elemento contradictorio e inconstitucional del Régimen, (ii) se facilitaría la aplicación práctica de los ajustes y (iii) se permitiría que el Régimen cumpla su rol anti elusivo de forma más eficiente.

Índice

I. Breve introducción al requisito del perjuicio fiscal. Planteamiento del problema.	5
II. Evolución histórica de las normas de precios de transferencia en el debate internacional y el estándar OCDE.	10
2.1. Origen de las normas de precios de transferencia.....	11
2.2. Las normas de precios de transferencia en la era OCDE.	14
2.2.1. Documentos relacionados a TP de la OCDE.	14
2.2.2. Influencia de la OCDE.	17
III. El perjuicio fiscal en el marco de las finalidades de nuestro Régimen de precios de transferencia.	22
IV. El concepto del perjuicio fiscal en la legislación peruana.	30
4.1. Génesis del régimen de precios de transferencia peruano e introducción del requisito del perjuicio fiscal.	33
4.2. La reforma del 2012: El perjuicio fiscal como requisito para el ajuste de valor.....	38
V. ¿El doble estándar que genera el perjuicio fiscal resulta inconstitucional?	47
5.1. Justificación constitucional del perjuicio fiscal y principios constitucionales tributarios en conflicto. Ponderación.	49
5.1.1. Los principios constitucionales tributarios en el conflicto entre el perjuicio fiscal y el ALP.	51
5.1.1.1. Vulneración del principio de igualdad.....	52
5.1.1.2. Vulneración de los principios de capacidad contributiva y de no confiscatoriedad.	65
5.2. Características de la regulación del perjuicio fiscal que agravan su inconstitucionalidad.	70
5.2.1. El análisis transaccional y la capacidad contributiva	71

5.2.2. El ajuste del Decreto Legislativo 1124 y el principio de igualdad.	74
5.3. ¿Qué consecuencias tendría la inconstitucionalidad del requisito del perjuicio fiscal?	76
VI. Problemas prácticos en la aplicación de la regulación actual del perjuicio fiscal.	82
6.1. Definición de “menor impuesto del que correspondería” del Reglamento de la Ley del IR.	82
6.1.1. La “precisión” del artículo 109 del Reglamento y el principio de reserva de ley.	85
6.1.2. Diferimiento de rentas.	94
6.2. La excepción a la regla: ajustes que corrijan el perjuicio fiscal de otras transacciones. ...	99
6.3. Análisis transaccional del perjuicio fiscal: ¿qué debemos entender por transacción?. ...	103
6.4. La menor determinación del Impuesto y los gastos no deducibles.....	105
6.5. ¿Se debe incluir el impacto de los ajustes secundarios en el cálculo del perjuicio fiscal?	108
VII. Los ajustes correlativos: Los Convenios para Evitar la Doble Imposición y el perjuicio fiscal.	113
7.1. Convenios bajo el Modelo OCDE.	116
7.1.1. El artículo 7 del Modelo OCDE.	116
7.1.2. El artículo 9 del Modelo OCDE.....	124
7.2. La Decisión 578 de la CAN.....	129
7.2.1. El artículo 7 de la Decisión 578.	130
7.3. Regulación de los ajustes correlativos en nuestra legislación doméstica y su interrelación con nuestros Convenios.	135
VIII. Conclusiones y recomendación final	138
IX. Bibliografía.	143

Análisis crítico del requisito del perjuicio fiscal en el régimen peruano de precios de transferencia¹

Fernando Loayza

I. Breve introducción al requisito del perjuicio fiscal. Planteamiento del problema.

El régimen de precios de transferencia contenido en la Ley del Impuesto a la Renta peruano y en sus disposiciones reglamentarias (en adelante, “nuestro Régimen” o “el Régimen”) establece una metodología particular para determinar el valor de mercado, a efectos del Impuesto a la Renta, (en adelante, “IR” o “el Impuesto”) de transacciones realizadas entre partes vinculadas o de aquellas que se realicen desde, hacia o a través de países o territorios de baja o nula imposición². En estos casos no se determinará la base imponible de las transacciones aplicando las reglas generales de valor de mercado establecidas en el artículo 32 de la Ley del IR, sino siguiendo el *arm’s length principle*³ (en adelante, “ALP”) y las disposiciones establecidas en el artículo 32-A de la Ley del IR y sus disposiciones reglamentarias.

¹ El autor agradece los valiosos comentarios al presente trabajo de Lourdes Chau, Miguel Puga, Mónica Nieva, Rafael Urbaneja, Gilberto Ramos, Tulio Tartarini, Paolo Abregú, Sandra Sevillano, Silvia Muñoz, Reneé Villagra, Luis Valle, José Chiarella y particularmente las revisiones y paciencia de mi asesor, Walker Villanueva.

² Este es el ámbito de aplicación del Régimen actual, como se encuentra establecido en el literal a) del artículo 32-A vigente, pero como expondremos en este trabajo, el ámbito de aplicación de nuestro Régimen se ha ido modificando.

³ Dado que en la mayoría de literatura en castellano se sigue utilizando el término en inglés, decidimos seguir esa línea a efectos del presente trabajo. Cabe señalar que la traducción al castellano más utilizada es el término “principio de libre concurrencia”, aunque también podemos encontrar los términos “principio de precios de mercado” o “principio del precio normal de mercado abierto”.

Esta metodología tiene la particularidad de no arribar a un monto exacto con el que se asigne el valor de una transacción. El Régimen, más que establecer un valor exacto, regula un estándar⁴ para determinar la base imponible, dentro del cual podrán existir varios valores aceptados según el ALP.

Este estándar prescribe, en términos sencillos, que la base imponible del IR aplicable a una transacción se determinará por el valor que hubieran asignado partes independientes a transacciones comparables, en condiciones iguales o similares. En consecuencia, el precio convenido por las partes será irrelevante a efectos de las transacciones sujetas al Régimen, el cual determinará la base imponible de estas siguiendo sus disposiciones particulares. Estas disposiciones establecen los métodos, análisis y directrices para determinar el rango de valores del ALP.

En el marco de este Régimen, el inciso c) del artículo 32-A de la Ley del IR establece el requisito del perjuicio fiscal, señalando que *“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”*. Es decir, se limita la aplicación de ajustes que afecten negativamente a la recaudación tributaria, de modo tal que solo se permitirán ajustes en

⁴ Es importante recordar un concepto que iremos reiterando a lo largo del presente trabajo: en tanto el ALP es un estándar, no existe una valorización única de una transacción, sino un rango de valores aceptables según el ALP. *“La valoración “a mercado” de las operaciones vinculadas no es un concepto unívoco: no existe un único valor “de mercado”, sino en todo caso un rango de valores, dentro del cual el precio fijado puede encontrarse en cualquier punto (...)”* LOPEZ DE HARO ESTEJO, Ramón, Mario ORTEGA CALLE y Rafael CABELLO GIL. Los precios de transferencia: Normativa y Tendencias. En: *Fiscalidad Internacional* (1) 5ta edición. Director: Fernando Serrano Antón. Centro de Estudios Financieros, 2012, p. 572-573.

aplicación del Régimen cuando estos corrijan el perjuicio fiscal que se generaría por la aplicación del IR sobre un valor distinto al de mercado.

Por lo tanto, la importancia del perjuicio fiscal como requisito para realizar ajustes reside en constituirse como la condición que determinará si la asignación del valor de una transacción a efectos de la determinación del IR será (i) el valor de mercado según el ALP o (ii) el precio pactado entre las partes de la transacción. En consecuencia, nos encontramos ante una norma de base imponible que determinará el valor respecto al cual se gravaran las transacciones⁵ y, por tanto, ante una disposición que constituye parte del aspecto mensurable de la hipótesis de incidencia del Impuesto⁶.

⁵ En este punto, es preciso señalar que consideramos que esta determinación se realiza sobre base cierta y no sobre base presunta. En esa línea, coincidimos con Gamba cuando este señala que *“la aplicación del régimen de precios de transferencia no conlleva a una determinación de la obligación sobre base presunta (la Administración no “estima” el an y el quantum de la obligación tributaria a partir de un “hecho base”). Por el contrario, la aplicación de estas normas implican una determinación de la obligación tributaria sobre base cierta [artículo 63.1 del CT], considerando que sólo implican “valorizar” las operaciones a un quantum distinto a su valor contable (el que se obtiene de la aplicación del principio de libre concurrencia)”*. GAMBVA VALEGA, César. Algunos aspectos constitucionales sobre el régimen de precios de transferencia. En: PT - Precios de Transferencia (Junio 2008). IFA-Perú, p.260.

⁶ En nuestra legislación tributaria no existe una definición propiamente dicha del concepto de base imponible, aunque nuestro Código Tributario hace referencia a la *“base para el cálculo”* del tributo en su Norma IV.a), estableciéndolo como un aspecto esencial del tributo a ser respetado por el principio de reserva de ley. Sin embargo, podemos hacer referencia a doctrina que ha definido la base imponible como la *“cifra que representa la magnitud o medida del aspecto del elemento material del hecho imponible que se considera indicativo de la capacidad contributiva que se sujeta a gravamen; y que, en unión con el tipo de gravamen determina la cuantía líquida de la prestación tributaria”* y ha señalado que *“la base imponible constituye un elemento esencial en la cuantificación de los tributos variables, y por tanto, un elemento esencial del tributo, sujeto al principio de reserva de ley”*. Al respecto véase, respectivamente, a GÉNOVA GALVÁN, Alberto. El concepto de base imponible, en C REDF, núm 43, 1984, pág. 350; y a GARCÍA NOVOA, César. Capítulo IV: Elementos de cuantificación de la obligación tributaria. En: AAVV. La Nueva Ley General Tributaria, Civitas-Thomson, Madrid, 2004, p. 216.

Como explicaremos, el requisito del perjuicio fiscal para la aplicación de ajustes termina estableciendo un doble estándar a través del cual se admite, en ciertos casos, la determinación del Impuesto sobre el valor convenido entre las partes, aun cuando este no se encuentre a valor de mercado. De este modo, el perjuicio fiscal contraría la lógica de la piedra angular del Régimen: el ALP. Al mismo tiempo, aleja a nuestro Régimen del estándar de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (en adelante, “OCDE”).

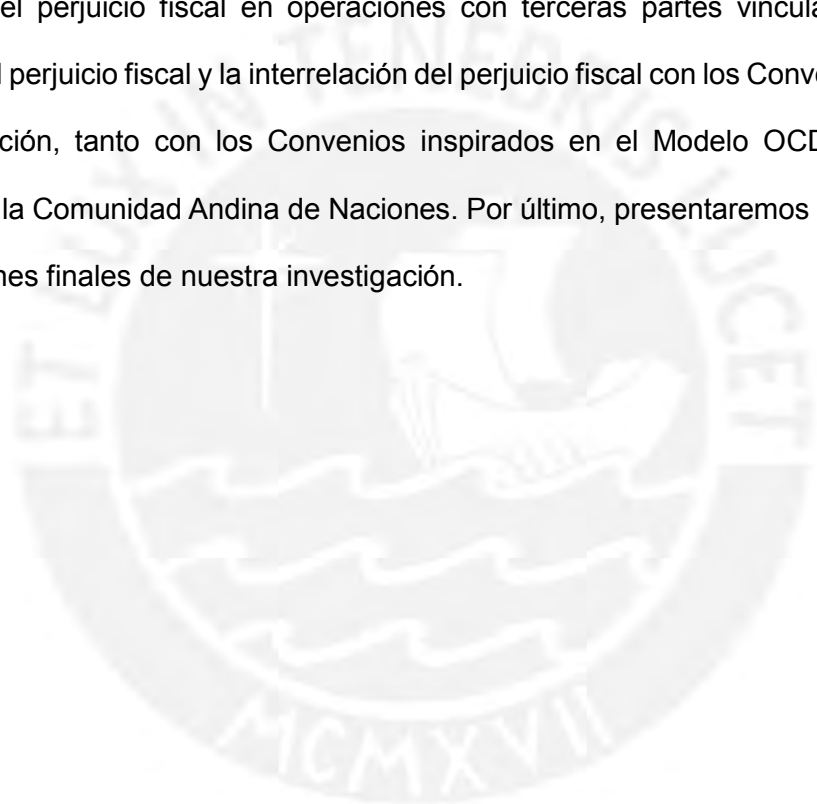
Este doble estándar será el elemento central alrededor del cual desarrollaremos nuestro análisis. Así, empezaremos situando el requisito del perjuicio fiscal en el marco del debate internacional respecto a la finalidad de los regímenes de precios de transferencia, con especial énfasis en la evolución del estándar OCDE. Posteriormente, expondremos la evolución histórica del perjuicio fiscal en la legislación peruana, desde la introducción del concepto en la Ley del IR e incluyendo la reforma del 2012.

Posteriormente, evaluaremos la constitucionalidad del perjuicio fiscal. Se expondrán los

En tanto el perjuicio fiscal es el requisito que finalmente determina el valor que se sujeta a gravamen, consideramos innegable que es una norma de base imponible, al igual que el resto del Régimen. Esta opinión coincide con la de Villanueva Gutiérrez que señala que el Régimen es una norma de *“valoración de la base imponible del IR que debe ser aplicada por los contribuyentes en la autoliquidación del IR”* y con la de Gamba Valega, cuando señala que *“las reglas contenidas en los artículos 32 y 32-A de la LIR obligan a los contribuyentes a valorizar sus operaciones con partes vinculadas y con sujetos residentes en paraísos fiscales, aplicando el principio de libre competencia. Por tanto, se tratan de normas que regulan la base imponible del IR en determinadas circunstancias, con total independencia de si la Administración Tributaria efectuó o no algún ajuste”*. Al respecto véase, respectivamente a VILLANUEVA GUTIERREZ, Walker. Precios de Transferencia en el IGV. En: Vectigalia, Año 3, No. 3, 2007, p. 110; y a GAMBA VALEGA, César. Algunos aspectos constitucionales sobre el régimen de precios de transferencia. En: PT - Precios de Transferencia (Junio 2008). IFA-Perú, p.239.

principios constitucionales en contraposición y se realizará la ponderación constitucional tanto a nivel abstracto como respecto a casos particulares en los que consideramos que tal inconstitucionalidad podría ser especialmente gravosa.

Asimismo, expondremos nuestras posiciones y recomendaciones respecto a la problemática práctica que la aplicación del perjuicio fiscal presenta. Entre otros, analizaremos posibles problemas de reserva de ley en la regulación del perjuicio fiscal en el Reglamento de la Ley del IR, el análisis del perjuicio fiscal en operaciones con terceras partes vinculadas, el análisis transaccional del perjuicio fiscal y la interrelación del perjuicio fiscal con los Convenios para Evitar la Doble Imposición, tanto con los Convenios inspirados en el Modelo OCDE como con la Decisión 578 de la Comunidad Andina de Naciones. Por último, presentaremos las conclusiones y recomendaciones finales de nuestra investigación.



II. Evolución histórica de las normas de precios de transferencia en el debate internacional y el estándar OCDE

Las normas de precios de transferencia surgen para enfrentar el problema de la doble imposición económica en las transacciones entre jurisdicciones tributarias distintas. La doble imposición económica, a diferencia de la jurídica, se da cuando la misma renta económica es gravada por dos o más jurisdicciones durante el mismo periodo de tiempo, aunque respecto a diferentes perceptores⁷.

Así, aun cuando la doble imposición jurídica se haya resuelto a través de una exención o un crédito, la doble imposición económica podría mantenerse si ambas jurisdicciones aplican

⁷ *“Considerada en el marco de la fiscalidad internacional, el fenómeno de la doble imposición surge cuando las mencionadas obligaciones tributarias responden a dos o más tributos, de igual o similar naturaleza, establecidos por países diferentes. Bajo esa perspectiva internacional, la doble imposición jurídica se contempla como el resultado de la percepción de impuestos semejantes en dos o más países, de un mismo contribuyente, sobre la misma materia imponible y el mismo periodo de tiempo. Por su parte, la expresión doble imposición económica se utiliza para describir la situación en la que la misma renta económica es gravada por dos o más países durante el mismo periodo de tiempo, si bien en manos de diferentes perceptores.*

(...)

En ambas situaciones (doble imposición jurídica y económica) la doble imposición internacional es “económica” en tanto afecta doblemente a un rendimiento o a una ganancia de capital, y la distinción a veces no resulta sencilla. Sin embargo, se pueden observar diferencias entre ambos fenómenos. Así, mientras en la doble imposición jurídica se requiere la identidad de impuesto, de concepto gravado, de tiempo y de sujeto pasivo, en la doble imposición económica se requiere sólo la identidad de concepto gravable, de tiempo y de impuesto, pero no la identidad subjetiva. Por tanto, mientras la doble imposición internacional conlleva generalmente una sola persona, física o jurídica, e impuestos similares y la concurrencia de dos soberanías fiscales, la “doble imposición económica” a nivel internacional introduce como requisito diferenciador la existencia de perceptores diferentes”. RUBIO GURRERO, Juan José. Los principios básicos de la fiscalidad internacional y la doble imposición internacional. En: Manual de Fiscalidad Internacional. Instituto de Estudios Fiscales (2004).

normas de valor de mercado distintas a la misma transacción. Como veremos, las disposiciones de precios de transferencia surgen para solucionar problemas en el ámbito internacional, aunque cada vez más jurisdicciones, incluyendo la peruana, vienen adoptando normas de precios de transferencia aplicables a transacciones domésticas.

Este capítulo desarrollará la evolución histórica de las normas de precios de transferencia, desde sus orígenes hasta los últimos documentos y proyectos emitidos por la OCDE. Como veremos, durante este proceso se debatió arduamente respecto a qué enfoque sería el más apropiado para asignar valor a las transacciones sujetas a las normas de precios de transferencia. Podemos decir que, hoy en día, el vencedor de este debate fue el ALP, aunque existen aún ciertos autores que promueven la aplicación de enfoques alternativos⁸.

2.1. Origen de las normas de precios de transferencia.

Las primeras normas de precios de transferencia surgen a inicios del siglo XX, siendo aplicadas en algunos pocos Estados federales o entre Estados aliados para resolver problemas de doble imposición económica. Durante la etapa previa a la primera guerra mundial la mayor parte eran normas aisladas antes que regímenes y usualmente adoptaban el enfoque o método del *global formulary apportionment* (en adelante, "GFA") para asignar las rentas a distintas jurisdicciones de forma ordenada y evitar así la doble imposición económica⁹.

⁸ Véase por ejemplo, Morse, Susan C., Revisiting Global Formulary Apportionment (May 28, 2010). Virginia Tax Review, Vol. 29, p. 593, 2010. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1617461> o a Fleming, J. Clifton and Peroni, Robert J. and Shay, Stephen E., Formulary Apportionment in the U.S. International Income Tax System: Putting Lipstick on a Pig? (January 19, 2015). Michigan Journal of International Law, Vol. 36, No. 1, 2014. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2552271>

⁹ LANGBEIN, Stanley I. "The Unitary Method and the Myth of Arm's Length," Tax Notes, Feb. 17, 1986, p.629-632.

El GFA determinaría el total de las rentas de todas las sociedades parte de un grupo empresarial y luego, en base a una fórmula predeterminada, procedería a alocar proporcionalmente la renta en cada una de tales sociedades. Las *OECD Transfer Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations (1995-2013)* (en adelante, “las Directrices OCDE”) se refieren a los elementos del GFA del siguiente modo:

“There would be three essential components to applying global formulary apportionment: determining the unit to be taxed, i.e. which of the subsidiaries and branches of a MNE group¹⁰ should comprise the global taxable entity; accurately determining the global profits; and establishing the formula to be used to allocate the global profits of the unit. The formula would most likely be based on some combination of costs, assets, payroll, and sales”¹¹.

Luego de la Primera Guerra Mundial y en el seno de la Sociedad de las Naciones, se iniciaron algunas de las primeras investigaciones serias respecto a la problemática de la doble imposición económica internacional y la distribución de la renta entre las partes de transacciones internacionales. El resultado fue la publicación, en 1935, del borrador de un modelo de Convenio para Evitar la Doble Imposición, en el cual se adoptó el ALP, estableciendo que las transacciones debían valorizarse como lo haría terceros independientes¹².

¹⁰ *Multinational enterprise group* o grupos empresariales multinacionales.

¹¹ Directrices OCDE 1.17.

¹² *“This draft convention contained an explicit reference to “arm’s length” in its article on the allocation of business profits to permanent establishments, and not so in its article on the allocation of business profits to associated enterprises (which was phrased slightly differently). The 1935 draft model convention on the allocation of business profits that followed contained the articles that were the basis for article 7 and article 9 of the current OECD Model”.* KOOMEN, Mirjam. Transfer Pricing in a BEPS Era: Rethinking the Arm’s Length Principle. Part I. En: *International Transfer Pricing Journal*, 2015, Vol. 22, No.3, p.142.

El ALP es una aproximación al problema de los precios de transferencia que pretende determinar si una transacción entre partes vinculadas se encuentra a valor de mercado comparando el valor convenido con el valor que establecen partes no vinculadas para una transacción similar¹³. Esta determinación no se realiza a través de una regla que arroje un valor exacto sino que más bien se realiza en concordancia con un principio¹⁴ o estándar dentro del cual existe un rango de valores permitidos¹⁵.

A modo de síntesis, podemos señalar que la principal diferencia entre el ALP y el GFA es que el

¹³ Avi-Yonah, Reuven S. The Rise and Fall of Arm's Length: A Study in the Evolution of U.S. International Taxation (September 27, 2007). U of Michigan Law & Economics, Olin Working Paper No. 07-017; U of Michigan Public Law Working Paper No. 92, p.2. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1017524> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1017524>

¹⁴ Según Alexy, el Derecho en cuanto a sistema de normas, consiste tanto en normas-reglas como en normas-principio. “Las reglas son normas que exigen un cumplimiento pleno y, en esa medida, pueden ser sólo cumplidas o incumplidas. Si una regla es válida, entonces es obligatorio hacer precisamente lo que ordena, ni más ni menos. Las reglas contienen por ello determinaciones en el campo de lo posible fáctica y jurídicamente”. Por otro lado, los principios “(...) son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Los principios son, por consiguiente, mandatos de optimización que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados”. ALEXY, Robert. Sistema Jurídico, Principios Jurídicos y Razón Práctica. En: Doxa, No.5, 1988, pp. 143-144.

¹⁵ Como señala Dean, “The arm’s length method of transfer pricing does not specify a precise technique transnational businesses must use to associate its profit with individual jurisdictions. Rather than providing a uniform quantitative formula for all businesses (the equivalent of a numerical speed limit) the arm’s length method provides a flexible standard.

(...)

This approach leaves businesses with a great deal of responsibility—and authority—to determine what represents an arm’s length price. While their discretion is cabined by the statutory and regulatory framework tax authorities employ to gauge taxpayer compliance, the use of a standard inevitably means that much of its content is only specified when it is applied to a particular set of circumstances”. Dean, Steven, Neither Rules Nor Standards (March 16, 2012). Notre Dame Law Review, Vol. 87, No. 2, p. 537, 2011; Brooklyn Law School, Legal Studies Paper No. 271. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2025196>

ALP parte de tratar cada parte de un grupo empresarial como contribuyentes individuales, que hipotéticamente deberían realizar sus transacciones a valor de mercado. Por otro lado, el GFA parte de tratar a todo el grupo empresarial como una unidad, para luego proceder a determinar cuánto corresponde a cada parte de tal unidad¹⁶.

Hasta por lo menos la mitad del siglo XX, se mantuvo cierto debate sobre qué aproximación era la más adecuada para enfrentarse a la problemática de alocar las rentas en cada sociedad parte de un grupo empresarial: ALP o GFA. Por ejemplo, Estados Unidos consideró aplicar un enfoque basado en el GFA en 1962¹⁷, pero finalmente se mantuvo adscrito al ALP que había adoptado desde 1934¹⁸. Podemos considerar que tal debate se cerró en gran medida cuando la OCDE adoptó definitivamente el ALP¹⁹²⁰ y progresivamente lo impuso a nivel internacional a través de *soft law*, como explicaremos a continuación.

2.2. Las normas de precios de transferencia en la era OCDE

2.2.1 Documentos OCDE relacionados a normas de precios de transferencia

¹⁶ Avi-Yonah, Reuven S., *The Rise and Fall of Arm's Length: A Study in the Evolution of U.S. International Taxation* (September 27, 2007). U of Michigan Law & Economics, Olin Working Paper No. 07-017; U of Michigan Public Law Working Paper No. 92, p.3. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1017524> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1017524>

¹⁷ M.C. Durst & R.E. Culbertson, *Clearing Away the Sand: Retrospective Methods and Prospective Documentation in Transfer Pricing Today*, 57 N.Y.U. Tax L. Rev. (2003), at 55.

¹⁸ Langbein, supra n.5, at 632

¹⁹ Respecto a la consolidación del ALP en la OCDE, véase RAMOS FERNÁNDEZ, Gilberto. *Atribución de beneficios al establecimiento permanente y principio de plena competencia: Pasado, presente y futuro*. En: *Vectigalia*, No. 3, 2007, p.65 a p.68.

²⁰ Cabe señalar que el *Practical Manual on Transfer Pricing for Developing Countries* elaborado por el Subcomité de *Transfer Pricing – Practical Matters* de la Organización de las Naciones Unidas y publicado en el 2013 también reconoce el ALP como el estándar internacional.

Desde la publicación del primer modelo OCDE de Convenio para Evitar la Doble Imposición en 1963, la OCDE se ha constituido, desde su Comité de Asuntos Fiscales, como la organización internacional de mayor trascendencia en el establecimiento de estándares internacionales en materia tributaria²¹ y, en particular, en materia de precios de transferencia.

Como especifica el mismo prefacio de las Directrices OCDE, el primer reporte publicado por la OCDE respecto a precios de transferencia fue el *Transfer Pricing and Multinational Enterprises* de 1979²². Posteriormente, en 1995, el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE aprobó una nueva versión de las Directrices, las cuales han sido sujeto de varias modificaciones y adiciones²³, manteniéndose bajo constante revisión hasta la actualidad.

En los últimos años, la iniciativa más importante de la OCDE relacionada a las normas de precios de transferencia ha sido el plan BEPS (*Base erosion and profit shifting*). Así, “el paquete BEPS

²¹ Algunos autores consideran que la OECD se ha transformado en una verdadera “*Organización Internacional de la Tributación*”, siendo muchas veces más efectiva que organismos internacionales que actúan en base a disposiciones vinculantes. Véase Cockfield, Arthur J., *The Rise of the OECD as Informal 'World Tax Organization' through National Responses to E-Commerce Tax Challenges*. Yale Journal of Law and Technology, Vol. 8, p. 136, Spring 2006. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=916555>

²² Este fue el primer reporte OCDE dedicado exclusivamente a la problemática de precios de transferencia pero cabe señalar que el ALP ya fue materia de análisis en los primeros Comentarios al Modelo OCDE de Convenios para Evitar la Doble Imposición de 1963. En específico, el ALP fue incluido en el artículo 7 (beneficios empresariales) y en el artículo 9 (empresas asociadas).

²³ Por ejemplo, en 1996 se incorporaron los Capítulos VI (*Special considerations for intangible property*) y VII (*Special considerations for intra-group services*). En 1997, se agregó el Capítulo VIII (*Cost contribution arrangements*) y se introdujo un anexo a las Directrices: *Guidelines for Monitoring Procedures on the OECD Transfer Pricing Guidelines and the Involvement of the Business Community*. En el 2010 se agregó el capítulo IX (*Transfer pricing aspects of business restructurings*). Por otro lado, entre el 2009 y el 2013 se han introducido varias modificaciones en los Capítulos del I al VIII, siendo el último una expansión de la Sección E (Safe harbours) del Capítulo IV de las Directrices.

de la OCDE/G-20 publicado en octubre de 2015 contiene medidas para mejorar la coherencia de los estándares impositivos internacionales, reforzar su focalización en la sustancia económica y garantizar un entorno fiscal de mayor transparencia. Ello implica cambios en materia de convenios tributarios bilaterales, incluyendo: un estándar mínimo con el fin de prevenir la búsqueda del tratado más favorable o treaty shopping; la revisión de las normas sobre el traslado de beneficios, que determinan el tratamiento fiscal de las transacciones intragrupo; el enfoque sobre el sustrato de las transacciones en lugar de su forma legal; la actualización del marco de evaluación de los efectos potencialmente perniciosos de los regímenes preferenciales introducidos por los gobiernos, haciendo especial hincapié en el régimen y estándares impositivos aplicados a la propiedad intelectual; las medidas legislativas nacionales para hacer frente a BEPS²⁴.

Como vemos, el plan BEPS involucra una amplia gama de medidas. Entre ellas, las acciones relacionadas con la problemática de precios de transferencia son las siguientes:

²⁴ 10 preguntas sobre BEPS. OECD. Última visita el 28 de mayo de 2017: <https://www.oecd.org/ctp/10-preguntas-sobre-beps.pdf>

8 – Assure that transfer pricing outcomes are in line with value creation: intangibles	<i>Develop rules to prevent BEPS by moving intangibles among group members. This will involve: (i) adopting a broad and clearly delineated definition of intangibles; (ii) ensuring that profits associated with the transfer and use of intangibles are appropriately allocated in accordance with (rather than divorced from) value creation; (iii) developing transfer pricing rules or special measures for transfers of hard-to-value intangibles; and (iv) updating the guidance on cost contribution arrangements.</i>
9 – Assure that transfer pricing outcomes are in line with value creation: risks and capital	<i>Develop rules to prevent BEPS by transferring risks among, or allocating excessive capital to, group members. This will involve adopting transfer pricing rules or special measures to ensure that inappropriate returns will not accrue to an entity solely because it has contractually assumed risks or has provided capital. The rules to be developed will also require alignment of returns with value creation. This work will be co-ordinated with the work on interest expense deductions and other financial payments.</i>
10 – Assure that transfer pricing outcomes are in line with value creation: other high-risk transactions	<i>Develop rules to prevent BEPS by engaging in transactions which would not, or would only very rarely, occur between third parties. This will involve adopting transfer pricing rules or special measures to: (i) clarify the circumstances in which transactions can be recharacterised; (ii) clarify the application of transfer pricing methods, in particular profit splits, in the context of global value chains; and (iii) provide protection against common types of base eroding payments, such as management fees and head office expenses.</i>

Fuente: <https://www.oecd.org/ctp/BEPSActionPlan.pdf>

2.2.2. Influencia de la OCDE

La mayoría de los instrumentos emitidos por la OCDE son no vinculantes, especialmente cuando se relacionan a asuntos tributarios. De hecho, según la base de datos de la OCDE²⁵, la mayor parte de los instrumentos emitidos al respecto son recomendaciones (instrumentos no vinculantes). A lo largo del tiempo, la OCDE ha optado siempre por influir en las legislaciones domésticas a través de la difusión de principios y de plantear soluciones prácticas a problemas de políticas públicas, antes que emitir instrumentos vinculantes para los Estados miembro de la

²⁵ Se puede acceder a la base de datos de la OCDE en <http://webnet.oecd.org/OECDACTS/Instruments/ListBySubjectView.aspx>. Última visita el 28 de mayo de 2017. Los instrumentos relacionados a temas tributarios se pueden encontrar en el rubro de “fiscal affairs”.

OCDE. No obstante su carácter no vinculante, dada la reputación de la OCDE, el *soft law* que emite tiene amplia influencia tanto en los Estados miembro como en los Estados no miembro.²⁶²⁷

El empleo de instrumentos no vinculantes tiene dos consecuencias importantes: (i) los Estados miembro no ven su soberanía restringida, ni se ven impelidos a asumir posiciones jurídicas que no necesariamente asumen como suyas y (ii) la OCDE amplía su campo de influencia, pues no se limita a Estados miembros a los que puede exigir el cumplimiento de cierto instrumento obligatorio, sino que pone en la palestra mundial soluciones a los problemas que enfrentan Administraciones Tributarias y contribuyentes de muchas partes del mundo, incluyendo aquellos Estados que no forman parte de la OCDE.

²⁶ Rixen ha reconocido en las Directrices OCDE a un focal point. Un focal point en la teoría de juegos es una solución que las partes utilizan en la ausencia de comunicación o reglas previas establecidas porque la identifican como natural o relevante para el caso. Véase RIXEN, T. (2008), *The Political Economy of International Tax Governance*, Palgrave Macmillan, Houndmills, Basingstoke, Hampshire.

²⁷ Por ejemplo, Vega ha identificado tres principales formas a través de las cuales las Directrices OCDE influyen como fuente del Derecho Tributario Internacional: (i) cuando se incluyen en los protocolos de Convenios para Evitar la Doble Imposición, en acuerdos complementarios o en notas diplomáticas relacionadas a los Convenios; (ii) incluyendo a las Guías OCDE como parte de los Comentarios al Modelo OCDE y considerando a estos como fuente del Derecho Tributario Internacional; y (iii) considerando a las Guías OCDE como Derecho Internacional Consuetudinario. Vega, Alberto, *International Governance Through Soft Law: The Case of the OECD Transfer Pricing Guidelines* (July 4, 2012). Working Paper of the Max Planck Institute for Tax Law and Public Finance No. 2012-05. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2100341> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2100341>

Esta práctica ha sido denominada por varios autores como “*governance through soft law*”²⁸ y ha recibido numerosas críticas. Autores como Ramallo incluso han acusado a la OCDE de pretender reemplazar a los parlamentos nacionales²⁹.

Los críticos del “*governance through soft law*” de la OCDE señalan que (i) la ausencia de participación de Estados no miembros en la discusión y elaboración de políticas, que finalmente, terminan acatando por ósmosis es peligrosa; y que, en general, (ii) la toma de decisiones en la OCDE carece de la transparencia, discusión pública y carácter democrático que debería caracterizar la elaboración de normas que regulen la forma en que se aplican las normas tributarias en cada Estado.

Existe también la preocupación de un progresivo “endurecimiento”³⁰ del soft law emitido por la OCDE. Calderón señala, por ejemplo, que existe una suerte de “obligación soft” que deriva de las recomendaciones de la OCDE³¹. En esa línea, Vega resalta que el Comité de Asuntos

²⁸ Véase RIXEN, T. (2008), *The Political Economy of International Tax Governance*, Palgrave Macmillan, Houndmills, Basingstoke, Hampshire; y MARCUSSEN, M. (2004), “OECD Governance through Soft Law”, in MÖRTH, U. (ed.), *Soft Law in Governance and Regulation: An Interdisciplinary Analysis*, Edward Elgar, Cheltenham (UK), Northampton (MA, USA), pp. 103-126.

²⁹ RAMALLO MASSANET, J. (2005), “Prólogo” to CALDERÓN CARRERO, J.M., *Precios de Transferencia e Impuesto sobre Sociedades (Un análisis de la normativa española desde una perspectiva Internacional, Comunitaria y Constitucional)*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 13-17.

³⁰ Cuando nos referimos a “endurecimiento”, no nos referimos al término “*hardening*” que emplean ciertos autores para denominar al proceso mediante el cual el “*soft law*” se transforme en “*hard law*”. Tal proceso se genera con la adopción por parte de las legislaciones domésticas del soft law de la OCDE u de otro origen. Cuando nos referimos a “endurecimiento” nos referimos a una mayor vinculatoriedad del soft law, i.e. a la mayor presión que la OCDE pueda generar sobre los Estados miembro para que cumplan con este soft law, por más que formalmente no estén obligados.

³¹ CALDERÓN CARRERO, J.M. (2007), “The OECD Transfer Pricing Guidelines as a Source of Tax Law: Is Globalization Reaching the Tax Law?”, *Intertax*, vol. 35, no. 1, pp. 4-29.

Fiscales de la OCDE tiene la obligación de monitorear la implementación de las Guías OCDE, lo que demostraría que se espera que los Estados miembro sigan los lineamientos de éstas³². Más aún, se instruye al Comité a fomentar que Estados no miembros también sigan la línea de las Guías OCDE. Mientras más se endurezca el mandato del Comité, y mientras más presión ejerza esto sobre los Estados miembro, podríamos encontrarnos ante una transición sigilosa pero permanente hacia un endurecimiento del soft law.

Por lo expuesto, en nuestra opinión, más allá del potencial impacto de este endurecimiento en los Estados miembros, la influencia más notable de la OCDE se puede apreciar en los Estados no miembros, los cuales siguen en gran medida los parámetros OCDE en sus legislaciones domésticas³³. En el caso de nuestro Régimen, esto se evidencia en el inciso h) del artículo 32-A de la Ley del IR que consagra a las Directrices OCDE como fuentes de interpretación de nuestro Régimen³⁴, aun cuando el Perú no es un Estado miembro:

³² Vega, Alberto, International Governance Through Soft Law: The Case of the OECD Transfer Pricing Guidelines (July 4, 2012). Working Paper of the Max Planck Institute for Tax Law and Public Finance No. 2012-05. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2100341> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2100341>

³³ La OCDE ha publicado varios documentos sugiriendo la adopción de legislación doméstica de precios de transferencia siguiendo el estándar OCDE. Entre ellos, podemos citar el “*Transfer Pricing Legislaton – A suggested approach*” de junio de 2011. Según el referido documento, su intención es “*brindar a aquellos Estados que se encuentran desarrollando sus normas de precios de transferencia una propuesta de estructura y contenido para su legislación*”. Véase *Transfer Pricing Legislaton – A suggested approach* OECD: Centre for Tax Policy and Administration. Última visita: 28 de mayo de 2017. <http://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/45765682.pdf>

³⁴ Cabe señalar que autores como Sanchez Rojas han sido muy críticos respecto a la idoneidad de consagrar a las Directrices OCDE como fuente de interpretación de normas tributarias doméstica: “*la gran mayoría de ordenamientos tributarios de los países latinoamericanos se ven influenciados por las directrices de la OCDE en el tema de Precios de Transferencia vía la remisión directa o indirecta de dichas reglas (backdoor rules), lo que como queda demostrado en nuestro estudio, resultaría contrario a las propias Constituciones estatales, pues lesionan el principio fundamental de legalidad, sin contar con que dichas directrices responden a una de las condiciones del soft law: su “ideología flexible”, por cuanto son*

“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.”



creadas discrecionalmente a partir de negociaciones, intereses y políticas propias de la OCDE, que no necesariamente son las nuestras”. SANCHEZ ROJAS, Oscar Martín. 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: Temas de Tributación Internacional. Lima: Iustitia, 2012; p. 250.

III. El perjuicio fiscal en el marco de las finalidades de nuestro Régimen de precios de transferencia

Previamente a analizar la finalidad de las normas de precios de transferencia en la legislación comparada y la de nuestro propio Régimen, es conveniente precisar a qué nos referimos con el concepto de régimen de precios de transferencia.

Cuando empleamos el término “régimen” en el ámbito legal, usualmente nos referimos a “un conjunto de disposiciones normativas que regulan una categoría de supuestos de hecho y respecto al cual se puede identificar una finalidad conjunta”³⁵. Esta definición amplia puede generar contradicciones. De hecho, en el caso particular de la bibliografía de precios de transferencia, el concepto de “régimen de precios de transferencia” o “normas de precios de transferencia” puede hacer referencia hasta a tres ideas distintas: (i) la legislación doméstica que regule las transacciones entre partes vinculadas (que en ocasiones extenderá tales reglas a otros supuestos de hecho); (ii) el conjunto de normas relacionadas a la materia de precios de transferencia aplicables en un estado, lo que incluye tanto a la legislación doméstica como la regulación contenida en instrumentos internacionales a los que se sometió tal estado; e incluso (iii) al conjunto de lineamientos que la OCDE ha adoptado y establecido como el estándar internacional en la materia. En el caso del presente trabajo, como hemos señalado previamente, cuando nos referimos a “el Régimen” o a “nuestro Régimen” nos referimos a la legislación doméstica que regula la materia de precios de transferencia en Perú y por lo tanto, cuando analicemos la finalidad de los regímenes de precios de transferencia, nos estaremos refiriendo a la finalidad que pueda tener la legislación doméstica de un Estado en materia de precios de transferencia.

³⁵ TRANDAFIR, Cornel. *The General Theory of Law: Academic Lecture*. Sitech, 2008, p.56.

Dicho esto, consideramos que sería aventurado de nuestra parte sostener que los regímenes de precios de transferencia tienen una única finalidad. Primero, porque la naturaleza de un régimen, institución o categoría jurídica se subordina a la forma en la que el legislador lo plasma en las disposiciones normativas que lo regulan. Será finalmente el legislador el que podrá imprimir una o varias finalidades a un régimen determinado. Segundo, porque incluso cuando nos refiramos a la tendencia internacional de los regímenes de precios de transferencia, estaremos hablando de una tendencia en continuo movimiento. Como hemos señalado, las primeras legislaciones domésticas que regulaban la materia de precios de transferencia tenían como finalidad evitar la doble imposición económica en estados federales o entre estados aliados. Posteriormente, las legislaciones domésticas se convirtieron en un complemento de los instrumentos internacionales que pretendían evitar la doble imposición económica internacional. En los últimos años, la finalidad anti elusiva ha cobrado especial protagonismo, existiendo incluso ciertas posiciones que señalan que los regímenes de precios de transferencia deberían poder recalificar transacciones³⁶.

Al respecto, en el ámbito internacional algunos autores señalan que la finalidad principal de los regímenes de precios de transferencia es luchar contra *“la canalización de su base imponible a jurisdicciones con alícuota impositiva relativamente baja (a expensas de la recaudación tributaria*

³⁶ Consideramos, al igual que Arnold, que un régimen de precios de transferencia solo podría recalificar transacciones si así lo establece explícitamente tal régimen: *“These exceptional circumstances, in which the tax authorities can disregard actual transactions, are strikingly similar to anti-avoidance rules. It is questionable whether the tax authorities have the power to recharacterize transactions, as provided in the OECD Guidelines, without explicit statutory authority in domestic law”*. ARNOLD, Brian J. International Tax Primer. Holanda: Kluwer Law International, 2016, p.104

*del país perjudicado por esta estrategia)*³⁷. En doctrina nacional, la mayoría de autores comparten esta posición³⁸.

De hecho, parecería que el legislador peruano ha adoptado esta postura. La exposición de motivos del Decreto Legislativo 1112 señala que *“resulta apropiado que las normas de precios de transferencia sean utilizadas para evitar que las transacciones entre partes vinculadas o con países o territorios de baja o nula imposición sean pactadas a precios que perjudiquen fiscalmente al país”*. En defensa de su posición, la referida Exposición de motivos hace referencia

³⁷ BAISTROCCHI, Eduardo (Director). 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, 2008; p. 85 y 86.

³⁸ Por ejemplo, Fernández Origgi señala que *“la finalidad del régimen de precios de transferencia se refiere a evitar la erosión de la recaudación por el fenómeno de manipulación de precios intercompany”*. FERNÁNDEZ ORIGGI, Italo. ¿Cuándo corresponde aplicar los ajustes fiscales por precios de transferencia? En: PT - Precios de Transferencia (Junio 2008). IFA-Perú, p. 221

Por su parte, Gamba también identifica la finalidad de los regímenes de precios de transferencia con un fin anti elusivo, señalando que las normas de precios de transferencia son parte de *“las respuestas de los Estados para luchar contra el fraude fiscal que se produce mediante el desvío de las utilidades hacia jurisdicciones más ventajosas que podrían efectuar algunas corporaciones sujetas a un mismo poder de decisión”*. GAMBA VALEGA, César. Algunos aspectos constitucionales sobre el régimen de precios de transferencia. En: PT - Precios de Transferencia (Junio 2008). IFA-Perú, p.229

Por último, Röder incluso parece indicar que el origen de los regímenes de precios de transferencia es la lucha contra el *profit shifting*: *“[Las normas de precios de transferencia] Surgen como parte de un esfuerzo colectivo realizado por las naciones con economías más globalizadas por defender su recaudación tributaria, en un contexto en el que las empresas multinacionales se encontraban en posición de transferir beneficios económicos de una jurisdicción con una legislación tributaria onerosa a otras jurisdicción menos onerosa a través del establecimiento de una política de precios intra-compañía que difiriera de una política de precios para con terceros”*. RÖDER SÁNCHEZ, Rudolf. Ponencia General. En: PT - Precios de Transferencia (Junio 2008). IFA-Perú, p.124.

al párrafo 1.2 de las Directrices OCDE, señalando que *“un país podría incorporar tales normas con un carácter meramente anti elusivo”*³⁹.

En nuestra opinión, es innegable que nuestro Régimen cumple una finalidad anti elusiva evitando que los contribuyentes manipulen los precios de sus transacciones para valorizarlas del modo que menor carga tributaria les genere. Dicho esto, consideramos que nuestro Régimen también tiene como finalidad evitar o reducir la doble imposición económica internacional. Si bien es cierto, las normas domésticas de precios de transferencia no tienen el mismo protagonismo que las disposiciones de los instrumentos internacionales en la reducción de la doble imposición económica internacional, las legislaciones domésticas pueden coadyuvar a esta finalidad cuando se ajustan al estándar internacional imperante, adoptando el ALP y los lineamientos de la OCDE

³⁹ Cabe señalar que, en nuestra opinión, la mencionada exposición de motivos saca de contexto una frase de las Directrices OCDE. En efecto, el párrafo 1.2 de las Directrices indica que:

“Thus, a tax adjustment under the arm’s length principle would not affect the underlying contractual obligations for non-tax purposes between the comparable associated enterprises, and may be appropriate even where there is no intent to minimize or avoid tax. The consideration of transfer pricing should not be confused with the consideration of problems of tax fraud or tax avoidance, even though transfer pricing policies may be used for such purposes”

Al contrario de lo señalado por la referida exposición de motivos, las Directrices OCDE más bien procuran separar las consideraciones de precios de transferencia de la problemática de la evasión y elusión tributarias. Más aún, señala que los ajustes podrían ser apropiados incluso cuando no existiera intención alguna de minimizar o eludir carga tributaria, contrariando la lógica del requisito del perjuicio fiscal que establece que los ajustes solo deben realizarse para corregir valorizaciones que afecten al fisco.

Esta posición es adoptada por una parte minoritaria de los autores. Entre ellos, podemos citar a Puga: *“(…) cabe advertir que el término precio de transferencia por sí solo es un concepto neutral, la consideración de los problemas relativos a los precios de transferencia no debe confundirse con supuesto de fraude o elusión fiscal, incluso aunque los precios de transferencia pudieran utilizarse para tales fines”*. PUGA, Miguel. Aproximaciones a los precios de transferencia en el Perú. En: Vectigalia, Año 3, no. 3 (2007), p.104.

plasmados en sus distintos documentos. En efecto, si las jurisdicciones involucradas en una transacción se ajustan a tal estándar, el riesgo de doble imposición económica internacional se reduce, pues ambas jurisdicciones valorizarían la transacción de forma similar, aun cuando los Estados involucrados no hayan suscrito un Convenio para Evitar la Doble Imposición⁴⁰. En el caso de estados con una reducida red de Convenios para Evitar la Doble Imposición como el Perú, la adopción del estándar internacional en la legislación doméstica es especialmente relevante.

Toda vez que el perjuicio fiscal es ajeno al estándar OCDE, resulta obvio que no coadyuva a la finalidad del Régimen de evitar la doble imposición económica internacional. No obstante, si corresponde preguntarnos si el requisito de perjuicio fiscal en particular tiene una finalidad anti elusiva o tiene características que coadyuvan al cumplimiento de la finalidad anti elusiva de nuestro Régimen.

Si bien existen posturas que consideran que el perjuicio fiscal tiene una función anti elusiva⁴¹, nosotros somos de la opinión contraria, pues como expondremos en este trabajo, el perjuicio

⁴⁰ Al respecto, véase “Transfer Pricing Legislaton – A suggested approach” OECD: Centre for Tax Policy and Administration. Última visita: 28 de mayo de 2017. <http://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/45765682.pdf>

⁴¹ Por ejemplo, García Shreck señala respecto al perjuicio fiscal que “Desde el punto de vista de técnica legislativa, con ello se habría dotado al régimen de precios de transferencia de un claro matiz antielusivo” GARCÍA SHRECK, Marcial. La regulación de los precios de transferencia en el Perú: se debe seguir avanzando. En: IUS ET VERITAS. Número 36, 2008; p. 434.

En la misma línea Villaverde Gómez, ha señalado que las normas de precios de transferencia solo deberían intervenir cuando los precios de las transacciones sean fijados para modificar el gravamen de las rentas obtenidas por partes vinculadas. Véase VILLAVERDE GÓMEZ, María Begoña. *Acuerdos Anticipados de Precios de Transferencia*. En: *Revista Latinoamericana de Derecho Tributario*. Caracas: Ediciones Tributarias Latinoamericanas, 2005. p. 166.

fiscal no solo no colabora al Régimen en su finalidad anti elusiva, sino que incluso puede utilizarse para estructurar planeamientos tributarios elusivos.

Definamos en primer lugar, qué entendemos por elusión. En definitiva, existen múltiples definiciones de elusión en la doctrina, pero podemos decir que la mayoría coincide que la elusión es el ahorro tributario a través de la estructuración de negocios anómalos⁴². En nuestro caso, esta elusión podría generarse a través de la manipulación de precios de las transacciones. Nuestro Régimen evita tal manipulación, estableciendo un estándar para valorizar las transacciones bajo su ámbito de aplicación, más allá del precio que puedan pactar los contribuyentes.

Corresponde ahora preguntarnos, ¿es el perjuicio fiscal un elemento que ayuda a nuestro Régimen en su finalidad anti elusiva? ¿Qué elemento del Régimen evita la manipulación de precios? En estricto, consideramos que es el ALP el que evita que los contribuyentes puedan valorizar sus transacciones a efectos del IR pactando precios fuera del valor de mercado para beneficiarse, pues establece un estándar de valorización homogéneo para las transacciones en el ámbito de aplicación del Régimen.

⁴² Podemos citar, por ejemplo, a Bravo Cucci cuando señala que: *“una interpretación sistemática y acorde con los derechos y principios constitucionales, apunta a considerar como válida la asimilación de la elusión a los ahorros patológicos, es decir aquellos alcanzados a través de negocios anómalos”*.

BRAVO CUCCI, Jorge. Algunos comentarios con relación a la Norma XVI del Título Preliminar del Código Tributario. Revista 53, febrero 2013, p. 75.

En esa línea, Sotelo señala que la elusión tributaria *“consiste en utilizar las herramientas del derecho mismo (p. ej. El derecho contractual, el derecho mercantil, el derecho societario) para, de un modo artificial o artificioso, sortear o burlar los objetivos de las normas tributarias. Existe, (...) un ahorro tributario, pero mediante la utilización de ingenio, ardid o artimaña que construye o diseña abusivamente figuras o esquemas con fachada legal”*. SOTELO CASTAÑEDA, Eduardo. Nueva Cláusula Antielusiva General Tributaria. En: Revista Análisis Tributario, setiembre 2012, p. 24.

¿Ayuda el perjuicio fiscal al ALP a cumplir esta función? En nuestra opinión, el perjuicio fiscal sólo garantiza que los ajustes realizados en aplicación del Régimen no afecten la recaudación tributaria, lo que no implica necesariamente luchar contra la elusión tributaria⁴³. Al contrario, en ocasiones, el requisito del perjuicio fiscal protege la recaudación incluso a costa de valorizar transacciones fuera del valor de mercado determinado por el ALP, permitiendo que los contribuyentes puedan estructurar transacciones elusivas en los casos en los que el perjuicio fiscal evita la aplicación de ajustes, como veremos más adelante.

En suma, las finalidades del ALP y del perjuicio fiscal no sólo son distintas, sino que incluso pueden ser contradictorias en ciertas circunstancias. La manipulación de los precios en transacciones bajo el ámbito de aplicación del Régimen se evita con el ALP, mientras que el perjuicio fiscal únicamente protege la recaudación tributaria sin coadyuvar a la prevención de una potencial manipulación de precios. Por lo tanto, aun cuando admitimos que nuestro Régimen

⁴³ Fernández Origgi sostiene una equivalencia entre la protección de la recaudación tributaria y la lucha contra la elusión, señalando que *“no existe un fundamento válido para aplicar ajustes fiscales por precios de transferencia, donde no hay perjuicio en la recaudación”* y que *“La razonabilidad del régimen está dada por la necesidad de proteger la eventual erosión de la recaudación tributaria, evitando excesos de los contribuyentes por la vía de la manipulación de sus precios intercompany”*. FERNÁNDEZ ORIGGI, Italo. ¿Cuándo corresponde aplicar los ajustes fiscales por precios de transferencia?. En: PT - Precios de Transferencia (Junio 2008). IFA-Perú, p. 225-227.

Estamos respetuosamente en desacuerdo con tal posición pues, a nuestro parecer, son conceptos distintos. La lucha contra la elusión tributaria no pretende proteger la recaudación tributaria per se, sino hacerlo en aquellos casos en los que ésta se vea afectada por estructuras artificiosas o impropias. Por ejemplo, si no existiera el requisito de perjuicio fiscal, un contribuyente podría valorizar una transacción según el ALP y perjudicar al fisco, pero sin que esto signifique haber estructurado tal transacción de forma impropia o con ánimo elusivo. Consideramos esta distinción especialmente relevante, pues a diferencia de la prevención de la elusión tributaria, en nuestra opinión una mayor recaudación per se no está justificada.

tiene una finalidad anti elusiva, el perjuicio fiscal no es un elemento que le permita o ayude a cumplir ésta.



IV. El concepto de perjuicio fiscal en la legislación peruana

Como detallaremos a continuación, las primeras disposiciones que regularon el concepto de perjuicio fiscal se introdujeron en nuestra legislación con el Decreto Legislativo 945, siendo objeto de varias modificaciones el 2012⁴⁴. Actualmente, la principal disposición que regula el perjuicio fiscal se encuentra en el inciso c) del artículo 32-A de la Ley del IR:

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

(...)

c) Ajustes

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

La SUNAT podrá ajustar el valor convenido aun cuando no se cumpla con el supuesto anterior, si dicho ajuste incide en la determinación de un mayor impuesto en el país respecto de transacciones con otras partes vinculadas.

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

(...)”

Cabe señalar que el requisito de perjuicio fiscal fue adoptado por nuestra legislación siguiendo

⁴⁴ Cabe señalar que la regulación del perjuicio fiscal no sufrió cambios en la reforma tributaria del 2016, la cual si modificó otros aspectos de nuestro Régimen como las obligaciones formales o los métodos de valorización.

el antiguo artículo 16.1 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto de Sociedades español⁴⁵, el cual estipulaba que:

“1. La Administración tributaria podrá valorar, dentro del período de prescripción, por su valor normal de mercado, las operaciones efectuadas entre personas o entidades vinculadas cuando la valoración convenida hubiera determinado, considerando el conjunto de las personas o entidades vinculadas, una tributación en España inferior a la que hubiere correspondido por aplicación del valor normal de mercado o un diferimiento de dicha tributación (...)”.

Es importante considerar que esta norma española (i) fue derogada el 2006 y (ii) que el régimen español de precios de transferencia no establecía al perjuicio fiscal como una norma de base imponible.

- (i) El requisito de perjuicio fiscal fue derogado a fines del 2006, a través de la Ley 36/2006, básicamente por dos razones: en primer lugar, las dificultades prácticas que generaba en la aplicación del régimen de precios de transferencia español y, en segundo lugar, porque el perjuicio fiscal es un elemento ajeno al estándar OCDE y el principal objetivo de la reforma del 2006 era, como lo señalaba la Exposición de Motivos de la Ley mencionada, *“adaptar la legislación española en materia de Precios de Transferencia a las directrices de la OCDE sobre la materia y al Foro Europeo sobre Precios de Transferencia”*⁴⁶.

⁴⁵ GARCÍA SHRECK, Marcial. La regulación de los precios de transferencia en el Perú: se debe seguir avanzando. En: IUS ET VERITAS. Número 36, 2008; p. 434.

⁴⁶ Al respecto, véase MARTÍNEZ JIMÉNEZ, Adolfo J y José Manuel CALDERÓN CARRERO. Precios de transferencia. Lima: SUNAT, 2013, 1era edición.

- (ii) El ALP no era norma de base imponible en el antiguo régimen de precios de transferencia español. En tal régimen, únicamente la Administración Tributaria española podía realizar ajustes sobre la base imponible determinada por el precio convenido:

“En la legislación derogada los contribuyentes debían valorar esas operaciones por el precio pactado por las partes, que por tanto podía ser diferente al que resultara de la aplicación del valor de mercado a la operación realizada. (...) Además, no se permitía que el contribuyente pudiera corregir esa valoración realizando los correspondientes ajustes al resultado contable para determinar la base imponible en su declaración de sociedades. No podían salirse del valor otorgado a la operación en contabilidad.

Era la Administración Tributaria la que únicamente tenía la potestad de realizar esa corrección valorativa puesto que al sujeto pasivo en ningún caso se le atribuía la facultad de corregir los valores pactados en la operación. Curiosamente este criterio contrastaba con las otras normas de valoración especiales que se incluían en los artículos 15 y 17 del TRLIS en donde se imponía al sujeto pasivo a integrar en la base imponible las diferencias entre el valor contable y el valor de mercado de las operaciones incluidas en ellos”⁴⁷.

Por lo tanto, en el caso de la antigua legislación española, los ajustes eran una potestad para la Administración Tributaria, más no una obligación ni para ella, ni para

⁴⁷ GIL DEL CAMPO, Miguel; Francisco M. MELLADO BENAVENTE & Enrique MOLINA ALGUEA. La nueva ley de prevención del fraude fiscal. CISS, 1era edición, 2007, p.27.

el contribuyente. Al no encontrarnos ante una norma de base imponible, el perjuicio fiscal no generaba los mismos problemas constitucionales que, como veremos más adelante, genera en nuestro Régimen.

4.1. Génesis del régimen de precios de transferencia peruano e introducción del requisito de perjuicio fiscal

Si bien la regulación sobre precios de transferencia en el Perú tiene sus orígenes en la Ley 27034⁴⁸ (vigente desde el 01 de enero de 1999) y en la Ley 27356⁴⁹ (vigente desde el 01 de enero de 2001), es recién con el Decreto Legislativo 945⁵⁰, vigente desde el 01 de enero de 2004, que se introduce en la Ley del IR un verdadero régimen de precios de transferencia, adoptando en gran medida el estándar OCDE y consagrando definitivamente el ALP.

⁴⁸ A través de esta Ley se modificó el artículo 32 de la Ley del Impuesto a la Renta, incorporando el numeral 4 referido a transacciones entre partes vinculadas: *“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.”*

⁴⁹ A través de esta Ley se modificó el numeral 4 del artículo 32 de la Ley del IR y se añadió el numeral 5: *“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.”

⁵⁰ Publicado con fecha 23 de diciembre de 2003.

Esta nueva regulación se incluye a través de la introducción del artículo 32-A a la Ley, dedicado exclusivamente a las normas de precios de transferencia. Este incluyó la estructura actual de nuestro Régimen⁵¹ y, entre otras disposiciones, estableció en su inciso a) al perjuicio fiscal como un requisito para la aplicación de las normas de precios de transferencia⁵².

Posteriormente, a través del Decreto Supremo 190-2005-EF, vigente desde el 01 de enero de 2006⁵³, se introdujo en el Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta (en adelante, “el Reglamento”) el Capítulo XIX que precisaba los alcances de las normas de precios de transferencia del artículo 32-A de la Ley. Como parte de tal Capítulo se introdujo el artículo 108,

⁵¹ Se estableció una definición específica de partes vinculadas, se regularon la aplicación de ajustes, se esquematizó el análisis de comparabilidad, se detallaron los métodos aplicables, entre otros aspectos del Régimen.

⁵² “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*

*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.*

Las normas de precios de transferencia también serán 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. No son de aplicación para efectos de la valoración aduanera. (...) (énfasis agregado)

⁵³ Nótese que las normas de precios de transferencia en la Ley del IR estuvieron sin reglamentar dos años.

que especificaba el ámbito de aplicación de las normas de precios de transferencia y reiteraba al perjuicio fiscal como requisito para su aplicación⁵⁴.

El establecimiento del concepto de perjuicio fiscal en el ámbito de aplicación de las normas de precios de transferencia acarreó una serie de problemas de interpretación y aplicación práctica. El más evidente era cómo determinar las normas aplicables para comprobar el requisito del perjuicio fiscal. Si el perjuicio fiscal era un requisito para la aplicación de las normas de precios de transferencia, pero las normas de precios de transferencia debían determinar la existencia del perjuicio fiscal, nos encontrábamos ante una incoherencia lógica:

- (i) Si hubiésemos considerado que las normas de precios de transferencia debían aplicarse para determinar el perjuicio fiscal, entonces el perjuicio fiscal realmente no sería parte del ámbito de aplicación de las normas de precios de transferencia pues éstas se estarían aplicando previamente a la comprobación del requisito del perjuicio fiscal. Parecería que más bien se constituiría como un requisito para la aplicación de ajustes antes que un elemento que determine el ámbito de aplicación del Régimen.
- (ii) Si, por el contrario, hubiésemos considerado que las normas de precios de transferencia no debían aplicarse para determinar el perjuicio fiscal, ¿qué normas hubiésemos tenido que aplicar para determinarlo? ¿Las normas generales de valor de

⁵⁴ “Artículo 108.- *Ámbito de aplicación*

a) Las normas de precios de transferencia se aplicarán en los siguientes casos:

1) Cuando la valoración convenida por las partes determine, en el país y en el ejercicio gravable respectivo, un Impuesto a la Renta inferior al que hubiera correspondido por aplicación del valor de mercado.

Ocasionan una menor determinación del Impuesto, entre otros, la comprobación del diferimiento de rentas o la determinación de mayores pérdidas tributarias de las que hubiera correspondido declarar.(...)” (énfasis agregado).

mercado del artículo 32? ¿Eso no hubiera podido llevarnos, eventualmente, a la incongruencia de tener que aplicar las normas generales de valor de mercado del artículo 32 para determinar si las normas de precios de transferencia eran aplicables?

Como señalan Puga & Becerra, nos encontrábamos ante una situación ilógica:

“Interpretando el alcance de los señalado en los puntos anteriores [respecto al ámbito de aplicación del Régimen] llegamos a una situación un tanto extraña, ya que para verificar si estamos dentro del ámbito de aplicación de los PT debería realizarse algún tipo de análisis que nos permita comprobar si el valor determinado por las partes de un mismo grupo económico corresponde a uno de mercado. Vaya círculo virtuoso”⁵⁵.

De facto, los operadores del derecho asumieron la posición a), esto es, entender el perjuicio fiscal no como parte del ámbito de aplicación, sino como requisito para efectuar un ajuste de valor⁵⁶. Como veremos más adelante, en la reforma del 2012 esta posición se plasmó en la Ley del Impuesto a la Renta, reconociendo que no se podía concebir al perjuicio fiscal como un elemento que restringía el ámbito de aplicación del Régimen⁵⁷.

⁵⁵ PUGA DE LA ROCHA, Miguel & Fernando Becerra O’Phelan. Aproximaciones a los precios de transferencia. En: PT - Precios de Transferencia (Junio 2008). IFA-Perú, p. 380 y 381.

⁵⁶ Cuando en este artículo nos refiramos a ajuste o ajuste de valor, nos estaremos refiriendo al ajuste primario, también denominado ajuste inicial. Respecto a los distintos ajustes relacionados a las normas de precios de transferencia, véase TARTARINI TAMBURINI, Tulio. El ajuste secundario en materia de precios de transferencia, notas sobre su naturaleza y deficiente regulación en el Perú. En: IUS ET VERITAS 52, julio 2016; pp. 34-36.

⁵⁷ En efecto, la misma exposición de motivos del Decreto Legislativo 1112 reconoce que el perjuicio fiscal realmente no restringía el ámbito de aplicación del Régimen: *“La aparente restricción que el inciso a) del artículo 32-A de la Ley hace respecto de lo enunciado en el numeral 4) del artículo 32 no es tal; es decir, no restringe el ámbito de aplicación de las normas de precios de transferencia, toda vez que para evaluar*

Otro problema con la primera regulación del perjuicio fiscal fue el término “En todo caso”, empleado en el inciso a) del artículo 32-A. La estructura del inciso a) invitaba a considerar que las operaciones descritas expresamente luego de la regla general del perjuicio fiscal estarían dentro del ámbito de aplicación de las normas de precios de transferencia aun cuando no se comprobara el perjuicio fiscal respecto a tales operaciones.

Esta posición fue confirmada por la Administración Tributaria cuando se pronunció, a través del Informe No. 157-2007-SUNAT/2B0000, especificando que *“la expresión “en todo caso” denota “una no dependencia a la regla general”* y que, en consecuencia, el ajuste previsto en las normas de precios de transferencia será de aplicación:

- “a. Cuando la valorización convenida hubiera determinado un perjuicio fiscal en el país;*
- y,*
- b. Tratándose de los supuestos previstos en los numerales 1), 2) y 3) del inciso a) del artículo 32-A del TUO de la Ley del Impuesto a la Renta, sin que se haya determinado un menor Impuesto a la Renta”*

Si bien un sector mayoritario de la doctrina nacional se ha pronunciado en contra de la posición de la Administración Tributaria⁵⁸, nosotros coincidimos con esta última, pues consideramos que

si la valorización convenida determina o no un menor Impuesto en el país se requiere precisamente de la aplicación de tales normas. Por lo tanto, lo que el referido inciso a) define no es el ámbito de aplicación de las referidas normas, sino en qué supuestos la valorización convenida por las partes debe ser ajustada al valor que resulte de aplicar las normas de precios de transferencia”

⁵⁸ Por ejemplo, García Schreck señala que *“no ha de bastar para que sean permitidos tales ajustes que nos encontremos en los supuestos específicos señalados en los numerales 1, 2, y 3 del inciso a del artículo 32-A, sino que es preciso además que el precio acordado por las partes haya determinado una tributación*

la expresión “en todo caso” es inequívoca, y que la interpretación tributaria, si bien debe tomar en cuenta la finalidad de la norma y otros elementos de las fuentes de interpretación pertinentes, no debería escapar del enunciado lingüístico de la norma, en especial cuando éste ha sido expresado de forma tan contundente.

Como veremos a continuación, los problemas de interpretación y aplicación relacionados a la inclusión de perjuicio fiscal en el ámbito de aplicación del régimen de precios de transferencia fueron solucionados con la reforma del 2012, que trasladó el concepto del ámbito de aplicación del régimen a la regulación de ajustes de valor, constituyéndose como un requisito para la aplicación de estos ajustes.

4.2. La reforma del 2012: El perjuicio fiscal como requisito para el ajuste de valor

En el año 2012 se aprobaron varios Decretos Legislativos que modificaron nuestro Régimen: los Decretos Legislativos 1112, 1116, 1120 y 1124⁵⁹. Estas modificaciones se promulgaron en razón

menor o un diferimiento de dicha tributación en el Perú”. El autor argumenta que (i) “el simple uso de la expresión «en todo caso» no implica necesariamente que ambas reglas - la general y la especial- sean excluyentes”, (ii) que “no existe motivo alguno que justifique regulaciones de precios de transferencia de diferente alcance” y (iii) que la posición de la Administración Tributaria “supondría vaciar de contenido a la referida «regla general», lo que no parece ser la voluntad de la ley”. GARCÍA SHRECK, Marcial. La regulación de los precios de transferencia en el Perú: se debe seguir avanzando. En: IUS ET VERITAS. Número 36, 2008; p. 434-437.

Al respecto, véase también MUÑOZ SALGADO, Silvia. Precios de Transferencia en el Perú: Algunas Reflexiones sobre el Ámbito de Aplicación (Segunda Parte). En: Análisis Tributario. Número 223, Agosto 2006; p. 17; y VILLANUEVA GUTIERREZ, Walker. Comentarios al Reglamento de Precios de Transferencia. En: Análisis Tributario. Número 216, Enero 2006; pp.30-31.

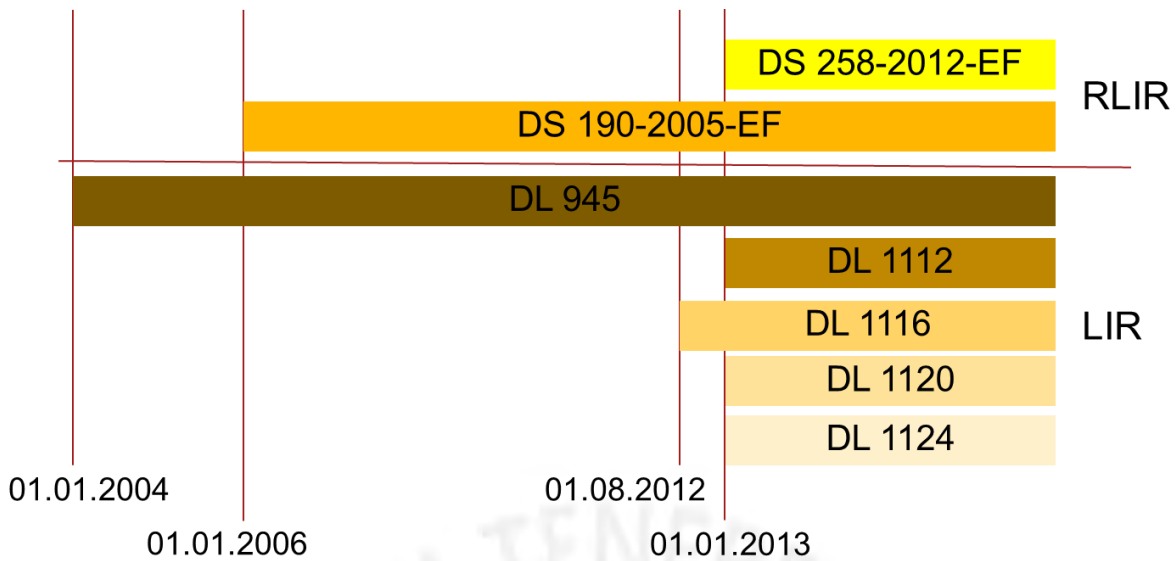
⁵⁹ La principales modificaciones de los mencionados Decretos Legislativos fueron las siguientes:

de la Ley 29884 que delegó facultades al Ejecutivo y entraron en vigencia el 01 de enero de 2013 (excepto el Decreto Legislativo 1116, que entró en vigencia el 01 de agosto de 2012, pues regulaba el Impuesto General a las Ventas).

Posteriormente a la promulgación de los mencionados Decretos Legislativos, se modificaron las disposiciones reglamentarias del Régimen con el Decreto Supremo 258-2012-EF, el cual entró en vigencia el 01 de enero de 2013, al mismo tiempo que los Decretos Legislativos que reglamentaba.



-
- Decreto Legislativo 1112: Modificó el ámbito de aplicación de las normas de precios de transferencia y la regulación de los ajustes, acuerdos anticipados de precios y obligaciones formales.
 - Decreto Legislativo 1116: Derogó la aplicación de las normas de precios de transferencia para la aplicación del Impuesto General a las Ventas.
 - Decreto Legislativo 1120: Reguló la aplicación del método del precio comparable no controlado (PCNC) en casos de *commodities* y bienes cuyo precio se fijara tomando como referencia el valor de cotización de un *commodity*.
 - Decreto Legislativo 1124: Modificó la regulación de los ajustes (para que se pueda evaluar el perjuicio fiscal respecto a terceros) y del análisis de comparabilidad.



Las mencionadas modificaciones legislativas, a las que en conjunto llamaremos la reforma del 2012, modificaron sustancialmente la regulación del concepto de perjuicio fiscal.

La reforma del 2012 eliminó cualquier mención sobre el concepto de perjuicio fiscal en el ámbito de aplicación del régimen de precios de transferencia y lo introdujo como requisito para que la Administración Tributaria pueda proceder a ajustar el valor convenido entre las partes en concordancia con las normas de precios de transferencia. Esta modificación se realizó en los artículos pertinentes de la Ley del Impuesto a la Renta (inciso c) del artículo 32-A) y de su Reglamento (artículo 109), como se puede apreciar a continuación:

“Artículo 32-A.- (...):

(...)

c) Ajustes

*Sólo procederá ajustar el valor 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. **La SUNAT podrá ajustar el valor convenido aun cuando no se cumpla con el supuesto anterior, si dicho ajuste incide en la determinación de un mayor impuesto en el país respecto de transacciones con otras partes vinculadas.***

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

Norma general de perjuicio fiscal

Adición del DL 1124 (Ampliación de facultades SUNAT)

Análisis transaccional del perjuicio fiscal

“Artículo 109.- Ajustes

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

a) Se entenderá que ocasionan una menor determinación del Impuesto, entre otros, la comprobación del diferimiento de rentas o la determinación de mayores pérdidas tributarias de las que hubiera correspondido declarar.

Definición de menor determinación del Impuesto

De esta forma, el problema del ámbito de aplicación descrito anteriormente quedó resuelto: el concepto de perjuicio fiscal no sería relevante para el ámbito de aplicación de las normas de precios de transferencia en su conjunto, que ahora dependería de la operación bajo análisis (si ésta se realizó entre partes vinculadas o hacia o a través de países o territorios de baja o nula imposición⁶⁰), sino sólo para la aplicación del ajuste de valor.

⁶⁰ “a) *Ámbito de aplicación*

Las normas de precios de transferencia serán de aplicación a las transacciones realizadas por los contribuyentes del impuesto con sus partes vinculadas o a las que se realicen desde, hacia o a través de países o territorios de baja o nula imposición. (...)”

Así, a través de la reforma del 2012 se especificó que solo procederán ajustes si se comprueba el perjuicio fiscal (recordemos que previamente, y siguiendo la posición de la Administración Tributaria, existían casos en los que el perjuicio fiscal era irrelevante para la aplicación del ajuste de valor). Pero además, la reforma del 2012 (i) especificó la metodología para evaluar el perjuicio fiscal de las transacciones y (ii) amplió las facultades de la Administración Tributaria para ajustar el valor de las mismas.

(i) **La evaluación del perjuicio fiscal depende de cómo se aplique el método de valorización correspondiente**

Previamente a la reforma del 2012, el Régimen regulaba la aplicación de ajustes muy escuetamente y no especificaba de qué forma debía realizarse el análisis del perjuicio fiscal. En particular, el Régimen no especificaba si se debía determinar el perjuicio fiscal considerando todas las transacciones con partes vinculadas o si debía analizarse el perjuicio fiscal transacción por transacción. Por ello, en el Informe No. 208-2007-SUNAT/2B0000, la Administración Tributaria, atendiendo al carácter anual del Impuesto a la Renta, interpretó que la determinación del perjuicio fiscal respecto a tal Impuesto solamente se podía establecer al final del ejercicio gravable, considerando todos los resultados computables a incluir en la base imponible del tributo.

En consecuencia, la Administración Tributaria concluyó que *“para evaluar si existe un Impuesto a la Renta inferior al que hubiera correspondido por aplicación de valor del mercado, **deben tomarse en cuenta todas las transacciones efectuadas entre las partes vinculadas**, sin limitarse a considerar únicamente las transacciones*

realizadas a valor inferior al de mercado, **más aún si las normas citadas no contienen una restricción en tal sentido**” (énfasis agregado)

En nuestra opinión, este criterio dejó de ser aplicable con la reforma del 2012, pues a través del Decreto Legislativo 1112 se especificó en la regulación del ajuste de valor que para la evaluación del perjuicio fiscal “se tomará en cuenta el efecto que, **en forma independiente, cada transacción o conjunto de transacciones -según se haya efectuado la evaluación, en forma individual o en conjunto, al momento de aplicar el método respectivo-** genera para el Impuesto a la Renta de las partes intervinientes”.⁶¹ Así, la modificación del Decreto Legislativo 1112 establecía que aun cuando existieran muchas transacciones fuera del rango determinado por las normas de precios de transferencia, sólo se considerarían a efectos del ajuste a aquellas que perjudiquen al fisco, analizándolas de forma absolutamente independiente⁶².

Como analizaremos más adelante, nuestro régimen de precios de transferencia no define el término “transacción” y menos aún el término “conjunto de transacciones”, pero si establece la metodología de análisis del régimen: el análisis transaccional. Por ello, en nuestra opinión, cuando la norma señala que el análisis del perjuicio fiscal se hará “según se haya efectuado la evaluación (...) al momento de aplicar el método respectivo” está haciendo una remisión a la regulación del análisis transaccional del artículo 112 del RLIR, que establece que la determinación del valor de mercado se

⁶¹ Inciso c) del artículo 32-A

⁶² En esa línea, la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1112 indica que “para determinar si existe un menor Impuesto en el país como consecuencia de que el valor convenido difiere del que resultaría en aplicación de las normas de precios de transferencia, se debe verificar el efecto que produce para el Impuesto la sobre o subvaluación de la transacción, **como si ésta fuera la única que hubiese realizado en el ejercicio cada parte interviniente**” (énfasis agregado).

realizará aplicando el método más apropiado a cada transacción, excepto cuando no sea posible efectuar una evaluación independiente de cada transacción:

“Artículo 112.- Análisis Transaccional

*La determinación del valor de mercado se realizará **transacción por transacción**, cuando corresponda, de acuerdo al método que resulte más apropiado, excepto en los casos en los que las transacciones separadas se encuentren **estrechamente relacionadas** o se trate de operaciones continuadas en las que **no es posible** efectuar una evaluación independiente de cada transacción, en cuyo caso la evaluación de las transacciones se realizará en forma conjunta usando un mismo método.*

*En aquellos casos en que **varias transacciones hayan sido contratadas de forma integrada** corresponderá efectuar una evaluación separada de las mismas a fin de determinar independientemente el valor de mercado para cada elemento, para posteriormente determinar si el valor de la transacción de forma integrada, sería el que hubiesen pactado partes independientes.” (énfasis agregado)*

Más adelante evaluaremos como esta forma de evaluar el perjuicio fiscal vulnera de forma particularmente gravosa los principios constitucionales tributarios y genera una serie de contradicciones.

(ii) **Ampliación de las facultades de la SUNAT para ajustar el valor**

Previamente, a la introducción del Decreto Legislativo 1124, la SUNAT sólo tenía la facultad de ajustar el valor si estimaba que existía un perjuicio fiscal a partir del análisis del efecto tributario de la transacción respecto a las partes de tal transacción. En esa línea, en el ya citado Informe 208-2007-SUNAT/2B0000, la Administración Tributaria concluyó que:

*“Para propósito de establecer si, en los términos del inciso a) del artículo 32-A del TUO de la Ley del Impuesto a la Renta, existe un Impuesto a la Renta inferior al que hubiera correspondido por aplicación del valor de mercado, considerando el carácter bilateral del ajuste, ello sólo podrá ser estimado apreciando de modo conjunto el impacto sobre la determinación del Impuesto a la Renta de **las partes intervinientes**.”*

Con la introducción del Decreto Legislativo 1124 se ampliaron las facultades de la SUNAT para realizar ajustes al valor de las operaciones, pues según el nuevo inciso c), no sólo deberá analizarse el impacto de la valorización del contribuyente respecto a las partes de la operación, sino también el impacto en terceros vinculados. Así, el Decreto Legislativo introdujo el siguiente enunciado en el inciso c):

“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.”

Por tanto, si el ajuste en cierta operación genera un mayor gravamen respecto a otras partes vinculadas, la SUNAT podrá realizarlo, aun cuando no se evidencie perjuicio fiscal respecto a las partes de la transacción materia de ajuste⁶³.

La Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1124 señala que la problemática que se pretende resolver es que *“en determinadas circunstancias, al neutralizarse los efectos contrarios (un mayor impuesto para una de las partes que a su vez conlleva a un menor impuesto para la otra parte, ambos por el mismo importe), finalmente no corresponda llevar a cabo los ajustes. Sin embargo, situaciones de transferencias de beneficios al exterior quedan sin corrección”*.

En nuestra opinión, la forma en la que se enuncia la modificación del Decreto Legislativo 1124 permite extender la aplicación de estos ajustes no sólo a transferencias de beneficios al exterior, sino a cualquier transacción doméstica o internacional, que no siendo tributariamente perjudicial *per se*, tienen un impacto en transacciones de otras etapas de la cadena productiva que termina afectando negativamente al fisco. Más adelante expondremos las dificultades que esta modificación presenta en su aplicación práctica y cómo consideramos que presenta una solución engorrosa a un problema que el mismo perjuicio fiscal generó.

⁶³ Nótese que, a efectos de esta modificación, se eliminó la frase “de las partes intervinientes” que había introducido el Decreto Legislativo 1112 al final del párrafo.

V. ¿El doble estándar que genera el perjuicio fiscal resulta inconstitucional?

Es necesario recordar que el régimen de precios de transferencia establece una metodología particular para determinar el valor de mercado. Como bien señala Arana, el valor de mercado es un “concepto jurídicamente indeterminado” que establece “una regla de valoración a seguir por los contribuyentes en la realización de sus actividades económicas, de modo tal que dichos sujetos pasivos no soslayen su carga fiscal”⁶⁴. En otras palabras, es un estándar para determinar la base imponible y, por tanto, el aspecto mensurable de la hipótesis de incidencia⁶⁵ en el caso particular de las transacciones realizadas por los contribuyentes del IR con sus partes vinculadas o las que realicen desde, hacia o través de países o territorios de baja o nula imposición.

Este estándar señala, en términos sencillos, que la base imponible del Impuesto a la Renta aplicable a una operación se determinará en aplicación del ALP, más allá del precio pactado. En esa línea, el ajuste de valor establecido en las normas de precios de transferencia no debería ser otra cosa que la correcta determinación del valor de mercado a efectos de la base imponible del Impuesto a la Renta. No obstante, el requisito del perjuicio fiscal para la aplicación de ajustes se constituye en una excepción al ALP que permite valorizar ciertas transacciones al precio que

64 ARANA YANCES, Daniel. *¿Cuánto le Cuesta, Cuánto le Vale? Acerca de la Regla de Valor de Mercado en la Legislación Tributaria Nacional*. En: *Derecho & Sociedad* 34, p. 287.

65 “El aspecto mensurable de la hipótesis de incidencia expresa la parte cuantitativa de la obligación tributaria; es decir, la forma como se valoran las situaciones o hechos económicos gravados por el tributo y, en consecuencia, la manera en que se determina el monto a pagar.

El aspecto mensurable no es propiamente un aspecto distinto a los cuatro antes mencionados; sino que forma parte del aspecto material, pues este describe el objeto del tributo y este, como se sabe, debe poder expresarse en términos monetarios. (...) La base imponible es la expresión en valor monetario del hecho gravado”. SEVILLANO CHÁVEZ, Sandra. *Lecciones de Derecho Tributario: Principios Generales y Código Tributario*. Lima: Fondo Editorial PUCP, p. 164.

se pactaron. Por lo tanto, como explicaremos a continuación, el perjuicio fiscal termina **estableciendo un doble estándar a través del cual se admite la determinación del Impuesto a la Renta sobre el valor convenido entre las partes, aun cuando este no se encuentre a valor de mercado y aun cuando no se adecue al ALP.**

Este doble estándar es claramente apreciable cuando revisamos el enunciado que regula los ajustes:

“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”. (énfasis agregado)*

Así, el inciso c) del artículo 32-A establece dos posibles bases imponibles para la misma operación: (i) una determinada por el valor convenido por las partes (este o no a valor de mercado) y (ii) otra determinada por el valor de mercado según el ALP y el Régimen. Es por ello que consideramos necesario preguntarnos: ¿tiene sentido que un régimen tenga una norma especial que contravenga de forma tan explícita una disposición tan fundamental de tal régimen? Especialmente teniendo en cuenta el número elevado de transacciones que se encuentren bajo el ámbito de aplicación del régimen y que no cumplirían el requisito del perjuicio fiscal, encontramos especialmente llamativa la regulación del perjuicio fiscal. No encontramos, *prima facie*, un argumento que nos permita defender un requisito que se aleja diametralmente del ALP, piedra angular del régimen de precios de transferencia.

A nuestro juicio, tal contradicción sólo podría comprenderse si el perjuicio fiscal tuviera una justificación constitucional tal que permitiera esta falta de coherencia interna del Régimen. En

consecuencia, llegados a este punto es conveniente realizar el análisis de los principios constitucionales tributarios que inspiran nuestro Régimen y en particular el perjuicio fiscal.

5.1. Justificación constitucional del perjuicio fiscal y principios constitucionales tributarios en conflicto. Ponderación.

Si bien es claro que el perjuicio fiscal establece un doble estándar, conviene recordar que no toda diferenciación equivale a una vulneración al principio de igualdad ante la ley. Tal diferenciación podría tener un motivo constitucionalmente legítimo y por tanto el principio de igualdad deberá ponderarse con otros. Por otro lado, deberemos analizar la posibilidad que estos estándares de valorización impliquen la vulneración de principios constitucionales tributarios tales como el principio de capacidad contributiva y el principio de no confiscatoriedad. Debemos pues, como primer paso de este análisis, identificar que principios constitucionales inspiran las disposiciones bajo análisis, a efectos de realizar la ponderación correspondiente y, finalmente, determinar si el perjuicio fiscal resulta inconstitucional o en qué casos podría resultar inconstitucional.

La Constitución de 1993 consagra en su artículo 74⁶⁶ los principios constitucionales tributarios,

⁶⁶ “Artículo 74°. Los tributos se crean, modifican o derogan, o se establece una exoneración, exclusivamente por ley o decreto legislativo en caso de delegación de facultades, salvo los aranceles y tasas, los cuales se regulan mediante decreto supremo.

*Los gobiernos locales pueden crear, modificar y suprimir contribuciones y tasas, o exonerar de 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 efecto confiscatorio.***

Los decretos de urgencia no pueden contener materia tributaria. Las leyes relativas a tributos de periodicidad anual rigen a partir del primero de enero del año siguiente a su promulgación. Las leyes de presupuesto no pueden contener normas sobre materia tributaria.

“entendidos como directrices que proveen criterios para el ejercicio discrecional de la potestad tributaria del Estado”⁶⁷.

La Constitución reconoce expresamente tres principios constitucionales tributarios en el mencionado artículo 74: (i) reserva de ley, (ii) igualdad y (iii) no confiscatoriedad. Además, enfatiza la exigencia constitucional de que la potestad tributaria del Estado se ejerza respetando los derechos fundamentales de la persona⁶⁸.

Cabe señalar que los principios mencionados no son de ninguna forma los únicos principios tributarios reconocidos constitucionalmente. Como ha especificado reiteradamente el Tribunal Constitucional, los principios constitucionales tributarios pueden tener reconocimiento expreso o

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

⁶⁷ LANDA ARROYO, César. Los principios tributarios en la Constitución de 1993. Una perspectiva constitucional. En: Temas de Derecho Tributario y de Derecho Público. Libro Homenaje a Armando Zolezzi Moller. Lima: Palestra, 2006, p.40

⁶⁸ En la línea de Sevillano y separándonos de otros autores como Landa, consideramos que el respeto de los derechos fundamentales “no es un verdadero principio tributario, sino una exigencia del Estado de Derecho y piedra angular en el Estado constitucional” y que “a pesar de no ser un principio tributario, no está demás que siendo una materia transversal a todo el orden jurídico, se haya querido poner de relieve que el legislador tributario no debe olvidar que, por encima de cualquier consideración fiscal, debe imponerse el respeto por los derechos fundamentales de las personas”.

Especifica Sevillano que entre los derechos fundamentales que se vinculan con la potestad tributaria se encuentran “la reserva tributaria que resguarda la no divulgación de la información recabada por razones de pago de los tributos; la inviolabilidad de domicilio; la reserva e inviolabilidad de comunicaciones y documentos privados, el libre tránsito (no es posible limitar este derecho con la imposición o cobro de un tributo); la libertad y seguridad personales (no hay prisión por deudas); entre otros”. SEVILLANO CHAVEZ, Sandra. Lecciones de Derecho Tributario: Principios Generales y Código Tributario, p. 115. Véase también, LANDA ARROYO, César. Los principios tributarios en la Constitución de 1993. Una perspectiva constitucional. En: Temas de Derecho Tributario y de Derecho Público. Libro Homenaje a Armando Zolezzi Moller. Lima: Palestra, 2006

pueden ser principios implícitos que se derivan del propio texto constitucional.⁶⁹

De hecho, muchos principios tributarios de especial relevancia no están expresamente consagrados en la Constitución y, sin embargo, han sido reconocidos en reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional y tienen plena vigencia en el ordenamiento jurídico. Podemos citar como ejemplos el principio de capacidad contributiva, el principio de solidaridad o el principio de seguridad jurídica.

Dada la naturaleza del presente trabajo, no profundizaremos en el contenido de todos los principios constitucionales tributarios, sino que nos enfocaremos en identificar aquellas disposiciones constitucionales que podrían servir de sustento o que podrían verse vulneradas por el requisito del perjuicio fiscal en el Régimen.

5.1.1. Los principios constitucionales tributarios en el conflicto entre el perjuicio fiscal y el ALP

Hemos identificado, de forma preliminar, cinco disposiciones constitucionales que entran en colisión entre ellas por la presencia del perjuicio fiscal como requisito para la aplicación de ajustes en el Régimen. Por un lado, el principio de igualdad, capacidad contributiva y no confiscatoriedad y por el otro, el principio de solidaridad y el deber de contribuir. En nuestra opinión, la vulneración del principio de igualdad es más claramente identificable, por lo que analizaremos, en primer lugar, su ponderación con el principio de solidaridad y el deber de contribuir. Posteriormente,

⁶⁹ El Tribunal Constitucional, en la STC 033-2004-AI/TC señala respecto a los principios constitucionales tributarios que: *“Estos principios, reconocidos expresamente en la Constitución Política o los que con carácter implícito se derivan del propio texto constitucional, son considerados como límites materiales del poder tributario sobre los cuales se estructura el sistema tributario”*

evaluaremos la ponderación entre éstos últimos y el principio de capacidad contributiva y no confiscatoriedad.

5.1.1.1. Vulneración del principio de igualdad

Como hemos señalado, no toda diferenciación es inconstitucional⁷⁰. Ciertamente existen tratamientos diferenciados basados en justificaciones constitucionalmente válidas y que más bien permiten el cumplimiento del principio de igualdad, pues un tratamiento igual para situaciones distintas devendría también en inconstitucional. Por lo tanto, a efectos de determinar la vulneración del principio de igualdad es necesario incidir en la ausencia de un criterio razonable que permita diferenciar los supuestos de hecho que son objeto de un trato diferenciado. Desde el punto de vista contrario, a efectos de defender la constitucionalidad del trato diferenciado se deberá demostrar la existencia de una diferencia objetiva, acorde a la finalidad de la norma y compatible con la Constitución⁷¹.

El Tribunal Constitucional, a través de diversas sentencias⁷², ha especificado la metodología a seguir para analizar la constitucionalidad de un supuesto de eventual contravención al principio de igualdad: el test de proporcionalidad. Existe consenso respecto a que, en el Perú, fue la

⁷⁰ En esa línea, Landa señala que el principio de igualdad en materia tributaria debe entenderse esencialmente *“en el sentido que las situaciones económicas iguales deben ser tratadas de la misma manera y, a la inversa, situaciones económicamente disímiles, deben recibir un trato diferenciado. En tal sentido, el principio de igualdad no prohíbe cualquier desigualdad, sino aquella que deviene en discriminatoria por carecer de razonabilidad y de justificación objetiva”*. LANDA ARROYO, César. Los principios tributarios en la Constitución de 1993. Una perspectiva constitucional. En: Temas de Derecho Tributario y de Derecho Público. Libro Homenaje a Armando Zolezzi Moller. Lima: Palestra, 2006, p.44.

⁷¹ Véase la sentencia recaída en los Expedientes No. 001-2004-AI/TC y 002-2004-AI/TC (acumulados).

⁷² Sentencias del Tribunal Constitucional 0045-2004-AI/TC, 004-2006-AI/TC, 0025-2005-AI/TC, 0026-2005-AI/TC y 0018-2003-AI/TC.

sentencia 0045-2004-PI-TC la que dio forma final al test de proporcionalidad, estableciendo los seis pasos a aplicar en tal test:

- a) Determinación del tratamiento legislativo diferente: la intervención en la prohibición de discriminación.
- b) Determinación de la “intensidad” de la intervención en la igualdad.
- c) Determinación de la finalidad del tratamiento diferente (objetivo y fin).
- d) Examen de idoneidad.
- e) Examen de necesidad.
- f) Examen de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.

Como indica Rubio, “es importante recordar que los inicios del test de proporcionalidad en nuestra jurisprudencia estuvieron directamente ligados al derecho de igualdad”⁷³. Es en parte por ello que las seis etapas del test que utilizaremos para analizar al perjuicio fiscal no han sido aplicadas siempre de forma regular por el Tribunal Constitucional. La primera etapa es propia de los casos en los que la controversia se centra en el principio de igualdad y por tanto, no será aplicable en nuestro análisis de los principios de no confiscatoriedad y capacidad contributiva, en el que únicamente consideraremos las siguientes cinco etapas.

Previamente a aplicar el test de proporcionalidad, cabe recordar que “en caso de que en un determinado paso del test se encuentre una inconstitucionalidad, el razonamiento concluye sin realizar las etapas siguientes, pues la inconstitucionalidad encontrada es motivo suficiente (...)”⁷⁴.

⁷³ RUBIO CORREA, Marcial. El test de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano. Fondo Editorial PUCP, 2011, p. 22.

⁷⁴ RUBIO CORREA, Marcial. El test de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano. Fondo Editorial PUCP, 2011, p. 26.

Por lo tanto si la norma bajo análisis no supera alguno de los pasos del test, no se deberá continuar con los siguientes. Como especifica el Tribunal Constitucional, *“se trata de un test escalonado, en cuanto se examina la medida de intervención de la libertad en diferentes niveles. Así, si es que la medida no satisface uno de los niveles, no será necesario continuar con el examen, ya que ello determinará la inconstitucionalidad de la medida”*⁷⁵.

A efectos de analizar la posible vulneración del principio de igualdad, utilizaremos como referencia la descripción de los seis pasos que realiza el Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Expediente No. 6626-2006-PA/TC, los cuales fueron empleados para determinar la constitucionalidad de las distintas tasas aplicadas en el régimen de percepciones del IGV:

“Primer paso: Verificación de la diferencia normativa

En esta etapa, debe analizarse si el supuesto de hecho acusado de discriminación es igual o diferente del supuesto de hecho que sirve de término de comparación (tertium comparationis). De resultar igual, la medida legislativa que contiene un tratamiento diferente deviene en inconstitucional por tratar de modo diferente a dos supuesto de hecho similares. De resultar diferente, entonces debe proseguirse con los siguientes pasos del test.

Segundo Paso: Determinación del nivel de intensidad de la intervención en la igualdad, que puede dividirse en distintos grados:

⁷⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente No. 0016-2009-PI-TC.

a) *Intensidad grave.- Cuando la discriminación se sustenta en los motivos proscritos por el artículo 2.2 de la Constitución (origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) y, además, tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho fundamental (v.gr. derecho a la participación política) o un derecho constitucional.*

b) *Intensidad media.- Cuando la discriminación se sustenta en los motivos proscritos por el artículo 2.2 de la Constitución, y, además, tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho de rango meramente legal o el de un interés legítimo.*

c) *Intensidad leve.- cuando la discriminación se sustenta en motivos distintos a los proscritos por la propia Constitución, y, además, tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho de rango meramente legal o el de un interés legítimo.*

Tercer Paso: Verificación de la existencia de un fin constitucional en la diferenciación.

La existencia de una diferente regulación normativa o de un trato distinto debe ser apreciada en relación con la finalidad constitucional de la medida legal adoptada sobre determinada materia. El establecimiento de una diferenciación jurídica ha de perseguir siempre un fin constitucional. Si la medida legislativa que establece un trato diferente a supuestos de hecho diferentes no contiene un fin constitucional, entonces tal medida resulta inconstitucional. Si contiene un fin constitucional, entonces corresponde dar el siguiente paso.

Subprincipios

Cuarto Paso: Examen de idoneidad

Este paso exige que la medida legislativa que establece la diferencia de trato deba ser congruente con el fin legítimo que se trata de proteger. En otras palabras, se evalúa si la medida legislativa es idónea para conseguir el fin pretendido por el Legislador. Por el contrario, si se verifica que la medida adoptada por el Legislador no guarda ninguna relación con el fin que trata de proteger, esta limitación resultará inconstitucional.

Quinto Paso: Examen de necesidad

En esta etapa, debe analizarse si existen medios alternativos al optado por el Legislador que no sean gravosos o al menos lo sean en menor intensidad. Se comparan dos medios idóneos, el optado por el Legislador y el hipotético alternativo.

Sexto Paso: Examen de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación

De acuerdo con el examen de proporcionalidad en sentido estricto, también conocido con el nombre de ponderación, para que una intromisión en un derecho fundamental sea legítima, el grado de realización de la finalidad legítima de tal intromisión debe ser, por lo menos, equivalente al grado de afectación del derecho fundamental.⁷⁶

⁷⁶ Continúa la referida Sentencia señalando que: “En otros términos la proporcionalidad en sentido estricto exige la comparación entre dos pesos o intensidades: 1) aquel que se encuentra en la realización del fin de la medida legislativa diferenciadora; y, 2) aquel que radica en la afectación del derecho fundamental de

Partiendo de esta estructura, procederemos a determinar si el doble estándar que genera el requisito del perjuicio fiscal vulnera el principio de igualdad.

Primer paso: Verificación de la diferencia normativa

Como señala Rubio, “esta etapa del test debe ser trabajada cuando (...) existen en el caso concreto dos normas, una general con un supuesto de hecho de contenido genérico, y otra de carácter especial o particular que, dentro de aquel supuesto de contenido genérico, introduce una especificación”⁷⁷. Por lo tanto, no solo debemos identificar una diferencia normativa cualquiera, sino “el género a partir del cual se ha especificado la diferencia normativa. Si no hay semejanza en el género, y hay dos consecuencias distintas para dos supuestos también distintos, se trata de dos normas diferentes entre sí que no afectan el derecho de igualdad”⁷⁸.

En nuestro caso, el supuesto de hecho de contenido genérico es la realización de una transacción sujeta al Régimen. La norma del perjuicio fiscal diferencia el supuesto de hecho específico de

que se trate, de manera que la primera de estas deba ser, como se ha mencionado, por lo menos, equivalente a la segunda.

Debe advertirse que conforme se expuso en la STC 0045-2004-AI/TC, la forma de aplicación de los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto o ponderación ha de ser sucesiva. Primero, se ha de examinar la idoneidad de la intervención; si la intervención en la igualdad –el trato diferenciado– no es idónea, entonces será inconstitucional; por tanto, no corresponderá examinarlo según el subprincipio de necesidad. Por el contrario, si el trato diferenciado –la intervención– fuera idóneo, se procederá a su examen de acuerdo con el subprincipio de necesidad. Si aun en este caso, el trato diferenciado superara el examen bajo este principio, corresponderá someterlo a examen de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.”

⁷⁷ Rubio, p. 30

⁷⁸ Rubio, p. 34

una transacción sujeta al Régimen cuya valorización no genere perjuicio fiscal y establece que tal supuesto de hecho específico tendrá una consecuencia jurídica distinta a la del supuesto de hecho general: ya no será valorizada según el ALP, sino según el precio pactado.

Por lo expuesto, se comprueba que nos encontramos ante supuestos distintos, en tanto el Régimen establece una diferencia entre las transacciones que generan perjuicio fiscal y las que no lo generan. En consecuencia, el término de comparación que será objeto de análisis (*tertium comparationis*) será el perjuicio fiscal generado por una transacción sujeta al Régimen. Verificada la diferencia normativa, corresponde analizar en los pasos subsiguientes si tal diferenciación se justifica constitucionalmente.

Segundo Paso: Determinación del nivel de intensidad de la intervención en la igualdad

Es preciso señalar que nos encontramos en desacuerdo con la forma en la que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha determinado el nivel de intensidad de la intervención en la igualdad en sus sentencias. Como se ha expuesto, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha señalado que la intervención será de intensidad leve cuando *“la discriminación se sustenta en motivos distintos a los proscritos por la propia Constitución”*, haciendo referencia a los motivos expresamente establecidos en el artículo 2 inciso 2 de la Constitución:

“Toda persona tiene derecho: [...] 2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole [...]”

Cuando el referido inciso señala que está proscrita la discriminación de *“cualquier otra índole”* está prohibiendo toda discriminación, sea cual sea su motivación. Como señala Rubio, *“la*

*afirmación final de que se prohíbe constitucionalmente cualquier discriminación de cualquier otra índole, hace que toda discriminación sea igualmente inconstitucional, no importando la razón por la que se discrimine*⁷⁹

Dicho esto, si seguimos el criterio del Tribunal Constitucional, en nuestro caso la diferencia de trato no se sustenta en un motivo expresamente proscrito por el artículo 2.2 de la Constitución y tiene como consecuencia el impedimento del goce de un interés legítimo (aplicar el ALP como estándar de valorización a efectos del IR a todas las transacciones bajo el ámbito de aplicación del Régimen). En consecuencia, el grado de intervención legislativa en la igualdad debería ser calificado como *leve*.

Tercer Paso: Verificación de la existencia de un fin constitucional en la diferenciación.

Como hemos señalado previamente, el requisito del perjuicio fiscal pretende tener una finalidad anti elusiva, aunque en nuestra opinión el perjuicio fiscal no coadyuva a evitar la elusión tributaria sino únicamente a proteger la recaudación tributaria. No obstante, en este paso debemos limitarnos a evaluar la constitucionalidad de los fines alegados⁸⁰, toda vez que la idoneidad del perjuicio fiscal para cumplir tales fines será evaluada en el siguiente paso.

⁷⁹ Rubio, p.42

⁸⁰ Según Rubio, en este paso no corresponde analizar si la medida bajo análisis realmente persigue el fin alegado, sino únicamente identificar claramente el fin propuesto y si este fin es constitucional. Véase RUBIO CORREA, Marcial. El test de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano. Fondo Editorial PUCP, 2011, p. 49-60.

Cabe señalar que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional⁸¹ ha establecido que un fin constitucional no requiere ser un bien o valor expresamente contenido en la Constitución. Se considerará un fin constitucional a cualquiera que no entre en disonancia con la Constitución, aunque no tenga rango propiamente constitucional. En otras palabras, el “fin buscado no debe estar necesariamente señalado de manera expresa en el texto constitucional, pero debe ser compatible con él”⁸².

En esa línea, ¿es la lucha contra la elusión tributaria un fin constitucional? Por supuesto. No sólo es compatible con la Constitución, sino que existe consenso en la doctrina nacional⁸³ e internacional⁸⁴ en que la proscripción del abuso de derecho suele ser uno de los fundamentos que sostienen las medidas antielusivas y este principio está consagrado en el artículo 103 de la Constitución:

“Artículo 103°.- Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas. La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza

⁸¹ Véase, entre otros, la STC 0004-2006-PI-TC: “el trato dispar realizado por el Legislador debe contener la persecución de un fin constitucionalmente legítimo, es decir, que no esté prohibido expresa o implícitamente por la Constitución”.

⁸² RUBIO CORREA, Marcial. El test de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano. Fondo Editorial PUCP, 2011, p. 51 y 52.

⁸³ Al respecto, véase LIU ARÉVALO, Rocío, Eduardo SOTELO CASTAÑEDA y Fernando ZUZUNAGA DEL PINO. Norma XVI: Calificación, Elusión de Normas Tributarias y Simulación. Lima: IUS ET VERITAS, No. 45, 2012.

⁸⁴ Véase por ejemplo, Prebble, Zoë M. and Prebble QC, John, Comparing the General Anti-Avoidance Rule of Income Tax Law with the Civil Law Doctrine of Abuse of Law (October 14, 2008). Bulletin for International Taxation, April 2008; Victoria University of Wellington Legal Research Paper No. 34/2013. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1473612>

ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. La ley se deroga sólo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad.

La Constitución no ampara el abuso del derecho.” (énfasis agregado)

Por otro lado, como hemos explicado, el perjuicio fiscal protegería la recaudación tributaria del Estado pues evitaría la realización de ajustes que reduzcan la base imponible del IR. Por lo tanto, no estaríamos ante una finalidad contraria a la Constitución pues la protección de la recaudación tributaria es compatible con el deber de contribuir y al principio de solidaridad reconocidos en reiteradas ocasiones por el Tribunal Constitucional⁸⁵.

Cuarto Paso: Examen de idoneidad

⁸⁵ Véase por ejemplo la Sentencia recaída en el Expediente 6626-2006-PA/TC:

“4.2 El deber de contribuir y el principio de solidaridad tributaria

18. En el Estado Social y Democrático de Derecho, el fundamento de la imposición no se limita únicamente a una cuestión de Poder Estatal, sino que incorpora a su razón de ser el deber de todo ciudadano al sostenimiento de los gastos públicos, deber que si bien originalmente fuera entendido respecto al cumplimiento de obligaciones sustanciales y formales relacionadas con el pago, también podría extenderse a la exigencia de cuotas de colaboración de terceros con la Administración Tributaria.

(...)

20. Reflejada en tales términos la solidaridad permite, entonces, admitir una mayor flexibilidad y adaptación de la figura impositiva a las necesidades sociales, en el entendido de que nuestro Estado Constitucional no actúa ajeno a la sociedad, sino que la incorpora, la envuelve y la concientiza en el cumplimiento de deberes.

21. En este tipo de Estado el ciudadano ya no tiene exclusivamente el deber de pagar tributos, concebido según el concepto de libertades negativas propio del Estado Liberal, sino que asume deberes de colaboración con la Administración, los cuales se convertirán en verdaderas obligaciones jurídicas. En otras palabras, la transformación de los fines del Estado determinará que se pase de un deber de contribuir, basado fundamentalmente en la capacidad contributiva, a un deber de contribuir basado en el principio de solidaridad.”

Identificados los fines constitucionales que el perjuicio fiscal pretende garantizar, debemos preguntarnos si podemos establecer un nexo entre esta medida legislativa y tales fines constitucionales.

Respecto a la supuesta finalidad anti elusiva del perjuicio fiscal, ya hemos señalado que el requisito del perjuicio fiscal no ayuda a prevenir la elusión tributaria, sino que es el ALP el estándar que tiene una finalidad anti elusiva, pues evita que los contribuyentes puedan valorizar sus transacciones fuera de valor de mercado y así, artificioosamente, reducir su carga tributaria.

Respecto al deber de contribuir⁸⁶ y al principio de solidaridad⁸⁷, cabe preguntarnos si estos defienden una mayor recaudación *per se*. En nuestra opinión, estos son la justificación

⁸⁶ El deber de contribuir es el deber constitucional que legitima el ejercicio de la potestad tributaria del Estado, permitiendo la intervención del poder estatal en la autonomía personal de los contribuyentes, en particular respecto al derecho de propiedad. Así, como indica Rodríguez Bereijo, “el deber constitucional de contribuir presentaría un carácter bifronte: de un lado, la protección constitucional del interés fiscal del Estado en el cumplimiento de las obligaciones tributarias válidamente constituidas según la ley, y de otro, el interés del contribuyente a una imposición de acuerdo con su capacidad económica”. RODRÍGUEZ BEREIJO, Álvaro. El Deber de Contribuir como deber constitucional. Su significado jurídico. Madrid: Revista Española de Derecho Financiero, No. 125, enero-marzo de 2005, p. 35

Al respecto, véase también DURÁN ROJO, Luis. *La noción del deber constitucional de contribuir. Un Estudio Introductorio*. En: Libro Homenaje a Armando Zolezzi Möller. Lima: Palestra, 2006; p.67.

⁸⁷ El principio de solidaridad en materia tributaria supone la existencia de un interés colectivo en la recaudación de los ingresos públicos y la necesidad constitucional de defender tal interés para garantizar que el Estado pueda cumplir con sus funciones en el marco del Estado Social y Democrático de Derecho. Sin embargo, debe quedar claro que este no legitima el ejercicio del poder tributario al margen de las exigencias de otros principios constitucionales tributarios, sino que más bien se constituye como el valor que legitima la potestad tributaria en el margen de las limitaciones constitucionales. GARCIA NOVOA, César. La doctrina del principio de solidaridad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano. En: Revista Peruana de Derecho Tributario, Universidad de San Martín de Porres Tax Law Review. Editada por el Centro de Estudios Tributarios de la Facultad de Derecho de la USMP. Año 3. Número 11. 2009.

constitucional de la recaudación tributaria, que legitima al tributo como una excepción al derecho de propiedad, pero no una justificación para elevar la recaudación sin un motivo constitucionalmente legítimo⁸⁸. En esa línea, el deber de contribuir no puede convertirse en una coartada para el ejercicio de una presión desmedida sobre los contribuyentes⁸⁹.

Por ello, no creemos que se pueda justificar constitucionalmente una norma tributaria por el simple hecho de que esta aumenta de la recaudación, sin ponderar la recaudación tributaria (que sin duda constituye una finalidad constitucional legítima que permite que el Estado pueda cumplir sus funciones constitucionales) con los principios constitucionales tributarios que regulan la potestad tributaria del Estado. Como bien señala Durán, el deber de contribuir no sólo legitima la recaudación, sino que garantiza que esta se realice en un marco constitucional:

“el Deber de Contribuir, en el momento actual del diseño del Estado (...) acaba siendo un pilar fundamental y necesario, especialmente por su situación de bien constitucional destinado al cumplimiento de los fines constitucionales.

Lima, Perú., p.39.

http://www.derecho.usmp.edu.pe/cet/doctrina/11/La_Doctrina_del_Principio_de_Solidaridad_CGarc.pdf

⁸⁸ En la misma línea, Zuzunaga señala que *“(...) el deber de contribuir está sujeto a los límites que la Constitución impone y que son las garantías constitucionales del ciudadano que resguardan, entre otros, su derecho de propiedad y que se miden de modo subjetivo en cabeza del ciudadano. No es admisible ni constitucionalmente aceptable que la solidaridad, como argumento tributario, pretenda enarbolar la vulneración de garantías establecidas en el citado artículo 74 de la Constitución Peruana (...)”*. ZUZUNAGA DEL PINO, Fernando. ¿La cláusula antielusiva general vulnera la constitución peruana? En: Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario, No. 53, febrero 2013

⁸⁹ RODRÍGUEZ BEREIJO, Álvaro. El Deber de Contribuir como deber constitucional. Su significado jurídico. Madrid: Revista Española de Derecho Financiero, No. 125, enero-marzo de 2005, p.83.

*De ahí que se distingan sus dos dimensiones, por un lado de facultad de imposición del Estado atendiendo a los fines comunes constitucionalmente establecidos, que de hecho funciona también como la legitimación del fenómeno tributario. La segunda dimensión es la de límite y garantía jurídica para los ciudadanos de que la creación, aplicación o discusión sobre tributos se haga en el marco del Estado Constitucional*⁹⁰.

Por lo tanto, en los pasos subsiguientes deberemos evaluar si, como contraparte de la mayor recaudación generada por el perjuicio fiscal, este afecta innecesariamente o de forma constitucionalmente inaceptable al principio de igualdad.

Quinto Paso: Examen de necesidad

Queda claro que existen multitud de formas en las que se puede elevar la recaudación del IR sin vulnerar el principio de igualdad de la misma forma que lo hace el perjuicio fiscal. Algunos medios alternativos podrían ser aumentar la fiscalización tributaria, ampliar la base tributaria, elevar las tasas del IR, restringir las deducciones permitidas, entre otros.

Respecto a todas estas medidas se podrían plantear propuestas legislativas que no afecten al principio de igualdad.

En esa línea, resulta evidente que el perjuicio fiscal no es compatible con el principio constitucional de igualdad en materia tributaria, deviniendo en inconstitucional. En nuestra opinión, si llegados al quinto paso del análisis, la única justificación para una norma tributaria que

⁹⁰ DURAN ROJO, Luis. La noción del deber constitucional del deber de contribuir. En: Enfoque Constitucional, No. 1, enero de 2004, AELE, Lima, p. 14.

genera un trato diferenciado es el principio de solidaridad y el deber de contribuir, siempre estaremos ante una norma inconstitucional pues siempre existirán formas alternativas de aumentar la recaudación sin vulnerar el principio de igualdad.

En resumen, para conseguir el fin constitucional esperado – aumentar la recaudación tributaria en línea con el principio de solidaridad y el deber de contribuir–, el perjuicio fiscal es una medida innecesaria, existiendo otros medios menos gravosos para su consecución.

Sexto Paso: Examen de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación

Como bien indica Rubio, “este es el tramo final del test de proporcionalidad. Por consiguiente, no debe ser utilizado en todos los casos sino solamente cuando el hecho o norma sujetos a control constitucional han pasado los cinco tramos anteriores”⁹¹. En consecuencia, llegados a este punto ya es posible concluir que el requisito de perjuicio fiscal vulnera el principio de igualdad por cuanto la medida adoptada no es necesaria para el fin constitucional que se pretende conseguir.

5.1.1.2. Vulneración de los principios de capacidad contributiva y de no confiscatoriedad

El principio de capacidad contributiva es un principio constitucional implícito que inspira al principio de igualdad y el de no confiscatoriedad. Como bien señala Tarsitano, el principio de capacidad contributiva ha sido *“la base a partir de los cuales alcanzaron su definición doctrinal y jurisprudencial los restantes principios, básicamente los de igualdad, no confiscatoriedad y*

⁹¹ RUBIO CORREA, Marcial. El test de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano. Fondo Editorial PUCP, 2011, p. 95.

*progresividad*⁹².

Este principio obliga al legislador a considerar la capacidad económica de un sujeto al momento de establecer las obligaciones tributarias del mismo⁹³, toda vez que *“no existe capacidad de concurrir a los gastos públicos si solo se tiene lo necesario para las exigencias individuales mínimas, ni cuando no se satisfaga el imperativo constitucional de posibilitar una vida digna”*⁹⁴.

El Tribunal Constitucional ha reconocido al principio de capacidad contributiva como un principio implícito de la Constitución, incluso refiriéndose a él como *“el génesis de la tributación”* y aplicándolo para declarar la inconstitucionalidad de normas tributarias, como en el caso del Anticipo Adicional del Impuesto a la Renta⁹⁵.

Por su parte, el principio de no confiscatoriedad protege la propiedad en tanto evita que las normas tributarias puedan afectar gravemente la esfera patrimonial de los particulares en casos concretos⁹⁶. En esa línea, *“cumple un rol de refuerzo de la garantía de la propiedad como límite al poder impositivo estatal”*⁹⁷.

⁹² TARSITANO, Alberto. El principio constitucional de capacidad contributiva. En: Horacio García Belsunce (coordinador). Estudios de Derecho Constitucional Tributario. Buenos Aires: Depalma, 1994, p. 324.

⁹³ FERNÁNDEZ CARTAGENA, Julio A. La capacidad contributiva. En: En: Temas de Derecho Tributario y de Derecho Público. Libro Homenaje a Armando Zolezzi Moller. Lima: Palestra, 2006, p.172.

⁹⁴ SPISSO, Rodolfo R. Derecho Constitucional Tributario. 2da edición. Buenos Aires: Depalma, 2000 (1991), p. 354.

⁹⁵ Sentencia recaída en el Expediente No. 0033-2004-AI/TC.

⁹⁶ DANÓS ORDOÑEZ, Jorge E. El Régimen Tributario en la Constitución: Estudio Preliminar. Themis, No. 29, 1994, p. 139

⁹⁷ DANÓS ORDONEZ, Jorge. El principio constitucional de no confiscatoriedad de los tributos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. En: Temas de Derecho Tributario y de Derecho Público. Libro Homenaje a Armando Zolezzi Moller. Lima: Palestra, 2006, p.141.

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que *“teniendo en cuenta las funciones que cumple en nuestro Estado Democrático de Derecho, es posible afirmar, con carácter general, que se transgrede el principio de no confiscatoriedad de los tributos cada vez que un tributo excede el límite que razonablemente puede admitirse como justificado en un régimen en el que se ha garantizado constitucionalmente el derecho subjetivo a la propiedad y, además ha considerado a ésta como institución, como uno de los componentes básicos y esenciales de nuestro modelo de Constitución económica”*⁹⁸.

Cabe destacar que tanto el Tribunal Constitucional⁹⁹ como la doctrina han reconocido la existencia de dos facetas del principio de no confiscatoriedad: (i) la cuantitativa, que limita la cuantía con la que se puede gravar a un contribuyente y (ii) la cualitativa, entendida como “una afectación de la riqueza que resulta ilegítima con prescindencia de que el monto que detrae la exacción tributaria sea o no exagerado o desproporcional”¹⁰⁰, es decir la afectación del derecho a la propiedad por medio de la vulneración de cualquier otro principio constitucional tributario.

Por lo expuesto, podemos concluir preliminarmente que el principio de capacidad contributiva y el de no confiscatoriedad se sitúan como límites a la potestad tributaria del Estado, protegiendo el derecho de propiedad de los contribuyentes contra gravámenes desproporcionados. En esa línea, y en relación al requisito del perjuicio fiscal, podemos señalar que:

⁹⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en los Expedientes No. 001-2004-AI/TC y 002-2004-AI/TC (acumulados).

⁹⁹ Véase la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente No. 00053-2004-PI/TC: *“La confiscatoriedad no solo se constata cuantitativamente, sino que podría verificarse de manera cualitativa cuando se exige el pago sin respetar otros principios tributarios”*.

¹⁰⁰ SOTELO CASTAÑEDA, Eduardo. Notas para una aproximación a la aplicación del principio de no confiscatoriedad en materia tributaria. En: IUS ET VERITAS, No. 35, 2007, p. 184.

- (i) Es muy difícil establecer un límite entre un tributo que vulnere la capacidad contributiva y la no confiscatoriedad (en su faceta cuantitativa) y un tributo elevado. Se debe evaluar caso por caso y el análisis del perjuicio fiscal no es la excepción. En consecuencia, consideramos que se deberá evaluar la carga que genere el perjuicio fiscal en cada contribuyente y a partir de ahí determinar si existe una exacción inconstitucional en términos cuantitativos¹⁰¹.

Como señala Danós:

“Prácticamente todos los autores consultados coinciden que el problema esencial en materia de confiscatoriedad es determinar desde el punto de vista jurídico cuando un tributo es confiscatorio y como se le puede distinguir de un impuesto elevado, pero constitucionalmente inobjetable, en otras palabras, cuál es el límite o la frontera de la carga fiscal admisible.

(...)

El límite a partir del cual un tributo es confiscatorio es imposible de determinar con carácter férreamente uniforme para todos los tributos y casos.”¹⁰²

¹⁰¹ En la misma línea, Gamba Valega señala que el principio de capacidad contributiva es un concepto jurídico indeterminado que requiere una delimitación concreta en cada supuesto. GAMBVA VALEGA, César M. Capacidad económica y jurisprudencia del Tribunal Constitucional. . En: Temas de Derecho Tributario y de Derecho Público. Libro Homenaje a Armando Zolezzi Moller. Lima: Palestra, 2006, p.202.

¹⁰² DANÓS ORDONEZ, Jorge. El principio constitucional de no confiscatoriedad de los tributos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. En: Temas de Derecho Tributario y de Derecho Público. Libro Homenaje a Armando Zolezzi Moller. Lima: Palestra, 2006, p.158.

- (ii) La vulneración del principio de igualdad configura *per se* una vulneración al principio de no confiscatoriedad en su faceta cualitativa, pues implica una afectación del derecho de propiedad a través de la vulneración de otro principio constitucional tributario, más allá de que cuantitativamente pueda ser discutible la constitucionalidad de la carga económica que la exacción bajo análisis constituya para los contribuyentes involucrados. En otras palabras, una vez identificada la vulneración al principio de igualdad, la vulneración al principio de no confiscatoriedad en su faceta cualitativa se verá comprobada inmediatamente.

En consecuencia, el análisis caso por caso mencionado en el punto (i) solo será relevante para comprobar una vulneración del principio de capacidad contributiva y el principio de no confiscatoriedad en su faceta cuantitativa.

- (iii) Consideramos que, así como a efectos de determinar el perjuicio fiscal se debe analizar el impacto de un potencial ajuste en ambas partes de la transacción, la no confiscatoriedad y la capacidad contributiva debe medirse en igual medida. Es decir, deberemos evaluar en cada caso concreto en qué medida el perjuicio fiscal está afectando el patrimonio de ambas partes de la transacción en su conjunto.

Dicho esto, el análisis de la vulneración de los principios de capacidad contributiva y de no confiscatoriedad es, en la práctica, casi idéntico al análisis de la sección anterior respecto al principio de igualdad. Si bien es cierto que no corresponde determinar el tratamiento legislativo diferente, toda vez que este paso solo debe aplicarse cuando nos encontramos analizando una posible vulneración del principio de igualdad, el resto de nuestro análisis seguirá exactamente la misma lógica si es que identificamos una vulneración de los mencionados principios en el caso concreto.

En efecto, la intervención en los principios vulnerados será leve como en el caso del principio de igualdad, los fines alegados y reales del perjuicio fiscal se mantienen, el perjuicio fiscal es idóneo únicamente para aumentar la recaudación tributaria y finalmente, existirán múltiples opciones alternativas al perjuicio fiscal para recaudar tributos sin vulnerar el principio de capacidad contributiva y no confiscatoriedad.

En suma, si bien el cumplimiento del principio de capacidad contributiva y del principio de no confiscatoriedad en su faceta cuantitativa deberá evaluarse en cada caso concreto, una vez comprobemos su vulneración, nos encontraremos siempre ante una aplicación inconstitucional del requisito de perjuicio fiscal en tal caso, pues siempre existirá una alternativa que no vulnere los mencionados principios.

En conclusión, consideramos que el requisito de perjuicio fiscal vulnera el principio de igualdad y el principio de no confiscatoriedad en su faceta cualitativa y que podría, en determinados casos, vulnerar el principio de no confiscatoriedad en su faceta cuantitativa y el principio de capacidad contributiva.

5.2. Características de la regulación del perjuicio fiscal que agravan su inconstitucionalidad

Una vez concluido que el perjuicio fiscal vulnera de forma desproporcional los principios constitucionales tributarios, debemos agregar que existen características del requisito de perjuicio fiscal que agravan su inconstitucionalidad o cuya interpretación inadecuada podría agravar su inconstitucionalidad. Citaremos dos ejemplos.

5.2.1. El análisis transaccional y la capacidad contributiva

Tras la reforma del 2012 y con la inclusión del análisis transaccional del perjuicio fiscal, la posibilidad de vulneración del principio de capacidad contributiva se hizo más evidente. Como ya explicamos, previamente a la reforma, el criterio de la Administración Tributaria permitía considerar todos los resultados computables a incluir en la base imponible del Impuesto a la Renta para determinar el perjuicio fiscal, permitiendo una mejor medición de la capacidad contributiva de los contribuyentes. Con el análisis transaccional, cada transacción recibe un tratamiento diferenciado, teniendo un grave impacto global en los contribuyentes en términos de capacidad contributiva.

Un ejemplo nos permitirá ilustrar como el análisis transaccional del perjuicio fiscal es potencialmente más gravoso que el análisis bajo el criterio previo. La empresa A, sociedad domiciliada en Perú, brinda servicios a la empresa B, su matriz domiciliada en Japón. Tales servicios son realizados íntegramente en Japón por lo que el único gravamen se realizará en cabeza de la empresa A. No será necesario compensar el impacto tributario de la empresa A con la empresa B, pues esta última no tributa en Perú y los gastos en los que incurre por estos servicios no tendrán impacto para la determinación de ningún IR peruano. Por lo tanto, en el ejemplo nos centraremos únicamente en la valorización que realiza la empresa A y en el IR a pagar por esta.

Supongamos que durante el ejercicio 2017 la empresa A realiza únicamente 8 transacciones idénticas con la empresa B por las cuales conviene distintos precios, aunque el gasto en que incurre la empresa A para brindar tales servicios es de 80 por cada transacción. Ambas empresas están vinculadas. El valor de mercado de tales transacciones según el ALP y el método correspondiente es de 100, aunque la empresa A no siempre las valorizo así a efectos tributarios.

Asumiendo que la empresa valorizara todas sus transacciones (i) según el precio pactado y (ii) según el ALP, estos serían los resultados:

Según el precio convenido

Empresa A	Precio pactado	Gasto	Renta neta
Transacción 1	120	80	40
Transacción 2	170	80	90
Transacción 3	80	80	0
Transacción 4	60	80	-20
Transacción 5	100	80	20
Transacción 6	80	80	0
Transacción 7	90	80	10
Transacción 8	50	80	-30

Total Renta Neta	110
IR	32.45

Según el ALP

Empresa A	ALP	Gasto	Renta neta
Transacción 1	100	80	20
Transacción 2	100	80	20
Transacción 3	100	80	20
Transacción 4	100	80	20
Transacción 5	100	80	20
Transacción 6	100	80	20
Transacción 7	100	80	20
Transacción 8	100	80	20

Total Renta Neta	160
IR	47.2

Como podemos apreciar en el ejemplo, el ALP permite corregir una subvalorización importante. Ahora veamos que sucede cuando aplicamos el requisito de perjuicio fiscal, tanto bajo el antiguo criterio de la Administración Tributaria como bajo el análisis transaccional.

Según el antiguo criterio de la Administración Tributaria

Empresa A	Precio pactado	Ajuste
Transacción 1	120	-20
Transacción 2	170	-70
Transacción 3	80	20
Transacción 4	60	40
Transacción 5	100	0
Transacción 6	80	20
Transacción 7	90	10
Transacción 8	50	50

Total ajuste	50
Total Renta Neta según valor convenido	110
Renta neta ajustada	160
IR	47.2

Según el análisis transaccional

Empresa A	Precio pactado	Monto fuera del valor de mercado	Perjuicio fiscal	Ajuste
Transacción 1	120	20	No	0
Transacción 2	170	70	No	0
Transacción 3	80	-20	Sí	20
Transacción 4	60	-40	Sí	40
Transacción 5	100	0	No	0
Transacción 6	80	-20	Sí	20
Transacción 7	90	-10	Sí	10
Transacción 8	50	-50	Sí	50

Total ajuste	140
Total Renta Neta según valor convenido	110
Renta neta ajustada	250
IR	73.75

Como vemos, bajo el antiguo criterio de la Administración Tributaria se mantiene la misma carga tributaria que si valorizáramos cada transacción bajo el ALP, pues el perjuicio fiscal que generan ciertas transacciones bajo el valor de mercado se compensa con las transacciones sobrevalorados previamente a determinar el perjuicio fiscal de forma global y el ajuste correspondiente.

Por otro lado, el análisis transaccional impide que el contribuyente pueda compensar el impacto de las transacciones sobrevaloradas con las infravaloradas, y termina generando un

incremento de más del 50% respecto a la carga tributaria que tendría que soportar la Empresa A si se le hubiera permitido valorizar todas sus transacciones según el ALP. La empresa A termina pagando una alícuota de aproximadamente el 46.1% sobre la base imponible calculada según el ALP.

Como apreciamos con este ejemplo, la aplicación del análisis transaccional para determinar el perjuicio fiscal puede terminar afectando gravemente el principio de capacidad contributiva de los contribuyentes involucrados.

5.2.2. El ajuste del Decreto Legislativo 1124 y el principio de igualdad

Por otro lado, además de vulnerar el principio de igualdad con un tratamiento diferenciado que depende del si el impacto fiscal de la operación bajo análisis es positivo o negativo para la recaudación tributaria, el mencionado inciso c) parece realizar otra diferenciación injustificada que es necesaria analizar.

En tanto el régimen de precios de transferencia determina la base imponible sobre la que se calcula el Impuesto a la Renta y en tanto el Impuesto a la Renta puede ser autodeterminado, en la declaración jurada del contribuyente, o heterodeterminado, por la Administración Tributaria en el marco de sus facultades, los ajustes sobre el precio o valor convenido por las partes deberían ser realizados por ambos, cuando el perjuicio fiscal se compruebe¹⁰³. Así parece indicarlo también el inciso c) cuando señala que:

¹⁰³ En esa línea, refiriéndose a las normas de precios de transferencia, Gamba señala que *“Estas reglas deben ser aplicadas directamente por los contribuyentes obligados, con prescindencia de cualquier actuación administrativa. Por su parte, la Administración Tributaria se encuentra facultada a controlar el correcto cumplimiento de esta obligación en ejercicio de sus facultades de verificación y fiscalización*

“El ajuste del valor asignado por la Administración Tributaria o el contribuyente surte efecto tanto para el transferente como para el adquirente.” (énfasis agregado)

No obstante, la adición del Decreto Legislativo 1124 que permite el ajuste aun cuando no se cumpla con el requisito de perjuicio fiscal, únicamente alude a la posibilidad de un ajuste por parte de la Administración Tributaria:

“La SUNAT podrá ajustar el valor convenido aun cuando no se cumpla con el supuesto anterior, si dicho ajuste incide en la determinación de una mayor impuesto en el país respecto de transacciones con otras partes vinculadas” (énfasis agregado)

¿Esto quiere decir que en estos casos el contribuyente no podrá ajustar el valor pactado a efectos de su declaración jurada? El enunciado parece ser claro en tal sentido, pero no es coherente con la naturaleza de la norma: ¿podría existir una norma que regule una base imponible para la autodeterminación y otra para la heterodeterminación? Sería absurdo. Parecería un desliz del legislador que deberíamos pasar por alto, pues queda claro que por el principio de igualdad, la base imponible de una operación no podría cambiar dependiendo de si el contribuyente es fiscalizado o no por la Administración Tributaria.

Entonces, ¿cómo interpretar esta norma? En primera instancia, debemos interpretarla acorde a los principios constitucionales, con lo cual nos resulta imposible interpretar literalmente la norma, pues equivaldría a establecer un tratamiento diferenciado injustificado y por tanto contrario al

recogidas en los artículos 62 y siguientes del Código Tributario”. GAMBA VALEGA, César. Algunos aspectos constitucionales sobre el régimen de precios de transferencia. En: PT - Precios de Transferencia (Junio 2008). IFA-Perú, p. 260.

principio constitucional de igualdad establecido expresamente en el artículo 74 de la Constitución Peruana.

En segunda instancia, consideramos imprescindible atender a la finalidad de esta norma. Como explicamos, su finalidad es evitar que, por no comprobarse el perjuicio fiscal, no se realicen ajustes que impacten en otras transacciones corrigiendo el perjuicio fiscal que de otra forma estas generarían, por lo que no tendría sentido que solo la Administración Tributaria pudiera corregir este perjuicio fiscal.

Por ello, somos de la opinión que debe interpretarse que esta clase de ajuste específico puede aplicarse tanto por parte de la Administración Tributaria como parte del contribuyente que asigna el valor a sus transacciones. Dicho esto, si se pretendiera sostener que únicamente la Administración Tributaria debería realizar estos ajustes, ya no nos encontraríamos ante una norma de base imponible, al estilo de la antigua legislación española.

5.3. ¿Qué consecuencias tendría la inconstitucionalidad del requisito del perjuicio fiscal?

Nuestra Constitución establece en su artículo 200¹⁰⁴ las acciones que se pueden ejercer para

¹⁰⁴ “Artículo 200°.- Son garantías constitucionales:

1. La Acción de Hábeas Corpus, que procede ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos.

2. La Acción de Amparo, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución, con excepción de los señalados en el inciso siguiente. No procede contra normas legales ni contra Resoluciones Judiciales emanadas de procedimiento regular.

garantizar el cumplimiento de la Constitución. En nuestro caso, se podría ejercer (i) una acción de inconstitucionalidad contra las disposiciones que regulan el perjuicio fiscal en la Ley del IR, (ii) una acción popular contra sus disposiciones reglamentarias, y (iii) una acción de amparo contra los actos en los que la Administración Tributaria vulnere derechos particulares de los contribuyentes al aplicar el requisito de perjuicio fiscal (a menos que consideremos al requisito del perjuicio fiscal una norma autoaplicativa, caso en el que siempre se podría recurrir a una acción de amparo, como explicaremos a detalle más adelante).

Respecto a la acción de inconstitucionalidad y la acción popular, cabe indicar que el artículo 204 de la Constitución especifica que la declaración de inconstitucionalidad de una norma tiene carácter constitutivo:

3. La Acción de Hábeas Data, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos a que se refiere el Artículo 2º, incisos 5) y 6) de la Constitución.

4. La Acción de Inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo.

5. La Acción Popular, que procede, por infracción de la Constitución y de la ley, contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones y decretos de carácter general, cualquiera sea la autoridad de la que emanen.

6. La Acción de Cumplimiento, que procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley.

Una ley orgánica regula el ejercicio de estas garantías y los efectos de la declaración de inconstitucionalidad o ilegalidad de las normas.

El ejercicio de las acciones de hábeas corpus y de amparo no se suspende durante la vigencia de los regímenes de excepción a que se refiere el artículo 137º de la Constitución.

Cuando se interponen acciones de esta naturaleza en relación con derechos restringidos o suspendidos, el órgano jurisdiccional competente examina la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo. No corresponde al juez cuestionar la declaración del estado de emergencia ni de sitio”.

“Artículo 204°.- La sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad de una norma se publica en el diario oficial. Al día siguiente de la publicación, dicha norma queda sin efecto. No tiene efecto retroactivo la sentencia del Tribunal que declara inconstitucional, en todo o en parte, una norma legal.”

Esto implica que hasta que una norma sea declarada inconstitucional, esta permanecerá en el ordenamiento jurídico y deberá ser aplicada por la Administración Tributaria dado que está impedida de realizar control difuso de las normas tributarias. No obstante, esta norma general tiene una excepción en los casos de materia constitucional tributaria. En efecto, el enunciado del último párrafo artículo 74 de nuestra Constitución establece que *“no surten efecto las normas tributarias dictadas en violación de lo que establece el presente artículo”*, es decir los principios constitucionales tributarios explícitos y el respeto a los derechos fundamentales.

Como bien señala Sevillano *“esta sanción, que es entendida como de nulidad por contravenir las reglas constitucionales sobre potestad tributaria, significa que toda norma tributaria dictada sin ajustarse a las reglas constitucionales será tomada por ineficaz y, por consiguiente, no pudo haber generado consecuencias mientras haya estado vigente”*¹⁰⁵.

En esa línea, el Tribunal Constitucional podrá decidir que la inconstitucionalidad de una norma tributaria tenga efectos retroactivos desde su entrada en vigencia¹⁰⁶, como especifica el artículo 81 del Código Procesal Constitucional:

¹⁰⁵ Sevillano p. 118

¹⁰⁶ Por ejemplo, en la sentencia recaída en el Expediente 033-2004-AI/TC, el Tribunal Constitucional determinó que la inconstitucionalidad del Anticipo Adicional del Impuesto a la Renta debía tener efecto desde la fecha en que entró en vigencia.

“Artículo 81.- Efectos de la Sentencia fundada

Las sentencias fundadas recaídas en el proceso de inconstitucionalidad dejan sin efecto las normas sobre las cuales se pronuncian. Tienen alcances generales y carecen de efectos retroactivos. Se publican íntegramente en el Diario Oficial El Peruano y producen efectos desde el día siguiente de su publicación.

Cuando se declare la inconstitucionalidad de normas tributarias por violación del artículo 74 de la Constitución, el Tribunal debe determinar de manera expresa en la sentencia los efectos de su decisión en el tiempo. Asimismo, resuelve lo pertinente respecto de las situaciones jurídicas producidas mientras estuvo en vigencia.” (énfasis agregado)

Respecto a la posibilidad de iniciar una acción de amparo contra estas disposiciones, existía una controversia respecto a la posibilidad de considerar las normas tributarias como normas auto aplicativas y, en consecuencia, considerar que una acción de amparo pueda declararse procedente en estos casos sin agotar la vía administrativa. Ante la falta de un criterio uniforme al respecto, el Tribunal Constitucional decidió “establecer el criterio que deberá ser aplicable a las controversias similares que se presenten en el futuro” en la Sentencia recaída en el Expediente 2302-2003-AA/TC en los siguientes términos:

“7. En diversa jurisprudencia, este Colegiado ha señalado, que no procede el amparo directo contra normas cuando se trata de normas heteroaplicativas, es decir, que tienen su eficacia condicionada a la realización de actos posteriores; contrario a ello, si procede cuando el acto lesivo es causado por normas autoapliactivas, esto es, cuando no requieren de un acto posterior de aplicación sino que la afectación se produce desde la vigencia de la propia norma (STC 1314-2000-AA/TC, 504-2000-AA/TC, 0830-2000-AA/TC, 2670-2002-AA/TC, 487-2003-AA/TC).

Lógicamente, no resultaría exigible el agotamiento de la vía previa en el caso de normas autoaplicativas, pues, al ser susceptibles de afectar derechos fundamentales con su sola vigencia, el tránsito por esta vía podría convertir en irreparable la agresión. Más aún, al no requerir actos concretos de afectación, haría inviable un pronunciamiento por parte del Tribunal administrativo.

8. Cabe preguntarse entonces, si las normas tributarias cuestionadas en autos, son normas autoaplicativas. En la STC 1311-2000-AA/TC cuando se cuestionó la conformidad con el principio de legalidad, del Decreto Supremo N° 158-99-EF, señalamos que "...si bien parece que el acto lesivo no se había producido al interponerse la demanda, pues no constaba en autos prueba de que el impuesto había sido aplicado o cobrado al accionante, es opinión de este Tribunal que el hecho de que el Decreto Supremo N° 158-99-EF no requiera de acto posterior alguno para su obligatoriedad, lo cual hace un dispositivo legal de eficacia inmediata, imperativo frente a los sujetos pasivos del impuesto, por lo que no puede negarse su naturaleza autoaplicativa o de acto aplicativo, es decir, con mayor certeza de ocurrencia que la amenaza de violación del derecho (...) y por ende, procedía esta acción de amparo, aún cuando en la práctica no se hubiera realizado todavía el acto de aplicación por cobranza del impuesto..."

Este criterio es, de igual manera, aplicable al caso de autos.

9. En efecto, estas normas tributarias son del tipo autoaplicativas, pues en la medida que el demandante sea sujeto pasivo del tributo y se configure en su caso el hecho imponible de la norma, la misma ya le es exigible, es decir, ya se encuentra obligado al pago sin esperar que la administración desemboque su actuación administrativa para ejercer la cobranza de la deuda. Este será un caso de excepción para a la regla del agotamiento de la vía previa."

Consideramos que este criterio es aplicable al caso del requisito del perjuicio fiscal. En efecto, al ser una disposición que regula la valorización de la base imponible del IR, esta es de obligatorio cumplimiento para los contribuyentes sin que se requiera una actuación administrativa previa para que el requisito del perjuicio fiscal afecte los derechos de un contribuyente vulnerando los principios que ya detallamos. En consecuencia, consideramos a las disposiciones del perjuicio fiscal como normas autoaplicativas susceptibles de afectar a los contribuyentes por su sola vigencia.

Cabe resaltar que esto no implica que los contribuyentes afectados por el perjuicio fiscal a través de actos administrativos concretos no puedan iniciar procesos de amparo por esos actos en particular si es que así lo consideran pertinente.

Dicho esto, más allá de su inconstitucionalidad, mientras el perjuicio fiscal se mantenga en el ordenamiento jurídico como un requisito para la aplicación de ajustes en nuestro Régimen, los operadores del derecho deberán aprender a interpretar y aplicar tales disposiciones. Por ello, en el siguiente capítulo procederemos a abordar algunos de los problemas prácticos más notorios en la aplicación de estas disposiciones.

VI. Problemas prácticos en la aplicación de la regulación actual del perjuicio fiscal

El principal problema al que nos enfrentamos para interpretar las disposiciones que actualmente regulan el concepto de perjuicio fiscal y su aplicación, es la falta de criterios establecidos para la interpretación de tales normas. La mayor parte de Informes emitidos por la Administración Tributaria relativos al régimen de precios de transferencia son previos a la reforma del 2012 y el Tribunal Fiscal aún no ha resuelto casos en los que se apliquen las mencionadas modificaciones. Las Directrices OCDE, consideradas como fuente de interpretación por el inciso h) del artículo 32-A, tampoco serían de utilidad pues el concepto de perjuicio fiscal es ajeno a los estándares OCDE.

No obstante, consideramos que desde los principios constitucionales tributarios y desde las distintas fuentes de interpretación disponibles en nuestro sistema jurídico, podemos y debemos plantear soluciones a los problemas prácticos en la aplicación de la regulación actual del perjuicio fiscal.

6.1. Definición de “menor impuesto del que correspondería” del Reglamento de la Ley del IR

Como hemos señalado, el concepto de perjuicio fiscal establecido en el inciso c) del artículo 32-A dispone que:

*“Sólo procederá ajustar el valor 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.”*

A nuestro parecer, la norma es bastante clara: la determinación del Impuesto a la Renta tiene que ser menor a la que sería en aplicación de las normas de precios de transferencia para efectuar un ajuste. En tanto no hay una definición más amplia en la Ley del término “menor impuesto del que correspondería”, y en tanto la determinación del Impuesto a la Renta es anual, bastaría comparar el Impuesto a la Renta que pagarían las partes involucradas en la transacción si calcularan el IR respecto al precio convenido y el que pagarían si calcularan el IR respecto al valor determinado por el Régimen.

A modo de ilustración, utilicemos el siguiente ejemplo. La empresa A le presta un servicio a su vinculada, la empresa B, pactando un precio de 800. No obstante, en aplicación de las normas de precios de transferencia, el valor del servicio sería de 1000. Tomando en cuenta que ambas empresas son personas jurídicas domiciliadas bajo el régimen general de tercera categoría¹⁰⁷ y que el servicio está gravado por el IR en cabeza de la empresa A y que, por su parte, la empresa B puede deducir el mismo monto como gasto, el efecto de la transacción sería neutro:

	Servicio	IR de Empresas				Total IR a pagar por A y B
		A (29.5%)		B (29.5%)		
		Base Imponible	IR	Base Imponible	IR	
Valor asignado	800	5000	1475	3000	885	2360
Valor ajustado	1000	5200	1534	2800	826	2360
					Impacto fiscal	0

¹⁰⁷ La tasa aplicable para el régimen general de tercera categoría es del 29,5% desde el 01 de enero de 2017.

Por lo tanto, en principio¹⁰⁸, una transacción sólo tendría impacto fiscal en el Perú si ésta se realiza entre un domiciliado y un no domiciliado, o entre domiciliados bajo un régimen tributario distinto. Por ejemplo, en el caso anterior, si la empresa B hubiera suscrito un convenio de estabilidad tributaria, estabilizando su tasa aplicable en un 30%, el efecto de aplicar las normas de precios de transferencia ya no sería neutro:

	Servicio	IR de Empresas				Total IR a pagar por A y B
		A (29.5%)		B (30%)		
		Base Imponible	IR	Base Imponible	IR	
Valor asignado	800	5000	1475	3000	900	2375
Valor ajustado	1000	5200	1534	2800	840	2374
					Impacto fiscal	1

Como podemos apreciar, un ajuste al valor no corregiría un perjuicio fiscal sino que más bien perjudicaría al fisco, por lo que no correspondería que la Administración Tributaria realice un ajuste. Como ya explicamos, consideramos que la imposibilidad de aplicar un ajuste en estos casos es contraria al ALP e inconstitucional, toda vez que se está determinando el valor de una operación únicamente en base a cómo afecta un posible ajuste la recaudación recaudación.

Ahora bien, si la empresa que hubiera estabilizado su tasa del Impuesto a la Renta al 30% hubiera sido B, si se comprobaría el perjuicio fiscal y correspondería un ajuste:

¹⁰⁸ Más adelante esta afirmación se matizará, toda vez que la parte que realice el gasto podría tener limitaciones para deducirlo.

	Servicio	IR de Empresas				Total IR a pagar por A y B
		A (30%)		B (29.5%)		
		Base Imponible	IR	Base Imponible	IR	
Valor asignado	800	5000	1500	3000	885	2385
Valor ajustado	1000	5200	1560	2800	826	2386
					Impacto fiscal	-1

5.1.1. La “precisión” del artículo 109 del Reglamento y el principio de reserva de ley

En nuestra opinión, el sentido del concepto “menor Impuesto” queda claro si nos remitimos a la forma en la que la Ley lo establece. Es cuando revisamos el Reglamento que el contenido de “menor Impuesto” genera un problema de interpretación, pues consideramos que el Reglamento amplía el contenido del mencionado concepto, vulnerando el principio de reserva de ley.

Así, el inciso a) del artículo 109 del Reglamento de la Ley del IR, que regula la aplicación de ajustes, dispone que:

“a) Se entenderá que ocasionan una menor determinación del Impuesto, entre otros, la comprobación del diferimiento de rentas o la determinación de mayores pérdidas tributarias de las que hubiera correspondido declarar”

En nuestra opinión, esta última definición, que en apariencia pretende precisar y desarrollar un concepto de la Ley, en realidad amplía el contenido de este concepto, pretendiendo aumentar,

vía reglamento, los casos en los que se configura el requisito de perjuicio fiscal y, por tanto ampliar los casos en los que se puede realizar un ajuste de valor en el marco del régimen de precios de transferencia¹⁰⁹.

Recordemos que el principio constitucional de reserva de ley, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, es relativo, pero no permite que un reglamento establezca requisitos adicionales a los dispuestos por la ley que desarrolla ni que exceda los parámetros establecidos en la norma con rango de ley¹¹⁰. Por tanto, cuando el Reglamento “precisa” que se deberá entender como “menor determinación del Impuesto”, debemos comprobar que, en efecto, esta “precisión” no escape de los contornos establecidos por la Ley.

¹⁰⁹ Nótese que el término “entre otros” deja el camino abierto para ampliar aún más los casos: El artículo 109 del RLIR establece que “se entenderá que ocasionan una menor determinación del Impuesto, **entre otros**, la comprobación del diferimiento de rentas o la determinación de mayores pérdidas tributarias (...)” (énfasis agregado)

Quedan claro entonces tres casos en los que se entenderá que existe una menor determinación del Impuesto según el RLIR:

- (i) Menor impuesto
- (ii) Diferimiento de rentas
- (iii) Mayores pérdidas tributarias

¿La Administración Tributaria podría incluir otros supuestos de hecho en el concepto de “menor determinación del Impuesto”? A nuestro parecer, más allá de las precisiones del término, que por lo demás nos parecen innecesarias, la inclusión de nuevos supuestos sería una vulneración flagrante del principio de reserva de ley.

¹¹⁰ Así, el Tribunal Constitucional ha precisado que: “La reserva de ley en materia tributaria es en principio una reserva relativa. En tal sentido, **es posible que la reserva de ley puede admitir, excepcionalmente, derivaciones al reglamento, siempre y cuando los parámetros estén claramente establecidos en la propia Ley o norma con rango de Ley. Para ello se debe tomar en cuenta que el grado de concreción de sus elementos esenciales será máximo cuando regule los sujetos, el hecho imponible y la alícuota; será menor cuando se trate de otros elementos. En ningún caso, sin embargo, podrá aceptarse la entrega en blanco de facultades al Ejecutivo para regular la materia**” (STC 0042-2005-AI/TC, fundamento 12, énfasis agregado).

Bajo nuestro análisis, cuando el Reglamento señala que el diferimiento de rentas implica una menor determinación del Impuesto está realizando una precisión válida en términos constitucionales: queda claro que no incluir la renta diferida en el ejercicio, podría implicar una menor determinación del Impuesto en tal ejercicio y por tanto, generar un perjuicio fiscal.

No obstante, desde nuestro punto de vista, cuando el Reglamento establece que la “determinación de mayores pérdidas tributarias” es parte del concepto de “menor determinación del Impuesto”, está ampliando el contenido del requisito de perjuicio fiscal¹¹¹. El término “mayores pérdidas tributarias” no implica, en estricto, un menor impuesto sino el mismo: ninguno.

Analicemos un ejemplo para aclarar nuestro punto. Tenemos a la empresa domiciliada A, cuya tasa del Impuesto a la Renta ha sido estabilizada al 30% y que arroja pérdidas tributarias. Ésta brinda servicios a la empresa domiciliada B cuya tasa del Impuesto a la Renta ha sido estabilizada al 28% y que también arroja pérdidas tributarias. Como veremos en el detalle a continuación, bajo el concepto de menor impuesto de la Ley, no existiría perjuicio fiscal, pero bajo el concepto de menor impuesto “precisado” en el Reglamento, existiría perjuicio fiscal y correspondería un ajuste:

¹¹¹ Recordemos que nos encontramos ante una norma de base imponible y por tanto, protegida claramente por el principio de reserva de ley. Como señala Gamba: *“Considerando que las normas sobre precios de transferencia permiten cuantificar uno de los elementos esenciales del tributo (la base imponible del IR), este régimen se encuentra “reservado a ley” por el artículo 74 del texto constitucional. Ello impide cualquier delegación “en blanco” a las normas reglamentarias sobre la materia (plano normativo), así como proscriben cualquier margen de discrecionalidad por parte de la Administración Tributaria (plano singular)”*. GAMBA VALEGA, César. Algunos aspectos constitucionales sobre el régimen de precios de transferencia. En: PT - Precios de Transferencia (Junio 2008). IFA-Perú, p.260.

**Menor Impuesto según el concepto de la Ley
No existe perjuicio fiscal**

	Servicio	IR de Empresas				Total IR a pagar por A y B
		A (30%)		B (28%)		
		Base Imponible	IR	Base Imponible	IR	
Valor asignado	800	-400	0	-2800	0	0
Valor ajustado	1000	-200	0	-3000	0	0
					Impacto fiscal	0

**Menor Impuesto según el concepto "precisado" del Reglamento –
Existe perjuicio fiscal**

	Servicio	IR de Empresas				Neto de resultados tributarios de A y B
		A (30%)		B (28%)		
		Base Imponible	IR	Base Imponible	IR	
Valor asignado	800	-400	-120	-2800	-784	-904
Valor ajustado	1000	-200	-60	-3000	-840	-900
					Impacto fiscal	-4

Como vemos, el concepto “precisado” permite aplicar un ajuste aún en aquellos casos en que el ajuste no modificaría el Impuesto a la Renta a pagar. Lo que termina haciendo el concepto

“precisado” es incluir en el cálculo para establecer el perjuicio fiscal a los resultados tanto positivos como negativos¹¹², aun cuando una mayor pérdida tributaria no genera una menor determinación del Impuesto.

Al incluir los resultados negativos, se está yendo el contra del criterio de anualidad que adoptó la Administración Tributaria para el análisis del perjuicio fiscal¹¹³, pues se está incluyendo resultados que solo podrían afectar la determinación futura del Impuesto a la Renta. En efecto, dado que la determinación del IR es anual, “la menor determinación del impuesto” solo debería analizarse respecto al ejercicio al que se imputa la transacción, en concordancia con el periodo en que se determina el IR.

Pero incluso si interpretásemos extensivamente el concepto de “menor determinación del impuesto”, entendiendo que estas pérdidas tributarias reducirán el Impuesto a la Renta a pagar en los siguientes ejercicios, estaríamos dando por seguro que éstas pérdidas se compensarán a futuro, lo cual es absolutamente incierto. Podemos citar algunos casos en los que la existencia de pérdidas tributarias no genera a futuro una reducción en la determinación del IR a pagar por una sociedad:

¹¹² En nuestra opinión, no podría argüirse una lectura restrictiva del artículo que señale que solo se incluirían las mayores pérdidas y no las menores pérdidas en el cálculo del perjuicio fiscal, toda vez que el ajuste tiene un carácter bilateral y que, por tanto, el perjuicio fiscal debe calcularse incluyendo el impacto fiscal de la transacción bajo análisis en todos los contribuyentes que se verían impactados por un potencial ajuste de la misma, lo que implicaría incluir en el cálculo también a las menores pérdidas.

¹¹³ En efecto, el Informe No. 208-2007-SUNAT/2B0000, establece que “(...) *atendiendo al carácter anual del Impuesto a la Renta, la determinación de un menor Impuesto a la Renta solamente se puede establecer al final del ejercicio gravable (...)*”. Si bien las normas vigentes cuando se emitió este Informe variaron con la reforma del 2012, consideramos que el criterio de anualidad, fundamentado en el periodo de determinación del Impuesto a la Renta mantiene plenamente su validez.

- a. La sociedad podría arrojar pérdidas tributarias que no se constituyan en pérdidas netas compensables a futuro, pues recordemos que el artículo 50 de la Ley del IR, establece que no toda pérdida es compensable, sino que en ambos sistemas de arrastre de pérdidas *“los contribuyentes que obtengan rentas exoneradas deberán considerar entre los ingresos a dichas rentas a fin de determinar la pérdida neta compensable”*. Por lo tanto, si en un ejercicio las pérdidas tributarias son iguales o menores a las rentas exoneradas recibidas por la sociedad, tales pérdidas no se constituirán nunca en pérdidas compensables y, en consecuencia, no reducirán el IR a pagar por la sociedad en los ejercicios subsiguientes.
- b. La sociedad con pérdidas tributarias compensables podría ser absorbida antes de poder emplear tales pérdidas. Recordemos que el artículo 106 de la Ley del IR dispone que en caso de reorganización de sociedades o empresas, *“el adquirente no podrá imputar las pérdidas del transferente”*.
- c. La sociedad con pérdidas tributarias compensables podría absorber otra sociedad y no contar con los activos fijos suficientes para imputar tales pérdidas. Nuevamente en el marco de una reorganización de sociedades, el artículo 106 establece que en caso *“el adquirente tuviera pérdidas tributarias, no podrá imputar contra la renta de tercera categoría que se genere con posterioridad a la reorganización, un monto superior al 100% de su activo fijo, antes de la reorganización, y sin tomar en cuenta la revaluación voluntaria”*. En consecuencia, si por ejemplo, una sociedad con pérdidas tributarias compensables sin activos fijos absorbiera a otra sociedad, tales pérdidas no podrían reducir el IR a pagar por la sociedad a futuro.

- d. La sociedad con pérdidas tributarias compensables podría disolverse, perdiéndose la oportunidad de reducir la base imponible del IR de ejercicios posteriores.
- e. La sociedad con pérdidas tributarias podría elegir el sistema A de compensación de pérdidas¹¹⁴ y eventualmente no poder compensarlas. Como establece el inciso a) del artículo 50 de la Ley del IR, tal sistema permite *“compensar la pérdida neta total de tercera categoría de fuente peruana que registren en un ejercicio gravable imputándola año a año, hasta agotar su importe, a las rentas netas de tercera categoría que obtengan en los cuatro (4) ejercicios inmediatos posteriores computados a partir del ejercicio siguiente al de su generación. El saldo que no resulte compensado una vez transcurrido ese lapso, no podrá computarse en los ejercicios siguientes”*. Por lo tanto, “la menor determinación del Impuesto” nunca acaecerá si una sociedad continua arrojando pérdidas tributarias durante los 4 (o más) años siguientes a la elección del sistema A.

Por otro lado, consideramos que, en el supuesto negado que se admita que el artículo 109 del Reglamento “precisa” dentro de los límites del concepto de “menor impuesto” establecido en la Ley, estas “precisiones” no serían en modo alguno aplicables a efectos de determinar el perjuicio fiscal cuando este se refiera al impacto de un ajuste en transacciones con otras partes vinculadas.

Recordemos que el Decreto Legislativo 1124 amplía las facultades de la Administración Tributaria, para realizar ajustes a transacciones que no corrijan un perjuicio fiscal respecto a ellas mismas, pero sí que impacten a otras transacciones con vinculadas corrigiendo el perjuicio generado por éstas últimas. Esta disposición añadida en el inciso c) del artículo 32-A de la Ley

¹¹⁴ O podría encontrarse en el sistema A por *default*. El artículo 50 de la Ley del IR señala que en caso “el contribuyente obligado se abstenga de elegir uno de los sistemas de compensación de pérdidas, la Administración aplicará el sistema a)”.

permite tal ajuste si éste *“incide en la determinación de un **mayor impuesto** en el país respecto de las transacciones con otras partes vinculadas”* (énfasis agregado).

Nótese que el término empleado no es el mismo que en la regla general de perjuicio fiscal (“menor impuesto”). Debemos entender pues que cuando el artículo 109 realiza precisiones, no las hace respecto a la excepción añadida por el Decreto Legislativo 1124, sino respecto a la regla general de perjuicio fiscal. En esa línea, no podrá entenderse de ninguna manera que la determinación de mayores pérdidas tributarias que no generen un perjuicio fiscal respecto a la transacción bajo análisis, pero si en terceras operaciones, pueda ser materia de ajuste.

Finalmente, consideramos importante advertir que la inclusión de las pérdidas tributarias en el cálculo del perjuicio fiscal podría incentivar el uso del perjuicio fiscal como herramienta de planeamiento tributario. A modo de ejemplo, utilicemos el siguiente caso:

X, persona natural domiciliada, es accionista del 90% de las acciones de Z, persona jurídica domiciliada. Según sus proyecciones, Z tendrá pérdida tributaria. X desea suministrar capital a Z y, a estos efectos, le prestará 10 millones de soles a Z. Dado que X y Z son partes vinculadas, los intereses que X deberá pagarle a Z deberían estar acorde al ALP. No obstante, por la diferencia de tasas entre las partes de la transacción, los intereses pactados solo podrían ajustarse si estos fueran mayores a los que hubieran pactado partes independientes por el mismo préstamos.

Impacto fiscal de los intereses pagados por una sociedad domiciliada a su accionista persona natural domiciliada

Sociedad Z	Persona X	Impacto total de la transacción
-29.50%	5%	-24.50%

Por lo tanto, si considerásemos que el valor de los intereses a pagar según el ALP sería de 500 mil soles, únicamente podría ajustarse el precio pactado si este fuera mayor a este valor. En consecuencia, podríamos pactar que el interés a pagar por la Sociedad Z fuera 1 y la Administración Tributaria no podría ajustar tal precio pactado a efectos del IR, pues tal ajuste perjudicaría al fisco:

Impacto fiscal de los intereses pagados por una sociedad domiciliada a su accionista persona natural domiciliada

	Sociedad Z	Persona X	Impacto total de la transacción
Tasas aplicables	-29.50%	5%	-24.50%
ALP (500,000)	-147,500	25,000	-122,500
Precio pactado (1)	-0.295	0.05	-0.245

¿Por qué podría decidirse pactar los intereses por debajo del ALP, perdiendo la posibilidad de que la Sociedad Z deduzca los intereses como gasto? Porque la Sociedad Z estará en pérdida y desde el punto de vista financiero, será irrelevante: seguirá pagando 0. En cambio, se estará evitando la retención del 5% que implicaría un pago efectivo a la Administración Tributaria de 25 mil soles.

Este esquema podría usarse en cualquier servicio (la dinámica en el caso de enajenación de bienes es distinta, como veremos en el siguiente acápite) entre contribuyentes de tasas diferenciadas en las que el pagador cumpla con las siguientes condiciones:

- (i) Tribute por una tasa mayor que el prestador del servicio
- (ii) Pueda deducir la transacción a pagar como gasto
- (iii) Se encuentre en pérdida tributaria

Por último, cabe señalar que si siguiéramos nuestra postura respecto a la inconstitucionalidad de la disposición reglamentaria que incluye a las pérdidas tributarias en la determinación del perjuicio fiscal y las excluyéramos de tal determinación también sería posible utilizar el perjuicio fiscal como herramienta de planeamiento tributario. Se podrían pactar los precios de modo tal que se aumenten las pérdidas tributarias de forma que en conjunto el impacto de la transacción genere un ahorro fiscal a largo plazo, de modo similar al caso de diferimiento de rentas que expondremos a continuación.

6.1.2. Diferimiento de rentas

A diferencia del caso de las pérdidas tributarias, consideramos que “el diferimiento de rentas” si se incluye de forma natural en el concepto de “menor determinación del Impuesto”. En efecto, dado el carácter anual de la determinación del IR, el diferimiento de rentas a otros ejercicios podrá implicar una menor determinación del Impuesto en el ejercicio bajo análisis¹¹⁵.

¹¹⁵ Como en el caso de las mayores pérdidas tributarias, no podría argüirse que solo debemos incluir en el cálculo el diferimiento de rentas y no el de gastos por el carácter bilateral del ajuste.

Esto nos enfrenta a un problema con, por ejemplo, las transacciones que no generan una correlación ingreso – gasto, sino ingreso – costo. En estos casos, un ajuste sobre la renta generada por el vendedor no podrá neutralizarse de modo exacto con un ajuste sobre el costo depreciable o amortizable del activo fijo. A diferencia de las transacciones que generan una correlación ingreso-gasto, en estos casos tendremos de una parte al vendedor tributando por la renta neta obtenida por la venta y por otro lado a un comprador que ese ejercicio únicamente podrá recuperar tributariamente un porcentaje del costo del bien adquirido. En tanto el resto del costo recién será recuperado en los ejercicios subsiguientes, no se tomará en cuenta todo el impacto tributario que tendrá el costo en el comprador, pues la determinación del IR (así como la del perjuicio fiscal) es anual.

La diferencia entre las transacciones que generan una correlación ingreso-gasto y las que generan una correlación ingreso-costos se puede apreciar con claridad en el caso de la venta de un intangible de duración limitada. Recordemos que en estos casos el contribuyente puede optar por considerar el costo del intangible como gasto de un mismo ejercicio o realizar la amortización del intangible como máximo en 10 años, como lo establece el inciso g) del artículo 44 de la Ley del IR¹¹⁶. En el siguiente ejemplo, la Empresa A le vende a la Empresa B una marca a 800,

¹¹⁶ “g) La amortización de llaves, marcas, patentes, procedimientos de fabricación, juanillos y otros activos intangibles similares. Sin embargo, el precio pagado por activos intangibles de duración limitada, a opción del contribuyente, **podrá ser considerado como gasto y aplicado a los resultados del negocio en un solo ejercicio** o amortizarse proporcionalmente en el plazo de diez (10) años. La SUNAT previa opinión de los organismos técnicos pertinentes, está facultada para determinar el valor real de dichos intangibles, para efectos tributarios, cuando considere que el precio consignado no corresponda a la realidad. La regla anterior no es aplicable a los intangibles aportados, cuyo valor no podrá ser considerado para determinar los resultados”(énfasis agregado)

aunque su valor según el ALP es de 1000. Como veremos la opción que elija la Empresa B determinará si se realiza o no un ajuste:

Opción A - Amortización durante 10 ejercicios

	Activo vendido	IR de Empresas				Total IR a pagar por A y B
		A	29.50%	B	29.50%	
		Base Imponible	IR	Base Imponible	IR	
Valor asignado	800	2000	590	1120	330.4	920.4
Valor ajustado	1000	2200	649	1100	324.5	973.5
Impacto fiscal						-53.1

Opción B - Amortización en el mismo ejercicio

	Activo vendido	IR de Empresas				Total IR a pagar por A y B
		A	29.50%	B	29.50%	
		Base Imponible	IR	Base Imponible	IR	
Valor asignado	800	2000	590	400	118	708
Valor ajustado	1000	2200	649	200	59	708
Impacto fiscal						0

Como vemos, la imposibilidad de incluir todo el impacto fiscal a futuro de una transacción por la determinación anual del IR genera que en la Opción A si proceda un ajuste, aun cuando a futuro

el efecto se compense. En este ejemplo, la aplicación de un ajuste parecería tener coherencia con la lógica del perjuicio fiscal, toda vez que, si bien no existiría un perjuicio fiscal en el largo plazo, existiría un ahorro financiero con el diferimiento de la carga tributaria. No obstante, esta forma de determinar el perjuicio fiscal en los casos de diferimiento de rentas podría terminar perjudicando la recaudación tributaria a largo plazo, como podemos apreciar en el siguiente ejemplo.

La empresa A vende a la empresa B un edificio, cuyo valor según ALP es de 1000, al precio de 10000. Recordemos que los edificios se deprecian al 5% anual según el artículo 39 de la Ley del IR¹¹⁷. En nuestro ejemplo, la empresa ha se encuentra bajo el régimen general del IR y la empresa B tiene su tasa estabilizada al 30%. Como vemos a continuación, esta sobrevalorización no ameritaría ningún ajuste pues valorizar la transacción según el ALP perjudicaría al fisco. No obstante, si vemos el impacto total de sobrevalorizar la transacción, esta termina perjudicando a la Administración Tributaria:

Impacto tributario en el presente ejercicio						
	Activo vendido	IR de Empresas				Total IR a pagar por A y B
		A 29.50%		B 30.00%		
		Base Imponible	IR	Base Imponible	IR	
Valor asignado	10000	22000	6490	11500	3450	9940
Valor ajustado	1000	13000	3835	11950	3585	7420
					Impacto fiscal	2520

¹¹⁷ “Artículo 39.- Los edificios y construcciones se depreciarán a razón del cinco por ciento (5%) anual.”

Impacto tributario en veinte ejercicios

	Activo vendido	IR de Empresas				Total IR a pagar por A y B
		A 29.50%		B 30.00%		
		Base Imponible	IR	Base Imponible	IR	
Valor asignado	10000	22000	6490	2000	600	7090
Valor ajustado	1000	13000	3835	11000	3300	7135
				Impacto fiscal		-45

En la línea con el carácter anual del IR, en el ejercicio en que se realiza la transacción no se estaría comprobando perjuicio fiscal alguno por la sobrevalorización del edificio y por tanto, no procedería realizar un ajuste. Como vemos, si se procediera a realizar el ajuste, se generaría una reducción importante de la recaudación tributaria.

No obstante, si consideramos la recaudación a largo plazo, la sobrevalorización de la transacción si perjudicaría al fisco, situación que no podría remediarse con la regulación actual del perjuicio fiscal. De hecho, en estos casos más que una disposición anti elusiva, el requisito del perjuicio fiscal facilita que se estructuren transacciones fuera del estándar del ALP con finalidades elusivas. En efecto, un grupo empresarial podría decidir valorizar las transacciones entre empresas del grupo con tasas diferenciadas (y que generen una relación ingreso-costos) de modo tal que, pagando más IR en el ejercicio en que se realice la transacción, se permita un ahorro tributario a largo plazo.

¿Este problema podría solucionarse modificando las disposiciones que regulan el perjuicio fiscal para incluir el impacto fiscal de la transacción a largo plazo en la determinación del perjuicio fiscal? A nuestro parecer, esta no sería una solución integral, pues nos enfrentaría al mismo problema que analizamos en el caso del aumento de pérdidas: no podemos tener seguridad, a menos que todas las empresas afectadas por la transacción hubieran suscrito un convenio de estabilidad tributaria, de cuál será la regulación tributaria aplicable a futuro. Por ejemplo, la modificación de tasas en los ejercicios subsiguientes a la transacción podría modificar drásticamente el impacto que la adquisición de un activo fijo depreciable o que una pérdida tributaria compensable podría tener a futuro, convirtiendo a una transacción que podía potencialmente perjudicar al fisco en una que lo favorezca.

Más aún, en el caso de las transacciones que generan una correlación ingreso-costo no sabemos si el costo computable del activo fijo será depreciado en su totalidad por el adquirente o será enajenado nuevamente, caso en el que no se podría incluir el efecto de la enajenación posterior, pues esto implicaría contabilizar en la determinación del perjuicio fiscal el impacto de una segunda transacción, ignorando la regla del análisis transaccional del perjuicio fiscal.

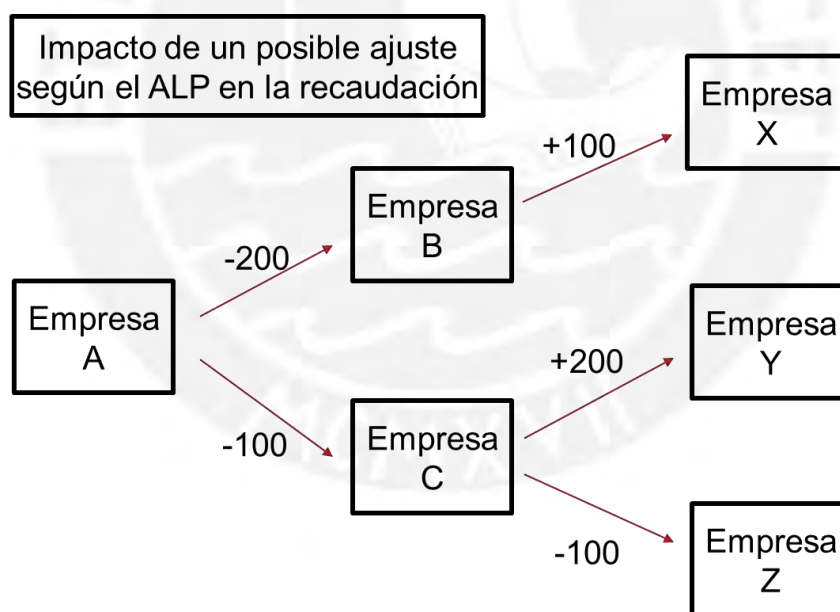
6.2. La excepción a la regla general: ajustes que corrijan el perjuicio fiscal de otras transacciones

Como hemos mencionado, con la introducción del Decreto Legislativo 1124, se ampliaron las facultades de la SUNAT para realizar ajustes al valor de las operaciones. Según el nuevo inciso c), si el ajuste a cierta transacción genera un mayor gravamen respecto a transacciones con otras partes vinculadas, la SUNAT podrá realizarlo, aun cuando no se evidencie perjuicio fiscal

respecto a las partes de la transacción materia de ajuste¹¹⁸. A efectos de este trabajo, denominaremos a estas otras transacciones con terceras partes vinculadas como “transacciones secundarias”.

En nuestra opinión, existen dos problemas con esta ampliación de las facultades de la Administración Tributaria (además del potencial problema de inconstitucionalidad que ya evaluamos). El primero es que el Decreto Legislativo 1124 no esclarece como evaluar el perjuicio fiscal en estos casos. El segundo es la dificultad práctica para recabar toda la información necesaria para determinar el perjuicio fiscal.

A efectos de ilustrar el primer problema, utilizaremos el siguiente esquema:



¹¹⁸ Nótese que, a efectos de esta modificación, se eliminó la frase “de las partes intervinientes” que había introducido el Decreto Legislativo 1112 al final del párrafo.

En este ejemplo, aun cuando no se compruebe el perjuicio fiscal en la transacción entre la Empresa A y las Empresas B y C, si la valorización de tal transacción se encuentra fuera del ALP y tal valorización genera perjuicio fiscal respecto a una transacción secundaria entre la Empresa B o C y otras empresas vinculadas, la Administración Tributaria deberá ajustar la transacción entre A y B o entre A y C.

En nuestro ejemplo podemos ver que el impacto tributario de un ajuste a la transacción entre A y B perjudicaría al fisco en 200, pero corregiría el perjuicio fiscal entre B y X aumentando la recaudación en 100. ¿Cómo evaluamos el perjuicio fiscal en este caso? La Ley del IR no lo especifica. Podría adoptarse una de las siguientes posturas:

Postura 1: Se evalúa el impacto del ajuste únicamente respecto a la transacción secundaria. En este caso, el ajuste procedería pues existe un perjuicio de 100 por corregir en la transacción secundaria (entre B y X).

Postura 2: Se evalúa el impacto neto del ajuste, tanto respecto a la transacción ajustada como a la o las transacciones secundarias. En este caso, el ajuste no procedería pues su efecto sería negativo para el fisco si incluimos en nuestro cálculo el impacto en la transacción ajustada (-200) y en la transacción secundaria (+100).

Si bien la literalidad del enunciado de la norma parecería inclinarse por la Postura 1, ciertamente la Postura 2 se ajusta más a la finalidad del perjuicio fiscal de efectuar ajustes en los que de forma global se aumente la recaudación. No guardaría mucha coherencia que una disposición que pretenda ampliar los supuestos en los que se corrija el perjuicio fiscal permita ajustes que impacten negativamente la recaudación tributaria.

Dicho esto, esta disposición podría llegar a ser extremadamente complicada de aplicar, pues una sola transacción entre vinculadas podría tener impacto en una multitud de transacciones secundarias. Por ejemplo, en el caso de una matriz que brinda servicios a la empresa de *BackOffice* del grupo, la cual a su vez brinda servicios a todas las empresas del grupo se tendría que calcular el perjuicio fiscal incluyendo a la transacción ajustada y a todas las transacciones secundarias.

El segundo problema es cómo acceder a la información necesaria para realizar el cálculo del perjuicio fiscal. Si calcular el impacto de cada posible ajuste en cada transacción y en sus transacciones secundarias se convierte en una labor titánica en un grupo empresarial, en muchos casos podría resultar simplemente imposible, pues debemos recordar que no todos las partes vinculadas tienen acceso a la información de sus contrapartes. En los supuestos de vinculación distintos a los de control societario, se vuelve extremadamente difícil acceder a la información necesaria para analizar el impacto de posibles ajustes en transacciones secundarias realizadas con partes vinculadas que no tendrían por qué compartir su información privada.

Por último, cabe recordar por qué se introdujo la adición del Decreto Legislativo 1124: porque la Administración Tributaria se percató que ciertas transacciones fuera del rango del ALP no podían ser ajustadas por la limitación del perjuicio fiscal a pesar que tenían un impacto perjudicial en transacciones secundarias. Como es evidente, este es un problema que no existiría de no ser por la limitación del perjuicio fiscal, pues en ausencia del perjuicio fiscal el ALP sería suficiente para garantizar que todas las transacciones de una cadena productiva se valoricen bajo un estándar homogéneo de valor de mercado. En suma, el Decreto Legislativo 1124 es una solución extremadamente engorrosa a un problema que el mismo perjuicio fiscal creó y cuya aplicación consideramos inviable en términos prácticos por las dificultades expuestas.

6.3. Análisis transaccional del perjuicio fiscal: ¿qué debemos entender por transacción?

Como hemos mencionado, tras la reforma del 2012, el inciso c) del artículo 32-A especificó que la evaluación del perjuicio fiscal en el Régimen no se debía realizar incluyendo todas las transacciones de un contribuyente, sino analizando transacción por transacción, siguiendo el análisis realizado al aplicar los métodos de valorización establecido en el artículo 112 del Reglamento de la Ley del IR. Las únicas excepciones en las que el referido artículo permitirá una evaluación conjunta de varias transacciones será cuando (i) las transacciones se encuentren estrechamente relacionadas o (ii) estemos ante operaciones continuadas en las que no es posible efectuar una evaluación independiente de cada transacción.

Evidentemente, la primera pregunta que deberemos resolver a efectos de aplicar el análisis transaccional será qué debemos entender por una “transacción”. A pesar de que en la Ley del IR y en su Reglamento se utiliza el término en repetidas ocasiones, no existe una definición precisa del término¹¹⁹. Por otro lado, los conceptos de derecho civil que podrían ser afines a “transacción” como “prestación”, “obligación”, “relación jurídica”, “operación económica”, entre otros, resultan insuficientes o limitantes a primera vista. Finalmente, la definición del Diccionario de la Real Academia Española se encuentra claramente orientada a un concepto contractual (“Trato, convenio, negocio”), alejándose de las Directrices OCDE.

¹¹⁹ El fraseo del artículo 32 de la Ley del IR no define el término “transacción”, pero al menos permite identificar que, a efectos de la Ley, al menos las ventas, los aportes de bienes, las transferencias de propiedad y la prestación de servicios son considerados transacciones:

“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.(...)”

Bajo nuestro análisis, es conveniente que el concepto de transacción a efectos del análisis de perjuicio fiscal y en el marco del Régimen, se mantenga como un concepto abierto, que permita realizar un análisis caso por caso, siguiendo el estándar del RLIR. Tal estándar, regulado en el artículo 112 del Reglamento de la Ley del IR, podría resumirse en: (i) diferenciar, tanto como sea posible, las operaciones entre las partes vinculadas (ii) con el límite de una posible distorsión en el análisis de comparabilidad.

Esta ponderación deberá realizarse siempre caso por caso, evaluando cuando la conjunción de transacciones genera un valor agregado económico que no existiría de valorizarse las transacciones de forma separada. A estos efectos, las Directrices OCDE podrán utilizarse en su calidad de fuentes de interpretación autorizadas por la Ley del IR. Si bien en las Directrices OCDE tampoco se establece una definición exacta de “transacción”, si se aborda la problemática del análisis transaccional de forma muy similar al mencionado artículo 112, señalando que el análisis transacción por transacción permite una aproximación más precisa al ALP, aunque admitiendo que existen situaciones concretas en las que las transacciones no se pueden evaluar de forma adecuada de forma separada. Tales situaciones se configurarían cuando las transacciones estén estrechamente relacionadas o nos encontremos ante transacciones continuadas.

Asimismo, las Directrices enuncian una serie de ejemplos en los que se debería tratar a las transacciones de forma conjunta que consideramos especialmente útiles como criterios para aplicar el mencionado artículo 112¹²⁰.

¹²⁰ “3.9. (...) Examples may include 1. some long-term contracts for the supply of commodities or services, 2. rights to use intangible property, and 3. pricing a range of closely-linked products (e.g. in a product line) when its impractical to determine pricing for each individual product or transaction. Another example would be the licensing of manufacturing know-how and the supply of vital components to an associated manufacturer; it may be more reasonable to assess the arm’s length terms for the two items together rather than individually. Such transactions should be evaluated together using the most appropriate arm’s length

6.4. La menor determinación del Impuesto y los gastos no deducibles

Hemos mencionado que en los casos de servicios entre personas jurídicas domiciliadas vinculadas que se encuentren bajo el régimen general, en principio, no debería proceder un ajuste. Una mayor o menor renta en la persona jurídica prestadora del servicio se neutralizaría con la mayor o menor deducción correspondiente por parte de la persona jurídica pagadora del servicio.

Sin embargo, la posibilidad de que los gastos que neutralizarían el efecto del Impuesto no puedan deducirse nos enfrenta a un serio problema práctico. Pongamos un ejemplo que nos permitirá ilustrar esta dificultad:

La sociedad X presta servicios a la sociedad Z. Para Z, estos constituyen gastos recreativos y por tanto, estarán sujetos al límite del 0,5% de los ingresos netos del ejercicio (que en este caso situaremos en 200 mil soles) y al límite de 40 UIT (162 mil soles)¹²¹. Imaginemos que el valor

method. A further example would be the routing of a transaction through another associated enterprise; it may be more appropriate to consider the transaction of which the routing is a part in its entirety, rather than consider the individual transactions on a separate basis.

3.10. Another example where taxpayer's transactions may be combined is related to portfolio approaches. A portfolio approach is a business strategy consisting of a taxpayer bundling certain transactions for the purpose of earning an appropriate return across the portfolio rather than necessarily on any single product within the portfolio. For instance, some products may be marketed by a taxpayer with a low profit or even a loss, because they create a demand for other products and/or related services of the same taxpayer that are then sold or provided with high profits (e.g. equipment and captive aftermarket consumables, such as vending coffee machines and coffee capsules, or printers and cartridges). Similar approaches can be observed in various industries. (...)"

¹²¹ Literal II) del artículo 37 de la Ley del IR.

pactado es 100 mil soles y el valor según el ALP es 150 mil soles. En principio, en este caso no correspondería realizar un ajuste sobre el valor pactado toda vez que el mayor IR a pagar por X se vería compensado con la deducción de un mayor gasto por parte de Z.

Sin embargo, posteriormente Z contrata los servicios de otra empresa no vinculada, incurriendo en gastos recreativos adicionales por la suma de 50 mil soles. Si valorizamos el servicio prestado por X por el precio pactado, seguiríamos dentro del límite de la deducción, pero si lo valorizamos según el ALP, el valor de los gastos recreativos superaría el límite de las 40 UIT evitando que Z pueda deducir todos sus gastos recreativos. Al no poder neutralizar la totalidad del IR a pagar por X con el correspondiente gasto de Z, existiría un perjuicio fiscal que corregir y correspondería aplicar un ajuste.

Por lo tanto, para determinar la procedencia del ajuste, X necesitaría, por lo menos, la información de todos los gastos de Z que potencialmente puedan calificar como gastos recreativos. Surgen dos problemas inmediatos: (i) la dificultad que podría tener X para recabar tal información de Z y (ii) el costo en que deberá incurrir X para analizar tributariamente la deducibilidad del gasto, que incluirá no sólo la corroboración de que el valor del servicio prestado a Z se encuentra dentro de los límites establecidos por la Ley del IR, sino también deberá analizar si existe algún gasto que Z no ha considerado como gasto recreativo por error. Cualquier error en la información brindada o en el análisis realizado por Z podría significar la diferencia entre realizar un ajuste o no, sin que X pueda alegar un error de Z como justificante para haber valorizado incorrectamente la transacción.

En esa línea, cualquier reparo de la Administración Tributaria a un gasto podría impactar en la forma en la que se valoriza la transacción relacionada a tal gasto. El sólo hecho de, por ejemplo, no contar con la documentación que respalde un gasto podría implicar no solo el

desconocimiento de tal gasto, sino también un ajuste de precios de transferencia, con las consiguientes multas e intereses. Por lo tanto, al momento en el que una empresa determine la base imponible de una transacción con una vinculada, deberá analizar también si tal transacción es para su vinculada un gasto (i) que cumple con los principios de causalidad, razonabilidad, normalidad y, de ser el caso, generalidad; (ii) que no constituye un gasto prohibido o con una limitación cuantitativa o cualitativa; (iii) respecto al cual se han cumplido todas las obligaciones formales necesarias para su deducción; (iv) que cuenta con la documentación necesaria para sustentar su fehaciencia; y (v) que cumple con cualquier otro requisito establecido por la legislación tributaria para ser deducible.

En caso hayamos pactado un precio distinto al ALP, no existe la posibilidad de ser “conservador” y realizar un ajuste de forma “preventiva”, pues si ajustamos el valor de la transacción según el ALP sin que este ajuste haya sido necesario también estaríamos declarando una base imponible errónea, tributando menos y estando sujetos a las correspondientes multas e intereses. Y dadas las múltiples contingencias posibles al determinar la existencia de perjuicio fiscal, es altamente probable que la determinación de la base imponible sea errónea. Por ello, la única forma de evitar estas dificultades es que nuestro precio convenido se encuentre a ALP, evitando la posibilidad de cualquier ajuste al valor convenido. Como es evidente, esto no siempre será posible, toda vez que, en ciertas ocasiones, el valor según el ALP de una transacción sólo se puede determinar luego de pactar el precio¹²².

¹²² Por ejemplo, cuando aplicamos el método del Margen Neto Transaccional (MNT), no es posible determinar el rango del ALP aplicable hasta el fin del ejercicio. Será sólo en ese momento en que contaremos con la información suficiente del contribuyente, de su vinculada y de los comparables para determinar el rango del ALP. Se podrán realizar proyecciones, pero no se sabrá a ciencia cierta si el precio pactado de una transacción realizada en enero con una vinculada se encuentra a valor de mercado según el ALP hasta después de pactado el precio.

6.5. ¿Se debe incluir el impacto de los ajustes secundarios en el cálculo del perjuicio fiscal?

Más allá de las críticas respecto a la deficiente regulación de ajustes secundarios en la legislación peruana (las cuales compartimos)¹²³, lo cierto es que la Administración Tributaria está haciendo amplio uso de esta regulación para aplicar ajustes secundarios, aún en aquellos casos en que claramente son improcedentes. Recientemente, incluso ha pretendido incluir tales ajustes secundarios en el cálculo del perjuicio fiscal para justificar la aplicación de ajustes en aquellos casos en los que el gasto de una sociedad compensa el Impuesto de su contraparte en la transacción.

¹²³ Villanueva concluye, luego de analizar la regulación de los ajustes secundarios, que *“La regulación de precios de transferencia en relación al tratamiento que debe otorgarse a los excesos de precios o márgenes en las transacciones vinculadas es deficiente, porque se trata de asimilar como regla general, ese exceso a la regla de la disposición indirecta de rentas a través del Reglamento; lo cual es ilegal porque no se trata de una disposición indirecta que no sea posible fiscalizar o controlar, de modo que se estaría creando un nuevo supuesto de disposición indirecta de rentas vía reglamento, mientras que en el caso específico de las remuneraciones de accionistas se califica el exceso como dividendo. Esto definitivamente conduce a regular dos situaciones idénticas con efectos jurídicos distintos”* VILLANUEVA GUTIERREZ, Walker. El Ajuste Secundario de Precios de Transferencia como “Dividendo” o “Disposición Indirecta de Rentas”. En: Derecho & Sociedad No.33, p.71.

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

Ello no ocurre en el caso peruano, por lo que pensamos que la remisión reglamentaria al artículo 24-A g) resulta manifiestamente insuficiente. Lo limitado de esta disposición hace al ajuste secundario inaplicable, pues los reparos de precios de transferencia siempre presuponen la identificación de las transacciones y las partes intervinientes, no estando en duda el control fiscal de las rentas trasladadas, sino solo la estimación de su cuantía.” TARTARINI TAMBURINI, Tulio. El ajuste secundario en materia de precios de transferencia, notas sobre su naturaleza y deficiente regulación en el Perú. En: IUS ET VERITAS, N° 52, Julio 2016, p.44.

Podemos ilustrar como se modificaría el cálculo del perjuicio fiscal si incluimos el ajuste secundario con el siguiente ejemplo:

La empresa A, sociedad no domiciliada, le presta un servicio a B, sociedad domiciliada que ha estabilizado su tasa del Impuesto al 30%. Ambas empresas han pactado el precio de 500 por tal servicio, aunque su valor según ALP sería de 1000. Dado que el Impuesto a pagar por A se compensaría con el correspondiente gasto de B, no debería realizarse un ajuste, pues este no corregiría perjuicio fiscal alguno.

Cálculo del perjuicio fiscal sin incluir el ajuste secundario

	Predio vendido	IR de Empresas				Total IR a pagar por A y B
		A	30.00%	B	30.00%	
		Base Imponible	IR	Base Imponible	IR	
Valor asignado	500	500	150	-500	-150	0
Valor ajustado	1000	1000	300	-1000	-300	0
				Impacto fiscal		0

No obstante, la Administración ha pretendido incluir el ajuste secundario en el cálculo del perjuicio fiscal, ajuste secundario con el que recaudaría 25 más. Por lo tanto, estaría sosteniendo que se puede justificar un ajuste primario únicamente por la mayor recaudación originada por el ajuste secundario:

Cálculo del perjuicio fiscal incluyendo el ajuste secundario

	Predio vendido	IR de Empresas						Total IR a pagar por A y B
		A 30.00%		Ajuste secundario 5%		B 30.00%		
		Base Imponible	IR	Base imponible	IR	Base Imponible	IR	
Valor asignado	500	500	150	-	-	-500	-150	0
Valor ajustado	1000	1000	300	1000 - 500 = 500	25	-1000	-300	25
							Impacto fiscal	-25

No coincidimos con esta línea argumentativa porque, en nuestra opinión, no toma en consideración cómo está regulado el ajuste secundario en nuestra Ley del IR. El literal d) del artículo 109 del Reglamento de la Ley del IR regula los ajustes secundarios de la siguiente forma:

“d) Ajustes secundarios

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

A su vez, el inciso g) del artículo 24-A de la Ley señala:

“Artículo 24-A.- *Para los efectos del Impuesto se entiende por dividendos y cualquier otra forma de distribución de utilidades:*

(...)

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

El Impuesto a aplicarse sobre estas rentas se regula en el Artículo 55 de esta Ley”.

Debemos recordar que el ajuste secundario grava a una segunda transacción, independiente de la transacción sujeta al ajuste primario. Esta segunda transacción debería crearse a través de una disposición expresa, pero como vemos, en el caso de nuestra legislación no existe tal disposición: el legislador prefirió remitirse al artículo 24-A de la Ley, en el que se regulan los dividendos presuntos¹²⁴.

La forma en la que se regulan (o más bien, no se regulan) los ajustes secundarios en el Régimen nos permite sostener que el perjuicio generado por la aplicación del artículo 24-A no debe utilizarse para determinar el perjuicio fiscal requerido para aplicar un ajuste primario por las siguientes razones:

- (i) Una mayor recaudación obtenida por el ajuste secundario no es una mayor recaudación obtenida “por aplicación de las normas de precios de transferencia”, sino por aplicación de la norma de dividendos presuntos¹²⁵. Como indica la norma de

¹²⁴ Como señala Tartarini “en puridad, en el Perú no existe una regulación sobre ajuste secundario sino una sobre dividendos presuntos que habrá que analizar bajo sus propios términos para determinar si procede exigir el sujeto pasivo objeto de un ajuste primario de precios de transferencia una tasa adicional por concepto del Impuesto a la Renta que grava los dividendos.” TARTARINI TAMBURINI, Tulio. El ajuste secundario en materia de precios de transferencia, notas sobre su naturaleza y deficiente regulación en el Perú. En: IUS ET VERITAS 52, julio 2016; pp. 39-40.

¹²⁵ En la misma línea, consideramos que tampoco deberían incluirse en la determinación del perjuicio fiscal los potenciales intereses y multas a pagar, pues estos serían generados por normas fuera del Régimen, coincidiendo con la posición de Puga y Becerra: “Esta verificación del perjuicio fiscal debería realizarse teniendo en consideración a todas las partes intervinientes, es decir, a través de una valoración del conjunto, y sin considerar si en esa determinación existen intereses moratorios no pagados o se generan deudas por infracciones formales”. PUGA DE LA ROCHA, Miguel & Fernando Becerra O’Phelan. Aproximaciones a los precios de transferencia. En: PT - Precios de Transferencia (Junio 2008). IFA-Perú, p. 394.

perjuicio fiscal en el inciso c) del artículo 32-A de la Ley del IR, “*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*”.

En nuestro ejemplo, si aplicásemos tales normas y efectuásemos un ajuste primario, el impuesto total a pagar por la transacción sería el mismo al que correspondería pagar si no hubiéramos realizado tal ajuste.

- (ii) El análisis del perjuicio fiscal es transaccional. Como hemos señalado, esto implica que la evaluación del perjuicio fiscal debe realizarse analizando el impacto de fiscal de cada transacción individualmente considerada, como señala el artículo 112 del Reglamento de la Ley del IR. Toda vez en nuestro caso nos encontramos ante dos transacciones claramente diferenciadas (por un lado, el servicio brindado por la no domiciliada y por el otro, el dividendo presunto distribuido a la no domiciliada), no correspondería evaluar el impacto fiscal de ambas de forma conjunta.

VII. Los ajustes correlativos: los Convenios para Evitar la Doble Imposición y el perjuicio fiscal

Habiendo analizado el conflicto entre el ALP y el perjuicio fiscal en nuestra legislación doméstica, es conveniente examinar como nuestra regulación particular del perjuicio fiscal se interrelaciona con las disposiciones inspiradas por el ALP en los Convenios para Evitar la Doble Imposición (en adelante, CDI o Convenio) suscritos por el Estado Peruano. Como veremos, los Convenios permiten la aplicación de ajustes que perjudiquen al fisco bajo ciertas circunstancias.

En este momento, Perú tiene 7 CDI bilaterales vigentes suscritos con Chile (vigente desde el 01 de enero de 2004), con Canadá (vigente desde el 01 de enero de 2004), con Brasil (vigente desde el 01 de enero de 2010), con México (vigente desde el 01 de enero de 2015), con Corea (vigente desde el 01 de enero de 2015), con Suiza (vigente desde el 01 de enero de 2015) y con Portugal (vigente desde el 01 de enero de 2015). Tanto estos, como los Convenios que se encuentran en negociación¹²⁶, son Convenios bilaterales se inspiran en el estándar establecido por el Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio de la OCDE del 2010 (en adelante, Modelo OCDE). En consecuencia, más allá de señalar, cuando sea necesario, las particularidades de ciertos Convenios, los analizaremos en conjunto, así como al Modelo OCDE en abstracto.

Por otro lado, como parte de la Comunidad Andina de Naciones (en adelante, CAN), Perú está sujeto a la regulación de la Decisión 578. Tal Decisión, promulgada en el marco del Acuerdo de Cartagena, se emitió, como la misma Decisión indica, con *“el fin de fomentar los intercambios*

¹²⁶ El Ministerio de Economía y Finanzas ha anunciado que se encuentra en negociaciones para suscribir CDI con España, Japón y Singapur. <http://gestion.pe/economia/peru-negocia-acuerdos-evitar-doble-tributacion-espana-singapur-y-japon-2175096>

entre los Países Miembros, atraer la inversión extranjera y prevenir la evasión fiscal” y se encuentra vigente desde el 01 de enero de 2005. Dadas las múltiples diferencias entre la Decisión 578 y los Convenios inspirados en el Modelo OCDE, ésta será analizada de forma separada.

Es conveniente iniciar nuestro análisis recordando que todos nuestros Convenios contienen ciertas disposiciones que limitan sus beneficios a que las transacciones que se encuentren en su ámbito de aplicación se valoricen siguiendo el ALP y que nuestra legislación doméstica, incluyendo al requisito del perjuicio fiscal, no puede oponerse a la aplicación de un instrumento internacional¹²⁷. Si bien los Convenios no fuerzan al Estado peruano a valorizar las transacciones

¹²⁷ Sobre este punto, es conveniente hacer una breve aclaración. Queda claro que en virtud del artículo 55 de la Constitución “los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”, lo que incluye tanto a los CDI bajo el Modelo OCDE suscritos, como a la Decisión 578 en tanto ha sido emitida acorde a un tratado suscrito por el Estado peruano. Desde el punto de vista del derecho internacional público, las disposiciones de un tratado deberán imponerse respecto a las de la legislación doméstica, como especifica la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (suscrita por el Estado Peruano) en su artículo 27: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”. Esto es aún más claro en el caso de la Decisión 578, pues la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ya ha resuelto, a partir de las disposiciones del Acuerdo de Cartagena y del Tratado Constitutivo del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, que el ordenamiento comunitario prevalecerá sobre el derecho nacional, incluido el Constitucional (véase el Proceso 97-IP-2009).

No obstante, existe aún debate respecto a la forma en la que estos instrumentos normativos se insertan en nuestro sistema de fuentes del derecho tributario. Constitucionalmente, no existe en nuestro ordenamiento ninguna norma a la que se le otorgue una jerarquía superior a la ley. Es por ello que, en nuestra opinión, la relación entre los instrumentos internacionales bajo análisis y nuestra legislación doméstica no se puede regir por el principio de jerarquía, sino por el principio de competencia en el sentido que las materias reguladas por estos instrumentos normativos son de su exclusiva competencia. ¿Cuál es esta exclusiva competencia? Restringir la potestad tributaria de los Estados, no crear normas tributarias domésticas. Como señala Villanueva, las disposiciones de los CDI y de la Decisión 578 “*son normas de estructura y no normas de conducta dirigidas a los contribuyentes, su destinatario inmediato son los Estados negociadores de los CDI o integrantes de la Comunidad Andina que voluntariamente imponen*

siguiendo el ALP a efectos de su legislación doméstica pues esto escapa de su competencia, si podrán restringir sus beneficios a aquella parte del valor de una transacción que se encuentre en los márgenes del ALP y, eventualmente limitar la potestad tributaria de los Estados a través de la aplicación de ajustes correlativos.

Dada la orientación de nuestro trabajo, el análisis no abarcará todos los extremos de la regulación del ALP en los Convenios, sino que se limitará a examinar la regulación de los ajustes correlativos en las disposiciones de los Convenios, toda vez que esta es la vía para armonizar la aplicación del ALP entre jurisdicciones distintas y porque, desde el punto de vista del perjuicio fiscal, son los ajustes correlativos los que sí podrán exigir que el ALP se cumpla incluso cuando perjudique al fisco.

El Glosario de las Directrices OCDE define a los ajustes correlativos como *“un ajuste de la deuda tributaria de la empresa asociada realizada en una segunda jurisdicción fiscal por la administración tributaria de esa jurisdicción, en correlación con el ajuste primario realizado por la administración tributaria de la primera jurisdicción, con el fin de distribuir consistentemente los beneficios entre las dos jurisdicciones”*. Por lo tanto, los ajustes correlativos son resultados de un ajuste primario realizado por una Autoridad Tributaria extranjera. No puede existir ajuste correlativo sin un ajuste primario previo.

normas que restringen su potestad tributaria, la función de las normas interestatales es imponer restricciones a los Estados en relación al ejercicio de su soberanía fiscal.

Las normas internas estatales son, por el contrario, normas de conducta dirigidas a los contribuyentes para el pago del tributo, son la expresión concreta del ejercicio del poder tributario de los Estados. La distinta función de las normas jurídicas es un parámetro de interpretación muy importante en la relación entre las normas del CDI, NCA [Normas Comunitarias Andinas] y las normas internas” VILLANUEVA GUTIERREZ, Walker. Introducción a los CDI y Normas Comunitarias Andinas.

Cabe señalar que los ajustes correlativos tienen una regulación propia en nuestras normas domésticas. Nuestro Régimen establece ciertas restricciones, adicionales a las contenidas en los Convenios, para la aplicación de estos ajustes. Por lo tanto, luego de revisar los Convenios, deberemos analizar tales restricciones y como estas interactúan con instrumentos internacionales como los Convenios.

7.1. Convenios bajo el Modelo OCDE

Si bien es cierto existen varios artículos del Modelo OCDE que consagran el ALP¹²⁸, únicamente analizaremos aquellos párrafos que regulan la procedencia de ajustes correlativos: el párrafo 3 del artículo 7 y el párrafo 2 del artículo 9.

7.1.1. El artículo 7 del Modelo OCDE

El párrafo 2 del artículo 7 del Modelo OCDE consagra el ALP a efectos de ajustar los beneficios empresariales imputables a un establecimiento permanente¹²⁹. A su vez, el párrafo 3 del mismo

¹²⁸ Otros artículos que consagran el ALP son el 11 (intereses) y el 12 (regalías). Según el Modelo OCDE, en estos casos el ALP no genera un ajuste correlativo, sino que únicamente limita la aplicación de beneficios del CDI hasta el valor de la transacción que se determinaría si esta se realizara entre partes independientes.

¹²⁹ “2. A los efectos de este artículo, y del artículo [23 A] [23 B], los beneficios imputables al establecimiento permanente en cada Estado contratante a los que se refiere el apartado 1 son aquellos que el mismo hubiera podido obtener, particularmente en sus operaciones con otras partes de la empresa, si fuera una empresa distinta e independiente que realizase actividades idénticas o similares, en las mismas o análogas condiciones, teniendo en cuenta las funciones desarrolladas, los activos utilizados y los riesgos asumidos por la empresa a través del establecimiento permanente y de las restantes partes de la empresa”.

Como correctamente señala el apartado 18 de los Comentarios al artículo 7 del Modelo OCDE “cuando una empresa de un Estado contratante tiene un establecimiento permanente en el otro Estado contratante, es natural que el primer Estado tenga interés en que en el Estado en el que está situado el establecimiento

artículo regula el ajuste correlativo:

*“3. Cuando de conformidad con el apartado 2 un Estado contratante ajuste los beneficios imputables al establecimiento permanente de una empresa de uno de los Estados contratantes y, en consecuencia, grave los beneficios de la empresa que ya han sido gravados por el otro Estado, ese otro Estado, en la medida en que sea necesario para eliminar la doble imposición sobre dichos beneficios, **practicará el ajuste correspondiente** en la cuantía del impuesto aplicado sobre los mismos. En caso necesario, las autoridades competentes de los Estados contratantes se consultarán para la determinación de dicho ajuste.” (énfasis agregado)*

En primera instancia, cabe recordar que en el escenario ideal en el que se trate al establecimiento permanente como una entidad separada que valoriza sus transacciones según el ALP, no sería necesario ni el ajuste primario ni el correlativo. Es cuando el establecimiento permanente asigna un valor distinto al que determinarían partes independientes que uno de los Estados parte del Convenio podrá aplicar un ajuste primario según su legislación doméstica. Como es natural, será el Estado perjudicado por la valorización incorrecta el que realizará el ajuste primario para aumentar su recaudación. El Estado beneficiado no tendría ningún incentivo para realizar un ajuste de valor, como bien se expone en los Comentarios al párrafo 3 del artículo 7 del Modelo OCDE:

permanente se apliquen correctamente las pautas marcadas en el apartado 2. Dado que estas normas implican a ambos Estados contratantes, en virtud del artículo 23 A o 23 B, es el Estado de la empresa el que debe eliminar la doble imposición sobre los beneficios correctamente atribuibles al establecimiento permanente (véase el párrafo 27 más adelante). Dicho de otro modo, si el Estado en el que está situado el establecimiento permanente pretende someter a imposición beneficios no imputables al establecimiento permanente conforme al artículo 7, puede producirse un caso de doble imposición de los beneficios que hubieran debido gravarse únicamente en el Estado de la empresa”.

“55. (...) Cuando un Estado realice el ajuste que permite el apartado 2, el otro Estado podrá realizar un ajuste recíproco en virtud de ese apartado de forma que se evite la doble imposición mediante la aplicación combinada del apartado 2 y del artículo 23 A o 23 B (véase el párrafo 65 más adelante). Sin embargo, **pudiera ser que la legislación interna de ese otro Estado (el Estado en que está situado el establecimiento permanente) no permita realizar ese ajuste, o que ese Estado no tenga incentivos para proceder a ello si el efecto que esto provoque es la reducción del importe de los beneficios que anteriormente podían someterse a imposición en el mismo.** También podría ocurrir, como se señaló anteriormente, que los dos Estados contratantes adoptaran distintas interpretaciones del apartado 2 y que no fuera posible concluir que alguna de ellas no fuera conforme con su tenor.

54. El apartado 3 aborda estas cuestiones (...). (énfasis agregado)

Dada la presencia del requisito del perjuicio fiscal en nuestro Régimen, aparentemente la Administración Tributaria peruana no podría ajustar el valor de una transacción según el ALP (si este redujera el IR a determinar) hasta que la autoridad competente del otro Estado parte realice su propio ajuste primario y en aplicación del párrafo 3 proceda un ajuste correlativo. Sin el ajuste correlativo, se generaría una situación de doble imposición económica sin solución posible. A pesar de este hecho, ninguno de nuestros Convenios contiene una provisión similar a la del párrafo 3¹³⁰.

¹³⁰ Esto se puede deber, en parte, a que el párrafo 3 del actual Modelo OCDE recién fue incluido en el 2010. Previamente, el párrafo 3 no hacía mención alguna a los ajustes correlativos, sino que más bien señalaba:

“3. In determining the profits of a permanent establishment, there shall be allowed as deductions expenses which are incurred for the purposes of the permanent establishment, including executive and general administrative expenses so incurred, wheter in the State in which the permanent establishment is situated or elsewhere”

¿Qué sucede entonces con el ALP del párrafo 2 ante esta ausencia? Todos nuestros Convenios contienen una disposición similar a la del párrafo 2 del Modelo OCDE, estableciendo que:

“2. (...) en cada Estado Contratante se atribuirán a dicho establecimiento los beneficios que éste hubiera podido obtener de ser una empresa distinta y separada que realizase las mismas o similares actividades, en las mismas o similares condiciones y tratase con total independencia con la empresa de la que es establecimiento permanente”¹³¹

En nuestra opinión, el párrafo 2 ya establece una restricción para la Administración Tributaria peruana. Aun cuando la legislación doméstica no permita un ajuste primario por la ausencia de perjuicio fiscal, el Estado peruano no podría permitir un gravamen mayor al permitido por el ALP justificándose en la regulación doméstica del perjuicio fiscal. En aplicación del Convenio, no tendría más remedio que restringir su potestad de gravar.

Por lo tanto, sólo nos encontraremos ante un problema de doble imposición económica cuando la Administración Tributaria peruana difiera con su contraparte en el otro Estado miembro respecto a cuál es la valorización correcta según el ALP. Esta situación podría ser recurrente

Los párrafos 3 de nuestros Convenios son casi idénticos a esta versión del Modelo OCDE previa al 2010, incluso aquellos que se negociaron posteriormente como los Convenios con Corea, México, Portugal y Suiza.

¹³¹ Este es el fraseo exacto presente en los Convenios con Brasil, Corea, México y Suiza. Los Convenios con Canadá y Chile añaden al final del párrafo “y con todas las demás personas”. El Convenio con Portugal emplea el término “el mismo” en vez de “éste”. Dado que tales detalles no varían sustancialmente el sentido de la disposición, utilizaremos este fraseo para realizar el análisis conjunto de todos nuestros Convenios inspirados en el Modelo OCDE.

porque como hemos señalado antes, el ALP es un estándar que muchas veces puede expresarse en un rango de valores y no en un valor exacto. Además, podrían existir diferencias entre nuestro Régimen y el régimen de precios de transferencia del otro Estado respecto a jerarquía de métodos, presunciones, entre otros detalles legislativos que conlleven a una discrepancia entre la valorización planteada por ambas administraciones tributarias¹³².

A pesar de la ausencia del párrafo 3, ante el ajuste primario de una administración tributaria extranjera nuestros Convenios inspirados en el modelo OCDE permitirían someter la controversia a un procedimiento de acuerdo mutuo (en inglés *mutual agreement procedure* o MAP). Este procedimiento está regulado en el artículo 25 del Modelo OCDE¹³³ y se ha incluido de forma muy similar al Modelo OCDE en los artículos 24 y 25 de nuestros Convenios.

¹³² Díaz Tong, Enrique. (2014) . Lineamientos a fin de resolver los problemas de ajustes en virtud a las normas de precios de transferencia peruanas y los convenios para evitar la doble imposición celebrados por el Perú. En Instituto Peruano de Investigación y Desarrollo Tributario (Ed.) II Foro de Tributación y Contabilidad (pp.353-367). Lima : IPIDET. (C45337)

¹³³ “ARTÍCULO 25 - PROCEDIMIENTO AMISTOSO

1. Cuando una persona considere que las medidas adoptadas por uno o por ambos Estados contratantes implican o pueden implicar para ella una imposición que no esté conforme con las disposiciones del presente Convenio podrá, con independencia de los recursos previstos por el derecho interno de esos Estados, someter su caso a la autoridad competente del Estado contratante del que sea residente o, si fuera aplicable el apartado 1 del artículo 24, a la del Estado contratante del que sea nacional. El caso deberá ser planteado dentro de los tres años siguientes a la primera notificación de la medida que implique una imposición no conforme a las disposiciones del Convenio.

2. La autoridad competente, si la reclamación le parece fundada y si no puede por sí misma encontrar una solución satisfactoria, hará lo posible por resolver la cuestión por medio de un acuerdo amistoso con la autoridad competente del otro Estado contratante, a fin de evitar una imposición que no se ajuste a este Convenio. El acuerdo será aplicable independientemente de los plazos previstos por el derecho interno de los Estados contratantes.

3. Las autoridades competentes de los Estados contratantes harán lo posible por resolver las dificultades o las dudas que planteen la interpretación o aplicación del Convenio por medio de un acuerdo amistoso.

Los MAP son procedimientos establecidos en el marco de un Convenio para garantizar que las disposiciones del mismo aseguren remedios efectivos para la doble imposición internacional¹³⁴. Así, si existen desavenencias respecto a la aplicación de las disposiciones del Convenio que agraven a un contribuyente, este puede solicitar el inicio de un MAP entre las autoridades competentes de los Estados parte¹³⁵. El MAP no tiene vocación de exigir una actuación determinada de uno de los Estados, sino más bien una aproximación consensual: los Estados intentarán llegar a un acuerdo, pero este no necesariamente se logrará pues no existe

También podrán ponerse de acuerdo para tratar de eliminar la doble imposición en los casos no previstos en el Convenio.

4 A fin de llegar a un acuerdo en el sentido de los apartados anteriores, las autoridades competentes de los Estados contratantes podrán comunicarse directamente, incluso en el seno de una comisión mixta integrada por ellas mismas o sus representantes.

5. Cuando,

a) en virtud del apartado 1 una persona haya sometido su caso a la autoridad competente de un Estado contratante alegando que las medidas adoptadas por uno o por ambos Estados contratantes implican para ella una imposición no conforme con las disposiciones del presente Convenio, y

b) las autoridades competentes no puedan ponerse de acuerdo para resolver la cuestión conforme a lo dispuesto en el apartado 2, en el plazo de dos años desde la presentación del caso a la autoridad competente del otro Estado contratante,

a instancia del contribuyente, se someterá a arbitraje toda cuestión irresoluta relacionada con ese caso. Sin embargo, este sometimiento no podrá realizarse cuando un tribunal u organismo administrativo de cualquiera de los Estados contratantes se haya pronunciado previamente sobre dichas cuestiones irresolutas. A menos que una persona a la que concierna directamente el caso rechace el acuerdo amistoso que aplique el dictamen, dicho dictamen será vinculante para ambos Estados y aplicable independientemente de los plazos previstos por el derecho interno de los Estados contratantes. Las autoridades competentes de los Estados contratantes establecerán de mutuo acuerdo el modo de aplicación de este apartado.”

¹³⁴ Las Directrices OCDE señalan respecto a los MAP: “4.29. *The mutual agreement procedure is a well-established means through which tax administrations consult to resolve disputes regarding the application of double tax conventions. This procedure, described and authorized by Article 25 of the OECD Model Tax Convention, can be used to eliminate double taxation that could arise from a transfer pricing adjustment”*

¹³⁵ ARNOLD, Brian J. *International Tax Primer*. Holanda: Kluwer Law International, 2016, p. 174.

mecanismo alguno que obligue a los Estados a llegar a un consenso¹³⁶. Incluso en nuestros Convenios que incluyen una cláusula de arbitraje, como los Convenios con Chile¹³⁷ y Canadá¹³⁸, se deja claro que sólo se iniciará el arbitraje si existe un acuerdo de las autoridades competentes de los Estados parte del Convenio.

Llegados a este punto, es preciso preguntarnos si la introducción del parágrafo 3 en nuestros Convenios resolvería decisivamente el problema planteado, sin dejar a merced de un MAP la resolución de la doble imposición económica. La respuesta es negativa: de facto, un Estado sólo realizará el ajuste correlativo si así lo considera, como bien exponen los Comentarios al artículo 7 del Modelo OCDE:

¹³⁶ Las numerosas limitaciones de los MAP han promovido una corriente de opinión a favor de la introducción de cláusulas de arbitraje obligatorio como solución definitiva para las controversias que surjan de la interpretación y aplicación de los Convenios. Al respecto véase Bertolini, Michelle and Weaver, Pamela Q., Mandatory Arbitration within Tax Treaties: A Need for a Coherent International Standard (February 2012). 2012 American Taxation Association Midyear Meeting: JLTR Conference. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2003897> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2003897> o Jain, Tarun, Mutual Agreement Procedure under DTAs: Time to Embrace Arbitration? (June 24, 2013). Income Tax Reports, (2013) 354 ITR (Journal) 69-80. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2290212>

¹³⁷ “Artículo 25.- Procedimiento de acuerdo mutuo

(...)

5. Si surge una dificultad o duda acerca de la interpretación o aplicación de este Convenio, que no pueda ser resuelta por las autoridades competentes de los Estados Contratantes, el caso podrá, si las autoridades competentes lo acuerdan, ser sometido a arbitraje. El procedimiento será acordado entre los Estados Contratantes por medio de notas que serán intercambiadas a través de los canales diplomáticos.”

¹³⁸ “Artículo 25.- Procedimiento de acuerdo mutuo

(...)

6. Si surge cualquier dificultad o duda relacionada con la interpretación o aplicación del presente Convenio y no puede ser resuelta por las autoridades competentes de acuerdo con los apartados anteriores de este Artículo, el caso puede someterse a arbitraje si ambas autoridades competentes y el contribuyente por escrito acuerdan estar sujetos a la decisión del tribunal arbitral. El laudo arbitral sobre un caso en particular será vinculante para ambos Estados respecto a ese caso.

El procedimiento será establecido mediante el intercambio de notas entre los Estados Contratantes.”

“59. Como ocurre en el apartado 2 del artículo 9, el apartado 3 no obliga a la realización automática del ajuste correlativo simplemente porque los beneficios atribuidos al establecimiento permanente se hayan ajustado en uno de los Estados contratantes. Este ajuste correlativo es necesario únicamente cuando el otro Estado considere que los beneficios ajustados concuerdan con lo dispuesto en el apartado 2. Dicho de otro modo, cuando los beneficios imputables al establecimiento permanente se ajusten de forma distinta a como se hubieran ajustado en caso de haberse calculado correctamente conforme a los principios del apartado 2, el apartado 3 no podrá invocarse ni será de aplicación. Con independencia del Estado que practica el ajuste inicial, el otro Estado está obligado a realizar el ajuste correlativo que resulte pertinente únicamente cuando considere que los beneficios ajustados reflejan adecuadamente los beneficios que hubiera obtenido el establecimiento permanente en la operación interna, en caso de haberse realizado en condiciones de plena competencia. **El otro Estado estará obligado por tanto a realizar dicho ajuste correlativo únicamente si considera que el ajuste inicial está bien fundamentado y el importe es correcto.**” (énfasis agregado).

Hasta este punto podemos concluir que el artículo 7 obliga a la Administración Tributaria peruana a atribuir los beneficios a los establecimientos permanentes según el ALP a efectos de la aplicación de los CDI, sin que ésta pueda excusarse en el requisito del perjuicio fiscal en la legislación peruana para atribuir tales beneficios fuera del rango de valor determinado por el ALP. No obstante, no existe la obligación expresa de realizar un ajuste correlativo si la administración del otro Estado parte realiza un ajuste primario respecto a los beneficios atribuibles a un establecimiento permanente, por lo que podría generarse un problema de doble imposición económica. Ante esta, el contribuyente afectado podrá solicitar un MAP entre las

administraciones tributarias de los Estados parte, pero una solución efectiva no está garantizada¹³⁹.

7.1.2. El artículo 9 del Modelo OCDE

El párrafo 1 del artículo 9 del Modelo OCDE consagra la aplicación del ALP respecto a las transacciones entre empresas asociadas sujetas al Convenio. A su vez, el párrafo 2 del mismo artículo regula el ajuste correlativo:

*“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”. (énfasis agregado)*

Como señalan los Comentarios, la función del párrafo 9.2 es solucionar cualquier problema de doble imposición económica que resulte de la aplicación dispar del ALP consagrado en el

¹³⁹ Cabe destacar que un MAP podría resultar en un acuerdo que no produzca un ajuste correlativo, sino que más bien genere una corrección del ajuste primario. Así lo explican las Directrices OCDE: “4.32. (...) *It is also posible that the first tax administration will agree to decrease (or eliminate) the primary adjustment as part of the consultative process with the second tax administration, in which case the corresponding adjustment would be smaller (or perhaps unnecessary)*”.

parágrafo 9.1:

“5. La rectificación en la contabilidad de las operaciones entre empresas asociadas en la situación contemplada en el apartado 1 puede dar lugar a una doble imposición económica (imposición de la misma renta en manos de personas diferentes) en la medida en que una empresa del Estado A, cuyos beneficios se revisen al alza, se somete a imposición por una cuantía de beneficios que ya se ha gravado como renta de la empresa asociada en el Estado B. El apartado 2 establece que, en tales circunstancias, el Estado B procederá a practicar un ajuste apropiado para evitar la doble imposición”.

En ese sentido, el parágrafo 9.2 comparte las características básicas del parágrafo 7.3¹⁴⁰. ¿Qué los diferencia? A nuestro parecer, únicamente los sujetos que realizan la transacción pasible de ser ajustada según cada parágrafo. Mientras que el parágrafo 7.3 se refiere a atribuciones entre una empresa y su establecimiento permanente, el parágrafo 9.2 se refiere a transacciones entre empresas asociadas.

Respecto a la efectividad del parágrafo 9.2 para solucionar los problemas de doble imposición, esta es tan limitada como en el caso del parágrafo 7.3, tal como especifican los Comentarios al artículo 9 del Modelo OCDE:

¹⁴⁰ Como señalan los Comentarios al artículo 7:

“58. El apartado 3 comparte las características básicas del apartado 2 del artículo 9. En primer lugar, se aplica a cada Estado en relación con el ajuste practicado por el otro Estado. Por tanto, su aplicación es recíproca tanto si el ajuste inicial se ha practicado en el Estado en el que está situado el establecimiento permanente como en el otro Estado. Del mismo modo, se aplica únicamente cuando uno de los Estados practique el ajuste.”

“6. Debe señalarse, sin embargo, que el Estado B no deberá realizar automáticamente un ajuste por el simple hecho de que se hayan corregido los beneficios en el Estado A; sólo se practicará el ajuste si el Estado B considera que la cifra de beneficios rectificadas refleja correctamente la que se habría obtenido si las operaciones se hubiesen realizado en condiciones de total independencia. Dicho de otra manera, el apartado no podrá invocarse ni será aplicable cuando los beneficios de una empresa asociada se incrementen hasta un nivel que exceda del que hubieran alcanzado si se hubiesen calculado correctamente en plena competencia. Por consiguiente, **el Estado B sólo deberá practicar el ajuste de los beneficios de la empresa asociada si considera que el ajuste realizado en el Estado A está justificado, tanto en sí mismo como en su importe.**” (énfasis agregado)

Por lo tanto, se presenta el mismo problema que hemos examinado previamente: el ajuste correlativo finalmente dependerá de un MAP que tiene las limitaciones que ya mencionamos¹⁴¹.

¹⁴¹ El mismo Comité de Asuntos Fiscales reconoce una serie de dificultades en la aplicación del MAP para la realización de ajustes correlativos, como se detalla en los Comentarios al artículo 25 del Modelo OCDE: “40. El Comité de Asuntos Fiscales ha formulado una serie de recomendaciones sobre dos problemas planteados por los ajustes correlativos de beneficios subsiguientes a los ajustes de precios de transferencia (aplicación de los apartados 1 y 2 del artículo 9), así como por las dificultades de aplicación del procedimiento amistoso a tales situaciones:

a) Las autoridades fiscales deberían notificar a los contribuyentes, tan pronto como sea posible, su intención de efectuar un ajuste de precios de transferencia (y, cuando la fecha de una notificación de esta clase pueda ser importante, asegurarse de que se efectúe lo antes posible una clara notificación formal); es, sin duda, particularmente útil la realización de contactos sobre todas las cuestiones pertinentes, de la manera más completa y tan pronto como sea posible, entre las autoridades fiscales y los contribuyentes dentro de la misma jurisdicción y, más allá de las fronteras nacionales, entre las empresas asociadas implicadas y las autoridades fiscales afectadas.

b) Entre las autoridades competentes deberá establecerse una comunicación muy flexible, eligiendo la manera más apropiada (por escrito, por teléfono, o por medio de discusiones personales o de grupo) y debiendo esforzarse en encontrar el medio más eficaz para resolver las cuestiones pertinentes. Debería fomentarse la utilización de las disposiciones del artículo 26 referentes al intercambio de información para

Como bien señala Cosín, los ajustes correlativos “no son obligatorios para las administraciones implicadas ni tampoco las obliga a llegar a un acuerdo a través del procedimiento amistoso”¹⁴²

Cabe señalar que, a diferencia del caso del párrafo 7.3, casi todos nuestros Convenios incluyen una disposición casi idéntica al párrafo 9.2 del Modelo OCDE. La única excepción es el Convenio con Brasil que sólo consagra el ALP en su párrafo 9.1 más no contiene ninguna regulación referente a los ajustes correlativos¹⁴³.

Por lo tanto excepto esa excepción, todos nuestros Convenios establecen la misma limitación que el párrafo 9.2 del Modelo OCDE: los Estados solo procederán a realizar el ajuste correlativo si están de acuerdo con el ajuste primario. No existe ninguna obligación imperativa. Enunciados como “si está de acuerdo” o “si considera que el ajuste realizado en un Estado

que las autoridades competentes estén en condiciones de tomar una decisión basándose en una buena información de los hechos.

c) Durante el desarrollo de un procedimiento amistoso sobre cuestiones de precios de transferencia, el contribuyente afectado debería tener la oportunidad, en la medida de lo razonable, de exponer a las autoridades competentes, por escrito o verbalmente, los hechos y argumentos relevantes.

41. Por lo que respecta al procedimiento amistoso en general, el Comité ha recomendado que:

a) las formalidades inherentes a la iniciación y desarrollo de un procedimiento amistoso se reduzcan al mínimo y que se elimine toda formalidad innecesaria;

b) los casos tratados en los procedimientos sean resueltos cada uno según sus propias circunstancias y no por referencia al conjunto de los resultados obtenidos en otros casos;

c) cuando sea oportuno, las autoridades competentes formulen y hagan públicas sus reglas, directrices y procedimientos internos referentes a la utilización del procedimiento amistoso.”

¹⁴² COSIN OCHAITA, Rafael. Fiscalidad de los precios de transferencia. CISS, 2007. En la misma línea véase SOLIVOLÁ, Veronika y Mariles STEINDL. Tax Treaty Policy on Article 9 of the OECD Model Scrutinized. Bulletin for International Taxation. IBFD. March 2013, p. 132.

¹⁴³ No obstante la ausencia del artículo 9.2 en este Convenio, existe un consenso plasmado en los Comentarios al artículo 25 del Modelo OCDE respecto a la posibilidad de utilizar un MAP para realizar ajustes correlativos aun cuando no se hubiera estipulado una provisión análoga al artículo 9.2 en un Convenio.

Contratante es justificado en principio y monto” garantizan que no exista real exigibilidad de realizar los ajustes correlativos.

En esa línea, cabe resaltar el caso del Convenio con Canadá: dado que el fraseo no era tan claro al respecto, se incluyó una especificación en el Protocolo del Convenio que garantizara que los ajustes correlativos solo se realizarían si el Estado los considerara justificados:

“2. Con referencia al párrafo 2 del artículo 9, se entiende que el otro Estado solamente está requerido a realizar los ajustes que proceden en la medida que considere que los ajustes hechos en el primer Estado sean justificados tanto en principio como en cantidad.”

Otra particularidad interesante del Convenio con Canadá es el establecimiento de un límite temporal para que las administraciones tributarias de los Estados parte realicen ajustes:

“3. Un Estado Contratante no podrá modificar los beneficios de una empresa de acuerdo a las circunstancias referidas en el apartado 1 después de la expiración del plazo previsto en su legislación nacional y, en ningún caso, después de cinco años desde el final del año en el cual los beneficios que estarían sujetos a tal cambio habrían sido, a no ser por las condiciones mencionadas en el apartado 1, atribuidos a la empresa”.

En esa línea, el artículo 25 del mismo Convenio que regula el MAP extiende esta limitación temporal a cualquier aumento de base imponible que realice un Estado parte si este genera una doble imposición:

3. Un Estado Contratante no puede aumentar la base imponible de un residente de cualquiera de los Estados Contratantes mediante la inclusión en la misma de rentas que también hayan sido

sometidas a imposición en el otro Estado Contratante, después del vencimiento de los plazos previstos en su legislación interna, y en todo caso, después de cinco años contados a partir del último día del ejercicio fiscal en el que la renta en cuestión se obtuvo. Lo previsto en este párrafo no se aplicará en el caso de fraude, culpa o negligencia.

¿Esta limitación también sería aplicable para los ajustes correlativos? De ninguna manera. En el caso del artículo 9 la respuesta es sencilla pues el párrafo 9.3 del Convenio única y específicamente se refiere al ajuste primario regulado en el párrafo 9.1 del mismo Convenio. Por otro lado, el párrafo 25.3 tampoco se podría aplicar a ajustes correlativos porque estos justamente son un remedio para la doble imposición económica que pueda generar un ajuste primario y el mencionado párrafo busca limitar la doble imposición económica, prohibiendo aumentar la base imponible de un contribuyente *“mediante la inclusión en la misma de rentas que también hayan sido sometidas a imposición en el otro Estado Contratante”*. Por lo tanto, consideramos que en ninguno de nuestros Convenios (incluyendo el Convenio con Canadá) se establece limitación temporal alguna para la aplicación de ajustes correlativos.

Como última particularidad de nuestros Convenios respecto a estos ajustes, cabe destacar la inclusión de una prohibición expresa de realizar ajustes correlativos en casos de fraude, culpa/dolo o negligencia en los Convenios con Canadá, Chile, Corea, México y Portugal¹⁴⁴.

7.2. La Decisión 578 de la CAN

La Decisión 578 de la Comisión de la Comunidad Andina constituye el régimen supranacional

¹⁴⁴ El fraseo de estas disposiciones es muy similar, pero podemos citar a modo de ejemplo el párrafo 9.3 del Convenio con Corea:

“3. Las disposiciones del párrafo 2 no se podrán aplicar en casos de fraude o culpa”

andino para evitar la doble tributación y prevenir la evasión fiscal entre los países miembros de la CAN. En estricto, no es un CDI sino un acto supranacional adoptado por un órgano comunitario, sin embargo, con sus particularidades, persigue la misma finalidad que los CDI del Modelo OCDE: evitar la doble tributación internacional¹⁴⁵.

Entre las particularidades relevantes de la Decisión 578 relevantes para nuestro análisis, podemos citar (i) la adopción del criterio de fuente, estableciendo una cláusula jurisdiccional de la fuente, casi con carácter de exclusividad; (ii) la introducción expresa de una directriz interpretativa en la que predominen las interpretaciones que coadyuven a evitar la doble tributación y; (iii) la existencia de un órgano de resolución de controversias: el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

7.2.1. El artículo 7 de la Decisión 578¹⁴⁶

El artículo 7 de la Decisión 578 es casi idéntico al artículo 9 del Modelo OCDE y por lo tanto, como hemos señalado, distinto a los artículos análogos en nuestros Convenios inspirados por el Modelo OCDE. Así, el párrafo 1 del artículo 7 de la Decisión 578 consagra el ALP a efectos de

¹⁴⁵ RODRIGUEZ-PIEDRAHÍTA, Adrián F. Régimen Andino para Evitar la Doble Tributación: Una aproximación a la Decisión 578. En: Estudios de Derecho Tributario Internacional. Los Convenios de Doble Imposición.

¹⁴⁶ Cabe señalar que el artículo 7 de la Decisión 578 es una novedad en la normativa comunitaria: *“El precepto del artículo 7 de la Decisión 578 introduce un concepto del ajuste correlativo en materia de precios de transferencia. Éste no estaba contemplado por su antecesora, la Decisión 40. Al acoger la Comisión la recomendación hecha por el consultor Alfredo Lewin Figueroa en este sentido, se constituye en uno de los cambios más importantes introducidos por la Decisión 578, ad portas de la reciente adopción generalizada en la mayoría de países miembros de normas sobre precios de transferencia”*. RODRIGUEZ-PIEDRAHÍTA, Adrián F. Régimen Andino para Evitar la Doble Tributación: Una aproximación a la Decisión 578. En: Estudios de Derecho Tributario Internacional. Los Convenios de Doble Imposición.

limitar el gravamen de las rentas que hubieran sido obtenidas por una empresa si esta hubiera valorizado la transacción que los origina según el ALP¹⁴⁷. A su vez, el párrafo 2 del mismo artículo regula el ajuste correlativo:

“2. Cuando un País Miembro incluya en la renta de una empresa de ese País, y someta, en consecuencia, a imposición, la renta sobre la cual la empresa del otro País Miembro ha sido sometida a imposición en ese otro País Miembro, y la renta así incluida es renta que habría sido realizada por la empresa del País Miembro mencionado en primer lugar si las condiciones convenidas entre las dos empresas hubieran sido las que se hubiesen convenido entre las empresas independientes, ese otro País practicará el ajuste correspondiente de la cuantía del impuesto que ha percibido sobre esa renta. Para determinar dicho ajuste se tendrán en cuenta las demás disposiciones de la presente Decisión y las autoridades competentes de los Países Miembros se consultarán en caso necesario.”

La principal diferencia que podemos identificar con nuestros otros Convenios es la presencia de un enunciado mucho más agresivo en cuanto a la exigibilidad del ajuste correlativo. El verbo

¹⁴⁷ “Artículo 7.- Empresas Asociadas o Relacionadas

1. Cuando

a) una empresa de un País Miembro participe directa o indirectamente en la dirección, el control o el capital de una empresa de otro País Miembro, o

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

y en uno y otro caso las dos empresas estén, en sus relaciones comerciales o financieras, unidas por condiciones aceptadas o impuestas que difieren de las que serían acordadas por empresas independientes, las rentas que habrían sido obtenidas 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 la renta de esa empresa y sometidas en consecuencia a imposición.

(...)”

utilizado es “practicará”, en modo gramatical imperativo. No existe ninguna precisión respecto a la aceptación voluntaria del ajuste primario para realizar el ajuste correlativo, como nuestros otros Convenios si se esfuerzan en precisar. Más allá del final de la última frase del párrafo (“las autoridades competentes (...) se consultarán en caso necesario”), parecería que el ajuste correlativo es imperativo y automático.

En esa línea, es evidente que la Administración Tributaria no podrá esgrimir el perjuicio fiscal como argumento para no realizar un ajuste correlativo. Si el ajuste primario se realiza a ALP el otro Estado deberá realizar el ajuste correlativo, a menos que (i) se difiera respecto al ALP o (ii) nos encontremos ante dos valorizaciones dentro del ALP que mantengan cierta doble imposición económica. En ambos casos, se podría recurrir a un MAP entre los Estados en controversia.

Como en los MAP del Modelo OCDE, en la aplicación de la Decisión 578, la resolución de la doble imposición económica residirá en la voluntad de ambos Estados miembros de llegar a un acuerdo sobre la valorización de las transacciones en controversia. Si bien el artículo 20 de la Decisión 578 establece que la interpretación y aplicación de las disposiciones de la Decisión deben tomar en cuenta que el propósito fundamental de la misma es evitar la doble tributación¹⁴⁸, lo cierto es que el enunciado del artículo 7 y las disposiciones que regulan el MAP establecen claramente que la resolución de una posible controversia en la aplicación de ajustes correlativos deberá realizarse de común acuerdo¹⁴⁹.

¹⁴⁸ “Artículo 20.- Interpretación y Aplicación

La interpretación y aplicación de lo dispuesto en esta Decisión se hará siempre de tal manera que se tenga en cuenta que su propósito fundamental es el de evitar doble tributación de unas mismas rentas o patrimonios a nivel comunitario.

(...)”

¹⁴⁹ “Artículo 19.- Consultas e información

Las autoridades competentes de los Países Miembros celebrarán consultas entre sí e intercambiarán la

No obstante, a diferencia de nuestros Convenios inspirados en el Modelo OCDE, la Decisión 578, como parte del ordenamiento jurídico comunitario, cuenta con su propio sistema de resolución de controversias: el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

En efecto, si uno de los Estado miembro considera que le corresponde a otro Estado miembro realizar un ajuste correlativo en aplicación del artículo 7 de la Decisión 578 y este último no procede a realizarlo, el Estado o contribuyente afectado podrá acudir al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina iniciando una Acción de Incumplimiento.

Las Acciones de Incumplimiento están reguladas en la Sección II del Capítulo III Del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y podrán ser iniciadas ante el incumplimiento de obligaciones emanadas de las normas o Convenios que conforman el ordenamiento jurídico comunitario. En esa línea, la Decisión 500, el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, precisa en su artículo 107 el objeto y la finalidad de la Acción de Incumplimiento:

“La acción de incumplimiento podrá invocarse ante el Tribunal con el objeto de que un País Miembro, cuya conducta se considere contraria al ordenamiento jurídico comunitario, dé cumplimiento a las obligaciones y compromisos contraídos en su condición de miembro de la Comunidad Andina.

La conducta objeto de la censura podrá estar constituida por la expedición de normas internas

información necesaria para resolver de mutuo acuerdo cualquier dificultad o duda que se pueda originar en la aplicación de la presente Decisión y para establecer los controles administrativos necesarios para evitar el fraude y la evasión fiscal.

(...)” (énfasis agregado)

contrarias al ordenamiento jurídico andino, por la no expedición de normas que le den cumplimiento a dicho ordenamiento o, por la realización de cualesquiera actos u omisiones opuestos al mismo o que de alguna manera dificulten u obstaculicen su aplicación.”

El mismo Tratado especifica en su Artículo 1 que el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina comprende las Decisiones por lo que se podría iniciar una Acción de Incumplimiento para obligar a un Estado miembro a cumplir con el ajuste correlativo a menos que éste pueda sostener que el ajuste primario no se realizó siguiendo el ALP¹⁵⁰. Si como resultado el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina emite una sentencia de incumplimiento declarando que corresponde aplicar un ajuste secundario, el Estado en cuestión estará obligado a adoptar las medidas necesarias para su debida ejecución en un plazo no mayor de noventa días siguientes al de su notificación¹⁵¹. Caso contrario se iniciará un procedimiento sumario por desacato a las sentencias en acciones de incumplimiento¹⁵².

Por lo expuesto, no sólo consideramos, como en el caso de los otros Convenios, que el Estado peruano no podría evitar un ajuste correlativo justificándose en el requisito del perjuicio fiscal,

¹⁵⁰ De hecho el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ya ha resuelto controversias relacionadas a la Decisión 578. Hasta nuestra última revisión de la base de datos de dicho Tribunal (http://www.tribunalandino.org.ec/sitetjca1/index.php?option=com_wrapper&view=wrapper&Itemid=82) no hemos encontrado que se haya resuelto alguna Acción de Cumplimiento, pero si, por ejemplo, varias Interpretaciones Prejudiciales. Las Interpretaciones Prejudiciales son interpretaciones de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, llevadas a cabo por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, previa solicitud de los jueces nacionales de los Países Miembros, a fin de garantizar la aplicación e interpretación del Derecho andino por parte de los distintos jueces nacionales se realice de manera uniforme. Entre ellas, podemos citar (i) el Proceso 37-IP-2011, en el que se realiza una interpretación prejudicial de los artículos 3 y 14 de la Decisión 578 solicitada por un tribunal ecuatoriano y la interpretación prejudicial de oficio del artículo 1 de la misma Decisión.

¹⁵¹ Véase el artículo 111 de la Decisión 500.

¹⁵² Véanse los artículos del 112 al 120 de la Decisión 500.

sino que, en el caso de la Decisión 578, la normativa comunitaria lo obliga a realizar los ajustes correlativos correspondientes, so pena del inicio de una Acción de Incumplimiento ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Dicho esto, cabe señalar que no cualquier controversia en relación a los ajustes correlativos podrá resolverse vía Acción de Incumplimiento. En los casos en los que se demuestre que uno de los Estados ha asignado un valor fuera del ALP a una transacción, la Acción de Incumplimiento tendrá éxito. Pero como hemos reiterado a lo largo del presente trabajo, el ALP es un estándar que establece un rango de valores. Por lo tanto, la doble imposición económica podría mantenerse en los casos en los que ambos Estados miembros establezcan valores distintos en el rango que ofrece el ALP. En estos casos ambos Estados estarían cumpliendo con las disposiciones del artículo 7, pero no asignarían exactamente el mismo valor a la transacción. ¿Cómo resolver estos casos? El MAP sería la única salida posible, aún con las limitaciones que ya hemos expuesto.

A modo de resumen, hasta este punto podemos concluir que tanto en el caso de nuestros Convenios que siguen el Modelo OCDE, como en la Decisión 578, el perjuicio fiscal no podrá utilizarse como justificante para aplicar los beneficios de los Convenios a transacciones que se encuentren fuera del ALP. No obstante, la exigibilidad de la aplicación del ALP a través de un ajuste correlativo es limitada dado el carácter estrictamente consensual de los MAP. Una excepción es el caso de aquellas transacciones fuera del ALP y que se encuentren en el ámbito de aplicación de la Decisión 578, pues en tal caso existirá la posibilidad de acudir al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina para forzar la realización de ajustes correlativos.

7.3. Regulación de los ajustes correlativos en nuestra legislación doméstica y su interrelación con nuestros Convenios

En nuestro régimen de precios de transferencia, los ajustes correlativos son los únicos que son exceptuados del requisito de perjuicio fiscal según el último párrafo del inciso c) del artículo 32-A de la Ley del IR:

“Cuando de conformidad con lo establecido en un convenio internacional para evitar la doble imposición celebrado por la República del Perú, las autoridades competentes del país con las que se hubiese celebrado el convenio realicen un ajuste a los precios de un contribuyente residente de ese país, y siempre que dicho ajuste esté permitido según las normas del propio convenio y el mismo sea aceptado por la administración tributaria peruana, la parte vinculada domiciliada en el Perú podrá presentar una declaración rectificatoria en la que se refleje el ajuste correspondiente, aun cuando con dicho ajuste se determine un menor impuesto en el país. La presentación de dicha declaración rectificatoria no dará lugar a la aplicación de sanciones.”

Por otro lado, también existen ciertas disposiciones reglamentarias respecto a los ajustes correlativos en el inciso c) del artículo 109 del Reglamento de la Ley del IR:

“c) Ajustes correlativos

Los ajustes correlativos se regirán por las disposiciones contenidas en los convenios internacionales para evitar la doble imposición celebrados por la República del Perú. A estos efectos, la autoridad competente para el procedimiento de acuerdo mutuo que en dichos convenios se pacta estará representada por la SUNAT.

El ajuste efectuado por la Administración Tributaria extranjera deberá constar en acto administrativo que haya quedado firme.”

Como vemos, según nuestra legislación doméstica, no basta con que otro Estado realice su

propio ajuste primario para obligar a la Administración Tributaria peruana a permitir el ajuste correlativo aun cuando no se cumpla con el requisito del perjuicio fiscal. Podemos identificar cuatro elementos exigibles para determinar la procedencia de un ajuste correlativo que perjudique la recaudación peruana:

- (i) El ajuste primario debe realizarse respecto a un contribuyente residente en el país que realice tal ajuste
- (ii) El ajuste primario debe estar permitido según las normas del Convenio
- (iii) La Administración Tributaria peruana debe aceptar la procedencia del ajuste correlativo
- (iv) El ajuste primario debe constar en un acto administrativo firme

Más allá de las dificultades prácticas que podría conllevar la aplicación de estos requisitos, lo cierto es que éstos no deberían restringir la aplicación de ajustes correlativos amparados por Convenios suscritos por el Estado peruano. No debe confundirse el requerimiento de nuestros Convenios respecto a la necesaria aceptación del ajuste con la posibilidad de que el Estado peruano se pueda negar a aplicar las disposiciones de un instrumento internacional excusándose en la Ley del IR. Esto, como ya hemos revisado, sería insostenible. El Estado Peruano debe ciertamente aceptar los ajustes correlativos para que estos tengan efecto, pero debe hacerlo en el marco de las condiciones y requerimientos del Convenio en cuestión y no en base a su legislación interna o a la arbitraria decisión de la Administración Tributaria peruana.

VIII. Conclusiones y recomendación final

- a. La importancia del perjuicio fiscal como requisito para realizar ajustes reside en constituirse como la condición que determinará si la asignación del valor de una transacción a efectos de la determinación del IR será (i) el valor de mercado según el ALP o (ii) el precio pactado.
- b. Las disposiciones que regulan el perjuicio fiscal, al igual que el resto del Régimen, son normas de base imponible, toda vez que determinarán el valor respecto al cual se gravaran las transacciones sujetas al Régimen.
- c. El perjuicio fiscal es contradictorio con el ALP, pues permite que ciertas transacciones sean sometidas a tributación sobre el precio pactado por ellas y no por su valor de mercado.
- d. El perjuicio fiscal no coadyuva a evitar la elusión tributaria, sino que más bien puede servir para desarrollar estructuras elusivas. Es el ALP el que permite evitar la elusión tributaria relacionada a la manipulación de precios.
- e. No existe una justificación constitucional para que el requisito de perjuicio fiscal establezca un doble estándar. Según nuestro análisis, el perjuicio fiscal resulta inconstitucional pues vulnera el principio de igualdad y el principio de no confiscatoriedad en su faceta cualitativa. Además, en determinados casos, podría vulnerar el principio de no confiscatoriedad en su faceta cuantitativa y el principio de capacidad contributiva.

- f. Existen ciertas características de la regulación del perjuicio fiscal que agravan su inconstitucionalidad, por ejemplo, (i) el establecimiento del análisis transaccional como método para determinar el perjuicio fiscal, lo que vulnera el principio de capacidad contributiva pues no permite medir correctamente la capacidad económica de un contribuyente y (ii) el hecho que, aparentemente, solo la Administración Tributaria pueda ajustar transacciones para corregir el perjuicio fiscal generado por “transacciones secundarias”, lo que vulneraría el principio de igualdad, pues impediría que el contribuyente realice ese mismo ajuste.
- g. Dada su inconstitucionalidad, correspondería ejercer (i) una acción de inconstitucionalidad contra las disposiciones que regulan el perjuicio fiscal en la Ley del IR, (ii) una acción popular contra sus disposiciones reglamentarias, y (iii) una acción de amparo contra los actos en los que la Administración Tributaria vulnere derechos particulares de los contribuyentes al aplicar el requisito de perjuicio fiscal o directamente contra las disposiciones que regulan el perjuicio fiscal, toda vez que son normas autoaplicativas susceptibles de afectar a los contribuyentes por su sola vigencia.
- h. Las disposiciones que regulan el perjuicio fiscal son normas tributarias y, en consecuencia, el Tribunal Constitucional podría decidir que la inconstitucionalidad de tales normas tenga efecto desde la entrada en vigencia de tales disposiciones.
- i. La forma en la que se ha definido el perjuicio fiscal (“menor impuesto del que correspondería”) en el Reglamento presenta varias dificultades. Por un lado, amplía el concepto de perjuicio fiscal vía reglamento vulnerando el principio de reserva de ley y, por otro, permite establecer estructuras elusivas en los casos de

diferimiento de rentas y pérdidas tributarias.

- j. Los ajustes que corrigen el perjuicio fiscal de “transacciones secundarias” relacionadas con la transacción ajustada no están regulados de forma idónea. No existe claridad respecto a cómo determinar el perjuicio fiscal a efectos de aplicar este ajuste, aunque consideramos que debe determinarse calculando el impacto total de todas las transacciones impactadas por el ajuste. Por otro lado, existe el problema práctico del acceso a la información necesaria para realizar la determinación del perjuicio fiscal en estos casos. En suma, consideramos que estos ajustes son inaplicables en términos prácticos y que constituyen una solución excesivamente engorrosa a un problema que el mismo perjuicio fiscal creó al no permitir valorizar todas las transacciones según el ALP.
- k. El perjuicio fiscal deberá analizarse transacción por transacción. No existe una definición exacta de transacción en nuestro Régimen, pero en nuestra opinión, es conveniente que el concepto de transacción se mantenga como un concepto abierto que permita realizar un análisis caso por caso.
- l. En tanto el análisis del perjuicio fiscal se determina en base al impacto de una transacción en todas las partes involucradas, si la deducción del gasto relacionado a tal transacción se ve impedida, la determinación del perjuicio fiscal se modificará. Dada la multitud de factores que podrían afectar la deducibilidad de un gasto, es bastante probable que la determinación del perjuicio fiscal sea inexacta y que, por tanto, un contribuyente se arriesgue a realizar una valorización equivocada de la transacción bajo análisis. La única forma de evitar este riesgo es que el precio convenido de una transacción coincida con el ALP, coincidencia

que no siempre será posible.

- m. El impacto de los ajustes secundarios en la recaudación tributaria no debe incluirse en la determinación del perjuicio fiscal. En primer lugar, porque el perjuicio fiscal debe determinarse únicamente incluyendo el impacto que genera la aplicación del régimen de precios de transferencia y los ajustes secundarios se aplican en virtud de una norma de dividendos presuntos ajena a nuestro Régimen. En segundo lugar, porque un dividendo presunto es una transacción plenamente diferenciable de la transacción sujeta al ajuste primario y, siguiendo el análisis transaccional, la evaluación del perjuicio fiscal debe realizarse transacción por transacción.
- n. El perjuicio fiscal no podrá utilizarse como justificación para aplicar los beneficios de los Convenios a transacciones que se encuentren fuera del ALP (ni en el caso de nuestros Convenios inspirados por el Modelo OCDE, ni en el caso de la Decisión 578).
- o. La exigibilidad de la aplicación del ALP a través de un ajuste correlativo es limitada dado el carácter estrictamente consensual de los MAP. Una excepción es el caso de la Decisión 578, dada la posibilidad de acudir al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.
- p. La regulación peruana de los ajustes correlativos no debería restringir la aplicación de ajustes correlativos amparados por Convenios suscritos por el Estado peruano.

Nuestra recomendación final es eliminar el requisito del perjuicio fiscal y cualquier alusión a él de

nuestro Régimen, permitiendo que todas las transacciones bajo el Régimen se valoren según el ALP. De este modo estaremos (i) eliminando un elemento contradictorio e inconstitucional del Régimen, (ii) facilitando la aplicación práctica de los ajustes y (iii) permitiendo que el Régimen cumpla su rol anti elusivo de forma más eficiente.



IX. Bibliografía

- 10 preguntas sobre BEPS. OECD. Última visita el 28 de mayo de 2017:
<https://www.oecd.org/ctp/10-preguntas-sobre-beps.pdf>
- ALEXY, Robert. Sistema Jurídico, Principios Jurídicos y Razón Práctica. En: Doxa, No.5, 1988.
- ARANA YANCES, Daniel. *¿Cuánto le Cuesta, Cuánto le Vale? Acerca de la Regla de Valor de Mercado en la Legislación Tributaria Nacional*. En: Derecho & Sociedad 34.
- ARNOLD, Brian J. International Tax Primer. Holanda: Kluwer Law International, 2016.
- AVI-YONAH, Reuven S. The Rise and Fall of Arm's Length: A Study in the Evolution of U.S. International Taxation (September 27, 2007). U of Michigan Law & Economics, Olin Working Paper No. 07-017; U of Michigan Public Law Working Paper No. 92. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1017524> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1017524>
- BAISTROCCHI, Eduardo (Director). 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, 2008.
- Base de datos de la OCDE en <http://webnet.oecd.org/OECDACTS/Instruments/ListBySubjectView.aspx>. Última visita el 28 de mayo de 2017.

- BERTOLINI, Michelle and WEAVER, Pamela Q., Mandatory Arbitration within Tax Treaties: A Need for a Coherent International Standard (February 2012). 2012 American Taxation Association Midyear Meeting: JLTR Conference. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2003897> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2003897>
- BRAVO CUCCI, Jorge. Algunos comentarios con relación a la Norma XVI del Título Preliminar del Código Tributario. En: Revista del IPDT, No. 53, febrero 2013.
- CALDERÓN CARRERO, J.M. (2007), "The OECD Transfer Pricing Guidelines as a Source of Tax Law: Is Globalization Reaching the Tax Law?", *Intertax*, vol. 35, no. 1.
- COCKFIELD, Arthur J., The Rise of the OECD as Informal 'World Tax Organization' through National Responses to E-Commerce Tax Challenges. *Yale Journal of Law and Technology*, Vol. 8, Spring 2006. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=916555>
- COSIN OCHAITA, Rafael. Fiscalidad de los precios de transferencia. CISS, 2007.
- DANÓS ORDONEZ, Jorge. El principio constitucional de no confiscatoriedad de los tributos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. En: *Temas de Derecho Tributario y de Derecho Público. Libro Homenaje a Armando Zolezzi Moller*. Lima: Palestra, 2006.
- DANÓS ORDOÑEZ, Jorge E. El Régimen Tributario en la Constitución: Estudio Preliminar. *Themis*, No. 29, 1994.

- DEAN, Steven, Neither Rules Nor Standards (March 16, 2012). Notre Dame Law Review, Vol. 87, No. 2, 2011; Brooklyn Law School, Legal Studies Paper No. 271. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2025196>

- DÍAZ TONG, Enrique. (2014). Lineamientos a fin de resolver los problemas de ajustes en virtud a las normas de precios de transferencia peruanas y los convenios para evitar la doble imposición celebrados por el Perú. En Instituto Peruano de Investigación y Desarrollo Tributario (Ed.) II Foro de Tributación y Contabilidad. Lima : IPIDET.

- DURÁN ROJO, Luis. *La noción del deber constitucional de contribuir. Un Estudio Introductorio*. En: Libro Homenaje a Armando Zolezzi Möller. Lima: Palestra, 2006.

- DURAN ROJO, Luis. La noción del deber constitucional del deber de contribuir. En: Enfoque Constitucional, No. 1, enero de 2004, AELE, Lima.

- FERNÁNDEZ CARTAGENA, Julio A. La capacidad contributiva. En: En: Temas de Derecho Tributario y de Derecho Público. Libro Homenaje a Armando Zolezzi Moller. Lima: Palestra, 2006.

- FERNÁNDEZ ORIGGI, Italo. ¿Cuándo corresponde aplicar los ajustes fiscales por precios de transferencia? En: PT - Precios de Transferencia (Junio 2008). IFA-Perú.

- FLEMING, J. Clifton and PERONI, Robert J. and Shay, Stephen E., Formulary Apportionment in the U.S. International Income Tax System: Putting Lipstick on a Pig? (January 19, 2015). Michigan Journal of International Law, Vol. 36, No. 1, 2014. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2552271>

- GAMBVA VALEGA, César M. Capacidad económica y jurisprudencia del Tribunal Constitucional. . En: Temas de Derecho Tributario y de Derecho Público. Libro Homenaje a Armando Zolezzi Moller. Lima: Palestra, 2006.
- GAMBVA VALEGA, César. Algunos aspectos constitucionales sobre el régimen de precios de transferencia. En: PT - Precios de Transferencia (Junio 2008). IFA-Perú.
- GARCÍA NOVOA, César. Capítulo IV: Elementos de cuantificación de la obligación tributaria. En: AAVV. La Nueva Ley General Tributaria, Civitas-Thomson, Madrid, 2004.
- GARCIA NOVOA, César. La doctrina del principio de solidaridad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano. En: Revista Peruana de Derecho Tributario, Universidad de San Martín de Porres Tax Law Review. Editada por el Centro de Estudios Tributarios de la Facultad de Derecho de la USMP. Año 3. Número 11. 2009. Lima, Perú.
[http://www.derecho.usmp.edu.pe/cet/doctrina/11/La Doctrina del Principio de Solidaridad CGarc.pdf](http://www.derecho.usmp.edu.pe/cet/doctrina/11/La_Doctrina_del_Principio_de_Solidaridad_CGarc.pdf)
- GARCÍA SHRECK, Marcial. La regulación de los precios de transferencia en el Perú: se debe seguir avanzando. En: IUS ET VERITAS. Número 36, 2008; p. 434.
- GÉNOVA GALVÁN, Alberto. El concepto de base imponible, en C REDF, núm 43, 1984.
- GIL DEL CAMPO, Miguel; Francisco M. MELLADO BENAVENTE & Enrique MOLINA ALGUEA. La nueva ley de prevención del fraude fiscal. CISS, 1era edición, 2007.

- JAIN, Tarun, Mutual Agreement Procedure under DTAA: Time to Embrace Arbitration? (June 24, 2013). Income Tax Reports, (2013) 354 ITR (Journal) 69-80. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2290212>

- KOOMEN, Mirjam. Transfer Pricing in a BEPS Era: Rethinking the Arm's Length Principle. Part I. En: International Transfer Pricing Journal, 2015, Vol. 22, No.3.

- LANDA ARROYO, César. Los principios tributarios en la Constitución de 1993. Una perspectiva constitucional. En: Temas de Derecho Tributario y de Derecho Público. Libro Homenaje a Armando Zolezzi Moller. Lima: Palestra, 2006.

- LANGBEIN, Stanley I. "The Unitary Method and the Myth of Arm's Length," Tax Notes, Feb. 17, 1986.

- LIU ARÉVALO, Rocío, Eduardo SOTELO CASTAÑEDA y Fernando ZUZUNAGA DEL PINO. Norma XVI: Calificación, Elusión de Normas Tributarias y Simulación. Lima: IUS ET VERITAS, No. 45, 2012.

- LOPEZ DE HARO ESTEJO, Ramón, Mario ORTEGA CALLE y Rafael CABELLO GIL. Los precios de transferencia: Normativa y Tendencias. En: Fiscalidad Internacional (1) 5ta edición. Director: Fernando Serrano Antón. Centro de Estudios Financieros.

- M.C. DURST & R.E. CULBERTSON, Clearing Away the Sand: Retrospective Methods and Prospective Documentation in Transfer Pricing Today, 57 N.Y.U. Tax L. Rev. (2003)

- MARCUSSEN, M. (2004), "OECD Governance through Soft Law", in MÖRTH, U. (ed.), *Soft Law in Governance and Regulation: An Interdisciplinary Analysis*, Edward Elgar, Cheltenham (UK), Northampton (MA, USA), pp. 103-126.

- MARTÍNEZ JIMÉNEZ, Adolfo J y José Manuel CALDERÓN CARRERO. Precios de transferencia. Lima: SUNAT, 2013, 1era edición.

- MORSE, Susan C., Revisiting Global Formulary Apportionment (May 28, 2010). Virginia Tax Review, Vol. 29, 2010. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1617461>

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

- PREBBLE, Zoë M. and PREBBLE QC, John, Comparing the General Anti-Avoidance Rule of Income Tax Law with the Civil Law Doctrine of Abuse of Law (October 14, 2008). Bulletin for International Taxation, April 2008; Victoria University of Wellington Legal Research Paper No. 34/2013. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1473612>

- PUGA DE LA ROCHA, Miguel & Fernando Becerra O'Phelan. Aproximaciones a los precios de transferencia. En: PT - Precios de Transferencia (Junio 2008). IFA-Perú.

- PUGA, Miguel. Aproximaciones a los precios de transferencia en el Perú. En: Vectigalia, Año 3, no. 3 (2007)

- RAMALLO MASSANET, J. (2005), "Prólogo" to CALDERÓN CARRERO, J.M., *Precios de Transferencia e Impuesto sobre Sociedades (Un análisis de la normativa española desde una perspectiva Internacional, Comunitaria y Constitucional)*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- RAMOS FERNÁNDEZ, Gilberto. Atribución de beneficios al establecimiento permanente y principio de plena competencia: Pasado, presente y futuro. En: *Vectigalia*, No. 3, 2007.
- RIXEN, T. (2008), *The Political Economy of International Tax Governance*, Palgrave Macmillan, Houndmills, Basingstoke, Hampshire.
- RÖDER SÁNCHEZ, Rudolf. Ponencia General. En: *PT - Precios de Transferencia* (Junio 2008). IFA-Perú
- RODRÍGUEZ BEREJO, Álvaro. El Deber de Contribuir como deber constitucional. Su significado jurídico. Madrid: *Revista Española de Derecho Financiero*, No. 125, enero-marzo de 2005.
- RODRIGUEZ-PIEDRAHÍTA, Adrián F. Régimen Andino para Evitar la Doble Tributación: Una aproximación a la Decisión 578. En: *Estudios de Derecho Tributario Internacional. Los Convenios de Doble Imposición*.
- RUBIO CORREA, Marcial. El test de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano. Fondo Editorial PUCP, 2011.
- RUBIO GURRERO, Juan José. Los principios básicos de la fiscalidad internacional y la doble imposición internacional. En: *Manual de Fiscalidad Internacional. Instituto de Estudios Fiscales* (2004).

- SANCHEZ ROJAS, Oscar Martín. 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: Temas de Tributación Internacional. Lima: Iustitia, 2012.
- SEVILLANO CHÁVEZ, Sandra. *Lecciones de Derecho Tributario: Principios Generales y Código Tributario*. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- SOLIVOLÁ, Veronika y Mariles STEINDL. Tax Treaty Policy on Article 9 of the OECD Model Scrutinized. Bulletin for International Taxation. IBFD. March 2013.
- SOTELO CASTAÑEDA, Eduardo. Notas para una aproximación a la aplicación del principio de no confiscatoriedad en materia tributaria. En: IUS ET VERITAS, No. 35, 2007.
- SOTELO CASTAÑEDA, Eduardo. Nueva Cláusula Antielusiva General Tributaria. En: Revista Análisis Tributario, setiembre 2012
- SPISSO, Rodolfo R. Derecho Constitucional Tributario. 2da edición. Buenos Aires: Depalma, 2000 (1991).
- TARSITANO, Alberto. El principio constitucional de capacidad contributiva. En: Horacio García Belsunce (coordinador). Estudios de Derecho Constitucional Tributario. Buenos Aires: Depalma, 1994.

- TARTARINI TAMBURINI, Tulio. El ajuste secundario en materia de precios de transferencia, notas sobre su naturaleza y deficiente regulación en el Perú. En: IUS ET VERITAS 52, julio 2016.
- TRANDAFIR, Cornel. The General Theory of Law: Academic Lecture. Sitech, 2008.
- Transfer Pricing Legislaton – A suggested approach. OECD: Centre for Tax Policy and Administration. Última visita: 28 de mayo de 2017. <http://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/45765682.pdf>
- VEGA, Alberto, International Governance Through Soft Law: The Case of the OECD Transfer Pricing Guidelines (July 4, 2012). Working Paper of the Max Planck Institute for Tax Law and Public Finance No. 2012-05. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2100341> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2100341>
- VILLANUEVA GUTIERREZ, Walker. Comentarios al Reglamento de Precios de Transferencia. En: Análisis Tributario. Número 216, Enero 2006.
- VILLANUEVA GUTIERREZ, Walker. El Ajuste Secundario de Precios de Transferencia como “Dividendo” o “Disposición Indirecta de Rentas”. En: Derecho & Sociedad No.33.
- VILLANUEVA GUTIERREZ, Walker. Introducción a los CDI y Normas Comunitarias Andinas.
- VILLANUEVA GUTIERREZ, Walker. Precios de Transferencia y el IVA.

- VILLAVERDE GÓMEZ, María Begoña. *Acuerdos Anticipados de Precios de Transferencia*. En: *Revista Latinoamericana de Derecho Tributario*. Caracas: Ediciones Tributarias Latinoamericanas, 2005.
- ZUZUNAGA DEL PINO, Fernando. ¿La cláusula antielusiva general vulnera la constitución peruana? En: *Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario*, No. 53, febrero 2013.

