

Reglamento de Precios de Transferencia

Deficiencias y Aciertos

(Primera Parte)

Enrique Díaz Tong^(*)

En el presente trabajo se efectúa un análisis del D. S. N° 190-2005-EF, publicado el 31 de diciembre de 2005, que modifica diversos artículos del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta (en lo sucesivo Reglamento de la LIR) relacionados a Precios de Transferencia. A estas modificaciones las denominaremos como Reglamento de Precios de Transferencia (Reglamento de PT). En esta primera entrega se efectuará una aproximación al tema de Precios de Transferencia en el Perú y luego se comentarán algunas deficiencias del Reglamento de PT. En la siguiente, se continuará comentando las deficiencias, se tratarán los aciertos y se plantearán las conclusiones.

I. APROXIMACIÓN AL TEMA DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA EN EL PERÚ

En el mundo de hoy, en el que se estima que 3/4 partes del comercio internacional se realiza a través de transacciones intrafirma⁽¹⁾ (aquellas en las que participan partes de un mismo grupo económico), el tema de los Precios de Transferencia cobra mayor relevancia, pues por el mismo los países buscan que los montos que recaudan a través de los impuestos sobre las rentas no se vean reducidos. Por ello, se busca que en las transacciones entre empresas vinculadas y/ o con empresas ubicadas en territorios de baja o nula imposición se respete lo que se conoce como el principio de *arm's length* o libre competencia. Vale decir, que una empresa efectúe transacciones con las partes vinculadas o que estén ubicadas en territorios de baja o nula imposición en condiciones similares a las que transa con personas con las que no tiene ninguna vinculación.

Aun cuando en otros países el tema de Precios de Transferencia se reguló desde hace varios años⁽²⁾ en el Perú recién se introduce el tema desde el año 2001, a través de la Ley N° 27356 que modifica la Ley de Impuesto a la Renta, reglamentada por el D. S. N° 045-2001-EF. A partir del año 2004 el Dec. Leg. N° 945 (vigente desde el 1 de enero de 2004) introduce cambios sustanciales en la regulación respectiva. Por ello, las normas sobre Precios de Transferencia en el Perú se pueden dividir en dos períodos: 2001 al 2003, y 2004 en adelante. No está dentro de los alcances del presente artículo el comentar las características principales de estas normas, pero sí es pertinente mencionar que la normatividad vigente a partir de 2004 corrige varias imperfecciones de la anterior. Por tanto, el Reglamento de PT regula una norma con rango de Ley (el Dec. Leg. N° 945) después de 2 años de su entrada en vigencia. Es evidente que esta ausencia de regulación por dos años no muestra normas claras para los contribuyentes y también generará una serie de problemas

para la Administración Tributaria, pues se presentarán casos de ausencia de base legal cuando ésta quiera efectuar acotaciones sobre Precios de Transferencia. Estos temas cobrarán relevancia cuando se reclamen las primeras acotaciones sobre Precios de Transferencia que se están presentando hoy en día en el Perú⁽³⁾.

Ahora bien, a fin de verificar el cumplimiento del principio de *arm's length* en las transacciones entre partes vinculadas y/ o ubicadas en paraísos fiscales, el inciso e) del artículo 32°-A de la LIR establece 6 métodos de comparación, siguiendo lo establecido en las Guías sobre Precios de Transferencia para Empresas Multinacionales y Administraciones Fiscales aprobados por la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico – OCDE⁽⁴⁾ (en adelante Lineamientos de la OCDE) al respecto, tal como se puede apreciar en el siguiente cuadro:

SUNAT	LINEAMIENTOS DE OCDE
Métodos Utilizados	Métodos Transaccionales Tradicionales
1 Método del Precio Comparable No Controlado	1 Método del Precio Comparable No Controlado
2 Método del Precio de Reventa	2 Método del Precio de Reventa
3 Método del Costo Incrementado	3 Método del Costo Incrementado
4 Método de la Partición de Utilidades	Métodos Transaccionales Basados en los Márgenes
5 Método Residual de Partición de Utilidades	4 Método de la Partición de Utilidades
6 Método del Margen Neto Transaccional	5 Método del Margen Neto Transaccional

(*) Según el inc. e) del art. 32°-A de la LIR.

(*) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con estudios de especialización en Derecho Tributario en esa Universidad y en Precios de Transferencia en la Academia del International Bureau for Fiscal Documentation (IBFD) en Holanda. Magíster en Administración con mención en Finanzas de la Universidad ESAN. Profesor de la Universidad ESAN. Socio Principal de TP Consulting, empresa especializada en Precios de Transferencia.

(1) Estimaciones de la Comisión Económica para América Latina (CEPAL) al año 2003.

(2) Por ejemplo, en Estados Unidos de Norteamérica el primer caso importante sobre Precios de Transferencia tuvo como base la Sección 45 del Revenue Act de 1928 (antecedente de la Sección 482) y trató sobre transacciones acaecidas en 1929 (*Asiatic Petroleum Co. vs. Commissioner*).

(3) Al respecto ver el artículo "Necesidad de que publique el reglamento sobre precios de transferencia". DÍAZ TONG, Enrique. EN: Diario Gestión, 29 de Abril de 2005.

(4) La OCDE publicó en 1979 el documento *Transfer Pricing and Multilateral Enterprises* que luego fue revisado. El documento *Transfer Pricing Guidelines for Multilateral Enterprises and Tax Administrations* fue aprobado por el Comité de Asuntos Fiscales el 27 de Junio de 1995 y listo para su publicación por el OCDE Council el 13 de Julio de 1995.

Así, la norma tributaria peruana recoge lo establecido en los lineamientos de la OCDE con la diferencia de que uno de los métodos ahí tratados (el de partición de utilidades o *Profit Split Method*) se divide en dos: el de Partición de Utilidades y el Residual de Partición de Utilidades. División que por cierto es razonable, toda vez que los mismos Lineamientos de la OCDE subdividen el método de partición de utilidades en estos dos sub-grupos⁽⁵⁾.

Estos métodos de comparación a su vez pueden dividirse en 2 grandes grupos: Los métodos directos y los métodos indirectos. En los primeros se busca efectuar una comparación directa, ya sea de precios (en el Precio Comparable no Controlado) o de Márgenes (en los métodos de Costo Incrementado o Precio de Reventa). En los métodos indirectos, por el contrario se comparan márgenes operativos de las empresas. La metodología para aplicar los métodos basados en márgenes consiste en seleccionar la parte analizada (generalmente la empresa a la que se le hace el trabajo o la fiscalización), encontrar empresas comparables (para lo cual se utilizan bases de datos nacionales o internacionales), seleccionar un indicador de rentabilidad o *PLI* por sus siglas en inglés (*Profit Level Indicator*) y realizar los ajustes necesarios a fin de mejorar la comparación para lo cual generalmente se desarrollan modelos financieros⁽⁶⁾.

II. ALGUNAS DEFICIENCIAS

1. Eliminación de regímenes de protección. El proyecto de reglamento que envió el Ministerio de Economía y Finanzas a diferentes instituciones a inicios de 2005 a fin de que éstas dieran sus opiniones, establecía montos a partir de los cuales sería exigible la obligación de contar con un Estudio Técnico de Precios de Transferencia. La razón era evidente: no cargar con obligaciones excesivas a empresas pequeñas. Lamentablemente el Reglamento de PT publicado ha eliminado este régimen de protección y no establece límites. Esperamos que la Administración Tributaria señale los montos a partir de los cuales será necesario cumplir con las obligaciones formales.

2. Materialidad de transacciones. El Reglamento de PT no establece límites para aplicar las normas de Precios de Transferencia. Cabe preguntarse si se efectúa una venta por S/. 1,000 y se está en uno de los supuestos de aplicación de las Normas sobre Precios de Transferencia ¿se debe contar con un Estudio Técnico de Precios de Transferencia? Al no ponerse montos de transacciones mínimos, la respuesta debería ser afirmativa, aun cuando probablemente el Estudio sea más costoso que la misma transacción. Al igual que en el párrafo anterior, esperamos que la Administración Tributaria defina este tema.

3. ¿Pago de Impuesto a la Renta en función a la rentabilidad de mis "comparables"? ¿Indebida aplicación de IR sobre base presunta?

En nuestra opinión, este es uno de los principales defectos del Reglamento de PT. El artículo 114° del Reglamento de la LIR establece que en la determinación del precio, monto de la contraprestación o margen de utilidad de la transacción bajo análisis (una en la que se apliquen las normas de PT), se deberá establecer un rango de precios. Si el valor convenido está dentro del rango intercuartil se considerará a valor de mercado. En caso contrario, el valor de mercado será la mediana de dicho rango. En los métodos de transacciones tradicionales (precio comparable no controlado, precio incrementado y costo de reventa) el ajuste a la mediana es

una labor relativamente fácil. Sin embargo, en los métodos basados en márgenes el ajuste se complica un poco. Veamos un ejemplo de éste último caso:

- La empresa "A" (con una tasa del Impuesto a la Renta de 30% sin pérdidas tributarias) a la que se le está fiscalizando se dedica a la adquisición de materia prima "x" y la vende a su empresa vinculada "B" (con una tasa de Impuesto a la Renta de 30% con pérdidas tributarias en los últimos 6 años) a fin de que la misma la procese, elabore el producto "y", el que venderá a consumidores finales en el Perú.
- El Estado de Ganancias y Pérdidas de "A" es el que se aprecia a continuación.

	EGP1
Ventas	1,100
Costos	1,050
Utilidad Op	50
G. Administrativo	15
Util. antes de Imp.	35
Impuesto a la Renta	11
Util. después de Imp.	25

- En aplicación del numeral 6, inciso a) del artículo 113°, del Reglamento de la LIR el ratio a utilizar sería el de Utilidades (Ventas netas – Costos) entre Ventas netas, lo que es equivalente al Margen Operativo (MO). Otra forma de expresar el ratio es la siguiente:

$$MO = \frac{\text{Ventas} - \text{Costo}}{\text{Ventas}} = \frac{1,100 - 1,050}{1,100} = 0.045 = 4.5\%$$

- Asumamos que el rango intercuartil del MO de las empresas comparables a "A", luego de los respectivos ajustes necesarios, es el que se aprecia en el siguiente cuadro:

Mínimo	Cuartil Inferior	Mediana	Cuartil Superior	Máximo
4.00%	5.00%	9.50%	9.90%	10.10%

- Atendiendo al Reglamento de PT la Administración Tributaria efectuaría un ajuste a la mediana (9.50%), en aplicación de los artículos 114° y 115° del Reglamento de la LIR. El margen operativo que estaría dejando de pagar la empresa es de 5% (9.5% - 4.5%). Vale decir, se asumiría que la empresa "A" debió pagar un mayor Impuesto a la Renta en el Perú.
- El "nuevo" monto de ventas sería de 1,160 conforme se aprecia en el siguiente cuadro:

$$MO = \frac{\text{Ventas} - \text{Costo}}{\text{Ventas}} = \frac{V - 1,050}{V} = 0.095 \Rightarrow V=1160$$

- Por tanto, el nuevo Estado de Ganancias y Pérdidas sería el siguiente (EGP2):

(5) Capítulo III de los Lineamientos de la OCDE, puntos 3.5 y 3.19.

(6) Es importante mencionar que se están presentando Estudios de Precios de Transferencia en los que se encargan a empresas de otros países la aplicación de los métodos basados en márgenes y no se explica la forma en la que estas empresas extranjeras hacen estos ajustes.

	EGP1	EGP2	Diferencia
Ventas	1,100	1,160	60
Costos	1,050	1,050	0
Utilidad Op	50	110	60
G. Administrativo	15	15	0
Util. antes de Imp.	35	95	60
Impuesto a la Renta	11	29	18
Util. después de Imp.	25	7	

h. Nótese que de los 35 de utilidad antes de Impuesto, el Fisco estaría llevándose 29, por lo que la nueva utilidad después de Impuestos sería de 7 ($35 - 29 = 7$), toda vez que los 95 de Utilidad antes de Impuestos del EGP2 no son reales sino sólo se han considerado para efectos del cálculo del Impuesto a la Renta. En el presente caso no se están evaluando las multas que serían aplicables.

Consideramos que esta "atribución" de Impuesto a la Renta a la empresa "A" es incorrecta, debido a que el Reglamento de PT estaría en contra de los Lineamientos de la OCDE, que son aplicables a nuestro ordenamiento legal en aplicación del inciso h) del artículo 33° de la LIR. A continuación el sustento de esta afirmación:

• *Inicios del Principio de Arm's Length*

En 1930 el Comité Fiscal de la Liga de Naciones efectuó un estudio sobre la legislación y prácticas de 35 países respecto a la derivación⁽⁷⁾ de ingresos a empresas de un mismo grupo que estaban ubicadas en diferentes países. Uno de los métodos encontrados fue el de la estimación de ingresos sobre la base de ingresos de empresas similares, cuando las autoridades tenían evidencias para creer que la declaración de ingresos que efectuaban las empresas era insuficiente o falsa (lo que sería un símil en el Perú a la figura de renta presunta). Sobre la base de este trabajo el Comité Fiscal elaboró luego el borrador de un "Multirateal treaty on the allocation of business profits" (1933), en cuyo párrafo 3 aparece por primera vez el término "arm's length"⁽⁸⁾.

En Estados Unidos de Norteamérica el método conocido como *Comparable Profits Method* (CPM) se introduce en las regulaciones sobre Precios de Transferencia de 1994⁽⁹⁾. El CPM utilizado en los Estados Unidos de Norteamérica es muy similar al Método del Margen Transaccional o TNMM por sus siglas en inglés (*Transactional Net Margin Method*), reconocido por la OCDE, sin embargo tienen diferencias.

• *Diferencias entre el CPM y el TNMM*

Una de las principales diferencias entre el CPM y el TNMM es el tema del ajuste a la mediana. En efecto, en el CPM si el PLI (como dijimos, *Profit Level Indicator* o Indicador de rentabilidad) no está dentro de los rangos intercuartiles de las empresas comparables, la Administración Americana podrá efectuar un ajuste a la mediana del rango intercuartil⁽¹⁰⁾. En el TNMM si el PLI de la empresa analizada está por debajo del rango los Lineamientos de la OCDE recomiendan que la empresa tenga la oportunidad de presentar argumentos para demostrar que sus transacciones respetan el principio de *arm's length*.⁽¹¹⁾ Es importante resaltar que los lineamientos de la OCDE no establecen el uso de rangos intercuartiles sino sólo de un rango.⁽¹²⁾ El rango intercuartil es utilizado en los Estados Unidos de Norteamérica y ciertamente es una herramienta estadística que tiene muchos beneficios,

pero así como se utilizan rangos intercuartiles (dividiendo las observaciones en cuartos), se podrían utilizar rangos interquintiles, (por lo que las observaciones se dividirían en quintos), lo que llevaría a resultados diferentes.

• *Reglamento de PT contradice lo establecido en los Lineamientos de la OCDE*

El punto 3.4. de los Lineamientos de la OCDE es claro al señalar que en ningún caso el uso de métodos basados en márgenes debe llevar a ajustes sólo porque una empresa tiene un ratio de rentabilidad diferente al de un rango. Los métodos basados en márgenes sólo son aceptados en la medida que sean consistentes con los Lineamientos OCDE⁽¹³⁾. El motivo es claro, pueden darse condiciones de mercado o de la empresa que está siendo fiscalizada que no pueden ser ajustados que hagan que la propia empresa tenga menores ratios de rentabilidad y no por eso se le puede establecer una "renta presunta". Así, en el ejemplo de la empresa "A" que hemos puesto, si la menor rentabilidad de la empresa (recuérdese que en el caso era de 4.5%) se debió a un manejo gerencial inadecuado ¿por qué se le debe "atribuir" a la empresa una mayor rentabilidad? ¿Se le puede decir a una empresa cuál es el nivel de rentabilidad que debe obtener?

Vemos entonces que el Reglamento de PT (un Decreto Supremo) en el extremo del ajuste a la mediana en los métodos basados en márgenes contradice los lineamientos de la OCDE (fuentes de interpretación en virtud a una Ley) por lo que en este extremo sería ilegal. Ciertamente, esta crítica también es aplicable a los métodos transaccionales tradicionales, tema que será tratado en la próxima publicación. ▢

(7) En inglés el término es "allocating" y algunas veces se utiliza como "alocar", sin embargo esta palabra en castellano tiene otro significado.

(8) HAMAEKERS, Hubert. "The Comparable Profit Method and the Arm's Length Principle", en: *International Transfer Pricing Journal*, publicación del International Bureau of Fiscal Documentation. Mayo - Junio 2003, págs.90-93.

(9) Sin embargo, debe resaltarse que el CPM es un desarrollo de la posición de la Administración Tributaria Norteamericana plasmada en el caso *El Du Pont de Nemours & Co. v. United States*, 608 F2d 445 (Ct. Cl. 1979), cert. Denied, 445 US 962 (1980). En este caso la Administración Tributaria Americana presenta dos expertos, uno de los cuales fue el Profesor Charles Berry, que utilizó un ratio que relacionaba el margen bruto con los gastos operativos. Este ratio hoy se conoce como el "Ratio Berry".

(10) Es importante mencionar que en Estados Unidos de Norteamérica el contribuyente puede demostrar que el ajuste es incorrecto toda vez que el CPM está sujeto a las regulaciones americanas generales sobre Precios de Transferencia, al igual que cualquier otro método. En este punto es importante mencionar que en lo que vendría a ser un símil de la exposición de motivos de la Regulación americana de 1994, se decía que el CPM podía ser aplicado de una forma inconsistente con el principio de *Arm's Length*. Así, se dice: "This concern was attributable to the fact that the operating profit is normally affected by more factors than gross profit or price, which are the measures employed under the other (pricing) methods... The commenters were concerned that the comparable profits method would be applied without taking these additional differences into account, and as a result the comparability achieved under the comparable profits method would be weaker than the comparability required under other methods. The commenters believed that in such cases an analysis under the comparable profits method would be suspect." U.S. *International Transfer Pricing*, Volume I. CYM H. LOWELL y otros, Warren Gorham & Lamont of RIA, Thomson, Estados Unidos de Norteamérica. Punto 4.10(3), págs 4-170, 4-171.

(11) Capítulo 1, punto 1.48 de las Guías sobre Precios de Transferencia para Empresas Multinacionales y Administraciones Fiscales de la OCDE: "If the relevant conditions of the controlled transaction (e.g. price or margin) fall outside the arm's length principle asserted by the tax administration, the taxpayer should have the opportunity to present arguments that the conditions of the transaction satisfy the arm's length principle, and that the arm's length range includes their result. If the taxpayer is unable to establish this fact, the tax administration must determine how to adjust the conditions of the controlled transaction taking into account the arm's length range. It could be argued that any point in the range nevertheless satisfies the arm's length principle. In general, and the extent that it is possible to distinguish among the various point within the range, such adjustments should be made to the point within the range that best reflects the facts and circumstances of the particular controlled transaction." (resaltado nuestro). Es de resaltar que este punto es aplicable al uso de cualquiera de los métodos aceptados por la OCDE y no sólo para el método del TNMM.

(12) Lineamientos OCDE, Capítulo 1, punto 1.45 al 1.47

(13) Lineamientos OCDE, Capítulo III, punto 3.1.