

1. RESUMEN EJECUTIVO

Cuando el Perú tomó la decisión de incorporar la normativa local en materia de precios de transferencia, lo hizo introduciendo disposiciones claramente inspiradas en las Directivas PT OCDE. Si bien la normativa peruana contiene algunas peculiaridades que la distinguen, es posible considerar que, en la mayoría de aspectos fundamentales, la regulación local es consistente con lo sugerido por las mencionadas directivas.

El desarrollo del Plan BEPS, impulsado por la OCDE y el G-20, y en cuyos comités de trabajo se ha contado también con la participación de países en desarrollo, plantea modificaciones muy importantes en materia de precios de transferencia, las cuales ya se están viendo reflejadas en modificaciones en las Directivas PT OCDE.

El Perú, si bien actualmente no es miembro de la OCDE, tiene la voluntad política de incorporarse como miembro pleno en el mediano plazo y, en esa línea, viene contribuyendo al desarrollo del Plan BEPS a través de la participación activa de funcionarios de la Administración Tributaria en los comités de trabajo de dicho Plan.

Por lo tanto, existe la expectativa de que la normativa local de precios de transferencia recoja en el corto o mediano plazo las sugerencias resultantes del Plan BEPS.

La presente ponencia hace un análisis de los principales temas que introduce el Plan BEPS en relación con Precios de Transferencia, incluyendo lo referente a intangibles (Acción 8), riesgos y capital (Acción 9), otras transacciones de alto riesgo (acción 10), y documentación (Acción 13), y cómo cada uno de estos temas interactúa con las disposiciones actualmente vigentes en la legislación peruana en esta materia. Asimismo, se identifican los principales puntos en los que

¹ Socia de Precios de Transferencia, Deloitte Perú.

² Director, KPMG en Perú.

consideramos la normativa local requeriría ser modificada para adecuarse a lo sugerido por el Plan BEPS y los principales retos que estas eventuales modificaciones plantean.

1. INTRODUCCIÓN

Desde su incorporación a la LIR, con vigencia a partir del año 2002, la normativa peruana en materia de precios de transferencia estuvo claramente inspirada en las Directivas PT OCDE.

Esta relación entre la normativa peruana y las Directivas PT OCDE se hace evidente no solo porque ambas tienen como pilar fundamental al PPC, o porque ambas comparten metodologías de análisis, criterios de comparabilidad y criterios de documentación bastante parecidos, sino también porque el inciso h) del Artículo 32-A de la LIR señala de manera explícita que las Directivas PT OCDE constituyen una fuente de interpretación de lo dispuesto en la normativa local, siempre y cuando dichas Directivas no contradigan lo dispuesto en la LIR.

A pesar de estar inspirada en los planteamientos de la OCDE, y aun cuando existe coincidencia en los aspectos fundamentales, la normativa local contiene algunas peculiaridades que la diferencian. Una de estas particularidades es, por ejemplo, la obligatoriedad en cuanto a la aplicación del método intercuartil para acotar los rangos de valores obtenidos cuando exista más de una observación comparable, o en todo caso la necesidad de demostrar, a través de la utilización de un coeficiente de variación, que por cierto resulta una prueba bastante exigente, que las observaciones comparables tienen un alto nivel de comparabilidad entre sí, para de esta manera acceder a la posibilidad de usar el rango total. Otra de las diferencias más notorias radica en una aparente mayor rigidez en cuanto a la existencia o inexistencia de compatibilidad de cada uno de los métodos de análisis con respecto a ciertos tipos de operaciones. Tal es el caso de las transacciones que involucran intangibles valiosos, que a partir de una lectura literal de la normativa local parecen sólo ser compatibles con el MRPU. También ha sido notoria la diferencia que se generó con respecto a las Directivas PT OCDE cuando, con vigencia a partir del 2013, la normativa local, siguiendo una tendencia en la región, incorporó disposiciones especiales para aplicar el MPCNC a transacciones de *commodities* (Sexto método). Es importante mencionar que dicha tendencia fue posteriormente recogida por la OCDE, que con la publicación de los reportes finales del plan BEPS ha incorporado lineamientos específicos referidos a este tema. En resumen, se puede concluir que el Perú cuenta una normativa local de Precios de Transferencia que se acerca mucho a las Directivas PT OCDE en lo fundamental, pero que a la vez contiene discrepancias que deben ser evaluadas cuidadosamente caso a caso.

A pesar de contener referencia expresa a las Directivas PT OCDE, en la práctica fiscal surgen algunos debates sobre qué versión de dichas directivas debe ser tomada como fuente de interpretación. Al respecto, existen dos vertientes de interpretación. La primera sostiene que sólo podrían utilizarse las Directivas PT OCDE que se encontraban vigentes al momento de promulgarse la normativa local. La segunda argumenta que cuando las Directivas PT OCDE se actualicen o modifiquen, la normativa peruana automáticamente estaría refiriéndose a la última versión disponible. Este debate resulta especialmente relevante en el contexto del Plan BEPS, pues la idea es que las Directivas PT OCDE se actualicen de manera casi dinámica mientras continúen publicándose los documentos resultantes de este plan. Si bien este debate no se encuentra del todo resuelto en el ámbito académico, en la práctica se observa que tanto los contribuyentes como la Administración Fiscal suelen referirse a las versiones más actualizadas disponibles de las Directivas PT OCDE.

A la fecha, aún se encuentran en evaluación y desarrollo las modificaciones legislativas que se harían en nuestra normativa de precios de transferencia como consecuencia del Plan BEPS, las que probablemente entrarían en vigencia a partir de 2017 ó 2018.

Si bien no ha habido un pronunciamiento formal de adhesión al Plan BEPS de parte de la Administración Tributaria, sí es conocida la intención que tiene el fisco de alinear la legislación doméstica, en lo que resulte relevante, a las recomendaciones que emanen de dicho plan.

A continuación se procede a detallar los principales aspectos introducidos por el Plan BEPS en relación con Precios de Transferencia y sus implicancias para el Perú.

2. ACCIÓN 8. INTANGIBLES

Uno de los principales retos que enfrenta actualmente la práctica fiscal internacional se asocia con el análisis de operaciones que involucran intangibles valiosos, pues es notoria la complejidad asociada a su identificación y valoración.

En lo que respecta a nuestro país, como se indica más adelante, nuestra norma de precios de transferencia resulta aún limitada para el análisis de este tipo de operaciones ya que no ofrece un desarrollo específico que provea alternativas de aplicación práctica tanto para su identificación como para la determinación del valor de mercado en estas operaciones. Es por ello que en la práctica fiscal se observan diversas soluciones o corrientes para el análisis de operaciones tanto de cesión de uso como de cesión definitiva o venta de intangibles.

En lo que respecta a la definición de intangibles, en nuestra normativa de precios de transferencia no existe una definición precisa, sino que únicamente se señala, como parte del análisis comparabilidad,³ que para el caso de operaciones de cesión definitiva o en uso de bienes intangibles se debe considerar la identificación del intangible como “derechos de la propiedad intelectual” o de la “propiedad industrial” así como la descripción de cualquier método, programa, procedimiento, sistema, estudio u otro tipo de transferencia de tecnología. Por lo tanto, se observa que la normativa es bastante genérica en cuanto a la identificación del intangible.

Asimismo, si nos remitimos a nuestra normativa del IR, en la misma no se tiene una definición clara y precisa del concepto de intangibles. En ese sentido nuestra legislación sólo señala algunos ejemplos de los bienes intangibles cuya vida útil está limitada por ley o por su naturaleza.⁴

Adicionalmente vale la pena mencionar que el Tribunal Fiscal, en reiterada jurisprudencia,⁵ a fin de determinar la existencia de un activo intangible, ha utilizado como sustento a lo señalado por las Normas Internacionales de Contabilidad (NIC).

En ese sentido la doctrina contable, basada en la NIC 38 sobre activos intangibles,⁶ señala los elementos que permiten calificar a un activo como intangible, esto es: carecer de sustancia física, que sean identificables, que se tenga control sobre ellos y que contribuyan a generar beneficios económicos futuros.

Si bien existen estos elementos considerados para la definición de intangibles para propósitos contables y tributarios, es importante mencionar que la definición de intangibles para fines de precios de transferencia, de acuerdo al nuevo modelo OCDE, recoge elementos similares para caracterizar a algo como intangible en tanto que también señala que no se trata de un activo físico⁷ y que tiene que tener la capacidad de ser controlado, pero además le agrega otros tipos de criterios a considerar para asegurar la existencia del intangible entre operaciones entre partes vinculadas.

³ Artículo 110 del Reglamento de la LIR.

⁴ Inciso a) del artículo 25 del Reglamento de la LIR.

⁵ Resoluciones del Tribunal Fiscal (RTF) 21510-4-2012, 04717-1-2015, 03316-1-2015, 19029-3-2012, 05223-2-2014, entre otras.

⁶ En la versión aprobada por el Consejo Normativo de Contabilidad mediante Resolución 034-2005-EF/93.01.

⁷ Es preciso destacar que además los lineamientos de la OCDE hace la acotación que tampoco se trata de un activo financiero.

En la Acción 8 se señala que un intangible es algo cuyo uso o transferencia sería compensado en una operación entre terceros independientes en circunstancias comparables. Asimismo, se precisa que la definición de intangibles no depende de consideraciones contables o legales, por lo que hace énfasis en la necesidad de que el análisis de precios de transferencia asegure que efectivamente existe un intangible y si dicho intangible ha sido usado o transferido en una operación entre vinculadas.

Al respecto, por ejemplo, se menciona que no todas las actividades de investigación y desarrollo generan un intangible y que no todas las actividades de marketing crean un intangible. Además, se indica que la sola presencia de contratos o propiedad legal no aseguran la existencia de un intangible para fines de precios de transferencia.

Por lo tanto, la OCDE plantea un análisis funcional riguroso que identifique los intangibles relevantes y la manera en la que ellos contribuyen en la creación de valor de las transacciones bajo análisis y la manera en que ellos interactúan con otros intangibles, con los activos tangibles y con la operación del negocio para generar valor.

En lo que concierne al análisis de operaciones que involucren intangibles significativos nuestra legislación de precios de transferencia nos restringe la utilización de varios métodos quedando prácticamente como el único método compatible con dichas operaciones el Método Residual de Partición de Utilidades (RPU). Asimismo, nuestra norma no plantea de manera específica la utilización de métodos alternativos o técnicas de valuaciones comúnmente usadas en el mercado para valorizar intangibles.

Es preciso resaltar que resulta de difícil aplicación el método RPU en nuestra práctica debido, en parte, a la falta de información disponible sobre las funciones, activos y riesgos involucrados en la operación conjunta de desarrollo del intangible. En varios casos se requiere contar con un nivel detallado de información cualitativa y financiera centralizada en las casas matrices lo cual es de difícil acceso, así como de información financiera respecto a las contribuciones realizadas por cada parte en el desarrollo y mantenimiento del intangible.

Adicionalmente, en cuanto a la razonabilidad de aplicación de este método para nuestra práctica, es importante evaluar que tanto las actividades desarrolladas por las empresas subsidiarias peruanas están relacionadas al desarrollo del intangible global o internacional para que valga la pena realizar un análisis de tal complejidad. Por ejemplo, usualmente las empresas subsidiarias peruanas están concentradas en actividades que tiene un impacto a nivel local y difícilmente aporten de

manera significativa en el desarrollo de la marca o del intangible a nivel internacional.

Con ello en la práctica fiscal el MRPU resulta prácticamente inaplicable, quedando como los métodos más usados el método del MPCNC y el MMNT. Si bien nuestra norma indica que ambos métodos no compatibilizan con operaciones que involucren intangibles significativos, se sustenta la aplicación del MPCNC basado en la disponibilidad de información pública (como es el caso de los análisis de contratos de licencia de uso de intangibles), en lo señalado en las Directiva PT OCDE respecto de que cualquiera de los métodos podría constituir el más apropiado para el análisis de transferencia de intangibles, y además en la experiencia de otras prácticas de otros países que no restringen el uso del MPCNC para las operaciones que involucren intangibles. En lo que refiere a la aplicación del MMNT, de acuerdo a lo señalado líneas arriba, el uso del mismo se sustenta principalmente en el supuesto de que el aporte de las empresas peruanas en el desarrollo del intangible global no es relevante y por lo tanto de aplicarse el MRPU se obtendrían resultados similares a los obtenidos de la aplicación del método del MNT.

Asimismo, observamos que nuestra norma es aún más limitada cuando nos enfrentamos a análisis de cesión definitiva de propiedad intangible o de venta de intangibles. En estos casos, ninguno de los métodos especificados en la legislación se ajusta al análisis de estas operaciones. Como señalamos, de acuerdo a nuestra norma el método RPU es el único método que compatibiliza con este tipo de operaciones; sin embargo, por su naturaleza, dicho método sólo aplica cuando se trata de análisis de operaciones que impliquen el desarrollo conjunto de un intangible, lo cual usualmente no ocurre cuando se trata de una venta o cesión definitiva del intangible.

Por tanto ante las limitaciones que plantea la norma para el análisis de estas operaciones,⁸ en la práctica fiscal para el desarrollo de los estudios de precios de transferencia muchas veces se recurre a los métodos estándar para la valuación de intangibles que se utilizan a nivel internacional. Estos métodos de valuación se dividen en tres enfoques: *Market Approach*, *Cost Approach* e *Income Approach*, siendo este último uno de los más utilizados, el cual determina el valor del intangible sobre la base del valor presente de los flujos futuros de beneficios que genera el uso del intangible.

Vale la pena precisar que a fin de brindarle soporte legal al uso de dichos métodos

⁸ Al respecto, el artículo 110, numeral 1, inciso d) del Reglamento de la LIR solo hace referencia a que un elemento a considerar como parte del análisis de comparabilidad son los beneficios que se espera obtener del uso del intangible.

de valuaciones usualmente se enmarca la aplicación de los mismos dentro de algunos de los métodos aceptados por la normativa de precios de transferencia (por lo general, el MPCNC).

En relación a la utilización de estos métodos alternativos para la valuación de intangibles, se observa en nuestra práctica que dado el nivel de especialización que se requiere para la implementación de los mismos, en algunas ocasiones se ha recurrido a expertos valuadores en el mercado. Si bien nuestra normativa de precios de transferencia no lo señala de manera explícita como una alternativa aceptada para efectos de análisis de estas operaciones particulares, en la práctica en algunos casos los estudios realizados por tales expertos han sido utilizados como la mejor aproximación de determinación de valor mercado en operaciones de transferencia de intangibles entre partes vinculadas. Sin embargo, en estos casos es necesario tener especial cuidado para que dichos expertos valuadores tomen en consideración los aspectos tributarios de la transacción y los aspectos formales que exige la normativa de precios de transferencia.

Otro punto a señalar se refiere a aquellos intangibles que se transan de forma integrada o combinada con otras operaciones para las cuales se pacta un único precio por la operación conjunta. Tal es el caso por ejemplo de operaciones de importación de productos cuyo precio de compra contempla no solo el pago por el producto en sí mismo sino también contempla de manera implícita una remuneración por un componente intangible (marca, *know-how* u otro). De acuerdo a nuestra normativa de precios de transferencia⁹ se sugiere una evaluación separada de cada componente de la operación a fin de determinar independientemente el valor de mercado para cada elemento. En la práctica, por no tener disponibilidad de información, no es posible plantear un análisis desagregado o específico como lo sugiere el reglamento. Muchas veces los contratos consignan información muy general o la información con la que dispone la compañía peruana es muy limitada. En estos casos es muy difícil conocer, con el nivel de detalle requerido, información sobre las funciones, activos y riesgos asumidos por las partes ubicadas en el exterior; así como acceder a información sobre la determinación del precio desde el exterior por cada elemento de la transacción combinada.

Por último es importante señalar los diversos tratamientos recogidos en la LIR para escenarios de ventas y de cesión en uso de intangibles en operaciones con vinculadas del exterior. De conformidad con el literal b del artículo 9 de la LIR, *“En general y cualquiera sea la nacionalidad o domicilio de las partes que intervengan en las operaciones y el lugar de celebración o cumplimiento de los contratos se considera renta*

⁹ Reglamento de la LIR, artículo 112, numeral 1, inciso d).

de fuente peruana las producidas por bienes o derechos, incluyendo los que provienen de su enajenación, cuando los bienes están situados físicamente o los derechos son utilizados económicamente en el país. Tratándose de las regalías a que se refiere el artículo 27°, la renta es de fuente peruana cuando los bienes o derechos por los cuales se pagan las regalías se utilizan económicamente en el país, o cuando las regalías son pagadas por un sujeto domiciliado en el país”.

A partir del texto transcrito deberán considerarse como operaciones gravadas en el Perú:

- i. La explotación de bienes tangibles (distintos de predios)¹⁰ que se encuentren ubicados físicamente en el país.
- ii. La enajenación de bienes de capital (distintos de predios) ubicados en el país.
- iii. La explotación de derechos utilizados económicamente en el país.
- iv. La enajenación de derechos que estén siendo utilizados económicamente en el país.
- v. La explotación de derechos que generen la obligación de pago de regalías que sean utilizados económicamente el país.
- vi. La explotación de derechos que generen la obligación de pago de regalías cuando el pagador de las mismas sea un sujeto domiciliado, aún si no se verifica su utilización económica en el país (criterio pagador de la renta).

Si bien a efectos del Derecho Civil el término “bienes” involucra tanto a tangibles como intangibles (derechos), siendo que el criterio de ubicación física no puede ser aplicable a estos últimos por no tener una presencia corporal, a fines fiscales la referencia a “derechos” debe entenderse como sinónima de intangibles.

La calificación de determinada operación en algún u otro supuesto puede suponer una diferencia importante, por ejemplo:

- Un no domiciliado titular de una patente enajena la misma en favor de una empresa domiciliada en el país para que sea utilizada económicamente en una filial del exterior: El precio pagado por la transferencia (ilimitada y exclusiva) de la titularidad de los derechos patrimoniales no constituye renta de fuente peruana pues no se cumple con el criterio de utilización económica en el país.
- El mismo sujeto no domiciliado concede a la empresa domiciliada el privilegio de utilizar la patente de manera temporal, destinándose finalmente para su

¹⁰ Las rentas producidas por predios o derechos sobre los mismos se encuentran gravadas al amparo del literal a del artículo 9 de la Ley del IR.

uso exclusivo en una filial del exterior pero la regalía se paga desde el Perú: Las regalías pagadas se sujetan a retención en la fuente a razón del 30%.

De otra parte, el tratamiento fiscal de las rentas derivadas de operaciones de cesión en uso de intangibles adquiere ciertas peculiaridades en aplicación de los Convenios para evitar la doble imposición (CDI) suscritos por el Estado Peruano.

Así, tratándose de la Decisión 578 de la CAN, se entiende por regalías “*cualquier beneficio, valor o suma de dinero pagado por el uso o el derecho de uso de bienes intangibles, tales como marcas, patentes, licencias, conocimientos técnicos no patentados u otros conocimientos de similar naturaleza en el territorio de uno de los Países Miembros, incluyendo en particular los derechos del obtentor de nuevas variedades vegetales previstos en la Decisión 345 y los derechos de autor y derechos conexos comprendidos en la Decisión 351*”.

El artículo 9 de dicha Decisión señala que “*las regalías sobre un bien intangible sólo serán gravables en el País Miembro donde se use o se tenga el derecho de uso del bien intangible*”. Como vemos, el pago de regalías por el uso o la cesión en uso de patentes o intangibles de titularidad de una entidad residente en uno de los Países Miembros de la CAN se encuentran sometidas a imposición únicamente en el País de Fuente.

Adicionalmente, según los otros modelos de CDI suscritos por el Estado Peruano se limitan las operaciones con intangibles al concepto de regalías, y además en líneas generales se aplica el criterio de tributación compartida

3. ACCIÓN 9. RIESGOS Y CAPITAL

Asignación de riesgos y capital y recalificación económica del hecho imponible

Durante los últimos años, la OCDE ha realizado diversos esfuerzos para esbozar lineamientos sobre el establecimiento de valor de mercado en las situaciones crecientemente complejas que se dan en los grupos multinacionales, tales como las que resultan de las reestructuraciones empresariales con la consecuente asignación de funciones, riesgos y capital entre las distintas entidades que conforman un grupo. Así, en el 2010 se introdujo en las Directivas PT OCDE un nuevo capítulo sobre reestructuraciones empresariales.

Siguiendo esta línea, una de las modificaciones importantes que establece la Acción 9 del Plan BEPS está referida a los criterios para la identificación de relaciones comerciales o financieras entre las partes. En efecto, a partir del Plan BEPS, no es suficiente con que la asignación de funciones, activos, riesgos y capital que-

den establecidas en los contratos, sino que resulta de mayor relevancia la conducta real de las partes, la consistencia entre la asignación del personal, funciones, riesgos y capital de cada una de las partes que conforman el grupo económico, y cómo esta asignación se relaciona directamente con la rentabilidad que finalmente cada parte genera y, por ende, con los tributos que cada una de las partes paga.

De esta manera, cobra mayor fuerza la posibilidad de que las Administraciones Fiscales puedan realizar la recalificación de hechos imposables, sobre todo cuando los acuerdos contractuales no reflejen la realidad económica de las operaciones y la conducta de las partes que integran el grupo económico.

En el Perú, si bien la normativa de Precios de Transferencia aún no recoge de manera específica disposiciones sobre las reestructuraciones empresariales o sobre la asignación de riesgos y capital entre entidades vinculadas, el Código Tributario sí incluye un criterio a través del cual la Administración Tributaria puede realizar la recalificación económica de hechos imposables.

Este criterio, que hasta hace algunos años venía recogido por la Norma VIII, se encuentra desarrollado en el primer párrafo de la Norma XVI¹¹ del Código Tributario, que señala lo siguiente: “Para determinar la verdadera naturaleza del hecho imponible, la SUNAT tomará en cuenta los actos, situaciones y relaciones económicas que efectivamente realicen, persigan o establezcan los deudores tributarios”.

A partir de la aplicación de esta norma, existe abundante jurisprudencia en la que se aprecia la priorización de la realidad económica de los hechos antes que la forma jurídica que finalmente tomaron distintas transacciones.¹² Sin embargo, dicha jurisprudencia aún es ajena al mundo de precios de transferencia, pues a la fecha, las fiscalizaciones en materia de precios de transferencia no han profundizado en esta materia.

Uso del MPU

Durante el desarrollo del Plan BEPS, ha surgido un creciente interés por contar con mayores lineamientos y guía sobre la aplicación del MPU, sobre todo en el

¹¹ Mediante Ley 30230 ha quedado en suspenso de manera indefinida la aplicación de la Norma XVI, con excepción del primer y último párrafo que regulan, en los casos de actos simulados, la facultad de la SUNAT de calificar las operaciones con relevancia tributaria por su contenido económico.

¹² Por ejemplo, las RTF 5468 (caso de arrendamiento-venta), RTF 4315 (caso de pagos de gastos de investigación y laboratorio de una empresa del exterior), RTF 18364 (caso del vendedor de telas y accesorios de cortinas), RTF 5301-4-2002 (locación de servicios que encubre contrato de trabajo). Jurisprudencia citada por TALLEDO, César (2009).

contexto de cadenas de valor globales, en las que con frecuencia resulta difícil encontrar información comparable para la aplicación de otros métodos. De esta manera, existe cierto consenso sobre la posibilidad de que el MPU resulte de mayor utilidad en el futuro, para lo cual es necesario hacer su aplicación práctica más asequible tanto para los contribuyentes como para las administraciones fiscales. Sin embargo, por su nivel de complejidad, este tema aún se encuentra en desarrollo por parte de la OCDE, y se espera tener resultados hacia mediados de 2017.

En el caso peruano, la legislación de precios de transferencia se decanta por el MPU únicamente en el caso de “operaciones complejas, en las que existen prestaciones o funciones desarrolladas por las partes que se encuentran estrechamente integradas o relacionadas entre sí, que no permiten la individualización de cada una de ellas”.¹³ En este sentido, la normativa peruana se encuentra alineada con lo planteado por el Plan BEPS.

Sin embargo, en la práctica fiscal, son muy pocos los casos en los que efectivamente se viene utilizando el MPU. Según la información revelada por la Administración Tributaria,¹⁴ a partir de la información reportada por los contribuyentes en las Declaraciones Juradas de Precios de Transferencia por los años 2007 y 2008, que es la más reciente disponible a la fecha, se tiene que únicamente alrededor del 1% del total de transacciones reportadas han sido analizadas a través del MPU o el MRPU. Es decir, la aplicación práctica estos métodos es casi inexistente.

Como consecuencia de lo anterior, tampoco se cuenta con jurisprudencia local sobre el uso del MPU.

En este sentido constituye un reto para la práctica fiscal local hacer frente a las consecuencias que tenga la Acción 9 del Plan BEPS, que tiende en el futuro hacia un uso más intensivo de este tipo de métodos.

4. ACCIÓN 10. OTRAS TRANSACCIONES DE ALTO RIESGO

Sexto método

La normativa peruana en materia de Precios de Transferencia introdujo,¹⁵ con vigencia a partir del año 2013, un enfoque de análisis específico orientado a eva-

¹³ Artículo 113 del Reglamento de la LIR, inciso a), numeral 4.

¹⁴ Fuente: SUNAT (2010). Presentación en CIAT. El tratamiento de los precios de transferencia en el Perú.

¹⁵ Modificación introducida a través del artículo 4 del Decreto Legislativo 1120, publicado el 18 de julio de 2012, vigente a partir del 01 de enero de 2013.

luar las operaciones de exportación o importación de *commodities* en las que participe un intermediario internacional que no tenga sustancia económica. De esta manera, el Perú se sumó a la tendencia en la región¹⁶ de incorporar, como parte de su legislación interna, al coloquialmente denominado “sexto método”.

A nivel formal, esta incorporación no ha representado la introducción de un método de análisis adicional a los que ya existían en la legislación peruana en materia de Precios de Transferencia, sino que se han establecido ciertas disposiciones especiales para la aplicación del MPCNC cuando se cumplan las siguientes tres condiciones:¹⁷ (1) que se trate de operaciones de exportación o importación, (2) que se trate de operaciones entre partes vinculadas en las que intervenga un intermediario internacional que no sea el destinatario efectivo de dichos bienes, o que se trate de operaciones realizadas desde, hacia o a través de paraísos fiscales, y (3) que se trate de operaciones que involucren *commodities* (definidos como bienes con cotización conocida en el mercado internacional, bolsas de comercio o similares) o que involucren bienes cuyo precio se fije tomando como referencia el precio de un *commodity* (incluyendo bienes agrarios y sus derivados, hidrocarburos y sus derivados, harina de pescado, y concentrados de minerales).

En la práctica, se encuentra pendiente de completar la normativa que permita la aplicación efectiva de este “Sexto método” en el Perú. Al día de hoy, tanto la LIR como su reglamento han dejado alguna incertidumbre sobre preguntas clave como ¿Cuáles son los bienes respecto de los cuáles se aplicará este método?¹⁸ ¿Cuáles son las cotizaciones que se tomarán como referencia para cada bien? ¿Cuál es el mecanismo para establecer qué fecha de cotización se tomará como referencia en cada caso?, entre otras. Esta incertidumbre ha generado que, en la práctica, esta metodología aún no termine de ser aplicada.

Por su parte, fuentes allegadas a la Administración Tributaria indican que ésta reconoce la necesidad de brindar mayor orientación con respecto a la aplicación práctica de este “Sexto método” y que ésta se encontraría a la expectativa de los documentos finales del Plan BEPS a fin de evaluar qué tipo de precisiones o modificaciones sería necesario introducir para la efectiva aplicación de este método.

¹⁶ A la fecha de la introducción de esta metodología en el Perú, el sexto método ya se encontraba vigente en países como Argentina, Uruguay y Ecuador. Posteriormente se incorporó también en Bolivia.

¹⁷ Fuente: LIR. Artículo 32-A. Inciso e) Numeral 1).

¹⁸ Si bien la LIR brinda una lista general de bienes a los que sería aplicable esta metodología, esta presenta algunos problemas. Por ejemplo se mencionan bienes como la harina de pescado, que en la práctica no cotiza en ninguna bolsa de productos internacional.

En este sentido, resulta relevante identificar cuáles son las principales diferencias que se encuentran entre la legislación peruana vigente y la propuesta contenida en la Acción 10 del Plan BEPS en relación al Sexto método.

La diferencia más importante es la que refiere a la fecha de cotización. La normativa peruana establece que las fechas de cotización a tomar como referencia serán alguna de las cuatro opciones que se describen de manera específica en la norma. La limitación que tiene este enfoque es que no necesariamente recoge todas las prácticas de mercado. Ante este tema, la OCDE ha optado por un enfoque más flexible, que consiste en utilizar como primera referencia a la fecha de cotización utilizada por el contribuyente, siempre y cuando este pueda proporcionar evidencia confiable y oportuna sobre el momento en el cuál acordó dicha fecha de cotización. Como segunda referencia, si la fecha de cotización especificada en los contratos es inconsistente con la conducta de las partes, la Administración Tributaria puede determinar una fecha de cotización distinta, consistente con aquella que partes independientes hubiesen tomado como referencia bajo transacciones comparables. Finalmente, como tercera y última referencia, la OCDE indica que cuando no se tenga mayor documentación, la fecha de cotización puede ser la fecha de embarque.

Dada la voluntad política que tiene el Perú de incorporarse, en el mediano plazo, como miembro activo de la OCDE, existe la expectativa de que se pueda dar un mayor alineamiento entre la legislación local referida al “sexto método” y la propuesta contenida en la Acción 10 del Plan BEPS, de manera que las diferencias detalladas líneas arriba se minimicen.

Mientras tanto, aún existe un escenario de incertidumbre para aquellas empresas que exportan o importan *commodities* con la participación de compañías vinculadas o de partes domiciliadas en paraísos fiscales, pues la legislación local refiere a la posible aplicación del “sexto método” a pesar de que no existe completa claridad sobre cómo aplicar dicho método en la práctica y, adicionalmente, el mismo presenta diferencias significativas con respecto a lo sugerido por la OCDE a través de la Acción 10 del Plan BEPS.

Consideramos relevante, para garantizar la seguridad jurídica de los contribuyentes, que la Administración Tributaria evalúe el tema y se pronuncie sobre el mismo en el corto plazo. En la medida en que se pueda adecuar el “sexto método” local a la propuesta de la OCDE, consideramos que se cumplirá de mejor manera el objetivo de reducir el riesgo de erosión a la base imponible, a la vez que se brinde mayor seguridad jurídica a los contribuyentes y se reduzca también el riesgo de doble imposición.

Servicios Intragrupo

En el caso peruano, a partir de la lectura del artículo 32 de la LIR, se puede concluir que, para efectos del IR, el valor asignado a los servicios entre partes vinculadas será el de mercado, y que dicho valor será establecido a partir de las normas de Precios de Transferencia que se especifican en el Artículo 32-A de la LIR. Este tratamiento es similar al que dicha norma señala, de manera genérica, para todo tipo de transacciones entre vinculadas.

Asimismo, el artículo 32-A de la LIR, en su inciso e), describe los distintos métodos a ser utilizados para los análisis de precios de transferencia, señalando de manera explícita que los métodos del PCNC, PR, CI, PU, y RPU se utilizan para determinar el valor de mercado de bienes y servicios en transacciones entre partes vinculadas.

En el caso del MMNT, se menciona de manera más genérica que se utiliza para determinar el valor de mercado de operaciones entre partes vinculadas, por lo que también incluye a los servicios intragrupo. Así, a nivel de la LIR, no se cuenta con un desarrollo diferenciado para servicios intragrupo, sino que los mismos son tratados de manera genérica, similar a cualquier tipo de transacción entre partes vinculadas.

Si se continúa profundizando el análisis, se observa que en el artículo 113 del Reglamento de la LIR, se encuentran algunas menciones relacionadas a operaciones de servicios intragrupo. Por ejemplo, sobre el MPCNC, se dice que “compatibiliza con prestaciones de servicios poco complejas”. Sobre el método del costo incrementado, se dice que este “compatibiliza con operaciones que agregan bajo riesgo a la operación principal”. Sobre el MMNT, se señala que cuando se use para analizar prestaciones de servicios, el ratio de análisis más apropiado será el de utilidades entre costos más gastos operativos. A partir de estas menciones, se puede interpretar que existiría una preferencia de la normativa interna hacia el uso de alguno de estos tres métodos, el del PCNC, el del costo incrementado, o el del MNT, para el análisis de los servicios intragrupo. Cabe notar, sin embargo, que no existe algún orden de prelación para la preferencia de aplicación de alguno de estos tres métodos.

Fuera de lo mencionado en los párrafos precedentes, la legislación interna en materia de precios de transferencia no contiene un desarrollo específico para la determinación del precio de transferencia en servicios intragrupo, y tampoco contiene un enfoque simplificado, tal y como el que propone la OCDE, para la determinación del valor en el caso de servicios intragrupo de bajo valor agregado, que consiste en considerar los costos relevantes para la prestación de servicios más un

margen de rentabilidad del 5%, sin necesidad de un análisis de comparables.

En cuanto a la práctica fiscal, se observa que la metodología más utilizada por las empresas para establecer el precio de transferencia para servicios intragrupo consiste en la estimación de los costos en los que incurre en la prestación de dicho servicio más un margen de utilidad de mercado sobre dichos costos. Esta metodología usualmente se lleva a cabo considerando los costos y gastos a nivel operativo, de manera que el método aplicado es el del MNT.

A nivel de jurisprudencia, en el Perú aún no se han observado casos en los que se muestre preferencia por algún método específico de precios de transferencia para el análisis del valor de mercado de ciertos servicios intragrupo.

Safeharbors

La legislación interna en materia de precios de transferencia en el Perú no contiene “safe harbors” para escenarios específicos.

5. ACCIÓN 13. DOCUMENTACIÓN.

Uno de los cambios más significativos introducidos por el Plan BEPS está referido a la introducción de nuevos estándares de documentación de precios de transferencia. Estas nuevas consideraciones implican que los Grupos Económicos Multinacionales revelen mayor información sobre sus operaciones a las administraciones fiscales. Para ello se han establecido tres niveles de documentación:

- 1) el **Master File**, que incluye información de alto nivel respecto del funcionamiento global del Grupo y de sus políticas globales de precios de transferencia. Asimismo se precisa que el Master File estaría a disposición de las administraciones tributarias de los países interesados.
- 2) el **Local File**, que contiene información y soporte de las transacciones intercompañía que el contribuyente local realiza con partes relacionadas. Esta documentación sería muy similar a los estudios de precios de transferencia que se preparan anualmente para el cumplimiento con el fisco.
- 3) el **C-b-C Report**, que recoge la información financiera clave de todos los miembros del Grupo. Este reporte debe presentarse en la jurisdicción donde se ubica la sociedad matriz última y se compartiría con otras jurisdicciones a través de mecanismos de intercambios de información.

Si bien a la fecha nuestro país no es miembro de la OCDE, existe una política de Estado de incorporarse como miembro en el mediano plazo. En este sentido,

existe un claro interés de la administración fiscal peruana de impulsar cambios progresivos en nuestra normativa de tal forma que recojan los nuevos requerimientos de documentación mencionados previamente, así como los modelos y formatos sugeridos por la OCDE, y con ello estar alineados con la nueva tendencia global en materia de documentación de precios de transferencia.

A fin de hacer exigible en nuestro país los tres niveles de documentación señalados, se esperaría cambios en la legislación del IR que entrarían en vigencia a partir del 2017 o del 2018. Adicionalmente de haber nuevos requerimientos de documentación en nuestra norma, los mismos deberían ir acompañados de modificaciones en el régimen de sanciones al incumplimiento de las obligaciones formales en materia de PT.

Es importante resaltar que estas modificaciones que podrían generarse en los aspectos de documentación implicarían cambios relevantes para los grupos económicos peruanos. Ello debido que al tener la nueva documentación un carácter global, se tendrá que revelar al Fisco información de todas las empresas que integran el grupo en todas las jurisdicciones donde tiene presencia. Ello conllevará la necesidad que tales grupos establezcan y monitoreen rigurosamente sus políticas de precios de transferencia desde una perspectiva global.

Es probable que se desarrollen nuevos sistemas o procesos para controlar y monitorear de forma anticipada los resultados de sus análisis de precios de transferencia sobre una base global. Adicionalmente, los grupos van a tener que asegurarse que el CBC Report, master file y local file provean información consistente entre sí sobre las operaciones globales y locales y su política de precios de transferencia.

Aun cuando la normativa peruana tome un tiempo en ser modificada, los grupos económicos peruanos que mantienen actividades o compañías holding en países que ya implementaron localmente cambios en su normativa, podrían verse obligados a cumplir con estos nuevos estándares de documentación.

Una sugerencia del Plan BEPS es el planteamiento de actualizar la búsqueda de comparables cada tres años en caso no haya un cambio de circunstancias, lo cual nos parece una buena práctica pues al no existir normativa al respecto algunas empresas realizaban una actualización de comparables cada año mientras que otras lo hacían cada dos o tres años. Realizarla anualmente pareciera no ser necesario dado el poco impacto que implica actualizar información cuando no hay cambios relevantes en las operaciones bajo análisis ni en las empresas comparables.

Es necesario enfatizar que, si bien la sugerencia del Plan BEPS, es actualizar la búsqueda de comparables cada tres años, la información financiera de las compañías comparables sí debe ser actualizada anualmente.

Por otro lado, uno de los temas que preocupa se refiere a la confidencialidad de la información, dado el carácter sensible respecto a la información requerida en el C-b-C Report. Al respecto, el artículo 85 del Código Tributario desarrolla el concepto de reserva tributaria. Este concepto dispone que la información proporcionada por el contribuyente a la Administración Tributaria tendrá carácter de información reservada, y únicamente podrá ser utilizada por ésta última para sus fines propios.

No obstante, el mencionado artículo del Código Tributario establece una serie de excepciones al principio de reserva tributaria, los cuales son de carácter taxativo. Dentro de dichas excepciones se encuentran, en líneas generales, las solicitudes de información realizadas por otras instituciones del Estado y la información reservada que, en cumplimiento de lo acordado en los CDI, se intercambie con las Administraciones Tributarias de otros países.

Cabe indicar que la obligación de mantener la reserva tributaria se extiende a quienes accedan a la información calificada como reservada en virtud al citado artículo.

Por lo expuesto, mientras toda información recabada por la SUNAT, en los términos del artículo 85 del Código Tributario, sea utilizada para sus fines inherentes, considerando las excepciones de la anotada norma, no se infringiría el principio de reserva tributaria.

Adicionalmente el intercambio de información fiscal que promueve estas iniciativas de documentación podría motivar la aplicación automática de las cláusulas de intercambio de información celebradas en los CDI que tenemos vigentes y también las celebraciones de nuevos CDI entre las administraciones tributarias. Al respecto no observamos alguna limitante, debido a que “la seguridad de la información que es objeto de intercambio goza de las garantías necesarias, en la medida que están dotadas de la protección bajo el principio de reserva tributaria, regulada en el artículo 85 del Código Tributario, en concordancia con la garantía constitucional de reserva tributaria prevista en la Constitución Política del Perú”.¹⁹

Uno de los temas que preocupa en relación a la adopción de los nuevos requerimientos de documentación, se refiere a los recursos adicionales que tendrían que disponer los contribuyentes para prepararse para estos nuevos estándares de cum-

¹⁹ VALDEZ, Patricia. “Los Acuerdo de Intercambio de Información Tributaria y su implementación en el Perú”. *Revista Derecho & Sociedad*. N° 43 / pp. 419-433. Pontificia Universidad Católica del Perú.

plimientos. Tal preparación podría significar destinar importantes recursos en la adopción de sistemas de información, recolección de data, validación, entre otros procesos necesario para cumplir con los nuevos requerimientos que involucran cuantiosa información respecto de la operación global, la cual antes no era provista a las administraciones fiscales.

En relación a ello, cabe mencionar que nuestra legislación no contiene restricción a la carga económica en materia de cumplimiento de obligaciones. Al respecto, los límites vienen dados por los Principios a la Potestad Tributaria recogidos en el artículo 74 de la Constitución Política del Estado: Principio de Reserva de Ley, Igualdad, Respeto a los Derechos Fundamentales y No Confiscatoriedad; tanto en el cumplimiento de las obligaciones sustanciales como formales.

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha dejado establecido²⁰ que la finalidad tributaria no se agota en la obligación sustantiva del pago sino que se extiende a otras obligaciones sucedáneas, tales como obligaciones de declaración o autoliquidación de tributos, de información en la fiscalización la responsabilidad solidaria de terceros vinculados al contribuyente por algún nexo económico o jurídico, e incluso deberes de colaboración con la Administración en la lucha contra la informalidad y la evasión fiscal, señalando que incluso en los casos en que se persiga una finalidad extrafiscal (como el de evitar la informalidad y evasión tributaria en los sistemas de deducciones y percepciones) deben observarse los principios constitucionales que rigen la potestad tributaria.

Adicionalmente, en el caso específico del Principio de No Confiscatoriedad la evaluación no podrá hacerse en abstracto sino que deberá evaluarse caso por caso la real afectación al patrimonio, tal es el criterio del Tribunal Constitucional.²¹

Por último, de acuerdo a lo sugerido por la OCDE, se esperaría que los nuevos requerimientos formales sean obligatorios para los Grupos Económicos que superen determinados límites de ingresos consolidados. En consecuencia, además de ser estos Grupos los contribuyentes más sensibles a la aplicación de las normas de BEPS, también podrían disponer de mayores recursos para el cumplimiento de los nuevos estándares de documentación.

Considerando la barrera de los 750 millones de Euros de los ingresos generados como grupo, la exigencia de preparación de C-b-C Report alcanzaría a aproximadamente a unos quince grupos económicos peruanos con operaciones en más de un país.

²⁰ STC 6089-2006-AA.

²¹ STC 2302-2003-AA/TC.

6. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

1. La introducción del Plan BEPS y las consiguientes modificaciones de las Directivas PT OCDE, representan una nueva tendencia global para la tributación internacional y, en particular, para la práctica de precios de transferencia toda vez que recoge nuevas consideraciones prácticas para la aplicación del principio de plena competencia.
2. Consideramos necesario que la norma peruana incorpore una definición clara y precisa del término intangible y las consideraciones para determinar la existencia del mismo en operaciones intragrupo (Acción 8).

Asimismo, sugerimos que se abra la posibilidad al uso de métodos como el PCNC u otros, cuando resulten aplicables, tal y como lo sugiere la OCDE. Asimismo, sugerimos se clarifique en qué casos y bajo qué condiciones es posible recurrir a otros métodos de valorización de intangibles.

3. Respecto a la asignación de riesgos y capital (Acción 9), que incluye la mayor relevancia de la conducta de las partes por encima de lo que pueda figurar en acuerdos contractuales, y que le otorga mayor preponderancia al método de PU, será de especial relevancia para que la práctica fiscal local consiga análisis más apropiados para el caso de transacciones complejas.
4. Respecto de otras transacciones de alto riesgo (Acción 10), consideramos relevante que se evalúe adecuar la aplicación local del sexto método a lo sugerido por la OCDE. Esto permitirá dotar de mayor certeza a las compañías sobre cómo establecer sus precios de transferencia, a la vez que permitirá alcanzar el objetivo de reducir la erosión de la base fiscal sin por ello generar doble imposición. Asimismo, consideramos que en el caso de servicios intragrupo, la normativa local debería lograr un mayor desarrollo tomando como base las sugerencias planteadas por la OCDE, tanto en lo que respecta a la definición de servicios intragrupo y la de servicios de bajo valor agregado, como en lo que corresponde al establecimiento de retribuciones de mercado por estos servicios.
5. En lo que respecta a los nuevos requerimientos en materia de documentación (Acción 13), estos representan un nuevo reto tanto para las administraciones fiscales como para los Grupos Económicos a los que les impacten estos nuevos requerimientos. Para que el esquema planteado por el Plan BEPS funcione en la práctica, es necesario que las normativas locales requieran los tres niveles de documentación sugeridos por la OCDE. Esto de seguro va a requerir cambios importantes en la legislación tributaria que permitan hacer una transición progresiva hacia el nuevo estándar.

Para los contribuyentes, estos cambios van a implicar un mayor esfuerzo e involucramiento de parte de los grupos económicos para poder hacer frente a estos requerimientos, lo cual podría generar cambios en sus procesos internos y en la disposición de mayores recursos para preparar los tres niveles de documentación de forma consistente y de carácter global.

6. El Perú debe iniciar el trabajo de adecuación de la normativa local a las principales sugerencias planteadas por el Plan BEPS.

7. BIBLIOGRAFÍA

Agencia Alemana de Cooperación Internacional (GIZ), International Tax Compact (ITC) y Centro Interamericano de Administraciones Tributarias (CIAT). (2013). *El Control de la Manipulación de los Precios de Transferencia en América Latina y el Caribe*. <<http://www10.iadb.org/intal/intalcdi/PE/2013/11896.pdf>>.

OCDE (2015). *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 – 2015 Final Reports*. OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264241244-en>>.

OECD (2015), *Transfer Pricing Documentation and Country-by-Country Reporting, Action 13 - 2015 Final Report*. OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264241480-en>>.

OECD (2010) OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations.

Perú. Código Tributario. Texto Único Ordenado aprobado por D.S. 135-99-EF y sus normas modificatorias.

Perú. Ley del Impuesto a la Renta. Texto Único Ordenado aprobado por D.S. 179-2004-EF y sus normas modificatorias.

Perú. Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta. Capítulo XIX. Aprobado, por D.S. 122-94-EF y sus normas modificatorias.

Perú. Resoluciones del Tribunal Fiscal. RTFs 21510-4-2012, 04717-1-2015, 03316-1-2015, 19029-3-2012, 05223-2-2014. <http://www.mef.gob.pe/contenidos/tribu_fisc/Tribunal_Fiscal>.

SUNAT (2010). El tratamiento de los precios de transferencia en el Perú. Presentación realizada en CIAT.

TALLEDO, César. (2009) La calificación económica del hecho imponible. Presentación realizada en el Instituto Peruano de Derecho Tributario IPDT.

VALDEZ LADRÓN DE GUEVARA, Patricia. (2015) “Los Acuerdos de Intercambio de Información Tributaria y su Implementación en el Perú”. *Revista Derecho & Sociedad*. N° 43 / pp. 419-433. Pontificia Universidad Católica del Perú.

Febrero, 2016

