

SHORT PAPER - TRIBUTOS E INCENTIVOS FISCALES

“PRECIOS DE TRANSFERENCIA EN PERÚ: Un evaluación desde el análisis económico del derecho a las nuevas tendencias”

Jhans Armando Panihuara Aragón
Pontificia Universidad Católica del Perú

La normativa de precios de transferencia ha evolucionado progresivamente en el ámbito latinoamericano, y en especial en el peruano. Muestra de ello es la progresiva implementación de medidas alineadas a la consecución de los objetivos del Informe de la OCDE sobre *Base Erosion and Profit Shifting* (BEPS) con su correspondiente Plan de Acción. Este Proyecto BEPS de 2013, como dice su introducción, “marca un punto de inflexión en la historia de la cooperación internacional en materia de tributación”. La emisión del Informe BEPS se enmarca en una creciente crisis de los métodos de comparabilidad, así como la legitimidad misma del ordenamiento sobre precios de transferencia; las cuales se derivan principalmente a cuestionamientos económicos respecto a su utilidad y transparencia. Por ello, un análisis económico de la normativa de precios de transferencia es de suma utilidad para contribuir al debate respecto a la pertinencia del actual régimen, así como los recientes cambios introducidos a nuestra normativa tributaria a partir del 01 de enero del presente año, y de los cambios vigentes para los ejercicios fiscales 2017 y 2018.

En este orden de ideas, se revisará en el presente trabajo tres aristas de la normativa actual de precios de transferencia: 1) la inclusión del *Local File, Country by Country Report* y *Master File*, 2) Las dificultades y propuestas en aplicación del método del Margen Neto Transaccional, y 3) La aplicación y cuestionamientos al sexto método.

1) Inclusión del *Local File, Country by Country Report* y *Master File* en la normativa peruana.

La inclusión (a partir de ejercicio fiscal 2016 y 2017) en la normativa tributaria del *Local File, Country by Country Report* y *Master File*, como instrumentos de supervisión de políticas de precios de transferencia por parte de la Administración Tributaria, marca un hito en el contexto

latinoamericano, dado que en la región¹ únicamente México² impone a la fecha dichas obligaciones. Sin duda, el mayor punto de referencia actual es la legislación española³, la cual contiene estas obligaciones a partir del ejercicio fiscal 2016. El detalle de estos documentos se encuentra especificados a partir de la Acción 13 del Plan BEPS.

La Acción 13 exhorta al desarrollo de normas relativas a la documentación sobre precios de transferencia para aumentar la transparencia hacia la administración tributaria. Las normas a desarrollar incluirán el requisito de que las empresas multinacionales suministren a todos los gobiernos pertinentes la información necesaria sobre la asignación y el reparto mundial de sus ingresos, la actividad económica y los impuestos pagados en los distintos países, aplicando un modelo común.

Se ha desarrollado un enfoque estandarizado⁴ en tres niveles en relación con la documentación sobre precios de transferencia:

- “Archivo Maestro” (Master File): Obligación empresa multinacional. Información completa y exhaustiva sobre las actividades económicas del Grupo, supone el acceso de todas las administraciones tributarias pertinentes.
- “Archivo Local” (Local File): Específico a cada país. Contiene detalle de las operaciones con las vinculadas.
- “Informe país por país”(Country by Country Report): Se declara la cuantía de los ingresos y los beneficios antes del impuesto la cuantía de los ingresos y los beneficios antes del impuesto sobre sociedades. Se presenta en la jurisdicción de la sociedad matriz última de la multinacional.

¹ La Declaración Jurada N° 1907 pide informar las transacciones realizadas de forma específica con aquellas partes consideradas relacionadas. La Autoridad Fiscal Chilena ha venido informando la intención de converger hacia los estándares establecidos por la OCDE sobre la materia para el año 2017. Por ello, se está analizando la posibilidad de modificar la actual DJ 1907 para de esta forma incorporar el *country by country report* en ella o emitir una nueva declaración jurada. Por último, se está evaluando la obligación de incorporar la entrega de un Master file, quedando solo la duda sobre si el mecanismo requeriría la modificación de la norma sobre Precios de Transferencia.

² Implementación México- Artículo 76-A. Ley de Impuesto Sobre la Renta

³ Implementación España- Real Decreto 634/2015

⁴La OCDE ha señalado que es obligatorio que los países que participen en el proyecto BEPS vigilen la implementación de estos nuevos estándares y que, asimismo, reexaminen el cumplimiento y efectividad de las tres nuevas piezas antes de finalizar el año 2020. En este sentido, la OCDE ha recomendado que los primeros informes país por país presentados comiencen en o con posterioridad al 1 de enero de 2016. Tal exigencia resultará de lo establecido a nivel nacional por la legislación interna de los países de residencia de las empresas matrices.

A partir del diseño y exigencias de cada uno de estos documentos podemos señalar las siguientes críticas. La primera es referente a la disponibilidad de información para la elaboración de estos tres documentos. Es recurrente en la práctica de precios de transferencia, la falta de cooperación de las matrices a fin de proporcionar la información necesaria para aplicar los métodos de precios de transferencia idóneos para una determinada transacción. Ello obedece principalmente al carácter sensible de la información solicitada, la cual puede versar sobre operaciones intra-grupo o al costo base de los productos principales de su giro de negocio. En este escenario, desde la perspectiva de la matriz, es económicamente más eficiente indicarle a su subsidiaria que pague el ajuste correspondiente por precios de transferencia, pues el riesgo potencial que se filtre información sensible resulta más costoso para la transnacional y sus operaciones a nivel mundial.

Bajo esta lógica es que se explica la tendencia a nivel latinoamericano de predilección por los métodos basados en utilidades que los basados en transacciones, pues aquellos se concentran únicamente en el resultado operativo de la operación o de la transacción analizada, y los últimos precisan necesariamente de información directa de la transacción a analizarse (costos, gastos y todo concepto referente al cálculo de la utilidad obtenida). Como es evidente, este problema se solucionaría en caso la matriz tenga residencia en el país que solicita la información, sin embargo ello es muy poco frecuente en nuestra región. Por ello la segunda crítica va ligada a que en el caso peruano, y también en muchas jurisdicciones latinoamericanas, existen muy pocas matrices de transnacionales a las cuales pueda solicitarse directamente la información necesaria para el cumplimiento de estas obligaciones. En este orden de ideas, las exigencias de estos tres documentos pecan de una gran falta de técnica legislativa, pues no toma en cuenta la posición de los contribuyentes en el grupo transnacional al que pertenecen, ni tampoco la práctica de la aplicación de los métodos de precios de transferencia.

Por tanto, desde una perspectiva económica, la inclusión de la obligaciones de presentación de los documentos *Local File*, *Country by Country Report* y *Master File*, resulta ineficiente, pues es muy probable que los contribuyentes opten por el incumplimiento de estos reportes (y las multas que ello implica), antes que de cumplir los fines que buscan dichos documentos.

2) Las dificultades y propuestas en aplicación del método del Margen Neto Transaccional.

En la práctica diaria de precios de transferencia se constata las siguientes dificultades: insuficiencia de empresas comparables en las bases de datos de uso internacional, la aplicación de periodos de ejercicios fiscales para el ajuste de precios de transferencia, y el cuestionamiento de la negativa de la Administración Tributaria de aceptar el uso de empresas comparables en pérdida para la aplicación de dicho método. Estas dificultades son aprovechadas principalmente por la Administración Tributaria, la cual solicita altos niveles de comparabilidad sin tomar en cuenta la insuficiencia de información para realizar el análisis. Por ejemplo, es usual en la práctica peruana recurrir a comparables provenientes de países asiáticos, pues las bases de datos utilizadas (principalmente OSIRIS), se concentran en países de esa región. Distinto es el caso de la jurisdicción brasileña, la cual elabora sus propias bases de datos y siguen estándares diferentes para el análisis de comparabilidad⁵; por lo cual, no sufren de este problema. Otro caso es la discusión respecto al análisis de periodos fiscales (tres años, como referencia), o el análisis de un solo ejercicio fiscal. La problemática se concentra en definir si los resultados de un ejercicio puede reflejar fielmente el desenvolvimiento del negocio, o si por el contrario una muestra de los últimos tres años sería más representativa de la realidad del sector en el que se desenvuelve la empresa.

En relación a esta crítica, a nivel interno de la Administración Tributaria peruana, se ha propuesto que para efectos de análisis de comparabilidad se utilice periodos de tres años, y para determinar ajustes únicamente resultados del ejercicio fiscal bajo análisis. Consideramos esta solución conveniente, dado que el objetivo de los métodos de precios de transferencia es alcanzar la mayor comparabilidad posible, y un periodo de tres años económicamente sí constituye un referente, pues engloba los giros que el sector pudo sufrir en un periodo de tiempo que no es arbitrario. Por otro lado, restringir el cálculo del ajuste a un periodo fiscal también es adecuado, pues ello es un tema de índole tributario que escapa al análisis de comparabilidad.

Un tema aparte constituye la aceptación por los fiscalizadores tributarios del uso de los comparables en pérdida para efectos de comparabilidad. Si bien esta constituye una regla implícita por parte de la Administración Tributaria, ello no tiene sustento en ninguna norma

⁵ En la región, el caso brasileño es el único que no busca el cumplimiento del principio de plena competencia. Este último se define como la exigencia de pactar transacciones entre partes vinculadas (cada legislación define sus criterios de vinculación), bajo los mismos términos en que se hubiera pactado entre partes independientes.

nacional ni tampoco en los Lineamientos de la OCDE, los cuales por el contrario sí aceptan el uso de comparables en pérdida. El contribuyente, al menos en el caso peruano, sabe de primera mano que el sector en el que se desenvuelve se encuentra en pérdida, pues existen ciertos factores exógenos que afectan por igual a todos los operadores comerciales (como los efectos de un desastre natural, o una crisis económica a nivel global como la ocurrida en el año 2008). Por ello, se produce una situación de desventaja entre los contribuyentes y la Administración Tributaria. Por un lado, los primeros deben de tributar como si hubieran obtenido ganancias a pesar que en todo su sector se haya incurrido en pérdidas, sin la posibilidad de usar comparables en pérdida que reflejen esta situación. Por otro, la segunda tiene información privilegiada de todos los contribuyentes del sector, y puede constatar fácilmente si el sector en conjunto se encuentra en pérdida o no; y en caso lo estuviera, puede exigir al contribuyente tributar como si hubiera obtenido utilidades cuando en realidad no obtuvo ninguna. Una práctica de este tipo resulta ineficiente e incluso confiscatoria, pues no permite un adecuado análisis de comparabilidad y empodera a la Administración Tributaria para cometer abusos en el cálculo de ajustes.

Como respuesta a las críticas, tanto de contribuyentes como de especialistas en el área, la Administración Tributaria propuso (de manera interna) el uso de comparables provenientes de países que compartieran el mismo contexto de la operación analizada. Un ejemplo de ello es el análisis de la venta de anchoveta en el caso peruano. Con el objetivo de encontrar comparables relacionados a esta transacción, se propone concentrarse en países cuya actividad predominante sea la pesca, (por lo cual el contexto global del negocio se reflejaría claramente) y también en aquellos cuyo tamaño en economía sea similar al Perú (medido por el Producto Bruto Interno). Con la conjunción de estos dos elementos, la Administración Tributaria busca en su concepto garantizar una comparabilidad justa de acorde a la realidad del mercado y del sector analizado. Sin embargo, esta solución también incurre en la primera deficiencia de éste método, que es la ausencia de comparables en las bases de datos. Como señalamos anteriormente, en la práctica de precios de transferencia, es común el uso de comparables provenientes de países asiáticos por la completa falta de información de comparables en la región, por lo cual resulta irreal solicitar el uso de comparables de economías similares y acordes a la actividad económica analizada, las cuales en principio pertenecerían al espectro latinoamericano. Por tanto, esta propuesta de solución no obedece a un análisis práctico y peca de ineficiente, pues no existe la posibilidad material de cumplir con los estándares propuestos ni de recurrir a comparables en pérdida de ser necesario. Ello sin duda afecta al análisis de comparabilidad, por lo cual la finalidad de los métodos de precios de transferencia también se resulta mermada.

3) La aplicación y cuestionamientos al sexto método.

Entre las muchas cuestiones que suscitan las peculiaridades de los precios de transferencia en Latinoamérica, destaca la singularidad del llamado sexto método para *commodities*, que desde sus inicios responde a una finalidad anti-elusiva más que a un criterio de reparto de bases imponibles de empresas multinacionales. Muchos son los interrogantes que plantea el sexto método, empezando por la propia cuestión de si es un verdadero método, ya que no está sistematizado ni estandarizado ni es uniforme. En el caso peruano, por ejemplo, la regulación de este método se encuentra como un caso especial del Precio Comparable No Controlado, el cual es el método de análisis directo por excelencia. Sin embargo, en la práctica, aún quedan muchas dudas por responder, como por ejemplo qué se entiende por *commodities*, qué mercados de referencia se pueden tomar para fijar el precio, qué bases de datos se pueden utilizar, o si es posible dejar de lado este método cuándo la realidad de la operación no se refleje en el contrato pactado.

Un ejemplo breve de la aplicación de éste método nos ayudará a entender sus dificultades en el caso peruano. Asumamos que la empresa A y la empresa B son propiedad en su integridad de una misma persona, la cual llamaremos X, y que la empresa B se encuentra domiciliada en una jurisdicción distinta a la de A, desde la cual realiza sus operaciones. En cualquier jurisdicción del mundo no cabe duda que A y B son empresas relacionadas, ello debido a que comparten en un 100% un mismo propietario. Ahora bien, supongamos que A le vende a B media tonelada de concentrados de oro, los cuales compra de productores mineros locales de su país de residencia y los traslada a B que es un no domiciliado al país de residencia de A. Como A únicamente realiza operaciones con B sin duda no tiene operaciones con terceros que le sirvan de guía o modelo para saber cómo es que pactaría en condiciones normales con dichos terceros. En este escenario, A decide usar como referencia los precios pactados en un mercado en el que cotizan precios internacionales, tal como pueden ser las bolsas internacionales de cotización, vale decir, las bolsas de valores de Chicago o de Nueva York, o inclusive la bolsa de valores de Londres. En este orden de ideas, al día que se realiza el contrato de venta A utiliza el precio al que se cotizaba el oro en una de dichas bolsas y decide pactar a ese mismo precio. De esta manera, la transacción efectivamente se realiza incluyendo ajustes de precios por transporte y temporalidad, seguros utilizados, ajuste numérico de la diferencia entre mineral concentrado y mineral refinado y todas las implicancias de negociación de una operación de este tipo, las cuales pueden verse graficada en el siguiente esquema:

operaciones, pero los contribuyentes tienen a su disposición el acceso a bases de datos adaptados a su realidad, como es para el caso de *commodities* como el café, principalmente. La regulación actual del sexto método en la legislación peruana es ineficiente a todas luces, pues carece de elementos concretos en la práctica para su operatividad. Este contexto beneficia únicamente a la Administración Tributaria, la cual, al igual que en el caso de la aplicación del método del Margen Neto Transaccional, se empodera en razón de estos elementos para cometer arbitrariedades en sus fiscalizaciones.

Para concluir, debemos señalar que las críticas realizadas en el presente trabajo se fundamentan en un cuestionamiento de las facultades que le otorga el actual régimen de precios de transferencia a la Administración Tributaria, las cuales pueden derivar en arbitrariedades ineficientes para el correcto desenvolvimiento del mercado. Un análisis de este tipo es de suma relevancia actualmente, dado que las multas y ajustes por precios de transferencia representan los mayores montos que pueden cobrarse en materia tributaria, las cuales pueden tener incidencia en materia de comercio como de inversiones.