

Universidad de Lima
Escuela de Posgrado
Maestría en Tributación y Política Fiscal



APLICACIÓN DE LA TASA ADICIONAL POR DISPOSICIÓN INDIRECTA DE RENTA EN AJUSTES SECUNDARIOS DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA

Trabajo de investigación para optar el Grado Académico de Maestro en
Tributación y Política Fiscal

Eveling Amparo Morales Robles

Código 20187081

Lourdes Cecilia Rojas Mayorca

Código 20187068

Nathalia Belen Rubio Puertas

Código 20187069

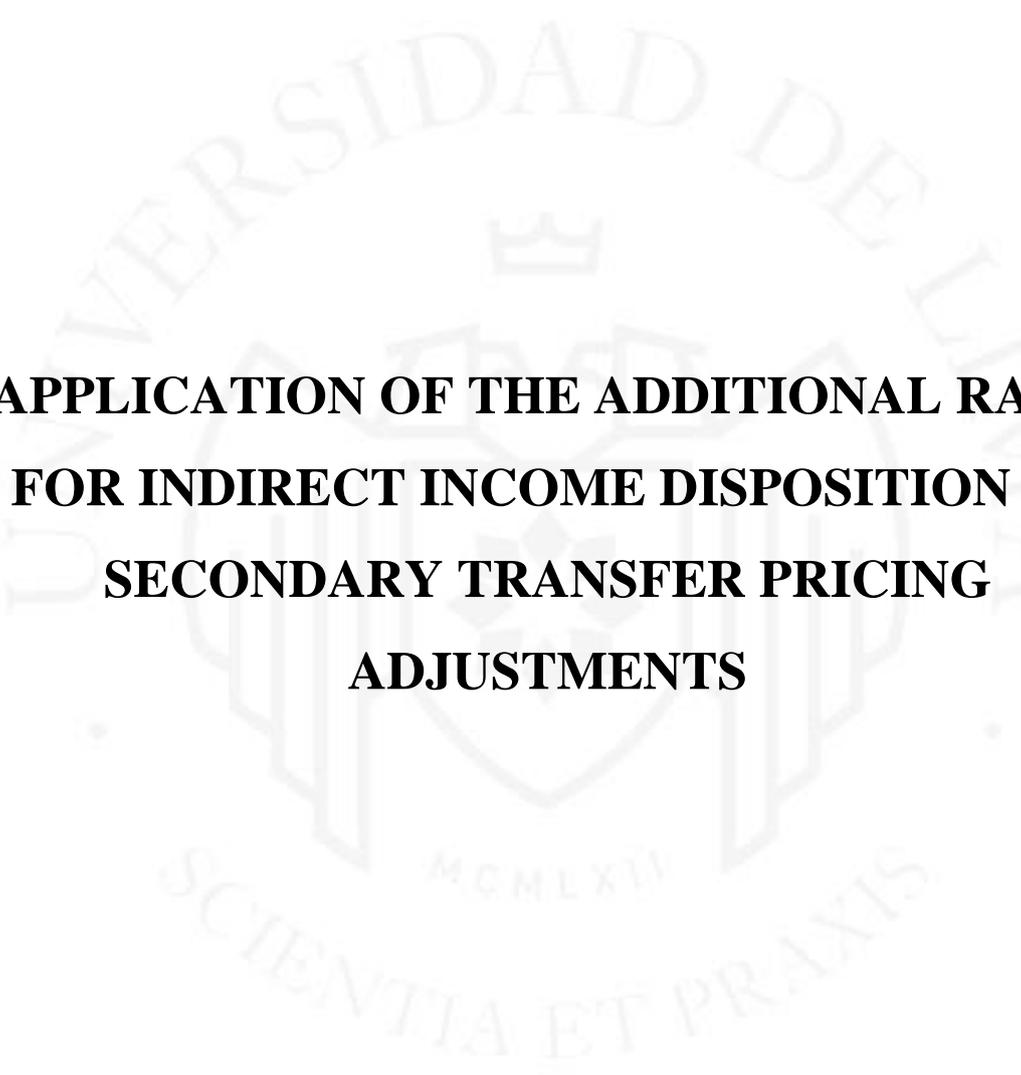
Asesor

Silvia María Muñoz Salgado

Lima – Perú

Febrero 2023





**APPLICATION OF THE ADDITIONAL RATE
FOR INDIRECT INCOME DISPOSITION IN
SECONDARY TRANSFER PRICING
ADJUSTMENTS**

DEDICATORIA

A mis padres y hermanos, por su amor y apoyo constante; por ser ejemplo y a la vez mi motivación para la consecución de cada una de las metas trazadas.

A mi equipo, a quienes agradezco su invaluable contribución a mi crecimiento personal y profesional.

Eveling Morales Robles

A mis padres, Lourdes y Walter, y mis sobrinas Micaela y Arlyn, por acompañarme en cada paso que doy en la búsqueda de ser mejor persona y profesional.

A Nilton, por brindarme su apoyo moral y motivarme a seguir hacia adelante.

A mis amigas Eve y Nathy, por ser la mejor compañía de esta aventura.

Cecilia Rojas Mayorca

A Dios, por darme salud y fortaleza.

A Oscar, Techy y Andreita, mis padres y hermanita, por demostrarme día a día su amor incondicional.

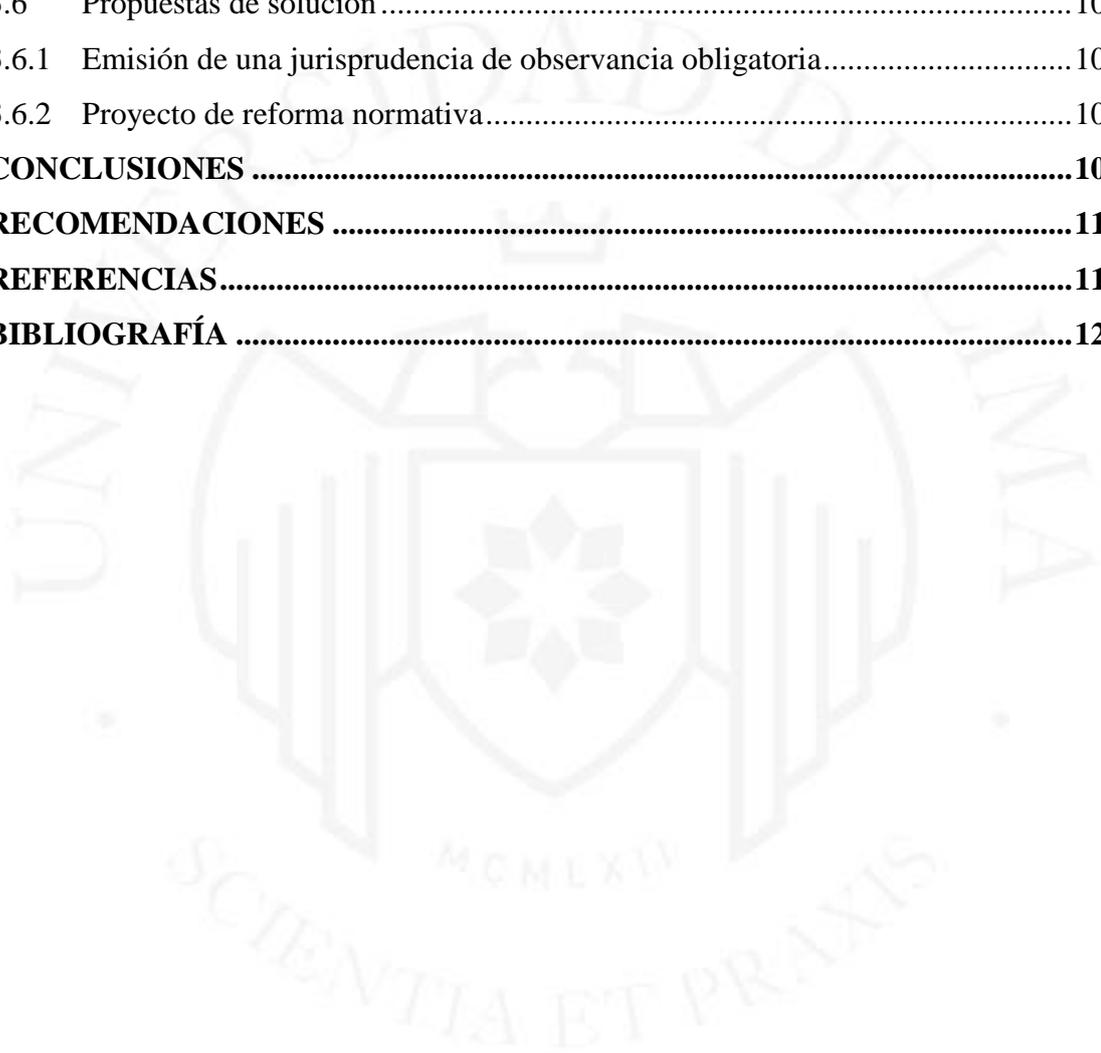
A Ceci y Eve, queridas amigas, por su perseverancia y dedicación para realizar el presente trabajo de investigación.

Nathalia Rubio Puertas

TABLA DE CONTENIDO

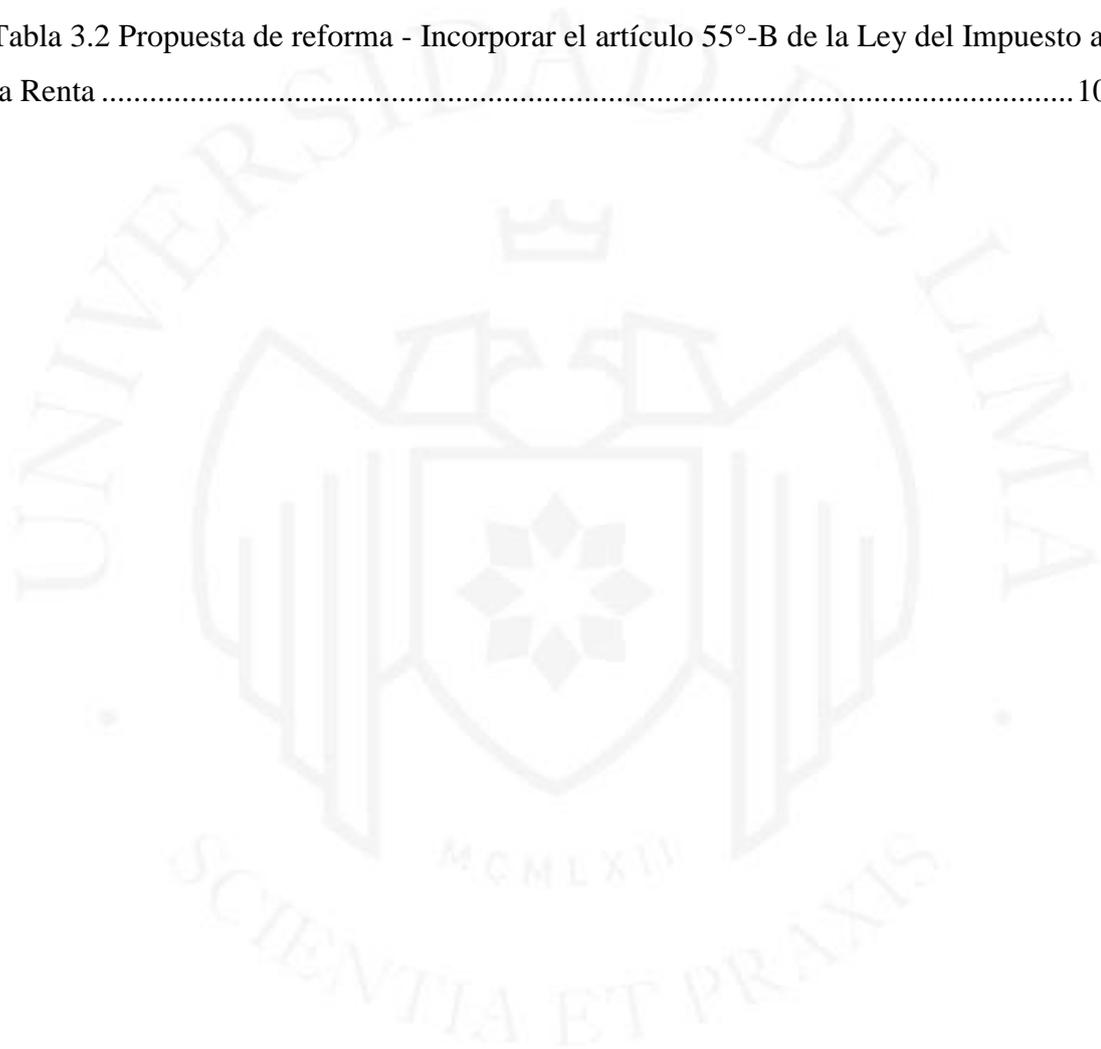
RESUMEN	ix
ABSTRACT.....	x
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I: AJUSTE SECUNDARIO DE NORMAS DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA	2
1.1 Los precios de transferencia y su finalidad	2
1.1 Ajustes de precios de transferencia	4
1.1.1 Ajuste primario	5
1.1.2 Ajustes correspondiente o correlativo	6
1.1.3 Ajuste secundario	8
CAPÍTULO II: AJUSTE SECUNDARIO DE NORMAS DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA Y EN LA LEGISLACIÓN PERUANA.....	23
2.1 Legislación comparada	23
2.1.1 América	23
2.1.2 Europa	35
2.1.3 Asia	55
2.2 Legislación peruana	61
2.2.1 Los precios de transferencia en la legislación peruana	61
2.2.2 Ajustes de precios de transferencia	63
CAPÍTULO III: ANÁLISIS DEL AJUSTE SECUNDARIO EN EL PERÚ, PROBLEMÁTICA Y PROPUESTA DE SOLUCIÓN	67
3.1 Constitucionalidad del ajuste secundario	67
3.1.1 Enjuiciamiento bajo el principio de capacidad contributiva	67
3.1.2 Análisis bajo el principio de reserva de ley. Extralimitación reglamentaria	69
3.2 Legalidad del ajuste secundario	72
3.2.1 Análisis bajo el principio de jerarquía normativa	72
3.3 Procedencia de la aplicación del ajuste secundario	76
3.3.1 Gastos que significan “disposición indirecta de renta no susceptible de posterior control tributario”	78

3.3.2	Sumas cargadas a gastos	84
3.3.3	Ingresos no declarados	85
3.4	Automaticidad en la aplicación del ajuste secundario	92
3.5	El ajuste secundario en la jurisprudencia nacional	95
3.5.1	Sobrevaluación de costos y/o gastos	95
3.5.2	Subvaluación de ingresos	97
3.5.3	Declaración jurada rectificatoria y posterior control tributario	99
3.6	Propuestas de solución	101
3.6.1	Emisión de una jurisprudencia de observancia obligatoria.....	102
3.6.2	Proyecto de reforma normativa.....	106
	CONCLUSIONES	109
	RECOMENDACIONES	113
	REFERENCIAS.....	114
	BIBLIOGRAFÍA	122



ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 2.1 Resumen del artículo 18.11 LIS 2014	53
Tabla 2.2 Plazo para la Repatriación de Fondos.....	59
Tabla 3.1 Propuesta de reforma - Incorporar el artículo 32°-B de la Ley del Impuesto a la Renta	107
Tabla 3.2 Propuesta de reforma - Incorporar el artículo 55°-B de la Ley del Impuesto a la Renta	107



ÍNDICE DE FIGURAS

Figura 2.1 Ajustes primario y correlativo	26
Figura 2.3 Ajustes de conformidad y secundario	26
Figura 3.1 Escenario de gastos sobrevaluados por la matriz peruana	87
Figura 3.2 Escenario de costos (gastos) subvaluados por la subsidiaria peruana.....	88
Figura 3.3 Escenario de gastos sobrevaluados por la subsidiaria peruana	90
Figura 3.4 Escenario de ingresos subvaluados por la subsidiaria peruana	91



RESUMEN

El presente trabajo de investigación analiza la problemática entorno a la regulación del ajuste secundario de precios de transferencia en la legislación peruana. El problema central reside en que esta se ha llevado a cabo de forma deficiente, toda vez que no guarda coherencia con el ordenamiento jurídico peruano al trasgredir los principios de capacidad contributiva, reserva de ley y jerarquía normativa; siendo, además, que aun cuando se considerara que la normativa supera tales cuestionamientos, el análisis efectuado nos permite establecer que la aplicación del mencionado ajuste bajo su configuración actual, esto es, la forma de dividendo presunto, resulta improcedente por cuanto en una operación controlada no se verifica una disposición indirecta de renta.

Atendiendo que, hasta la fecha, la controversia suscitada por la aplicación del referido ajuste por parte de la Administración Tributaria no ha sido resuelta, se ofrecen propuestas de solución con el objeto de que se brinde seguridad jurídica y se reduzca la litigiosidad tributaria.

Palabras clave: Impuesto a la Renta, precios de transferencia, ajustes de precios de transferencia, ajuste secundario, Tasa adicional del Impuesto a la Renta, dividendo presunto.

ABSTRACT

This research paper analyzes the problems related to the regulation of the secondary transfer pricing adjustment in Peruvian legislation. The main problem is that this adjustment has been carried out in a deficient manner, since it is not consistent with the Peruvian legal system by transgressing the principles of contributive capacity, legal reservation, and normative hierarchy. Furthermore, even if it were considered that the regulation overcomes such questions, the analysis carried out allows us to establish that the application of the aforementioned adjustment under its current configuration- that is, the form of presumed dividend, is inappropriate because in a controlled operation an indirect disposition of income is not verified.

In view of the fact that, to date, the controversy raised by the application of the referred adjustment by the Tax Administration has not been resolved, proposals for a solution are offered in order to provide legal certainty and reduce tax litigation.

Keywords: Income Tax, transfer pricing, transfer pricing adjustments, secondary adjustment, branch profits tax, constructive dividends.

INTRODUCCIÓN

Constituye el objeto del presente trabajo de investigación el estudio de la figura del ajuste secundario en la normativa de precios de transferencia peruana, para tal efecto analizaremos el concepto del ajuste secundario, su finalidad y modalidades de aplicación; revisaremos cómo se configura y ejecuta el referido ajuste en la legislación comparada y, por último, procederemos a identificar sus deficiencias, evaluar la viabilidad de su aplicación, y a ofrecer una propuesta de solución.

Para lograr nuestro objetivo, hemos dividido el presente trabajo en tres capítulos:

En el primer capítulo desarrollaremos los alcances generales en torno a los precios de transferencia y la finalidad que persigue, así como los ajustes de precios de transferencia según la doctrina, haciendo énfasis en el ajuste secundario y sus modalidades de aplicación.

En el segundo capítulo describiremos el tratamiento tributario del ajuste secundario en la legislación comparada de América, Europa y Asia, así como en la legislación peruana.

En el tercer capítulo analizaremos el régimen peruano del ajuste secundario a la luz de los principios de capacidad contributiva, reserva de ley y jerarquía normativa, y evaluaremos la procedencia de la aplicación del mencionado ajuste según su configuración atendiendo a la normatividad vigente. Asimismo, en este capítulo revisaremos la actuación de la Administración Tributaria y los pronunciamientos del Tribunal Fiscal respecto del citado ajuste, y ofreceremos nuestra propuesta de solución frente a la problemática planteada.

Finalmente, expresaremos nuestras conclusiones y recomendaciones respecto del ajuste secundario en la legislación peruana.

CAPÍTULO I: AJUSTE SECUNDARIO DE NORMAS DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA

1.1 Los precios de transferencia y su finalidad

Los precios de transferencia nacen en el contexto actual de internacionalización del mundo empresarial, como consecuencia de la existencia de empresas multinacionales que desarrollan operaciones en países que poseen diferentes regímenes fiscales. Esta diversidad de sistemas fiscales supone un desafío para las autoridades tributarias de los países involucrados.

Los precios fijados en operaciones realizadas entre partes vinculadas pueden diferir de los que resultan entre empresas independientes, dicha diferencia de valoración puede responder a una estrategia empresarial para favorecer la entrada en nuevos mercados, conseguir cierto posicionamiento, reducir el beneficio generado en países políticamente inestables, etc.

Sobre el particular, se tiene que la Tercera Sala en lo Contencioso del Tribunal Supremo del Poder Judicial Español en su Sentencia STS 184/2007 de fecha 10 de enero de 2007, ha señalado lo siguiente:

En términos generales, existe precio de transferencia cuando en la relación económica existente entre dos entidades vinculadas se fija un precio distinto, superior o inferior, a aquel que se habría acordado entre dos sociedades independientes. (p. 6)

Al respecto, la fiscalidad de los precios de transferencia se fundamenta en el principio de plena competencia o *arm's length principle*. Según Navarro Ibarrola (2016), dicho principio “determina la necesidad de modificar la valoración de operaciones efectuadas con entidades vinculadas de tal forma que en la base imponible de la entidad bajo análisis se incluyan los beneficios que hubiese obtenido de no haber mediado tal relación” (p. 5).

El referido autor agrega que:

El ajuste se calcula comparando el precio o márgenes que ha obtenido la entidad con los que una parte independiente hubiese logrado en condiciones idénticas o muy similares, de forma que el análisis de las condiciones de la operación definirá el grado de identidad entre la operación original y el comparable de referencia. (Navarro Ibarrola, 2016, p. 5)

En ese sentido, el principio de plena competencia se vale de una ficción, según la cual “a efectos tributarios, la valoración de las operaciones efectuadas entre partes vinculadas se equiparará a aquella que partes independientes hubiesen acordado en circunstancias similares. El resultado de aplicar este principio no es una renta ficta, ni presunta ni imputada, generará una renta de la misma fuente que la original, pero incrementando o disminuyendo su valor” (S. Muñoz Salgado, comunicación personal, 2021).

Debe precisarse que, la concepción del principio antes mencionado, cuyo origen se remonta al Proyecto del Convenio sobre Atribuciones de Utilidades y de la Propiedad de Empresas Internacionales de la Sociedad de las Naciones de 1933 (Hamaekers, 2001; Petruzzi et al., 2019), ha sido plasmada en las Directrices aplicables en materia de precios de transferencia a empresas multinacionales y administraciones tributarias de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (en adelante, Directrices de la OCDE) publicadas con anterioridad al 2017, en las que se le reconocía como estándar vinculante para el análisis de precios de transferencia a los términos contractuales y las condiciones escritas de una relación comercial.

Sin embargo, a partir del Plan BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*) impulsado por la OCDE, se establece un nuevo alcance sobre el principio de plena competencia, según el cual los acuerdos contractuales entre partes vinculadas ya no serán el elemento central del análisis de precios de transferencia, sino que ahora, el análisis de las funciones, riesgos asumidos y control ejercido en base a la realidad, determinarán si un contrato cumple el principio de plena competencia. Esta nueva aproximación fue recogida en las Directrices de la OCDE publicadas en 2017, cuyo texto en inglés se ha mantenido en la versión del 2022.

Ahora bien, los precios de transferencia en el mundo califican como la modalidad por excelencia que propician/facilitan la elusión y evasión fiscal. Al respecto, Suárez Mosquera (2007) destaca la importancia de las reglas de valor de mercado como puntos

de partida para la fijación de la base imponible impositiva al señalar que “Los impuestos modernos, directos e indirectos, se basan en una sincera determinación de los precios de las operaciones por parte de los sujetos pasivos, precios que son punto de partida para determinar las bases imponibles de todos ellos. Si éstos se manipulan, la consecuencia es que el impuesto funciona mal” (p. 150).

Es así como las reglas de valor de mercado buscan que los precios, contraprestaciones o márgenes asignados por las partes a las operaciones que realizan, sean (para efectos tributarios) los que imperan en el mercado abierto, pues de su determinación, depende la correcta cuantificación de la base imponible del Impuesto a la Renta.

En ese sentido, se tiene que la normativa de precios de transferencia se encamina justamente a crear elementos suficientes para verificar si las operaciones con efectos tributarios han sido celebradas en términos de mercado o de libre competencia. En otras palabras, una regulación de esta naturaleza permitiría constatar si los precios de bienes y servicios, tasas de interés en casos de préstamos, entre otras operaciones, corresponden al mercado interno y externo y no están siendo utilizados para menoscabar la recaudación tributaria; y, en caso de que se distorsionen, se cuente con elementos que permitan regular o sancionar un efecto nocivo en el comportamiento comercial.

1.1 Ajustes de precios de transferencia

Conforme a la autonomía de la voluntad de las partes, principio básico que rige la relación contractual entre las partes, éstas pueden fijar sus precios con independencia de si para efectos tributarios dichas contraprestaciones pueden o no corresponder al principio de plena competencia.

En esa línea, en el supuesto que se advierta que el precio pactado en una operación entre partes vinculadas se encuentra por debajo o encima del rango de libre competencia, el contribuyente podría realizar un ajuste con la finalidad de adecuar dicho precio y colocarse dentro del rango intercuartil de libre competencia; sin embargo, debe precisarse que la aplicación de los ajustes de precios de transferencia no implica que deba modificarse los términos contractuales ni el registro contable de la operación.

En tal sentido, los ajustes de valor de mercado (incluyendo los de precios de transferencia) se definen como recomposiciones del valor asignado por las partes para

revertir- para efectos tributarios – el valor asignado contractualmente por su efecto nocivo en la recaudación fiscal. Estos ajustes no suponen modificar los acuerdos adoptados por las partes ni la contabilidad (tema del valor razonable) (S. Muñoz Salgado, comunicación personal, 2019).

En el marco de las transacciones sujetas a precios de transferencia, tal como se señala en las Guías de Precios de Transferencia de 2017, algunos países autorizan a los contribuyentes a realizar un ajuste compensatorio, entendido como aquel que les permite declarar, con fines tributarios, un precio de transferencia que estimen conforme con el precio de plena competencia para una operación vinculada, aun si este precio es diferente del efectivamente cargado entre las dos empresas asociadas, debiendo precisarse que dicho ajuste se realiza antes de presentar la declaración tributaria (OCDE, 2017/2018, p. 210).

De otro lado, se tiene que ante el riesgo de que se erosionen bases imponibles con valoraciones interesadas o artificiales de las operaciones vinculadas, las legislaciones de algunos países autorizan a sus Administraciones Tributarias a realizar “ajustes” al valor de las operaciones, a fin de que guarde correspondencia con el precio que se hubiera acordado dentro de un mercado de libre competencia.

En aras de conseguir dicho objetivo, tras un procedimiento de fiscalización, las Administraciones Tributarias pueden efectuar tres tipos de ajustes al valor de las operaciones realizadas entre partes vinculadas: el ajuste primario, el ajuste correlativo y el ajuste secundario.

1.1.1 Ajuste primario

De acuerdo con el Glosario de las Directrices de la OCDE (2017/2018), cuyo texto en inglés se ha mantenido en la versión del 2022, este es definido como:

Ajuste de los beneficios imponibles de una sociedad realizado por una Administración Tributaria de una primera jurisdicción, en virtud de la aplicación del principio de plena competencia, a operaciones en las que participa una empresa asociada de una segunda administración tributaria (p. 28).

Por su parte, Petruzzi et al. (2019), señalan que cuando se determina que una transacción intragrupo no se ajusta al principio de plena competencia, las administraciones tributarias pueden ajustar las ganancias imponibles que se generan por

dicha transacción para llevarlas al nivel de las ganancias imponibles en condiciones de plena competencia. Este ajuste, denominado "ajuste primario", debe encontrar su base jurídica en la legislación nacional de precios de transferencia de un país y no está limitado por la aplicación de ningún tratado de doble imposición que incorpore el artículo 9 (1) de conformidad con la Modelos OCDE y la ONU (p. 27).

Según Rendón (2011), "generalmente, un ajuste primario existe cuando una autoridad fiscal determina que los ingresos o deducciones de un contribuyente no fueron establecidos de acuerdo con el principio de *arm's length*, como resultado de una auditoría fiscal en materia de precios de transferencia" (p. 69).

En ese sentido, el ajuste primario es efectuado por la Administración Tributaria tras verificar que la operación examinada no se ajusta al principio de plena competencia, situación que la habilita a recomponer el aspecto mensurable de la obligación tributaria observando para tal efecto la legislación doméstica.

1.1.2 Ajustes correspondiente o correlativo

Según Peterson y Horner (1996), el ajuste correspondiente es un ajuste a la obligación tributaria realizado por el Estado B que refleje y resulte consistente con un ajuste primario de precios de transferencia realizado por el Estado A.

Asimismo, señalan que este ajuste tiene por finalidad eliminar la posible doble imposición económica que surge cuando se realiza un ajuste de precios de transferencia; motivo por el cual, afirman que generalmente se lleva a cabo solo cuando el ajuste primario, si el Estado B lo reconoce, daría como resultado una disminución en las ganancias imponibles y, por lo tanto, una disminución en la obligación tributaria, para una empresa asociada en ese segundo país (Peterson & Horner, 1996, p. 7).

Añaden que dicho ajuste está contemplado específicamente, aunque no por su nombre en muchos tratados tributarios bilaterales entre países desarrollados; precisan que la mayoría de las disposiciones de los tratados sobre este tema siguen la forma del artículo 9 (2) del Modelo de Convenio de OCDE (Peterson & Horner, 1996, p. 3).

Con relación al ajuste correlativo, tales autores afirman que, en determinadas circunstancias, los beneficios imponibles y la obligación fiscal de la empresa del Estado B pueden ser relevantes para la obligación fiscal de la empresa del Estado A. En esos

casos, el Estado A puede realizar el referido ajuste a la cantidad que reconoce como utilidades y/o impuestos pagados por la empresa del Estado B.

Agregan que este disminuiría las ganancias imponibles o la obligación tributaria de la empresa estatal B de una manera que refleje y sea consistente con el ajuste primario; por lo que, resulta similar al ajuste correspondiente en el Estado B, no obstante, a diferencia de este último no se encuentra condicionado a que se realice un ajuste por parte del Estado B. Asimismo, detallan que comúnmente este se realiza cuando la matriz de una empresa se encuentra en el Estado A, mientras que la sucursal se ubica en el Estado B, así como que este se relaciona con el crédito por impuestos extranjeros indirectos (Peterson & Horner, 1996, p. 10).

Por su parte, en el Glosario y en el lineamiento 4.32 de las Directrices de la OCDE (2017/2018, 2022), se indica que, el ajuste correlativo (*corresponding adjustment / ajustement corrélatif*) se encuentra descrito en el artículo 9 (2) del Modelo de Convenio para evitar la doble imposición y lo define como aquel ajuste de la deuda tributaria de la empresa asociada establecida en una segunda jurisdicción fiscal, practicado por la administración tributaria de esa jurisdicción, de modo que la asignación de utilidades entre las dos jurisdicciones sea consistente con el ajuste primario y no se genere un escenario de doble imposición.

De otro lado, en el Glosario del United Nations Practical Manual on Transfer Pricing for Developing Countries (2013), se señala lo siguiente:

Correlative Adjustment See Corresponding Adjustment.

Corresponding Adjustment An adjustment made to the profits of an associated enterprise by the tax authority in a second jurisdiction, corresponding to a primary adjustment made by the tax authority in the first jurisdiction, so that the allocation of profits of the group by the two jurisdictions is consistent. (p. 482)

Sobre el particular, Petruzzi et al. (2019), manifiestan que un ajuste primario generará una doble imposición económica (en el caso de transacciones entre dos empresas relacionadas) o una doble imposición jurídica (en el caso de transacciones entre una casa matriz y su establecimiento permanente); por lo tanto, una vez que la administración tributaria de un país haya efectuado el ajuste primario a las ganancias imponibles de su contribuyente, la administración tributaria del segundo país deberá consecuentemente reducir las ganancias imponibles de su contribuyente a fin de eliminar

dicha doble imposición. Este ajuste se denomina correspondiente y debe encontrar su base jurídica en la legislación nacional de precios de transferencia de un país o en cualquier tratado de doble imposición existente que incorpore el artículo 9 (2) y/o el artículo 25 de acuerdo con los Modelos OCDE y ONU (p. 27).

Precisan que dicho ajuste puede efectuarse recalculando las ganancias imponibles usando el precio revisado en el primer país (el más comúnmente usado) o dejando que el cálculo permanezca y otorgando al contribuyente una desgravación contra sus propios impuestos que fueron pagados por el impuesto adicional como consecuencia del ajuste primario (Petruzzi et al., 2019, p. 27).

Villegas Aldazosa (2010) asegura que dicho ajuste no procederá en los términos descritos en el artículo 9.2 del aludido Modelo OCDE en el supuesto que el importe del ajuste primario fuese considerado excesivo por el Estado donde reside la otra parte de la transacción (p. 58).

En ese sentido, se tiene que a la fecha, la definición del término ajuste correlativo ha sido asimilada al de ajuste correspondiente y, en consecuencia, debe entenderse por tal aquel efectuado por la Administración Tributaria perteneciente al segundo Estado en el que reside la otra parte relacionada con la cual se realizó la transacción cuestionada, a fin de disminuir la renta gravable obtenida en correspondencia al incremento producido en la base imponible de la parte residente en el primer Estado como consecuencia de la aplicación del ajuste primario, con el objeto de evitar la doble imposición.

1.1.3 Ajuste secundario

a) Definición y finalidad del ajuste secundario

Los ajustes de corrección valorativa, esto es, los ajustes primario y correlativo alteran la atribución de beneficios modificando así la base imponible de cada parte interviniente en una transacción controlada; sin embargo, no otorgan una explicación al exceso de renta que se aprecia en la contabilidad de una de las partes tras la aplicación del ajuste primario, en comparación con aquella renta que hubiera obtenido si la transacción se hubiera realizado en condiciones de plena competencia.

Ante ello, surge como una herramienta el ajuste secundario, el cual es definido por el Glosario de las Directrices de la OCDE (2017/2018, 2022), como aquel que resulta de la aplicación de un impuesto a una operación secundaria entendida esta última como una construcción teórica a la que proceden determinados países en virtud de su legislación interna, después de haber propuesto un ajuste primario, a fin de realizar una asignación efectiva de los beneficios compatible con este ajuste primario.

Asimismo, conforme el lineamiento 4.68 de las Directrices de la OCDE (2017/2018), cuyo texto en inglés se ha mantenido en la versión del 2022, se tiene que:

Para que la asignación efectiva de los beneficios sea conforme con el ajuste primario de los precios de transferencia, algunos países, habiendo propuesto un ajuste, asumen la existencia de una operación presunta (operación secundaria), en la cual el exceso de beneficio resultante del ajuste primario se trata como si se hubiese transferido de alguna otra forma y se grava en consecuencia.

En consecuencia, los ajustes secundarios intentan subsanar la diferencia entre los beneficios imponibles ajustados y los inicialmente contabilizados. La sujeción al impuesto de una operación secundaria genera un ajuste secundario del precio de transferencia. Así, los ajustes secundarios pueden servir para prevenir la evasión fiscal. (p. 223)

Al respecto, Sala Galvañ (2003), considera que:

Los ajustes secundarios son aquellos ajustes que parten del resultado contable generado tras la realización de la operación vinculada y pretenden gravar todas las operaciones vinculadas que hubiera tenido que llevar a cabo el sujeto pasivo, de actuar en condiciones de mercado, para generar la situación patrimonial que actualmente refleja su contabilidad tras el precio de transferencia no acordado “arm’s length”. (Como se cita en Ferrer Vidal, 2014, p. 388)

Asimismo, Petruzzi et al. (2019) afirman que un ajuste primario en un país puede desencadenar no sólo un ajuste correspondiente en el segundo país, sino también un ajuste secundario en el primer país. De hecho, un ajuste primario implica una

evaluación de los beneficios fiscales adicionales en el primer país que da como resultado una desalineación entre las ganancias reales (es decir, las ganancias que se muestran en los estados financieros) y las ganancias fiscales.

Agregan que, con el objeto de equilibrar esta desalineación, las legislaciones de algunos países podrían reconocer la existencia de una transacción constructiva en la que los beneficios excedentes que resultan del ajuste primario se consideran transferidos del contribuyente fiscalizado en alguna otra forma y consecuentemente gravados. Añaden que tales transacciones constructivas pueden tomar la forma de dividendos, aporte de capital o préstamos implícitos, los cuales darán lugar a la recaudación de impuestos vía retención respecto de los dividendos e intereses asociados por parte del país que realice el ajuste primario (Petruzzi et al., 2019, pp. 28-29).

De otro lado, Calderón Carrero y Martín Jiménez (2009), sostienen que:

Los ajustes secundarios se originan o plantean en el marco de un ajuste primario de las operaciones realizadas por dos personas o entidades vinculadas, a efectos de aplicar el tratamiento fiscal correspondiente a las diferencias entre la base imponible que ha sido objeto de ajuste (valorativo) y el resultado o beneficio contable que figura en los libros que registraron la operación tal y como se realizó y contabilizó originariamente.

La cuestión de los ajustes secundarios se plantea normalmente en relación con la calificación fiscal del exceso de renta que figura en la contabilidad de una entidad vinculada en relación con la que se considera que procedería haberse obtenido y pagado en condiciones de plena competencia de acuerdo con el ajuste primario realizado por las autoridades fiscales de un determinado país. Por tanto, el ajuste secundario procedería realizarlo eventualmente únicamente sobre la persona o entidad vinculada que ha recibido un beneficio en exceso de acuerdo con lo establecido en un ajuste primario realizado por una administración tributaria. (p. 39)

Además, López-Hermoso Agius (2010), señala que:

En definitiva, con el ajuste secundario se trata de recalificar, desde el punto de vista exclusivamente fiscal, el exceso de renta que figura en la contabilidad de una entidad vinculada en relación con la que se considera

que hubiera procedido de haberse realizado en condiciones de mercado, de acuerdo con el ajuste primario realizado por la Administración Tributaria. Parece evidente, por tanto, que para que proceda la aplicación de un ajuste secundario debe necesariamente existir una diferencia entre la base imponible atribuible a las personas vinculadas de acuerdo con un ajuste primario y el flujo financiero derivado de la operación vinculada originariamente realizada. O, dicho de otra manera, el ajuste secundario requiere previamente de un ajuste primario, de forma tal que tras dicho ajuste exista una diferencia entre el resultado contable y la base imponible; de ahí que la finalidad del ajuste secundario es adecuar la tributación a la situación patrimonial de las personas o entidades vinculadas tras el precio de transferencia. (p. 736)

Por su parte, González Carcedo (2016), sostiene que:

El ajuste primario y, en su caso, el ajuste bilateral, correspondiente o correlativo, consiguen que la operación se registre por su valor y que, en consecuencia, el beneficio tribute en sede de quien realmente lo obtiene. Sin embargo, no consiguen recomponer la situación que se hubiera dado si la operación se hubiera hecho originariamente por su valor de mercado. Esto es así porque el exceso (o defecto, según se mire, de valoración) ha generado una alteración patrimonial, un trasvase patrimonial entre los vinculados al que no afectan los ajustes que hemos visto. Precisamente, no para anularlo, sino para contemplar las consecuencias fiscales que deban derivarse de la existencia de esa diferencia, es para lo que la norma establece el llamado ajuste secundario. (p. 515)

De lo expuesto, se tiene que a través de los ajustes primario y correspondiente o correlativo se logra adecuar la valoración convenida por las partes al valor de mercado; no obstante, dichos ajustes no consiguen reestablecer la situación patrimonial que debería existir si la operación se hubiese pactado originariamente en condiciones de plena competencia; en ese sentido, surge el ajuste secundario con el objeto de asignarle un tratamiento fiscal al exceso de renta generado como consecuencia del ajuste primario, para lo cual supone la existencia de una operación secundaria, dando a lugar a un nuevo

hecho imponible. Dicho gravamen sólo se encontraría justificado en tanto se evidencie rentas que hubieran sido desplazadas o transferidas a la otra parte vinculada.

b) La naturaleza jurídica del ajuste secundario

Preliminarmente, sobre la normativa de precios de transferencia, debe indicarse que Jens Wittendorf (2010):

Considera que un régimen de precios de transferencia usualmente está compuesto por tres subgrupos de disposiciones: (i) disposiciones sustantivas de asignación de ingresos entre empresas asociadas; (ii) disposiciones de cumplimiento que comprenden normas sobre obligaciones de mantenimiento de registros contables, obligaciones de reporte, de información y documentación, cooperación internacional, intercambio de información, penalidades, inversión de la carga de la prueba, determinaciones estimativas y extensión de periodos de fiscalización; y, (iii) disposiciones procedimentales que pueden comprender reglas sobre acuerdos anticipados de precios, reglas de litigios y similares (Como se cita en Durán Rojo y Nina Nina, 2018, pp. 318-319).

En ese sentido, podemos afirmar que el régimen de precios de transferencia, específicamente, las disposiciones sustantivas de asignación de ingresos no crean un supuesto de renta, sino que se reducen a fijar la valoración de la operación realizada entre partes vinculadas, la cual se encuentra prevista como un hecho imponible, cuando esta no coincida con el valor de mercado.

No obstante, tal como se indicó precedentemente, la finalidad del ajuste secundario, que forma parte de las normas de precios de transferencia, es adecuar la tributación a la situación patrimonial de las partes vinculadas tras el precio de transferencia; para tal efecto, supone la existencia de una operación secundaria (construcción teórica) que explica el desplazamiento del exceso de renta, lo que deriva en la creación de un nuevo hecho imponible.

Ahora bien, para establecer la naturaleza jurídica del ajuste secundario, consideramos imprescindible tratar brevemente sobre las normas antielusivas específicas.

Al respecto, Sampaio Nogueira (2016) refiere que las normas antielusivas se tratan de “comandos autorizadores dirigidos a la Administración Tributaria para reconstituir los elementos de la obligación tributaria a partir de la constatación práctica de los actos que caracterizan la ocultación del hecho imponible o la naturaleza de los elementos constitutivos de la obligación tributaria” (p. 124). Dicho autor agrega que estas son el género conformado por las normas antielusivas específicas y la norma general antielusión (Sampaio Nogueira, 2016, p. 125).

Sobre el particular, Rajmilovich (2014) señala que:

Las normas antiabuso específicas (SAARs por sus siglas en inglés: “specific antiavoidance rules”) son reglas domésticas que operan teniendo en miras un objeto específico (“targeted”), sea una forma de conducta o un impuesto y/o aspectos determinados.

Las SAARs ... pueden tener por objeto calificar ciertos hechos o su atribución, o fijar reglas de derecho para determinar el encuadre de determinadas transacciones o estructuras con el propósito de proteger la equidad, consistencia o coherencia interna del sistema tributario. (pp. 125-126)

Por su parte, Taveira Torres (2008) indica que las normas antielusivas específicas no son disposiciones que estén destinadas a combatir la elusión exclusivamente, sino que son “formas de tipificación de los actos o negocios sujetos a efectos elusivos que buscan alcanzar el respectivo control, al amparo del principio de legalidad, de manera preventiva, las cuales, anticipándose, sirven para cerrar los espacios de elusión” (Como se cita en Anguita Oyarzún, C., 2017, p. 61).

Asimismo, Casanova-Regis Albi (2019) sostiene que las cláusulas antielusivas específicas, a diferencia de la cláusula general, constituyen nuevas hipótesis de incidencia que crean nuevos supuestos gravados con los impuestos y, en consecuencia, lo que hacen las cláusulas antielusivas específicas es establecer nuevas conductas sujetas a gravamen o sujetas a impuestos.

Por su parte, García Novoa (2005) señala que “estas cláusulas antielusivas específicas pueden adquirir preferentemente la forma de presunciones o ficciones

legales, también pueden existir bajo la forma de hechos complementarios” (Como se cita en Lizárraga Ibáñez, 2018, p. 463).

En ese sentido, teniendo en cuenta el concepto doctrinario del ajuste secundario y su finalidad, así como lo esbozado con relación a las normas antielusivas específicas, somos de la opinión que el ajuste secundario es una medida antielusiva, dada su capacidad para calificar operaciones, para efectos tributarios, y garantizar la correcta atribución y determinación de las rentas en cada parte vinculada.

c) La ficción jurídica y el ajuste secundario

Como cuestión previa, debe recordarse que la hipótesis de incidencia tributaria cuenta con cinco aspectos, estos son, el material, el cuantitativo, el personal, el temporal y el espacial; asimismo, conviene tener presente que el empleo de ficciones jurídicas puede advertirse tanto en los aspectos de la hipótesis de incidencia (material, personal, espacial o territorial) como en los elementos de la consecuencia normativa (base imponible) (Bravo Cucci, 2018, p. 261).

Al respecto, es pertinente indicar que según Pérez de Ayala (1969), la ficción jurídica es una creación del legislador que pertenece a la categoría de las proposiciones normativas incompletas, constituyendo una valoración jurídica contenida en un precepto legal, en virtud de la cual se atribuyen efectos jurídicos a uno o más supuestos de hecho, violentando o ignorando su naturaleza real; agrega que el legislador atribuye a ciertos hechos o realidades sociales, efectos jurídicos que no serían posibles en ausencia de la ficción (Como se cita en Hernández Berenguel, 1985, pp. 35-36).

De otra parte, respecto al ajuste secundario, Sala Galvañ (2003) sostiene que:

Hay que reconocer que, al corregir a través del ajuste primario una operación vinculada establecida a precios anormales de mercado y extender el valor normal de mercado correspondiente a la operación vinculada declarada a efectos fiscales, se determina la base imponible de la empresa vinculada transferente, pero no se consigue gravar la situación patrimonial que ha provocado el precio de transferencia «not at arm's length». Y ello, porque lo cierto es que ese exceso de beneficios sigue en manos de la

empresa vinculada a la que se transfiere. Y si una empresa vinculada hubiera operado en condiciones normales de mercado para obtener tal resultado (transferir ese exceso de beneficios a otra empresa vinculada), hubiera llevado a cabo otra operación (aportación de capital, préstamos, reparto de dividendos...) que también merece ser gravada. (p. 295).

Asimismo, González Carcedo (2016) refiere que la norma fiscal que prevé el ajuste secundario funciona de una forma lógica que se puede resumir en tres pasos: i) Compruebo el valor de mercado de la operación declarada; ii) Constató la existencia de una diferencia entre dicho valor y el precio convenido, lo que evidencia un desplazamiento patrimonial hacia una de las partes por el monto del exceso; y, iii) Califico fiscalmente el exceso para que se deriven las consecuencias fiscales pertinentes (p. 522).

Por su parte, Calderón Carrero y Martín Jiménez (2009) sostienen que el ajuste secundario es una ficción legal, que presume que el exceso de tesorería con el que termina una de las partes vinculadas tras la realización de ajustes primarios y bilaterales debe tener una cierta calificación (v.gr. dividendo, aportación de capital, préstamo). La ficción, como puede observarse, afecta única y exclusivamente a los excesos de tesorería, no a la operación vinculada considerada en su totalidad (p. 91).

Según López-Hermoso Agius (2010), dicho ajuste puede dar lugar a un nuevo hecho imponible derivado de operaciones presuntas o ficticias, construidas a nivel legal, pero que obviamente sólo estarían justificados en la medida en que gravaran rentas reales que hubieran sido desplazadas o transferidas (pp.736-737).

En el mismo sentido, Bullen (2011) señala que los ajustes secundarios implican la imputación de una renta realmente transferida del contribuyente examinado a la parte relacionada, no la imputación de una transferencia hipotética de renta (p. 240).

Por tanto, tal como se ha venido desarrollando en este trabajo, a través de la norma que regula el ajuste secundario se crea un nuevo hecho imponible, toda vez que mediante dicha figura se grava el exceso de renta evidenciado tras la aplicación del ajuste primario, para lo cual se recurre a una ficción jurídica. Esto último se aprecia cuando a fin de darle una explicación al aludido exceso se

supone la existencia de una operación secundaria a la que se atribuye la obtención de dicha renta.

Al respecto, si bien el ajuste secundario encierra una ficción jurídica consistente en considerar la existencia de una operación secundaria para efectos de gravar el exceso de renta generado como consecuencia de la aplicación del ajuste primario; el uso de dicha institución jurídica no convierte al exceso de renta en una renta inexistente, pues es innegable que este se encuentra en poder de una de las partes contratantes, debiendo reiterarse que sólo se trata de un medio para atribuirle efectos jurídicos.

d) Modalidades de ajuste secundario

Actualmente, no existe uniformidad en la regulación del ajuste secundario, de hecho, sólo algunos países prevén en sus normas internas dicha figura jurídica, aunque con diferentes matices.

Sobre el particular, se observa que, en los lineamientos 4.70 a 4.73 de las Directrices de la OCDE (2017/2018), se indica que ciertos países rechazan los ajustes secundarios debido a las dificultades técnicas o prácticas en su aplicación, o porque su legislación interna no les autoriza; asimismo, se reconoce que pueden generar doble imposición, a menos que el otro país otorgue un crédito, o cualquier otra forma de desgravación, por el impuesto adicional que resulte del ajuste secundario. En esa línea, en los mencionados lineamientos la OCDE sugiere que las administraciones tributarias reduzcan al mínimo su imposición, salvo cuando se verifique la intención de evitar la retención en la fuente (pp. 224-225). Debe precisarse que, en la versión de las Directrices de la OCDE editadas el 2022, las referencias a “país” han sido sustituidas por “jurisdicción”.

Asimismo, dicha organización en su lineamiento 4.71, cuyo texto en inglés se ha mantenido en la versión del 2022 refiere que “los Comentarios al párrafo 2 del artículo 9 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE precisan que el artículo no trata de los ajustes secundarios y que, en consecuencia, ni prohíbe ni obliga a las administraciones tributarias a efectuarlos” (OCDE, 2017/2018, p. 224). De igual forma, señala que algunos países podrían rehusar la concesión de una

desgravación con respecto a los ajustes secundarios efectuados por otros países, teniendo en cuenta que el aludido artículo 9 no les obliga a hacerlo.

Sin perjuicio de lo expuesto, tal como se apreciará en el capítulo siguiente, aun cuando no existe consenso sobre la regulación del ajuste secundario, esto es, desde su ámbito de aplicación hasta los efectos impositivos; se tiene que las modalidades de ajuste secundario más frecuentes son la de dividendos presuntos o constructivos, aportaciones presuntas, o de préstamos presuntos.

- **Dividendo**

Esta modalidad de ajuste secundario supone que, si una filial realiza una operación vinculada con su matriz, por ejemplo, le vende bienes con precio inferior al de mercado o le compra bienes con precios superiores al de mercado, y como consecuencia de ello, se origina una transferencia de beneficios de filial a matriz y se aplicará un ajuste primario que evidenciará un exceso de beneficios a favor de la matriz que será calificado fiscalmente como una distribución encubierta de dividendos (Calderón Carrero & Martín Jiménez, 2009, p. 48).

No obstante, dado la referida modalidad no otorga una explicación sobre el excedente de utilidad, resultante del ajuste primario, entre sociedades que no mantienen un vínculo directo como ocurre con las sociedades hermanas con matriz común, surge la teoría de los dividendos triangulares.

Sobre el particular, Ferrer Vidal (2014) señala que:

La teoría de los dividendos triangulares trata igualmente de conciliar la contabilidad con la fiscalidad, entendiendo que una de las dos filiales ha repartido dividendos a la sociedad matriz, y posteriormente la sociedad matriz ha efectuado una aportación de capital a la otra sociedad filial, explicando así la diferencia de fondos que residía en esta segunda filial receptora de la aportación (p. 392).

Cabe anotar que, en el lineamiento 4.72 de las Directrices de la OCDE (2017/2018), cuyo texto en inglés se ha mantenido en la versión del 2022, dicha organización manifiesta que algunos países rechazan los ajustes secundarios por las dificultades prácticas que presentan, tal como se detalla a continuación:

Si se efectúa un ajuste primario entre dos sociedades con una relación paralela dentro del organigrama del grupo, el ajuste secundario puede producir la distribución en cadena de un dividendo teórico por una de estas sociedades hasta la sociedad matriz común, seguida de aportaciones presuntas de fondos propios en sentido inverso por la cadena de propiedad hasta la otra sociedad que interviene en la operación. Se podrían construir teóricamente un gran número de operaciones, planteando interrogantes sobre si en otros países deberían desencadenarse consecuencias tributarias más allá de las que se relacionan con la operación para la que se efectuó el ajuste primario (p. 224).

Además, se tiene que otra problemática que resultaría de la aplicación de esta forma de ajuste secundario se evidencia en el caso siguiente:

No resulta apropiado considerar a los accionistas minoritarios, que no son parte de las operaciones vinculadas y que, en consecuencia, no han recibido un exceso de pagos, como beneficiarios de un dividendo presunto, aun cuando un dividendo no proporcional pueda considerarse incompatible con las disposiciones aplicables del derecho de sociedades. Además, como resultado de la interacción con el sistema de crédito por impuesto extranjero, un ajuste secundario puede reducir excesivamente la carga fiscal global del grupo multinacional (OCDE, 2017/2018, pp. 224-225).

- **Aporte de capital**

Cuando la matriz realiza una operación vinculada con su filial –venta de bienes o prestación de servicios a precios inferiores a los normales de mercado, o le compra bienes a precios superiores a los de mercado–, y la administración tributaria realiza un ajuste primario positivo en su base imponible (en la matriz), también podrá tratar fiscalmente tal transferencia de beneficios como una aportación encubierta de capital de la matriz a la filial (Calderón Carrero & Martín Jiménez, 2009, p. 49).

El reconocimiento de un aporte de capital no genera el pago de impuestos, a diferencia de lo que ocurre en las modalidades de dividendo y préstamo presuntos, que originan la obligación de retener; siendo, además, su consecuencia más próxima la modificación del valor patrimonial y del porcentaje de participación del socio quien ostente el exceso de renta.

El inconveniente subyace al intentar aplicar una figura de aporte de capital cuando la relación societaria filial-matriz no existe, por lo que, aun cuando se observe una ventaja al no ocasionar tributación alguna, el hecho de que sea inconcebible su adopción en otros supuestos como relaciones hermanas (filial-filial), transacciones con paraísos fiscales o regímenes especiales (en el caso peruano) limita su posibilidad de incorporación.

Asimismo, no debemos obviar el efecto que conlleva el reconocimiento del aporte de capital por parte de un socio respecto a los demás socios que no han participado de la transacción. Al respecto, Ferrer Vidal (2014) señala lo siguiente:

Pretender contabilizar la operación híbrida y que ello no afecte a terceros puede no ser posible. No existe una contabilidad que sólo afecte a uno de los socios, de manera que si la sociedad registra una distribución de dividendos sus reservas disminuirán y ello afectará irremediabilmente al valor teórico contable de las participaciones de los otros socios. Lo mismo sucede con la aportación de fondos propios. Un solo socio no puede aportar fondos sin que ello no afecte al resto; y aunque se crea una clase especial de acciones para este socio se necesitaría el consentimiento del órgano de Administración y su aprobación por la Junta General. Ni qué decir tiene su impacto en el porcentaje de participación (p. 503).

Por lo expuesto, podemos señalar que tanto las figuras de dividendo y aporte de capital cuentan con diversas dificultades, siendo principalmente, el no poder explicar coherentemente los excesos de renta en operaciones en las que no se verifique una relación societaria.

- **Préstamo**

Con el objetivo de evitar las dificultades generadas por las modalidades antes expuestas, algunos países como Estados Unidos y Alemania han desarrollado otra propuesta que busca afrontar el problema que se suscita cuando los excesos de renta resultan de operaciones entre entidades que no están unidas por una relación societaria (sociedades hermanas).

De esta manera, se otorgará el tratamiento fiscal al exceso de beneficios evidenciado tras la aplicación del ajuste primario como un préstamo, surgiendo la obligación de reembolsar aquel, esto es, el capital y su potencial interés.

Al respecto, las Directrices de la OCDE (2017/2018), en su lineamiento 4.69, cuyo texto en inglés se ha mantenido en la versión del 2022, señalan lo siguiente respecto de la técnica del préstamo presunto:

Otro ejemplo en el que una administración tributaria asumiría la existencia de una operación secundaria puede ser aquél en el que la administración tributaria que efectúa el ajuste primario trata el exceso de beneficio como un préstamo presunto de una empresa asociada a otra empresa asociada. En este caso se entendería que surge la obligación de reembolsar el préstamo. La administración tributaria que efectúa el ajuste primario puede entonces intentar aplicar el principio de plena competencia a esta operación secundaria, a los efectos de imputar un tipo de interés de plena competencia. En términos generales, es necesario estudiar el tipo de interés que va aplicarse, la fecha a la que deben vincularse los pagos de intereses, en su caso, y si los intereses deben capitalizarse. El criterio del préstamo presunto puede incidir no solamente sobre el año al que se refiere el ajuste primario, sino también sobre los años posteriores hasta la fecha en la que la administración tributaria que defiende el ajuste secundario considere reembolsado el préstamo presunto (pp. 222-223).

Sobre el particular, podríamos afirmar que la aplicación de esta propuesta tiene como principal desventaja la generación de intereses cuyo importe debe calcularse respetando el principio de *arm's length*. En ese sentido, bajo esta modalidad surge una nueva operación con la única finalidad de solucionar la diferencia de precios que ha originado la operación sujeta a precios de transferencia.

Además, el devengo de intereses genera otro inconveniente, el de la retención, el cual se agrava cuando estamos frente a una operación entre un residente y un no domiciliado; de hecho, más allá del conflicto sobre la posible recuperación de la retención sufrida, el otro Estado implicado en la transacción, podría no reconocer la operación secundaria, de forma que en el caso del préstamo no se admitiría la deducción del gasto financiero, lo cual sí generaría una doble imposición.

Por otro lado, en cuanto a las ventajas que trae consigo la aplicación de esta técnica, consideramos que la más importante es que puede dar respuesta a todas las operaciones sujetas a las normas de precios de transferencia, cualquiera sea la

vinculación existente entre las partes intervinientes (no sólo a la relación socio-sociedad) o inclusive cuando no exista esta. Además, la figura del préstamo presunto no genera incongruencias como: (i) el reparto de un dividendo no proporcional (en la medida en que sólo se repartiría a un único socio, esto es, el socio que ha realizado la operación vinculada y que ostenta el excedente de fondos); o (ii) una aportación efectuada por un único socio sin alterar ni el valor ni el porcentaje de la participación del resto de socios.

- **Repatriación del exceso de fondos**

Ante las dificultades que se suscitan tras la adopción de las formas de ajuste secundario antes mencionadas, surge como alternativa la repatriación la cual consiste en revertir de forma efectiva los fondos, de manera que las cuentas de las partes participantes se acomoden a la intención económica del ajuste primario.

Al respecto, en el Lineamiento 4.74 de las Directrices de la OCDE (2017/2018), cuyo texto en inglés se ha mantenido en la versión del 2022, se señala que:

La repatriación podría efectuarse constituyendo una cuenta por cobrar, o reclasificando otras transferencias, por ejemplo, los pagos de dividendos cuando el ajuste se efectúa entre una sociedad matriz y su filial, como el pago de un precio de transferencia adicional (cuando el precio inicial fuese demasiado bajo) o como el reembolso de una parte del precio de transferencia (cuando el precio inicial fuese demasiado elevado) (p. 225).

Así tenemos que, la restitución patrimonial se plantea como una alternativa a fin de evitar los efectos colaterales que supone la aplicación del ajuste secundario en sus diversas modalidades, considerando que entre sus principales ventajas tenemos que permite brindar un tratamiento homogéneo a todas las operaciones sujetas a precios de transferencia independientemente de los agentes participantes, así como se evitan los problemas de doble imposición generados en la calificación fiscal de la renta subyacente, al no tener que recurrir a operaciones constructivas.

Aquello se verificará en el siguiente capítulo donde analizaremos diversas legislaciones, dado que muchos países ofrecen, alternativamente, un procedimiento facultativo que implica la posibilidad de no efectuar el ajuste secundario. A modo de ejemplo, tenemos la normatividad surcoreana, india y

española que plantean lo que comúnmente se conoce como la restitución patrimonial. Esta alternativa se encuentra inspirada en el *relief procedure* de la regulación norteamericana.



CAPÍTULO II: AJUSTE SECUNDARIO DE NORMAS DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA Y EN LA LEGISLACIÓN PERUANA

2.1 Legislación comparada

En este capítulo abordaremos el tratamiento fiscal otorgado al exceso de renta que queda en poder de la contraparte como resultado de la aplicación del ajuste primario en el Derecho Comparado. Tras nuestra investigación, advertimos que no son muchos los países que han optado por incorporar el ajuste secundario en su ordenamiento jurídico.

En el presente trabajo describiremos las legislaciones de Estados Unidos, Francia, Alemania, Austria, España, Corea del Sur, India e Italia, países que además de pertenecer a la OCDE, cuentan con vasta experiencia en cuanto a ajustes de precios de transferencia se refiere.

Asimismo, hemos considerado la legislación brasilera, la cual recientemente ha sido modificada para adecuarla al principio de plena competencia aplicado por la OCDE y que, en línea con ello, ha insertado a su sistema el ajuste secundario.

2.1.1 América

a) Estados Unidos

Estados Unidos es quizás uno de los mayores referentes en cuanto al análisis de los precios de transferencias. La Section 482 del Internal Revenue Code (IRC), norma americana básica que regula el régimen de precios de transferencias fue incorporada en el año 1934, sufriendo diversos cambios normativos, pero manteniendo su esencia. Eso ha permitido que dicho país cuente en la actualidad con una amplia y compleja doctrina, así como jurisprudencia sobre los ajustes a realizar ante operaciones que no cumplen con el principio de *arm's length*.

La citada Sección 482 del IRC autoriza a la Administración Tributaria americana a que, si así lo considera, efectúe ajustes a fin de prevenir la evasión

de impuestos o para reflejar la verdadera renta objeto de tributación de transacciones entre partes vinculadas, esto es, a través de esta norma se permitiría la aplicación del denominado ajuste primario, pero no señala lo referido a los demás ajustes.

A fin de conocer el tratamiento del ajuste secundario se debe recurrir al Reglamento de la Sección 1.482 (en adelante, Reg. Sec. 1.482), el cual señala lo siguiente:

Reg. Sec. 1.482-1(g)(3) – Adjustments to conform accounts to reflect section 482 allocations –

(i) In general. Appropriate adjustments must be made to conform a taxpayer's accounts to reflect allocations made under section 482. Such adjustments may include the treatment of an allocated amount as a dividend or a capital contribution (as appropriate), or, in appropriate cases, pursuant to such applicable revenue procedures as may be provided by the Commissioner (see Section 601.601(d)(2) of this chapter), repayment of the allocated amount without further income tax consequences.

Es así como, en virtud del Reg. Sec. 1.482 se autoriza efectuar ajustes para “conformar” las cuentas de los contribuyentes a fin de reflejar las asignaciones realizadas bajo la sección 482. Estos ajustes pueden incluir el tratamiento como dividendos, aportes de capital (el que sea más apropiado) o en ciertos casos, la aplicación de un procedimiento especial denominado “*Revenue procedure*” o “*Relief procedure*”.

Antes de profundizar en lo estipulado por la legislación americana, resulta importante esclarecer los conceptos de *conforming adjustment* (ajuste de conformidad) y *secondary adjustment* (ajuste secundario). Tal como se señala en la normativa citada, el Reg. Sec. 1.482 hace referencia a ajustes que “conformen” las cuentas de los contribuyentes, no utilizando propiamente el término de ajuste secundario.

Al respecto, Ferrer Vidal (2014) indica que:

En Estados Unidos tanto la doctrina como los informes expedidos por la Administración americana, matizan un concepto del otro, aunque como señala acertadamente Warner, estos dos conceptos son confundidos

incluso por la misma Hacienda de Estados Unidos. En mi opinión, uno de los autores que ha sido más claro sobre este aspecto, ha sido precisamente Warner, el cual define el conforming adjustment como la explicación de por qué, tras la aplicación del ajuste primario, una parte sigue siendo poseedora del exceso de tesorería, mientras que el ajuste secundario no es más que el tratamiento que se le corresponde a esta explicación (p. 386).

Por su parte, Warner (1998) señala:

The conforming adjustments will be the explanation – if one is needed – as to why Taxpayer is \$20 poorer and Related Party is \$20 richer than can be explained by the adjusted transfer pricing. The secondary adjustment will be the treatment of Related Party’s eventual repayment of the \$20 non-arm’s length portion of the original price. (Como se cita en Ferrer Vidal, 2014, pp. 386-387)

En esa línea, Gimbell Lewis y Breen (2008) manifiestan que el ajuste de conformidad viene a ser “la operación oculta que concilia el exceso de fondos en manos de una parte, como lo es una distribución encubierta de dividendos o una aportación de fondos también encubierta; siendo el ajuste secundario la recopilación de las consecuencias tributarias de esa operación oculta y presunta” (Como se cita Ferrer Vidal, 2014, pp. 386-387).

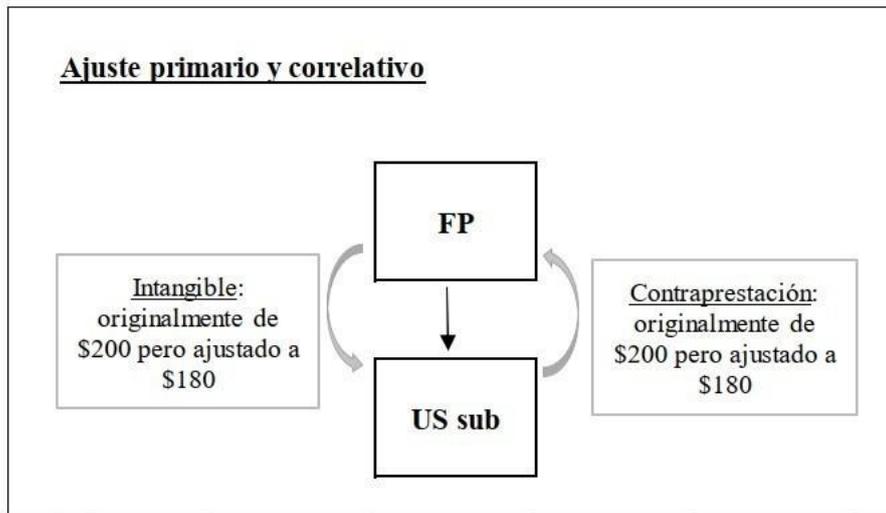
A fin de otorgar mayor claridad a los citados autores veamos el siguiente ejemplo extraído del documento denominado “LB&I International Practice Service Process Unit – Audit” Elaborado por el Internal Revenue Service (IRS):

Una empresa extranjera (FP) licencias intangibles a su subsidiaria americana (US sub) por \$200. La IRS respeta la forma de la transacción como una licencia; sin embargo, determina que el precio *arm’s length* debió ser \$180; por lo que, efectúa los siguientes ajustes:

- Ajuste primario: La renta imponible de US sub se incrementa en \$20.
- Ajuste correlativo: La renta imponible de FP se reduce en \$20.

Figura 2.1

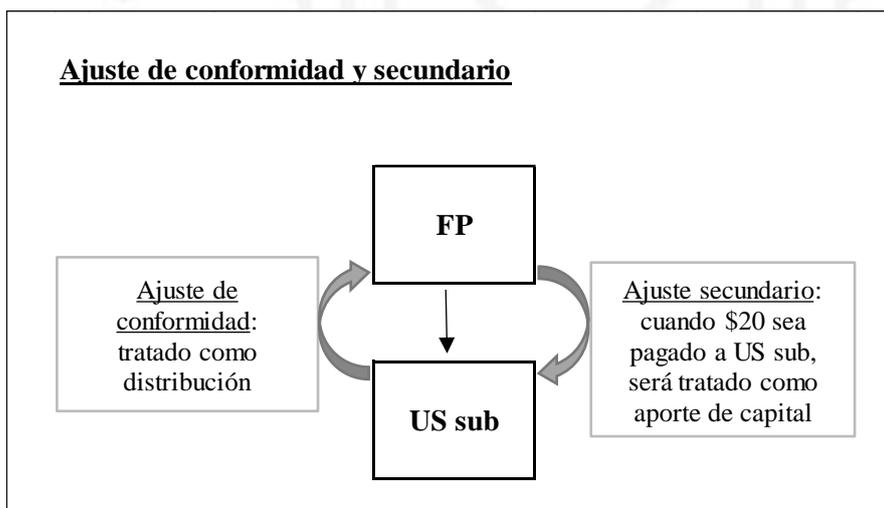
Ajustes primario y correlativo



- Ajuste de conformidad: FP cuenta con un exceso de efectivo de \$20 (cantidad asignada) que se trata como distribución de US sub.
- Ajuste secundario (sin Rev. Proc. 99-32): cuando los \$20 sean pagados, será tratado como un aporte de capital al US sub.

Figura 2.2

Ajustes de conformidad y secundario



Según se advierte, el ajuste de conformidad se refleja en el flujo de rentas (exceso de \$20) que fue transferido de US sub a FP y que es tratado como una distribución

(dividendo oculto), mientras que el ajuste secundario correspondería al eventual pago de FP a US sub del exceso de rentas, el cual será considerado como un aporte de capital (consecuencia fiscal).

De esta manera, coincidimos con Ferrer Vidal (2014) quien afirma que el “*conforming adjustment*” pretende ‘conformar’ las posiciones divergentes respecto el cash y la base imponible tras el ajuste primario, siendo el ajuste secundario la ejecución de esta explicación” (p. 387).

En similar sentido, se ha pronunciado Sala Galvañ (2003) quien considera que:

Los ajustes secundarios son aquellos que parten del resultado contable generado tras la realización de la operación vinculada y pretenden gravar todas las operaciones vinculadas que hubiera tenido que llevar a cabo el sujeto pasivo, de actuar en condiciones de mercado, para generar la situación patrimonial que actualmente refleja su contabilidad tras el precio de transferencia no acordado arm’s length; mientras que, los ajustes de conformidad persiguen el mismo objetivo que el ajuste secundario, esto es, equiparar los efectos contables y tributarios, pero utilizando el camino contrario, es decir, se basan en la base imponible del contribuyente vinculado tras el ajuste primario y pretenden reconducir la actual situación patrimonial del contribuyente a la que se hubiera reflejado contablemente si tal operación vinculada se hubiera realizado en condiciones normales de plena competencia, permitiendo así la repatriación efectiva del exceso de beneficios provocado por el precio de transferencia not arm’s length . (Como se cita en Ferrer Vidal, 2014, p. 388)

Del mismo modo, Peterson y Horner (1996) definen el *conforming adjustment* como:

(STATE A, STATE B, OR TAXPAYER) A recharacterization of transfers of cash (such as a dividend) between ACORP and BCORP as a payment of transferprice, in order to adjust the profits of BCORP to the level they would have been had the transfer pricing been arm's length; usually the reverse of what the secondary transaction would have been (p. 21).

En tal sentido, en la medida que tanto el *conforming adjustment* como el *secondary adjustment* persiguen una finalidad en común, la cual consiste en dar

una explicación al exceso de rentas que se evidencia tras el ajuste primario, otorgándole el tratamiento tributario y/o contable correspondiente; asimilar ambos conceptos o matizarlo uno de otro puede resultar, en la práctica, irrelevante. Más aún si se considera que en el documento denominado “*United States Transfer Pricing Country Profile*”, reportado por Estados Unidos a la OCDE, ante la pregunta si la jurisdicción efectúa ajustes secundarios, dicho país respondió de forma afirmativa, señalando que son conocidos como “*conforming adjustments*”, citando como base legal la Reg. § 1.482-1(g)(3) and Rev. Proc. 99-32 (OCDE, 2017).

Ahora bien, como previamente se mencionó, Estados Unidos ofrece el tratamiento del ajuste secundario como dividendo y aporte de capital, así como un novedoso procedimiento denominado “*relief procedure*”.

El “*relief procedure*” o procedimiento de alivio es el procedimiento a que se refiere el Reg. Sec. 1.482-1(g)(3)(i) que permite, a diferencia del ajuste secundario, que no exista consecuencias fiscales. ¿A qué nos referimos con que no exista consecuencias fiscales?

Para responder esta pregunta debemos tener en cuenta que el reconocimiento de un dividendo implica la aplicación de un impuesto (vía retención) y en el caso del aporte de capital, si bien no existe un impuesto en el momento de su reconocimiento, el aumento de capital modificará el valor nominal de las acciones y en el largo plazo tendrá un impacto fiscal.

Entonces, la no existencia de consecuencias fiscales se debe a que mediante el *relief procedure* regulado en el Revenue Procedure 99-32 (Rev. Proced. 99-32) se autoriza a los contribuyentes a reconocer el exceso de rentas transferido como un préstamo entre las sociedades vinculadas y a partir del cual, se procederá a la devolución del dinero (repatriación de fondos).

La referida técnica se configura como una opción para el contribuyente y una forma de escape a las figuras de ajuste secundario estándar: distribución de dividendos y aportación de capital.

Ferrer Vidal (2014) resume las características básicas de esta técnica, según la normativa estadounidense:

- Se configura como un método a elegir por el contribuyente.

- Su opción se solicita tras la presentación de la declaración del impuesto, una vez que el contribuyente ha practicado de mutuo propio el ajuste primario (o bilateral); o bien después de la aplicación del ajuste primario por parte de la Administración en el seno de un procedimiento de comprobación.
- Únicamente es válido cuando la operación se efectúa entre dos personas jurídicas.
- El procedimiento consiste en registrar una cuenta por cobrar o pagar, modificando, por tanto, la contabilidad de las entidades.
- La Administración norteamericana obliga a la presentación de un formulario en el que se deje constancia de los aspectos esenciales del préstamo, tales como el capital, partes intervinientes, moneda y tipo de interés.
- El plazo de pago, tanto del capital como de los intereses, no deberá superar los 90 días, contados desde la fecha del contrato de préstamo si el Rev. Proced. 99-32 se ha aplicado como consecuencia de una comprobación administrativa, o desde la fecha de presentación de la declaración del impuesto. En cualquier caso, si hay acuerdo entre las administraciones, este plazo podría prolongarse.
- El pago puede realizarse a través de recalificaciones de flujo de rentas, tales como considerar la distribución de beneficios de la filial a la matriz como pago del préstamo.
- La administración americana permite la repatriación de fondos sin imputación de intereses cuando se trata de operaciones internacionales en las que la otra entidad vinculada reside en un Estado con el que Estados Unidos tenga suscrito un CDI.
- En cualquier caso, la opción de préstamo no será viable si el contribuyente ha cometido las infracciones tipificadas en el texto legal en materia de precios de transferencia, las cuales son esencialmente objetivas puesto que se fundamentan en el umbral de diferencia entre el precio pactado y el valor de mercado (pp. 509-510).

Al respecto, la citada autora considera:

El procedimiento Rev. Proced. 99-32 permite al contribuyente ahorrarse los costes fiscales que puede acarrear la calificación prácticamente automática de un dividendo encubierto o inclusive una aportación de fondos, que aunque no supone tributación alguna en el momento de la calificación, sí supone una modificación en el valor de las participaciones. En este caso el mecanismo es sencillo, permitir al contribuyente optar por registrar contablemente un préstamo entre sociedades vinculadas, en virtud del cual una parte le devuelve a la otra el excedente de tesorería que ha acumulado y que, tras el ajuste primario no cuadra con el registro contable de la operación (Ferrer Vidal, 2014, pp. 397-398).

Sin embargo, también reconoce que a pesar de que la legislación americana tipifique a este procedimiento como sin consecuencias fiscales, “el hecho que existan intereses obligatoriamente fijados a precio de mercado, así como la retención que les afecta, son consecuencias tributarias reales y palpables que tienen su impacto recaudatorio” (Ferrer Vidal, p. 404).

Cabe precisar que este procedimiento puede aplicarse cuando la operación vinculada se lleva a cabo entre dos personas jurídicas y en tanto se cumpla una serie de requisitos, entre los que destacan los siguientes: sólo es aplicable a contribuyentes que no hayan cometido ninguna infracción relativa al establecimiento de precios entre partes vinculadas, esto es, no haber incurrido en las infracciones tipificadas en Section 666 (e)(1)(B) o (h) y que tampoco hayan cometido fraude fiscal en algún concepto imponible.

Por otro lado, la legislación americana también ofrece la aplicación de los denominados *setoffs* que pueden ser definidos como ajustes de compensación y consiste en que el contribuyente informe a la Administración Tributaria, luego de que ésta determine efectuar un ajuste primario, la existencia de otra operación que compense las diferencias del precio pactado (el ajuste) la cual debe ser realizada entre las mismas entidades vinculadas y durante el mismo año fiscal.

De lo expuesto, se advierte que legislación americana, más allá de otorgar una calificación jurídica como dividendo o aporte de capital, en primer lugar,

ofrece la posibilidad de que los fondos determinados en exceso sean repatriados a través del procedimiento especial de préstamo (*relief procedure*) y sólo si no es posible su aplicación (por no cumplir los requisitos), se pasará a efectuar, propiamente, el ajuste secundario.

b) Brasil

El régimen de precios de transferencia de Brasil se caracterizaba por apartarse de los lineamientos de la OCDE, lo cual se evidencia en el documento denominado “*Brazil Transfer Pricing Country Profile*”, de cuya lectura se desprende que:

- No existía una referencia directa al principio de plena competencia en su legislación.
- La definición de partes vinculadas no sólo comprendía a sujetos calificados como parte del accionariado o que posean control común o compartido con arreglo a sus disposiciones societarias.
- Las transacciones entre partes vinculadas incluían únicamente transacciones de importación y exportación de bienes, servicios y derechos.
- Los métodos tradicionales inspirados en las Directrices de la OCDE (Métodos Costo Plus y Precio de Reventa) se basaban en un enfoque formulado que incorpora márgenes fijos.

Asimismo, se preveían métodos específicos para la exportación e importación de productos básicos y los intereses de los préstamos intragrupo.

- No se encontraban previstos en su legislación interna los métodos transaccionales basados en beneficios (Métodos del Margen Neto Transaccional y Método de Reparto de Beneficios).
- Dicho país reportó que los ajustes de comparabilidad previstos en su legislación eran limitados y tenían en cuenta aspectos relacionados con las diferencias en las condiciones comerciales, la naturaleza física y el contenido de los productos.

Añadió que el enfoque en el que se basan los métodos Costo Plus y Precio de Reventa elimina la mayor parte del análisis de comparabilidad.

De igual manera, comunicó que no contaban con una guía específica para transacciones que involucran intangibles y servicios intragrupo (OCDE, 2022).

Ahora bien, con la finalidad de incorporarse a la OCDE, Brasil realizó diversas acciones que tuvieron por desenlace la promulgación de una nueva legislación sobre precios de transferencia basada en el principio de plena competencia y alineada a sus Directrices. Esta se ha visto materializada en la Medida Provisória N° 1.152, publicada en el Boletín Oficial el 29 de diciembre de 2022¹ y que entrará en vigor el 1 de enero de 2024, no obstante, su aplicación es opcional para los contribuyentes durante el ejercicio 2023.

Dentro de las características más relevantes de la nueva regulación brasilera, Quiñones (2023) señala las siguientes:

- Está basada en la versión más reciente de las Directrices de la OCDE (2022), incluyendo aspectos clave de activos intangibles tales como el análisis DEMPE (i.e., funciones de desarrollo, mejora, mantenimiento, protección y explotación de intangibles) y aquellos relacionados con activos intangibles de difícil valoración.
- Incluye en su alcance todas las transacciones comerciales y financieras, así como las reestructuraciones de negocio.
- Considera aplicables los métodos reconocidos en las Directrices de la OCDE (con alguna limitación) en lugar de los márgenes y retornos preestablecidos que recoge la regulación actual.
- Requiere que los análisis de las transacciones vinculadas incluyan un análisis de comparabilidad, análisis funcional y análisis económico

¹ Se presentaron enmiendas, entre ellas, la No. 88 a través de la cual se solicitó que se suprimiera de la Medida Provisória No. 1.152 aquella disposición que regulaba el ajuste secundario, lo cual se verifica del texto final de Projeto de Lei de Conversão No. 8/23. A la fecha, el referido proyecto se encuentra pendiente de evaluación por el presidente del país en mención.

comparativo, así como la existencia de una documentación específica (en lugar del cálculo de los márgenes/retornos actuales).

- Considera ciertos ajustes de precios de transferencia para adecuar las transacciones al principio de plena competencia, aunque incluye limitaciones a la realización de los mismos.
- Incluye la negociación de acuerdos de precios de valoración y procedimientos amistosos.
- Incorpora sanciones por la no presentación o presentación incompleta de la documentación específica en materia de precios de transferencia (párr. 7).

Con relación a los ajustes de precios de transferencia, es importante anotar que el mencionado país ha incorporado los ajustes espontáneos, primarios, compensatorios y secundarios, los cuales se encuentran regulados en el artículo 17 de la referida Medida Provisoria. Veamos:

Arte. 17. Para los efectos de la presente Medida Provisoria se considera:

I - ajuste espontáneo - el realizado por la persona jurídica domiciliada en Brasil directamente en el cálculo de la base de cálculo del impuesto a que se refiere el párrafo único del art. 1 con objeto de sumar el resultado que se obtendría si los términos y condiciones de la operación vinculada se hubieran establecido de conformidad con el principio previsto en el art. 2do;

II - ajuste compensatorio - el realizado por las partes de la operación vinculada hasta el final del año calendario en que se realiza la transacción con el fin de ajustar su valor de tal manera que el resultado obtenido sea equivalente a lo que sería obtenido si los términos y condiciones de la operación vinculada se hubieran establecido de conformidad con el principio previsto en el art. 2do;

III - ajuste primario - aquel realizado por la autoridad fiscal con el fin de agregar a la base de cálculo del impuesto a que se refiere el párrafo único del art. 1 los resultados que serían obtenidos por la persona jurídica

domiciliada en Brasil, si los términos y condiciones de la operación vinculada se hubieran establecido de conformidad con el principio previsto en el art. 2do; y

IV - ajuste secundario - el realizado como consecuencia de los ajustes previstos en los incisos I o III del caput.

En cuanto al ajuste secundario, se tiene que, aquel se regula bajo la modalidad de préstamo en el artículo 19 del citado dispositivo legal, norma que establece que en los casos en que el ajuste espontáneo o el ajuste primario, también se realizará el ajuste secundario, el cual se determinará con base en los siguientes criterios:

I - el valor ajustado será considerado como un crédito concedido a las partes relacionadas involucradas en la operación controlada, remunerado a la tasa de interés del doce por ciento anual;

II - los intereses previstos en el inciso I se considerarán vencidos a partir del 1 de enero del año siguiente al del período de cálculo hasta la fecha en que el valor considerado como crédito sea reembolsado íntegramente a la persona jurídica domiciliada en Brasil y estará sujeto a tributación por el IRPJ y por CSLL;

III - la tasa de interés será reducida a cero si el monto considerado como crédito es reintegrado íntegramente al contribuyente en Brasil dentro de los noventa días, contados a partir de:

a) el 1 de enero del año siguiente al período de cómputo que motivó el ajuste espontáneo; o

b) la fecha de reconocimiento de la contabilización del ajuste primario.

Como podemos observar, la ley brasilera señala que como consecuencia de la aplicación del ajuste primario/espontáneo se efectuará el ajuste secundario bajo la modalidad de préstamo con una tasa de interés de 12%; no obstante, prevé la posibilidad de que dicha tasa sea reducida a cero si se verifica el reembolso de los montos transferidos en exceso a partes relacionadas dentro del plazo de 90 días.

2.1.2 Europa

El Foro Conjunto en materia de Precios de Transferencia de la Unión Europea, en adelante EU JTPF (por sus siglas en inglés) fue creado en el año 2002 durante la Presidencia española. Es un grupo de trabajo adscrito a la Comisión Europea que, bajo el amparo presupuestario y logístico de dicha comisión, reúne en un mismo foro a miembros de las administraciones fiscales y del sector empresarial.

El objetivo y misión primordial del mencionado foro consiste en analizar y proponer medidas no legislativas de naturaleza eminentemente práctica para conseguir una aplicación más uniforme de las normativas sobre precios de transferencia de los Estados Miembros, esto es, tanto para conseguir la efectiva eliminación de la doble imposición derivada de ajustes en materia de precios de transferencia mediante el procedimiento previsto en el Convenio de Arbitraje, como para reducir los costes de cumplimiento de los grupos multinacionales, que operan en los distintos Estados Miembros, como consecuencia de las diferentes prácticas de las respectivas Administraciones fiscales.

Es así como, a lo largo de los años el EU JTPF ha publicado diversos informes en materia de precios de transferencia que han inspirado las normativas internas de los Estados Miembros, entre estos, el informe publicado con fecha 18 de enero de 2013 denominado “Informe Final de Ajustes Secundarios”, el cual analiza la complejidad jurídica que plantea el ajuste secundario.

De la lectura del mencionado informe, se tiene que sólo 9 de los 27 Estados Miembros cuentan con legislación interna sobre ajustes secundarios: Austria, Bulgaria, Dinamarca, Alemania, Francia, Luxemburgo, Países Bajos, Eslovenia y España. Cabe mencionar que, en el presente trabajo de investigación se abordará la normativa referida al ajuste secundario de 4 de los 9 países antes referidos, estos son, Francia, Alemania, Austria y España.

A continuación, se detallan las conclusiones recogidas en el citado informe:

- La aplicación de ajustes secundarios puede dar lugar a una doble imposición. Por lo tanto, si los ajustes secundarios no son obligatorios, se recomienda que los Estados Miembros se abstengan de realizar dichos ajustes cuando den lugar a una doble imposición. Cuando los ajustes secundarios sean obligatorios en virtud de la legislación de un Estado Miembro, se recomienda que los Estados

Miembros establezcan formas y medios para evitar la doble imposición (por ejemplo, esforzándose por resolverlo a través de un Procedimiento de Acuerdo Mutuo, o permitiendo la repatriación de fondos en una etapa temprana, donde sea posible). Estas recomendaciones asumen que el comportamiento del contribuyente no sugiere una intención de disfrazar un dividendo con el fin de evitar la retención de impuestos.

- Casi todos los Estados Miembros que aplican el ajuste secundario optan por calificar el exceso de fondos como distribución de dividendos o aportación de capital, pocos se atreven a abordar la figura del préstamo para evitar complicaciones respecto los intereses. De hecho, el EU JTPF respalda esta solución.
- Se confirma la aplicación de la Directiva Matriz-Filial entre los Estados Miembros, ello origina que, cuando los ajustes secundarios se traten como distribución encubierta de dividendos y, por lo tanto, se consideren dividendos implícitos, no se aplique retención a cuenta sobre una distribución de una filial a su matriz dentro de la Unión Europea. Al respecto, 7 de los 9 Estados miembros (Austria, Dinamarca, Alemania, Luxemburgo, Países Bajos, Eslovenia y España) no aplicarían ninguna retención; mientras que, dos Estados miembros (Bulgaria y Francia) considerarían que la directiva no es aplicable a los dividendos constructivos. Precisamente la aplicación de la mencionada directiva que evita la doble imposición es uno de los motivos que ha incentivado a los Estados Miembros a calificar el exceso de renta como distribución encubierta de dividendos y no como préstamo.
- El EU JTPF defiende la devolución ágil de los fondos que han sido indebidamente cobrados o satisfechos por una de las partes intervinientes en la operación, recomendando que dicha repatriación de fondos se encuadre en un procedimiento amistoso. Además, sugiere que el acuerdo de repatriación se sustente sobre las siguientes premisas:
 - La devolución del exceso de fondos puede ser directa o bien compensando otras operaciones previas efectuadas entre las partes vinculadas o reclasificando transferencias.

- Las Administraciones deberían dar un período mínimo de 90 días desde la fecha del acuerdo de repatriación hasta la efectiva devolución. El plazo sugerido coincide con el actualmente vigente en la normativa norteamericana en el Rev. Proced. 99-32.
 - Se recomienda, de ser posible, renunciar a la aplicación de intereses en aras de facilitar la devolución de los fondos.
 - Se recomienda acordar la no imposición de retención evitando así la posible doble imposición.
- Por último, se señala que el ajuste secundario no debería llevar aparejada ninguna sanción (Ferrer Vidal, 2014, pp. 451-452).

De las conclusiones del citado informe, advertimos que la normativa relacionada al ajuste secundario no es popular ni homogénea en la Unión Europea, de hecho, en dicho documento se recomienda a los Estados Miembros no efectuar ajustes secundarios cuando den lugar a una doble imposición y, en caso de que los referidos ajustes sean obligatorios, que se prevean métodos para evitar esa tan indeseada doble imposición.

Además, apreciamos que, el referido informe fue publicado en 2013 y, a la fecha, la normativa sobre ajustes secundarios de precios de transferencia de algunos de los Estados Miembros no ha variado considerablemente, como veremos en los párrafos siguientes, de ahí que consideramos que efectivamente se están haciendo esfuerzos por armonizar otros aspectos relevantes en materia de precios de transferencia, como son los métodos de valoración, acuerdos previos de valoración, ajuste primario y correlativo, etc., pero no sigue el mismo ritmo respecto del ajuste secundario.

a) Francia

Es uno de los primeros países europeos que introdujo una regulación sobre precios de transferencia, pues cabe señalar que el Código Fiscal Francés (Code Générale des Impôts, en adelante CGI) se remonta a 1933; aunque siendo estrictos, fue el Reino Unido quien promulgó su primera ley para combatir los precios de transferencia en 1915 (Sala Galvañ, 2003, p. 51).

No obstante, la legislación británica no contempla la figura de ajuste secundario, por lo que, en el presente trabajo, se toma como ejemplo a Francia y

Alemania, países pioneros en la regulación europea sobre dicha cuestión, cada uno con una concepción distinta.

Antes de abordar el tema central, es importante destacar que, a pesar de inspirarse Francia en el modelo americano, pues en el momento de su introducción era el más desarrollado, presenta notables y significativas diferencias con el mismo.

Al respecto, Ferrer Vidal (2014) señala que:

Me atrevería a decir que existen discrepancias frontales entre el modelo francés y estadounidense, pues ambos parten de dos concepciones distintas de lo que debería ser la política de precios de transferencia. Así, mientras Estados Unidos tiene una concepción más bien objetiva de lo que debería ser no sólo el precio convenido sino de sus consecuencias; el modelo francés parte esencialmente de la voluntad del contribuyente, interviniendo muchísimo menos en la fijación de sus precios. O dicho de otro modo, aceptando más explicaciones comerciales ofrecidas por el contribuyente. Ahora bien, cuando la Administración francesa interviene en una operación y fija unos ajustes cuya aplicación no puede ser rebatida por el sujeto pasivo, éste último, deberá someterse a la legislación vigente, sin opción a poder escoger distintos métodos de calificación del exceso de tesorería; como sí puede hacerlo el contribuyente estadounidense (p. 412).

Pues bien, la regulación de precios de transferencia se encuentra desarrollada en la sección 57 del CGI, cuya traducción obtenida de la página oficial de la OCDE dispone lo siguiente:

To determine the income tax owed by companies that either depend on or control enterprises outside France, any profits transferred to those enterprises indirectly via increases or decreases in purchase or selling prices, or by any other means, shall be added back into the taxable income shown in the companies' accounts. The same procedure shall apply to companies that depend on an enterprise or a group that also controls enterprises outside France.

Así, la regulación francesa, a diferencia de la americana, alemana y española, concibe la aplicación de las reglas de precios de transferencia sólo en

los supuestos en que una entidad francesa ha transferido beneficios de forma directa o indirecta a una entidad vinculada no domiciliada; y ello sólo podría ocurrir cuando dicha entidad francesa compra a una entidad extranjera por encima de su valor de mercado (registra un mayor gasto), o vende por un precio inferior al referido valor (registra un menor ingreso).

Cabe precisar que no se trata exclusivamente de compra - venta de bienes, ya que, según Sala Galvañ (2003) “la Sección 57 del CGI también aplica ante un préstamo sin intereses o cualquier otra prestación de servicios” (Como se cita en Ferrer Vidal, 2014, p. 413).

En este sentido, se observa que la aplicación del ajuste secundario emana, de forma implícita, de la Sección 57 del CGI en operaciones denominadas transfronterizas. Así, tal como indica la mencionada autora, cuando en virtud a dicha norma se imponga un ajuste administrativo, el mismo comportará “no sólo el aumento de la base imponible del sujeto pasivo transferente, sino que se gravará tal transferencia indirecta como distribución encubierta de beneficios y se sujetará a retención en la fuente (Francia), a no ser que el CDI aplicable lo prohíba.” (Como se cita en Ferrer Vidal, 2014, p. 211).

No obstante, respecto a las operaciones domésticas, éstas también deben observar el principio de *arm's length*; en efecto, ha sido la doctrina quien ha desarrollado la teoría del acto de gestión anormal (*théorie de l'acte de gestion anormal*) según la cual un empresario o profesional no puede realizar actividades que sean contrarias a su interés comercial que es la obtención de beneficios; y, aunque dicha teoría no está contemplada en el texto legal, ha permitido a la Administración Tributaria francesa rechazar la deducción de algunos gastos ajenos al interés comercial de las empresas en operaciones acaecidas entre dos entidades francesas.

En Francia, la aplicación de la regulación de precios de transferencia siempre parte de una actuación administrativa; considerando que el ajuste a efectuarse siempre será positivo, esto es, únicamente se modificará el precio si perjudica al contribuyente francés. Al respecto, cabe precisar que la regulación francesa viene marcada por la confianza en las decisiones comerciales tomadas por el contribuyente francés para gestionar su propio negocio (principio de

liberalismo económico); en consecuencia, la Administración Tributaria francesa puede llegar a aceptar cualquier causa comercial que sea razonable y que pueda probarse por el contribuyente con la finalidad que no proceda la imposición de ningún ajuste.

Es así como, a efectos de aplicar la regulación de precios de transferencia, la Administración Tributaria francesa debe probar que el contribuyente está vinculado con una entidad extranjera y que efectivamente existe una transferencia de beneficios; de otro lado, el contribuyente puede desvirtuar lo probado por la Administración explicando y aportando las razones comerciales que le hicieron fijar ese precio de transferencia en esta operación y no otro más ajustado al principio de *arm's length*.

En ese sentido, Ferrer Vidal (2014) señala que las autoridades francesas han aceptado hasta la actualidad dos tipos de pruebas por parte del contribuyente:

- Demostrar que la transferencia de beneficios que la Administración supone no ha ocurrido realmente, pues puede suceder, y si es así, debe demostrarse, que una empresa haya dispensado un trato de favor a una entidad vinculada extranjera en compensación con otra operación de la cual no tiene conocimiento el fisco francés.
- Si efectivamente la transferencia de beneficios ha existido y no puede argumentarse que compensa a cualquier otra transacción acaecida con anterioridad, la entidad francesa puede evitar el ajuste administrativo demostrando que la fijación de un precio corresponde con una causa comercial, ya sea objetiva, estrategias empresariales, o subjetivas, y ahí puede haber cualquier variedad intrínseca a la situación de la empresa en cuestión. A título de ejemplo; salvar a una entidad del grupo de la quiebra otorgándole un préstamo gratuito, afianzar una marca y para ello vender temporalmente a precio inferior, inclusive el hecho de cometer un error en la gestión diaria del negocio, etc. (p. 416)

Ahora bien, si el contribuyente no es capaz de acreditar una justificación comercial, significaría que la intención principal para llevar a cabo la transacción comprobada ha sido la elusión fiscal, en cuyo caso, sería de aplicación la

normativa de precios de transferencia regulada en la Sección 57 del CGI y, por ende, los ajustes correspondientes.

En primer lugar, se efectuará un ajuste primario para la entidad francesa reflejado en un aumento de la base imponible en el importe que corresponde a la diferencia entre el valor *arm's length* y el valor pactado por las partes; en segundo lugar, se efectuará un ajuste secundario con el objetivo de tratar el exceso de fondos en la sociedad extranjera como una distribución de dividendos.

Sin embargo, respecto a este último ajuste, la normativa francesa no distingue el sentido de la supuesta distribución de dividendos, es decir, el legislador francés califica el exceso de tesorería como una distribución encubierta de dividendos y exige la correspondiente retención, con independencia del sentido de la transacción, sin que sean aplicables, por tanto, figuras como la aportación encubierta de fondos o el préstamo. En ese sentido, no sólo la operación matriz-filial (a favor de la matriz) generará esa distribución de dividendos, sino que también una operación entre dos sociedades hermanas, o inclusive una operación entre matriz y filial, aunque la beneficiaria sea la filial (Ferrer Vidal, 2014, p. 417).

De lo antes expuesto, podemos observar que la legislación francesa de precios de transferencia aplica exclusivamente en casos de operaciones transfronterizas y parte de una concepción estrictamente subjetiva, pudiendo llegar a aceptar cualquier causa comercial como razonable; y sólo si no es posible verificar ello, se procederá a efectuar los ajustes correspondientes, calificando el exceso de renta derivado del ajuste primario como una distribución de dividendo, aun cuando la entidad favorecida haya sido la filial o inclusive se carezca de una participación directa.

b) Alemania

La legislación alemana de precios de transferencia no se encuentra consolidada en un único cuerpo normativo, sino en varias disposiciones. Entre tales, se aprecia el Código Tributario General (*Abgabenordnung - AO*), la Ley del Impuesto a la Renta Corporativo (*Körperschaftsteuergesetz - KStG*), la Ley de Impuesto en las relaciones exteriores (*Außensteuergesetz - AStG*) y el Decreto Ley sobre documentación de Precios de Transferencia

(*Gewinnabgrenzungsaufzeichnungsverordnung - GAufzV*). (Ministerio Federal de Justicia y Protección al Consumidor de República Federal de Alemania, 1977)

El ámbito de aplicación de la regulación sobre precios de transferencia comprende tanto a las operaciones internas como las internacionales, siendo importante anotar que la Ley del Impuesto a la Renta Corporativo es aplicable tanto a transacciones internas como internacionales; mientras que la Ley de Impuesto en las relaciones exteriores, sólo a las internacionales.

Esta última ley es considerada como la principal fuente de orientación sobre precios de transferencia, toda vez que en su Sección 1 establece, entre otros, la definición del principio de *arm's length*, incluida la noción de que también las partes no relacionadas tendrían conocimiento sobre todos los hechos y circunstancias pertinentes de la transacción y actuarían como administradores de negocios prudentes y diligentes. Este concepto se complementa con el hipotético principio de *arm's length* que se aplicará si el conjunto de comparables no cumple requisitos limitados de comparabilidad (Pricewaterhousecoopers, 2013, p. 433).

En ese sentido, si bien se dispone que el principio de *arm's length* rige a las transacciones de partes relacionadas y no exige voluntad de fraude para su aplicación, no debe dejar de observarse que “en esta soberanía fiscal este principio tiene un matiz importante: debe tenerse en cuenta lo que habría hecho un diligente hombre de negocios” (Ferrer Vidal, 2014, p. 421).

Dicha figura jurídica en materia de precios de transferencia implica que podrá admitirse que el precio convenido de la transacción analizada pueda diferir del de mercado, en la medida que exista un motivo empresarial que sustente ello. Caso contrario, dicha operación obedecería únicamente a la relación societaria (*societatis causa*) o, dicho de otro modo, no se trataría de un acuerdo que hubiese realizado un hombre diligente de negocios, y, por tanto, deberá ajustarse el precio convenido.

Es preciso anotar que, para las corporaciones, este principio está recogido en el párrafo 3 de la Sección 8 de la Ley del Impuesto a la Renta Corporativo, norma que prescribe que:

Para la determinación del ingreso es irrelevante si el ingreso se distribuye. Las distribuciones de beneficios ocultos, así como las distribuciones de

cualquier tipo sobre los derechos de participación en los beneficios, con los que están vinculados el derecho a participar en los beneficios y el producto de la liquidación de la corporación, no reducen los ingresos. Los depósitos ocultos no aumentan los ingresos. Los ingresos aumentan en la medida en que una contribución oculta ha reducido los ingresos del socio. La oración 4 también se aplica a una contribución oculta que se basa en una distribución oculta de las ganancias de una persona cercana al socio y no se tuvo en cuenta en la tributación del socio, a menos que la distribución oculta de las ganancias no redujera los ingresos de la corporación. En los casos de la oración 5, la contribución oculta no aumenta los costos de adquisición de la participación.

Según Köster-Böckenförde (2007), el término "distribución oculta" se define por la extensa jurisprudencia y las regulaciones administrativas (Körperschaftsteuer-Richtlinien) como una disminución de los activos o un aumento evitado de los activos de una corporación que es causada por la relación de la empresa con su accionista y afecta los ingresos de la corporación. Una disminución o un aumento evitado de las ganancias se basa en la relación del accionista con la corporación si un director gerente prudente y diligente, bajo los mismos hechos y circunstancias, no hubiera aceptado la disminución o evitado el aumento de los activos frente a una persona que no es accionista.

Al respecto, Löser y Oepen (2005) refieren que el precio de las transacciones que no se realizan en condiciones de independencia entre partes relacionadas en un contexto doméstico se ajusta si las transacciones constituyen distribuciones de ganancias ocultas, también se puede usar el término "*constructive dividends*" o si constituyen contribuciones de capital ocultas (o contribuciones de capital informales). Las distribuciones de ganancias ocultas generalmente se tratan como dividendos regulares y, por lo tanto, las ganancias subyacentes se gravan como ganancias ordinarias a nivel de la compañía distribidora (Ver. la segunda oración del párrafo 3 de la Sección 8 del KStG) y la distribución de ganancias ocultas se grava como un dividendo a nivel del accionista. Las contribuciones de capital ocultas dan como resultado una reducción de las ganancias axiales de la parte receptora y un aumento de los costos de la base imponible en manos de la parte otorgante (p. 194).

En esa línea, Ferrer Vidal (2014) sostiene que en la normativa alemana se prevé las siguientes figuras de ajuste secundario: i) La distribución encubierta de dividendos (*hidden profit distribution*) y ii) El aporte de capital encubierto (*hidden capital contribution*). En cuanto al primer concepto, señala que existen dos consecuencias tributarias directas de calificar una renta como dividendo, esto es, por un lado, el aumento la base imponible de la sociedad receptora y por el otro, una renta sujeta a retención. Mientras que, en relación con la otra figura, menciona que en la regulación alemana sólo concibe esta como “aquella proveniente de la transmisión (aportación) de bienes materiales o inmateriales, dejando fuera las prestaciones de servicios o un préstamo sin intereses o inclusive el uso temporal de un bien” (p. 426).

En relación al ajuste secundario en forma de aporte de capital encubierto, dicha autora precisa que en las operaciones vinculadas derivadas de la transmisión de bienes materiales o inmateriales a favor de la sociedad participada, pudiendo ser la sociedad beneficiaria del exceso tanto una sociedad alemana como una extranjera, se aprecian cuatro escenarios, estos son: 1) La matriz alemana vende bienes a su filial extranjera por un precio inferior al valor de mercado, 2) La matriz alemana compra bienes a su filial extranjera por un precio superior al de mercado, 3) La matriz extranjera vende bienes a su filial alemana por un precio inferior al valor de mercado y 4) La matriz extranjera compra bienes a su filial alemana por un precio superior al de mercado (p. 426).

Añade que la solución que ofrece la regulación alemana ante esos posibles escenarios es la siguiente:

Ante los dos primeros escenarios se efectuará el ajuste primario en sede de la sociedad alemana, aumentando así su base imponible, y a la vez, el diferencial de precio que sigue en manos de la filial extranjera se considerará como una aportación de capital, lo que tendrá el efecto inmediato de incrementar el coste fiscal de la participación que la matriz alemana tiene respecto su filial.

A sensu contrario, para los dos últimos casos, el ajuste a efectuar en la base imponible de la filial alemana será negativo, siendo la entidad alemana la receptora de una aportación de capital (p. 427).

De otro lado, menciona que la aludida legislación prevé la posibilidad de practicar un ajuste ante una operación vinculada llevada a cabo por sociedades hermanas (“*sisters companies*”). Por tanto, cuando se verifique que una sociedad filial transfiere un beneficio a favor de su sociedad hermana, se asumiría que la primera filial ha repartido dividendos al socio común y éste ha practicado una aportación encubierta a favor de la segunda filial. Asimismo, manifiesta que la figura de “setoffs” fue contemplada en la Sección 2.3 de la Guía Administrativa de 1983, situación que fue revertida en la revisión de la Guía Administrativa en 2005; no obstante, afirma que podría subsumirse bajo el “*equalization payment*”, prevista en la Sección 5.5.1. de esta última guía (pp. 428-429).

En atención a lo expuesto, podemos señalar que la legislación alemana de precios de transferencias parte de la noción de hombre diligente de negocios, concepto que busca un motivo empresarial que justifique la operación efectuada entre partes vinculadas. En caso contrario, se realizarán los ajustes correspondientes, reconociendo el ajuste secundario como aporte de capital, distribución de dividendos, así como, la autorización de compensaciones. Cabe mencionar que, dicha legislación además prevé la práctica de ajuste en operaciones realizadas entre “*sisters companies*”.

c) Austria

Al igual que en Alemania, la legislación de este país centroeuropeo sobre precios de transferencia se encuentra en distintos dispositivos, entre los cuales se aprecia el Código Tributario Federal Austríaco (*Bundesabgabenordnung – BAO*), la Ley del Impuesto a la Renta (*Einkommensteuergesetz 1988 – EStG*), la Ley del Impuesto a la Renta Corporativo (*Körperschaftsteuergesetz – KStG*), la Guía de Precios de Transferencia 2010 (*Verrechnungspreisrichtlinien 2010 – Inhaltsverzeichnis – VPR*) y la Ley de Documentación de Precios de Transferencia 2016 (*Verrechnungspreisdokumentationsgesetz 2016 – VPDG*).

Debe anotarse que la legislación austriaca ha adoptado las guías de precios de transferencia de la OCDE. No son leyes austriacas, pero con su publicación en el boletín oficial, tienen un rango legal (Brandstätter & Rosengren, 2017).

Debe precisarse que la disposición principal sobre precios de transferencia se encuentra en el párrafo 6 de la Sección 6 de la Ley del Impuesto a la Renta, que

en concordancia con lo dispuesto en el artículo 9 del Modelo de Convenio de la OCDE, establece que las transferencias de activos (tangibles o intangibles) o servicios dentro y fuera del país deben valorarse a un precio al cual se realizaría si el activo o servicio se vendiera o prestara a partes no relacionadas, esto es, deben llevarse a cabo de acuerdo con el principio de plena competencia.

Consecuentemente, el monto del precio de transferencia que excede este valor de mercado no es deducible de impuestos para la entidad que adquiere el activo o servicio, y los montos por debajo del valor de mercado dan como resultado un margen de beneficio para la entidad que transfiere el activo o presta el servicio.

En relación con las transacciones efectuadas entre empresas dentro de la Unión Europea, debe precisar que es el párrafo 1 del artículo 4 del Convenio de Arbitraje Europeo el que requiere la aplicación del principio de plena competencia.

Asimismo, se aprecia que de acuerdo con el párrafo 2 de la Sección 8 de la ley antes mencionada, las distribuciones de ganancias ocultas de una corporación a sus accionistas no reducen la ganancia imponible de la corporación; así como, en el párrafo 1 de la Sección 8 de dicha ley se dispone que las contribuciones ocultas de un accionista a su sociedad anónima no aumentan la renta imponible de la sociedad. Según Schachner, Wittmann y Nekrasov (2019), tales disposiciones y las reglas generales para la retención de dividendos son la base para ajustes de precios de transferencia secundarios (p. 1).

En esa línea, la autoridad fiscal austríaca podrá ajustar el precio acordado por el contribuyente a la mediana cuando esté fuera de un rango intercuartil generalmente aceptado, de acuerdo con los párrafos 49 y 67 Transfer Pricing Guidelines. No obstante, si dicho ajuste lo realiza el otro estado contratante de un Convenio para evitar la doble imposición (CDI), Austria está obligada a realizar contraajustes de conformidad con el artículo 9 del CDI. Tales ajustes primarios también pueden desencadenar ajustes secundarios con respecto a la base de activos del contribuyente o dividendos constructivos (potencialmente sujetos a retención de impuestos) o contribuciones, respectivamente.

En cuanto a los ajustes secundarios, la legislación austríaca prevé las figuras distribución de beneficios ocultos (*hidden profit distribution o constructive dividend*), contribución de beneficios ocultos (*hidden contribution o informal capital*), cuentas por cobrar y responsabilidad.

A fin de que exista una mayor comprensión, se describen a continuación las circunstancias que facultan su aplicación:

- En el caso de una transferencia de beneficios ascendente o secundaria a un accionista, empresa matriz o empresa hermana, se supone una distribución de beneficios oculta al accionista directo o matriz. Alternativamente, el ajuste de ganancias también puede resultar en una cuenta por cobrar de precios de transferencia:
 - La asunción de una distribución de beneficios oculta al accionista desencadena una retención de impuestos del 27,5 por ciento (37,93 por ciento, si la retención de impuestos recae en la empresa y no se carga al beneficiario de la distribución); la retención de impuestos asciende al 25 por ciento (33,33 por ciento) en el caso de que una empresa matriz sea el accionista directo (y se trate como dividendo a nivel de la empresa matriz receptora). El ajuste secundario puede aliviarse total o parcialmente de acuerdo con un tratado de doble imposición o normas de la Unión Europea, como la directiva matriz-subsidiaria, si corresponde entre Austria y el estado de residencia de la empresa matriz directa o accionista (si la subsidiaria está en Austria) o el estado de residencia de la filial (si el accionista se encuentra en Austria); y
 - Alternativamente, el Ministerio de Finanzas de Austria acepta que el cambio de ganancias se neutralice efectivamente por una cuenta por cobrar de precios de transferencia (en el caso de un cambio de ganancias realizado) o un pasivo (en el caso de un cambio de ganancias recibido) versus la parte relacionada en el balance general de la empresa austríaca, para neutralizar el cambio de beneficios.
- En el caso de los cambios de beneficios posteriores a la subsidiaria directa o indirecta, el ajuste secundario es la suposición de una contribución oculta

a la subsidiaria que conduce a un aumento de los costos de adquisición de la participación a nivel de la empresa matriz austriaca (para fines fiscales) si la empresa matriz se encuentra en Austria, o reserva de capital (a efectos fiscales) si la filial que recibe la ventaja se encuentra en Austria. Alternativamente, el ajuste secundario puede (nuevamente) ser la reserva de una cuenta por cobrar de precios de transferencia y la responsabilidad correspondiente en los balances de las empresas relacionadas.

En el caso de un margen de beneficio debido a un ajuste primario de precios de transferencia, se puede hacer un ajuste correspondiente en el otro país, en el que reside la parte relacionada. Esto es para evitar la doble imposición internacional bajo un convenio (Schachner, Wittmann y Nekrasov, 2019, pp. 8-9).

En virtud de lo expuesto, la legislación austríaca admite el ajuste secundario bajo la modalidad de aporte de capital o la de distribución de beneficios, así como proporciona alternativas a la aplicación del ajuste secundario (cuentas por cobrar). Debe mencionarse que, la figura de distribución de beneficios comprende un espectro más amplio que el de distribución de dividendos en la medida que se aplica en casos donde la transferencia se hizo a de un accionista o una empresa hermana y no sólo a una matriz.

d) España

La regulación de los precios de transferencias u operaciones entre partes o entidades vinculadas en España data de los años 70's, específicamente a 1978, en el que a través de la promulgación de la Ley 61/1978, de 27 de diciembre, del Impuesto a las Sociedades se incorpora el apartado 2 del artículo 16° titulado "valoración de ingresos y gastos" el cual señalaba que "cuando se trate de operaciones entre Sociedades vinculadas, su valoración a efectos de este Impuesto se realizará de conformidad con los precios que serían acordados en condiciones normales de mercado entre sociedades independientes".

A lo largo de los años, dicho texto ha sufrido diversos cambios normativos, señalándose entre ellos: la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, mediante la cual se introduce el artículo 16° como regulador de las "operaciones vinculadas"; el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto

sobre Sociedades, derogando la Ley del Impuesto sobre Sociedades de 1995 y cambia la redacción del citado artículo 16º, no advirtiéndose novedades de fondo; y, la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal por medio del que se efectúa una importante reforma al régimen de operaciones vinculadas, siendo relevante destacar la introducción del ajuste secundario, así como la variación de la potestad valorativa de la Administración Tributaria a una norma valorativa obligatoria también para los contribuyentes y la eliminación de que se verifique un perjuicio económico para la Hacienda española a fin de valorar a precios de mercado.

En la actualidad, los precios de transferencia se encuentran regulados en la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (en adelante, LIS 2014), que derogó al Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades de 2004, presentando novedades significativas tales como: el perímetro de la vinculación, documentación justificativa de la determinación del valor de mercado de las operaciones, el ámbito de los métodos de valoración, los acuerdos previos de valoración, el ajuste secundario, entre otros.

Según se ha señalado, si bien desde 1978 España regula el régimen de precios de transferencia, no es hasta el 2006 que mediante la Ley 36/2006 incorpora el ajuste secundario en su normativa. Su introducción fue efectiva con el desarrollo reglamentario de la ley, producida en el 2008 con la aprobación del Real Decreto 1793/2008, de 3 de noviembre, de modificación del Real Decreto 1777/2004 que aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades (en adelante, RIS 2004). La regulación del ajuste secundario se introduce en el artículo 21 bis RIS 2004.

Es sabido que la incorporación del ajuste secundario trajo diversas críticas a su regulación. Ferrer Vidal (2014) señala, entre ellas, a la excesiva automaticidad en su aplicación, al cuestionamiento sobre quién ostenta la legitimidad para efectuar el ajuste, la inseguridad jurídica, el incumplimiento del derecho mercantil, así como la posible inconstitucionalidad a través de la vulneración de los principios de capacidad económica y reserva de ley. (pp. 144-173)

Añade que justamente debido a las críticas respecto a su inconstitucionalidad es que el Consejo Superior de Colegios Titulares Mercantiles de España en fecha 16 de enero de 2009, interpuso recurso contencioso-administrativo ante la Sala 3ª de Tribunal Supremo contra el RIS, alegando, entre otros, la nulidad de los apartados 2 y 3 del artículo 21 bis RIS 2004.

A través de la Sentencia del Tribunal Supremo 3075/2014, de 27 de mayo, el colegiado resuelve declarar nulo el artículo 21.2 del Real Decreto 1777/2004 (norma que junto al artículo 16.8 TRLIS 2004 recogía el ajuste secundario) al considerar que regulaba aspectos no dispuestos en la ley que desarrollaba, esto es, la violación del principio de reserva de ley.

Es así como, hasta el 31 de diciembre del 2014, el ajuste secundario se regula en el artículo 16.8 TRLIS 2004. Sin embargo, a raíz de la mencionada sentencia, en el 2015 entra en vigor la LIS 2014 incorporando la normativa del ajuste secundario en el apartado 11 del artículo 18 y a nivel reglamentario, en el artículo 20 del Real Decreto 634/2015, de 10 de julio (en adelante, RIS 2015).

Sobre el particular, Gómez Piñol (2017) señala que si se efectúa un análisis de las redacciones del artículo 16.8 LIS 2004, del 21 bis RIS 2004 y del vigente 18.11 LIS 2014, se detecta una serie de diferencias, tales como: a) la presunción referente a la calificación de renta se eleva a rango de ley, subsanando así el defecto de exceso reglamentario de la anterior normativa, b) las presunciones iuris tantum de calificación fiscal previstas en el artículo 21 bis 3 del RIS 2004 desaparecen, tanto en la ley como en el reglamento, advirtiéndose que debe interpretarse como una presunción iuris et de iure, que no admite prueba en contrario, y c) se añade la posibilidad de restitución patrimonial en el último párrafo del artículo 18.11 LIS 2014. (p. 17)

El apartado 11 del artículo 18 LIS 2014 señala lo siguiente:

En aquellas operaciones en las que se determine que el valor convenido es distinto del valor de mercado, la diferencia entre ambos valores tendrá, para las personas o entidades vinculadas, el tratamiento fiscal que corresponda a la naturaleza de las rentas puestas de manifiesto como consecuencia de la existencia de dicha diferencia.

En particular, en los supuestos en los que la vinculación se defina en función de la relación socios o partícipes-entidad, la diferencia tendrá, con carácter general, el siguiente tratamiento:

- Cuando la diferencia fuese a favor del socio o partícipe, la parte de la misma que se corresponda con el porcentaje de participación en la entidad se considerará como retribución de fondos propios para la entidad y como participación en beneficios para el socio. La parte de la diferencia que no se corresponda con aquel porcentaje, tendrá para la entidad la consideración de retribución de fondos propios y para el socio o partícipe de utilidad percibida de una entidad por la condición de socio, accionista, asociado o partícipe de acuerdo con lo previsto en el artículo 25.1.d) de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio.
- Cuando la diferencia fuese a favor de la entidad, la parte de la diferencia que se corresponda con el porcentaje de participación en la misma tendrá la consideración de aportación del socio o partícipe a los fondos propios de la entidad, y aumentará el valor de adquisición de la participación del socio o partícipe. La parte de la diferencia que no se corresponda con el porcentaje de participación en la entidad, tendrá la consideración de renta para la entidad, y de liberalidad para el socio o partícipe. Cuando se trate de contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de no Residentes sin establecimiento permanente, la renta se considerará como ganancia patrimonial de acuerdo con lo previsto en el artículo 13.1.i). 4.º del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo.

No se aplicará lo dispuesto en este apartado cuando se proceda a la restitución patrimonial entre las personas o entidades vinculadas en los

términos que reglamentariamente se establezcan. Esta restitución no determinará la existencia de renta en las partes afectadas.

En concordancia, el artículo 20° RIS 2015 advierte:

Artículo 20. Restitución patrimonial derivada de las diferencias entre el valor convenido y el valor de mercado de las operaciones vinculadas.

- En aquellas operaciones en las cuales el valor convenido sea distinto del valor de mercado, la diferencia entre ambos valores tendrá para las personas o entidades vinculadas el tratamiento fiscal que corresponda a la naturaleza de las rentas puestas de manifiesto como consecuencia de la existencia de dicha diferencia, de acuerdo con lo establecido en el artículo 18.11 de la Ley del Impuesto.
- No se aplicará lo dispuesto en el apartado anterior cuando se proceda a la restitución patrimonial entre las personas o entidades vinculadas. Para ello, el contribuyente deberá justificar dicha restitución antes de que se dicte la liquidación que incluya la aplicación de lo señalado en el apartado anterior.

Tal como se observa, el ajuste secundario en España es reconocido en una norma con rango de Ley que permite recalificar la diferencia entre el valor convenido y el valor de mercado de acuerdo con la naturaleza que corresponda a las rentas. En específico, la LIS 2014 dispone la recalificación de renta como un dividendo o aporte de capital, dependiendo de si la diferencia fue a favor del socio o de la entidad, respectivamente.

Sin embargo, la particularidad de la legislación española prevista para el ajuste secundario se observa en que sólo la parte de la renta que corresponda al porcentaje de participación en la entidad correrá la suerte de lo mencionado en el párrafo anterior, siendo que la otra parte que no corresponda a tal porcentaje será objeto de una segunda recalificación, tratándose fiscalmente como una utilidad percibida o liberalidad para el socio.

A modo de resumen, el tratamiento tributario del ajuste secundario dispone lo siguiente:

Tabla 2.1*Resumen del artículo 18.11 LIS 2014*

		Renta que se corresponda con el % de participación	Renta que no se corresponda con el % de participación
Diferencia a favor del socio	Socio o partícipe	Participación en beneficios (dividendos).	Utilidad percibida de una entidad por la condición de socio, accionista, asociado o partícipe.
	Entidad	Retribución de fondos propios	Retribución de fondos propios
Diferencia a favor de la entidad	Socio o partícipe	Aportación del socio y aumento del valor de adquisición de la participación	Liberalidad
	Entidad	Aportación de fondos propios	Renta (Ingreso extraordinario)

La normativa española ha sido muy singular al regular el ajuste secundario, no sólo otorgándole una recalificación jurídica, sino que además efectúa un tratamiento diferenciado de las rentas en función al porcentaje de participación. Esta regulación no es relativamente nueva, ya desde la introducción del ajuste secundario en el año 2006 se disponía estos tipos de recalificación siendo muy comentados por la doctrina puesto que ninguno de los países europeos lo aplican de esa manera, ni las directrices de la OCDE lo respaldan.

La crítica unánime de la fragmentación de la renta recibida por el socio tiene su base en el veto directo que supone la no aplicación de ningún mecanismo que permita eliminar o al menos aliviar, la doble imposición que supone la obtención de una renta derivada de la participación en fondos propios. (Ferrer Vidal, 2014, p. 185).

Es así como, muchos autores han tratado de entender la motivación del legislador para fragmentar el tratamiento fiscal del ajuste secundario, siendo Vadillo Casero (2008), quien señala lo siguiente:

Precisamente, y a pesar que no pueda parecerlo, el legislador ha tenido en cuenta el efecto que una operación de “disminución de fondos” produce sobre los otros socios. En realidad, el hecho que un socio perciba beneficios por encima de su porcentaje de participación únicamente puede

responder a un hecho: los otros socios también han percibido este beneficio en proporción a su participación y posteriormente han efectuado una donación a favor del socio interviniente en la operación vinculada; o lo que es lo mismo, la renta calificada como “utilidad percibida por la condición de socio” no deja de ser una “adquisición lucrativa”, ajena a la causa societatis.

En este sentido, el mencionado autor considera que con esta doble calificación el legislador se ahorra el “rodeo” de inmiscuir a los otros socios, consiguiendo un efecto similar si califica doble y directamente al socio finalmente favorecido. (Como se cita en Ferrer Vidal, 2014, p. 186)

Según se advierte la razón de la regulación diferenciada del ajuste secundario se justifica en que se ha previsto reconocer el efecto que produce el flujo de rentas para los demás socios que no participan en la transacción a fin de que también se les otorgue un tratamiento fiscal y la renta no quede exenta de tributar.

A nuestro entender, tal diferenciación resulta innecesaria si el único objetivo es que las rentas sean objeto de tributación puesto que el mismo efecto se consigue si se hubiese considerado todo el exceso como dividendos. Distinto es el caso de la calificación como aporte de capital, que más parece que la fragmentación ha llevado que en vez de que, por su naturaleza, tales rentas permanezcan sin tributación, pasen ahora a ser una renta tributable bajo el concepto de liberalidad lo cual aflora el afán recaudatorio de la Hacienda española, teniendo en cuenta que en el derecho comparado no existe regulación alguna que se le asemeje.

Ahora, lo que sí resulta una novedad para el ajuste secundario es que en la actualidad gozan de la posibilidad de efectuar lo que la legislación ha denominado como “restitución patrimonial” la cual consiste en la devolución del exceso de fondos resultante de la operación vinculada celebrada a precios diferentes a los de mercado, que opera como alternativa a la aplicación del ajuste secundario y debe ser efectuada antes de que se dicte la liquidación definitiva del ajuste secundario.

Como se ha desarrollado, esta alternativa está inspirada en el “relief procedure” regulado en la normativa americana (Estados Unidos), aunque en España no se considera como una operación de préstamo, sino que se concibe como una repatriación patrimonial del exceso de renta a fin de que no se aplique las presunciones del artículo 18.11 LIS 2014 evitando los problemas de la doble imposición generados por la calificación como dividendos o aporte de capital.

Por lo expuesto, podemos señalar que la legislación española, a lo largo de los años, ha tratado de resolver los defectos de su regulación, la cual, si bien no ha sido del agrado ni de la doctrina ni de los contribuyentes, por lo menos sí reconoce la naturaleza jurídica de la operación secundaria y, además, ofrece una alternativa a su aplicación a través de la restitución patrimonial.

2.1.3 Asia

a) Corea del Sur

Mediante la promulgación de *Law for the Coordination of International Tax Affairs* (LCITA), el 1 de enero de 1996, se incorporó en la legislación surcoreana la regulación de los precios de transferencia, la cual se redactó atendiendo el principio de *arm's length* y las Directrices de la OCDE.

Ahora bien, de la revisión de la normativa surcoreana, se aprecia que el tratamiento tributario del ajuste secundario se encuentra previsto en el artículo 9 del *Adjustment of International Taxes Act*, de cuya lectura se desprende que por defecto podrá aplicarse el ajuste secundario, teniendo en cuenta que sólo en el caso que se verifique que el monto que se incluirá en las ganancias no hubiese sido devuelto por la parte relacionada extranjera a una corporación doméstica, dicho monto sería calificado como dividendo o como un aporte en la parte extranjera vinculada. (Ministerio de Economía y Finanzas de la República de Corea, 2016)

Por su parte, a través del artículo 15 del *Enforcement Decree of The Adjustment of International Taxes Act*, se precisa que ante la posibilidad de efectuarse el ajuste secundario de conformidad con el artículo 9, las autoridades fiscales efectuarán una retención temporal hasta que se verifique la devolución, para lo cual deberán comunicarle a través de un acto la disposición de retención.

En cuanto a la forma de ajuste secundario, se tiene que en el artículo 16 del citado dispositivo legal, se establece que, de no verificarse la devolución, se efectuaría un ajuste bajo la forma de dividendo o aporte, de acuerdo con lo siguiente:

- Si la parte vinculada extranjera es uno de los accionistas de la corporación nacional pertinente, se tratará como el dividendo imputado a parte relacionada extranjera.
- Si la parte vinculada extranjera es una corporación en la que invierte la corporación nacional pertinente, se considerará como el aumento de la inversión en la parte relacionada extranjera.
- Si la parte vinculada extranjera es una persona distinta de las establecidas en los subpárrafos 1 y 2, se tratará como el dividendo imputado a la parte relacionada extranjera. (Ministerio de Economía y Finanzas de la República de Corea, 2015)

De lo expuesto, se aprecia que, el ajuste secundario en la legislación surcoreana se prevé en el supuesto en que no se produzca la restitución del monto excedente, la cual es promovida con la finalidad de evitar un escenario de doble imposición derivada de los precios de transferencia, lo cual consideramos acorde con el principio de plena competencia en la medida que, una vez efectuada la restitución, la operación primaria se encontraría a valor de mercado.

b) India

El Régimen de Precios de Transferencias en India se encuentra regulado bajo las Secciones 92 a 92F de la Ley del Impuesto sobre la Renta de 1961 (en adelante, la LIR 1961), siendo aplicado a transacciones transfronterizas intragrupo desde el 1 de abril de 2001 y a transacciones nacionales específicas desde el 1 de abril de 2013, según lo dispuesto por el Finance Act, 2012.

La normativa se basa principalmente en los Lineamientos de la OCDE, describiendo los diversos métodos de precios de transferencias, imponiendo amplios requisitos de documentación y asimismo, contiene severas disposiciones penales por incumplimientos.

A modo general, la LIR 1961 señala que los ingresos derivados de transacciones internacionales o transacciones nacionales específicas entre empresas asociadas debe calcularse teniendo en cuenta el principio de *arm's length*, encontrándose incluido cualquier provisión para gastos, intereses o asignación de cualquier costo o gasto que surja de una transacción internacional o transacción nacional específica.

Ahora bien, la regulación del ajuste secundario fue introducida en el cuerpo normativo mediante el Finance Act, 2017, que inserta la nueva sección 92CE en la LIR 1961, vigente desde el 1 de abril de 2017, el cual requiere que el contribuyente efectúe el ajuste secundario en sus libros de contabilidad en algunos casos específicos y, al mismo tiempo, demanda que el beneficio excedente se remita a la India dentro de un periodo de tiempo determinado si se desea evitar intereses presuntos sobre el dinero no remitido.

Al respecto, la Sección 92CE (1) de la LIR 1961 señala los casos en que se aplicará el ajuste secundario, de acuerdo a lo siguiente:

Secondary adjustment in certain cases.

92CE. (1) Where a primary adjustment to transfer price, —

- (i) has been made suo motu by the assessee in his return of income;
- (ii) made by the Assessing Officer has been accepted by the assessee;
- (iii) is determined by an advance pricing agreement entered into by the assessee under section 92CC 56[, on or after the 1st day of April, 2017];
- (iv) is made as per the safe harbour rules framed under section 92CB; or
- (v) is arising as a result of resolution of an assessment by way of the mutual agreement procedure under an agreement entered into under section 90 or section 90A for avoidance of double taxation, the assessee shall make a secondary adjustment:

Provided that nothing contained in this section shall apply, if, —

- (i) the amount of primary adjustment made in any previous year does not exceed one crore rupees; 57[or]

(ii) the primary adjustment is made in respect of an assessment year commencing on or before the 1st day of April, 2016:

Como podemos observar, la ley señala cinco situaciones en las que procede efectuar el ajuste secundario y, además, ofrece una excepción de su aplicación, en tanto se verifique el cumplimiento de dos condiciones, a saber, que el monto del ajuste primario realizado en cualquier año anterior no exceda los 10 millones de rupees (alrededor de 137,000 USD) y que el ajuste primario se realice respecto de un año de evaluación que comience el 1 de abril de 2016 o antes.

Respecto a la repatriación de fondos en exceso, la sección 92CE (2) de la norma en mención establece que:

(2) Where, as a result of primary adjustment to the transfer price, there is an increase in the total income or reduction in the loss, as the case may be, of the assessee, the excess money 58[or part thereof, as the case may be,] which is available with its associated enterprise, if not repatriated to India within the time as may be prescribed, shall be deemed to be an advance made by the assessee to such associated enterprise and the interest on such advance, shall be computed in such manner as may be prescribed.

(2A) Without prejudice to the provisions of sub-section (2), where the excess money or part thereof has not been repatriated within the prescribed time, the assessee may, at his option, pay additional income-tax at the rate of eighteen per cent on such excess money or part thereof, as the case may be.

(2B) The tax on the excess money or part thereof so paid by the assessee under sub-section (2A) shall be treated as the final payment of tax in respect of the excess money or part thereof not repatriated and no further credit therefor shall be claimed by the assessee or by any other person in respect of the amount of tax so paid.

(2C) No deduction under any other provision of this Act shall be allowed to the assessee in respect of the amount on which tax has been paid in accordance with the provisions of sub-section (2A).

(2D) Where the additional income-tax referred to in sub-section (2A) is paid by the assessee, he shall not be required to make secondary

adjustment under sub-section (1) and compute interest under sub-section (2) from the date of payment of such tax.]

Según se advierte, si como resultado de un ajuste primario existe un aumento en el ingreso total o una reducción en la pérdida, según sea el caso, el exceso de dinero que se encuentra disponible en la parte relacionada, si no es repatriado a la India en el tiempo prescrito, se procederá a considerar un anticipo hecho a la parte relacionada y los intereses sobre tal anticipo se computarán de manera que prescriba.

En concordancia, la Regla 10CB, relacionado a la sección 92CE establece que el plazo para la repatriación del exceso de dinero será de 90 días, computados (a manera de resumen) de la siguiente manera:

Tabla 2.2

Plazo para la Repatriación de Fondos

Situación descrita en Sección 92CE (1)	Plazo
(ii) Ajuste Primario hecho por el oficial evaluador (Administración Tributaria) y aceptado por el contribuyente	90 días a partir de la fecha de la orden del oficial evaluador o autoridad de apelación
(i) Ajuste primario suo moto	90 días a partir de la fecha de vencimiento de la presentación de la declaración de Ingresos según la sección 139 (1) de la Ley.
(iii) Ajuste primario debido a un APA	
(iv) Ajuste primario realizado bajo las disposiciones de puerto seguro	
(v) Ajuste primario debido a un MAP	

Asimismo, dicha disposición estipula que de no efectuarse la repatriación en el periodo señalado, el dinero en exceso se considera un anticipo otorgado por el contribuyente a su parte relacionada y el interés imputado se calcula (a) cuando la transacción internacional está denominada en moneda nacional (INR), el interés se calculará a la tasa de préstamo de costo marginal de fondos a un (1) año del Banco Estatal de India del 1 de abril del año financiero anterior más 325 puntos básicos y (b) cuando la transacción internacional está denominada en moneda extranjera, el interés se calculará sobre la tasa LIBOR a seis (6) meses del 30 de setiembre del año financiero correspondiente más 300 puntos básicos.

Cabe precisar que, sin perjuicio de lo señalado en los párrafos anteriores, la LIR 1961 establece en la sección 92CE (2A) al (2D) previamente citada que, cuando no se haya efectuado la repatriación en el periodo prescrito, el contribuyente puede (opcionalmente) pagar un impuesto a la renta adicional con la tasa del 18% sobre el exceso del dinero, en cuyo caso, será tratado como el pago final del impuesto respecto del exceso y ningún crédito podrá ser reclamado ni por el contribuyente ni por cualquier otra persona. De acogerse a esta opción, no será necesario realizar el ajuste secundario en la contabilidad ni computar intereses desde la fecha de pago del impuesto.

Por su parte, debe mencionarse que la Sección 92CE (3) de la LIR 1961 establece las definiciones de los términos: empresa asociada, precio *arm's length*, exceso de dinero, ajuste primario y ajuste secundario, definiendo este último como el ajuste en los libros de contabilidad del contribuyente y su empresa asociada para reflejar que la asignación real de las ganancias entre el contribuyente y su empresa asociada son consistentes con el precio de transferencia determinado como resultado del ajuste primario, eliminando así el desequilibrio entre la cuenta de efectivo y el beneficio real del contribuyente.

Es así como, la regulación desarrollada se caracteriza por señalar las situaciones específicas en las que procederá el reconocimiento del ajuste secundario en la contabilidad del contribuyente y establecer la repatriación de los fondos en exceso como procedimiento a fin de evitar la imputación de intereses. Asimismo, resulta innovador que se ofrezca la posibilidad de no aplicar el ajuste secundario por el pago de una Tasa adicional del Impuesto a la Renta.

Por lo expuesto, resulta evidente que la legislación en India es quizás una de las más avanzadas de las estudiadas a lo largo del presente capítulo, debido a que ofrece diversos mecanismos para no realizar el ajuste secundario, que como se ha visto, su aplicación no es recomendada por las Directrices de Precios de Transferencia de la OCDE.

2.2 Legislación peruana

2.2.1 Los precios de transferencia en la legislación peruana

La regulación de precios de transferencias en nuestro país data desde las modificaciones a la Ley del Impuesto a la Renta introducidas a través de las Leyes N.º 27034 y 27356. La primera fue publicada el 30 de diciembre de 1998 mediante la cual se modificó el artículo 32º de la referida ley, dándole su estructura actual e incorporando el numeral 4 referido al valor de mercado en las transacciones entre empresas vinculadas económicamente.

Mientras que la segunda se publicó el 18 de octubre de 2000, la cual incluyó en el numeral 4 del artículo 32º, la posibilidad de aplicar el método de valoración más apropiado, mencionando expresamente a los métodos de precios de transferencia tales como el costo incrementado y precio de reventa, entre otros. Asimismo, se introdujo el numeral 5 para establecer el valor de mercado en las transacciones que se realicen “desde, hacia o a través de países o territorios de baja o nula imposición”.

Sin embargo, a partir del año 2004, mediante la promulgación del Decreto Legislativo N.º 945, el 23 de diciembre de 2003, se establece una normativa completa y estructurada sobre este tema, basada en las directrices internacionales aprobadas por la OCDE.

En el artículo 32º-A de la ley antes mencionada, norma que trata exclusivamente sobre precios de transferencias, se recogieron disposiciones sobre el ámbito de aplicación, la definición de partes vinculadas, los ajustes, el análisis de comparabilidad, los métodos utilizados, los acuerdos anticipados de precios, las obligaciones formales que los sujetos comprendidos deben cumplir y las fuentes de interpretación.

Cabe mencionar que dicha regulación tuvo cambios sustanciales a partir del año 2013, a través de las modificaciones dispuestas por los Decretos Legislativos N.º 1112, 1116 y 1124. Asimismo, se produjo un último cambio en el año 2018, mediante el Decreto Legislativo N.º 1369 que prevé la regulación sobre los servicios intragrupo.

En línea de lo expuesto, debemos mencionar que mediante la regla de valor de mercado prevista en el artículo 32º de la citada ley, se exige que las partes valoren sus operaciones tomando en cuenta el principio de plena competencia para efectos tributarios.

Asimismo, se tiene que las reglas de precios de transferencia en el Perú son aplicables a: (a) transacciones llevadas a cabo entre partes vinculadas, (b) aquellas realizadas “desde, hacia o a través de países o territorios no cooperantes o de baja o nula imposición” y (c) a las que se realicen con sujetos cuyas rentas, ingresos o ganancias provenientes de dichas transacciones están sujetos a un régimen fiscal preferencial, debiendo precisarse que estas reglas serán aplicadas en operaciones nacionales e internacionales. Para fines de un mejor entendimiento, emplearemos el término “transacciones controladas”, el cual comprende a las transacciones detalladas en los acápite a, b y c.

En todos los casos, las normas de precios de transferencia tendrán como finalidad impedir que las condiciones en que se hayan efectuado las operaciones difieran de los precios de mercado acordados entre empresas independientes, en transacciones comparables.

Sin embargo, debemos tener en cuenta que la aplicación de las reglas de precios de transferencia no implica necesariamente un ajuste de los precios, márgenes o contraprestaciones convenidas, aun cuando difieran de los de mercado. Esto solo ocurrirá en tanto la valorización convenida en las transacciones sujetas al ámbito de aplicación de estas regulaciones, difiriendo del estándar *arm's length*, arroje un perjuicio fiscal.

En efecto, como se puede observar del inciso c) del artículo 32°-A de la aludida ley, un requisito para poder efectuar un ajuste de precios de transferencia en nuestra legislación es que los precios pactados entre las partes difieran del valor de mercado y originen la determinación de un menor Impuesto a la Renta en el país que el que se hubiera determinado de aplicarse a la transacción las normas de precios de transferencia, este es el denominado perjuicio fiscal; siendo que, en caso este no se produjera, el valor de la transacción, a pesar de diferir del de mercado, no será susceptible de modificación por parte de la Administración Tributaria.

Ahora bien, ¿cómo se determina que existe un menor impuesto en el país? El “Impuesto a la Renta inferior en el país” se determina analizando la operación en su conjunto, es decir, considerando a todas las partes intervinientes. Asimismo, se analiza transacción por transacción (o grupo de transacciones).

Una metodología para determinar si se ha producido el perjuicio fiscal podría ser la siguiente: 1) Comparar la situación tributaria declarada real del contribuyente, de

acuerdo a los precios pactados con la otra parte; 2) Comparar la misma operación, pero modificando el valor de la operación analizada según la metodología de precios de transferencias; 3) En la determinación de 1) y 2), debemos considerar todos los escudos fiscales existentes, llámense saldos a favor, pérdidas tributarias, créditos, entre otros, que pueda tener el contribuyente a fin de analizar si existe perjuicio, y 4) Finalmente, si se verifica que el 2) arroja como resultado una situación impositiva más favorable al fisco, esto es, si la posición del fisco mejora respecto de la situación 1) declarada, entonces procederá el ajuste de precios de transferencias, al haberse determinado un perjuicio fiscal.

En esa línea, procederemos a analizar los siguientes casos:

La empresa A le presta servicios a su empresa vinculada B al precio de S/ 100. Ambas domiciliadas en el Perú. De acuerdo con las normas de precios de transferencias, el precio pactado debió ser de S/ 200 ¿Corresponde efectuar un ajuste de precios de transferencia?

La empresa A deberá pagar por la prestación de servicios un Impuesto a la Renta ascendente a S/ 29.50 (considerando la tasa impositiva del 29.5% vigente actualmente), por su parte, la empresa B tendrá un gasto por el mismo importe. Asumiendo el precio con precio de transferencia, la empresa A tendrá ahora que pagar un Impuesto a la Renta por S/ 59; sin embargo, la empresa B aumentará el gasto deducible por el importe de S/ 59. Por lo que, el efecto neto será de 0 y, por tanto, no corresponde realizar ajuste al no verificarse un perjuicio fiscal.

Caso distinto, sería si en el mismo ejemplo descrito en el párrafo anterior, la empresa A contara con pérdidas tributarias por (S/ 100). En este supuesto, el mayor Impuesto a la Renta que le correspondería pagar a la empresa A se diluye por las pérdidas tributarias, con lo cual, se verifica que existe un “Impuesto a la Renta inferior en el país” y, por tanto, procede a efectuar los ajustes respectivos.

2.2.2 Ajustes de precios de transferencia

Conforme se ha indicado precedentemente sólo procederá ajustar el valor convenido por las partes cuando este determine en el país un Impuesto a la Renta inferior del que correspondería por aplicación de las normas de precios de transferencias, debiendo tenerse en cuenta que en virtud de lo establecido en el inciso c) del artículo 32-A de la

Ley del Impuesto a la Renta, el ajuste de valor asignado por la Administración Tributaria surte efecto tanto para el transferente como para el adquirente y que, tratándose de sujetos no domiciliados, lo señalado corresponde respecto de transacciones que generen rentas gravadas en el Perú y/o deducciones para la determinación de su impuesto en el país.

Por su parte, el artículo 109° del reglamento de la anotada ley establece las disposiciones a tenerse en cuenta respecto a los ajustes regulados en la legislación peruana.

a) Ajuste primario

Tartarini Tamburini (2016) señala que “el ajuste primario o también denominado ajuste inicial es la consecuencia directa e inmediata de los precios de transferencia y origina en el contribuyente fiscalizado un incremento en su renta gravada o una disminución de sus gastos deducibles, consiguiendo el efecto de la determinación de un mayor Impuesto” (p. 34).

Al respecto, el inciso b) del artículo 109° del referido reglamento indica lo siguiente:

b) Ajustes primarios

Si como consecuencia del ajuste efectuado se produjera un pago indebido o en exceso, se entenderá que dicho pago devendrá en tal cuando el acto administrativo en el que conste el ajuste quede firme o consentido.

Los resultados provenientes del ajuste por aplicación de las normas de precios de transferencia no modificarán la base imponible de los pagos a cuenta a cargo del contribuyente.

b) Ajuste correlativo

De acuerdo con lo señalado en el inciso c) del artículo 109° del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta, los ajustes correlativos se regirán por las disposiciones contenidas en los convenios internacionales para evitar la doble imposición celebrados por el Perú facultando como autoridad competente para el procedimiento de acuerdo mutuo a la SUNAT. Asimismo, se señala que el ajuste

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

Asimismo, debe precisarse que el ajuste correlativo se encuentra regulado en los artículos 9° de los Convenios internacionales para evitar la doble imposición celebrados por el Perú con los siguientes países: Chile, Canadá, Suiza, Portugal, México, Corea y Japón; así como en el artículo 7° de la Decisión N.° 578 de la Comunidad Andina, que aprobó el régimen para evitar la doble tributación con Bolivia, Colombia y Ecuador.

c) Ajuste secundario

En la legislación peruana, se advierte que a la fecha el ajuste secundario se encuentra previsto en el inciso d) del artículo 109° del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta, el cual dispone que como consecuencia de los ajustes primarios no se generan los dividendos previstos en el artículo 24°-A de referida ley, con excepción del supuesto contemplado en el inciso g) de dicho artículo.

El inciso g) del artículo 24°-A de la citada ley dispone que se entiende por dividendos y cualquier otra forma de distribución de utilidades a 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.

Conforme al segundo párrafo del artículo 55° de la anotada ley, la tasa adicional del cinco por ciento (5%) sobre las sumas a que se refiere el inciso g) del artículo 24°-A sólo resulta aplicable a las personas jurídicas.

Por su parte, el artículo 13°-B del reglamento de la mencionada ley, establece que a efectos del inciso g) del artículo 24°-A de la ley, constituyen gastos que significan “disposición indirecta de renta no susceptible de posterior control tributario”, aquellos gastos susceptibles de haber beneficiado a los accionistas, participacionistas, titulares y en general a los socios o asociados de personas jurídicas a que se refiere el artículo 14° de dicha ley, entre otros, los gastos particulares ajenos al negocio, los gastos de cargo de los accionistas, participacionistas, titulares y en general socios o asociados que son asumidos por

la persona jurídica. Asimismo, se indica que reúnen la misma calificación, entre otros, los gastos sustentados por comprobantes de pago falsos, no fidedignos.



CAPÍTULO III: ANÁLISIS DEL AJUSTE SECUNDARIO EN EL PERÚ, PROBLEMÁTICA Y PROPUESTAS DE SOLUCIÓN

3.1 Constitucionalidad del ajuste secundario

La forma en que se regula el ajuste secundario constituye una materia que se encuentra en permanente examen, siendo una muestra de ello a nivel internacional, lo expuesto en el Foro Conjunto Europeo sobre Precios de Transferencia (EU JTPF) y la postura reservada de la OCDE frente a esta figura, la cual ha sido recogida en sus Directrices de Precios de Transferencia.

Debe precisarse que, tal situación no es ajena a la realidad peruana, conforme se puede apreciar en la doctrina (Villanueva Gutiérrez, Tartarini Tamburini y Villagra Cayamana), así como en recientes resoluciones del Tribunal Fiscal, en cuyos considerandos se observa que los contribuyentes sostienen que la legislación que regula dicha institución jurídica no sólo es deficiente sino que transgrede principios como el de reserva de ley y jerarquía normativa; sin embargo, aún no se cuenta con un pronunciamiento en instancia administrativa y/o judicial que dilucide tales cuestionamientos. Ello ha motivado que en el presente trabajo abordemos tales aspectos controvertidos a continuación.

3.1.1 Enjuiciamiento bajo el principio de capacidad contributiva

En primer lugar, debe anotarse que el principio de capacidad contributiva no ha sido expresamente consagrado en el artículo 74° de la Constitución Política del Perú; no obstante, este ha sido reconocido como un principio constitucional implícito por parte del Tribunal Constitucional Peruano, tal como evidencia Tarsitano (2014), al señalar que:

En la sentencia N.º 0033-2004-AI/TC, declaró que: “la capacidad contributiva es un principio implícito de la tributación y que tiene un nexo indisoluble con el hecho sometido a la imposición, configurando el presupuesto legitimador para establecer tributos”, precisando que: “siempre que se establezca un tributo, éste deberá guardar íntima relación con la capacidad económica de los sujetos

obligados, ya que sólo así se respetará la aptitud del contribuyente para tributar o, lo que es lo mismo, sólo así el tributo no excederá los límites de la capacidad contributiva del sujeto pasivo, configurándose el presupuesto legitimador en materia tributaria y respetando el criterio de justicia tributaria en el cual se debe inspirar el legislador, procurando siempre el equilibrio entre el bienestar general y el marco constitucional tributario al momento de regular cada figura tributaria”. (p. 123)

Asimismo, dicho colegiado estableció que:

Solamente el legislador podrá tomar como índice concreto de capacidad contributiva la renta generada por el sujeto pasivo del tributo o aquella que potencialmente pueda ser generada, y en esa misma línea podrán ser indicadores de capacidad contributiva en otros tributos el patrimonio o el nivel de consumo o gasto o la circulación del dinero. [STC N.º. 33-2004-AI/TC].

En esa línea, “el impuesto no puede tener como elemento base de la imposición una circunstancia que no sea reveladora de capacidad económica o contributiva”. [STC N.º. 646-1996-AA/TC].

En ese sentido, a fin de determinar si efectivamente mediante el inciso d) del artículo 109º del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta se somete o no a gravamen un índice concreto de capacidad contributiva, conviene recordar la controversia atendida a través de la Resolución del Tribunal Fiscal N.º 11932-1-2019.

Dicha resolución versa sobre un caso en el que la Administración Tributaria señala que el valor de la transacción observada no se ajusta al de mercado al verificarse que corresponde a un ingreso subvaluado, lo que da a lugar a la configuración del ajuste primario y como consecuencia de ello, califica de forma automática la diferencia como dividendo presunto, importe sobre el cual aplica la tasa por disposición indirecta establecida en el artículo 55º de la anotada ley, modificado por el Decreto Legislativo N.º 1261.

Sobre el particular, debe tenerse en cuenta que:

El uso de principios constitucionales en el razonamiento jurídico no se agota en la concreción (de los principios mismos) y en la ponderación (de principios en conflicto). En general, los principios constitucionales desarrollan la función de orientar las decisiones interpretativas.

Esto sucede de modo particularmente evidente en el caso de la interpretación llamada “adecuadora” de la ley, es decir, la interpretación de la ley en sentido conforme a la Constitución.

De frente a un texto de ley que admite dos interpretaciones alternativas, una de las cuales se encuentra en conflicto con un principio constitucional, mientras que la otra es conforme, el juez constitucional escoge normalmente esta segunda interpretación, descartando la primera (y así pronunciando una sentencia “interpretativa”, típicamente una interpretativa de rechazo). Y el principio constitucional en cuestión es adoptado precisamente como argumento para justificar la interpretación elegida.

De este modo, el juez constitucional (pero ocasionalmente también el juez ordinario) hace dos cosas notorias: por un lado, (a) preserva la coherencia lógica o la armonía axiológica del ordenamiento, y por el otro, (b) conserva la validez de un texto legislativo que, de ser interpretado de forma diferente, debería ser declarado inválido (inconstitucional). (Guastini, 2015, pp. 2058-2059)

En ese sentido, se advierte que la aplicación automática efectuada por la Administración Tributaria, esto es, sin realizar una interpretación sistemática o adecuada, conlleva a que se grave capacidades contributivas inexistentes como ocurriría en el caso de subvaluación de ingresos; por lo que, consideramos que resulta imprescindible limitar el automatismo de los ajustes secundarios.

3.1.2 Análisis bajo el principio de reserva de ley. Extralimitación reglamentaria

Como cuestión previa, debemos precisar que el principio de reserva de ley, límite de la potestad tributaria reconocido en el artículo 74° de la Constitución Política del Perú, indica que la creación de tributos únicamente puede ser realizada mediante una ley; no obstante, puede admitirse excepcionalmente, derivaciones al reglamento, siempre y cuando, los parámetros se encuentren establecidos en la propia ley o norma con rango de ley.

Al respecto, en la sentencia recaída en el Expediente N.º 00042-2004-AI/TC, el Tribunal Constitucional ha señalado que:

En cuanto a la creación del tributo, 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. De este modo, la regulación del hecho imponible en abstracto -que requiere la máxima observancia del principio de reserva de ley-, debe comprender la alícuota, la descripción del hecho gravado (aspecto material), el sujeto acreedor y deudor del tributo (aspecto personal), el momento del nacimiento de la obligación tributaria (aspecto temporal), y el lugar de su acaecimiento (aspecto espacial), según ha señalado este Tribunal (Expediente N.º 2762-2002-AA/TC y N.º 3303-2003- AA/TC)

En consecuencia, lo que se quiere advertir es que toda delegación, para ser constitucionalmente legítima, deberá encontrarse parametrada en la norma legal que tiene la atribución originaria, pues cuando la propia ley o norma con rango de ley no establece todos los elementos esenciales y los límites de la potestad tributaria derivada, se está frente a una delegación incompleta o en blanco de las atribuciones que el constituyente ha querido resguardar mediante el principio de reserva de ley. (p. 14).

En ese sentido, se tiene que el hecho imponible se encuentra reservado a ley por el artículo 74º de la Constitución Política del Perú, empero bajo determinados parámetros recogidos en la ley, puede ser materia de regulación reglamentaria.

A mayor abundamiento, es importante anotar que:

La doctrina constitucional indicada nos permite señalar que la «reserva de ley» establecida en el artículo 74º de la Constitución implica lo siguiente: 1º) Una obligación de carácter «positivo» dirigida al titular de la potestad «legislativa» para que regule las materias cubiertas por el principio, con un contenido material (densidad normativa) suficiente; 2º) Una obligación de tipo «negativo» mediante la cual se limita al órgano legislativo a remitir a la potestad reglamentaria de la Administración Pública tales materias sin que previamente haya fijado los

parámetros adecuados de la decisión; y, 3º) Constituye una garantía de los ciudadanos para que no se les exija aquellos tributos que no han sido establecidos suficientemente por una norma con el rango exigido por el texto constitucional. (Gamba Valega, 2012, p. 108)

Ahora bien, tal como se mencionó en el Capítulo I del presente trabajo, conceptualmente, a través del ajuste secundario se reasigna el exceso de renta obtenido luego de realizar el ajuste primario (diferencia entre el valor pactado por las partes y el valor de mercado) como un tipo de renta: dividendo presunto, aporte de capital, préstamos presuntos, etc.; lo que implica la creación de un nuevo hecho imponible.

De la lectura del inciso c) del artículo 32º-A de la Ley del Impuesto a la Renta, se verifica que en este no se regula la posibilidad de efectuar un ajuste secundario. La parte pertinente del inciso establece lo siguiente:

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.

El ajuste del valor asignado por la Administración Tributaria o el contribuyente surte efecto tanto para el transferente como para el adquirente. Tratándose de sujetos no domiciliados, lo dispuesto en este párrafo sólo procederá respecto de transacciones que generen rentas gravadas en el Perú y/o deducciones para la determinación de su impuesto en el país.

Por su parte, en el inciso d) del artículo 109º del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta, establece que, 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 anotada ley, salvo lo dispuesto en el inciso g) del citado artículo antes glosado, que recoge la figura del dividendo presunto.

En consecuencia, en el Perú el ajuste secundario -que se origina tras la aplicación del ajuste primario de precios de transferencia- sería exigible bajo una sola modalidad: un supuesto de dividendo presunto, el mismo que debe observar las condiciones establecidas en el inciso g) del artículo 24°-A de la referida ley. En ese sentido, se advierte que a través del precitado inciso d) del artículo 109° se regula un nuevo hecho imponible.

Por lo expuesto, se tiene que la norma con rango de ley, esto es, el inciso c) del artículo 32°-A, no hace referencia al denominado “ajuste secundario”, consecuentemente, no establece ninguno de los aspectos de la hipótesis de incidencia ni mucho menos establece los parámetros y limitaciones que debería tener en cuenta el legislador para regular alguno de ellos vía reglamento; por lo tanto, se advierte la vulneración del principio de reserva de ley al crearse un nuevo hecho imponible a través del inciso d) del artículo 109° del referido reglamento.

3.2 Legalidad del ajuste secundario

3.2.1 Análisis bajo el principio de jerarquía normativa

En primer lugar, debemos indicar que de conformidad con el principio de jerarquía normativa que se encuentra previsto en el artículo 51° de la Constitución Política del Perú, esta prevalece sobre toda norma legal, que la ley lo hace sobre las normas de inferior jerarquía y así sucesivamente.

Con relación al citado principio, el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N.° 00047-2004-AI/TC ha señalado lo siguiente:

El principio de jerarquía normativa implica el sometimiento de los poderes públicos a la Constitución y al resto de normas jurídicas. Consecuentemente, como bien afirma Requena López, es la imposición de un modo de organizar las normas vigentes en un Estado, consistente en hacer depender la validez de unas sobre otras. Así, una norma es jerárquicamente superior a otra cuando la validez de ésta depende de aquella (p. 55).

Asimismo, se tiene que aquel principio puede ser comprendido desde dos perspectivas:

i) La jerarquía basada en la cadena de validez de las normas

Esto involucra que, en virtud de dicho principio, la validez de una norma se encuentra supeditada a otra, en consecuencia, “su permanencia en el ordenamiento jurídico se debe entender como la acreditación de conformidad de una norma con referencia de otra u otras que sean jerárquicamente superiores” (García Toma, 2015, p. 32).

ii) La jerarquía basada en la distinción de fuerza jurídica de las normas.

Lasagabaster Herrarte (2018) señala que “la aplicación del principio de jerarquía requiere que las normas no estén equiordenadas, sino que deben estar diferenciadas por su fuerza o eficacia” (p. 10).

En esa línea, Betegón, Gascón, De Páramo y Prieto (Citados por García Toma, 2015), refieren que:

Mediante el concepto de **fuerza jurídica**, atribuible a cada forma normativa, se establece una ordenación jerárquica, según la cual las relaciones entre las distintas fuentes se desarrollan conforme a dos reglas básicas:

- a) En virtud de su **fuerza activa**, una determinada fuente puede modificar cualquier disposición o norma categorialmente inferior a la suya; e, inclusive, a una norma jerárquicamente homóloga.
- b) En virtud de su **fuerza pasiva**, ninguna disposición o norma puede ser modificada por una fuente categorialmente inferior (p. 32).

De lo expuesto, debemos destacar que la fuerza pasiva de una norma supone una condición de validez, puesto que su aptitud de resistencia frente a normas provenientes de fuentes inferiores conlleva a que ante un conflicto entre dos normas de diferente rango se resuelva declarar la invalidez de la norma de rango inferior debido a que su contenido contraviene lo dispuesto en una norma de rango superior.

Ahora bien, en el numeral 8 del artículo 118 de la carta magna, se reconoce como una atribución del Presidente de la República la potestad de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas y, dentro de tales límites, dictar decretos y resoluciones.

Por su parte, en la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo se establece que le corresponde al Presidente dictar diversos dispositivos, entre los que se encuentran los

Decretos Supremos, a través de los cuales aquél expide normas de carácter general que reglamentan normas con rango de ley o regulan la actividad sectorial funcional o multisectorial funcional.

Al respecto, debe indicarse que, en la sentencia recaída en el Expediente N.º 0001/0003-2003-AI/TC, el Tribunal Constitucional explica que el reglamento es la norma que:

Subordinada directamente a las leyes e indirectamente a la Constitución, puede, de un lado, desarrollar la ley, sin transgredirla ni desnaturalizarla, y, de otro, hacer operativo el servicio que la Administración brinda a la comunidad. Los primeros son los llamados *secundum legem*, de ejecución, o reglamentos ejecutivos de las leyes, los cuales están llamados a complementar y desarrollar la ley que los justifica y a la que se deben. En efecto, es frecuente que la ley se circunscriba a las reglas, principios y conceptos básicos de la materia que se quiere regular, dejando a la Administración la facultad de delimitar concretamente los alcances del marco general establecido en ella. Los segundos son los denominados reglamentos *extra legem*, independientes, organizativos o normativos, los que se encuentran destinados a reafirmar, mediante la autodisposición, la autonomía e independencia que la ley o la propia Constitución asignan a determinados entes de la Administración, o, incluso, a normar dentro de los alcances que el ordenamiento legal les concede, pero sin que ello suponga desarrollar directamente una ley.

Asimismo, el referido tribunal precisa que:

El inciso 8) del artículo 118º de la Constitución alude expresamente a la facultad de “reglamentar las leyes”; sin embargo, no reserva toda la potestad reglamentaria administrativa al primer mandatario, sino tan sólo aquella vinculada a los reglamentos *secundum legem* o de ejecución.

En ese sentido, advertimos que el Presidente de la República posee una potestad reglamentaria restringida en la medida que el alcance de las normas reglamentarias que se encuentra facultado a emitir sólo pueden tratarse de aquellas que complementen y desarrollen la ley a efecto de hacer más expedita su aplicación, la cual según lo señalado por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N.º 03962-2005-PC/TC, se encuentra sujeta a control posterior que permitirá determinar si con la dación

del reglamento se produjo la desnaturalización de la ley que intenta reglamentar, al ser contrario al contenido de esta última.

En cuanto al control posterior, debe indicarse que, en materia tributaria, se advierte que el principio de jerarquía normativa se encuentra regulado en el artículo 102° del Código Tributario, -norma concordante con el artículo 51° de la Constitución que establece la jerarquía de normas-, según el cual el Tribunal Fiscal deberá aplicar la norma de mayor jerarquía al resolver, en cuyo caso, deberá emitir la resolución con carácter de jurisprudencia de observancia obligatoria, en virtud del artículo 154° del referido código.

Bajo esta disposición se prevé que el órgano resolutor de última instancia administrativa resuelva las apelaciones contra las resoluciones emitidas por la Administración Tributaria aplicando la norma de mayor jerarquía cuando observe conflictos entre ellas.

Ahora bien, según lo indicado precedentemente, el inciso c) del artículo 32°-A de la Ley del Impuesto a la Renta no regula la posibilidad de efectuar un ajuste secundario; sin embargo, en el inciso d) del artículo 109° del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta, se establece que, 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 anotada ley, salvo lo dispuesto en el inciso g) del citado artículo.

En este marco normativo corresponde determinar si lo establecido en el inciso d) del artículo 109° del referido reglamento, en cuanto al denominado ajuste secundario, transgrede lo previsto por el inciso c) del artículo 32°-A de la aludida ley, que prevé los ajustes de precios de transferencia.

En el supuesto analizado, se aprecia que la norma legal no prevé el ajuste secundario ni ha dejado sentada en ella las bases para que aquello pueda ser realizado a través de una norma reglamentaria; sin embargo, mediante esta última se ha regulado en qué condiciones procedería su aplicación; por lo que, el inciso d) del artículo 109° del citado reglamento excede lo dispuesto en el inciso c) del artículo 32°-A de la anotada ley, toda vez que establece una obligación a los contribuyentes que la ley que la justifica no autorizó, lo cual es contrario a su naturaleza (reglamento *secundum legem*), transgrediéndose así el principio de jerarquía normativa.

3.3 Procedencia de la aplicación del ajuste secundario

En el punto anterior se evidencia que la regulación del ajuste secundario contraviene los principios de capacidad contributiva, reserva de ley y de jerarquía normativa; no obstante, en el supuesto negado que se considere que esta sí los observa, surge la necesidad de determinar si tal como está regulado el referido ajuste, esto es, bajo la modalidad de dividendo presunto, resulta procedente o no su aplicación. Veamos.

En el caso peruano, el inciso c) del artículo 32°-A de la Ley del Impuesto a la Renta no prevé la figura del ajuste secundario, siendo el inciso d) del artículo 109° del Reglamento de la citada ley el que regula este último, señalando expresamente que como consecuencia de los ajustes primarios no se generarán los dividendos previstos en el artículo 24°-A de referida Ley, con excepción del supuesto contemplado en el inciso g) de dicho artículo.

Por su parte, el inciso g) del artículo 24°-A de la mencionada ley dispone que se entiende por dividendos y cualquier otra forma de distribución de utilidades a 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. Asimismo, en el segundo párrafo del artículo 55° de la anotada ley, se establece que las personas jurídicas se encuentran sujetas a una tasa adicional del cinco por ciento (5%) sobre las sumas a que se refiere el inciso g) del artículo 24°-A.

Cabe mencionar que en la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N.º 945, norma que incorpora el referido inciso c) del artículo 32°-A de la Ley del Impuesto a la Renta, se define al ajuste secundario como aquel que “se realiza como consecuencia de un ajuste primario y consiste en considerar que la mayor renta imponible determinada como consecuencia de éste constituye una distribución de dividendos y, por tanto, debe aplicársele el Impuesto correspondiente”.

Adicionalmente, en la Resolución del Tribunal Fiscal N.º 11869-1-2008, se establece que:

La finalidad de la tasa adicional es gravar a las personas jurídicas respecto de aquellas sumas que sean susceptibles de beneficiar a sus accionistas y en general socios y asociados, al determinarse su calidad de beneficiarios finales o al no ser posible establecer fehacientemente quiénes son éstos (beneficiarios desconocidos) y que no hayan sufrido la retención del 4.1%.

En consecuencia, se tiene que el único escenario en el que procedería aplicar el denominado “ajuste secundario” sería en una operación donde el sujeto beneficiado sea el accionista (y no a cualquier otro). Por ello, inferimos que la norma reglamentaria indica que su tratamiento sería igual al de un dividendo (como disposición indirecta de utilidades a favor del accionista).

Por lo expuesto, se desprende que, lo regulado en el inciso d) del artículo 109° del reglamento de la ley en mención, no recoge la figura del ajuste secundario tal como es concebido por la doctrina, dado que según lo desarrollado en los capítulos precedentes, las operaciones secundarias pueden tomar la forma de dividendos presuntos, aportaciones presuntas de capital o de préstamos presuntos; sin embargo, en nuestro país el supuesto de aplicación se limita únicamente al de dividendo presunto, siempre que involucre una disposición indirecta de renta no susceptible de posterior control tributario que beneficie a los accionistas; en consecuencia, se prevé un nuevo hecho imponible que califica como dividendo presunto al importe resultante de la diferencia existente entre el valor de mercado determinado por la Administración Tributaria y el convenido por las partes.

Ahora bien, el artículo 13°-B del reglamento de la citada ley, establece que a efectos del inciso g) del artículo 24°-A de la ley, constituyen gastos que significan “disposición indirecta de renta no susceptible de posterior control tributario”, aquellos gastos susceptibles de haber beneficiado a los accionistas, participacionistas, titulares y en general a los socios o asociados de personas jurídicas a que se refiere el artículo 14° de dicha ley, entre otros, los gastos particulares ajenos al negocio, los gastos de cargo de los accionistas, participacionistas, titulares y en general socios o asociados que son asumidos por la persona jurídica. Asimismo, se indica que reúnen la misma calificación, entre otros, los gastos sustentados por comprobantes de pago falsos, no fidedignos.

Al respecto, se tiene que si bien existe un listado de gastos en el citado artículo 13°-B, a los que les resulta aplicable la figura de dividendos presuntos, la Administración Tributaria solo podría aplicar el denominado “ajuste secundario” en los casos donde no sea posible realizar un posterior control tributario, pues es ahí cuando se determina un beneficio para el socio, accionista o participacionista de la persona jurídica; por cuanto, la configuración del dividendo presunto no se sustenta en el desconocimiento como gasto, sino en el hecho que dicha erogación pueda beneficiar a los socios, accionistas o participacionistas de las personas jurídicas, sin que se haya pagado el Impuesto a la Renta sobre los Dividendos, al no haberse efectuado la distribución legal de utilidades.

Ahora bien, en el caso del ajuste secundario, ¿se podría afirmar que dicho concepto encaja dentro de lo contemplado por el inciso g) del artículo 24°-A de la ley antes glosado?

A fin de dar respuesta a la interrogante planteada, a continuación, analizaremos cada supuesto recogido en el aludido artículo 13°-B del reglamento, con el objeto de determinar si resulta procedente la aplicación del denominado “ajuste secundario” bajo la figura de dividendo presunto, tal como ha sido recogido en la norma peruana, cuando estamos frente a una operación sujeta a las normas de precios de transferencia.

3.3.1 Gastos que significan “disposición indirecta de renta no susceptible de posterior control tributario”

Previo al análisis de cada uno de los supuestos previstos en el citado artículo 13°-B del reglamento, corresponde dilucidar qué se entiende por un gasto no deducible que importe una “disposición indirecta de renta no susceptible de control tributario”.

Al respecto, tenemos que en la Exposición del Decreto Legislativo N.º 970, se ha indicado que:

Los gastos asumidos por la empresa calificarán como disposición indirecta de renta, cuando se compruebe el cumplimiento de las siguientes condiciones de manera concurrente:

- Ser susceptible de haber beneficiado a los accionistas, participacionistas, titulares y en general socios y asociados, habiéndose producido un desembolso o entrega. Es decir, que su ocurrencia genere o presumiblemente genera una ventaja patrimonial en los accionistas, participacionistas, titulares y en general socios o asociados, sea de manera directa o indirecta.
- No ser susceptible de posterior control tributario, lo cual significa - y así se ha entendido en reiterada Jurisprudencia- que no constituye elemento suficiente la disminución patrimonial, sino que además exista una falta de control tributario, entendiéndose que se produce tal ausencia, entre otros, cuando el comprobante que sustenta la operación no permita acreditar su fehaciencia, o cuando aquella origina un beneficio al accionista directo o indirecto, tal es el caso de los gastos asumidos por la empresa y que son de cargo de los accionistas, socios o asociados.

Asimismo, en reiterada jurisprudencia, entre otras, la Resolución N.º 15452-1-2011, se observa que el Tribunal Fiscal ha reconocido que no todos los gastos reparables para efectos del Impuesto a la Renta deben ser cuantificados para aplicar la Tasa adicional de 4.1%, pues sólo es aplicable respecto de aquellos desembolsos que signifiquen una disposición indirecta de la renta, no susceptible de posterior control tributario. Asimismo, señala que:

El fundamento de la Ley del Impuesto a la Renta para establecer una presunción de dividendos en el caso de disposición indirecta de rentas responde a la necesidad de equiparar el grado de imposición de las utilidades distribuidas a los accionistas, socios o asociados a través de acuerdos, con la disposición de dividendos u otras formas de distribución de utilidades, efectuada a través de mecanismos indirectos, como la asunción por la empresa de gastos a cargo de los accionistas, participacionistas, titulares y, en general, a los socios o asociados de personas jurídicas a que se refiere el artículo 14º de la mencionada ley (p. 3).

En ese sentido, considerando que la configuración del ajuste secundario sólo se admite bajo la figura del dividendo presunto, debemos ceñirnos a lo estipulado por el inciso g) del artículo 24º-A de la mencionada ley, por expresa remisión del artículo 109º de su reglamento.

De ahí que, a partir de una interpretación sistemática de tales disposiciones, se tiene que el único posible “ajuste secundario” que guardaría concordancia con las normas que regulan precios de transferencia y el referido inciso g) del artículo 24°-A, sería aquel en que se verifique que el exceso de renta determinado tras el ajuste primario califica como una suma o entrega en especie que sea renta gravable de la tercera categoría, no susceptible de posterior control tributario, y que el sujeto beneficiado es el accionista.

Bajo este parámetro, procederemos a continuación a evaluar cada uno de los gastos previstos en el artículo 13°-B del reglamento.

- **Gastos susceptibles de haber beneficiado a los accionistas, participacionistas, titulares y en general a los socios o asociados de personas jurídicas a que se refiere el artículo 14 de la Ley del Impuesto y gastos de cargo de los accionistas, participacionistas, titulares y en general, socios o asociados que son asumidos por la persona jurídica**

Al respecto, debemos precisar que un elemento común en ambos supuestos consiste en que los sujetos beneficiados son los accionistas, participacionistas, titulares y en general, socios o asociados; cumpliéndose así con uno de los requisitos que permiten la aplicación del ajuste secundario.

Sin embargo, consideramos que no resultaría procedente dicho ajuste, puesto que, los referidos gastos sí resultarían susceptibles de posterior control tributario, toda vez que, conforme se ha señalado en las Resoluciones N.º 10898-9-2019 y 11537-9-2019, el ajuste por aplicación de las normas de precios de transferencia se efectúa sobre la base de la evaluación de una operación entre partes vinculadas, a partir de la cual es posible conocer, entre otros, los sujetos intervinientes en la operación, la naturaleza de la misma, las prestaciones y su valor.

- **Gastos particulares ajenos al negocio**

El siguiente supuesto previsto en el referido artículo 13°-B del reglamento versa sobre los gastos particulares ajenos al negocio, entendidos como aquellos que no se encuentran vinculados con la actividad desarrollada por el

contribuyente, al no cumplir con el principio de causalidad en un sentido amplio. Cabe precisar que tales erogaciones podrían tratarse de gastos propios o personales de los socios, accionistas o similares. Dicho esto, cabe cuestionarnos si el ajuste secundario resulta aplicable en este supuesto.

Al respecto, debemos recordar que cuando la Administración Tributaria efectúa un ajuste primario en el marco de un procedimiento de fiscalización de precios de transferencias, la controversia no radica en determinar si se tratan de gastos vinculados con las actividades del giro del negocio, es decir, si cumplen con el principio de causalidad; sino que, el objeto de debate es establecer si el precio pactado entre partes relacionadas se encuentra en condiciones de plena competencia; por tal motivo, somos de la opinión que no resulta procedente la aplicación del ajuste secundario en el presente supuesto.

- **Gastos sustentados por comprobantes de pago falsos, por comprobantes no fidedignos, comprobantes de pago emitidos por sujetos con baja de inscripción en el RUC o que tengan la condición de no habido, comprobantes de pago otorgados por contribuyentes cuya inclusión en algún régimen especial no los habilite para emitir ese tipo de comprobante**

Conforme se ha indicado previamente, el referido artículo señala que reúnen la calificación de gastos que significan “disposición indirecta de renta no susceptible de posterior control tributario”, los siguientes egresos:

- Gastos sustentados por comprobantes de pago falsos, entendidos como aquellos documentos que, pese a que reúnen los requisitos y características formales señalados en el Reglamento de Comprobantes de Pago, fueron emitidos bajo alguna de las situaciones que se describen a continuación:
 - El emisor no se encuentra inscrito en el Registro Único de Contribuyentes RUC.
 - El emisor se identifica consignando el número de RUC de otro contribuyente.

- Cuando en el documento, el emisor consigna un domicilio fiscal falso.
 - Cuando el documento es utilizado para acreditar o respaldar una operación inexistente.
- Gastos sustentados por comprobantes de pago no fidedignos consistentes en aquellos que contienen información que difiere entre el original y las copias y/o en los que el nombre o razón social del comprador o usuario corresponde a uno distinto al consignado en el comprobante de pago.
 - Gastos sustentados en comprobantes de pago emitidos por sujetos a los cuales, a la fecha de emisión de los referidos documentos, la SUNAT les ha comunicado o notificado la baja de su inscripción en el RUC o aquellos que tengan la condición de no habido, salvo que, al 31 de diciembre del ejercicio, o a la fecha de cierre del balance del ejercicio, el emisor haya cumplido con levantar tal condición.
 - Gastos sustentados en comprobantes de pago otorgados por contribuyentes cuya inclusión en algún régimen especial no los habilite para emitir ese tipo de comprobante. (Ministerio de Economía y Finanzas del Perú, 1994)

Al respecto, debe precisarse que cuando se cuestiona una operación bajo las normas de precios de transferencias, la controversia no reside en si los comprobantes que sustentan la operación cumplen con las formalidades establecidas por el Reglamento de Comprobantes de Pago, se entiende que tal cuestionamiento fue superado; por el contrario, lo que se pretende es dilucidar si el precio pactado por las partes se encuentra a valor de mercado; por ello, consideramos que no resulta procedente la aplicación del ajuste secundario en el presente supuesto.

- **Gastos deducibles para la determinación del Impuesto del contribuyente domiciliado en el país, que a su vez constituyan renta de una entidad controlada no domiciliada de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 114° de la Ley del Impuesto a la Renta**

De conformidad con lo dispuesto por el numeral 3 del artículo 64°-A del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta, no procede ajustar el valor convenido entre una operación realizada entre un sujeto domiciliado y una entidad controlada no domiciliada, entendida esta última como aquel ente de cualquier naturaleza, no domiciliado en el país y que reúne las condiciones descritas en el artículo 112° de la Ley del Impuesto a la Renta; siempre que: i) las partes sean vinculadas, ii) la renta obtenida por dicha transacción constituya un gasto deducible para el domiciliado y iii) la renta no constituya renta de fuente peruana o esté sujeta a la presunción prevista en el artículo 48 de la anotada ley, o siendo íntegramente de fuente peruana la carga impositiva aplicable sea menor al 30%.

Ahora bien, debe anotarse que de acuerdo con el inciso d) del artículo 109° del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta, el ajuste secundario requiere de un ajuste primario para su configuración; por lo que, de acuerdo con lo señalado en el párrafo precedente, al no ser posible ajustar el valor convenido entre las partes (ajuste primario), no sería procedente la aplicación del ajuste secundario bajo la forma de dividendo presunto.

- **Otros gastos cuya deducción sea prohibida de conformidad con la Ley, siempre que impliquen disposición de rentas no susceptibles de control tributario**

Conforme al artículo 37° de la Ley del Impuesto a la Renta, aquellos gastos que no cumplan con el principio de causalidad, según el cual todo gasto debe ser necesario y vinculado con la actividad que desarrolla la empresa, serán considerados gastos no deducibles para efectos de la determinación del anotado impuesto; de igual forma, tendrán dicha calificación aquellas erogaciones que no reúnan los requisitos establecidos expresamente en cada uno de sus literales.

Asimismo, en el artículo 44 de la anotada ley, se aprecia los gastos que taxativamente se encuentran proscritos, comúnmente denominamos gastos prohibidos o no permitidos.

Ahora bien, debe anotarse que el numeral 6 del artículo 13°-B del reglamento de la anotada ley se trata de un supuesto residual y genérico, un cajón de sastre en el que podrían encuadrarse otros gastos cuya deducción sea prohibida y que además impliquen disposición indirecta de renta no susceptible de posterior control tributario.

Bajo esa línea argumentativa, es importante reiterar que, para la aplicación de la Tasa adicional, además de verificar si los desembolsos observados califican como gastos no deducibles, debe advertirse que tales gastos puedan implicar una disposición indirecta de renta no susceptible de posterior control tributario que pueda beneficiar a los accionistas, participacionistas, titulares y en general socios o asociados, sea de manera directa o indirecta.

Así pues, cuando la Administración Tributaria desconozca la deducción de una erogación por falta de fehaciencia de la operación, es claro que se configurará el supuesto de dividendos presuntos, en la medida que no se logre establecer quién es el sujeto beneficiado; sin embargo, en el caso del ajuste secundario, ¿se podría afirmar que dicho concepto implica una “disposición indirecta de renta no susceptible de posterior control tributario”?

Consideramos que no es viable sostener ello por cuanto, tal como se ha indicado precedentemente, el ajuste por aplicación de las normas de precios de transferencia se efectúa sobre una transacción controlada, en la que resulta posible conocer su naturaleza, las prestaciones, el valor convenido y los sujetos intervinientes. Esto último permite identificar al sujeto beneficiado. En ese sentido, no resultaría procedente dicho ajuste, toda vez que los referidos gastos sí resultarían susceptibles de posterior control tributario.

3.3.2 Sumas cargadas a gastos

Tal como se indicó en el punto anterior, de acuerdo con el inciso g) del artículo 24°-A de la Ley del Impuesto a la Renta, se entiende por dividendos a toda suma o entrega en

especie que resulte renta gravable de la tercera categoría, en tanto signifique a disposición indirecta de dicha renta no susceptible de posterior control tributario incluyendo el legislador en dicho concepto a las sumas cargadas a gastos.

Al respecto, cuando el legislador hace referencia a sumas cargadas a gastos, debemos inferir que se tratan de aquellos gastos descritos en el referido artículo 13°-B del reglamento, los mismos que hemos analizado en los puntos anteriores, concluyendo que no resulta procedente la aplicación del ajuste secundario en cada supuesto.

3.3.3 Ingresos no declarados

En atención a lo establecido en el inciso g) del artículo 24°-A de la anotada ley, los ingresos no declarados recibirán el tratamiento de dividendos presuntos, en tanto que signifiquen una disposición indirecta de renta no susceptible de posterior control tributario.

Sobre el particular, cabe anotar que en la Resolución N° 14620-10-2012 el Tribunal Fiscal se ha pronunciado sobre la aplicación de la Tasa adicional sobre un reparo por diferencia entre ingresos registrados y no declarados, indicando que esta no puede ser considerada dividendos presuntos ya que en realidad no constituyen una real verificación del ingreso o gasto existente que pudiera calificar como una disposición indirecta de una renta no susceptible de control tributario, sino el resultado de una incorrecta práctica en la determinación del Impuesto a la Renta como consecuencia de la sola anotación en libros o registros contables.

Cabe precisar que mediante la citada resolución dicho Colegiado resolvió la impugnación formulada contra una resolución de determinación emitida como resultado de un procedimiento de fiscalización distinto al que se efectúa en aplicación de las normas de precios de transferencia.

Ahora bien, en un contexto de operaciones sujetas al régimen de precios de transferencia, ¿podríamos afirmar que la diferencia no cobrada es una disposición indirecta de renta?

Teniendo en cuenta que los ajustes de precios de transferencia son ajustes extracontables, no podrían afectar la base imponible del Impuesto a la Renta porque no califican como ingresos devengados, solo mayor renta producto de una ficción; en ese sentido, la diferencia no cobrada no se trata de un ingreso no declarado, por lo que, al no

advertirse una disposición indirecta de renta, no procede la aplicación del ajuste secundario.

En consecuencia, habiéndose analizado la normativa del Impuesto a la Renta sobre el ajuste secundario y teniendo en cuenta que este sólo se admite bajo la forma de dividendo presunto, que involucre una disposición indirecta de renta no susceptible de posterior control tributario que beneficie a los accionistas de la sociedad, podemos afirmar que la aplicación del mismo es improcedente en cada uno de los supuestos que configuran una distribución indirecta de renta previstos en la ley del mencionado tributo y su reglamento.

Dicha conclusión se corrobora en los ejemplos de operaciones internacionales realizadas entre una matriz y su subsidiaria que planteamos a continuación:

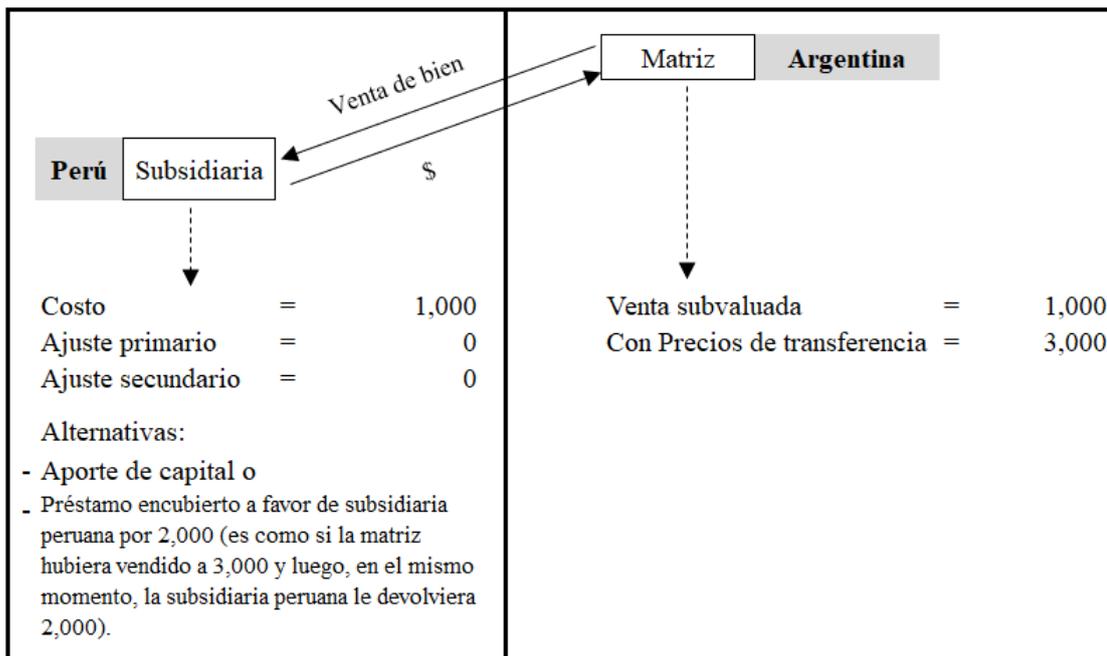
Caso 1: Gastos sobrevaluados por la matriz peruana

Una subsidiaria uruguaya presta servicios de asesoría administrativa a su matriz peruana por el importe de S/ 5 000,00. Posteriormente, la Administración Tributaria inició un procedimiento de fiscalización de precios de transferencia a la matriz peruana y, como resultado de dicho procedimiento, determinó que el referido servicio debió valorizarse en S/ 3 800,00.

En ese sentido, dado que la Administración Tributaria determinó que el gasto deducido por la matriz peruana fue sobrevaluado en S/ 1 200,00 y, que ello ocasionó un Impuesto a la Renta inferior en el país y en el ejercicio fiscalizado, procedió a realizar un ajuste primario por dicho importe.

Figura 3.2

Escenario de costos (gastos) subvaluados por la subsidiaria peruana



Nota. Adaptada de S. Muñoz Salgado, comunicación personal, 30 de noviembre de 2019.

En virtud de lo establecido en el inciso c) del artículo 32°-A de la Ley del Impuesto a la Renta, se tiene que se realizará el ajuste de precios de transferencia en la medida que se origine un Impuesto a la renta inferior en el país.

En el caso expuesto, se observa que inicialmente la subsidiaria peruana reconoce un costo (gasto) ascendente a S/ 1 000,00; sin embargo, al aplicar las normas de precios de transferencia debería reconocerse un costo (gasto) ascendente a S/ 3 000,00, lo cual implica el aumento del costo (gasto) y por tanto, una situación impositiva menos favorable al fisco; por lo que, no corresponde realizar ajuste primario (aun cuando el precio difiera del de mercado), puesto que hacerlo supondría generar un perjuicio fiscal.

En cuanto a la aplicación del ajuste secundario, conforme a lo señalado precedentemente, el ajuste secundario requiere de un ajuste primario para su configuración; por lo que, la aplicación de dicho ajuste es improcedente.

No obstante, podría considerarse que el ajuste secundario se justifica en la medida que existe un menor costo (gasto) de S/ 2 000,00, el cual podría adoptar la forma de un aporte de capital o de un préstamo encubierto a favor de la subsidiaria peruana, esto es,

que la matriz hubiera vendido a S/ 3 000,00 y luego, en el mismo momento, la subsidiaria peruana le devolviera S/ 2 000,00.

No compartimos lo mencionado en el párrafo anterior, dado que se prescinde de la normativa de precios de transferencia al pretender la aplicación de un ajuste secundario sin la existencia de un ajuste primario.

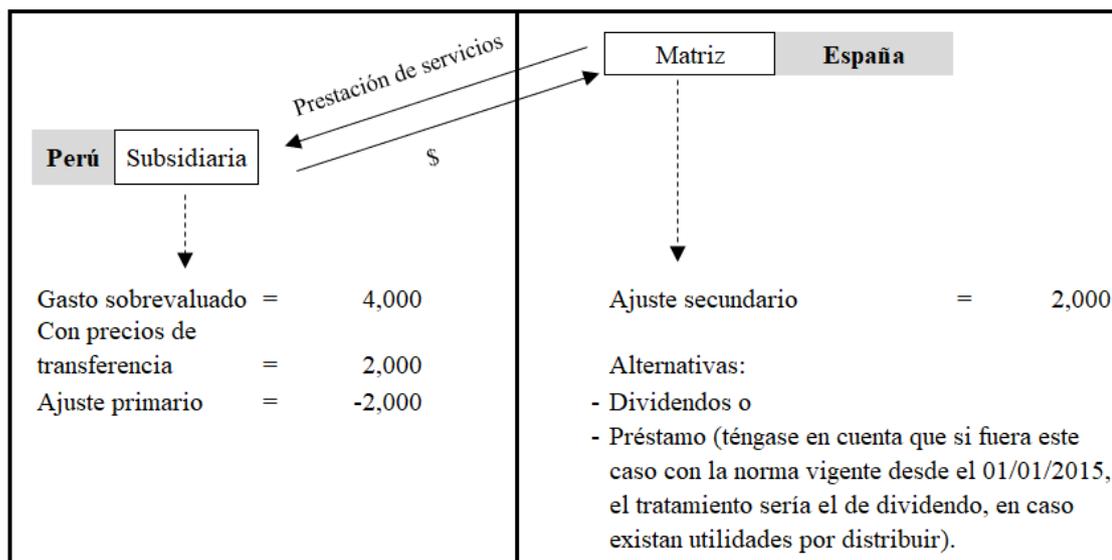
Caso 3: Gastos sobrevalorados por la subsidiaria peruana

Una matriz española prestó servicios de asesoría legal a su subsidiaria peruana por el importe de S/ 4 000,00; siendo que, con posterioridad, la Administración Tributaria inició un procedimiento de fiscalización de precios de transferencia a la subsidiaria peruana y, como resultado de dicho procedimiento, determinó que el referido servicio debió valorizarse en S/ 2 000,00.

En ese sentido, dado que la Administración Tributaria estableció que el gasto deducido por la subsidiaria peruana fue sobrevalorado en S/ 2 000,00 y, que ello ocasionó un Impuesto a la Renta inferior en el país en el ejercicio fiscalizado, procedió a realizar un ajuste primario por dicho importe.

Figura 3.3

Escenario de gastos sobrevaluados por la subsidiaria peruana



Nota. Adaptada de S. Muñoz Salgado, comunicación personal, 30 de noviembre de 2019.

En cuanto a la aplicación de un ajuste secundario sobre el importe de S/ 2 000,00, el inciso d) del artículo 109° del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta establece que el tratamiento del ajuste secundario sería igual al de un dividendo como disposición indirecta de utilidades a favor del accionista regulado en el inciso g) del artículo 24°-A de la anotada ley, supuesto que no se verifica en la operación intragrupo descrita, toda vez que esta no se lleva a cabo entre una matriz y su accionista, sino que se realiza con su subsidiaria. En ese sentido, en este caso no es posible aplicar el ajuste secundario tal como está regulado en la citada ley.

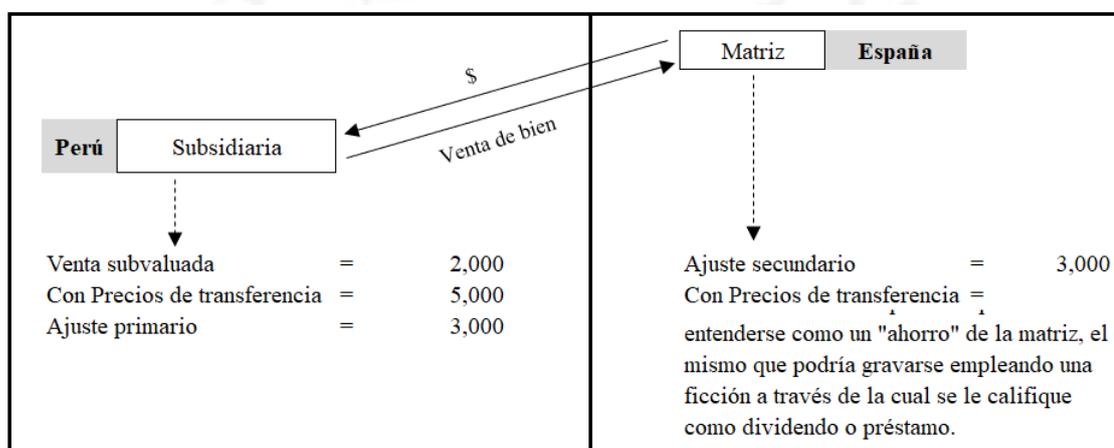
Ahora bien, aun cuando la operación descrita se hubiese realizado entre una matriz y su accionista, es preciso indicar que si bien se apreciaría que se trata de un gasto (desembolso) que beneficiaría a un accionista, no estaríamos ante un supuesto de disposición indirecta de renta no susceptible de posterior control tributario, toda vez que el ajuste primario se efectuaría sobre una operación entre partes vinculadas, en la que resulta posible conocer su naturaleza, las prestaciones, el valor convenido y los sujetos intervinientes; por lo que, en consecuencia, tampoco resultaría procedente en este escenario la aplicación del ajuste secundario, tal y como se encuentra regulado en la legislación peruana a la fecha.

Caso 4: Ingresos subvaluados por la subsidiaria peruana

Una subsidiaria peruana realizó la venta de un bien a su matriz española por el importe de S/ 2 000,00; siendo que, posteriormente, la Administración Tributaria inició un procedimiento de fiscalización de precios de transferencia a la primera y como resultado de este, advirtió que dicha adquisición no había sido pactada a valor de mercado, el cual asciende a S/ 5 000,00.

Figura 3.4

Escenario de ingresos subvaluados por la subsidiaria peruana



Nota. Adaptada de S. Muñoz Salgado, comunicación personal, 30 de noviembre de 2019.

Ante este escenario en el que se aprecia un caso de ingreso subvaluado por el importe de S/ 3 000,00, la Administración efectuó un ajuste primario de precios de transferencia, al verificar la existencia de un Impuesto a la Renta inferior en el país.

Teóricamente, el monto dejado de pagar a la subsidiaria peruana podría significar un ahorro para la primera susceptible de ser gravado por el ajuste secundario bajo la modalidad de dividendo o préstamo encubierto.

No obstante, debe precisarse que no resulta procedente su aplicación en el Perú atendiendo a lo dispuesto en el inciso g) del artículo 24°-A de la Ley del Impuesto a la Renta, debido a que no se verifica una disposición indirecta de renta no susceptible de posterior control tributario, toda vez que no se ha producido un traslado de beneficios al tratarse de una operación subvaluada. Asimismo, no nos encontramos frente a una suma

cargada a gastos, por cuanto el escenario descrito corresponde a uno de subvaluación de ingresos.

De igual manera, no nos encontramos frente a un ingreso no declarado, dado que la aplicación del ajuste primario de precios de transferencia no evidencia un ingreso sino un excedente de renta, el mismo que no se genera en el presente caso por tratarse de una operación subvaluada.

En tal sentido, que duda cabe que es improcedente en este escenario la aplicación del ajuste secundario, tal y como se encuentra regulado en la legislación peruana a la fecha.

3.4 Automaticidad en la aplicación del ajuste secundario

Tras revisar resoluciones emitidas por el Tribunal Fiscal, apreciamos que cada vez que la Administración advertía una discrepancia entre el precio de una transacción controlada y su valor de mercado, ello no sólo comportaba la aplicación de un ajuste primario, sino que de forma automática aquélla aplicaba el ajuste secundario. Es así como, el ente fiscalizador omite analizar si la transacción puede o no calificar como disposición indirecta de renta o incluso si existe una renta susceptible de ser gravada, práctica que se mantiene a la fecha.

A modo de ejemplo, tenemos las siguientes resoluciones:

- **Resolución del Tribunal Fiscal N.º 03371-3-2021²**

Que como se advierte del Anexo N.º 2 a la Resolución de Determinación N.º (folios 4916 y 4917) la Administración aplicó la Tasa del Impuesto a la Renta al haberse efectuado ajuste por precios de transferencia.

Que en efecto, como se aprecia de dicho anexo, la Administración sustenta su reparo señalando lo siguiente: “(...) *es de aplicación la Tasa Adicional de 4,1% al haberse reparado la Renta Neta Imponible del Impuesto a la Renta de Tercera Categoría del ejercicio 2015, por aplicación de ajustes por precios de Transferencia por el importe de S/. 42 541 884*”.

² Al respecto, debe precisarse que antes de la modificación introducida al Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta por el Decreto Supremo N.º 258-2012-EF, el ajuste secundario se encontraba regulado en el inciso c) del aludido artículo 109 de la norma reglamentaria.

Que adicionalmente, considera como motivos determinantes del reparo la aplicación del inciso c) del artículo 109 del reglamento de la citada ley. Al respecto, debe precisarse que antes de la modificación introducida al Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta por el Decreto Supremo N° 258-2012-EF, el ajuste secundario se encontraba regulado en el inciso c) del aludido artículo 109 de la norma reglamentaria.

- **Resolución del Tribunal Fiscal N.° 06251-2-2012**

Que según el Anexo N.° 01 de la Resolución de Determinación N.° 112-003-0001844 (folios 825 y 826), la Administración aplicó la tasa adicional del 4,1% del Impuesto a la Renta, sobre los importes reparados por ajuste al valor de mercado y presunción de ingreso omitidos, por lo que procede analizar si se encuentra arreglado a ley.

Que la Administración considera como dividendos presuntos los reparos efectuados al Impuesto a la Renta referidos al ajuste al valor de mercado e ingresos omitidos determinados sobre base presunta (p. 18).

- **Resolución del Tribunal Fiscal N.° 00753-9-2014**

Que tal como se observa de la Resolución de Determinación N.° 192-003-0000542 y su Anexo N.° 01 (foja 1186 y 1187), la Administración aplicó la tasa adicional del 4,1% del Impuesto a la Renta sobre los importes reparados por ajuste al valor de mercado según los Resultados de Requerimiento N.° 19220500000086 y señalando como base legal lo dispuesto por el inciso g) del artículo 24°-A y artículo 55° de la Ley del Impuesto a la Renta. (p. 4)

- **Resolución del Tribunal Fiscal N.° 02446-10-2014**

Que según el Anexo N.° 1 del Requerimiento N.° 06221200000055 y su respectivo resultado, notificados el 10 y 18 de enero 2012 (fojas 1637, 1638 y 1643 a 1646), la Administración indicó que resulta aplicable la tasa adicional 4,1% del Impuesto a la Renta, sobre los importes reparados por ingresos omitidos por subvaluación de ventas con ajuste al valor de mercado, al haberlos considerado como disposición indirecta de renta no susceptible de posterior control tributario (p. 7).

- **Resolución del Tribunal Fiscal N.º 00358-4-2019**

Qué, asimismo, en los Resultados de los Requerimientos N.º antes citados, se aprecia que la Administración señaló que los ajustes al valor de los servicios recibidos por partes vinculadas por la aplicación de normas de precios de transferencia se encuentran afectos al pago de la Tasa adicional del 4,1% regulada por el inciso g) del Artículo 24º-A por tratarse de una distribución indirecta de rentas (p. 3).

- **Resolución del Tribunal Fiscal N.º 01890-3-2019**

Qué asimismo, la Administración también procedió a emitir la Resolución de Determinación N.º (folios 5530 a 5532), girada por la Tasa Adicional del impuesto a la Renta de diciembre de 2011, sobre la base del mencionado reparo por ajustes por la aplicación de normas de precios de transferencia, al considerarse que implicaba una distribución indirecta de rentas no susceptible de posterior control tributario y consignando como base legal el inciso g) del artículo 24º-A de la Ley del Impuesto a la Renta, la cual es materia de impugnación (p. 2).

- **Resolución del Tribunal Fiscal N.º 06144-9-2019**

Que como se advierte del Anexo N.º 1 a esta resolución de determinación (folios 2292), la Administración procedió a aplicar la tasa adicional del 4,1% al importe de S/ 5 720 692,00 que constituye el reparo por ajuste por precios de transferencia a la mediana del rango intercuartil del ejercicio 2009, sustentándose en el inciso g) del artículo 24º-A y en el artículo 55 de la Ley del Impuesto a la Renta (pp. 38-39).

Asimismo, esto puede verificarse en la Resolución N.º 06144-9-2019, en la que el Tribunal Fiscal da cuenta que la Administración Tributaria señaló como sustento y base legal lo siguiente:

Que como se advierte del Anexo N.º 2 a la Resolución de Determinación N.º (folios 2169 y 2291), la Administración aplicó la Tasa Adicional de 4.1% al considerar que correspondía aplicar esta al haberse reparado por ajuste de precios de transferencia. En efecto, como se aprecia de dicho anexo, la Administración sustenta su reparo señalando lo siguiente: Considerando que la Administración Tributaria concluye que el

contribuyente debe realizar el ajuste por precios de transferencia determinado en el punto previo por las normas y los hechos descritos, se procede aplicar la tasa adicional del 4,1% al importe de S/ 5'720,692, la misma que asciende a S/ 234,548, al constituirse dicha sobrevaloración de las adquisiciones realizadas a su vinculada como una disposición indirecta no susceptible de posterior control tributario (pp. 39-40).

Según se observa de las resoluciones antes detalladas, para efectos de la aplicación del denominado “ajuste secundario”, la Administración Tributaria no se detiene a analizar, en cada caso concreto, si existe una renta susceptible de ser objeto de tributación que encaje en los supuestos de disposición indirecta de renta establecidos en la Ley del Impuesto a la Renta; por el contrario, sustenta su posición únicamente en la existencia de un ajuste primario, situación que ha servido de base para que el Tribunal Fiscal desestime por falta de motivación las apelaciones en las que se discute la aplicación del referido ajuste.

Además, aun cuando la Administración Tributaria expusiera los motivos por los cuales considera que el exceso de renta encaja en uno de los supuestos de disposición indirecta de renta; somos de la opinión que la aplicación del denominado ajuste secundario es improcedente, al no verificarse el requisito de “susceptible de posterior control tributario”, conforme lo desarrollado en el punto anterior.

3.5 El ajuste secundario en la jurisprudencia nacional

A continuación, revisaremos los pronunciamientos emitidos por el Tribunal Fiscal relacionados a controversias referidas a la aplicación del denominado “ajuste secundario”, a fin de identificar los criterios aplicados por dicho Colegiado.

3.5.1 Sobrevaluación de costos y/o gastos

En primer lugar, analizaremos la jurisprudencia que versa sobre casos de sobrevaluación de costos y gastos, supuesto en el cual podría indicarse que nos encontramos ante el escenario ideal para aplicar el ajuste secundario, al menos en el Perú.

En la Resolución N.º 06144-9-2019, se aprecia que como resultado de un procedimiento de fiscalización la Administración emitió una resolución de determinación por la Tasa Adicional del Impuesto a la Renta sobre la base del reparo por ajuste por aplicación de las normas de precios de transferencia al valor convenido en la importación de mercaderías entre partes vinculadas a un precio superior al de mercado (sobreevaluación), al considerarse que implicaba una distribución indirecta de rentas no susceptible de posterior control tributario, consignando como base legal el inciso g) del artículo 24º-A de la Ley del Impuesto a la Renta.

En la mencionada resolución, se indica que la Administración fundamenta la emisión del referido valor señalando que tras haber concluido que el sujeto fiscalizado debe realizar el ajuste por precios de transferencia determinado en el punto previo por las normas y los hechos descritos, se procede aplicar la Tasa adicional, al constituirse dicha sobrevaloración de las adquisiciones realizadas a su vinculada como una disposición indirecta no susceptible de posterior control tributario.

Al respecto, se tiene que el Tribunal Fiscal emitió pronunciamiento en el sentido siguiente:

Al tratarse de un ajuste efectuado por aplicación de las normas de valor de mercado y considerando que la Administración al emitir dicha resolución de determinación no sustentó que en tal supuesto se estuviera ante una disposición indirecta de renta no susceptible de posterior control tributario, de acuerdo con lo previsto por la inciso g) del artículo 24º-A de la Ley del Impuesto a la Renta y en la norma reglamentaria, se tiene que en autos no se encuentra debidamente sustentada la aplicación de la Tasa Adicional del Impuesto a la Renta, por lo que corresponde revocar la resolución apelada en este extremo y dejar sin efecto la citada resolución de determinación. (p. 40)

Es así como, dicho Colegiado resuelve dejar sin efecto el valor impugnado por cuanto la Administración no motivó debidamente la aplicación de la Tasa adicional, puesto que se limitó a señalar que al haberse concluido que debe efectuarse el ajuste primario, procede la aplicación de dicha tasa al considerar a la sobrevaloración de las adquisiciones como una disposición indirecta no susceptible de posterior control tributario.

Asimismo, es importante mencionar que, del desarrollo de la resolución expuesta, se desliza un aspecto relacionado a la carga de la prueba, hecho a partir del cual surge la interrogante si este es el alcance correcto.

Sobre el particular, debe anotarse que, tal como hemos desarrollado precedentemente, se encuentra descartada la posibilidad de que se configure el ajuste secundario, tal como está regulado en nuestra legislación; por lo que, incluso en un supuesto de sobrevaluación de costos y/o gastos la aplicación del ajuste secundario resultaría improcedente.

3.5.2 Subvaluación de ingresos

En este acápite evaluaremos las resoluciones del Tribunal Fiscal emitidas sobre la aplicación del denominado “ajuste secundario” a supuestos de subvaluación de ingresos. Sobre el particular, en nuestra opinión, no resulta procedente la aplicación de ajuste secundario en dicho escenario, teniendo en cuenta que los ajustes de precios de transferencia no califican como ingresos devengados sino como rentas.

Entre ellas, tenemos a la Resolución N.º 11932-1-2019 que versa sobre un caso en el que la Administración Tributaria emitió una resolución de determinación por la Tasa Adicional del Impuesto a la Renta sobre la base del reparo por ajuste por aplicación de las normas de precios de transferencia al valor convenido en operaciones de ventas de concentrados de minerales subvaluadas, al considerar que el referido ajuste a la base imponible del Impuesto a la Renta del ejercicio fiscalizado resulta renta gravable de la Tercera Categoría y constituye una disposición indirecta de renta no susceptible de posterior control tributario, de conformidad con el inciso g) del artículo 24º-A de la Ley del Impuesto a la Renta.

En el presente caso, el Tribunal Fiscal señaló lo siguiente:

Que sin embargo, conforme con los criterios previamente expuestos, el ajuste al valor de mercado por aplicación de las normas de precios de transferencia -sin perjuicio de lo resuelto en esta instancia sobre dicho reparo- no es un supuesto que por sí mismo evidencie una disposición indirecta de renta no susceptible de posterior control tributario, de acuerdo con lo previsto por el inciso g) del artículo 24º-A de la Ley del Impuesto a la Renta, no siendo suficiente la mera invocación al inciso d) del artículo 109º del reglamento de dicha ley, por lo que se concluye

que la Administración no sustentó debidamente la aplicación de la Tasa Adicional del 4,1% del Impuesto a la Renta, correspondiendo declarar fundada la apelación en este extremo y, por tanto, dejar sin efecto la precitada Resolución de Determinación N.º (p. 66).

Conforme se aprecia, el Colegiado decide dejar sin efecto la resolución de determinación impugnada debido a que considera que no se encuentra debidamente sustentada, puesto que el ajuste primario no supone per se la aplicación de la Tasa Adicional, así como no basta que la Administración Tributaria cite como base legal la disposición que prevé el denominado “ajuste secundario”.

Asimismo, corresponde mencionar que en la Resolución N.º 08000-3-2017, el Tribunal Fiscal ha indicado que:

Que atendiendo a los criterios antes glosados, cabe indicar que no resultaba correcto que la Administración considerara como ingresos no declarados, susceptibles de beneficiar a los participacionistas de la empresa, es decir como dividendos presuntos, el ajuste por subvaluación de ventas por aplicación de las reglas de valor de mercado, por cuanto no se puede afirmar que dicho ajuste signifique una disposición indirecta de renta, y además siendo que se ha concluido que el referido reparo no se encuentra debidamente fundamentado, corresponde levantar la aplicación de la Tasa Adicional del 4.1%, y dejar sin efecto la Resolución de Determinación N.º 094-003-0004721, debiéndose revocar la resolución apelada en este extremo (p. 9).

En similar sentido, se ha pronunciado dicho Colegiado en la Resolución N.º 08135-2-2019, tal como se aprecia a continuación:

Que en el valor impugnado (folios 1013 a 1016), se aprecia que la Administración aplicó la Tasa Adicional de 4,1% al considerar que correspondía hacerlo respecto a la observación por el ajuste de precio de transferencia por la operación realizada por la recurrente con su parte vinculada por la suma de S/. 3 306 108,00, sin embargo, al tratarse de un ajuste de valor en la venta de mercadería con efectos tributarios, no corresponde a un importe no sujeto a posterior control tributario que pudiera calificarse como disposición indirecta a que se refiere el inciso g) del artículo 24º-A de la anotada ley, pues cabe reiterar que tal omisión es el resultado

de un ajuste de valor en las ventas declaradas, que no supone la existencia de un ingreso cuyo destino no pueda ser acreditado. (p. 6)

De lo expuesto, se advierte que, en la Resolución N.º 11932-1-2019, al igual que en la Resolución N.º 06144-9-2019 citada en el punto anterior, el Tribunal atribuye la carga de la prueba a la Administración Tributaria al considerar que el valor impugnado no se encuentra debidamente sustentado. No obstante, en estas dos últimas resoluciones que también tratan sobre casos de subvaluación de ventas, dicho Colegiado ha dejado establecido que la diferencia no cobrada a la parte vinculada generada como consecuencia de reparos por aplicación de las normas de precios de transferencia, no se trata de un ingreso no declarado; por lo que, al no advertirse una disposición indirecta de renta, no procede la aplicación del ajuste secundario.

3.5.3 Declaración jurada rectificatoria y posterior control tributario

En este punto, consideramos pertinente mencionar que del análisis de las resoluciones del Tribunal Fiscal, hemos advertido que en reiterada jurisprudencia el criterio según el cual “el reconocimiento de un reparo mediante la presentación de una declaración rectificatoria, no autoriza la aplicación de la Tasa Adicional del Impuesto a la Renta debido a que el importe reconocido puede ser materia de posterior control tributario”, ha sido aplicado a casos cuya controversias versan sobre la aplicación de dicha tasa a reparos por ajustes en aplicación de las normas de precios de transferencia.

A modo de ejemplo, tenemos la Resolución N.º 00358-4-2019, en la que dicho colegiado señaló lo siguiente:

Que en tal sentido, estando al criterio antes citado, al haberse reconocido los reparos por ajustes al valor de los servicios recibidos por partes vinculadas por la aplicación de normas de precios de transferencia mediante la presentación de declaraciones rectificatorias por el Impuesto a la Renta de los ejercicios 2010 y 2011, no corresponde la aplicación de la Tasa Adicional del de 4,1% debido a que el ingreso reconocido mediante declaraciones rectificatorias puede ser materia de posterior control tributario, por lo que los pagos efectuados por la recurrente mediante las Boletas de Pago - Formularios 1662 N.º devienen en indebidos, debiendo revocarse la resolución apelada (p. 5).

Asimismo, debe precisarse que conforme lo señalado por dicho Colegiado en las Resoluciones N.º 01889-3-2019 y 01890-3-2019, la oportunidad en la que se presentaba la declaración jurada rectificatoria no era óbice para la aplicación del criterio antes mencionado, esto es, si la declaración rectificatoria fue presentada con anterioridad o con posterioridad a la emisión de la resolución de determinación vinculada a la aplicación de la aludida tasa adicional.

Al respecto, resulta pertinente indicar que si bien resultaba controvertido el afirmar que la presentación de una declaración jurada rectificatoria conlleva a que el concepto auto reparado por el contribuyente pueda ser susceptible de posterior control tributario, dicho debate quedaría en un segundo plano considerando que la aplicación del ajuste secundario resulta improcedente, bajo los términos expuestos precedentemente.

No obstante, a través del Acuerdo de Sala Plena No. 2022-13, que sustenta la emisión de la Resolución del Tribunal Fiscal No. 00358-1-2023, jurisprudencia de observancia obligatoria publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 3 de febrero de 2023, se ha establecido un nuevo criterio, según el cual la presentación de una declaración jurada rectificatoria del Impuesto a la Renta mediante la que se reconocen las observaciones efectuadas por la Administración en el marco de una fiscalización, no impide la aplicación de la Tasa Adicional del Impuesto a la Renta, debido a que tal declaración, por sí sola, no acredita el destino de los importes observados y, en consecuencia, no desvirtúa que pudieran involucrar una disposición indirecta de renta no susceptible de posterior control tributario.

Es importante anotar que si bien la referida resolución recae sobre un expediente donde la controversia versa sobre la aplicación de Tasa Adicional sobre reparos efectuados al Impuesto a la Renta por gastos no fehacientes adicionados a través de una declaración rectificatoria, el criterio expuesto puede ser aplicado en casos en los que se discuta la legalidad y procedencia de las resoluciones de determinación emitidas al amparo de lo dispuesto en el inciso d) del artículo 109º del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta (ajuste secundario).

De los pronunciamientos emitidos por el Tribunal Fiscal a la fecha, advertimos que inicialmente en aquellos casos en los que se había reconocido los reparos por ajustes al valor por la aplicación de normas de precios de transferencia mediante la presentación de declaraciones rectificatorias, dicho Colegiado señaló que no correspondía la aplicación

del denominado “ajuste secundario”, debido a que el ingreso reconocido podía ser materia de posterior control tributario; sin embargo, tras la emisión de la Resolución del Tribunal Fiscal No. 00358-1-2023, queda claro que aun cuando se haya producido la presentación de la referida declaración, el ente resolutivo evaluará en el caso concreto si se encuentra acorde a ley la aplicación del ajuste secundario.

En tanto que, en escenarios de subvaluación de ingresos, el Colegiado indica que, al no advertirse una disposición indirecta de renta, no procede la aplicación del ajuste secundario, toda vez que la diferencia no cobrada a la parte vinculada generada como consecuencia de reparos por aplicación de las normas de precios de transferencia, no se trata de un ingreso no declarado.

Por el contrario, en el supuesto de sobrevaluación de costos y/o gastos, se observa que el mencionado ente resolutor resuelve dejar sin efecto el valor impugnado bajo el sustento que la Administración Tributaria no motivó debidamente la aplicación de la referida tasa, puesto que no sustentó que se estuviera ante una disposición indirecta de renta no susceptible de posterior control tributario, de acuerdo con lo previsto por la inciso g) del artículo 24°-A de la Ley del Impuesto a la Renta y el inciso d) del artículo 109° del Reglamento de dicha ley.

En ese sentido, verificamos que existe una pluralidad de pronunciamientos, de los cuales llama nuestra atención el que versa sobre la sobrevaluación de costos y/o gastos, por cuanto el Tribunal Fiscal plantea que la Administración Tributaria debe probar la existencia de un supuesto de disposición indirecta de renta no susceptible de posterior control tributario a fin de aplicar el ajuste secundario, tarea cuya ejecución no resulta posible, en la medida que la aplicación del mismo es improcedente en cada uno de los supuestos previstos en la referida ley y su reglamento que configuran una distribución indirecta de renta, tal como se ha demostrado en el Punto 3.3 del presente trabajo.

3.6 Propuestas de solución

Conforme hemos explicado y sustentado en el transcurso del presente trabajo de investigación, la norma que regula el denominado ajuste secundario no guarda coherencia con el ordenamiento jurídico peruano, toda vez que transgrede el principio de reserva de ley al crear un nuevo hecho imponible a través de una disposición reglamentaria, así como el principio de jerarquía normativa al pretender gravar un supuesto sin contar con

la cobertura legal suficiente o siquiera una habilitación al reglamento para su establecimiento.

Asimismo, advertimos que la Administración considera que dicho ajuste procede siempre que haya un reparo a la determinación del Impuesto a la Renta por aplicación de normas de precios de transferencia (ajuste primario), incluso en casos de subvaluación de ingresos, lo cual evidencia la vulneración del principio de capacidad contributiva, pues se estaría gravando una renta inexistente.

De otra parte, ha quedado demostrado que la aplicación del ajuste secundario resulta improcedente, pues la norma reglamentaria vigente exige que para su configuración se deben verificar las condiciones previstas en el inciso g) del artículo 24°-A de la Ley del Impuesto a la Renta, lo que en el caso del referido ajuste no ocurre.

Por lo expuesto y, a fin de corregir dicha problemática, ofrecemos las siguientes propuestas de solución:

3.6.1 Emisión de una jurisprudencia de observancia obligatoria

En la sentencia recaída en el Expediente No. 047-2004-AI/TC, el Tribunal Constitucional ha señalado que “el principio de jerarquía es el único instrumento que permite garantizar la validez de las normas jurídicas categorialmente inferiores. Ergo, la invalidez es la consecuencia necesaria de la infracción de tal principio”.

Asimismo, se tiene que, en reiterada jurisprudencia, dicho Colegiado ha reconocido que los tribunales administrativos como el Tribunal Fiscal tienen la competencia y la obligación de efectuar el control de validez de una norma infra legal, tal como se aprecia en la sentencia recaída en el Expediente No. 00025-2010-AI/TC, en la que se establece lo siguiente:

17. La competencia para "inaplicar" una norma difiere si la antinomia se presenta entre una norma reglamentaria (vgr. un decreto supremo) y la ley, para cuyo caso el ordenamiento ha previsto formas distintas de solución.

b) Pero, de otro lado, el ordenamiento ha previsto la posibilidad de que la inaplicación de una norma reglamentaria pueda realizarla un funcionario en el seno de un procedimiento administrativo. Piénsese, por ejemplo, en la competencia para declarar la nulidad de pleno derecho de un acto administrativo

que, siendo reglamentariamente válido, sin embargo, contraviene la ley y la Constitución (art. 10° de la Ley 27444). En un contexto semejante, la declaración de nulidad del acto administrativo presupone, con carácter previo, que en base al principio de jerarquía el funcionario administrativo "inaplique" la norma reglamentaria a cuyo amparo se dictó el acto administrativo nulo de pleno derecho. La inaplicación, en este contexto, se realiza dentro de un procedimiento administrativo y con carácter declarativo.

No es, por cierto, el único supuesto en el que órganos de la Administración Pública puedan resolver antinomias bajo el principio jerárquico y, en ese contexto, inaplicar normas reglamentarias. Idéntica competencia se ha reconocido a favor de determinados órganos administrativos, como pueden ser el Tribunal Fiscal [art. 102 del Código Tributario] o la Comisión de Acceso al Mercado de Indecopi (art. 48° de la Ley 27444, modificado por el art. 3° de la Ley 28996).

18. En definitiva, en cualquiera de los supuestos en que algún órgano de la Administración esté autorizado para inaplicar una norma reglamentaria por su incompatibilidad con una norma superior, esta actividad sólo se puede realizar en un procedimiento administrativo y, por tanto, será consecuencia de encontrarse ejerciendo funciones administrativas.

No se les ha conferido la potestad de realizar un control abstracto de normas reglamentarias, pues esta es una competencia exclusiva confiada al Poder Judicial mediante el proceso de acción popular (art. 200.5° de la CP y artículo 85° del Código Procesal Constitucional). Precisamente por ello, el control de legalidad siempre deberá realizarse respecto de una norma reglamentaria relevante para decidir la cuestión que se debata en el procedimiento administrativo [vgr. por el Tribunal Fiscal o la Comisión de Acceso al Mercado], o en base a cuál se dictó un acto administrativo [tratándose de un supuesto de nulidad de pleno derecho].

Por su parte, Adrianzén Rodríguez (1998) afirma que:

En sentido lato podríamos entender que el Tribunal está facultado a preferir siempre una norma de mayor jerarquía frente a otra de menor jerarquía, pero no podemos admitir un sentido tan amplio de dicha disposición ya que, como advertimos anteriormente, el Tribunal Fiscal no podría inaplicar una norma por considerarla inconstitucional sosteniendo

que aplica la norma constitucional que es de mayor jerarquía, ya que siendo un tribunal administrativo que no administra justicia de manera definitiva, no se encontraría facultado para ello. Este artículo del Código Tributario se orienta más a conflictos entre normas infraconstitucionales, por ejemplo, en los casos en que un reglamento transgrede una norma con rango de ley, pero no le otorga facultades de órgano jurisdiccional al Tribunal Fiscal. Es ejercitar el control de legalidad. (p. 247).

En esa línea, se tiene que, el principio de jerarquía normativa se encuentra regulado en el artículo 102° del Código Tributario, que en concordancia con el artículo 51° de la Constitución, establece que el Tribunal Fiscal deberá aplicar la norma de mayor jerarquía al resolver, en cuyo caso, deberá emitir la resolución con carácter de jurisprudencia de observancia obligatoria, en virtud del artículo 154° del referido código.

Bajo esta disposición, se prevé que el Tribunal Fiscal resuelva las apelaciones contra las resoluciones emitidas por la Administración Tributaria aplicando la norma de mayor jerarquía cuando observe conflictos entre ellas. Es importante anotar que esta norma no faculta al órgano resolutor de última instancia administrativa a inaplicar una norma por considerar que vulnera la Constitución, sino a preferir lo dispuesto en la ley frente a una norma de rango inferior y así sucesivamente. En este último caso, estamos frente a un control de legalidad.

Dicha afirmación encuentra sustento en lo señalado en la sentencia recaída en el Expediente No. 04293-2012-AA de 18 de marzo de 2014 (“Caso Consorcio Requena”), - a través de la cual se resolvió dejar sin efecto el precedente vinculante contenido en la sentencia emitida en el Expediente No. 03741-2004-PA/TC, que autorizaba a realizar control difuso a los tribunales administrativos-, “cuando señala que los alcances de dicho pronunciamiento no enervan las obligaciones derivadas de, entre otros, el artículo 51° de la Constitución (principio de jerarquía normativa), tanto para los ciudadanos como para la Administración Pública, en lo que sea pertinente en cada caso concreto”; toda vez que, mediante dicha precisión se deja a salvo que los tribunales administrativos puedan ejercer el control de legalidad, como la aplicación del artículo 102° del Código Tributario por parte del Tribunal Fiscal.

Es importante anotar que con posterioridad a la emisión de la referida sentencia recaída en el Expediente No. 04293-2012-AA, con ocasión a la atención del Expediente

de apelación No. 1154-2014, que dio lugar a la emisión de un precedente de observancia obligatoria a través de la Resolución No. 08864-1-2017, se dilucidó si lo señalado por el artículo 1° del Decreto Supremo No. 051-2010-EF, en cuanto define como “unidades productivas” a las micro y pequeñas empresas inscritas en el Registro de la Micro y Pequeña Empresa - REMYPE, transgrede lo previsto por el artículo 2° de la Ley No. 29482, que prevé a los sujetos comprendidos bajo sus alcances.

Conforme puede apreciarse del Acuerdo de Reunión de Sala Plena No. 2017-15 de 8 de setiembre de 2017, que sustenta la emisión de la Resolución del Tribunal Fiscal No. 08864-1-2017, el Colegiado evaluó si en el caso materia de controversia se configuraba la transgresión del principio de jerarquía normativa, hecho a partir del cual deducimos que el ente resolutor reconoce que, – inclusive tras la emisión de sentencia emitida en ocasión del proceso Consorcio Requena–, se encuentra entre sus facultades la de efectuar el control de legalidad en virtud al mencionado artículo 102° del Código Tributario.

Ahora bien, respecto a la regulación de los ajustes de precios de transferencia, tal como hemos señalado precedentemente, se aprecia que el inciso c) del artículo 32°-A de la Ley del Impuesto a la Renta, que prevé los ajustes de precios de transferencia, no regula el ajuste secundario y tampoco se han establecido los lineamientos esenciales para que ello pueda ser realizado a través de una norma reglamentaria; sin embargo, mediante el inciso d) del artículo 109° del reglamento de la citada ley se ha regulado en qué condiciones procedería su aplicación, por lo que es evidente la transgresión al principio de jerarquía normativa.

Debe agregarse que, a la fecha, de las resoluciones emitidas por el Tribunal Fiscal, se aprecia que al resolver los casos donde se cuestiona la aplicación del ajuste secundario, dicho Colegiado no emite pronunciamiento respecto al incumplimiento del principio de jerarquía normativa, sino que en estas se desestima las controversias bajo el fundamento, entre otros, que la Administración Tributaria no sustenta que en tal supuesto se estuviera ante una disposición indirecta de renta no susceptible de posterior control tributario. Acto que consideramos de imposible cumplimiento, toda vez que la aplicación de dicho ajuste es improcedente, tal como se ha demostrado en el presente capítulo.

En atención a lo expuesto, proponemos que el Colegiado emita una resolución de observancia obligatoria, en virtud del artículo 154° del Código Tributario, en la que

resuelva declarar la inaplicación del inciso d) del artículo 109° del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta por transgredir el principio de jerarquía normativa, al amparo de lo dispuesto por el artículo 102° del mencionado código; hecho que pondría fin a la aplicación automática del mencionado ajuste por parte de la Administración y, en consecuencia, brindaría seguridad jurídica a los contribuyentes y se reduciría la litigiosidad tributaria.

3.6.2 Proyecto de reforma normativa

Previamente a desarrollar la propuesta de reforma, es importante precisar que, en nuestra opinión, el ajuste secundario sólo será aplicable en aquellos supuestos en los que se verifique un exceso de renta que ha quedado en poder de la contraparte, con lo cual, resulta evidente que no todo ajuste primario originará la aplicación del ajuste secundario.

Ahora bien, a fin de superar las deficiencias que presenta la normativa vigente, consideramos que se deben modificar, en la parte pertinente, las siguientes normas tributarias:

- Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta, aprobado por el Decreto Supremo N.° 179-2004-EF.
- Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta, aprobado por el Decreto Supremo N.° 122-94-EF.

En ese sentido, se plantea lo siguiente:

- Derogar el inciso d) del artículo 109° del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta.
- Incorporar el artículo 32°-B de la Ley del Impuesto a la Renta, que recogerá una nueva fórmula legal referida al ajuste secundario en la Ley del Impuesto a la Renta, según la cual el exceso de renta que se origina como consecuencia del ajuste primario constituye renta gravada para la parte vinculada que lo perciba; precisando además que, dicho gravamen sólo procederá en los escenarios que se verifique la sobrevaluación de gastos y/o costos que hayan sido efectivamente pagados.
- De igual forma, resulta necesario añadir el artículo 55°-B de la Ley del Impuesto a la Renta, a fin de establecer la tasa del impuesto aplicable al

supuesto gravado en el referido artículo 32°-B. Asimismo, en dicho dispositivo legal se define que se trata de un impuesto de periodicidad anual y el sujeto obligado a efectuar la retención en el supuesto que el contribuyente se trate de un sujeto no domiciliado.

A continuación, se detalla el texto normativo de cada una de las modificaciones a la Ley del Impuesto a la Renta antes propuestas:

Tabla 3.1

Propuesta de reforma - Incorporar el artículo 32°-B de la Ley del Impuesto a la Renta

Situación actual	Propuesta de reforma
	<p>Artículo 32°-B.- Ajuste secundario</p> <p>Para efectos del Impuesto, constituye renta gravada el exceso de renta que se origina como consecuencia del ajuste proveniente de la aplicación de las normas de precios de transferencia para la parte que lo perciba, que tuviera la condición de domiciliado o no domiciliado con arreglo a las disposiciones de esta ley. Solo procederá dicho gravamen en las transacciones sujetas a las normas de precios de transferencia en las que se verifique la sobrevaluación de gastos y/o costos que hayan sido efectivamente pagados.</p>

Tabla 3.2

Propuesta de reforma - Incorporar el artículo 55°-B de la Ley del Impuesto a la Renta

Situación actual	Propuesta de reforma
	<p>Artículo 55°-B.- El exceso de renta que se origina como consecuencia del ajuste proveniente de la aplicación de las normas de precios de transferencia se encuentra gravado con el Impuesto a la Renta aplicando la tasa de cinco por ciento (5%).</p> <p>El Impuesto a pagar se determinará y abonará al fisco en los plazos previstos por el Código Tributario para las obligaciones de periodicidad anual.</p> <p>Cuando el contribuyente sea un sujeto no domiciliado, tributará vía retención. La obligación de retener</p>

corresponderá a la parte domiciliada interviniente de la operación a la que se refiere el artículo 32°-B de esta ley. Dicha retención deberá ser pagada dentro de los plazos establecidos en el Código Tributario para las obligaciones de periodicidad anual. Esta retención tendrá el carácter de pago definitivo.



CONCLUSIONES

- Los ajustes primario y correspondiente o correlativo consiguen adecuar la valoración convenida por las partes al valor de mercado, de tal manera que el beneficio tribute en sede de quien realmente lo obtiene; no obstante, dichos ajustes no logran recomponer la situación que se hubiera dado si la valoración de la operación se hubiera realizado originariamente a valor de mercado, esto se debe a que el exceso ha generado una alteración patrimonial entre las partes a la que no afectan los mencionados ajustes.
- El ajuste secundario tiene por fin otorgar un tratamiento tributario al exceso de renta que figura en la contabilidad de una de las partes intervinientes en la transacción controlada, que se evidencie tras la aplicación del ajuste primario. En ese sentido, la realización de un ajuste secundario sólo adquiere justificación en tanto se verifique una renta real transferida en el marco de una operación sujeta a normas de precios de transferencia, en consecuencia, no en todos los escenarios en los que se aplique un ajuste primario deberá efectuarse el ajuste secundario.
- El ajuste secundario es una medida antielusiva, dada su capacidad para calificar operaciones, para efectos tributarios, y garantizar la correcta atribución y determinación de las rentas en cada parte interviniente de la operación sujeta a normas de precios de transferencia.
- El ajuste secundario recurre a una ficción jurídica a fin de brindar una explicación sobre el desplazamiento del exceso de renta y así poder sujetarla a gravamen; para tal efecto, supone la existencia de una operación secundaria (construcción teórica) a la que se le atribuye como resultado el referido exceso que queda en posesión de una de las partes intervinientes tras la realización de un ajuste primario y se le asigna un tratamiento tributario, lo que deriva en la creación de un nuevo hecho imponible.
- Si bien el ajuste secundario encierra una ficción jurídica consistente en considerar la existencia de una operación secundaria para efectos de gravar el exceso de renta generado como consecuencia de la aplicación del ajuste primario, el uso de la mencionada institución jurídica no convierte al exceso de renta en una renta ficta,

pues es innegable que dicho exceso se encuentra en poder de una de las partes vinculadas, por lo que sólo se trata de un medio para atribuirle efectos jurídicos.

- Conforme se aprecia de la doctrina y el Derecho Comparado, las modalidades más frecuentes de ajuste secundario son: dividendos constructivos, aportaciones de capital o préstamos. Alternativamente, los Estados optan por la figura de restitución del exceso de fondos.
- El inciso d) del artículo 109° del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta no recoge la figura del ajuste secundario tal como es concebido por la doctrina; por el contrario, excepcionalmente se exige bajo la modalidad de disposición indirecta de renta (dividendo presunto), según las condiciones establecidas en el inciso g) del artículo 24°-A de la anotada ley. En la citada norma reglamentaria se prevé un nuevo hecho imponible que califica como dividendo presunto a la diferencia existente entre el valor de mercado determinado por la Administración Tributaria y el convenido por las partes.
- La Administración Tributaria aplica el denominado “ajuste secundario” incluso en casos de subvaluación de ingresos. La aplicación automática del referido ajuste en dicho escenario evidencia la vulneración del principio de capacidad contributiva, pues se grava una renta inexistente al no haberse producido un desplazamiento de renta a una de las partes que participa en la operación.
- No solo el legislador está llamado a tomar en cuenta los principios constitucionales tributarios al emitir normas, sino también quien aplica las normas, siendo en este caso la Administración Tributaria (SUNAT).
- Se advierte la vulneración del principio de reserva de ley al crearse un nuevo hecho imponible a través del inciso d) del artículo 109° del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta, teniéndose en cuenta que la ley del citado tributo no establece ninguno de los aspectos de la hipótesis de incidencia ni mucho menos establece los parámetros y limitaciones que debía observar el legislador a fin de regular alguno de ellos vía reglamento.
- El inciso d) del artículo 109° del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta excede lo dispuesto en el inciso c) del artículo 32°-A de la anotada ley, toda vez que establece una obligación a los contribuyentes que la ley que la justifica no autorizó, transgrediéndose así el principio de jerarquía normativa.

- Tras el análisis de la normatividad del Impuesto a la Renta sobre el denominado “ajuste secundario”, se colige que la aplicación de dicho ajuste es improcedente en cada uno de los supuestos que configuran una distribución indirecta de renta previstos en la ley del citado tributo y su reglamento, inclusive en el escenario de sobrevaluación de costos o gastos, dado que no se verifica el requisito de “no susceptible de posterior control tributario” en las operaciones acotadas en aplicación de las normas de precios de transferencia.
- De la revisión de la jurisprudencia emitida por el Tribunal Fiscal, se aprecia que existe una pluralidad de pronunciamientos. Se tiene que, a través de la Resolución del Tribunal Fiscal No. 00358-1-2023, jurisprudencia de observancia obligatoria publicada el 3 de febrero de 2023, se ha establecido que la presentación de una declaración jurada rectificatoria del Impuesto a la Renta mediante la que se reconocen las observaciones efectuadas por la Administración en el marco de una fiscalización, no impide la aplicación de la Tasa Adicional del Impuesto a la Renta, debido a que tal declaración, por sí sola, no acredita el destino de los importes observados y, en consecuencia, no desvirtúa que pudieran involucrar una disposición indirecta de renta no susceptible de posterior control tributario. Dicho pronunciamiento implica un cambio de criterio, el cual conlleva a que dicho Colegiado evalúe si la aplicación del ajuste secundario se encuentra acorde a ley.

En tanto que, frente a un escenario de subvaluación de ingresos, señala que, al no advertirse una disposición indirecta de renta, la aplicación del ajuste secundario no resulta procedente, toda vez que la diferencia no cobrada a la parte vinculada generada como consecuencia de reparos por aplicación de las normas de precios de transferencia, no se trata de un ingreso no declarado.

Por el contrario, en un escenario de sobrevaluación de costos y/o gastos, se observa que el mencionado ente resolutor resuelve dejar sin efecto el valor impugnado bajo el sustento que la Administración Tributaria no motivó debidamente la aplicación de la referida tasa, puesto que no acreditó que se estuviera ante una disposición indirecta de renta no susceptible de posterior control tributario. De tal pronunciamiento, se desliza que la carga de la prueba se encuentra a cargo de la Administración Tributaria, tarea que consideramos de imposible cumplimiento, toda vez que la aplicación de dicho ajuste es improcedente, tal como se ha demostrado en el presente trabajo de investigación.

- A la fecha, no existe un pronunciamiento del Tribunal Fiscal que atienda al cuestionamiento referido a que el inciso d) del artículo 109° del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta transgrede el principio de jerarquía normativa.
- Atendiendo a que, en el escenario de sobrevaluación de costos o gastos, sí se produce un desplazamiento de renta y que esta se encuentra en poder de una de las partes intervinientes en la operación controlada, consideramos que dicha renta debe ser sujeta a gravamen. Sin embargo, tal como se ha demostrado en el trabajo de investigación, la regulación del ajuste secundario en el Perú es deficiente y su aplicación es improcedente; por lo que, resulta necesaria la implementación de un dispositivo legal en la Ley del Impuesto a la Renta que guarde coherencia con el ordenamiento jurídico peruano.



RECOMENDACIONES

- Emitir una jurisprudencia de observancia obligatoria por parte del Tribunal Fiscal, a fin de declarar la inaplicación del inciso d) del artículo 109° del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta, al amparo de lo dispuesto por el artículo 102° del Código Tributario, lo cual pondría fin a la aplicación automática del ajuste secundario realizado por la Administración y, por tanto, se brindaría seguridad jurídica a los contribuyentes, reduciendo las controversias tributarias.
- Derogar el inciso d) del artículo 109° del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta e introducir una nueva fórmula legal referida al ajuste secundario en la anotada ley. La reforma legislativa propuesta tiene como objetivo de implementar una regulación que sea coherente con el ordenamiento jurídico peruano.

REFERENCIAS

- Adrianzén Rodríguez, L. C. (1998). El Tribunal Fiscal y algunos criterios de interpretación que viene utilizando. *IUS ET VERITAS*, 9(16), 236-253.
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15776>.
- Anguita Oyarzún, C. (2017). *Los Retos en la Aplicación de las Cláusulas Antiabuso por las Administraciones Tributarias Latinoamericanas y las Lecciones de la Experiencia Española y Europea*.
https://www.ciat.org/Biblioteca/BecadeInvestigacion/2017_VII_retos_aplicacion_clausulas_antiabuso_anguita_chile.pdf.
- Brandstätter, J., & Rosengren, V. (2017). *Transfer pricing in Austria: overview*.
[https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/w-007-3430?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true&bhcp=1](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/w-007-3430?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true&bhcp=1).
- Bravo Cucci, J. (2018). *Fundamentos de Derecho Tributario*. CreaLibros Ediciones.
- Bullen, A. (2011). *Arm's Length Transaction Structures Recognizing and restructuring controlled transactions in transfer pricing*. IBFD.
- Calderón Carrero, J. M., & Martín Jiménez, A. (2009). Los ajustes secundarios en la nueva regulación de las operaciones vinculadas. *Estudios Financieros: Contabilidad y Tributación*, 316, 37-64.
- Casanova-Regis Albi, R., & Vera, E. (2019). *Funcionamiento y riesgos de las normas antielusivas* [Video]. Youtube.
<https://www.youtube.com/watch?v=PawIW1velb0&t=72s>.
- Code général des impôts. (1950).
<http://codes.droit.org/PDF/Code%20g%C3%A9n%C3%A9ral%20des%20imp%C3%B4ts.pdf>.
- Congreso Constituyente Democrático. (1993). Constitución Política del Perú de 1993.
https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2019/05/Constitucion-Politica-del-Peru-marzo-2019_WEB.pdf.
- Durán Rojo, L., & Nina Nina, P. (2018). Relación entre las normas peruanas sobre precios de transferencia y la Cláusula Antielusiva General. *Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario*, 65, 311-339.
- European Commission Directorate – General Taxation and Customs Union, EU Joint Transfer Pricing Forum. (2013). *Final Report on Secondary Adjustments*
https://ec.europa.eu/taxation_customs/system/files/2016-09/final_report_secondary_adjustments_en.pdf.
- Ferrer Vidal, D. (2014). *El ajuste secundario en las operaciones vinculadas* [Tesis doctoral, Universidad Ramón Llull].
<https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/283193/TESIS+DOCTORAL->

+EL+AJUSTE+SECUNDARIO+-+DIANA+FERRER+-+ESADE-.pdf;jsessionid=05B6F9592504F7EBD74E4122E18D0B8F?sequence=1.

- Gamba Valega, C. (2012). Principio de reserva de la ley tributaria. En C. Checa González y C. Gamba Valega (Eds.), *Principio de reserva de la ley tributaria*. Grijley.
- García Toma, V. (2015). La Constitución y el sistema jurídico nacional. *THEMIS Revista De Derecho*, 67, 23-37.
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/14454>.
- Gómez Piñol, A. (2017). *El ajuste secundario en las operaciones vinculadas: una oportunidad desaprovechada por el legislador español* [Tesis de pregrado, Universitat de Barcelona].
<http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/115782/1/TFG-ADRET-G%C3%B3mez-Anna-juliol17.pdf>.
- González Carcedo, J. (2016). Capítulo 15: Ajustes secundarios. En N. Carmona Fernández (Coord.). *Nuevo régimen fiscal de las operaciones vinculadas* (pp. 515-534). Wolters Kluwer.
- Guastini, R. (2015). La interpretación de la constitución. En J. Fabra y E. Spector (Eds.), *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*. (Vol., 2011-2086). Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3876/12.pdf>.
- Hamaekers, H. (2001). Precios de transferencia, historia, evolución y perspectivas. En F. Serrano Antón (Coord.), *Fiscalidad internacional* (pp. 419-477). Ediciones CEF.
- Hernández Berenguel, L. (1985). Las presunciones legales en el sistema tributario peruano. *Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario*, 9, 11-47.
<https://docplayer.es/44590926-Las-presunciones-legales-en-el-sistema-tributario-peruano-luis-hernandez-berenguel.html>.
- Income Tax Department del Gobierno de India. (1961). Ley del Impuesto a la Renta.
<https://www.incometaxindia.gov.in/Pages/acts/income-tax-act.aspx>
- Internal Revenue Code. (1986). *Allocation of income and deductions among taxpayers*.
<https://www.law.cornell.edu/cfr/text/26/1.482-1>.
- Internal Revenue Service (2016). *LB&I International Practice Service Process Unit – Audit*. https://www.irs.gov/pub/int_practice_units/ISI9422_09_08.pdf.
- Köster-Böckenförde, A. (2007). *Germany: German Transfer Pricing Rules In Practice*.
<https://www.mondaq.com/germany/corporate-tax/55124/german-transfer-pricing-rules-in-practice>.
- Lasagabaster Herrarte, I. (2018). *El principio de primacía en la Constitución de 1978*. *Marcial Pons*. <https://www.marcialpons.es/media/pdf/9788491236085.pdf>.

- Ley 27/2014, Ley del Impuesto sobre Sociedades. (2014).
<https://www.boe.es/buscar/pdf/2014/BOE-A-2014-12328-consolidado.pdf>.
- Lizárraga Ibáñez, J. (2018). La Cláusula Antielusiva General y su relación con las cláusulas antielativas específicas. *Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario*, 455-474.
- López-Hermoso Agius, J. (2010). El ajuste secundario. En T. Cordón Ezquerro (Dir.), *Fiscalidad de los precios de transferencia (operaciones vinculadas)*. Ediciones CEF.
- Ministerio de Economía y Finanzas de la República de Corea. (2015). *Enforcement Decree of the Adjustment of International Taxes Act*.
https://elaw.klri.re.kr/kor_service/lawView.do?hseq=35965&lang=ENG.
- Ministerio de Economía y Finanzas de la República de Corea. (2016). Adjustment of International Taxes Act.
https://elaw.klri.re.kr/kor_service/lawView.do?hseq=42278&lang=ENG.
- Ministerio de Economía y Finanzas del Perú. (1994). Decreto Supremo N.º 122-94-EF. Aprueban el Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta.
<http://spij.minjus.gob.pe/web/main.asp>
- Ministerio de Economía y Finanzas del Perú. (2004). Decreto Supremo N.º 179-2004-EF. Aprueban el Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta.
<http://spij.minjus.gob.pe/web/main.asp>.
- Ministerio de Economía y Finanzas. (2003). Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N.º 945.
<http://spij.minjus.gob.pe/Graficos/Peru/2003/Diciembre/23/EXP-DL-945.PDF>.
- Ministerio de Economía y Finanzas. (2006). *Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N.º 970*.
[http://spij.minjus.gob.pe/graficos/Peru/2006/Diciembre/24/D.%20Leg.%20N%C2%BA%20970%20\(24-12-06\).pdf](http://spij.minjus.gob.pe/graficos/Peru/2006/Diciembre/24/D.%20Leg.%20N%C2%BA%20970%20(24-12-06).pdf).
- Ministerio Federal de Finanzas de la República de Austria. (1988).
Einkommensteuergesetz.
<https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/Bundesnormen/NOR40190124/NOR40190124.html>.
- Ministerio Federal de Finanzas de la República de Austria. (1988).
Körperschaftsteuergesetz.
<https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/Bundesnormen/NOR40190531/NOR40190531.html>.
- Ministerio Federal de Justicia y Protección al Consumidor de República Federal de Alemania. (1977). Außensteuergesetz. <https://www.gesetze-im-internet.de/astg/>.
- Ministerio Federal de Justicia y Protección al Consumidor de República Federal de Alemania. (1976). *Körperschaftsteuergesetz*. https://www.gesetze-im-internet.de/kstg_1977/.

- Navarro Ibarrola, A. (2016). *Los ajustes transaccionales en la normativa sobre precios de transferencia* [Tesis de doctorado, Universidad Carlos III de Madrid]. <http://hdl.handle.net/10016/23300>.
- Oepen, W., & Löser, S. (2005). Germany. En R. Russo, *The Attribution of Profits to Permanent Establishments: The taxation of intra-company dealings* (pp. 193-197). IBFD.
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. (2017). *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017*. <https://doi.org/10.1787/tpg-2017-en>.
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. (2017, octubre). *United States Transfer Pricing Country Profile*. <https://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/transfer-pricing-country-profile-united-states.pdf>.
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. (2018). *Directrices de la OCDE aplicables en materia de precios de transferencia a empresas multinacionales y administraciones tributarias 2017* (Instituto de Estudios Fiscales, Ed. & Trad.). (Obra original publicada en 2017) <https://doi.org/10.1787/9788480083980-es>.
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. (2022). *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2022*. <https://doi.org/10.1787/0e655865-en>.
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. (2022, febrero). *Brazil Transfer Pricing Country Profile*. <https://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/transfer-pricing-country-profile-brazil.pdf>.
- Peterson, S., & Horner, F. (1996). Secondary Adjustments and Related Aspects of Transfer Pricing Corrections. *IFA, Secondary Adjustments and Related Aspects of Transfer Pricing Corrections. Proceedings of a Seminar held in Toronto, Canada, in 1994 during the 48th Congress of the International Fiscal Association*, vol. 19b, pp. 3-20.
- Petruzzi, R. Cottani, G., Sollund, S., & Prasanna, S. (2018). Introduction to Transfer Pricing. En Lang, Cottani, Petruzzi y Storck (Eds.), *Fundamentals of Transfer Pricing: A Practical Guide* (pp. 3-32). Wolters Kluwer.
- Presidencia de la República del Perú. (2003). Decreto Legislativo N.º 945. Modificación de la Ley del Impuesto a la Renta. <http://spij.minjus.gob.pe/web/main.asp>.
- Presidencia de la República del Perú. (2012). Decreto Legislativo N.º 1112. Decreto Legislativo que modifica la Ley del Impuesto a la Renta. <http://spij.minjus.gob.pe/web/main.asp>.
- Presidencia de la República del Perú. (2012). Decreto Legislativo N.º 1116. Decreto Legislativo que modifica la Ley del Impuesto General a las Ventas e Impuesto Selectivo al Consumo y la Ley que establece el Régimen de Percepciones del Impuesto General a las Ventas. <http://spij.minjus.gob.pe/web/main.asp>.

- Presidencia de la República del Perú. (2012). Decreto Legislativo N.º 1124. Decreto Legislativo que modifica la Ley del Impuesto a la Renta.
<http://spij.minjus.gob.pe/web/main.asp>.
- Presidencia de la República del Perú. (2016). Decreto Legislativo N.º 1261. Decreto Legislativo que modifica la Ley del Impuesto a la Renta.
<http://spij.minjus.gob.pe/web/main.asp>.
- Presidencia de la República del Perú. (2018). Decreto Legislativo N.º 1369. Decreto Legislativo que modifica la Ley del Impuesto a la Renta.
<http://spij.minjus.gob.pe/web/main.asp>.
- Presidencia de la República Federativa del Brasil (2022). Medida Provisória N° 1.152, de 28 de dezembro de 2022.
<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/medida-provisoria-n-1.152-de-28-de-dezembro-de-2022-454516132>.
- Quiñones, T. (2023, 16 de enero). *Brasil cambia, por fin, sus reglas de precios de transferencia*.
<https://www.tendencias.kpmg.es/2023/01/brasil-cambia-reglas-precios-transferencia/>.
- Pricewaterhousecoopers (2013). International Transfer Pricing 2013/14. pp. 433-445.
<https://www.pwc.com/gx/en/international-transfer-pricing/assets/itp-2013-final.pdf>.
- Rajmilovich, D. (2014). Las cláusulas antiabuso específicas y los convenios de doble imposición. En Instituto Peruano de Derecho Tributario, Memorias de las XXVII Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario - Tomo II.
<https://www.ipdt.org/uploads/docs/Libro%20Memorias%20XXVII%20Jornadas%20ILADT%20-%20Tomo%20II.pdf>.
- Real Decreto 634/2015 (11 de julio de 2015). Reglamento del Impuesto sobre Sociedades.
<https://www.boe.es/buscar/pdf/2015/BOE-A-2015-7771-consolidado.pdf>.
- Rendón, R. (2011). Ajustes primarios, secundarios y correspondientes. Caso México. En Asociación Argentina de Estudios Fiscales (Editor). *Revista de Tributación*, 22, 69-75.
<https://www.aaef.org.ar/web/pdf/revistas/Revista%2022.pdf>.
- Sala Galvañ, G. (2003). *Los Precios de Transferencia Internacionales. Su Tratamiento Tributario*. Tirant lo Blanch.
- Sampaio Nogueira, E. (2016). Consideraciones sobre las Normas Antielusivas en el Ordenamiento Jurídico Brasileño. *Revista del CIAT*, 41, 120-140.
https://www.ciat.org/Biblioteca/Revista/Revista_41/Espanol/rev41_Sampaio_brasil.pdf.
- Schachner, G, Wittmann, K., & Nekrasov, S. (2019). Austria. En Edge, S y Robertson, D. *The Transfer Pricing Law Review* (3.a ed.). Law Business Research.

https://thelawreviews.co.uk/digital_assets/8ea77dc5-091d-4ec7-b373-e65d39c27f59/The-Transfer-Pricing-Law-Review---Edition-3---24-July-2019.pdf.

Suárez Mosquera, C. (2007). *La calificación jurídica de las operaciones vinculadas, en la imposición directa, según la modificación realizada por la Ley 36/2006, de prevención del fraude fiscal. Crónica tributaria, N° 125, 149-174.*
https://www.economistas.es/Contenido/REAF/gestor/125_calificacion.pdf.

Tarsitano, A (2014). El Principio de Capacidad Contributiva como Fundamento de la Constitución Financiera Una Visión Doctrinaria y Jurisprudencial. *Derecho & Sociedad*, 43, 119-128.
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/12564>.

Tartarini Tamburini, T. (2016). El ajuste secundario en materia de precios de transferencia, notas sobre su naturaleza y deficiente regulación en el Perú. *IUS ET VERITAS*, 24(52), 28-44.
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16369>.

Tribunal Constitucional. (1997). Sentencia N.º 646-96-AA/TC. Lima
<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/1997/00646-1996-AA.html>.

Tribunal Constitucional. (2003). Sentencia N.º 0001/0003-2003-AI/TC. Lima.
<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00001-2003-AI%2000003-2003-AI.html>.

Tribunal Constitucional. (2004). Sentencia N.º 2762-2002-AA/TC. Lima.
<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/02762-2002-AA.html>.

Tribunal Constitucional. (2004). Sentencia N.º 0033-2004-AI/TC. Lima.
<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00033-2004-AI.html>.

Tribunal Constitucional. (2005). Sentencia N.º 0042-2004-AI/TC. Lima.
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00042-2004-AI.html>.

Tribunal Constitucional. (2005). Sentencia N.º 3303-2003- AA/TC. Lima.
<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/03303-2003-AA.pdf>.

Tribunal Constitucional. (2006). Sentencia N.º 03962-2005-PC/TC. Ica.
<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/03962-2005-AC.pdf>.

Tribunal Constitucional. (2006). Sentencia N.º 00047-2004-AI/TC. Gobierno Regional de San Martín. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00047-2004-AI.html>.

Tribunal Constitucional. (2011). Sentencia N.º 00025-2010-AI/TC. Lima.
<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00025-2010-AI.html>.

Tribunal Constitucional. (2014). Sentencia N.º 04293-2012-AA/TC. Loreto.
<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/04293-2012-AA.pdf>.

- Tribunal Fiscal. (2017). Acuerdo de Reunión de Sala Plena N.º 2017-15.
https://www.mef.gob.pe/contenidos/tribu_fisc/jurisprude/acuer_sala/2017/acuerdo/15-2017.pdf.
- Tribunal Fiscal. (2022). Acuerdo de Reunión de Sala Plena N.º 2022-13.
https://www.mef.gob.pe/contenidos/tribu_fisc/jurisprude/acuer_sala/2022/acuerdo/13-2022.pdf.
- Tribunal Fiscal. (2008). Resolución del Tribunal Fiscal N.º 11869-1-2008.
http://www.mef.gob.pe/contenidos/tribu_fisc/Tribunal_Fiscal/PDFS/2008/1/2008_1_11869.pdf.
- Tribunal Fiscal. (2011). Resolución del Tribunal Fiscal N.º 15452-1-2011.
http://www.mef.gob.pe/contenidos/tribu_fisc/Tribunal_Fiscal/PDFS/2011/1/2011_1_15452.pdf.
- Tribunal Fiscal. (2012). Resolución del Tribunal Fiscal N.º 06251-2-2012.
http://www.mef.gob.pe/contenidos/tribu_fisc/Tribunal_Fiscal/PDFS/2012/2/2012_2_06251.pdf.
- Tribunal Fiscal. (2012). Resolución del Tribunal Fiscal N.º 14620-10-2012.
http://www.mef.gob.pe/contenidos/tribu_fisc/Tribunal_Fiscal/PDFS/2012/10/2012_10_14620.pdf.
- Tribunal Fiscal. (2014). Resolución del Tribunal Fiscal N.º 00753-9-2014.
http://www.mef.gob.pe/contenidos/tribu_fisc/Tribunal_Fiscal/PDFS/2014/9/2014_9_00753.pdf.
- Tribunal Fiscal. (2014). Resolución del Tribunal Fiscal N.º 02446-10-2014.
http://www.mef.gob.pe/contenidos/tribu_fisc/Tribunal_Fiscal/PDFS/2014/10/2014_10_02446.pdf.
- Tribunal Fiscal. (2017). Resolución del Tribunal Fiscal N.º 08000-3-2017.
http://www.mef.gob.pe/contenidos/tribu_fisc/Tribunal_Fiscal/PDFS/2017/3/2017_3_08000.pdf.
- Tribunal Fiscal. (2017). Resolución del Tribunal Fiscal N.º 08864-1-2017.
https://www.mef.gob.pe/contenidos/tribu_fisc/jurisprude/acuer_sala/2017/resolucion/2017_1_08864.pdf.
- Tribunal Fiscal. (2019). Resolución del Tribunal Fiscal N.º 00358-4-2019.
http://www.mef.gob.pe/contenidos/tribu_fisc/Tribunal_Fiscal/PDFS/2019/4/2019_4_00358.pdf.
- Tribunal Fiscal. (2019). Resolución del Tribunal Fiscal N.º 01889-3-2019.
http://www.mef.gob.pe/contenidos/tribu_fisc/Tribunal_Fiscal/PDFS/2019/3/2019_3_01889.pdf.
- Tribunal Fiscal. (2019). Resolución del Tribunal Fiscal N.º 01890-3-2019.
http://www.mef.gob.pe/contenidos/tribu_fisc/Tribunal_Fiscal/PDFS/2019/3/2019_3_01890.pdf.

- Tribunal Fiscal. (2019). Resolución del Tribunal Fiscal N.º 06144-9-2019.
http://www.mef.gob.pe/contenidos/tribu_fisc/Tribunal_Fiscal/PDFS/2019/9/2019_9_06144.pdf.
- Tribunal Fiscal. (2019). Resolución del Tribunal Fiscal N.º 08135-2-2019.
http://www.mef.gob.pe/contenidos/tribu_fisc/Tribunal_Fiscal/PDFS/2019/2/2019_2_08135.pdf.
- Tribunal Fiscal. (2019). Resolución del Tribunal Fiscal N.º 10898-9-2019.
http://www.mef.gob.pe/contenidos/tribu_fisc/Tribunal_Fiscal/PDFS/2019/9/2019_9_10898.pdf.
- Tribunal Fiscal. (2019). Resolución del Tribunal Fiscal N.º 11537-9-2019.
http://www.mef.gob.pe/contenidos/tribu_fisc/Tribunal_Fiscal/PDFS/2019/9/2019_9_11537.pdf.
- Tribunal Fiscal. (2019). Resolución del Tribunal Fiscal N.º 11932-1-2019.
http://www.mef.gob.pe/contenidos/tribu_fisc/Tribunal_Fiscal/PDFS/2019/1/2019_1_11932.pdf.
- Tribunal Fiscal. (2021). Resolución del Tribunal Fiscal N.º 03371-3-2021.
https://www.mef.gob.pe/contenidos/tribu_fisc/Tribunal_Fiscal/PDFS/2021/3/2021_3_03371.pdf.
- Tribunal Fiscal. (2023). Resolución del Tribunal Fiscal N.º 00358-1-2023
https://www.mef.gob.pe/contenidos/tribu_fisc/jurisprude/acuer_sala/2022/resolucion/2023_1_00358.pdf.
- Tribunal Supremo del Poder Judicial Español. (2007). Sentencia N.º 184/2007, Tercera Sala de lo Contencioso de
<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openCDocument/47c54a4d73e1a196512cf292e1bc773970351a2141d65976>.
- United Nations. (2013). Practical Manual on Transfer Pricing for Developing Countries
https://www.un.org/development/desa/financing/sites/www.un.org.development.desa.financing/files/2020-03/UN_Manual_TransferPricing.pdf.
- Villegas Aldazosa, A. (2011) Bases para la aplicación de los *Advance Pricing Agreements* (APAs) en Bolivia. *Revista de Tributación*, 22, 53-66.
<https://www.aanf.org.ar/web/pdf/revistas/Revista%2022.pdf>.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguirre Dávila, H. F. (2016). *Aplicación facultativa por parte de la administración de las normas de valor de mercado de la Ley del Impuesto a la Renta* [Tesis de maestría, Universidad de Lima]. Repositorio institucional de la Universidad de Lima. <http://doi.org/10.26439/ulima.tesis/9512>.
- Altamirano, A. (2005). *Régimen de los Precios de Transferencia*. Editorial Comercializadora Cartolán.
- Barril Carulla, J., Berché Moreno, E., & Piedra Arjona, S. (2013). *La calificación de la diferencia entre el valor normal de mercado y el valor convenido. El denominado ajuste secundario*. Vlex.
- Bravo Cucci, J. (2006). La elusión, el fraude a la ley tributaria y el segundo párrafo de la Norma VIII del Título preliminar del Código Tributario. *Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario*, 44, 143-153. http://www.ipdt.org/editor/docs/04_Rev44_JBC.pdf.
- Calderón Carrero, J. M. & Martín Jiménez, A. (2013). Precios de Transferencia. *Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria*.
- Calvo Vérguez, J. (2016). La práctica del ajuste secundario en el marco de las operaciones vinculadas. *ZERGAK Gaceta Tributaria*, 51 – 1/16, 145-180. https://www.euskadi.eus/contenidos/informacion/zergak51/es_def/adjuntos/Z51%20-%202003%2004%20-%20Juan%20Calvo.pdf.
- Castro Jurado, S. & Chaves, M. (2023, 15 de febrero). *Brazil Considering Adoption of the OECD Transfer Pricing Standard* <https://www.marcumllp.com/insights/brazil-considering-adoption-of-the-oecd-transfer-pricing-standard>.
- Chau Quispe, L., & Lozano Byrne, O. (2000). Determinación sobre base presunta. *Themis*, 41, 29-35.
- Centro Interamericano de Administraciones Tributarias, International Tax Compact & Agencia Alemana de Cooperación Internacional. (2013). El control de la Manipulación de los Precios de Transferencias en América Latina y el Caribe. <https://biblioteca.ciat.org/opac/book/5095>.
- Centro Interamericano de Administraciones Tributarias & Agencia Alemana de Cooperación Internacional. (2019). Transfer Pricing in Latin America and the Caribbean. A General Overview based on CIATData Transfer Pricing Information updated to November 2019. <https://biblioteca.ciat.org/opac/book/5689>.
- Cochea, B., & Revelo, P. (2017). *Análisis de tratamiento tributario sobre dividendos distribuidos por sociedades residentes en Guayaquil* [Tesis de pregrado, Universidad de Guayaquil]. Repositorio institucional de la Universidad de Guayaquil <http://repositorio.ug.edu.ec/handle/redug/24232>.

- Congreso de la República del Perú. (1996). Ley N.º 26887. Ley General de Sociedades. <http://spij.minjus.gob.pe/web/main.asp>.
- Cordón Ezquerro, T. (2009). Valor de mercado y ajuste secundario en las operaciones vinculadas. *Estudios Financieros: Contabilidad y Tributación*, 312, Ediciones CEF.
- Covarrubias Rivera, A. (2015). *Análisis e interpretación de las Leyes Fiscales en México*. books.google.es/books?isbn=9786078384853.
- De la Vega Rengifo, B., & Izaguirre López, G. (2018). Integración del dividendo en la renta corporativa. *Advocatus*, 36, 155-179. <http://dx.doi.org/10.26439/advocatus2018.n036.4745>.
- Dugar, A., & Bhandari, L. (2017). India. Secondary Adjustment: A Potential Wave of New Transfer Pricing Litigation. *Tax Bulletin IBFD*.
- Durán Rojo, L. (2009). Alcances del principio de causalidad en el impuesto a la renta empresarial. *Contabilidad y Negocios*, 4(7), 5-16. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/contabilidadyNegocios/article/view/620>.
- Estrada Vargas, L. (2019). *Aplicación del dividendo presunto en los procedimientos de fiscalización*. <http://forseti.pe/periodico/articulos/aplicacion-del-dividendo-presunto-en-los-procedimientos-de-fiscalizacion/>.
- Falendysh, A. (2021). *Secondary Transfer Pricing Adjustments: Interpretation Challenges within the EU and International Perspectives* [Tesis de maestría, Lund University]. <http://lup.lub.lu.se/student-papers/record/9049394>.
- Fernández de Soto Blass, M. (2009). Los precios de transferencia y el ajuste secundario. Propuesta de nuevos artículos en la legislación del Impuesto sobre Sociedades español. *Documentos - Instituto de Estudios Fiscales*, 30, 405-423. https://www.ief.es/docs/destacados/publicaciones/documentos_trabajo/2009_30.pdf.
- García Mullín, R. (1978). *Impuesto sobre la Renta: Teoría y Técnica del Impuesto*. Centro Interamericano de Estudios Tributarios (CIET). https://www.academia.edu/28715712/Impuesto_sobre_la_Renta_Teor%C3%ADa_y_T%C3%A9cnica_del_Impuesto.
- García Novoa, C. (s.f.). *El ajuste secundario en las operaciones vinculadas*. <http://www.operacionesvinculadas.com/el-ajuste-secundario-en-las-operaciones-vinculadas/>.
- García-Schreck, M. (2001). Precios de transferencia en el Perú: ¿estamos verdaderamente preparados? *Ius Et Veritas*, 11(22), 254-270.
- García-Schreck, M. (2008). La regulación de los precios de transferencia en el Perú: se debe seguir avanzado. *Ius Et Veritas*, 18(36), 428-445.
- Gimbel Lewis, P., & Breen, J. (2008). *Coming Full Circle? Secondary Adjustments and Repatriation in Transfer Pricing Cases*.

<http://link.library.ibfd.org/portal/Coming-full-circle-Secondary-adjustments-and/yAqgG08Jhjw/>.

- González García, A. (2010). El ajuste secundario en operaciones entre empresas del grupo y partes vinculadas. *Estudios Financieros: Contabilidad y Tributación*, 323, 187-202.
- González-Béndixsen, J. (2004). *Introducción al estudio de los Precios de Transferencia*. Una Visión Global.
- Guerrero, J. J. R. (1998). *Una revisión de la experiencia internacional sobre la aplicación de los precios de transferencia y sus implicaciones para España*. Instituto de Estudios Fiscales.
- Guevara, G. (s.f.). Alerta Global de Precios de Transferencia 2020 – 001 Brasil considera convergencia con estándares de precios de transferencia de la OCDE. Actualizaciones sobre las novedades en precios de transferencia en todo el mundo.
<https://www2.deloitte.com/pe/es/pages/tax/articles/alerta-global-precios-de-transferencia.html>.
- Hernández Berenguel, L. (2003a). Impuesto a la Renta – Dividendos. *VII Jornadas Nacionales de Derecho Tributario organizado por el Instituto Peruano de Derecho Tributario (IPDT)*.
https://www.ipdt.org/uploads/docs/01_rev_41_LHB.pdf.
- Hernández Berenguel, L. (2003b). Los egresos no susceptibles de posterior control tributario y los dividendos. *Foro Jurídico*, 2, 192-195.
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/download/18301/18546/>.
- Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario (2008). Conclusiones y Recomendaciones de la Comisión sobre el tema 1: La elusión fiscal y los medios para evitarla. *XXIV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario. Isla Margarita (Venezuela)*.
https://www.ipdt.org/uploads/docs/CONCLUSIONES_ILADT2008_TEMA-1.pdf.
- Instituto Peruano de Derecho Tributario (2019). Resolución de las XIV Jornadas Nacionales de Tributación, dedicadas a la Cláusula Antielusiva General en el Ordenamiento Peruano.
<https://www.ipdt.org/resolucion-de-las-xiv-jornadas-nacionales-de-derecho-tributario-la-clausula-antielusiva-general-en-el-ordenamiento-peruano/>.
- Kang, G., Kim, D. y Park, P. (2014) Korea: Navigating transfer pricing issues: Korean perspectives.
<https://www.internationaltaxreview.com/article/b1f9jxklggcts/korea-navigating-transfer-pricing-issues-korean-perspectives>.

- Landa Arroyo, C. (2006). *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.* Palestra.
- Liu Arévalo, R., & Timana Cruz, J. (2010). Dividendos: aspectos tributarios de su distribución en proporción distinta a la participación en el capital social; renuncia y caducidad. *Ponencia General en XI Jornadas Nacionales de Derecho Tributario.*
https://www.ipdt.org/uploads/docs/14_Liu_Rocio%20y%20Timana_Johana_PI_XI_J_2010_IPDT.pdf.
- Llivicura, P., & Montero, N. (2013). *Análisis de los dividendos como ingresos gravados para personas naturales* [Tesis de pregrado].
<https://dspace.ucuenca.edu.ec/bitstream/123456789/4087/1/TESIS.pdf>.
- Mariño, J. D. B. (2006). El régimen de precios de transferencia en Colombia un análisis de su desarrollo, del principio de plena competencia y de la vinculación económica. *Vniversitas*, 111, 33-63.
- Makin, S., Nassar Lacerda & Di Carlo (2023, 2 de enero). *Changes to Brazilian Transfer Pricing Rules.*
<https://wts.com/global/publishing-article/20230102-brazil-changes-transfer-pricing-rules~publishing-article?language=en>.
- Medrano Cornejo, H. (2003). Dividendos. *Ponencia Individual en VII Jornadas Nacionales de Derecho Tributario organizado por el Instituto Peruano de Derecho Tributario (IPDT). Tema I Impuesto a la Renta – Dividendos.*
https://www.ipdt.org/uploads/docs/05_Rev41_HMC.pdf.
- Medrano Cornejo, H. (2018). *Derecho tributario: impuesto a la renta: aspectos significativos.* Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
<http://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/170689>.
- Muñoz Salgado, S. (2008). *Aplicación de las normas de precios de transferencia a las operaciones de préstamos gratuitos.* En *PT - Precios de Transferencia.* IFA-Perú. https://www.ifaperu.org/uploads/articles/307_13_munoz.pdf.
- Nina Nina, P. (2018). El uso de las Guías de Precios de Transferencia de OCDE en el régimen peruano de Precios de Transferencia. *Análisis Tributario*, 366.
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. (1995). *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations.*
[http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=OCDE/GD\(95\)31&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=OCDE/GD(95)31&docLanguage=En).
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. (2010). *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2010.*
<https://doi.org/10.1787/tpg-2010-en>.
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. (2013). *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2010*

(Instituto de Estudios Fiscales, Ed. & Trad.). (Obra original publicada en 2010).
<https://doi.org/10.1787/9789264202191-es>.

Padial, I. C. (2007). Precios de transferencia: Delimitación y modificación por la Ley de medidas para la prevención del fraude fiscal. CISS.

Pereira Valadão, M. A. (2016). Transfer Pricing: Arm's Length Principle Versus Worldwide Unitary Taxation; Correlative and Secondary Adjustments, and Domestic Legislation under Brazilian Methodology. *Revista Direito Tributário Internacional Atual*, 1. <https://www.ibdt.org.br/RDTIA/1/transfer-pricing-arms-length-principle-versus-worldwide-unitary-taxation-correlative-and-secondary-adjustments-and-domestic-legislation-under-brazilian-methodology/>.

Pérez Castillo, K. (2019). *El uso de los precios de transferencia entre empresas vinculadas*.

Picón Gonzales, J. (2008). *Manual de Precios de Transferencia*. En IFA-Perú. PT - Precios de Transferencia.
https://www.ifaperu.org/uploads/articles/295_01_manual_pt.pdf.

Prats, F. A. G. (2005). *Los precios de transferencia: su tratamiento tributario desde una perspectiva europea*. Instituto de Estudios Fiscales.

Pricewaterhousecoopers (2013). *International Transfer Pricing 2013/14*.
<https://www.pwc.com/gx/en/international-transfer-pricing/assets/itp-2013-final.pdf>.

Saavedra Rodríguez, R. (2010). Las presunciones legales en la determinación de la obligación tributaria. *Doctrina y Casuística de Derecho Tributario*, 131-165.

Sendín Cifuentes, J. L. (2008). El ajuste secundario en operaciones vinculadas. Incidencia en operaciones internacionales. *Cuadernos de Formación*, 10/2010
https://www.ief.es/docs/destacados/publicaciones/revistas/cf/10_13.pdf.

Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (2006). Informe N.º 284-2006-SUNAT/2B0000.
<http://www.sunat.gob.pe/legislacion/oficios/2006/oficios/i2842006.htm>.

Teixeira, R. (2009). Tax Treaty Consequences of Secondary Transfer Pricing Adjustments, 37. *Intertax*, 8, 449-472.

TPC Group (2022, 18 de abril). *Guía del nuevo régimen de precios de transferencia en Brasil: ¿Cuáles son las principales características del nuevo sistema de precios de transferencia en Brasil?* <https://tpcgroup-int.com/noticias/brasil/guia-del-nuevo-regimen-de-precios-de-transferencia-en-brasil/>.

Tribunal Fiscal (2013). Resolución del Tribunal Fiscal N.º 06843-4-2013.
http://www.mef.gob.pe/contenidos/tribu_fisc/Tribunal_Fiscal/PDFS/2013/4/2013_4_06843.pdf.

- Tribunal Fiscal. (2010). Resolución del Tribunal Fiscal N.º 0233-3-2010.
http://www.mef.gob.pe/contenidos/tribu_fisc/Tribunal_Fiscal/PDFS/2010/3/2010_3_00233.pdf.
- Tribunal Fiscal. (2012). Tribunal Fiscal. Resolución del Tribunal Fiscal N.º 09586-9-2012.
http://www.mef.gob.pe/contenidos/tribu_fisc/Tribunal_Fiscal/PDFS/2012/9/2012_9_09586.pdf.
- Tribunal Fiscal. (2013). Resolución del Tribunal Fiscal N.º 04215-10-2013.
http://www.mef.gob.pe/contenidos/tribu_fisc/Tribunal_Fiscal/PDFS/2013/10/2013_10_04215.pdf.
- Tribunal Fiscal. (2016). Resolución del Tribunal Fiscal N.º 01093-1-2016.
http://www.mef.gob.pe/contenidos/tribu_fisc/Tribunal_Fiscal/PDFS/2016/1/2016_1_01093.pdf.
- Tribunal Fiscal. (2016). Tribunal Fiscal. Resolución del Tribunal Fiscal N.º 08754-3-2016.
http://www.mef.gob.pe/contenidos/tribu_fisc/Tribunal_Fiscal/PDFS/2016/3/2016_3_08754.pdf.
- Tribunal Fiscal. (2017). Resolución del Tribunal Fiscal N.º 02373-3-2017.
http://www.mef.gob.pe/contenidos/tribu_fisc/Tribunal_Fiscal/PDFS/2017/3/2017_3_02373.pdf.
- Tribunal Fiscal. (2019). Resolución del Tribunal Fiscal N.º 07308-2-2019.
https://www.mef.gob.pe/contenidos/tribu_fisc/jurisprude/acuer_sala/2019/resolucion/2019_2_07308.pdf.
- Villagra Cayamana, R. A. (2020). Análisis crítico del ajuste secundario: ¿Todo ajuste por precios de transferencia implica una disposición indirecta de renta como sostiene la SUNAT? *Ius et Veritas*, 61, 114-126.
<https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202002.007>.
- Villanueva Gutiérrez, W. (2009). El Ajuste Secundario de Precios de Transferencia como "Dividendo" o "Disposición Indirecta de Renta. *Derecho & Sociedad*, 33, 67-71.
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/view/17444>.
- Villanueva Gutiérrez, W. (2017). Planificación Fiscal Agresiva, el nuevo paradigma de la norma de precios de transferencia y la elusión en el Código Tributario. *Ius et veritas*, 54, 244-259.
- Villegas, H. (2008). *Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario*. Editorial Astrea.
- Villellas Ciudad, C. (2019). *Los precios de transferencia: una aproximación multidisciplinar* [Tesis doctoral, Universidad Zaragoza].
<https://zaguan.unizar.es/record/87521/files/TESIS-2020-033.pdf>.
- Zuzunaga del Pino, F. (2017). *El principio de "arm's length" y el llamado "sexto método" en la fijación de precios de concentrados mineros peruanos* [Tesis de

maestría, PUCP]. Repositorio institucional de la PUCP.
<http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/9167>.

