

CAPÍTULO IV

DERECHO TRIBUTARIO INTERNACIONAL

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

FERNANDO JAVIER LOAYZA JORDÁN**

SUMARIO: 1. Breve introducción al requisito del perjuicio fiscal.— 2. El perjuicio fiscal en el marco de la finalidad de nuestro régimen de precios de transferencia.— 3. El concepto de perjuicio fiscal en la legislación peruana.— 4. ¿El doble estándar que genera el perjuicio fiscal resulta inconstitucional?— 5. Problemas prácticos en la aplicación de la regulación actual del perjuicio fiscal.— 6. Conclusiones y recomendación final

RESUMEN: En este trabajo se analizó el doble estándar que genera el requisito del perjuicio fiscal en el régimen peruano de precios de transferencia los regímenes de precios de transferencia. Además, se expuso la evolución histórica de este requisito, para luego evaluar su constitucionalidad. Asimismo, se expuso la problemática práctica que la aplicación del perjuicio fiscal presenta. El trabajo concluye con la recomendación de eliminar el requisito del perjuicio fiscal; de este modo, i) se eliminaría un elemento contradictorio e inconstitucional del régimen, ii) se facilitaría la aplicación práctica de los ajustes y iii) se permitiría que el régimen cumpla su rol antielusivo de forma más eficiente.

* Artículo ganador del Premio Presidente del IPDT 2018. Está basado en la tesis del autor para optar el título de abogado, sustentada en setiembre del 2017, la cual obtuvo la mención *summa cum laude*.

** Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster en Derecho por la Universidad de Yale. Candidato a Doctor en Derecho por la Universidad de Yale.

1. BREVE INTRODUCCIÓN AL REQUISITO DEL PERJUICIO FISCAL

El régimen de precios de transferencia contenido en la Ley del Impuesto a la Renta peruano y en sus disposiciones reglamentarias (en adelante, nuestro Régimen o el Régimen) establece una metodología particular para determinar el valor de mercado, a efectos del impuesto a la renta (IR) de transacciones realizadas entre partes vinculadas o de aquellas que se realicen desde, hacia o a través de países o territorios de baja o nula imposición.

En estos casos no se determinará la base imponible de las transacciones aplicando las reglas generales de valor de mercado establecidas en el artículo 32 de la Ley del IR, sino siguiendo el *arm's length principle* (en adelante, ALP) consagrado en el Régimen.

Esta metodología tiene la particularidad de no arribar a un monto exacto con el que se asigne el valor de una transacción. El Régimen, más que establecer un valor exacto, regula un estándar¹ para determinar la base imponible, dentro del cual podrán existir varios valores aceptados según el ALP.

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

En el marco de este Régimen, el inciso c) del artículo 32-A de la Ley del IR establece el requisito del perjuicio fiscal, señalando que “solo procederá ajustar el valor convenido por las partes cuando este determine en el país un menor impuesto del que correspondería por aplicación de las normas de precios de transferencia”. Es decir, se limita la aplicación de ajustes que afecten negativamente a la recaudación tributaria, de modo tal que solo se permitirán ajustes en aplicación del Régimen cuando estos corrijan el perjuicio fiscal que se generaría por la aplicación del IR sobre un valor distinto al de mercado.

Por lo tanto, la importancia del perjuicio fiscal como requisito para realizar ajustes reside en constituirse como la condición que determinará si la asignación del valor de una transacción a efectos de la determinación del IR será i) el valor

1 “La valoración ‘a mercado’ de las operaciones vinculadas no es un concepto unívoco: no existe un único valor ‘de mercado’, sino en todo caso un rango de valores, dentro del cual el precio fijado puede encontrarse en cualquier punto [...]”. LÓPEZ, Ramón *et al.*, “Los precios de transferencia: Normativa y Tendencias”, en SERRANO, Fernando (dir.), *Fiscalidad Internacional* (1), 5.ª ed., Centro de Estudios Financieros, 2012, p. 572-573.

de mercado según el ALP o ii) el precio pactado entre las partes de la transacción. En consecuencia, nos encontramos ante una norma de base imponible que determinará el valor respecto al cual se gravaran las transacciones.

Como explicaremos, el requisito del perjuicio fiscal para la aplicación de ajustes termina estableciendo un doble estándar a través del cual se admite, en ciertos casos, la determinación del Impuesto sobre el valor convenido entre las partes, aun cuando este no se encuentre a valor de mercado. Como veremos, el perjuicio fiscal es un requisito contrario a la lógica de la piedra angular del Régimen, el ALP y, al mismo tiempo, presenta una serie de problemas prácticos en su aplicación.

2. EL PERJUICIO FISCAL EN EL MARCO DE LA FINALIDAD DE NUESTRO RÉGIMEN DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA

Sería aventurado de nuestra parte sostener que los regímenes de precios de transferencia tienen una única finalidad. Primero, porque la naturaleza de un régimen, institución o categoría jurídica se subordina a la forma en la que el legislador lo plasma en las disposiciones normativas que lo regulan, será finalmente el legislador el que podrá imprimir una o varias finalidades a un régimen determinado; segundo, porque incluso cuando nos refiramos a la tendencia internacional de los regímenes de precios de transferencia, estaremos hablando de una tendencia en continuo movimiento².

Al respecto, en el ámbito internacional, algunos autores sí sostienen que la finalidad principal de los regímenes de precios de transferencia es luchar contra “la canalización de su base imponible a jurisdicciones con alícuota impositiva relativamente baja (a expensas de la recaudación tributaria del país perjudicado por esta estrategia)”³. En doctrina nacional, la mayoría de autores comparten esta posición⁴.

2 En efecto, los primeros regímenes de precios de transferencia (en los años previos a la Primera Guerra Mundial) fueron establecidos con la finalidad de distribuir la base imponible en estados federales o entre estados aliados. Véase LANGBEIN, Stanley, “The Unitary Method and the Myth of Arm’s Length”, en *Tax Notes*, 17 de febrero de 1986, pp. 629-632. Esta finalidad fue cambiando (y se le fueron añadiendo otras) con el transcurrir de los años, al punto que actualmente algunos autores incluso afirman que la finalidad de los regímenes de precios de transferencia debería ser recalificar las transacciones. Véase ARNOLD, Brian, *International Tax Primer*, Holanda: Kluwer Law International, 2016, p.104.

3 BAISTROCCHI, Eduardo (director), *Litigios de Precios de Transferencia: Teoría y Práctica. Los casos de la Argentina, Brasil, Canadá, Chile, Estados Unidos, México, Perú, Uruguay y Venezuela*, Buenos Aires: Lexis Nexis, 2008, pp. 85 y 86.

4 Véase, por ejemplo, a FERNÁNDEZ, Ítalo, “¿Cuándo corresponde aplicar los ajustes fiscales por precios de transferencia?”, en *PT - Precios de Transferencia*, Perú: IFA y a GAMBA, César,

De hecho, parecería que el legislador peruano ha adoptado esta postura. La exposición de motivos del Decreto Legislativo N.º 1112 señala que “resulta apropiado que las normas de precios de transferencia sean utilizadas para evitar que las transacciones entre partes vinculadas o con países o territorios de baja o nula imposición sean pactadas a precios que perjudiquen fiscalmente al país”. En defensa de su posición, la referida Exposición de motivos hace referencia al párrafo 1.2 de las Directrices OCDE, señalando que “un país podría incorporar tales normas con un carácter meramente antielusivo”⁵.

En nuestra opinión, es innegable que nuestro Régimen cumple una finalidad antielusiva evitando que los contribuyentes manipulen los precios de sus transacciones. No obstante, es preciso analizar si el requisito de perjuicio fiscal en sí mismo tiene una finalidad antielusiva o presenta características que coadyuvan al cumplimiento de la finalidad antielusiva de nuestro Régimen. Si bien existen posturas que consideran que el perjuicio fiscal tiene una función antielusiva⁶,

“Algunos aspectos constitucionales sobre el régimen de precios de transferencia”, en *PT - Precios de Transferencia*.

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

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

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

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

- 6 Por ejemplo, GARCÍA señala, respecto al perjuicio fiscal, que “desde el punto de vista de técnica legislativa, con ello se habría dotado al régimen de precios de transferencia de un claro matiz antielusivo”. GARCÍA, Marcial, “La regulación de los precios de transferencia en el Perú: se debe seguir avanzando”, en *Ius et Veritas*, N.º 36, 2008, p. 434.

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

nosotros somos de la opinión contraria; pues consideramos que el perjuicio fiscal i) no coadyuva a la finalidad antielusiva del Régimen y que ii) incluso puede utilizarse para estructurar planeamientos tributarios elusivos.

Definamos en primer lugar qué entendemos por elusión. En conclusión, existen múltiples definiciones de elusión en la doctrina, pero podemos decir que la mayoría coincide que la elusión es el ahorro tributario a través de la estructuración de negocios anómalos⁷. En nuestro caso, esta elusión podría generarse a través de la manipulación de precios de las transacciones. Nuestro Régimen evita tal manipulación, estableciendo un estándar para valorizar las transacciones bajo su ámbito de aplicación, más allá del precio que puedan pactar los contribuyentes.

Corresponde ahora preguntarnos, ¿es el perjuicio fiscal un elemento que ayuda a nuestro Régimen en su finalidad antielusiva? ¿Qué elemento del Régimen evita la manipulación de precios? En estricto, consideramos que es el ALP el que evita tal manipulación, pues establece un estándar de valoración homogéneo para las transacciones en el ámbito de aplicación del Régimen.

¿Ayuda el perjuicio fiscal al ALP a cumplir esta función? En nuestra opinión, el perjuicio fiscal solo garantiza que los ajustes realizados en aplicación del Régimen no afecten la recaudación tributaria, lo que no implica necesariamente luchar contra la elusión tributaria⁸. Al contrario, en ocasiones, el requisito del perjuicio fiscal protege la recaudación incluso a costa de valorizar transacciones fuera del valor de mercado determinado por el ALP y, en este afán, termina permitiendo que los contribuyentes puedan estructurar transacciones elusivas en los casos en los que el perjuicio fiscal evita la aplicación de ajustes, como veremos más adelante.

7 Podemos citar, por ejemplo, a Sotelo cuando señala que la elusión tributaria “consiste en utilizar las herramientas del derecho mismo [...] para, de un modo artificial o artificioso, sortear o burlar los objetivos de las normas tributarias. Existe [...] un ahorro tributario, pero mediante la utilización de ingenio, ardid o artimaña que construye o diseña abusivamente figuras o esquemas con fachada legal”. SOTELO, Eduardo, “Nueva cláusula antielusiva general tributaria”, en *Revista Análisis Tributario*, setiembre del 2012, p. 24.

8 FERNÁNDEZ sostiene una equivalencia entre la protección de la recaudación tributaria y la lucha contra la elusión. Véase FERNÁNDEZ, Ítalo, “¿Cuándo corresponde aplicar los ajustes fiscales por precios de transferencia?”, en *PT - Precios de Transferencia*, junio de 2008, pp. 225-227.

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

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

3. EL CONCEPTO DE PERJUICIO FISCAL EN LA LEGISLACIÓN PERUANA

Las primeras disposiciones que regularon el concepto de perjuicio fiscal se introdujeron en nuestra legislación con el Decreto Legislativo N.º 945, siendo objeto de varias modificaciones el 2012. Actualmente, la principal disposición que regula el perjuicio fiscal se encuentra en el inciso c) del artículo 32-A de la Ley del IR:

c) Ajustes

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

[...]

3.1. Introducción del requisito de perjuicio fiscal en la legislación peruana

Si bien la regulación sobre precios de transferencia en el Perú tiene sus orígenes en la Ley N.º 27034 (vigente desde el 1 de enero de 1999) y en la Ley N.º 27356 (vigente desde el 1 de enero del 2001), es recién con el Decreto Legislativo N.º 945, vigente desde el 1 de enero del 2004, que se introduce en la Ley del IR un verdadero régimen de precios de transferencia, adoptando en gran medida el estándar OCDE y consagrando definitivamente el ALP.

Esta nueva regulación se incluye a través de la introducción del artículo 32-A a la ley, dedicado exclusivamente a las normas de precios de transferencia. Este incluyó la estructura actual de nuestro Régimen⁹ y, entre otras disposiciones, estableció en su inciso a) al perjuicio fiscal como un requisito para la aplicación de las normas de precios de transferencia.

Posteriormente, a través del Decreto Supremo N.º 190-2005-EF, vigente desde el 1 de enero del 2006, se introdujo en el Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta (en adelante, el Reglamento) el capítulo XIX que precisaba los alcances de las normas de precios de transferencia del artículo 32-A de la ley. Como parte de tal capítulo se introdujo el artículo 108, que especificaba el ámbito de aplicación de las normas de precios de transferencia y reiteraba al perjuicio fiscal como requisito para su aplicación.

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

- Si hubiésemos considerado que las normas de precios de transferencia debían aplicarse para determinar el perjuicio fiscal, entonces el perjuicio fiscal realmente no sería parte del ámbito de aplicación de las normas de precios de transferencia, ya que estas se estarían aplicando previamente a la comprobación del requisito del perjuicio fiscal. Parecería que más bien se constituiría como un requisito para la aplicación de ajustes antes que un elemento que determine el ámbito de aplicación del Régimen.
- Si, por el contrario, hubiésemos considerado que las normas de precios de transferencia no debían aplicarse para determinar el perjuicio fiscal, ¿qué normas hubiésemos tenido que aplicar para determinarlo? ¿Las normas generales de valor de mercado del artículo 32? ¿Eso no hubiera podido llevarnos, eventualmente, a la incongruencia de tener que aplicar las normas generales de valor de mercado del artículo 32 para determinar si las normas de precios de transferencia eran aplicables?

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

Como señalan PUGA y BECERRA, nos encontrábamos ante una situación ilógica:

Interpretando el alcance de los señalado en los puntos anteriores [respecto al ámbito de aplicación del Régimen] llegamos a una situación un tanto extraña, ya que para verificar si estamos dentro del ámbito de aplicación de los PT debería realizarse algún tipo de análisis que nos permita comprobar si el valor determinado por las partes de un mismo grupo económico corresponde a uno de mercado. Vaya círculo virtuoso¹⁰.

De facto, los operadores del derecho asumieron la posición a), esto es, entender el perjuicio fiscal no como parte del ámbito de aplicación, sino como requisito para efectuar un ajuste de valor¹¹. Como veremos más adelante, en la reforma del 2012 esta posición se plasmó en la Ley del IR, reconociendo que no se podía concebir al perjuicio fiscal como un elemento que restringía el ámbito de aplicación del Régimen¹².

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

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

- a) Cuando la valorización convenida hubiera determinado un perjuicio fiscal en el país; y

10 PUGA, Miguel y Fernando BECERRA, “Aproximaciones a los precios de transferencia”, en *PT- Precios de Transferencia*, , Perú: IFA junio 2008, pp. 380 y 381.

11 Cuando en este artículo nos refiramos a ajuste o ajuste de valor, nos estaremos refiriendo al ajuste primario.

12 En efecto, la misma exposición de motivos del Decreto Legislativo N.º 1112 reconoce que “la aparente restricción que el inciso a) del artículo 32-A de la Ley hace respecto de lo enunciado en el numeral 4 del artículo 32 no es tal; es decir, no restringe el ámbito de aplicación de las normas de precios de transferencia, toda vez que para evaluar si la valorización convenida determina o no un menor Impuesto en el país se requiere precisamente de la aplicación de tales normas. Por lo tanto, lo que el referido inciso a) define no es el ámbito de aplicación de las referidas normas, sino en qué supuestos la valorización convenida por las partes debe ser ajustada al valor que resulte de aplicar las normas de precios de transferencia”.

- b) Tratándose de los supuestos previstos en los numerales 1, 2 y 3 del inciso a) del artículo 32-A del TUO de la Ley del Impuesto a la Renta, sin que se haya determinado un menor Impuesto a la Renta¹³.

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

3.2. Reforma del 2012: perjuicio fiscal como requisito para el ajuste de valor

En el 2012 se aprobaron varios decretos legislativos que modificaron nuestro Régimen: los Decretos Legislativos N.ºs 1112, 1116, 1120 y 1124. Posteriormente a la promulgación de los mencionados decretos legislativos, se modificaron las disposiciones reglamentarias del Régimen con el Decreto Supremo N.º 258-2012-EF, el cual entró en vigencia el 1 de enero del 2013, al mismo tiempo que los decretos legislativos que reglamentaba.

Las mencionadas modificaciones legislativas, a las que en conjunto llamaremos la reforma del 2012, modificaron sustancialmente la regulación del concepto de perjuicio fiscal. La reforma del 2012 eliminó cualquier mención sobre el concepto de perjuicio fiscal en el ámbito de aplicación del régimen de precios de transferencia y lo introdujo como requisito para el ajuste de valor.

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

Además, la reforma del 2012 i) especificó la metodología para evaluar el perjuicio fiscal de las transacciones y ii) amplió las facultades de la Administración Tributaria para ajustar el valor de las mismas.

13 Cabe señalar que un sector mayoritario de la doctrina nacional se ha pronunciado en contra de la posición de la Administración Tributaria. Al respecto, véase GARCÍA, Marcial, “La regulación de los precios de transferencia en el Perú: se debe seguir avanzando”, en *Ius et Veritas*, N.º 36, 2008, pp. 434-437; MUÑOZ, Silvia, “Precios de transferencia en el Perú: Algunas reflexiones sobre el ámbito de aplicación (segunda parte)”, en *Análisis Tributario*, N.º 223, agosto del 2006, p. 17; y VILLANUEVA, Walker, “Comentarios al Reglamento de Precios de Transferencia”, en *Análisis Tributario*, N.º 216, enero del 2006, pp. 30 y 31.

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

Previamente a la reforma del 2012, el Régimen no especificaba si se debía determinar el perjuicio fiscal considerando todas las transacciones con partes vinculadas o si debía analizarse el perjuicio fiscal transacción por transacción. Por ello, en el Informe N.º 208-2007-SUNAT/2B0000 la Administración Tributaria, atendiendo al carácter anual del impuesto a la renta, concluyó lo siguiente:

Para evaluar si existe un impuesto a la renta inferior al que hubiera correspondido por aplicación de valor del mercado, deben tomarse en cuenta todas las transacciones efectuadas entre las partes vinculadas, sin limitarse a considerar únicamente las transacciones realizadas a valor inferior al de mercado, más aún si las normas citadas no contienen una restricción en tal sentido”. [El resaltado es nuestro]

Este criterio dejó de ser aplicable con la reforma del 2012, pues a través de esta se especificó que para la evaluación del perjuicio fiscal “se tomará en cuenta el efecto que, **en forma independiente, cada transacción o conjunto de transacciones —según se haya efectuado la evaluación, en forma individual o en conjunto, al momento de aplicar el método respectivo—** genera para el impuesto a la renta de las partes intervinientes”.

Nuestro régimen de precios de transferencia no define el término “transacción”, pero sí establece la metodología de análisis del régimen: el análisis transaccional. Por ello, en nuestra opinión, cuando la norma señala que el análisis del perjuicio fiscal se hará “según se haya efectuado la evaluación [...] al momento de aplicar el método respectivo” está haciendo una remisión a la regulación del análisis transaccional del artículo 112 del RLIR, que establece que la determinación del valor de mercado se realizará aplicando el método más apropiado a cada transacción, excepto cuando no sea posible efectuar una evaluación independiente de cada transacción.

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

Con la introducción del Decreto Legislativo N.º 1124 se ampliaron las facultades de la SUNAT para realizar ajustes al valor de las operaciones, ya que, según el nuevo inciso c) no solo deberá analizarse el impacto de la valorización del contribuyente respecto a las partes de la operación, sino también el impacto en terceros vinculados. Así, el decreto legislativo introdujo el siguiente enunciado en el inciso c): “La SUNAT podrá ajustar el valor convenido aun cuando no se cumpla con el supuesto anterior, si dicho ajuste incide en la determinación de un mayor impuesto en el país respecto de transacciones con otras partes vinculadas”.

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

4. ¿EL DOBLE ESTÁNDAR QUE GENERA EL PERJUICIO FISCAL RESULTA INCONSTITUCIONAL?

Es necesario recordar que el régimen de precios de transferencia establece una metodología particular para determinar el valor de mercado. Como bien señala ARANA, el valor de mercado es un “concepto jurídicamente indeterminado” que establece “una regla de valoración a seguir por los contribuyentes en la realización de sus actividades económicas, de modo tal que dichos sujetos pasivos no soslayen su carga fiscal”¹⁴. En otras palabras, es un estándar para determinar la base imponible en el caso particular de las transacciones realizadas por los contribuyentes del IR con sus partes vinculadas o las que realicen desde, hacia o través de países o territorios de baja o nula imposición.

Este estándar señala, en términos sencillos, que la base imponible del impuesto a la renta aplicable a una operación se determinará en aplicación del ALP, más allá del precio pactado. En esa línea, el ajuste de valor establecido en las normas de precios de transferencia no debería ser otra cosa que la correcta determinación del valor de mercado a efectos de la base imponible del impuesto a la renta. No obstante, el requisito del perjuicio fiscal para la aplicación de ajustes se constituye en una excepción al ALP que permite valorizar ciertas transacciones al precio que se pactaron. Por lo tanto, el perjuicio fiscal termina **estableciendo un doble estándar a través del cual se admite la determinación del impuesto a la renta sobre el valor convenido entre las partes, aun cuando este no se encuentre a valor de mercado y aun cuando no se adecúe al ALP.**

En efecto, el inciso c) del artículo 32-A establece dos posibles bases imponibles para la misma operación: i) una determinada por el valor convenido por las partes (este o no a valor de mercado) y ii) otra determinada por el valor de mercado según el ALP y el Régimen. Es por ello que consideramos necesario preguntarnos lo siguiente: ¿tiene sentido que un régimen tenga una norma especial que contravenga de forma tan explícita una disposición tan fundamental de tal régimen? No encontramos, *prima facie*, un argumento que nos permita defender un requisito que se aleja diametralmente del ALP.

A nuestro juicio, tal contradicción solo podría comprenderse si el perjuicio fiscal tuviera una justificación constitucional tal que permitiera esta falta de coherencia interna del Régimen. Conviene recordar que no toda diferenciación

14 ARANA, Daniel, “¿Cuánto le cuesta, cuánto le vale? Acerca de la regla de valor de mercado en la legislación tributaria nacional”, en *Derecho & Sociedad* N.º 34, p. 287.

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

A estos efectos hemos identificado, de forma preliminar, cinco valores constitucionales que entran en colisión entre ellas por la presencia del perjuicio fiscal en el Régimen. Por un lado, el principio de igualdad, capacidad contributiva y no confiscatoriedad; y, por el otro, el principio de solidaridad y el deber de contribuir. En nuestra opinión, la vulneración del principio de igualdad es más claramente identificable, por lo que analizaremos, en primer lugar, su ponderación con el principio de solidaridad y el deber de contribuir. Posteriormente, evaluaremos la ponderación entre estos últimos y el principio de capacidad contributiva y no confiscatoriedad.

4.1. Vulneración del principio de igualdad

Como hemos señalado, no toda diferenciación es inconstitucional. Ciertamente existen tratamientos diferenciados basados en justificaciones constitucionalmente válidas y que más bien permiten el cumplimiento del principio de igualdad, pues un tratamiento igual para situaciones distintas devendría también en inconstitucional. Por lo tanto, a efectos de determinar la vulneración del principio de igualdad, es necesario incidir en la ausencia de un criterio razonable que permita diferenciar los supuestos de hecho que son objeto de un trato diferenciado.

El Tribunal Constitucional, a través de diversas sentencias¹⁵, ha especificado la metodología a seguir para analizar la constitucionalidad de un supuesto de eventual contravención al principio de igualdad: el test de proporcionalidad¹⁶. A

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

16 Cabe recordar que este test es “un test escalonado, en cuanto se examina la medida de intervención de la libertad en diferentes niveles. Así, si es que la medida no satisface uno de los niveles, no será necesario continuar con el examen, ya que ello determinará la inconstitucionalidad de la medida” STC N.º 0016-2009-PI-TC.

efectos de aplicar este test, utilizaremos como referencia los seis pasos que realiza el Tribunal Constitucional en la STC N.º 6626-2006-PA/TC:

Primer paso: verificación de la diferencia normativa

En esta etapa no solo debemos identificar una diferencia normativa cualquiera, sino “el género a partir del cual se ha especificado la diferencia normativa. Si no hay semejanza en el género, y hay dos consecuencias distintas para dos supuestos también distintos, se trata de dos normas diferentes entre sí que no afectan el derecho de igualdad”¹⁷.

En nuestro caso, el supuesto de hecho de contenido genérico es la realización de una transacción sujeta al Régimen. La norma del perjuicio fiscal diferencia el supuesto de hecho específico de una transacción sujeta al Régimen cuya valorización no genere perjuicio fiscal y establece que tal supuesto de hecho específico tendrá una consecuencia jurídica distinta a la del supuesto de hecho general: ya no será valorizada según el ALP, sino según el precio pactado.

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

Segundo paso: determinación del nivel de intensidad de la intervención en la igualdad

Si seguimos el criterio del Tribunal Constitucional, en nuestro caso la diferencia de trato no se sustenta en un motivo expresamente proscrito por el artículo 2.2 de la Constitución, y tiene como consecuencia el impedimento del goce de un interés legítimo (aplicar el ALP como estándar de valorización a efectos del IR a todas las transacciones bajo el ámbito de aplicación del Régimen)¹⁸. En consecuencia, el grado de intervención legislativa en la igualdad debería ser calificado como *leve*.

17 RUBIO, Marcial, *El test de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano*, Lima: Fondo Editorial PUCP, 2011, p. 34.

18 Es preciso señalar que nos encontramos en desacuerdo con el Tribunal Constitucional cuando señala que la intervención será de intensidad leve cuando “la discriminación se sustenta en motivos distintos a los prosritos por la propia Constitución”. En nuestra opinión, esto es una contradicción, pues toda discriminación está prosrita por la Constitución.

Tercer paso: verificación de la existencia de un fin constitucional en la diferenciación

Como hemos señalado previamente, el requisito del perjuicio fiscal pretende tener una finalidad antielusiva, aunque en nuestra opinión el perjuicio fiscal no coadyuva a evitar la elusión tributaria sino únicamente a proteger la recaudación tributaria. No obstante, en este paso debemos limitarnos a evaluar la constitucionalidad de los fines alegados¹⁹.

Cabe señalar que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional²⁰ ha establecido que un fin constitucional no requiere ser un bien o valor expresamente contenido en la Constitución. Se considerará un fin constitucional a cualquiera que no entre en disonancia con la Constitución, aunque no tenga rango propiamente constitucional. En otras palabras, el “fin buscado no debe estar necesariamente señalado de manera expresa en el texto constitucional, pero debe ser compatible con él”²¹.

En esa línea, ¿es la lucha contra la elusión tributaria un fin constitucional? Por supuesto. No solo es compatible con la Constitución, sino que tiene su sustento directo en la proscripción del abuso de derecho establecida en el artículo 103 de la Constitución y en el principio de igualdad en materia tributaria establecido en el artículo 74 de la Constitución.

Por otro lado, como hemos explicado, el perjuicio fiscal protegería la recaudación tributaria del Estado, ya que evitaría la realización de ajustes que reduzcan la base imponible del IR. De esta manera, no estaríamos ante una finalidad contraria a la Constitución, ya que la protección de la recaudación tributaria es compatible con el deber de contribuir y al principio de solidaridad reconocidos en reiteradas ocasiones por el Tribunal Constitucional²².

Cuarto paso: examen de idoneidad

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

Respecto a la supuesta finalidad antielusiva del perjuicio fiscal, ya hemos señalado que el requisito del perjuicio fiscal no ayuda a prevenir la elusión tri-

19 Según RUBIO, en este paso no corresponde analizar si la medida bajo análisis realmente persigue el fin alegado, sino únicamente identificar claramente el fin propuesto y si este fin es constitucional. Véase RUBIO CORREA, Marcial, pp. 49-60.

20 Véase, entre otras, la STC N.º 0004-2006-PI-TC.

21 RUBIO, Marcial, pp. 51 y 52.

22 Véase por ejemplo la STC N.º 6626-2006-PA/TC.

butaria, sino que es el ALP el estándar que tiene una finalidad antielusiva, pues evita que los contribuyentes puedan valorizar sus transacciones fuera de valor de mercado y así, artificioosamente, reducir su carga tributaria.

Respecto al deber de contribuir²³ y al principio de solidaridad²⁴, cabe preguntarnos si estos defienden una mayor recaudación *per se*. En nuestra opinión, estos son la justificación constitucional de la recaudación tributaria, que legitima al tributo como una excepción al derecho de propiedad, pero “no es admisible ni constitucionalmente aceptable que la solidaridad, como argumento tributario, pretenda enarbolar la vulneración de garantías establecidas en el citado artículo 74 de la Constitución Peruana [...]”.²⁵

Por ello, no creemos que se pueda justificar constitucionalmente una norma tributaria por el simple hecho de que esta aumenta de la recaudación, sin ponderar la recaudación tributaria (que sin duda constituye una finalidad constitucional legítima que permite que el Estado pueda cumplir sus funciones) con los principios constitucionales tributarios que regulan la potestad tributaria del Estado.

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

Quinto paso: examen de necesidad

Queda claro que existen multitud de formas en las que se puede elevar la recaudación del IR sin vulnerar el principio de igualdad de la misma forma que lo hace el perjuicio fiscal. Algunos medios alternativos podrían ser aumentar la fiscalización tributaria, ampliar la base tributaria, elevar las tasas del IR, restringir las deducciones permitidas, entre otros. Respecto a todas estas medidas, se podrían plantear propuestas legislativas que no afecten al principio de igualdad.

23 El deber de contribuir es el deber constitucional que legitima el ejercicio de la potestad tributaria del Estado, permitiendo la intervención del poder estatal en la autonomía personal de los contribuyentes, en particular respecto al derecho de propiedad. Véase DURÁN, Luis, “La noción del deber constitucional de contribuir. Un estudio introductorio”, en *Libro Homenaje a Armando Zolezzi Möller*, Lima: Palestra, 2006, p. 67.

24 El principio de solidaridad en materia tributaria supone la existencia de un interés colectivo en la recaudación de los ingresos públicos y la necesidad constitucional de defender tal interés para garantizar que el Estado pueda cumplir con sus funciones. Véase GARCÍA, César, “La doctrina del principio de solidaridad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano”, en *Revista Peruana de Derecho Tributario* Año 3, N.º 11 Lima: Universidad de San Martín de Porres Tax Law Review, 2009, p. 39.

25 ZUZUNAGA, Fernando, “¿La cláusula antielusiva general vulnera la constitución peruana?”, en *Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario*, N.º 53, febrero 2013.

En esa línea, resulta evidente que el perjuicio fiscal no es compatible con el principio constitucional de igualdad en materia tributaria, deviniendo en inconstitucional. En nuestra opinión, si llegados al quinto paso del análisis, la única justificación para una norma tributaria que genera un trato diferenciado es aumentar la recaudación, siempre estaremos ante una norma inconstitucional pues siempre existirán formas alternativas para tal fin que no vulneren el principio de igualdad.

En resumen, el requisito del perjuicio fiscal es una disposición inconstitucional, dado que resulta innecesaria para conseguir el fin constitucional esperado —aumentar la recaudación tributaria en línea con el principio de solidaridad y el deber de contribuir— que además vulnera el principio de igualdad.

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

El principio de capacidad contributiva es un principio constitucional implícito estrechamente relacionado al principio de igualdad y al de no confiscatoriedad²⁶. Este principio obliga al legislador a considerar la capacidad económica de un sujeto al momento de establecer las obligaciones tributarias del mismo²⁷. Por su parte, el principio de no confiscatoriedad protege la propiedad en tanto evita que las normas tributarias puedan afectar gravemente la esfera patrimonial de los particulares en casos concretos²⁸.

Cabe destacar que tanto el Tribunal Constitucional²⁹ como la doctrina han reconocido la existencia de dos facetas del principio de no confiscatoriedad: i) la cuantitativa, que limita la cuantía con la que se puede gravar a un contribuyente y ii) la cualitativa, entendida como “una afectación de la riqueza que resulta ilegítima con prescindencia de que el monto que detrae la exacción tributaria sea o no exagerado o desproporcional”³⁰, es decir, la afectación del derecho a la propiedad por medio de la vulneración de cualquier otro principio constitucional tributario.

26 TARSITANO, Alberto, “El principio constitucional de capacidad contributiva”, en HORACIO, Belsunce (coord.), *Estudios de derecho constitucional tributario*, Buenos Aires: Depalma, 1994, p. 324.

27 FERNÁNDEZ, Julio, “La capacidad contributiva”, en *Temas de Derecho Tributario y de Derecho Público, Libro Homenaje a Armando Zolezzi Moller*, Lima: Palestra, 2006, p. 172.

28 DANÓS, Jorge, “El Régimen Tributario en la Constitución: estudio preliminar”, en *Themis*, N.º 29, 1994, p. 139

29 Véase la STC N.º 00053-2004-PI/TC.

30 SOTELO, Eduardo, “Notas para una aproximación a la aplicación del principio de no confiscatoriedad en materia tributaria”, en *Ius et Veritas*, N.º 35, 2007, p. 184.

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

- Es muy difícil establecer un límite entre un tributo que vulnere la capacidad contributiva y la no confiscatoriedad (en su faceta cuantitativa) y un tributo elevado. Se debe evaluar caso por caso y el análisis del perjuicio fiscal no es la excepción. En consecuencia, consideramos que se deberá evaluar la carga que genere el perjuicio fiscal en cada contribuyente, y a partir de ahí determinar si existe una exacción inconstitucional en términos cuantitativos³¹.
- La vulneración del principio de igualdad configura *per se* una vulneración al principio de no confiscatoriedad en su faceta cualitativa, pues implica una afectación del derecho de propiedad a través de la vulneración de otro principio constitucional tributario, más allá de que cuantitativamente pueda ser discutible la constitucionalidad de la carga económica que la exacción bajo análisis constituya para los contribuyentes involucrados. En otras palabras, una vez identificada la vulneración al principio de igualdad, la vulneración al principio de no confiscatoriedad en su faceta cualitativa se verá comprobada inmediatamente.
- Consideramos que, así como a efectos de determinar el perjuicio fiscal se debe analizar el impacto de un potencial ajuste en ambas partes de la transacción, la no confiscatoriedad y la capacidad contributiva debe medirse en igual medida. Es decir, deberemos evaluar en qué medida el perjuicio fiscal está afectando el patrimonio de ambas partes de la transacción en su conjunto.

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

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

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

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

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

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

5. PROBLEMAS PRÁCTICOS EN LA APLICACIÓN DE LA REGULACIÓN ACTUAL DEL PERJUICIO FISCAL

El principal problema al que nos enfrentamos para interpretar las disposiciones que actualmente regulan el concepto de perjuicio fiscal y su aplicación, es la falta de criterios establecidos y desarrollados. Por ejemplo, la mayor parte de informes emitidos por la Administración Tributaria relativos al régimen de precios de transferencia son previos a la reforma del 2012. Por su parte, las Directrices OCDE, consideradas como fuente de interpretación por el inciso h) del artículo 32-A, tampoco son de utilidad pues el concepto de perjuicio fiscal es ajeno a los estándares OCDE.

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

• **Definición de “menor impuesto del que correspondería”**

Como hemos señalado, el inciso c) del artículo 32-A dispone que “solo procederá ajustar el valor convenido por las partes cuando este **determinase en el país un menor impuesto del que correspondería** por aplicación de las normas de precios de transferencia”.

A nuestro parecer, la norma es bastante clara: la determinación del IR tiene que ser menor a la que sería en aplicación de las normas de precios de transferencia para efectuar un ajuste. En tanto la determinación del IR es anual, bastaría comparar el impuesto a la renta que pagarían las partes involucradas en la transacción si calcularan el IR respecto al precio convenido y el que pagarían si calcularan el IR respecto al valor determinado por el Régimen.

A modo de ilustración, utilicemos el siguiente ejemplo. La **Empresa A** le presta un servicio a su vinculada, la **Empresa B**, pactando un precio de 800. No obstante, en aplicación de las normas de precios de transferencia, el valor del servicio sería de 1,000. Tomando en cuenta que ambas empresas son personas jurídicas domiciliadas bajo el régimen general de tercera categoría y que el servicio está gravado por el IR en cabeza de la **Empresa A**, además que, por su parte, la **Empresa B** puede deducir el mismo monto como gasto, el efecto de la transacción sería neutro:

	Servicio	IR de empresas				Total IR a pagar por las Empresas A y B
		A (29.5 %)		B (29.5 %)		
		Base imponible	IR	Base imponible	IR	
Valor asignado	800	5,000	1,475	3,000	885	2,360
Valor ajustado	1,000	5,200	1,534	2,800	826	2,360
Impacto fiscal						0

Por lo tanto, en principio³², una transacción solo tendría impacto fiscal en el Perú si esta se realiza entre un domiciliado y un no domiciliado, o entre domiciliados bajo un régimen tributario distinto. Por ejemplo, en el caso anterior, si la **Empresa B** hubiera suscrito un convenio de estabilidad tributaria, estabilizando su tasa aplicable en un 30 %, el efecto de aplicar las normas de precios de transferencia ya no sería neutro:

	Servicio	IR de empresas				Total IR a pagar por las Empresas A y B
		A (29.5 %)		B (30 %)		
		Base imponible	IR	Base imponible	IR	
Valor asignado	800	5,000	1,475	3,000	900	2,375
Valor ajustado	1,000	5,200	1,534	2,800	840	2,374
Impacto fiscal						1

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

Como podemos apreciar, en este caso, un ajuste al valor no corregiría un perjuicio fiscal, sino que más bien perjudicaría al fisco, por lo que no correspondería que la Administración Tributaria realice un ajuste.

5.1.1. “Precisión” del artículo 109 del Reglamento y principio de reserva de ley

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

Así, el inciso a) del artículo 109 del Reglamento de la Ley del IR, que regula la aplicación de ajustes, dispone que “a) Se entenderá que ocasionan una menor determinación del impuesto, entre otros, la comprobación del diferimiento de rentas o la determinación de mayores pérdidas tributarias de las que hubiera correspondido declarar”.

En nuestra opinión, esta última definición en realidad amplía el contenido de este concepto, pretendiendo aumentar, vía reglamento, los casos en los que se configura el requisito de perjuicio fiscal y, por tanto, ampliar los casos en los que se puede realizar un ajuste de valor.

Recordemos que el principio constitucional de reserva de ley, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, es relativo, pero no permite que un reglamento establezca requisitos adicionales a los dispuestos por la ley que desarrolla ni que exceda los parámetros establecidos en la norma con rango de ley³³. Por tanto, debemos comprobar que, en efecto, la mencionada “precisión” no escape de los contornos establecidos por la ley.

Bajo nuestro análisis, cuando el Reglamento señala que el diferimiento de rentas implica una menor determinación del impuesto, está realizando una precisión válida en términos constitucionales: queda claro que no incluir la renta diferida en el ejercicio podría implicar una menor determinación del impuesto en tal ejercicio y, por tanto, generar un perjuicio fiscal. No obstante, desde nuestro punto de vista, cuando establece que la “determinación de mayores pérdidas tributarias” es parte del concepto de “menor determinación del impuesto”, está ampliando el contenido del requisito de perjuicio fiscal³⁴. El término “mayores pérdidas tributarias” no implica un menor impuesto, sino el mismo: ninguno.

33 Véase, por ejemplo, la STC N.º 0042-2005-AI/TC.

34 Recordemos que “las normas sobre precios de transferencia permiten cuantificar uno de los elementos esenciales del tributo (la base imponible del IR), [por lo tanto] este régimen se encuentra “reservado a ley” [...]. GAMBA, César, “Algunos aspectos constitucionales sobre el

Analicemos un ejemplo para aclarar nuestro punto. La **Empresa A** domiciliada, cuya tasa del IR ha sido estabilizada al 30 %, presenta pérdidas tributarias. Esta brinda servicios a la **Empresa** domiciliada **B** cuya tasa del impuesto a la renta ha sido estabilizada al 28 %, que también arroja pérdidas tributarias. Como veremos en el detalle a continuación, bajo el concepto de menor impuesto de la ley, no existiría perjuicio fiscal, pero bajo el concepto de menor impuesto “precisado” en el Reglamento existiría perjuicio fiscal y correspondería un ajuste:

**Menor impuesto según el concepto de la ley
No existe perjuicio fiscal**

	Servicio	IR de empresas				Total IR a pagar por las Empresas A y B
		A (30 %)		B (28 %)		
		Base imponible	IR	Base imponible	IR	
Valor asignado	800	(400)	0	(2,800)	0	0
Valor ajustado	1,000	(200)	0	(3,000)	0	0
				Impacto fiscal		0

**Menor impuesto según el concepto “precisado” del Reglamento
Existe perjuicio fiscal**

	Servicio	IR de empresas				Neto de resultados tributarios de A y B
		A (30 %)		B (28 %)		
		Base imponible	IR	Base imponible	IR	
Valor asignado	800	(400)	(120)	(2,800)	(784)	(904)
Valor ajustado	1,000	(200)	(60)	(3,000)	(840)	(900)
				Impacto fiscal		(4)

Como vemos, el concepto “precisado” permite aplicar un ajuste aún en aquellos casos en que el ajuste no modificaría el impuesto a la renta a pagar. Se termina incluyendo en el cálculo para establecer el perjuicio fiscal a los resultados tanto positivos como negativos³⁵, aun cuando una mayor pérdida tributaria no genera una menor determinación del impuesto.

régimen de precios de transferencia”, en *PT - Precios de Transferencia*, junio del 2008, IFA-Perú, p. 260.

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

Al incluir los resultados negativos, se está contrariando el criterio de anualidad que adoptó la Administración Tributaria para el análisis del perjuicio fiscal³⁶, pues se está incluyendo resultados que solo podrían afectar la determinación futura del impuesto a la renta. En efecto, dado que la determinación del IR es anual, “la menor determinación del impuesto” debería analizarse respecto a un solo ejercicio.

Pero incluso si interpretásemos extensivamente el concepto de “menor determinación del impuesto”, entendiendo que estas pérdidas tributarias reducirán el impuesto a la renta a pagar en los siguientes ejercicios, estaríamos dando por seguro que estas pérdidas se compensarán a futuro, lo cual es incierto. Además, cabe considerar la posibilidad de que la tasa del IR u otras normas relacionadas a la aplicación de pérdidas se modifiquen y que, por lo tanto, las pérdidas generen a futuro un impacto tributario distinto al previsto.

Por otro lado, es importante advertir que la inclusión de las pérdidas tributarias en el cálculo del perjuicio fiscal podría incentivar el uso del perjuicio fiscal como herramienta elusiva. A modo de ejemplo, utilicemos el siguiente caso:

X, persona natural domiciliada, es accionista del 90 % de las acciones de Z, persona jurídica domiciliada. Según sus proyecciones, Z tendrá pérdida tributaria. X desea suministrar efectivo a Z a través de un préstamo. Dado que X y Z son partes vinculadas, los intereses que X deberá pagarle a Z deberían valorarse acorde al ALP. No obstante, por la diferencia de tasas entre las partes de la transacción (la deducción al 29,5 % de la persona jurídica y el IR del 5 % que pagaría la persona natural), los intereses pactados solo podrían ajustarse si estos fueran mayores a los que hubieran pactado partes independientes por el mismo préstamo.

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

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

- Tribute por una tasa mayor que el prestador del servicio.

36 En efecto, el Informe N.º 208-2007-SUNAT/2B0000 establece que “[...] atendiendo al carácter anual del Impuesto a la Renta, la determinación de un menor Impuesto a la Renta solamente se puede establecer al final del ejercicio gravable [...]”. Si bien las normas vigentes cuando se emitió este informe variaron con la reforma del 2012, consideramos que el criterio de anualidad, fundamentado en el periodo de determinación del impuesto a la renta mantiene plenamente su validez.

- Pueda deducir la transacción a pagar como gasto.
- Se encuentre en pérdida tributaria.

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

5.1.2. *Diferimiento de rentas*

A diferencia del caso de las pérdidas tributarias, consideramos que “el diferimiento de rentas” sí se incluye de forma natural en el concepto de “menor determinación del impuesto”. En efecto, dado el carácter anual de la determinación del IR, el diferimiento de rentas a otros ejercicios podrá implicar una menor determinación del impuesto en el ejercicio bajo análisis³⁷.

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

La diferencia entre las transacciones que generan una correlación ingreso-gasto y las que generan una correlación ingreso-costos se puede apreciar con claridad en el caso de la venta de un intangible de duración limitada. Recordemos que en estos casos el contribuyente puede optar por considerar el costo del intangible como gasto de un mismo ejercicio o realizar la amortización del intangible

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

como máximo en 10 años, como lo establece el inciso g) del artículo 44 de la Ley del IR. En el siguiente ejemplo, la **Empresa A** le vende a la **Empresa B** una marca a 800, aunque su valor según el ALP es de 1,000. Como veremos, la opción que elija la **Empresa B** determinará si se realiza o no un ajuste:

Opción A. Amortización durante 10 ejercicios

	Activo vendido	IR de empresas				Total IR a pagar por las Empresas A y B
		Empresa A	29.50 %	Empresa B	29.50 %	
		Base imponible	IR	Base imponible	IR	
Valor asignado	800	2,000	590	1,120	330.4	920.4
Valor ajustado	1,000	2,200	649	1,100	324.5	973.5
Impacto fiscal						(53.1)

Opción B. Amortización en el mismo ejercicio

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

Como vemos, la imposibilidad de incluir todo el impacto fiscal a futuro de una transacción por la determinación anual del IR genera que en la opción A si proceda un ajuste, aun cuando a futuro el efecto se compense. En este ejemplo, la aplicación de un ajuste parecería tener coherencia con la lógica del perjuicio fiscal, toda vez que, si bien no existiría un perjuicio fiscal en el largo plazo, existiría un ahorro financiero con el diferimiento de la carga tributaria. No obstante, esta forma de determinar el perjuicio fiscal en los casos de diferimiento de rentas podría terminar perjudicando la recaudación tributaria a largo plazo, como podemos apreciar en el siguiente ejemplo.

La **Empresa A** vende a la **Empresa B** un edificio, cuyo valor según ALP es de 1,000, al precio de 10,000. Recordemos que los edificios se deprecian al 5 % anual según el artículo 39 de la Ley del IR. En nuestro ejemplo, la **Empresa A** se encuentra bajo el régimen general del IR y la **Empresa B** tiene su tasa estabilizada al 30 %. Como vemos a continuación, esta sobrevalorización no ameritaría ningún ajuste, ya que valorizar la transacción según el ALP perjudicaría al fisco. No obstante, si vemos el impacto total de sobre valorizar la transacción, esta termina perjudicando a la Administración Tributaria:

Impacto tributario en el presente ejercicio

	Activo vendido	IR de empresas				Total IR a pagar por A y B
		Empresa A	29.50 %	Empresa B	30.00 %	
		Base imponible	IR	Base imponible	IR	
Valor asignado	10,000	22,000	6,490	11,500	3,450	9940
Valor ajustado	1,000	13,000	3,835	11,950	3,585	7420
Impacto fiscal						2520

Impacto tributario en veinte ejercicios

	Activo vendido	IR de empresas				Total IR a pagar por las Empresas A y B
		Empresa A	29.50 %	Empresa B	30.00 %	
		Base imponible	IR	Base imponible	IR	
Valor asignado	10,000	22,000	6,490	2,000	600	7,090
Valor ajustado	1,000	13,000	3,835	11,000	3,300	7,135
Impacto fiscal						(45)

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

No obstante, si consideramos la recaudación a largo plazo, la sobrevalorización de la transacción si perjudicaría al fisco, situación que no podría remediarse con la regulación actual del perjuicio fiscal. De hecho, en estos casos, más que una disposición antielusiva, el requisito del perjuicio fiscal facilita que se estructuren transacciones fuera del estándar del ALP con finalidades elusivas.

¿Este problema podría solucionarse modificando las disposiciones que regulan el perjuicio fiscal para incluir el impacto fiscal de la transacción a largo plazo en la determinación del perjuicio fiscal? A nuestro parecer, esta no sería una solución idónea, ya que, si bien consideraría la totalidad del impacto tributario de la transacción, no tomaría en cuenta el efecto del diferimiento de las obligaciones tributarias. Además, nos enfrentaría al mismo problema que analizamos en el caso del aumento de pérdidas: no podemos tener seguridad de cuál será la regulación tributaria aplicable a futuro. Por ejemplo, la modificación de tasas

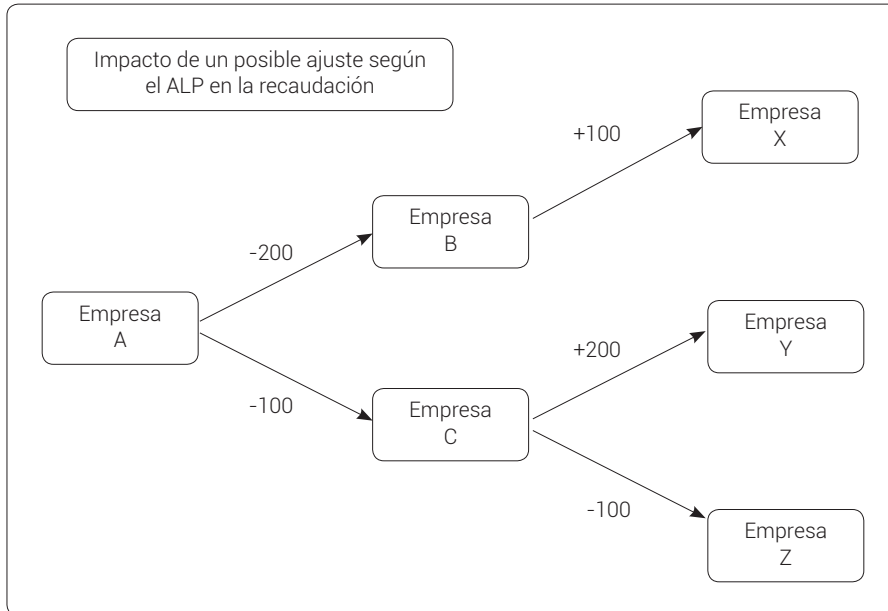
en los ejercicios subsiguientes a la transacción podría modificar drásticamente el impacto que la adquisición de un activo fijo depreciable, convirtiendo a una transacción que podía potencialmente perjudicar al fisco en una que lo favorezca.

- **Excepción a la regla general: ajustes que corrijan el perjuicio fiscal de otras transacciones**

Como hemos mencionado, con la introducción del Decreto Legislativo N.º 1124, se ampliaron las facultades de la SUNAT para realizar ajustes al valor de las operaciones. Según el nuevo inciso c), si el ajuste a cierta transacción genera un mayor gravamen respecto a transacciones con otras partes vinculadas, la SUNAT podrá realizarlo, aun cuando no se evidencie perjuicio fiscal respecto a las partes de la transacción materia de ajuste. A efectos de este trabajo, denominaremos a estas otras transacciones con terceras partes vinculadas como “transacciones secundarias”.

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

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



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

En nuestro ejemplo podemos ver que el impacto tributario de un ajuste a la transacción entre la Empresa A y la Empresa B perjudicaría al fisco en 200, pero corregiría el perjuicio fiscal entre la Empresa B y X aumentando la recaudación en 100.

¿Cómo evaluamos el perjuicio fiscal en este caso? La Ley del IR no lo especifica. Podría adoptarse una de las siguientes posturas:

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

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

En nuestra opinión, la postura 2 se ajusta más a la lógica del perjuicio fiscal de efectuar ajustes en los que de forma global se aumente la recaudación. No guardaría mucha coherencia que una disposición que pretenda ampliar los supuestos en los que se corrija el perjuicio fiscal permita ajustes que impacten negativamente la recaudación tributaria.

Dicho esto, esta disposición podría llegar a ser extremadamente complicada de aplicar, ya que una sola transacción entre vinculadas podría tener impacto en una multitud de transacciones secundarias. Un segundo problema es cómo acceder a la información necesaria para realizar el cálculo del perjuicio fiscal. Si calcular el impacto de cada posible ajuste en cada transacción y en sus transacciones secundarias se convierte en una labor titánica en un grupo empresarial, en muchos casos podría resultar simplemente imposible, en vista de que debemos recordar que no todas las partes vinculadas tienen acceso a la información de sus contrapartes. En los supuestos de vinculación distintos a los de control societario, se vuelve extremadamente difícil acceder a la información necesaria para realizar el análisis mencionado.

Por último, cabe recordar por qué se introdujo la adición del Decreto Legislativo N.º 1124: porque la Administración Tributaria se percató que ciertas transacciones fuera del rango del ALP no podían ser ajustadas por la limitación

del requisito del perjuicio fiscal, a pesar de que tenían un impacto perjudicial en transacciones secundarias. Como es evidente, este es un problema que no existiría de no ser por la limitación del perjuicio fiscal, pues en ausencia del perjuicio fiscal el ALP sería suficiente para garantizar que todas las transacciones de una cadena productiva se valoricen bajo un estándar homogéneo de valor de mercado. En suma, el Decreto Legislativo N.º 1124 es una solución extremadamente engorrosa a un problema que el mismo perjuicio fiscal creó y cuya aplicación consideramos inviable en términos prácticos por las dificultades expuestas.

- **Menor determinación del impuesto y los gastos no deducibles**

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

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

La sociedad X presta servicios a la sociedad Z. Para Z estos constituyen gastos recreativos, y, por tanto, estarán sujetos al límite del 0,5 % de los ingresos netos del ejercicio (que en este caso situaremos en S/ 200,000) y al límite de 40 UIT (S/ 162,000). Imaginemos que el valor pactado es S/ 100,000 y el valor según el ALP es S/150,000. En principio, en este caso no correspondería realizar un ajuste sobre el valor pactado toda vez que el mayor IR a pagar por X se vería compensado con la deducción de un mayor gasto por parte de Z.

Sin embargo, posteriormente Z contrata los servicios de otra empresa no vinculada, incurriendo en gastos recreativos adicionales por la suma de S/50,000. Si valorizamos el servicio prestado por X por el precio pactado, seguiríamos dentro del límite de la deducción; pero, si lo valorizamos según el ALP, el valor de los gastos recreativos superaría el límite de las 40 UIT evitando que Z pueda deducir todos sus gastos recreativos. Al no poder neutralizar la totalidad del IR a pagar por X con el correspondiente gasto de Z, existiría un perjuicio fiscal que corregir y correspondería aplicar un ajuste.

Por lo tanto, para determinar la procedencia del ajuste, X necesitaría, por lo menos, la información de todos los gastos de Z que potencialmente puedan calificarse como gastos recreativos. Surgen dos problemas inmediatos: i) la dificultad que podría tener X para recabar tal información de Z y ii) el costo en que deberá incurrir X para analizar tributariamente la deducibilidad del gasto, que incluirá no solo la corroboración de que el valor del servicio prestado a Z se encuentra

dentro de los límites establecidos por la Ley del IR, sino también deberá analizar si existe algún gasto que Z no ha considerado como gasto recreativo por error. Cualquier error en la información brindada o en el análisis realizado por Z podría significar la diferencia entre realizar un ajuste o no, sin que X pueda alegar un error de Z como justificante para haber valorizado incorrectamente la transacción.

En esa línea, cualquier reparo de la Administración Tributaria a un gasto podría impactar en la forma en la que se valoriza la transacción relacionada a tal gasto. El solo hecho de, por ejemplo, no contar con la documentación que respalde un gasto podría implicar no solo el desconocimiento de tal gasto, sino también un ajuste de precios de transferencia, con las consiguientes multas e intereses.

Peor aún, en caso hayamos pactado un precio distinto al ALP, no existe la posibilidad de ser “conservador” y realizar un ajuste de forma “preventiva”, ya que si ajustamos el valor de la transacción según el ALP sin que este ajuste haya sido necesario también estaríamos declarando una base imponible errónea y dadas las múltiples contingencias posibles al determinar la deducibilidad de un gasto (y, por lo tanto, de la existencia del perjuicio fiscal), es altamente probable que la determinación de la base imponible sea errónea. Por ello, la única forma de evitar estas dificultades es que nuestro precio convenido se encuentre a ALP, evitando la posibilidad de cualquier ajuste al valor convenido.

6. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIÓN FINAL

- La importancia del perjuicio fiscal como requisito para realizar ajustes reside en constituirse como la condición que determinará si la asignación del valor de una transacción a efectos de la determinación del IR será i) el valor de mercado según el ALP o ii) el precio pactado.
- El perjuicio fiscal es contradictorio con el ALP, ya que permite que ciertas transacciones sean sometidas a tributación sobre el precio pactado por ellas y no por su valor de mercado.
- El perjuicio fiscal no coadyuva a evitar la elusión tributaria, sino que más bien puede servir para desarrollar estructuras elusivas. Es el ALP el que permite evitar la elusión tributaria relacionada a la manipulación de precios.
- No existe una justificación constitucional para que el requisito de perjuicio fiscal establezca un doble estándar. Según nuestro análisis, el perjuicio fiscal resulta inconstitucional, dado que vulnera el principio de igualdad y el principio de no confiscatoriedad en su faceta cualitativa. Además, en determinados casos, podría vulnerar el principio de no confiscatoriedad en su faceta cuantitativa y el principio de capacidad contributiva.

- La forma en la que se ha definido el perjuicio fiscal (“menor impuesto del que correspondería”) en el Reglamento presenta varias dificultades. Por un lado, amplía el concepto de perjuicio fiscal vía reglamento vulnerando el principio de reserva de ley y, por otro, permite establecer estructuras elusivas en los casos de diferimiento de rentas y pérdidas tributarias.
- Los ajustes que corrigen el perjuicio fiscal de “transacciones secundarias” relacionadas con la transacción ajustada no están regulados de forma idónea. No existe claridad respecto a cómo determinar el perjuicio fiscal a efectos de aplicar este ajuste, aunque consideramos que debe determinarse calculando el impacto total de todas las transacciones impactadas por el ajuste. Por otro lado, existe el problema práctico del acceso a la información necesaria para realizar la determinación del perjuicio fiscal en estos casos. En suma, consideramos que estos ajustes son inaplicables en términos prácticos y que constituyen una solución excesivamente engorrosa a un problema que el mismo perjuicio fiscal creó al no permitir valorizar todas las transacciones según el ALP.
- En tanto el análisis del perjuicio fiscal se determina en base al impacto de una transacción en todas las partes involucradas, si la deducción del gasto relacionado a tal transacción se ve impedida, la determinación del perjuicio fiscal se modificará. Dada la multitud de factores que podrían afectar la deducibilidad de un gasto, es bastante probable que la determinación del perjuicio fiscal sea inexacta y que, por tanto, un contribuyente se arriesgue a realizar una valorización equivocada de la transacción bajo análisis. La única forma de evitar este riesgo es que el precio convenido de una transacción coincida con el ALP.
- Nuestra recomendación final es eliminar el requisito del perjuicio fiscal y cualquier alusión a él de nuestro Régimen, permitiendo que todas las transacciones bajo el Régimen se valoren según el ALP. De este modo estaremos i) eliminando un elemento contradictorio e inconstitucional del Régimen, ii) facilitando la aplicación práctica de los ajustes y iii) permitiendo que el Régimen cumpla su rol antielusivo de forma más eficiente.

BIBLIOGRAFÍA

ARANA, Daniel, “¿Cuánto le cuesta, cuánto le vale? Acerca de la regla de valor de mercado en la legislación tributaria nacional”, en *Derecho & Sociedad*, N.º 34, enero del 2010.

ARNOLD, Brian, *International Tax Primer*, Holanda: Kluwer Law International, 2016.

- BAISTROCCHI, Eduardo (director), *Litigios de precios de transferencia: teoría y práctica. Los casos de la Argentina, Brasil, Canadá, Chile, Estados Unidos, México, Perú, Uruguay y Venezuela*. Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina, 2008.
- DANÓS, Jorge, “El Régimen Tributario en la Constitución: estudio preliminar”, en *Themis*, N.º 29, 1994.
- DURÁN, Luis, “La noción del deber constitucional de contribuir. Un estudio introductorio”, en *Temas de derecho tributario y de derecho público. Libro Homenaje a Armando Zolezzi Möller*, Lima: Palestra, 2006.
- FERNÁNDEZ, Ítalo, “¿Cuándo corresponde aplicar los ajustes fiscales por precios de transferencia?”, en *PT - Precios de Transferencia*, Perú: IFA, junio del 2008.
- FERNÁNDEZ, Julio, “La capacidad contributiva”, en *Temas de Derecho Tributario y de Derecho Público. Libro Homenaje a Armando Zolezzi Moller*, Lima: Palestra, 2006.
- GAMBA, César, “Algunos aspectos constitucionales sobre el régimen de precios de transferencia”, en *PT - Precios de Transferencia*, Perú: IFA, junio del 2008.
- GAMBA, César, “Capacidad económica y jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Temas de Derecho Tributario y de Derecho Público. Libro Homenaje a Armando Zolezzi Moller*. Lima: Palestra, 2006.
- GARCÍA, César, “La doctrina del principio de solidaridad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano”, en *Revista Peruana de Derecho Tributario*, Año 3, N.º 11, Lima: Universidad de San Martín de Porres Tax Law Review 2009.
- GARCÍA, Marcial, “La regulación de los precios de transferencia en el Perú: se debe seguir avanzando”, en *Ius et Veritas*, N.º 36, 2008.
- GARCÍA, Marcial, “La regulación de los precios de transferencia en el Perú: se debe seguir avanzando”, en *Ius et Veritas*, N.º 36, 2008.
- LANGBEIN, Stanley, “The Unitary Method and the Myth of Arm’s Length”, en *Tax Notes*, 17 de febrero de 1986.
- LÓPEZ, Ramón *et al.*, “Los precios de transferencia: Normativa y Tendencias”, en SERRANO, Fernando (dir.), *Fiscalidad Internacional* (1), 5.ª ed., Centro de Estudios Financieros, 2012.
- PUGA, Miguel y Fernando BECERRA, “Aproximaciones a los precios de transferencia”, en *PT - Precios de Transferencia*, Perú: IFA, junio del 2008.
- PUGA, Miguel, “Aproximaciones a los precios de transferencia en el Perú”, en *Vectigalia*, Año 3, N.º 3, 2007.
- RUBIO, Marcial, *El test de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano*. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2011.
- SOTELO, Eduardo, “Nueva cláusula antielusiva general tributaria”, en *Revista Análisis Tributario*, setiembre del 2012.

- SOTELO, Eduardo, “Notas para una aproximación a la aplicación del principio de no confiscatoriedad en materia tributaria”, en *Ius et Veritas*, N.º 35, 2007.
- TARSITANO, Alberto. El principio constitucional de capacidad contributiva, en GARCÍA, Horacio (coord.), *Estudios de Derecho Constitucional Tributario*. Buenos Aires: Depalma, 1994
- VILLAVERDE, María, “Acuerdos anticipados de precios de transferencia”, en *Revista Latinoamericana de Derecho Tributario*, Caracas: Ediciones Tributarias Latinoamericanas, 2005.
- ZUZUNAGA, Fernando, “¿La cláusula antielusiva general vulnera la constitución peruana?”, en *Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario*, N.º 53, febrero del 2013.