

SOBRE EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y LOS MÉTODOS DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA

A PROPÓSITO DEL USO DEL FLUJO DE CAJA DESCONTADO COMO “MÉTODO”

TULIO TARTARINI T. (*)

1 INTRODUCCIÓN

Ha sido una materia recurrente en las fiscalizaciones recientes de precios de transferencia, observar las discusiones entre la Administración Tributaria y los contribuyentes, sobre la corrección de las distintas variables utilizadas en la elaboración del denominado Flujo de Caja Descontado (FCD), utilizado como herramienta financiera para sustentar el valor de mercado de diversas transacciones, específicamente las relacionadas con las ventas de acciones o enajenación de ciertos intangibles.

Las discusiones llevan a resultados muy disímiles en función a la forma en que se modifiquen algunos de los supuestos o elementos de la construcción del FCD, dada la sensibilidad de muchos de dichos factores en el resultado numérico de la proyección y en el consiguiente valor de mercado.

No negamos, sino más bien creemos que el referido método de valorización puede ser uno de los que mejor se adapta a la necesidad de determinar un precio de libre competencia en una serie de operaciones en donde la aplicabilidad de los seis métodos de precios de transferencia reconocidos en nuestra Ley del Impuesto a la Renta (LIR) resulta poco factible, por no decir inviable. Sin embargo, la pregunta recurrente que tenemos es si efectivamente

RESUMEN

En el presente Informe tributario el autor analiza el respaldo legal para poder utilizar la valorización financiera de Flujo de Caja Descontado como un método para determinar la base imponible del Impuesto a la Renta.

existe un respaldo legal para poder utilizar una valorización financiera, como el FCD, como método para determinar la base imponible del Impuesto a la Renta. Creemos en definitiva que no, por lo que cualquier determinación tributaria que se realice sobre la base de la aplicación del FCD puede ser claramente cuestionada por vulnerar el principio de legalidad.

2 EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Como se sabe, en virtud a este principio constitucional, los elementos esenciales de la hipótesis de incidencia tributaria deben estar previstos en una norma con rango legal

(por eso, es más apropiado referirnos al principio de reserva de ley). Esta exigencia es aplicable a todos los elementos de la hipótesis, pero sin duda debe ser más celosamente cuidada cuando estamos ante las reglas que regulan el *quantum* de la obligación: la base imponible.

El artículo 74° de la Constitución señala que: “*Los tributos se crean, modifican o derogan (...) exclusivamente por ley o decreto legislativo en caso de delegación de facultades (...)*”. A nivel infra constitucional, la Norma IV del Título Preliminar del Código Tributario dispone “*Sólo por Ley o por Decreto Legislativo, en caso de delegación, se puede: a) Crear, modificar y suprimir tributos; señalar el hecho generador de la obligación tributaria, la base para su cálculo y la alícuota; el acreedor tributario; el deudor tributario y el agente de retención o percepción, sin perjuicio de lo establecido en el Artículo 10° (...)*” (énfasis agregado)

Los alcances del principio de reserva de Ley han sido materia de enriquecedora jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC). En la sentencia recaída en el Expediente N° 2762-2002-AA/TC, el máximo intérprete de la Constitución se-

(*) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Máster en Tributación Internacional por la Universidad de Nueva York, Estados Unidos. Post grado en Precios de Transferencia por la Universidad de Leiden, Holanda. Socio de Rodrigo, Elías & Medrano Abogados.

ñaló que “la exigencia de la reserva de ley (relativa) –en cuanto al contenido de la norma– involucra el reconocimiento de un contenido mínimo necesario para que la regulación efectuada no desborde la voluntad del constituyente a través de remisiones a textos infralegales de la materia reservada a la ley, siendo este razonamiento similar a lo que la teoría del contenido esencial sostiene respecto de los derechos fundamentales”.

En ese sentido, prosigue el TC que: “al crearse un cobro tributario, podrá decirse que se ha respetado la reserva de ley cuando, vía ley o norma habilitada, se regulen los elementos esenciales y determinantes para reconocer dicho tributo como tal, de modo que todo aquello adicional pueda ser delegado para su regulación a la norma reglamentaria en términos de complementariedad, mas nunca de manera independiente. Respecto a los elementos esenciales que deben integrar la materia reservada, se señala que son aquellos que mínimamente deben estar contenidos en la creación de un tributo; es decir, “[...] los hechos impositivos, los sujetos pasivos de la obligación que va a nacer, así como el objeto y la cantidad de la prestación; por lo que todos esos elementos no deben quedar al arbitrio o discreción de la autoridad administrativa”.

En concordancia con esta jurisprudencia, en la sentencia recaída en el Expediente N° 42-2004-AI/TC, el TC señaló que: “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 (...) En ningún caso, sin embargo, podrá aceptarse la entrega en blanco de facultades al Ejecutivo para regular la materia”. Se agrega: “...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”.

En ese sentido, la jurisprudencia constitucional claramente señala que, en virtud al principio de reserva de ley, los principales elementos que delimitan el hecho generador de un tributo deben estar recogidos en una norma constitucionalmente idónea, para el caso de los impuestos en una norma con rango de ley. Si bien es posible la delegación de ciertos aspectos al reglamento, ello requiere que los parámetros del contenido reglamentario estén delimitados por la ley, siendo que los elementos esenciales del tributo (hecho imponible, sujetos, así como el objeto y la cantidad de la prestación) “no deben quedar al arbitrio o discreción de la autoridad administrativa”.

Entonces, es incuestionable que las reglas para la determinación de la base imponible que servirán para establecer el *quantum* de la obligación fiscal deben estar previstas por una norma con rango de Ley. La delegación al reglamento, además de expresa, debe contener los límites dentro de los cuales el Poder Ejecutivo podrá completar los aspectos, preferentemente complementarios, para la configuración de dicha base imponible.

3 LOS PRECIOS DE TRANSFERENCIA Y SUS MÉTODOS ADMITIDOS

El artículo 32°-A de la LIR contiene las normas de precios de transferencia, que rigen para determinar el va-

lor de mercado de las transacciones llevadas a cabo entre partes vinculadas o desde, hacia o a través de países o territorios no cooperantes o de baja o nula imposición o con sujetos cuyas rentas, ingresos o ganancias provenientes de dichas transacciones están sujetas a un régimen fiscal preferencial⁽¹⁾. El literal e) de dicho artículo contempla los métodos de precios de transferencia.

Desde la introducción de dicho artículo por el Dec. Leg. N° 945, vigente desde el ejercicio 2004, hasta el 31 de diciembre de 2016, el inciso e) solo reconocía como aplicables a los seis métodos internacionalmente aceptados, previstos por las Guías de Precios de Transferencia para Empresas Multinacionales y Administraciones Fiscales de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE – en adelante las Guías). Sin embargo, se trataba de una lista de métodos cerrada o taxativa, pues, a diferencia de que lo que permiten las citadas Guías⁽²⁾, no era aceptado el uso de otros métodos que pudieran resultar más apropiados para evaluar el precio de la operación.

Sin embargo, el Dec. Leg. N° 1312, publicado con fecha 31 de diciembre de 2016, introdujo una novedad muy importante, pues permitió que por vía reglamentaria se regulen otros métodos, cuando los expresamente previstos en el texto de la LIR no resulten los más apropiados.

Así, el literal e) del artículo 32°-A, vigente a partir del ejercicio 2017 señala que “los precios de las transacciones sujetas al ámbito de aplicación de este artículo serán determinados conforme a cualquiera de los siguientes métodos internacionalmente aceptados (...)”:

1) El método del precio comparable no controlado. (...)

(1) Según lo dispone el numeral 4° del artículo 32° de la LIR.

(2) Conforme al párrafo 2.9 «Los grupos multinacionales conservan la libertad de aplicar métodos no descritos en estas Guías, denominados en lo sucesivo “otros métodos”, para determinar sus precios, siempre que estos satisfagan el principio de plena competencia en los términos comprendidos en estas directrices. Sin embargo, estos otros métodos no deben usarse como sustitutivos de los métodos reconocidos por la OCDE cuando estos resulten más apropiados en función a los hechos y circunstancias del caso».

- 2) El método del precio de reventa. (...)
- 3) El método del costo incremental. (...)
- 4) El método de la partición de utilidades. (...)
- 5) El método residual de partición de utilidades. (...)
- 6) El método del margen neto transaccional. (...)
- 7) Otros métodos. Cuando por la naturaleza y características de las actividades y transacciones no resulte apropiada la aplicación de ninguno de los métodos anteriores, podrá acudirse a la aplicación de otros métodos, de acuerdo a lo que establezca el reglamento.”

Entonces, el legislador detectó que existían operaciones cuyo valor de mercado no podía ser determinado en base a los seis (6) métodos aprobados por la OCDE y establecidos en la norma peruana desde su dación. Por ello, permitió que, vía reglamento, se permita el uso de “otros métodos”.

La problemática que llevó a este cambio quedó de manifiesto en la Exposición de Motivos del Dec. Leg. N° 1312, en la cual se lee lo siguiente:

“1. Modificación del numeral 1 del inciso e) del artículo 32-A de la Ley e incorporación del numeral 7) al citado inciso (...) b) Problemática (...) De otro lado, se advierte que, por las características de determinadas operaciones, la utilización del método más apropiado de los establecidos en el artículo 32°-A de la Ley, presenta inconvenientes en su aplicación. Así, tratándose de operaciones relativas a la cesión definitiva de intangibles, ninguno de los métodos especificados en el artículo 32°-A de la Ley se ajusta a su análisis”.

Prosigue la Exposición de Motivos que “se propone incluir el numeral 7) al inciso e) del artículo 32°-A, a fin de que se permita la aplicación de otros métodos, cuando por las características de las actividades y

las transacciones, no resulte apropiada la aplicación de ninguno de los métodos previstos en dicho inciso, de acuerdo a lo que establezca el reglamento”.

Entonces, siguiendo los lineamientos de la OCDE, la LIR permite el uso de otros métodos cuando por la naturaleza de la transacción a analizar, ningún de los seis legislativamente reconocidos y regulados por su artículo 32°-A, sea el más apropiado. Todo ello, de acuerdo a lo que establezca el reglamento. Esta remisión, en nuestra opinión, apunta a dos aspectos que tienen que desarrollarse por vía reglamentaria:

- El establecimiento de las situaciones o condiciones que hacen a los 6 métodos desarrollados en la LIR como no apropiados para determinar el valor de mercado, y
- La regulación de dichos otros métodos, esto es, el procedimiento metodológico de la valuación a efectuar.

Como se sabe, dicho reglamento, a pesar del tiempo transcurrido desde la publicación del Dec. Leg. N° 1312, no ha sido aprobado hasta la fecha. Por ende, a pesar del número extenso de transacciones que vienen realizándose, en las cuales, en los hechos, y ante la deficiencia del régimen normativo, se emplean metodologías financieras como el FCD, para determinar el valor de mercado, las mismas carecen de una base legal o reglamentaria y, por ende, son susceptibles de cuestionamiento por no respetar el principio de reserva de ley.

4 EL FCD Y EL MÉTODO DEL PRECIO COMPARABLE NO CONTROLADO

El FCD es una metodología financiera para estimar el valor presente de un negocio o un activo capaz de generar rendimientos futuros. Consiste en traer a un valor presente, en base a una tasa de descuento, los flujos futuros de efectivo que el ne-

gocio o activo generarán a lo largo de un período proyectado de años, incluyendo, cuando corresponda, una perpetuidad.

Es una herramienta muy compleja, pero valiosa y certera, para determinar cuál es el valor actual de dicho negocio o activo, y cuál sería la contraprestación presente que debiera reconocerse a quien esté dispuesto a transferirlo. Diríamos que es la metodología más usada para establecer el valor de mercado de activos como acciones de sociedades o empresas, marcas, concesiones y otros intangibles.

Ahora bien, más allá de su real idoneidad y aptitud, el uso del FCD no tiene real respaldo en la normatividad legal de precios de transferencia. No calza en ningún de los métodos legalmente previstos por la norma. Y más específicamente, no es ni constituye una variación o forma del Precio Comparable No Controlado (o PCNC), previsto y regulado por el numeral 1) del inciso e) del artículo 32°-A de la LIR

En efecto, el PCNC es el método más directo para establecer el valor de mercado de una transacción, implica la comparación directa de precios o contraprestaciones y consiste en “determinar el valor de mercado de bienes y servicios entre partes vinculadas considerando el precio o el monto de las contraprestaciones que se hubieran pactado con o entre partes independientes en operaciones comparables”.

En uso del PCNC, el precio por un bien o retribución por un servicio acordado en una operación sujeta al ámbito de los precios de transferencia se compara con el precio o retribución acordados en una operación entre terceros independientes. Así lo precisan las Guías de la OCDE:

B. Precio Comparable No Controlado:

B.1 En general

2.14. El PCNC compara el precio cargado por bienes o servicios transferidos en una transacción controlada con el precio cargado por bienes o servicios transferidos

en una transacción no controlada comparable, en circunstancias también comparables.

Si hay alguna diferencia entre los dos precios, esto puede indicar que las condiciones de las relaciones comerciales y financieras de las empresas asociadas no son de libre concurrencia; y que el precio en la transacción no controlada puede necesitar ser sustituido por el precio en la transacción controlada⁽³⁾.

Entonces, el PCNC no contempla la posibilidad de fijar el valor de mercado a través de una valorización financiera como el FCD. No es parte del método ni de su procedimiento. Es importante precisar que el PCNC es uno de los métodos más difíciles de aplicar, pues requiere que los factores de comparabilidad sean iguales, tanto en la transacción controlada como en la llevada a cabo entre partes independientes. Por ello, su uso es más viable cuando se utiliza un comparable interno o en situaciones en donde es posible acudir a un valor de referencia público y conocido, como puede ser el precio en bolsa o de cotización (como sucede con el denominado “sexto método”).

Nótese que la dificultad del PCNC se debe a que implica usar de modo directo el precio utilizado entre terceros independientes para determinar el valor de mercado. No implica usar las metodologías o procedimientos de valuación que terceros independientes frecuentemente utilizan en sus negociaciones para establecer el valor de un activo. Por ello, el FCD, aunque metodología financiera idónea para valorizar acciones o intangibles comerciales, no implica el uso del PCNC ni es una variante del mismo.

5 EL FCD COMO CRITERIO O FACTOR DE COMPARABILIDAD

El artículo 110° del Reglamento de la LIR regula los denominados criterios de comparabilidad, reco-

nocidos también por las Guías de la OCDE. Ellos no son sino los aspectos que deben evaluarse para determinar si una operación entre partes independientes es comparable a una realizada entre partes relacionadas. Los factores de comparabilidad son cinco, a saber: i) las características de los bienes y servicios, ii) los términos contractuales, iii) las funciones, activos y riesgos, iv) las circunstancias económicas o del mercado y v) las estrategias de negocios.

Dentro de las características de las operaciones, esto es de los bienes transferidos o de los servicios prestados, el Reglamento menciona las circunstancias que pueden hacer comparables a las transacciones que involucren financiamientos, transferencias de bienes tangibles e intangibles, operaciones, prestaciones de servicios, así como la “*transferencia de acciones, participaciones u otros valores mobiliarios representativos de derechos de participación*”. Para este último grupo de operaciones, se señala como elementos de comparabilidad, a los distintos valores de mercado⁽⁴⁾ que pueden tener dichos títulos, en función a la metodología usada para determinar su precio: valor de participación pa-

trimonial, valor de cotización, y el “*valor presente de las utilidades o flujos futuros proyectados*”.

Ahora bien, al mencionar el Reglamento al “valor presente de las utilidades o flujos futuros proyectados” como un elemento de comparabilidad para las transacciones que conllevan a la enajenación de acciones o participaciones, ¿está regulando acaso al FCD como un método permitido para determinar el precio o contraprestación de mercado? Creemos que no, pues no lo contempla como tal, esto es, como un procedimiento que pueda seguirse para establecer el ingreso gravable de la transacción.

En realidad, técnicamente es inadecuado que las distintas formas de establecer el valor de acciones o participaciones sean tenidas como un elemento de comparabilidad entre transacciones vinculadas y no vinculadas. Los elementos de comparabilidad actúan como *filtros* para evaluar dos o más operaciones y determinar, en base a sus características o circunstancias, si resultan semejantes. Los elementos de comparabilidad no son formas de determinar valor sino criterios para buscar comparables, las que luego serán tomadas en cuenta, conjun-

(3) Traducción libre del siguiente texto:

“B. Comparable uncontrolled price method
B.1 In general

2.14 The CUP method compares the price charged for property or services transferred in a controlled transaction to the price charged for property or services transferred in a comparable uncontrolled transaction in comparable circumstances. If there is any difference between the two prices, this may indicate that the conditions of the commercial and financial relations of the associated enterprises are not arm's length, and that the price in the uncontrolled transaction may need to be substituted for the price in the controlled transaction”.

(4) “Artículo 110°.- ANÁLISIS DE COMPARABILIDAD

A efectos de determinar si las transacciones son comparables de acuerdo con lo establecido en el inciso d) del artículo 32°-A de la Ley, se tendrá en cuenta la naturaleza de la operación y el método a aplicar, así como los siguientes *elementos* o circunstancias:

1) Las características de las operaciones, incluyendo:

(...)

e) En el caso de transferencia de acciones, participaciones u otros valores mobiliarios representativos de derechos de participación, se considerarán elementos tales como:

(i) El valor de participación patrimonial de los valores que se enajenen, el que será calculado sobre la base del último balance de la empresa emisora cerrado con anterioridad a la fecha de enajenación o, en su defecto, el valor de tasación.

(ii) El valor presente de las utilidades o flujos de efectivo proyectados.

(iii) El valor de cotización que se registre en el momento de la enajenación, tratándose de enajenaciones bursátiles.

(iv) El valor promedio de apertura y cierre registrado en la bolsa de valores o mecanismo centralizado de negociación, tratándose de enajenaciones extrabursátiles de acciones u otros valores que coticen”.

tamente con la transacción y sus características, para establecer el método de precios de transferencia respectivo.

Por ello, el artículo 110° del Reglamento de la LIR no es la base normativa que permita tener al FCD como método a utilizar para determinar la base imponible. Para que el FCD hubiera sido considerado un método, el reglamentador habría tenido que regularlo como tal, al amparo de lo dispuesto por el inciso e) del artículo 32°-A de la LIR, modificado por el Dec. Leg. N° 1312.

6 EL DEC. LEG. N° 1424 Y EL D. S. N° 86-2020-EF

Es importante notar que un reciente cambio reglamentario en el Impuesto a la Renta avala la necesidad de incluir de forma expresa al FCD como un método de valuación para establecer la base imponible del tributo. Nos referimos a D. S. N° 86-2020-EF, publicado con fecha 21 de abril de 2020 a efectos de reglamentar las modificaciones introducidas en setiembre de 2018 por el Dec. Leg. N° 1424 en el régimen de la enajenación indirecta de acciones o participaciones de sociedades domiciliadas en el país.

El citado Decreto Legislativo modificó el inciso e) del artículo 10° de la LIR, estableciendo, entre otros aspectos, que en las situaciones de enajenación indirecta *“el ingreso gravable será el resultante de aplicar al valor de mercado de las acciones o participaciones de la persona jurídica no domiciliada en el país que se enajenan, el porcentaje determinado en el segundo párrafo del numeral 1 del presente inciso, el cual no puede ser inferior al valor de mercado de las acciones o participaciones que se enajenen indirectamente”*.

Agregó también que mediante decreto supremo se establecería la forma como se determinaría el valor de mercado de las acciones o participaciones a que se refiere el inciso e), para lo cual se podría considerar el

método de flujo de caja descontado, además del valor de participación patrimonial incrementado por la TAMN, el valor de participación patrimonial sobre la base de balances auditados, entre otros.

Es por ello que el D. S. N° 86-2020-EF regula los métodos para determinar el valor de mercado de las acciones o participaciones, en los casos de enajenación indirecta de acciones o participaciones de personas jurídicas domiciliadas en el país, normando con bastante nivel de detalle el FCD que debe usarse para estos propósitos.

Dicho Decreto también ha derogado el último párrafo del literal b) 5 del artículo 4°-A del Reglamento de la LIR⁽⁵⁾, que remitía, para los efectos de la determinación de la base imponible en los casos de enajenación indirecta, a las normas generales de valor de mercado contenidas en el artículo 32° o a las normas de precios de transferencia contenidas en el artículo 32°-A de la LIR.

Por ello, debe entenderse que el valor de mercado establecido por el D. S. N° 86-2020-EF para determinar tanto el valor de la sociedad o entidad no domiciliada materia de enajenación, como el de la persona jurídica domiciliada cuyas acciones se enajenan indirectamente, tiene incidencia en la determinación directa de la base imponible, pues sirve para considerar el ingreso gravable de la transacción. Es un valor de mercado reglado, en el que la Ley señaló expresamente que el Reglamento definiría los métodos a utilizar, entre ellos el FCD.

Nótese que, en este caso, el FCD es previsto expresamente como un método de valorización, por delegación legal. Empero, por su ubicación dentro de las disposiciones del inciso e) del artículo 10° de la LIR, será aplicable solo en las situaciones en las que el hecho imponible esté relacionado a una enajenación indirecta de acciones de sociedades peruanas. Aunque es criticable en razón de la especialidad, las reglas de precios de transferencia previstas en el artículo 32°-A de la LIR no serán aplicables en estos casos, aun cuando la operación sea llevada a cabo entre partes relacionadas o involucren países o territorios no cooperantes o de baja o nula imposición o a sujetos que tengan un régimen fiscal preferencial.

Pero lo trascendente, para efecto de lo que aquí comentamos, es que el reconocimiento normativo del FCD como método se da recién a partir de este D. S. N° 86-2020-EF y para las situaciones por él específicamente reguladas.

Su empleo en el pasado para las operaciones sujetas al régimen de precios de transferencia carecía de dicho sustento legal y reglamentario y se mantendrá así para las situaciones de enajenación directa de acciones o participaciones de sociedades peruanas, hasta que el reglamentador finalmente permita el uso de esta valorización financiera como parte de los *otros métodos* que puedan ser empleados para determinar el valor de mercado.

(5) Norma que establecía que, para determinar la base imponible en las operaciones de enajenación indirecta *“se considera como valor de mercado de las acciones o participaciones representativas del capital de la persona jurídica no domiciliada y domiciliada, respectivamente, al establecido en los artículos 32° y 32°-A de la Ley y el artículo 19°, según corresponda, a la fecha de realización de cada enajenación”*.