

LA DOCTRINA DEL TJUE SOBRE EL PRINCIPIO DE PLENA COMPETENCIA AL HILO DE LA SENTENCIA DE LA HIGH COURT BRITÁNICA EN EL CASO TEST CLAIMANTS IN THE THIN CAP: EL TEST COMUNITARIO DE LOS MOTIVOS COMERCIALES Y SUS IMPLICACIONES

JOSÉ MANUEL CALDERÓN CARRERO

*Catedrático de Derecho Financiero y Tributario.
Universidad de La Coruña*

CRISTINA GARCÍA-HERRERA BLANCO

*Profesora Titular de Derecho Financiero y Tributario.
Universidad Complutense y Coordinadora de Área del IEF*

Extracto:

LA jurisprudencia comunitaria sobre las normas que recogen el principio de plena competencia plantea algunas dudas sobre el alcance de los motivos comerciales que pueden llegar a admitirse cuando las partes vinculadas realizan una operación en condiciones diferentes a las normales de mercado. La *High Court of Justice* del Reino Unido en la sentencia *Thin Cap Group* ha realizado una interpretación amplia del tipo de justificación admisible, que incluye motivos comerciales de tipo subjetivo.

En este artículo se analiza la citada sentencia, desarrollándose los diferentes argumentos empleados por el Tribunal inglés para justificar su posición. Además, se exponen las distintas concepciones del principio de plena competencia, dándose noticia de la evolución de este principio en el ámbito de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) y en particular de la importante actualización de las Directrices sobre Precios de Transferencia aprobada en julio de 2010, que constituye la modificación de mayor alcance desde la aprobación de las Directrices en el año 1995. Además se estudia el alcance de la concepción OCDE sobre el *arm's length standard* (ALS) y su compatibilidad con la posición desarrollada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el contexto de los precios de transferencia y la subcapitalización. Asimismo, se exponen las implicaciones que esta jurisprudencia tiene en el ámbito de la normativa española, regulada en los artículos 16 y 20 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades.

Por último, se reflexiona sobre los problemas que la aplicación práctica del ALS plantea y sobre la conveniencia de buscar nuevas fórmulas para luchar contra los abusos que pueden llevar a cabo los grupos multinacionales, de manera complementaria al empleo del principio de plena competencia como principio al servicio del reparto del poder tributario entre los Estados.

Palabras clave: precios de transferencia, subcapitalización, principio de plena competencia, Directrices de la OCDE de Precios de Transferencia, jurisprudencia comunitaria en materia de cláusulas antiabuso y motivos comerciales.

ECJ DECISION ON THE ARM'S LENGTH PRINCIPLE REGARDING TEST CLAIMANTS IN THE THIN CAP CASE OF THE HIGH COURT OF JUSTICE OF THE UNITED KINGDOM: THE EU TEST OF THE COMMERCIAL REASONS AND ITS IMPLICATION

JOSÉ MANUEL CALDERÓN CARRERO

*Catedrático de Derecho Financiero y Tributario.
Universidad de La Coruña*

CRISTINA GARCÍA-HERRERA BLANCO

*Profesora Titular de Derecho Financiero y Tributario.
Universidad Complutense y Coordinadora de Área del IEF*

Abstract:

THE EU Court of Justice case law regarding the arm's length principle raises some doubts about the scope of the commercial reasons that can reach acceptable when related parties perform an operation under conditions other than normal market. The High Court of Justice of the United Kingdom in the Thin Cap Group Case has made a broad interpretation of permissible justification whatsoever, including subjective type commercial reasons.

This article discusses the judgment, developing the various arguments used by the English Court to justify its position. It then lays out the different conceptions of the arm's length standards (ALS), taking into account the evolution of this principle in the OECD context and in particular the major update of the Transfer Pricing Guidelines adopted in July 2010. Furthermore we analyse the OECD approach on the ALS and its compatibility with the position developed by the EU Court of Justice in the context of transfer pricing and capitalization. This piece of work also outlines the implications of this case within the scope of Spanish law, regulated in articles 16 and 20 of TRLIS.

Keywords: transfer pricing, thin capitalisation, OECD Transfer Pricing Guidelines, EU Court of Justice jurisprudence on antiabuse clauses and commercial purposes.

Sumario

1. Introducción.
2. La posición adoptada por la *High Court* sobre el cumplimiento de las condiciones de compatibilidad comunitaria de la normativa británica de subcapitalización.
 - A. Breve exposición de la jurisprudencia comunitaria considerada por la *High Court* del Reino Unido.
 - B. La posición adoptada por la *High Court* sobre la exigencia del doble test objetivo-subjetivo para aplicar la normativa antisubcapitalización.
3. La evolución de las diferentes concepciones del principio de plena competencia.
4. El test comunitario de los motivos comerciales en el contexto de los precios de transferencia y la subcapitalización: ¿razonabilidad objetiva o subjetiva?
5. La flexibilización del principio de plena competencia: la pervivencia del consenso internacional y la necesaria limitación en la admisión de motivos comerciales subjetivos.
6. La normativa española sobre precios de transferencia y subcapitalización y su adaptación a la jurisprudencia comunitaria en materia de cláusulas antiabuso.
7. Una reflexión final.

Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

El TJUE se ha pronunciado en al menos cinco ocasiones sobre la compatibilidad de normativas nacionales que siguen el principio de plena competencia. En cuatro ocasiones se ha pronunciado sobre normativas antisubcapitalización (asuntos *Lankhorst* y *Lasertec*, sobre la normativa alemana; asunto *Test Claimants in the Thin Cap*, sobre la normativa británica y su regulación convencional, y asunto *Lammers & Van Cleeff*, sobre la normativa belga), y en una sobre la normativa de precios de transferencia (asunto *SGL*, sobre la normativa belga).

La doctrina elaborada por el TJUE sobre el principio de plena competencia –que parte de su compatibilidad general con el Derecho de la UE–¹ plantea una serie de cuestiones de gran relevancia teórico-práctica. Muy en particular, los tribunales nacionales que aplican esta doctrina en procesos judiciales nacionales donde se ventila la cuestión de la aplicación de normas nacionales de subcapitalización o de precios de transferencia han puesto de manifiesto la existencia de dudas sobre el alcance de esta jurisprudencia comunitaria. Así, por ejemplo, la *High Court of Justice* del Reino Unido, en su Sentencia de 17 de noviembre de 2009, sobre el caso *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation* [Case No: HC03c04130, (2009) EWHC2908 Ch], constituye una buena muestra de ello, toda vez que en la misma se suscita la cuestión de la aplicación efectiva de la STJUE resultante de la cuestión prejudicial planteada por tal tribunal británico en el mismo grupo de asuntos. De forma muy específica el tribunal inglés (*High Court*) plantea si la compatibilidad de la normativa británica de subcapitalización requiere el cumplimiento u observancia de un doble test que pase por: a) La comprobación por las autoridades fiscales de una vulneración del principio de plena competencia (test objetivo de vulneración del ALS), y b) La inexistencia de un motivo comercial que justifique la realización de operaciones no alineadas o conformes con el principio de plena competencia (test de los motivos comerciales); o, por el contrario, se requiere únicamente que las autoridades fiscales demuestren la concurrencia del test objetivo de vulneración del principio de plena competencia a través de elementos objetivos verificables por terceros.

Las autoridades fiscales británicas (*UK Inland Revenue*) han defendido esta segunda posición (*arm's length single test/test objetivo del arm's length standard o ALS*), en tanto que los contribuyentes argumentaron a favor del doble test con base en las SSTJUE *Lankhorst* y *Test Claimants in the Thin Cap Group*, de suerte que la *High Court* acogió esta segunda posición desarrollando una interesante y fundada posición con base en tal jurisprudencia comunitaria. Así, el tribunal inglés consideró que una regularización basada en la normativa de subcapitalización sólo puede tener lugar, en una situación cubierta por el Derecho comunitario, cuando, además de acreditarse la vulneración de tal normativa a través de elementos objetivos, se ha realizado un test separado de comercialidad (justificación comercial de un endeudamiento superior al de mercado entre partes independientes que puede afectar al endeudamiento en sí mismo o a su cuantía o remuneración). De esta forma, el contribuyente debe tener la oportunidad de aportar en el procedimiento una justificación comercial del endeudamiento y las condiciones del mismo, de manera que tal justificación comercial excluye la aplicación de la normativa de subcapitalización, tal y como ha indicado el TJUE y ha confirmado la *UK High Court of Justice*.

¹ Entre otros, *vid.* MARTÍN JIMÉNEZ (2010), págs. 71 y ss.; CALDERÓN (2010) y MEUSSEN (2010), pág. 249.

A lo largo de este trabajo trataremos de exponer la posición adoptada por la *High Court* del Reino Unido, mostrando los distintos argumentos utilizados para fundamentar su posición. Asimismo, prestaremos atención a las distintas concepciones del principio de plena competencia, con particular atención a la evolución de este principio en el seno de la OCDE, dando noticia de la última actualización de las Directrices sobre Precios de Transferencia aprobada con fecha de 22 de julio de 2010, y analizaremos su compatibilidad con el test comunitario de los motivos comerciales. Por último, trataremos de determinar las implicaciones de la jurisprudencia comunitaria para la normativa española que desarrolla el principio de plena competencia en los artículos 16 y 20 del TRLIS.

2. LA POSICIÓN ADOPTADA POR LA *HIGH COURT* SOBRE EL CUMPLIMIENTO DE LAS CONDICIONES DE COMPATIBILIDAD COMUNITARIA DE LA NORMATIVA BRITÁNICA DE SUBCAPITALIZACIÓN

A. Breve exposición de la jurisprudencia comunitaria considerada por la *High Court* del Reino Unido

La sentencia de la *High Court of Justice* se fundamenta básicamente en la jurisprudencia del TJUE en los casos *Lankhorst* y *Test Claimants in the Thin Cap*, la cual sintetizamos a continuación.

- A) La STJUE en el asunto *Lankhorst* resulta clave para entender la jurisprudencia del TJUE sobre el principio de plena competencia y las cláusulas antisubcapitalización. En este caso se aplicó la cláusula de subcapitalización alemana a una filial alemana respecto de su endeudamiento remunerado con una entidad vinculada neerlandesa, en el marco de unos hechos que revelaban que el préstamo de la neerlandesa estaba motivado para evitar la quiebra de la entidad alemana en pérdidas y con un alto nivel de endeudamiento con bancos alemanes. De hecho, el préstamo de la entidad neerlandesa permitió reducir sustancialmente el endeudamiento de la sociedad alemana con los bancos y reducir al 50 por 100 los intereses que venía pagando. Es decir, se trataba claramente de una situación en la que no podía considerarse que existiera un montaje puramente abusivo o totalmente artificial, pero a pesar de ello la norma de subcapitalización alemana resultaba aplicable operando sobre la base de un ratio fijo de endeudamiento (3:1) en sentido similar a lo previsto en la normativa española. No obstante, la norma alemana de subcapitalización, a diferencia de la española, no era de aplicación allí donde el contribuyente probara que podría haber obtenido esos recursos financieros de terceros en iguales condiciones (*arm's length* en su versión de razonabilidad objetiva OCDE).

El TJUE consideró que la normativa alemana resultaba incompatible con la libertad de establecimiento al generar una discriminación que no estaba justificada en la prevención del riesgo de evasión fiscal, en la medida en que se proyectaba o capturaba igualmente operaciones que no constituían montajes puramente abusivos o totalmente artificiales como la situación planteada en el caso de autos. Igualmente, el TJUE puso de manifiesto cómo las autoridades fiscales no pueden presumir la existencia de un montaje abusivo por el sim-

ple hecho de que se trate de una situación transfronteriza. Como pone de relieve la sentencia de la *High Court*, el hecho de que los préstamos de la entidad neerlandesa a su vinculada alemana respondieran a buenas razones comerciales ejerció una influencia determinante en el signo del pronunciamiento del TJUE, aunque tal *ratio decidendi* no esté explícita sino implícitamente recogida en la sentencia (paras. 37 y 38 de la STJUE).

- B) La STJUE en el asunto *Test Claimants in the Thin Cap* constituye el segundo gran pronunciamiento del TJUE sobre la compatibilidad comunitaria de normas nacionales antisubcapitalización. En concreto, se cuestionó la compatibilidad con la libertad de establecimiento de la normativa británica en una cuestión prejudicial planteada precisamente por la *High Court* en el marco de los litigios sobre los que este tribunal se pronunció con posterioridad aplicando la doctrina emanada de esta STJUE.

En síntesis, el TJUE considera que el principio de plena competencia sobre el que se fundamenta la legislación de los diferentes países sobre precios de transferencia (y operaciones vinculadas) y sobre subcapitalización constituye un principio antiabuso que previene montajes puramente abusivos o totalmente artificiales de transferencia de beneficios de una jurisdicción fiscal a otra y, en tal sentido, toda normativa fundamentada en tal principio constituye una legislación antiabuso desde el punto de vista comunitario que resulta justificada (y las restricciones fiscales que genera también), *siempre y cuando su configuración y aplicación se ajuste a la doctrina del TJCE sobre la proporcionalidad de las cláusulas antiabuso nacionales*. Concretamente, el cumplimiento del test de proporcionalidad comunitario queda supeditado a la concurrencia de cuatro condicionantes, a saber:

- a) Que el contribuyente puede oponerse a la aplicación de la norma antiabuso aportando, sin estar sujeto a restricciones administrativas excesivas, elementos relativos a los posibles motivos comerciales por los que se celebró dicha transacción. El TJUE admitió, siguiendo la sugerencia del Abogado General en *Test Claimants in the Thin Cap*, que allí donde no existan condiciones de mercado en las operaciones entre partes vinculadas deba concederse al contribuyente la oportunidad de probar que las transacciones responden a motivos económicos válidos a pesar de apartarse del principio de imposición a precios de mercado. De acuerdo con ello, podría argumentarse que normas nacionales que establezcan una aplicación indiferenciada y automática de normas antiabuso –como una cláusula de subcapitalización basada en un ratio fijo, sin posibilidad de prueba en contrario (*Lammers & Van Cleeff*), o cláusulas que niegan la deducibilidad de los intereses y los recalifican automáticamente como dividendos cuando son pagados a no residente (*Test Claimants in the Thin Cap*)– son contrarias al Tratado CE al resultar desproporcionadas².
- b) La norma antiabuso debe aplicarse de tal forma que la Administración acredite que el examen de los elementos objetivos de la operación revelan que la misma corresponde a un montaje puramente artificial carente de motivos económicos reales. En este sentido, el TJCE parece posicionarse a favor de que la carga de la prueba sobre la concurrencia

² Véanse en este sentido la SAN de 30 de abril de 2008 y las SSTS de 21 de febrero de 2008 y de 1 de octubre de 2009 (rec. 1596/2004), que consideran que el artículo 20 del TRLIS, en su redacción anterior a la reforma operada por la Ley 62/2003, resulta contrario a la libertad de establecimiento comunitario e incluso a la cláusula de no discriminación de los CDI. Sobre esta cuestión, *vid.* CALDERÓN y MARTÍN (2009 a).

de los presupuestos de la cláusula antiabuso recaiga principalmente sobre las autoridades fiscales, aunque esta posición no es del todo clara ya que en otras ocasiones admite las presunciones *iuris tantum*. No obstante, el TJCE insiste en que la norma antiabuso en su instrumentación a través del principio de plena competencia sólo debe proyectarse sobre montajes puramente artificiales carente de motivos comerciales reales y con fines exclusivamente fiscales, de suerte que debe quedar excluida su aplicación si se acredita que la operación fue acordada en condiciones comerciales sobre las que tales sociedades habrían podido ponerse de acuerdo si no hubieran pertenecido al mismo grupo de sociedades (aps. 80 a 83 de la STJUE *Test Claimants in the Thin Cap*).

- c) La norma antiabuso sólo debe afectar a la parte de la operación (y renta) que no se ajusta al principio de plena competencia (v. gr., el exceso de intereses sobre los de mercado) y en todo caso debe someter a gravamen rentas con conexión territorial con el Estado que articula tal cláusula antiabuso; y
- d) El TJCE admite los ajustes secundarios recalificatorios pero obliga al Estado que los efectúa a tratar coherentemente la renta calificada a los efectos de los impuestos sobre la renta (piénsese, por ejemplo, en una recalificación de exceso de intereses en distribución en cubierta de dividendos a los efectos del IS de la sociedad pagadora y del IRNR de la sociedad perceptora) sin que tal obligación sea exigible a cualquier otro Estado miembro (el de residencia de la sociedad no residente vinculada), sin perjuicio de la aplicación de los convenios que contemplen un ajuste bilateral (CDI y Convenio de Arbitraje 90/436/CEE). En esta misma línea, el TJCE afirmó que el hecho de que la recalificación realizada en el Estado de residencia de la sociedad pagadora pueda generar doble imposición económica no resulta relevante, pues no corresponde a este Estado garantizar la eliminación de la doble imposición económica que se produce en relación con las distribuciones transnacionales de dividendos más que si estima oportuno gravar tales dividendos o beneficios en sede de la perceptora de los mismos (*vid.*, en este sentido, las SSTJUE *Test Claimants in Class IV of the ACT Group* o *Denkavit International y Denkavit France*).

Otra aportación importante de la jurisprudencia comunitaria (asuntos *Test Claimants in the Thin Cap*, *Lammers & Van Cleeff*, y *SGI*) se encuentra en el hecho de que es perfectamente posible diseñar cláusulas antiabuso pensadas o que ataquen operaciones internacionales exclusivamente, sin que tenga sentido la extensión de estas cláusulas a operaciones nacionales.

La Comisión UE se ha hecho eco de esta jurisprudencia comunitaria en su Comunicación: Communication from the Commission to the Council, *The application of anti-abuse measures in the area of direct taxation-within the EU and in relation to third countries*, COM(2007)785, 10 de diciembre de 2007, página 5.

La jurisprudencia posterior del TJUE sobre subcapitalización (asunto *Lammers & Van Cleeff* 2008) y sobre precios de transferencia (asunto *SGI* 2010)³ ha confirmado a grandes rasgos la

³ Especial relevancia posee la STJUE de 21 de enero de 2010, *SGI*, C-311/08, donde se consolida la posición del TJCE sobre las condiciones de compatibilidad comunitaria de la normativa nacional que establece el principio de plena competencia, especificando su aplicación en el ámbito de los precios de transferencia. Sobre la misma *vid.* MARTÍN JIMÉNEZ (2010), CALDERÓN (2010), BAKER (2010) y MEUSSEN (2010).

doctrina derivada de su sentencia *Test Claimants in the Thin Cap* que acabamos de sintetizar. Es más, la STJUE en el caso *SGL* confirma y consolida la doctrina sobre las condiciones de compatibilidad comunitaria de las normas nacionales que establecen el principio de plena competencia tanto a través de cláusulas de subcapitalización como de normativas de precios de transferencia. Y de hecho hay autores ⁴ que consideran que tal doctrina comunitaria debe aplicarse incluso cuando tal normativa nacional se aplica en situaciones internas atendiendo a la jurisprudencia del TJUE sobre la denominada «extensión de efectos» de acuerdo con la cual cuando el legislador nacional hace aplicable o se atiende a soluciones comunitarias para resolver o regular cuestiones internas la normativa nacional debe interpretarse y aplicarse de forma uniforme siguiendo la regulación comunitaria ⁵; en nuestra modesta opinión, sin embargo, resulta dudoso que el Derecho de la UE requiera una interpretación comunitaria de la normativa de precios de transferencia respecto de situaciones internas (no transfronterizas), aunque es cierto que el TJUE ha llegado a considerar que determinado tipo de normas nacionales que se proyectan sobre operaciones interiores pueden ser contrarias al Derecho de la UE si son susceptibles de generar restricciones en el mercado interior.

B. La posición adoptada por la *High Court* sobre la exigencia del doble test objetivo-subjetivo para aplicar la normativa antisubcapitalización

Como ya hemos indicado más arriba, la cuestión más relevante sobre la que se pronunció la *High Court* radica en determinar si la compatibilidad de la normativa británica de subcapitalización requiere el cumplimiento u observancia de un doble test (cumulativo) basado en: a) la comprobación por las autoridades fiscales de una vulneración del principio de plena competencia (test objetivo del ALS), y b) la inexistencia de un motivo comercial que justifique la realización de operaciones no alineadas o conformes con el principio de plena competencia (test de los motivos comerciales); o, por el contrario, se requiere *únicamente* que las autoridades fiscales demuestren la concurrencia del test objetivo de vulneración del principio de plena competencia a través de elementos objetivos verificables por terceros. El *UK Inland Revenue* defendió esta segunda posición (*arm's length single test*/ test objetivo del *arm's length standard* o ALS), en tanto que los contribuyentes argumentaron a favor del doble test con base en las SSTJUE *Lankhorst* y *Test Claimants in the Thin Cap Group*, de suerte que la *High Court* acogió esta segunda posición con base en tal jurisprudencia comunitaria.

A continuación, tratamos de explicar los argumentos utilizados por el tribunal británico para posicionarse a favor de la exigencia de un doble test para la aplicación de la normativa antisubcapitalización.

1. En primer lugar, la *High Court* destacó cómo la STJUE en el caso *Lankhorst* estableció la incompatibilidad con el Derecho comunitario de las cláusulas antiasubcapitalización que se aplican (y capturan) tanto montajes puramente abusivos (realizados únicamente por moti-

⁴ MARTÍN JIMÉNEZ (2010), pág. 94, con muchas matizaciones.

⁵ Véanse entre otras las SSTJUE en los casos *Dzodzi* C-297/88, *Leur-Bloem* C-28/95, *Andersen Jensen* C-43/00, *BIAOC*-306/99, *DE+ES* C-275/07, *Kofisa* C-1/99, *Les Verges* C-40/07 y *KBC Bank* C-439/07, entre otras. Para una revisión crítica de esta jurisprudencia y sus efectos en el ámbito del Impuesto sobre Sociedades a través de las NIIF, *vid.* CALDERÓN y BÁEZ (2010).

vos fiscales) como operaciones con justificación comercial, de manera que van más allá de lo necesario para prevenir la evasión fiscal y, por tanto, no superan el test de proporcionalidad.

2. En segundo lugar, el tribunal británico se centró en la STJUE *Test Claimants in the Thin Cap* que desarrolla y matiza la jurisprudencia *Lankhorst*. Muy en particular, la *High Court* destacó que:

- a) El TJUE considera que la normativa de subcapitalización persigue un objetivo legítimo de interés general como es la prevención de prácticas abusivas de transferencias artificiales de beneficios de un Estado a otro.
- b) Tal objetivo se cumple y, por tanto, tal normativa puede estar justificada cuando se proyecta sobre montajes puramente abusivos o totalmente artificiales.
- c) Tal circunstancia, esto es, capturar montajes puramente abusivos concurre cuando:
 - i. Los términos en que tiene lugar la operación exceden de los que serían acordados en una situación de plena competencia. Así, el principio de plena competencia (ALS) aporta un elemento objetivo que puede ser verificado de forma independiente para determinar si la operación en cuestión representa, en todo o en parte, un montaje puramente abusivo, cuyo propósito esencial es evitar la legislación fiscal de un Estado miembro. En tal sentido, la cuestión radica en determinar si, de haber sido entidades independientes, el préstamo hubiera sido concedido o si hubiera sido concedido en una cuantía diferente o a un tipo de interés distinto.
 - ii. La legislación nacional que establece elementos objetivos para determinar si una operación representa un montaje abusivo (realizado únicamente por razones fiscales) permite al contribuyente, sin soportar limitaciones administrativas indebidas o excesivas, aportar evidencias sobre la justificación comercial de la operación que preliminarmente queda capturada por la norma antiabuso.
 - iii. La norma antiabuso únicamente puede aplicarse sobre aquellos aspectos de la operación que representen un montaje puramente artificial privado de toda justificación comercial subyacente.

El tribunal británico consideró que el TJUE había establecido dos condicionantes cualitativos que debía cumplir la normativa antiabuso británica:

- a) El test objetivo basado en el principio de plena competencia: este principio internacional que es empleado por los legisladores nacionales a través de la normativa interna y CDI se aplica a través de elementos objetivos y aporta un «filtro verificable» cuya aplicación permite identificar operaciones potencialmente objetables. Igualmente, se indica que el ALS constituye un *starting point* para determinar si una operación de endeudamiento resulta abusiva, al articular un test objetivo. Incluso llega a considerarse la posibilidad de que una vulneración del ALS pueda conllevar una presunción *iuris tantum* de operación abusiva.

b) El test de la justificación comercial: la *High Court* puntualiza que resulta esencial que exista una oportunidad, en teoría y en la práctica, para los contribuyentes de demostrar que la operación poseía una justificación comercial (como acontecía en el caso *Lankhorst*). Y resulta igualmente esencial que la recaracterización sea confinada a los intereses que excedan de la cantidad que hubiera sido pagada sobre la base del estándar de plena competencia. A este respecto, se opera con un concepto amplio de justificación comercial que incluye aquellas genuinas razones comerciales para la realización de la operación distintas de la obtención de una ventaja fiscal. Nótese que, a nuestro juicio, el cumplimiento de este test posee implicaciones procesales, en el sentido de que el contribuyente debe tener la oportunidad de aportar pruebas de los motivos comerciales sin soportar o padecer «dificultades administrativas excesivas», lo cual habla a favor de un trámite flexible de duración razonable para la aportación de todo tipo de pruebas que permitan verificar tales motivos comerciales. El tribunal británico se apoya fundamentalmente en las SSTJUE *Test Claimants in the Thin Cap y Halifax*, así como en las conclusiones del Abogado General en el asunto *Test Claimants*.

A este respecto, la *High Court* considera que le corresponde al juez nacional determinar si se han observado los dos test o condicionantes cualitativos establecidos por el TJUE durante el procedimiento de aplicación de la norma antisubcapitalización, de forma que su inobservancia conduciría a la inaplicación de la normativa en todos aquellos casos en los que concurrieran motivos comerciales que justificaran la operación a pesar de la vulneración del ALS.

En este orden de cosas, merece detenerse en los argumentos esgrimidos por el *UK Inland Revenue* para fundamentar su posición a favor de la exigencia de un mero y simple test objetivo basado en la inobservancia del principio de plena competencia. Así, las autoridades fiscales británicas argumentaron que el test de la justificación comercial podría conducir a una inaplicación generalizada de la normativa de subcapitalización dado que cualquier préstamo intragrupo puede tener una justificación comercial: por ejemplo, la obtención de financiación para un determinado propósito como la adquisición de un activo o el pago de deudas. Por otro lado, se indicó que el ALS sirve para determinar si las condiciones del préstamo (cuantía y remuneración) son, total o parcialmente, montajes abusivos o artificiales. En tercer lugar, se puso de manifiesto cómo una cláusula de subcapitalización basada en un test objetivo de ALS es completamente satisfactorio ya que la aplicación del ALS no es mecánica sino que atiende y considera las circunstancias del caso (la teoría de la razonabilidad objetiva plasmada en las Directrices OCDE de Precios de Transferencia), aunque ello no incluye en sentido estricto un test (subjetivo) de motivos comerciales.

La *High Court* rechazó esta argumentación trayendo a colación la jurisprudencia del TJUE que, a su juicio, establece con claridad un test de motivos comerciales independiente al test objetivo del ALS. No obstante, el tribunal británico reconoció que pueden existir casos dudosos donde media una cierta justificación comercial de la operación pero no se cumple con el principio de plena competencia, en cuyo caso tendrán que ser los tribunales los que adopten una decisión casuística. La *High Court* se refiere en particular al caso *Lankhorst* como ejemplo donde la situación de endeudamiento posee una clara justificación comercial pero se incumple el principio de plena competencia, de manera que la evidencia de inexistencia de un montaje abusivo debe conducir a la inaplicación de la normativa de subcapitalización. A este respecto debe puntualizarse que la normativa de subcapitalización alemana

aplicable en el caso *Lankhorst* operaba sobre ratios fijos de endeudamiento y permitía al contribuyente probar o justificar que tal endeudamiento era acorde con el principio de plena competencia⁶.

El tribunal británico se posicionó claramente a favor de un test de motivo comercial amplio que permita tener en cuenta todos los hechos que resulten relevantes en una situación real, de manera que tal test no debe mediatizarse por el ALS en el sentido de atender a los motivos comerciales de entidades independientes sino también a las circunstancias específicas de los propios grupos empresariales.

El tribunal británico consideró, además, que la normativa nacional inglesa de subcapitalización no permitía una «interpretación conforme» con el Derecho de la UE en la medida en que no establecía ningún criterio que permitiera tener en cuenta los motivos comerciales y por tanto capturaba operaciones que no eran puramente artificiales. Así, se optó por el enfoque de «inaplicación» de tal normativa por infringir la jurisprudencia del TJUE. No obstante, el efecto de inaplicación de la normativa de subcapitalización quedó reservada a aquellos casos donde concurrieran motivos comerciales (objetivos y subjetivos) que justificaran el endeudamiento excesivo, en tanto que los casos de *most blatant tax avoidance* no debían beneficiarse de la inaplicación de la normativa inglesa. A su vez, el tribunal se posicionó a favor de considerar que la carga de la prueba recaía en la Administración tributaria, que debía probar la existencia de un montaje puramente artificial sin motivación comercial, en la medida en que la exigencia a los contribuyentes de probar que existía una justificación comercial para las operaciones, o para una parte relevante de las mismas, posiblemente muchos años después de que tuvieran lugar y considerando unas normas que no contemplaban tal motivación, podría infringir el principio comunitario de efectividad⁷. El tribunal británico examinó los testimonios de expertos del Inland Revenue y representantes (Directores Financieros y Fiscales) de las empresas (Volvo, Lafarge, IBM, Siemens, Standard Bank), y aceptó las justificaciones comerciales objetivas y subjetivas argumentadas por los contribuyentes para justificar el nivel de endeudamiento que superaba lo permitido por la normativa británica de subcapitalización, estableciendo la inaplicación de esta última a tales operaciones.

La posición de la *High Court* interpretando la jurisprudencia comunitaria en el sentido de exigir un doble test que debe cumplir la normativa nacional de subcapitalización para poder ser aplicada no constituye una posición que pueda considerarse insólita o aislada, sino que un destacado sector de la doctrina nacional e internacional ha llegado a similares conclusiones⁸. Es curioso, sin embargo, que nuestro Tribunal Constitucional cuando se refirió al criterio del valor normal de mercado como canon de gravamen en el IRPF respecto de las operaciones vinculadas (entre miembros de una misma familia) declarara que «el tope representado por el valor de mercado constituye un límite objetivo y razonable, coherente con los criterios de valoración utilizados en el ordenamiento tributario, que permite satisfacer tanto los intereses de la Hacienda Pública como los de los particulares afectados (...)»⁹.

⁶ Vid. el Informe OCDE sobre *Thin capitalization*, OECD, París, 1986, para. 79.

⁷ La *High Court* fundamenta su posición en las conclusiones del Abogado General Jacobs en el caso *Weber's Wine*, C-147/01 y la STJUE en tal caso (paras. 109-117).

⁸ MARTÍN JIMÉNEZ (2010); y BOONE, CASLEY, VAN DE GUCHT y CHATAR 2010, págs. 183 y ss. Curiosamente, BAKER (2010), pág. 196, parece mantener que la jurisprudencia del TJUE (*SGI*) no ha limitado la aplicación de la normativa nacional de precios de transferencia a montajes puramente abusivos, aunque piensa que así debería haber sido lo cual impulsaría la adopción por los Estados miembros de la propuesta de Base Imponible Común Consolidada.

⁹ F.J. 6.º STC 146/1994. Igualmente, el TC puso de relieve la necesidad de que los límites establecidos por el legislador para restringir la deducibilidad de gastos relacionados con operaciones entre partes vinculadas (familiares) debían cumplir una

3. LA EVOLUCIÓN DE LAS DIFERENTES CONCEPCIONES DEL PRINCIPIO DE PLENA COMPETENCIA

Una cuestión adicional de gran relevancia que no resuelve con claridad la jurisprudencia del TJUE reside en determinar el alcance y significado del test de los motivos comerciales establecido en el marco de la aplicación de la normativa nacional que desarrolla el ALS (precios de transferencia y subcapitalización).

Básicamente, en este contexto podemos estar hablando de un test de motivos objetivo o subjetivo, dependiendo del tipo de razones o motivos que se consideren aceptables como justificación de una operación (o sus condiciones) que se realiza por entidades vinculadas en términos (o forma) distinta a la que llevan a cabo empresas independientes en plena competencia.

Precisamente, en el específico contexto de la doctrina de los precios de transferencia se alude a la razonabilidad objetiva o subjetiva en la aplicación del ALS dependiendo del tipo de motivos que se acepten para justificar una desviación del precio de mercado entre independientes. Así, en el marco de la razonabilidad objetiva –que actualmente sigue la mayoría de los países y la propia OCDE en sus Directrices de Precios de Transferencia– sólo se admiten las causas comerciales que puedan probarse con referencia al mercado abierto como: a) las estrategias empresariales, b) las normas de otro Estado bloqueando precios, entre otras (*vid. infra*). Por el contrario, cuando se aplica la razonabilidad subjetiva en el marco de una normativa basada en el ALS se puede justificar una desviación de los precios y condiciones de mercado sobre la base de cualquier tipo de motivo empresarial, incluyendo aquéllos de carácter subjetivo como la conveniencia empresarial, las dificultades financieras que atraviesa una empresa vinculada e incluso los simples errores de gestión.

De acuerdo con esta posición subjetiva, la normativa de precios de transferencia o de subcapitalización sólo resultaría efectivamente aplicable en casos donde no puede acreditarse la concurrencia de un motivo empresarial (objetivo o subjetivo) relevante que justifique la vulneración del principio de plena competencia. Así, los ajustes o regularizaciones quedarían restringidos a operaciones puramente artificiales sin justificación comercial y tras las que subyace un exceso de discrecionalidad en la decisión empresarial (v. gr., precios totalmente arbitrarios). Exponentes de esta posición subjetiva del principio son las normativas sobre precios de transferencia francesa y belga concebidas, cuando menos originariamente, como normas con un fundamento antielusión. De esta manera, el ajuste sobre precios de transferencia trata de impedir una utilización abusiva de los precios realizada con una finalidad de elusión fiscal o de transferencia artificial de bases imponibles, aceptándose de este modo aquellas operaciones entre partes vinculadas que aun no alineándose con el valor de mercado tengan una justificación económica para el conjunto de las partes implicadas.

serie de criterios de justicia tributaria: su razonabilidad o proporcionalidad con la remuneración abonada que atiendan a la prestación efectivamente realizadas, de manera que la base imponible refleje la verdadera situación patrimonial del contribuyente. En particular, se consideró que no cumplían estos criterios de justicia tributaria y razonabilidad: a) el límite del coste medio anual por empleado de plantilla; y b) el salario mínimo interprofesional. El TC argumentó que no pueden justificarse estos criterios alegando razones de practicabilidad o conveniencia administrativa, ni la necesidad de evitar manipulaciones por los sujetos para reducir la deuda tributaria. A nuestro entender, tal posicionamiento del TC plantea dudas sobre la utilización en este contexto de las operaciones vinculadas de criterios indiciarios, costes medios de mercado, comparables claramente inexactos o de dudosa comparabilidad, entre otros criterios. La doctrina del TC en la STC 146/1994 ha sido reiterada en la STC 255/2004.

En la práctica, lo cierto es que ninguno de estos dos posicionamientos se aplica en estado puro, toda vez que los países donde se venía aplicando la razonabilidad subjetiva existe una tendencia hacia la objetivación (Francia) y los países donde se partía de la posición objetiva han ido flexibilizando la aplicación del ALS admitiendo motivos comerciales o de gestión comercial diligente. Así, la razonabilidad subjetiva se ha ido objetivando, de manera que la mera alegación de un motivo comercial de conveniencia empresarial no siempre es suficiente para justificar una desviación material en la aplicación del ALS, a menos que se pruebe que posee carácter sustantivo y posee lógica empresarial o de grupo.

Por su parte, la propia razonabilidad objetiva (o si se quiere la concepción OCDE del ALS) se ha ido subjetivando por la vía de introducir flexibilizaciones en la aplicación práctica del ALS. Sin ánimo exhaustivo, cabe citar las siguientes:

- a) El reconocimiento de que los precios de transferencia no son una ciencia exacta sino un arte que exige juicios de valor tanto por parte de los contribuyentes como de la Administración Tributaria (para. 1.12 Directrices OCDE PT 1995).
- b) La admisión de que las operaciones entre partes vinculadas y entre independientes se enfrentan a circunstancias comerciales diferentes y por eso existe una distinta forma de realizar operaciones y negocios, sin que ello implique una elusión fiscal (para. 1.10 Directrices OCDE PT 1995 y para. 1.11 de Modificación Directrices PT 2010, véase también el Informe OCDE 2010, *Transfer Pricing and Business Restructuring*, Capítulo IX de las Directrices de PT 2010, admitiendo las operaciones que responden a una «lógica comercial de grupo» a pesar de no ser realizadas por empresas independientes)¹⁰.
- c) La consideración de las diferentes «circunstancias económicas» (incluyendo los efectos de las políticas de los poderes públicos: limitaciones legales de pagos) como elemento que contribuye a configurar el análisis económico y la comparabilidad, permitiendo tener en cuenta motivos o razones comerciales que pueden justificar un precio diferente al de mercado entre independientes (para. 1.30 Directrices OCDE PT 1995).
- d) El reconocimiento de reconocimiento de las diferentes «estrategias mercantiles» como justificación de precios que no coinciden con los de mercado (comparables internos/externos) (paras. 1.31-1.34 Directrices OCDE PT 1995).
- e) La admisión de las pérdidas en las empresas vinculadas como consecuencia de estrategias comerciales de un grupo multinacional y por razones de orden histórico, económico y cultural, durante un periodo razonable de tiempo (para. 1.54 Directrices OCDE PT 1995).
- f) La admisibilidad y validez de comparables inexactos o relativos o *reasonable reliable comparables* (Informe OCDE 2006, *Comparability*, ya incorporado a la Modificación de 2010 de las Directrices OCDE PT).
- g) El reconocimiento del empleo del rango o franja de precios de plena competencia entre los que el contribuyente puede oscilar (puesto que representa el margen de discrecionalidad del

¹⁰ Nótese que tales indicaciones sobre la «racionalidad comercial o lógica empresarial de grupo» son realizadas en el contexto del reconocimiento de las operaciones de reestructuración empresarial desde la perspectiva del ALS. Sobre el borrador del Informe OCDE de 2008, *Transfer Pricing and Business Restructuring*, vid.: CALDERÓN (2009).

hombre diligente de negocios) y de los que no puede alejarse sin causa comercial justificada (paras. 1.45 a 1.48 Directrices OCDE PT 1995), o

- h) La recomendación de que en las comprobaciones los inspectores se muestren flexibles en su enfoque sin exigir a los contribuyentes en el análisis de precios de transferencia un nivel de precisión irreal, así como que tomen en consideración la opinión comercial del contribuyente con el fin de que el análisis de los precios de transferencia responda a las realidades empresariales (para. 4.9 Directrices OCDE PT 1995).

Las modificaciones introducidas en 2010 en las Directrices OCDE PT 1995 no hacen sino ahondar en la flexibilización del principio de plena competencia básicamente a través de la vía de facilitar la aplicación práctica del mismo, aunque desde una perspectiva fundamentalmente objetiva. La finalidad esencial de estas modificaciones es conseguir que el principio de plena competencia pueda seguir siendo un estándar internacional, sobre el que descansa la normativa de precios de transferencia del mayor número de países, tanto OCDE como no OCDE. En este sentido, el organismo internacional es consciente de la necesidad de introducir en el ALS «plasma» de practicabilidad y realismo empresarial/económico adaptándolo a las formas (legítimas) de hacer negocios y operaciones que emplean las MNE; esto es, acercar la aplicación del principio a la realidad empresarial de los grupos multinacionales en nuestros días. De esta manera las actualizaciones introducidas en las Directrices reflejan de qué manera los precios de transferencia han evolucionado en la práctica, de modo que se reconoce en mayor medida qué pueden realísticamente hacer las empresas vinculadas para cumplir con el principio de plena competencia ¹¹. En esta línea, algunas de las propuestas de la OCDE introducidas con ocasión de la actualización de las Directrices en 2010 que subjetivizan el principio son las siguientes:

- a) Se desarrollan y clarifican importantes aspectos del análisis de comparabilidad, al ofrecerse directrices más específicas para su aplicación y afirmarse que dicho análisis constituye el corazón de la aplicación del principio de plena competencia (para. 1.6), pero también se añade la necesidad de poner la comparabilidad en perspectiva para conseguir *un enfoque equilibrado* que tenga en cuenta, de un lado, la seguridad, y de otro la carga que el cumplimiento del mismo supone para contribuyentes y administraciones fiscales (para. 1.7) ¹².
- b) Se afirma que el artículo 9.1 del MC OCDE es el fundamento para el análisis de comparabilidad que descansa en una comparación de las *condiciones* (que incluye los precios, *pero no sólo los precios*) entre empresas asociadas e independientes y que determina si procede el ajuste, así como la cuantía del mismo (para. 1.7).
- c) Se añade que el mero hecho de que una transacción no pueda encontrarse entre partes independientes no significa por sí solo que la misma no sea de plena competencia (para. 1.11), lo que supone resaltar el carácter «singular» de las transacciones entre partes vinculadas.
- d) Se insiste en la necesidad de no perder de vista el objetivo de encontrar una estimación razonable de un *resultado arm's length* sobre la base de información razonablemente fiable (para. 1.13).

¹¹ Vid. OOSTERHUIS (2010) y LUCAS MAS y COTTANI (2010).

¹² Las modificaciones de las Directrices de Precios de Transferencia 2010 (para. 3.2) flexibilizan y subjetivizan el análisis de comparabilidad, y de hecho representantes del sector privado han solicitado a la OCDE que acote esta flexibilización clarificando su alcance para evitar un exceso de discrecionalidad sobre la validez de los comparables seleccionados por el contribuyente. Vid. LUCAS MAS y COTTANI (2010), págs. 242 y ss.

- e) Se suprime la jerarquía de métodos, sustituyéndose la excepcionalidad de los métodos basados en el beneficio por la selección del mejor método o «método más apropiado a las circunstancias del caso», lo que supone incorporar una mayor libertad en la elección de la metodología más apropiada para determinar el valor de plena independencia, aunque se añade un elemento de subjetividad que puede generar conflictos sobre esta cuestión ¹³.

En definitiva, la OCDE sigue avanzando en una concepción cada vez más flexible del principio de plena competencia, dotando de mayor contenido a la posición equilibrada que supone la razonabilidad objetiva.

Ejemplo paradigmático de las distintas concepciones que del ALS pueden existir, así como del margen de maniobra en la admisión de motivos comerciales para evitar el ajuste en las transacciones realizadas entre partes vinculadas, es el caso norteamericano. La evolución sufrida en la reglamentación de los precios de transferencia en EE.UU. –y de la interpretación que de la misma han venido realizando sus tribunales– ha tenido una influencia decisiva en la posición de razonabilidad objetiva que se refleja en los diferentes informes de la OCDE y que supone una conciliación o un punto de equilibrio entre la posición mecánica y rígida y la subjetiva.

Así, en relación con la posición estadounidense, el principio de plena competencia nace como un criterio objetivo y único en la determinación de los precios de transferencia aplicable en cada caso. La reglamentación de 1934 recoge este enfoque, aunque los Tribunales americanos en la resolución de los casos concretos que se le planteaban introdujeron un nuevo criterio basado en la *razonabilidad del precio* que tomaba en consideración las circunstancias del caso como determinantes de una valoración diferente a la que habrían llegado partes independientes. El caso *Frank vs. International Canadian Corporation* es una muestra de ello, puesto que el Tribunal acepta un precio diferente al de mercado basándose en que era razonable y justo por motivos de conveniencia empresarial. Tras el caso *Frank*, este criterio subjetivo fue también admitido por los Tribunales, si bien con un alcance más limitado, esto es, para supuestos de especial complejidad o cuando no existiera una transacción comparable en el mercado ¹⁴.

Sin embargo, tras esta flexibilización por vía jurisprudencial, la normativa americana comienza un camino de objetivación del principio ALS, a través de una reglamentación cada vez más prolija y detallada centrada en la determinación del valor de mercado como una ciencia exacta, que descansa en el análisis de comparabilidad de los precios pactados entre empresas independientes y empresas vinculadas, y que durará hasta principio de los años noventa. A partir del año 1993 empiezan a introducirse en las normas estadounidenses signos de flexibilización, no porque se admita el criterio de razonabilidad y justicia (recogido en el caso *Frank* y con algunos matices en pronunciamientos posteriores), sino por la vía de ir permitiendo una flexibilización en la aplicación del ALS. Así por ejemplo, se admiten los comparables suficientemente similares que aporten un margen razonable y fiable en la determinación del principio de plena competencia, se habla de un «resultado» de plena competencia más allá del «precio» de plena competencia, se tiene en cuenta el juicio comercial del contribuyente, se opta por el

¹³ LUCAS MAS y COTTANI (2010), págs. 242 y ss.

¹⁴ En torno a la evolución de la jurisprudencia estadounidense en esta materia, *vid.* MEYER, WEBBER, AVI-YONAH (1995) y SALA GALVAN.

reconocimiento del «mejor método» (*best method rule*) suprimiéndose la estricta jerarquía metodológica aplicada en años anteriores, se reconoce el «margen» de precios de plena competencia que supone la admisión de un rango de precios de plena competencia aceptable y que, en definitiva, supone admitir que la determinación de los precios de competencia no son una ciencia exacta, etc. En el fondo, la jurisprudencia de los tribunales estadounidenses ha ido conformando una suerte de principios sobre la aplicación del ALS que se terminan trasladando a la legislación interna; así, parten de la formulación originaria del ALS y van introduciendo una flexibilización aplicativa del mismo, allí donde se trata de operaciones reales y existen comparables suficientemente fiables (y no excesivamente inexactos que no admiten ajustes); por otro lado, los tribunales americanos tienen que enfrentarse a casos donde no hay comparables (o son inexactos y no admiten ajustes) y crean «métodos ad hoc» para las diferentes situaciones (v. gr., *profit split* considerando diferentes ratios financieros).

En nuestra opinión, solamente desde un análisis de la evolución a la que nos acabamos de referir es posible entender el auténtico significado –y alcance– de la razonabilidad objetiva presente en la normativa estadounidense y en las Directrices de la OCDE. En definitiva, esta evolución nos enseña el significado del principio de plena competencia en el contexto actual de las Directrices de la OCDE. Es cierto que éstas constituyen una «reglamentación» (*soft-law*) muy compleja y exhaustiva, en la que también está presente toda una serie de recomendaciones técnicas de carácter objetivo dirigidas a determinar el valor de mercado que evidentemente «encorsetan» las posibilidades de actuación de las empresas en la determinación de sus precios de transferencia, pero al mismo tiempo no debemos perder conciencia del pragmatismo que la OCDE está introduciendo en la aplicación del principio, consciente de que, una vez que se ha evidenciado la debilidad teórica del ALS unida a su complejidad técnica, tal ruta (mejorar la practicabilidad del ALS) es la única que puede permitir que tal principio siga constituyendo el «estándar internacional» en la materia. En esta línea se realizaron numerosos comentarios al Borrador de las Directrices PT 2010, que señalan la mayor flexibilidad y pragmatismo en la redacción de los nuevos párrafos propuestos, que se acogen como significantes mejoras en relación con las Directrices PT de 1995¹⁵.

4. EL TEST COMUNITARIO DE LOS MOTIVOS COMERCIALES EN EL CONTEXTO DE LOS PRECIOS DE TRANSFERENCIA Y LA SUBCAPITALIZACIÓN: ¿RAZONABILIDAD OBJETIVA O SUBJETIVA?

A la vista de lo expuesto hasta aquí no resulta clara cuál es la posición del TJUE sobre el test de los motivos comerciales, de manera que podría defenderse que estamos ya ante un test de razonabilidad objetiva ya ante uno de razonabilidad subjetiva. Y de hecho hay posicionamientos de Abogados Generales que podrían apuntar en ambos sentidos. Así, Kokott en el caso *SGI* se decanta por un posicionamiento más próximo a un test de razonabilidad objetiva, al considerar que el contribuyente debe probar que su conducta responde a un motivo económico válido y, además, habría sido la misma que partes independientes habrían llevado a cabo en condiciones de libre competencia (ap. 78) en tanto que Geedhoed en el caso *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation* parece posicionarse hacia la admisión de motivos comerciales subjetivos, por un lado, al citar como ejemplo de motivo comercial real distinto de la obtención de una ventaja fiscal el salvamento de una filial por

¹⁵ Comentarios BIAC.

su matriz (ap. 76) y a afirmar, por otro, que las circunstancias en las que las operaciones se han llevado a cabo por las partes por motivos comerciales serán «relativamente excepcionales» (ap. 67) o «relativamente limitadas» (ap. 76), lo que, pese a la indeterminación de ambas expresiones, nos hace decantarnos en principio por entender que se trata de motivos subjetivos.

A nuestro entender, la concepción de razonabilidad subjetiva parece encajar más adecuadamente con la forma de razonar del TJUE, en la medida en que éste condiciona la compatibilidad comunitaria de normativas nacionales de subcapitalización y precios de transferencia a que se proyecten sobre montajes puramente abusivos o totalmente artificiales de transferencia de bases imponibles de un Estado a otro¹⁶. La normativa nacional no puede ir más allá de lo necesario para alcanzar tal objetivo y precisamente la proporcionalidad de estas medidas excluye que se proyecte o capture operaciones que posean una justificación comercial. Lógicamente, tal justificación comercial debe resultar sustantiva y no accesoria o poco significativa y debe ser acreditada suficientemente por el contribuyente a través de todos los medios admisibles en Derecho y sin soportar dificultades administrativas excesivas. En definitiva, el Tribunal considera que deben aceptarse aquellas conductas del contribuyente que no sean abusivas, por lo que, si no se establecen limitaciones adicionales, debería caber la opción de que la justificación de la misma se deba a un motivo comercial de tipo objetivo o subjetivo.

Un segundo argumento para defender esta posición radica en que si se manejara un test de motivos comerciales de razonabilidad objetiva, lo cierto es que nos encontraríamos con que el TJUE habría duplicado el test de los motivos comerciales, ya que la razonabilidad objetiva está implícita o se considera parte del ALS, siempre que se siga una concepción alineada con las Directrices OCDE de Precios de Transferencia. Con todo, este argumento prejuzga un conocimiento cualificado del ALS en su concepción OCDE, lo cual no se extrae claramente de la jurisprudencia comunitaria.

Además, la *High Court* en la sentencia ya analizada, y tras un profundo análisis de la jurisprudencia comunitaria, se ha posicionado a favor de una interpretación subjetiva del test de los motivos comerciales, advirtiendo sin embargo la necesidad de un cuidadoso análisis casuístico.

De todos modos, a nuestro entender, la mera invocación de un motivo comercial subjetivo por un contribuyente no justifica en todo caso una desviación sustantiva del cumplimiento del ALS. Por el contrario, debe tratarse de un motivo comercial (objetivo o subjetivo) que posea entidad suficiente como para justificar la realización de la operación (v. gr., un préstamo de una entidad en pérdidas que no consigue financiación en el mercado) o las propias condiciones en que se realiza la misma (v. gr., los precios o la remuneración) considerando todos los hechos y circunstancias y la lógica económica de los grupos empresariales. También pensamos que tal justificación comercial debe ser consistente en el sentido de existir un vínculo lógico entre tal justificación y la realización de la operación (o sus términos), lo cual parece hablar a favor de motivos comerciales derivados de circunstancias (fácticas o económicas) previas o contemporáneas a la realización de la operación.

¹⁶ De la jurisprudencia comunitaria cabe extraer igualmente una cierta identificación del montaje puramente abusivo o totalmente artificial con una operación con pura motivación fiscal. Es decir, aquellas operaciones que pudieran justificarse en cualquier tipo de motivos comerciales distintos de los puramente fiscales se considerarían una operación no abusiva, en el contexto de la aplicación de normativa interna que implementa el ALS. En otros contextos, como por ejemplo la normativa de TFI/CFC, el TJUE parece admitir la motivación fiscal de una estructura financiera siempre que posea sustancia económica, esto es, la entidad financiera realice una actividad económica genuina a través de medios humanos y materiales adecuados (STJUE *Cadbury Schweppes*).

5. LA FLEXIBILIZACIÓN DEL PRINCIPIO DE PLENA COMPETENCIA: LA PERVI-VENCIA DEL CONSENSO INTERNACIONAL Y LA NECESARIA LIMITACIÓN EN LA ADMISIÓN DE MOTIVOS COMERCIALES SUBJETIVOS

En este punto, debemos reconocer que, en nuestra opinión, la aplicación de la normativa nacional de precios de transferencia (o de subcapitalización), con carácter general, pasa por una aplicación flexible del principio de plena competencia, tal y como está configurado y está evolucionando en las Directrices OCDE de Precios de Transferencia, y sólo en casos excepcionales resultará justificable una desviación material del mismo (en su concepción de razonabilidad objetiva) invocando y probando la concurrencia de motivos comerciales (subjetivos).

En último análisis, una de las mayores virtualidades que puede resultar de la aplicación de test (comunitario) de los motivos comerciales reside en una mayor flexibilización del principio de plena competencia, adecuándolo más a la realidad económica de los grupos de empresas sin que ello implique una desustanciación de tal principio en su concepción OCDE. En el fondo vendría a requerir una re-ponderación del conjunto de circunstancias económicas que influyen en la fijación de los precios entre empresas asociadas respecto del criterio o canon constituido por los comparables resultantes de operaciones entre independientes¹⁷.

Como es sabido, los detractores del principio de plena competencia suelen referirse al problema de partida que el mismo encierra; esto es, que las transacciones entre partes vinculadas deben reconducirse a las que habrían sido pactadas entre partes independientes, cuando en realidad tal comparabilidad ni es siempre posible ni tampoco adecuada en la medida en que la vinculación, sobre todo en un contexto multinacional, tiene una influencia en la fijación del precio. Se trata, en definitiva, de otorgar un cierto reconocimiento al carácter específico y singular de las operaciones que realizan las multinacionales.

En este sentido es cierto que una concepción objetiva y mecánica del principio de plena independencia podría no tener en cuenta de forma adecuada que los precios que acuerdan las partes de una multinacional son también resultado de un modelo de negocio distinto y de una organización empresarial diferente, así como de la propia internalización de las transacciones dentro del grupo, lo que puede dar lugar a economías de escala y ventajas, cuya ignorancia y consiguiente ajuste al precio pactado entre partes independientes supone desconocer una realidad empresarial distinta. No obstante, la actualización de las Directrices OCDE PT 2010 precisamente se dirige a flexibilizar la aplicación del ALS evitando esta problemática y una excesiva aplicación mecánica de este principio, especialmente cuando se utilizan comparables externos (por fuerza relativos); de alguna forma, se trata de indicar que el análisis de comparabilidad puede aportar un *starting point* para establecer un precio de merca-

¹⁷ Coincidimos en este punto sustancialmente con la posición adoptada por el profesor MARTÍN JIMÉNEZ (2010, págs. 102-103). Este destacado autor, asimismo, pone de relieve cómo uno de los mayores problemas que presenta la aplicación del principio de plena competencia resulta del análisis *ex post* (*outcome testing*) que realizan las autoridades fiscales en sede de comprobación, empleando en muchos casos datos o información (comparables externos) que no estaban disponibles por el contribuyente en el momento de establecer o fijar el precio de mercado de sus operaciones (*price setting*) en el momento en que se realizaron. En este sentido, considera que en la medida en que la fijación del precio de transferencia responda a motivos comerciales que el contribuyente pueda explicar, los ajustes que la Administración pueda realizar con datos objetivos posteriores deben quedar descartados y, para tal finalidad, puede emplearse la jurisprudencia del TJUE que se adecua mejor con un enfoque *ex ante* que con el de la OCDE que no se posiciona claramente. Con todo, parece que la OCDE podría estar revisando este aspecto en aras de establecer con mayor claridad el enfoque *ex ante* y la prohibición de *hindsight*. Vid. LUCAS MAS y COTTANI (2010), pág. 243.

do, es decir, permite crear un rango estimativo de precios de mercado que puede ser modulado por el contribuyente por la vía de considerar aspectos no introducidos en el análisis de comparabilidad.

En particular, tal flexibilización aplicativa del principio de plena competencia se concretaría en cuestiones como la admisibilidad de precios de transferencia fuera del «rango» cuando concurrieran motivos comerciales que así lo justificaran. Igualmente, no parece que resulte admisible un ajuste dentro del rango del precio de mercado que traten de aplicar medidas de tendencia central (mediana) cuando los precios convenidos reflejan razones comerciales. Además, se exige una especial cautela en aquellos supuestos en los que las partes vinculadas realizan operaciones que no llevan a cabo partes independientes, y en los que aquéllas son las únicas responsables de la fijación del precio de plena competencia. Pensamos, asimismo, que el principio de plena competencia debe interpretarse con flexibilidad admitiendo las diferentes formas de hacer negocios o de estructurar operaciones en comparación con las empresas independientes sin que ello implique una vulneración de tal principio y una recharacterización fiscal de las operaciones o estructura (*disregard*), allí donde concurren motivos comerciales o razones que atienden a la lógica económica del grupo, algo que ya la OCDE reconoce aunque en su Informe 2010, *Transfer Pricing and Business Restructuring* (Capítulo IX Directrices OCDE PT). En esta línea se insiste en algunos de los Comentarios presentados a la actualización de las Directrices 2010 que tratan de poner freno a normativas nacionales sesgadas, insistiendo en la necesidad de admitir que el contexto relacional tiene un impacto en los términos y condiciones en los que las partes independientes hubieran llegado a similares transacciones y bajo similares circunstancias.

Asimismo, pensamos que a pesar de que existen argumentos que permiten mantener que el TJUE se ha posicionado a favor de un test de motivos válidos que incluye justificaciones comerciales objetivas y subjetivas, ello no significa que tal posicionamiento deba aceptarse acríticamente, especialmente si se pretendiera llevar hasta sus últimas consecuencias el enfoque subjetivo. Por el contrario, entendemos que tal eventual posicionamiento del TJUE responde a una concepción del ALS y de la normativa interna que lo recoge excesivamente escorada en su vertiente antiabuso (transferencia artificial de bases imponibles), cuando lo cierto es que también constituye un principio de fiscalidad internacional de reparto de poder tributario entre Estados. Así, en el asunto *SGI*, el TJUE se refiere a la necesidad de mantener el reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros y la de prevenir la evasión fiscal, *conjuntamente*, para declarar que la normativa sobre precios de transferencia persigue objetivos legítimos compatibles con el Tratado y justificados por razones imperiosas de interés general (ap. 69), aunque pese a ello aplica en bloque su jurisprudencia sobre proporcionalidad de cláusulas antiabuso. En definitiva, el Tribunal tiene teóricamente en cuenta el doble fundamento de las normas basadas en el principio de independencia, pero en la práctica se decanta claramente por el fundamento antielusivo. Así, lo reconoce expresamente la Abogado General Kokott en las Conclusiones en el asunto *SGI* en las que señala que lo lógico es comenzar analizando si el precepto de que se trate sirve para luchar contra maniobras artificiales realizadas por razones de evasión fiscal, siendo considerado en un segundo plano el mantenimiento del reparto de la potestad tributaria (ap. 62). Y además, añade que sea cual sea el motivo no deben aplicarse criterios distintos en el examen de la proporcionalidad (ap. 63), lo que no deja de ser algo paradójico.

Es decir, el ALS posee una funcionalidad dual y el TJUE, a nuestro modesto entender, estaría escorando excesivamente su análisis de proporcionalidad de las medidas nacionales que implementan el ALS considerando principalmente la funcionalidad antiabuso y obviando la dimensión de tal

principio al servicio del reparto de poder tributario entre los Estados. Así, el papel protagonista que el Tribunal otorga a la vertiente antiabuso de las normas que recogen el principio de plena competencia y el estricto y severo test de proporcionalidad que aplica dejan vacío de contenido o extraordinariamente limitado el motivo de reparto equilibrado de la potestad tributaria.

En este sentido, pensamos que una concepción más equilibrada del ALS que tuviera en consideración ambas funcionalidades y fuera más consciente del alcance de la razonabilidad objetiva con la que se aplica tal principio en la práctica (en su concepción OCDE) acercaría el test de los motivos comerciales hacia un test objetivo (basado en la razonabilidad objetiva OCDE) diluyendo la relevancia de las razones comerciales subjetivas¹⁸.

El test comunitario de motivos comerciales, por tanto, puede implicar una ampliación de los motivos comerciales objetivos más allá de los actualmente reconocidos o aceptados por la OCDE, acercándolo al test del diligente hombre de negocios empleado en Alemania y en cierta medida en Francia (gestión comercial habitual), aunque éstos atienden fundamentalmente a razones objetivas. Asimismo, tampoco parece que pueda negarse que este test comunitario pueda permitir la alegación y aceptación de determinados motivos comerciales subjetivos (como la conveniencia empresarial, el mantenimiento de la reputación empresarial del grupo o su posición en un mercado, las dificultades para financiar una empresa del grupo, operaciones con finalidad de evitar la quiebra de una filial, etc)¹⁹. Pensamos que para aceptar los motivos comerciales (objetivos y subjetivos) no debe

¹⁸ Es cierto que en la STJUE *SGI* el Tribunal de Justicia se hace eco de la funcionalidad dual del ALS a efectos de justificar la normativa de precios de transferencia belga, pero ello no le lleva a cambiar su doctrina precedente sobre la compatibilidad comunitaria de normas nacionales que implementen el ALS.

¹⁹ Estos motivos comerciales subjetivos han sido aceptados por los tribunales belgas y en ocasiones por los tribunales franceses. *Vid.* DE BROE (2008), pág. 81; y GOUTHIERE (1993), págs. 721 y ss. También existen pronunciamientos aislados en otros países. Así en Australia recientemente alineada con una concepción de razonabilidad subjetiva, que implica la admisión de motivos comerciales objetivos y subjetivos, se encuentra la Sentencia de la *Federal Court of Australia* en el asunto *SNF vs. Commissioner of Taxation* de 25 de junio de 2010. El asunto versa sobre las compras realizadas por el contribuyente de empresas manufactureras vinculadas (residentes en Francia, EE.UU. y China) durante un periodo de tiempo (de 1998 a 2004, incluidos). Según el contribuyente el precio pagado por la compra de productos a las empresas vinculadas no era superior a la cantidad que un adquirente independiente habría pagado respetando el ALS. El contribuyente alegó la comparabilidad de la operación respecto de la que habrían realizado terceros independientes, recurriendo en la determinación del precio a la aplicación del método CUP. Frente a esta posición, la Administración consideró que las transacciones tomadas en cuenta por la sociedad australiana no eran verdaderamente comparables (basándose en el mercado tomado en consideración, el análisis funcional y el nivel del mercado), siendo más apropiada la aplicación del método del margen neto transaccional. Ninguna de estas diferencias fueron admitidas por el Tribunal. En relación con las pérdidas en las que la entidad australiana incurrió durante un largo periodo de tiempo, pese a la situación rentable en la que debería encontrarse como consecuencia del fuerte crecimiento de las ventas en el país durante el periodo tomado en consideración alegada por la Administración, el Tribunal consideró que las mismas podrían deberse a muchas razones y no necesariamente a que los precios de transferencia se hubieran inflado artificialmente. Así, dio la razón al contribuyente al aceptar que se hallaban justificadas en una combinación de diferentes motivos comerciales; a saber, intensa competencia, mala gestión, desfalcos por parte de un empleado, niveles excesivos de valores, insuficiente nivel de ventas por vendedor, así como la existencia de una serie de deudas incobrables. Aparte de estos factores subjetivos, el Tribunal toma en consideración un motivo comercial aparentemente objetivo: la estrategia empresarial consistente en la penetración de bienes en un determinado mercado. En realidad, en nuestra opinión, el Tribunal está aceptando las pérdidas de la sociedad australiana más allá de lo que la razonabilidad objetiva permitiría tal y como ha sido defendida por la OCDE (para. 1.52 a 1.54 de Directrices PT 1995). Así, por un lado, aunque es cierto que el Tribunal australiano acepta que la política de precios de transferencia llevada a cabo por el grupo SNF tenía por finalidad apoyar a las filiales en fase *start-up*, admite que las mismas tengan lugar durante un amplio periodo de tiempo, superior al previsto en un inicio. Por otro lado, el factor de las pérdidas termina subjetivándose al señalar que, pese a que un distribuidor independiente con similares pérdidas durante el largo periodo de tiempo tomado en consideración habría salido del mercado,

bastar lógicamente con su mera alegación sino que debe probarse (por el contribuyente) su relevancia y vínculo con la decisión y lógica empresarial. A tal efecto habrá que evaluar su consistencia considerando la conducta del contribuyente y del grupo o entidades vinculadas desde una perspectiva global y a lo largo de varios años, de cara a diferenciar los motivos comerciales de los casos donde la desviación material del ALS está fundamentada principalmente en finalidades fiscales o carece de toda justificación económica real para el grupo o las empresas asociadas. Así, la debilidad argumental o fáctica de los motivos comerciales invocados, especialmente cuando va unida a otras circunstancias –falta de niveles adecuados de sustancia económica y presencia de finalidad fiscal– deben conducir a desatender tales motivos al manifestar precisamente una transferencia artificial de beneficios. En suma, los motivos comerciales deben poseer un adecuado nivel de «sustancia económica»²⁰.

En este orden de cosas y sin perjuicio de una eventual matización de la posición del TJUE, entendemos que los tribunales nacionales, cuando menos en el contexto actual, poseen margen de maniobra suficiente para adoptar una posición propia sobre la admisibilidad o inadmisibilidad de los diferentes motivos comerciales (objetivos/subjetivos) que invoquen los contribuyentes como justificación de la desviación material del ALS; de hecho, el TJUE les asigna tal función determinadora de tales motivos comerciales así como de la aplicación de la normativa nacional de acuerdo con el Derecho de la UE. Posiblemente, una posición no maximalista sobre la admisión de motivos comerciales subjetivos resulte recomendable de cara a evitar un vaciamiento aplicativo del principio de plena competencia así como la introducción de un nivel de subjetividad en el mismo que, además de poner en peligro su funcionalidad estructural en el «sistema» de fiscalidad internacional (principio de reparto de poder tributario entre Estados), plantee serios problemas de seguridad jurídica.

6. LA NORMATIVA ESPAÑOLA SOBRE PRECIOS DE TRANSFERENCIA Y SUBCAPITALIZACIÓN Y SU ADAPTACIÓN A LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA EN MATERIA DE CLÁUSULAS ANTIABUSO

Por último, no podemos menos que advertir sobre las consecuencias que resultan de esta jurisprudencia del TJUE sobre la normativa nacional que recoge el ALS, ya en sede de precios de transferencia o de subcapitalización. La configuración y aplicación de estas normas nacionales debe

la presencia del contribuyente en el mercado australiano era esencial en los planes estratégicos del grupo a largo plazo, por lo que era admisible la subsistencia de la sociedad en pérdidas. Es decir, la sentencia acepta las pérdidas más allá de lo que empresas independientes habrían hecho en una situación comparable, y se decanta por justificarlas en función de lo que al grupo multinacional globalmente considerado le interesa. De acuerdo con estas consideraciones la sentencia acepta que el contribuyente ha probado que los precios no habían sido inflados artificialmente, dando así prioridad al fundamento antiabuso de la norma sobre precios de transferencia propia de una concepción subjetiva del ALS.

²⁰ En este contexto se puede ilustrar el alcance de este requisito de sustancia económica acudiendo a la jurisprudencia americana de la *Tax Court* en el caso *ACM Partnership vs. Commissioner* [73 T.C.M. (CCH)2189 (1997)] en el que se estableció a este respecto que: «Clave en la determinación de si una operación posee sustancia económica es que la transacción debe estar racionalmente relacionada con un propósito útil no fiscal que sea plausible a la luz de la conducta del contribuyente y útil a la luz de la situación económica y motivaciones del contribuyente. Ambas cosas, la utilidad del propósito establecido y la racionalidad de los medios elegidos para efectuarlo, deben ser examinados de acuerdo con las prácticas comerciales de la industria o sector de que se trate. Una interrelación entre el propósito y los medios normalmente no concurrirá a menos que existiera una expectativa razonable de que los beneficios (no fiscales) fueran proporcionales con los costes de transacción» (traducción de los autores).

resultar compatible con los condicionantes establecidos por el TJUE, allí donde tal normativa se proyecte sobre operaciones transfronterizas cubiertas por el Derecho comunitario²¹; ya hemos indicado más arriba que, a nuestro entender, la normativa de precios de transferencia en el ámbito interno no requiere en todo caso una aplicación alineada con el Derecho comunitario.

Respecto de las importantes implicaciones que tales condicionantes comunitarios poseen para la aplicación y configuración de las normas nacionales de subcapitalización y de precios de transferencia, cabe indicar que, tras la Ley 62/2003 que excluye la aplicación del artículo 20 del TRLIS a las operaciones con entidades residentes en Estados miembros de la UE, la cláusula española de subcapitalización ha eliminado los principales problemas de compatibilidad con el Derecho comunitario. No obstante, no puede olvidarse que el legislador con esta reforma fue más allá de lo necesario para lograr tal compatibilidad comunitaria, y en tal sentido no puede descartarse una modificación de la cláusula de subcapitalización que permita su aplicación en un contexto comunitario, aunque ello requeriría la observancia de los condicionantes que hemos expuesto.

En este sentido, en nuestra opinión, la eliminación de la norma de subcapitalización española del ámbito comunitario no ha sido la mejor solución para dar cumplimiento con el Derecho comunitario ni tampoco elimina todos los problemas que en este contexto se pueden producir. Con ello queremos poner de manifiesto que la supresión de la cláusula antisubcapitalización del contexto comunitario podría plantear la necesidad de afrontar las situaciones de elusión fiscal derivadas del endeudamiento de filiales españolas respecto de sus matrices europeas con otros mecanismos, como la cláusula antiabuso general o fraude de ley. Esta solución es desde todos los puntos de vista, tanto de los contribuyentes como de la propia Administración tributaria española menos satisfactoria que la cláusula de subcapitalización. Así, por un lado, se trata de una herramienta de aplicación más compleja para la Administración, lo que resta efectividad a la lucha contra el fraude y la elusión fiscal. Por otro, para los contribuyentes supone la inexistencia de un *safe harbour*, lo que implica un detrimento de la seguridad jurídica para las partes. En cualquier caso, no debe olvidarse que cuando la Administración española tenga que aplicar la cláusula general antielusión deberá también respetar la jurisprudencia comunitaria y consiguientemente el principio de proporcionalidad, lo que debería llevarle a admitir los motivos comerciales objetivos y subjetivos, así como la prueba de que el endeudamiento podría admitirse en condiciones normales de mercado (algo que la norma española nunca ha admitido).

En este mismo orden de cosas, es interesante traer a colación la reciente resolución del Consejo de 8 de junio de 2010 sobre la coordinación de las normas sobre transparencia fiscal internacional (SEC) y subcapitalización en la UE (2010/C 156/01. DOUE 16.6.2010) en la que se recoge una serie de criterios que deben ser tomados en consideración para hacer compatible las normas antiabuso con

²¹ En principio, cabe pensar que se trata de operaciones cubiertas por la libertad de establecimiento, pero también por otras libertades como la libre prestación de servicios, o incluso la libre circulación de trabajadores. Mayores problemas pueden surgir para aplicar en este contexto la libre circulación de capitales (que, como se sabe, opera en operaciones con países terceros), aunque ello requiere un análisis particularizado del caso concreto. Hasta fechas muy recientes el TJUE se había mostrado contrario a aplicar su jurisprudencia sobre cláusulas de subcapitalización en el marco de operaciones con terceros países alegando la prevalencia de la libertad de establecimiento sobre la libre circulación de capitales (SSTJUE en los casos *Test Claimants in the Thin Cap y Lasertec*). La STJUE *SGI* (paras. 23.30) podría haber abierto la posibilidad de aplicar la libre circulación de capitales respecto de normativa nacional que establezca el principio de plena competencia cuando el criterio que determina la vinculación o interdependencia no consista en una participación en el capital que determine una influencia efectiva sobre las actividades de la entidad participada. *Vid.* MARTÍN y CALDERÓN (2010).

el Derecho comunitario. En particular, se reafirma el principio de plena competencia como criterio válido para evitar la elusión fiscal, mantener una asignación equilibrada de las potestades tributarias o ambas cosas a la vez, lo que supone insistir en la doble fundamentación del principio a la que ya nos hemos referido más arriba. Asimismo se refrenda la validez de normas tipo *safe harbour* o puerto seguro, «más allá de los cuales sea más elevada la posibilidad de abuso, siempre que el sujeto pasivo pueda presentar pruebas de la ausencia de abuso». Por último, se insiste en la validez del principio de plena competencia desde una perspectiva comunitaria, señalándose que las normas sobre subcapitalización «deberán respetar el principio de plena competencia» y proponiéndose que tal evaluación se realice caso por caso, tal y como ya ha propuesto la jurisprudencia comunitaria.

De todos modos, la eliminación de la norma sobre subcapitalización del contexto europeo no ha hecho desaparecer todos los problemas. Así subsiste incertidumbre sobre qué sucede en los supuestos de endeudamiento indirecto, así como aquellos otros en los que el préstamo se concierta por una filial española con varias sociedades no residentes siendo una o alguna de ellas europea.

En materia de precios de transferencia nos encontramos con una situación un tanto distinta que respecto de la cláusula de subcapitalización. Así, la regulación española recogida en el artículo 16 del TRLIS permite que la Administración tributaria realice un ajuste de precios de transferencia sin que se contemple expresamente la posibilidad de excluir tal ajuste allí donde el contribuyente pruebe la concurrencia de un motivo comercial que justifique la desviación respecto del ALS. A este respecto, cabe plantear si el mero hecho de que la normativa española no prevea expresamente la posibilidad de que se excluya el ajuste cuando el contribuyente demuestra una justificación comercial en sí mismo resulta contrario al Derecho comunitario, por vulnerar la jurisprudencia del TJUE, o si por el contrario puede argumentarse que tal normativa resulta compatible con el Derecho comunitario en la medida en que pueda ser interpretada y aplicada por las autoridades fiscales y los tribunales de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria de manera que se excluye en ajuste cuando el contribuyente demuestra la concurrencia de una justificación comercial.

En rigor, pensamos que la solución más correcta pasa por una modificación de la regulación española que introduzca la posibilidad de que el contribuyente pruebe, sin soportar dificultades administrativas excesivas, los motivos comerciales que justifiquen una desviación del principio de plena competencia, en cuyo caso no procedería corrección valorativa alguna. Como solución transitoria que permitiera adecuar la actual normativa española de precios de transferencia a los condicionantes resultantes del Derecho comunitario cabría postular una interpretación y aplicación de tal normativa a la luz del Derecho de la UE, en lugar de una solución más drástica que pasara por la estricta inaplicación de tal normativa en un contexto comunitario. Pensamos que esta solución transitoria es coherente con el principio de interpretación del Derecho nacional a la luz del Derecho comunitario²², de

²² Esta posición, además de resultar consistente con el principio de interpretación conforme de la legislación nacional con el Derecho de la UE (jurisprudencia *Marleasing* C-106/89, *Luxemburgo/PE*, C-230/81 y *Zwartveld* C-2/88), puede fundamentarse en la propia jurisprudencia del TJUE. Así, en el caso *SGI* (paras. 72 y ss.) el Tribunal de Justicia parece aceptar un trámite informal dentro del procedimiento administrativo de comprobación de la normativa de precios de transferencia en el que el contribuyente pueda alegar las razones comerciales por las que se celebró la operación, aunque remite al tribunal nacional para la verificación del cumplimiento de las condiciones materiales y procedimentales establecidas para la compatibilidad comunitaria de la normativa de precios de transferencia belga. La normativa nacional que reconozca este derecho de creación comunitaria debe estar formulada de forma inequívoca permitiendo a los contribuyentes conocer su derecho de forma clara y precisa (jurisprudencia *Schul*, STJUE de 16 de febrero de 1991), y ejercerlo utilizando todos los

suerte que el artículo 16 del TRLIS al estar configurado como una «norma en blanco» que remite implícitamente a una interpretación del ALS de acuerdo con las Directrices OCDE de Precios de Transferencia²³ que, cuando menos en línea de principio, implica una aplicación del ALS acorde con la denominada razonabilidad objetiva que comprende determinados motivos comerciales (objetivos)²⁴.

Como ya hemos indicado, el TJUE parece operar con un concepto amplio de motivo comercial que incluye cualquier justificación comercial (objetiva y subjetiva), de manera que en sede aplicativa habría que tener en cuenta igualmente la concurrencia de este otro tipo de motivos comerciales²⁵.

En este sentido, consideramos que la normativa española de precios de transferencia debe ser aplicada de forma que se observen los condicionantes establecidos por el TJUE, particularmente excluir la imposición de un ajuste cuando el contribuyente aporte pruebas suficientes de que la desviación del ALS está justificada por una razón o motivo comercial²⁶.

7. UNA REFLEXIÓN FINAL

La jurisprudencia del TJUE que establece este test comunitario de motivos comerciales plantea nuevas cuestiones y desafíos relacionados con la aplicación efectiva del principio de plena competencia. Muy en particular, la invocación y validez de los motivos comerciales objetivos y subjetivos puede limitar seriamente el papel del ALS como principio internacional de distribución del poder tributario, reconfigurándolo como una cláusula antielusión fiscal frente a transferencias artificiales de bases imponibles. Tal énfasis en su finalidad antielusión suscita muchas cuestiones desde una perspectiva que contemple su impacto en el sistema de tributación internacional, donde este principio juega un papel central y no opera estrictamente como mecanismo antielusión fiscal.

Desde el punto de vista aplicativo, la validez de los motivos comerciales (especialmente los subjetivos) introduce un nivel de indeterminación y subjetividad en la aplicación del principio de plena

medios de prueba admisibles de acuerdo con el derecho nacional (jurisprudencia *Rewe y Comet*, C-45/76, y *San Giorgio*, C-199/82). El artículo 21.3 del RIS parece permitir esta prueba, pero únicamente respecto del ajuste secundario, lo cual no se ajusta plenamente al Derecho comunitario [en parecidos términos MARTÍN JIMÉNEZ (2010), pág. 94].

²³ Como se sabe, la exposición de motivos de la Ley 36/2006 que dio nueva redacción al artículo 16 del TRLIS estableció el principio de interpretación de tal precepto de acuerdo con las Directrices OCDE de Precios de Transferencia. Sobre la incidencia interpretativa de las Directrices de Precios de Transferencia. *Vid.* CALDERÓN (2005).

²⁴ No nos consta, sin embargo, ningún pronunciamiento judicial donde se haya admitido un motivo comercial (objetivo) de los recogidos en las Directrices OCDE PT.

²⁵ Ésta parece ser también la posición del TJUE en el caso *SGL*, dado que la normativa belga no contemplaba expresamente la exclusión del ajuste de precios de transferencia cuando concurrieran motivos comerciales que justificaran el precio o ventaja anormal o gratuita. De hecho, los tribunales belgas no venían aceptando motivos comerciales alegados por los contribuyentes para justificar préstamos intragrupo sin devengo de intereses [*vid.* BOONE, CASLEY, VAN DE GUCHT y CHARTAR (2010), págs. 185-186]. El TJUE remite al tribunal nacional belga la determinación de si la normativa belga puede ser aplicada observando los condicionamientos establecidos.

²⁶ Las normativas de la LGT y del RIS (art. 21) que regulan el procedimiento de inspección y de comprobación del valor de mercado de las operaciones vinculadas, deben ser interpretadas en el sentido de permitir al contribuyente la acreditación de la concurrencia de justificaciones comerciales de la desviación del ALS, sin soportar dificultades administrativas excesivas.

competencia que resulta poco deseable tanto para los contribuyentes como para las Administraciones tributarias, lo cual no se compadece bien del principio de seguridad jurídica. Es cierto que serán los tribunales nacionales de los distintos Estados miembros los encargados de perfilar el alcance y validez de cualquier motivo comercial, cuando menos en un primer momento. Sin embargo, los legisladores nacionales de los Estados miembros de la UE y las autoridades fiscales no deberían pasar por alto esta doctrina jurisprudencial europea y nacional, a los efectos de reconfigurar material y procedimentalmente la normativa del ALS y establecer mecanismos que faciliten el cumplimiento por los contribuyentes (*safe harbors*, normativa que clarifique su cumplimiento, asistencia en la búsqueda de comparables vía *rulings*, mayor facilidad para concluir APA) y eviten una todavía más acerada conflictividad en esta materia.

En un último análisis, la excesiva complejidad técnica del ALS, unida a sus cuestionados fundamentos teóricos, y la tendencia a su subjetivización está planteando serios problemas sobre su practicabilidad, lo cual debería conducir a una profunda reflexión sobre la oportunidad de trascender hacia nuevas formas de gravar las operaciones intragrupo empresariales, todo ello sin perder de vista que el principio de plena competencia no es la única fórmula para controlar los abusos que puedan llevarse a cabo por los grupos multinacionales²⁷.

Finalmente, cabe observar que, aunque la doctrina sobre la admisibilidad de los motivos comerciales se ha suscitado en el marco de la aplicación del ALS en su dimensión valorativa (admisión de un determinado nivel de endeudamiento o de un precio convenido), podría plantearse si en los casos excepcionales donde se analiza o cuestiona el «no-reconocimiento» (*disregard*) de las estructuras y operaciones articuladas por los grupos multinacionales también debería admitirse la validez de estos motivos comerciales objetivos y subjetivos. A nuestro entender, una respuesta derivada de un análisis preliminar debería ser positiva, de manera que debería excluirse este enfoque de *disregard* cuando se demostrara la racionalidad comercial de las operaciones o reestructuración empresarial –admitiendo la lógica comercial del grupo, los modelos globales de negocio de las MNE, lo cual incluye los motivos fiscales según la propia OCDE– y tales operaciones tuvieran sustancia económica, con independencia de que tales operaciones no fueran realizadas por entidades independientes²⁸.

²⁷ Existen otras cláusulas que pueden aplicarse con eficacia en este contexto como: a) las cláusulas frente a las simulaciones societarias (falta de sustancia económica); b) las disposiciones sobre deducibilidad fiscal de gastos en el IS [vid. GARCÍA-HERRERA (2001), págs. 201 y ss.]; c) la transparencia fiscal internacional; d) las normas y doctrina sobre la atribución de renta/gastos a los contribuyentes; y e) la doctrina del fondo sobre la forma (*disregard*) en su articulación a través del principio de plena competencia [véase el nuevo Capítulo IX de las Directrices OCDE PT 2010; vid. SANZ GADEA (2010), y CALDERÓN (2009); nótese que, a nuestro modesto entender, no existiría en nuestro ordenamiento base legal para aplicar este enfoque de «*disregard ALS*»]. Estos enfoques antiabuso son complementarios al de precios de transferencia. Muy en particular, la doctrina sobre la imputación/*allocation* de renta se está siendo empleada en los últimos tiempos por las autoridades fiscales de diferentes países (EE.UU., Italia), trascendiendo del enfoque eminentemente valorativo del ALS, para cuestionar situaciones donde el nivel de sustancia económica de la entidad no se corresponde con sus funciones (y riesgos), esto es, se establece contractualmente que una entidad realiza una actividad y presta un servicio a una entidad vinculada pero en realidad la prestadora carece de sustancia (medios humanos y materiales) para llevar a cabo tal función. En estos casos, las autoridades fiscales pueden terminar excluyendo la deducibilidad del gasto en la prestataria [v. gr., la STS italiano de 23 de febrero de 2010, sobre una *trading* suiza: vid. PENNESI y BEGNINI (2010), págs. 43 y ss.] o bien considerar que la renta es imputable a otro sujeto que realiza tal función [v. gr., la Sentencia *Lucas vs. Earl*, 281 US 111 (1930)].

²⁸ Consideramos que esta posición concuerda, aunque con matices, con la establecida en el Informe OCDE 2010, *Transfer Pricing and Fiscal Restructuring*, Cap. IX Directrices OCDE PT 2010, Parte IV.

Bibliografía

- BAKER [2010]: «Transfer Pricing and Community Law», *Intertax*, vol. 38, n.º 4.
- BOONE, CASLEY, VAN DE GUCHT y CHATAR [2010]: «SGI Case: The Impact of the Decision of the ECJ from a European Perspective», *International Transfer Pricing Journal*, May/June.
- CALDERÓN [2005]: *Precios de Transferencia e Impuesto sobre Sociedades*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- [2009]: «Precios de Transferencia y Reestructuraciones Empresariales: el Informe OCDE 2008», *RCyT*. CEF, enero.
 - [2010]: «Comentario a la STJCE de 21 de enero de 2010: nueva luz sobre las condiciones de compatibilidad comunitaria de la normativa de precios de transferencia y una oportunidad para la reflexión sobre la actual regulación», *Revista Interactiva AEDAF*, n.º 8, 22 febrero de 2010.
- CALDERÓN y BÁEZ [2010]: «La armonización europea del Derecho Contable y la influencia de las NIC/NIIF en la base imponible del Impuesto sobre Sociedades», en Ernst & Young, *Comentarios a la Ley del Impuesto sobre Sociedades*, Thomson, en prensa.
- DE BROE [2008]: *International Tax Planning and Prevention of Abuse*, IBFD, Ámsterdam.
- GARCÍA-HERRERA [2001]: *Precios de transferencia y otras operaciones vinculadas en el IS*, IEF, Madrid.
- GOUTHIERE [1993]: *Les Impôts dans les affaires internationales*, Francis Lefebvre, París.
- KLASS [2010]: «Rereading UK Legislation to Reflect ECJ Decisions», *Tax Notes International*, vol. 57, n.º 7.
- LUCAS MAS y COTTANI [2010]: «OECD Proposed Revision of Chapters I-III of the OECD Transfer Pricing Guidelines: Business Comments on Selected Issues», *ITPJ*, July/August.
- MARTÍN JIMÉNEZ [2010]: «Operaciones vinculadas y Derecho Comunitario: ¿Es necesaria una reforma del artículo 16 TRLIS?», en *Fiscalidad de los precios de transferencia* (dir. T. CORDÓN), CEF, Madrid.
- MEUSSEN [2010]: «The SGI Case: ECJ Approves Belgian System of Selective Profit Corrections in Relation to Foreign Group Companies», *European Taxation*, June.
- MEYER, WEBBER y AVI-YONAH [1995]: *Transfer Pricing: Judicial Strategy and Outcomes*, Tax Management, Washington.
- OOSTERHOFF [2009]: «Proposed Revision of OECD Transfer Pricing Guidelines», *ITPJ*, December.
- PENNESI y BEGNINI [2010]: «Italy's Supreme Court Rules on the Deductibility of Intercompany Costs Incurred with a Swiss Company», *Tax Notes International*, July 5.
- SANZ GADEA [2010]: «Las operaciones vinculadas: prevalencia del fondo sobre la forma», *LIV Semana de Estudios de Derecho Financiero*.