

PRECIOS DE TRANSFERENCIA Y REESTRUCTURACIONES EMPRESARIALES: EL INFORME OCDE 2008

JOSÉ MANUEL CALDERÓN CARRERO

*Profesor de Derecho Financiero y Tributario.
Universidad de A Coruña*

Extracto:

EL presente trabajo tiene por objeto exponer las principales aportaciones recogidas en el informe OCDE, *Transfer Pricing Aspects of Business Restructuring*, hecho público el 19 de septiembre de 2008. Este informe OCDE pretende clarificar la aplicación del principio de plena competencia del artículo 9 del Modelo de Convenio de la OCDE y de las Directrices OCDE de Precios de Transferencia en relación con las operaciones de reestructuración empresarial en el marco de grupos multinacionales. En particular, la estructura del informe se articula en torno a cuatro grandes temas, a saber: a) La asignación de riesgos en el marco de una reestructuración empresarial; b) La remuneración de mercado que procede como consecuencia de la propia reestructuración; c) La aplicación del principio de plena competencia con posterioridad a la reestructuración; y d) El reconocimiento de las operaciones y estructuras articuladas por los grupos empresariales (el principio del no reconocimiento).

Las materias abordadas en este informe resultan de gran interés y relevancia al tratarse de dos de los temas (fiscales) más centrales para los grupos empresariales: las reestructuraciones y los precios de transferencia.

Palabras clave: precios de transferencia, reestructuraciones empresariales, principio de plena competencia, principios y cláusulas antiabuso, operaciones vinculadas y convenios de doble imposición.

Sumario

1. Introducción.
 - 1.1. Consideraciones previas.
 - 1.2. Sobre el objeto y enfoque del informe OCDE sobre *Precios de Transferencia y Reestructuraciones Empresariales*.
 - 1.3. Estructura del informe OCDE y principales conclusiones.
2. Exposición y análisis de las cuatro notas recogidas en el informe OCDE sobre *Precios de Transferencia y Reestructuraciones Empresariales*.
 - 2.1. Observaciones en relación con la Nota 1: *Risk allocation in relation to business restructuring*.
 - 2.2. Observaciones sobre la Nota 2: *Arm's length compensation for the restructuring itself*.
 - 2.3. Observaciones sobre la Nota 3: *The application of the arm's length principle and the TP Guidelines to post-restructuring arrangements*.
 - 2.4. Observaciones sobre la Nota 4: *Recognition of the Actual transaction or structure undertaken*.
3. Una reflexión final.

1. INTRODUCCIÓN

1.1. Consideraciones previas.

El presente trabajo tiene por objeto exponer las principales aportaciones recogidas en el informe OCDE, *Transfer Pricing Aspects of Business Restructuring*, hecho público el 19 de septiembre de 2008. A este respecto, conviene hacer dos advertencias, a saber: por un lado, que no pretendemos hacer un análisis exhaustivo del informe OCDE y, por otro, que este se ha hecho público en versión de borrador de forma que posiblemente será aprobado por la OCDE durante los primeros meses de 2009.

1.2. Sobre el objeto y enfoque del informe OCDE sobre *Precios de Transferencia y Reestructuraciones Empresariales*.

Este informe OCDE pretende clarificar la aplicación del principio de plena competencia del artículo 9 del Modelo de Convenio de la OCDE (MC OCDE, en adelante) y de las Directrices OCDE de Precios de Transferencia en relación con las operaciones de reestructuración empresarial en el marco de grupos multinacionales¹. El informe ha sido elaborado por el *Joint Working Group* OCDE compuesto por delegados del grupo encargado de la revisión de las Directrices de Precios de Transferencia y del que tiene asignado el MC OCDE, y han intervenido en la discusión del mismo representantes del sector privado (*Business Advisory Group*) lo cual se hace patente a lo largo del informe.

El enfoque adoptado en el informe es exclusivamente a efectos de la normativa precios de transferencia, de manera que la OCDE evita expresamente abordar otras implicaciones del mismo tema como, por ejemplo, la problemática de los Establecimientos Permanentes (EP), esto es, en qué medida la reestructuración puede dar lugar a la existencia de un establecimiento permanente y a la atribución de renta al mismo². El informe OCDE también omite toda consideración de las reestructuraciones empresariales desde otros ángulos como el que puede resultar de cláusulas generales o específicas antiabuso previstas en la legislación interna.

A nuestro juicio, un enfoque tan restrictivo no es el más deseable, ya que en este contexto se requiere un enfoque global OCDE que dote de seguridad jurídica a los contribuyentes a través de una autorizada doctrina OCDE, de forma que se establezca un cuerpo de principios formulados con sencillez y claridad, a los efectos de evitar interpretaciones asimétricas y conflictos fiscales entre los contribuyentes y las diferentes administraciones tributarias que pudieran estar implicadas, cuando menos

¹ Este informe está disponible en inglés en la página web de la OCDE: www.oecd.org.

² Como ha puesto de relieve OOSERHOFF, tras el informe OCDE 2008 sobre *Atribución de Renta al Establecimiento Permanente*, la interrelación entre los artículos 9 y 5 y 7 resulta poco clara y puede dar lugar a la «creación» de EP en el marco de un grupo MNE con una organización empresarial centralizada, o conflictos en la atribución de rentas en función de las personas que gestionan los riesgos o realizan las funciones. Vid. OOSTERHOFF, «The True Importance of Significant People Functions», *International Transfer Pricing Journal*, March/April, 2008, págs. 68 y ss.

allí donde resultara aplicable un convenio de doble imposición (CDI) que siguiera el artículo 9 MC OCDE³. El aspecto positivo de este posicionamiento es que la OCDE parece darle prevalencia al enfoque de precios de transferencia a la hora de abordar las reestructuraciones empresariales, de manera que otros enfoques –quizás más agresivos– [como el basado en la existencia de un EP, o el resultante de cláusulas generales antiabuso que pueden conducir al «no reconocimiento» (*disregard*) de la reestructuración] son «degradados» o situados en un segundo plano.

De hecho, podría mantenerse que la aplicación de estos «otros enfoques» en el marco de un CDI podría colisionar con el artículo 9 MC OCDE. Es cierto, sin embargo, que desde el año 2003 la OCDE reconoce, con carácter general, la aplicación en el ámbito de los CDI de las normas generales antiabuso de los Estados⁴. No obstante, la aplicación de tales cláusulas generales antiabuso no puede vulnerar lo dispuesto en otras disposiciones del CDI, a menos que estas hayan sido burladas por los contribuyentes a través de un montaje abusivo, artificial o contrario a la finalidad de la cláusula convencional material de que se trate. A su vez, en un contexto convencional y antiabuso como este se podría argumentar que el artículo 9 MC OCDE constituye *lex specialis* y limita otros enfoques antiabuso generales⁵, salvo que no hubiera sustancia económica alguna en la reestructuración (*vid. infra*).

Ciertamente, resultaría llamativo que desde la principal regla o principio de fiscalidad internacional establecido para lograr una correcta atribución de la renta entre empresas asociadas se llegara a la conclusión de que la estructura u operación es legítima y aceptable, y en cambio la aplicación unilateral de una cláusula general antiabuso condujera al no reconocimiento de tal estructura u operación. En este sentido, entendemos que la OCDE pretende evitar estas asimetrías, en tanto que generadoras de doble imposición y conflictos fiscales, consolidando e integrando de forma uniforme en el principio de plena competencia los diferentes enfoques antiabuso resultantes de cláusulas generales.

³ Como se sabe, el hecho de que un CDI siga el artículo 9 MC OCDE posee implicaciones jurídicas de gran relevancia de cara a la aplicación de la normativa interna de precios de transferencia en el marco de tal convenio. Sobre esta cuestión *Vid.* CALDERÓN, *Precios de Transferencia e Impuesto sobre Sociedades*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

⁴ *Vid.* MARTÍN JIMÉNEZ, «The 2003 Revision of the OECD Commentaries on the Improper Use of Tax Treaties», *BIFD*, n.º 1, 2004.

⁵ En este sentido se pronunció el TEAC en su resolución de 29 de marzo de 1995, al resolver que no cabe la aplicación de la cláusula de fraude de ley prevista en la LGT de 1963 allí donde resultara de aplicación la normativa de operaciones vinculadas del artículo 16 de la LIS. En parecidos términos véase la RTEAC de 26 de abril de 1989. También cabe observar que esta era la posición prevalente en el ordenamiento alemán (jurisprudencia del *BFH*) hasta que se reformó el parágrafo 42 *AO* (Ordenanza Tributaria) a efectos de poder aplicar la cláusula general antiabuso en supuestos donde ya existiera una cláusula especial (SCHÖN, en *Comparative Income Taxation*, Kluwer, Boston, 2004, pág. 70). Con todo, a nuestro entender, el hecho de que una determinada operación quede comprendida en el ámbito de aplicación de una norma antiabuso específica no impide su consideración atendiendo a otras cláusulas generales antiabuso. Así, pensamos que nada impediría la aplicación de los artículos 13, 15 y 16 de la LGT en el marco de operaciones vinculadas que caen igualmente en ámbito de aplicación de los artículos 41 de la LIRPF y 16 del TRLIS; de hecho, para que proceda la valoración de una operación vinculada se requiere determinar previamente que tal operación o negocio se realizó efectivamente y no media ni simulación ni abuso de formas jurídicas. Con todo, la doctrina expresada por la OCDE en la cuarta nota de este informe («Sobre el reconocimiento de la estructura u operación llevada a cabo») de alguna forma pretende «iluminar» la interpretación y aplicación de enfoques antiabuso basados en el abuso de formas jurídicas o de las posibilidades de configuración que ofrece el ordenamiento en el ámbito de operaciones de reestructuración intragrupo. Así, a mi juicio, se trataría de inyectar savia de precios de transferencia en la interpretación de cláusulas generales antiabuso de cara a evitar las habituales consecuencias de este tipo de enfoques antiabuso asimétricos, a saber: doble imposición y conflictos fiscales entre las administraciones de los diferentes Estados implicados, los cuales se resuelven mejor a priori (a través de interpretación uniforme y APA) que a posteriori (procedimientos amistosos o arbitrales).

Por otro lado, debe advertirse que el informe OCDE maneja un concepto muy amplio de operación de reestructuración empresarial que comprende todo cambio en la asignación de funciones, activos y riesgos que afecta a la operativa o estructura de un grupo multinacional (MNE). De esta forma, la creación de una central de compras/aprovisionamiento, la conversión de una filial-fabricante (*full-fledged manufacturer*) en una «maquila» (*contract/toll-manufacturer*), la creación de una entidad para la explotación de marcas y *know-how* (*Intellectual Property entity*), o la conversión de un *full-fledged distributor* en un agente o comisionista de ventas son operaciones de reestructuración paradigmáticas. Es cierto que existen otra serie de operaciones de reestructuración que podrían considerarse comprendidas en la categoría de las operaciones de reorganización empresarial (fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de valores), de suerte que este informe OCDE no se refiere específicamente a estas. No obstante, lo cierto es que los criterios establecidos por la OCDE en este informe de reestructuraciones empresariales y precios de transferencia en buena medida son aplicables en este otro contexto de las reorganizaciones empresariales en todo lo tocante a las operaciones vinculadas (pre- y post-reorganización) y a la aplicación del principio de plena competencia ⁶.

Igualmente, debe observarse que, a nuestro juicio, la guía que pretende aportar la OCDE a través de este informe está pensada o concebida para ser aplicada en el marco de reestructuraciones de grupos multinacionales o empresas transnacionales (esto es, que cuenten con negocio o estructura internacional), dado que este es el ámbito específico para el que se ha articulado el principio de plena competencia y toda la doctrina de los precios de transferencia. Ello no impide, sin embargo, que el referido principio de plena competencia sea aplicado en el ámbito de las operaciones intragrupo (internas) realizadas dentro de un mismo país, allí donde el legislador haya adoptado tal decisión de política legislativa. Por tanto, las conclusiones de este informe como el resto de los materiales elaborados por la OCDE de cara a establecer la interpretación del principio de plena competencia son aplicables en un contexto interno como el español, donde la normativa de precios de transferencia (art.16 TRLIS) se aplica simétricamente no solo a las transacciones intragrupo internas sino también a otras operaciones calificadas vinculadas de carácter no empresarial ⁷. No obstante, muchas de las consideraciones que realiza este informe y las propias Directrices OCDE de Precios de Transferencia están pensadas asumiendo un contexto de operación intragrupo transnacional, de manera que cuando se llevan a un contexto interno (no transfronterizo) algunas de las previsiones y cautelas realizadas de cara a evitar transferencias (artificiales) de bases imponibles de una jurisdicción fiscal a otra pierden todo su sentido y, por ello, no debería trasladarse automáticamente toda esta doctrina OCDE al ámbito de operaciones internas (y mucho menos al ámbito de operaciones que no sean intragrupo).

⁶ A nuestro entender, la aplicación del principio de plena competencia resulta compatible con la aplicación de un régimen especial de fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de valores. Ahora bien, ello no quiere decir que el «reconocimiento» de la operación de reestructuración empresarial desde la perspectiva del principio de plena competencia conduzca a la conclusión de que existe un motivo económico válido, ya que, como veremos más adelante, en el ámbito de los precios de transferencia la finalidad fiscal de una estructura puede constituir un motivo económico o empresarial válido, siempre que articule una estructura dotada de sustancia económica.

⁷ A este respecto, ya hemos indicado en otro lugar que, a nuestro juicio, la extensión del ámbito de aplicación de la normativa de precios de transferencia al ámbito de las operaciones vinculadas internas no-intragrupo resultaba innecesaria desde una perspectiva comunitaria y además plantea un buen número de problemas, toda vez que tal regulación (la del principio de plena competencia), además de ser muy compleja técnicamente, está pensada para determinar la valoración de las operaciones intragrupo en un contexto internacional. *Vid.* CALDERÓN/MARTÍN JIMÉNEZ, «Acerca de la necesidad de reconfigurar la política española en materia de cláusulas antiabuso y fiscalidad directa: las consecuencias derivadas de los casos Cadbury Schweppes y Test Claimants in the Thin Cap Group» en *Jurisprudencia Tributaria*, Westlaw-Aranzadi, 2007.

A pesar de todo, la elaboración de este informe y el desarrollo de la importantísima guía que suponen las Directrices OCDE de Precios de Transferencia debe ser bien recibida y valorada positivamente por su contribución a articular una suerte de «código o *corpus iuris* internacional» para la interpretación del principio de plena competencia⁸. Tal contribución y desarrollo interpretativo es tanto más importante si se tiene en cuenta que los graves problemas que plantean los precios de transferencia en el actual escenario de globalización económica distan mucho de estar resueltos por las Directrices OCDE de Precios de Transferencia y los propios CDI.

Ciertamente, el actual contexto entraña un marco mucho más complejo tanto para las administraciones tributarias como para los contribuyentes, de suerte que si las primeras tienen el desafío de actuar de forma tan global como los contribuyentes para lograr la efectiva supervisión del sistema tributario y evitar el fraude fiscal internacional, estos últimos se enfrentan a un panorama en el que las administraciones tributarias nacionales siguen desplegando en gran medida enfoques unilaterales/nacionales («parroquialistas») a la hora de aplicar su legislación tributaria y sus cláusulas antiabuso. Desde la perspectiva de los contribuyentes, resulta evidente que el escenario ha cambiado y los riesgos de doble imposición se han multiplicado exponencialmente debido precisamente a la mayor transparencia de sus actividades derivada de la mayor internacionalización de las administraciones tributarias y al enfoque unilateral que estas despliegan en la práctica, a pesar de que existe un elevado grado de convergencia de principios y regulaciones fiscales (especialmente en el terreno de las cláusulas antiabuso)⁹. En este sentido, algún comentarista ha puesto de relieve cómo si bien puede afirmarse que la globalización ha hecho el mundo más plano y horizontal (FRIEDMANN: *The World is Flat*, 2007), lo cierto es que en ciertas materias como la impositiva seguimos habitando un mundo muy abrupto con grandes cadenas montañosas, valles y simas, toda vez que bajo un aparente manto de uniformidad de principios, instituciones, figuras tributarias y regulaciones antiabuso (v. gr. precios de transferencia) late una auténtica heterogeneidad material y en el terreno aplicativo¹⁰. Un buen ejemplo de todo ello lo aporta la regulación de los precios de transferencia o los propios CDI que, a pesar de basarse en Directrices y MC OCDE que aportan principios sustantivos para su interpretación y aplicación, se aplican de forma heterogénea en cada Estado atendiendo a enfoques e intereses fiscales nacionales.

1.3. Estructura del informe OCDE y principales conclusiones.

El informe OCDE se estructura en torno a cuatro notas, a saber:

- Nota 1: *Risk allocation in relation to business restructuring*.

⁸ Téngase en cuenta que en buena parte de los países (incluido España) la normativa interna de precios de transferencia constituye en gran medida una «norma en blanco», de suerte que tal «vacío regulatorio» se salva por referencia a lo establecido en las Directrices OCDE de Precios de Transferencia o bien a lo previsto en una circular administrativa interna que reproduce (y modula) lo recogido en tales Directrices OCDE, de suerte que estas son aplicadas directa o indirectamente por los contribuyentes y las autoridades fiscales constituyendo la principal fuente para la aplicación del principio de plena competencia. Sobre esta cuestión, vid. CALDERÓN, *Precios de Transferencia e Impuesto sobre Sociedades*, op. cit. pág. 125 y ss.

⁹ E&Y (2008), *Tax Administration Goes Global. The Trend Toward Global Tax Transparency*, 2008.

¹⁰ En este sentido se ha pronunciado el director de precios de transferencia de Wal-Mart (*Tod Ludeke*) en relación con la normativa de precios de transferencia de China. Vid. LUDEKE (2008), «An Analysis of China's Draft Transfer Pricing Documentation Rules», *Tax Notes International*, August 4th, 2008, pág. 427 y ss.

- Nota 2: *Arm's length compensation for the restructuring itself.*
- Nota 3: *The application of the arm's length principle and the TP Guidelines to post-restructuring arrangements.*
- Nota 4: *Recognition of the Actual transaction or structure undertaken.*

Una de las principales conclusiones que cabe extraer del informe radica en la importante flexibilización del enfoque de la OCDE frente a las estructuras y transacciones realizadas por los grupos multinacionales (MNE) que solo existen o se realizan en el marco de estos grupos. En este sentido, cabe advertir una importante flexibilización del principio de plena competencia, dado que su estricta aplicación a este tipo de operaciones podría conducir a su no reconocimiento en la medida en que tales estructuras y operaciones no existen o son «inusuales» en el contexto de las operaciones comerciales entre empresas independientes en el mercado. Así, la OCDE reconoce la validez y legitimidad de la singularidad propia de la organización y funcionamiento de los grupos multinacionales, sin que ello tenga consecuencias negativas en el terreno de la aplicación del principio de plena competencia.

Asimismo, la OCDE va todavía más lejos en este contexto reconociendo cómo las reglas del mundo globalizado y de competencia entre los distintos grupos no solo conducen a estos a adoptar modelos organizativos singulares sino a adoptar «geoestrategias» para organizar sus diferentes procesos empresariales (fabricación, distribución, marketing) buscando además el aprovechamiento de las diferentes «ventajas de localización» (*locational savings*) (v. gr. costes laborales, de energía, medioambientales, inmobiliarios, etc.) existentes en un mundo globalizado. A este respecto, resulta especialmente importante el pronunciamiento que hace la OCDE en relación con las «geoestrategias» de tipo impositivo, de suerte que en este informe se llega a afirmar que la reestructuración de los grupos MNE resulta admisible y válida desde la perspectiva de los precios de transferencia incluso cuando tenga como principal motivación el beneficiarse de las ventajas fiscales que proporciona el régimen fiscal que existe en un determinado país (de relocalización) en relación con el que resulta aplicable en el país de residencia de la matriz (o de originaria localización de una actividad), siempre y cuando la actividad relocalizada se lleve a cabo efectivamente por la nueva entidad y esta esté dotada de los medios humanos y materiales adecuados (sustancia económica)¹¹. De alguna forma, la OCDE reconoce una cierta superación del test antiabuso subjetivo basado en los motivos reemplazándolo por un test objetivo de realidad y sustancia económica en el contexto de la normativa de precios de transferencia (lo cual curiosamente coincide con la doctrina sobre medidas antiabuso adoptada por el TJCE en materia de impuestos directos).

Esta flexibilización del enfoque OCDE en relación con la aplicación del principio de plena competencia frente a los grupos MNE, a nuestro juicio, forma parte de un movimiento más amplio

¹¹ En este orden de cosas, E. KLEINBARD, director del *Joint Committee on Taxation* de EE.UU., ha criticado abiertamente el principio de plena competencia precisamente debido a que los datos de los últimos años revelan cómo las MNE localizan en países de baja tributación los activos y actividades más valiosos en términos de generación e imputación de rentas. A su juicio, las reglas actuales del principio de plena competencia se están configurando y articulando de forma incorrecta en los últimos años en buena medida debido a la flexibilización de las mismas en aras de tener en consideraciones elementos metajurídicos como la competencia internacional. Sin embargo, no llega a proponer un modelo alternativo (sistema formulario), sino que parece postular una reconfiguración de las reglas del principio de plena competencia (v. gr. reinstaurando la *commensurate with income rule*) y de los enfoques administrativos en su aplicación. *Vid.* SHEPPARD, «Reflections on the Death of Transfer Pricing», *Tax Notes International*, vol. 51, n.º 12, 2008, págs. 970-971.

dirigido a facilitar la aplicación práctica del principio de plena competencia. Como se sabe, este principio ha sido objeto de numerosas críticas durante las últimas décadas que han puesto de relieve sus graves defectos técnicos (v. gr. su construcción sobre una premisa subjetiva y especulativa: cómo se comportan empresas independientes en el mercado), las diferencias que existen entre los modelos de negocio y organización de los grupos integrados y el de las empresas independientes, así como las enormes dificultades técnicas para aplicar en la práctica tal principio considerando los problemas para acceder a información comparable (fiable) y la falta de certidumbre y claridad en lo que se refiere a los detalles de la aplicación de la metodología OCDE de precios de transferencia ¹².

A mi juicio, la OCDE es consciente de esta problemática situación y de las tensiones que existen para reemplazar este principio de fiscalidad internacional por otros mecanismos (v. gr. sistema formulario), de forma que podría estar tratando de superar estas críticas por la vía de flexibilizar la aplicación de este principio y clarificar el alcance de las cuestiones que resultan más oscuras o indefinidas en las Directrices OCDE de Precios de Transferencia ¹³. En este orden de cosas, cabe observar cómo en el año 2006 la OCDE hizo público su informe (borrador) sobre *Comparabilidad* ¹⁴, y en el mismo año 2008 su informe (borrador) sobre los *Métodos transaccionales de beneficios (transactional profit methods)*, de suerte que en ambos casos la OCDE aporta mayor flexibilidad y clarifica aspectos prácticos para la aplicación del principio de plena competencia. El informe (borrador) sobre *Transfer Pricing Aspects of Business Restructuring* (2008) constituye otro eslabón de esta cadena dirigida a

¹² Hay autores que consideran que la articulación del principio de plena competencia a nivel internacional ha traído consigo el resultado contrario, a saber, un incremento de la inseguridad jurídica para los contribuyentes y una maximización de las posibilidades de abuso o evasión fiscal (vid., por todos, AVI-YONAH, «The rise and fall of arm's length: a study in the evolution of US International taxation», *Virginia Tax Review*, vol. 15, Summer 1995, pág. 89 y ss.). ROSENBLUM, desde una perspectiva parcialmente distinta, ha señalado los problemas prácticos que plantea la aplicación de un principio que pivota sobre un *hypothetical and speculative test* —cómo actuarían las partes si no estuvieran vinculadas— que no está perfectamente definido en términos no ambiguos u objetivos, lo cual permite visiones asimétricas y dispersas sobre el concreto alcance de tal principio en una concreta operación (ROSENBLUM, «Banes of an Income Tax: legal fictions, elections, hypothetical determinations, and related-party debt», *Tax Notes International*, December 2003, págs. 995-996). Existen varios estudios empíricos realizados durante los años 90 que enfatizan la gran falla existente entre los presupuestos teóricos derivados del principio de plena competencia y la práctica desarrollada por las multinacionales (Vid. ELLIOTT/EMMANUEL, «International Transfer Pricing», en *The International Taxation System*, Kluwer, Boston, 2002, pág. 158, y la bibliografía allí citada). Otros autores se han ocupado de destacar la inadecuación del principio de plena competencia con los modelos económicos que explican el funcionamiento de las multinacionales; en concreto, se ha destacado cómo tal principio responde a un entendimiento neoclásico de las multinacionales con arreglo al cual apenas existían diferencias entre las operaciones o contratos entre partes independientes en el mercado y operaciones intragrupo; así, el principio de plena competencia se desarrolló a nivel OCDE en los años 60 y 70 cuando prevalecía la teoría neoclásica sobre los grupos empresariales y apenas se había desarrollado la teoría de los costes económicos de transacción (*transaction costs economics view*); esta teoría explica cómo debido a tales costes de transacción algunas operaciones son coordinadas eficientemente dentro del grupo, mientras que otras son coordinadas externamente (mercado), especialmente allí donde los costes de transacción derivados de la realización de la operación en el mercado son comparativamente más bajos que coordinar la operación a nivel interno (cfr., BREM, «A new approach to transfer pricing for Multinational Corporations», *Tax Notes International*, vol. 33, n.º 11, 2004, pág. 1.005 y ss.).

¹³ Parecido enfoque y conclusiones resultan del último informe del US Department of the Treasury, *Report to the Congress on Earnings Stripping, Transfer Pricing, and US Income Tax Treaties*, November, 2007. Vid. MARUCA/FERNIA, «Treasury Report on International Tax Issues: Staying the course on efforts to curtail tax base erosion», *International Transfer Pricing Journal*, March/April, 2008, pág. 109 y ss.

¹⁴ Sobre la cuestión de la comparabilidad es de obligada cita el trabajo de PÉREZ RODILLA/HUIDOBRO ARREBA, «Análisis de comparabilidad y la utilización de las bases de datos en la determinación de los precios de transferencia», en *Manual de Fiscalidad Internacional*, vol. II, IEF, Madrid, 2007, pág. 1.147 y ss. Vid. también TRAPE VILADOMAT, «Empresas Asociadas» en CARMONA FERNÁNDEZ (Coord.), *Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la UE*, Ciss, Valencia, 2008, pág. 195 y ss.

facilitar y flexibilizar la aplicación práctica del principio de plena competencia, aportando importantes directrices interpretativas y excluyendo determinados enfoques administrativos que podrían conducir a un *big crash* donde una determinada aplicación del principio de plena competencia colisionaría con los modelos de negocio y organizativos actuales de los grupos MNE.

2. EXPOSICIÓN Y ANÁLISIS DE LAS CUATRO NOTAS RECOGIDAS EN EL INFORME OCDE SOBRE *PRECIOS DE TRANSFERENCIA Y REESTRUCTURACIONES EMPRESARIALES*

No hace falta insistir en la importancia que posee este informe tanto para las administraciones tributarias como para los contribuyentes (especialmente, los grupos de empresas que realizan operaciones transfronterizas), en un contexto como el actual de intensa globalización económica. Así, muchas de las consideraciones vertidas en este informe OCDE se proyectan o son de aplicación a cualquier grupo que haya realizado o pretenda llevar a cabo una serie de operaciones de reestructuración empresarial, a saber: la creación de una central de compras, la centralización de la gestión y explotación de propiedad intelectual en una entidad extranjera, o cambios sustantivos en el modelo de fabricación o distribución de los productos.

A través de las páginas siguientes se trata de sintetizar a grandes rasgos las principales aportaciones de la OCDE en relación con las cuatro notas en las que está subdividido el informe. Ni que decir tiene que esta síntesis no abarca el conjunto de cuestiones abordadas en el informe, ni los múltiples matices que se recogen en el mismo, de forma que la lectura del mismo resulta necesaria para analizar en profundidad esta materia.

2.1. Observaciones en relación con la Nota 1: *Risk allocation in relation to business restructuring.*

En este contexto, la OCDE pone de relieve cómo, como regla, la «imputación/asignación de riesgos» en materia de precios de transferencia afecta de lleno a la metodología, a la comparabilidad y con ello al precio de transferencia, de suerte que a mayor riesgo imputado cabe esperar un mayor retorno o rentabilidad.

En esta línea, se señala que las operaciones de reestructuración empresarial pueden conllevar un cambio en la asignación de riesgos en las operaciones vinculadas que, desde el punto de vista de la aplicación de los precios de transferencia, se reflejaría en dos momentos, a saber: a) Si tal cambio de asignación de riesgos derivado de la reestructuración requiere una remuneración o compensación en sí mismo, de acuerdo con el principio de plena competencia; y b) Si tras la reestructuración, tal cambio de asignación de riesgos afecta a la remuneración o precios y metodología establecida en relación con las operaciones vinculadas que se realicen tras la reestructuración. Es decir, si la reestructuración ha traído un cambio en la asignación de riesgos que requiere reevaluar los precios de transferencia, la metodología y la comparabilidad empleada con anterioridad a la reestructuración.

En materia de asignación de riesgos, la OCDE insiste en que esta debe hacerse a partir de un análisis fundamentalmente contractual, de suerte que el contrato es el principal medio de asignación de riesgos. Tal afirmación es importante y de hecho no es infrecuente que las operaciones intragrupo no estén contractualizadas o no contengan una perfilada asignación de riesgos.

La OCDE continúa indicando que la asignación de riesgos por vía contractual debe ser consistente con la conducta de los contribuyentes y además para que exista tal consistencia estos deben estar dotados de la suficiente sustancia económica (medios humanos y materiales) como para asumir en la práctica el riesgo que se les ha asignado. En particular, se indica que no podría defenderse que una entidad ha asumido el riesgo sobre una mercancía cuando esta no luce o está registrada en su balance mercantil, ni tampoco tal entidad tiene a su disposición medios dirigidos a prever contingencias sobre tal mercancía (seguros), o la capacidad financiera para soportar el riesgo (soportar los costes de la gestión del riesgo y de su realización), etc., esto es, cuando no tiene «control» sobre el riesgo asumido/imputado.

La consecuencia de una incorrecta asignación de riesgos es que las administraciones tributarias pueden realizar ya un ajuste de la comparabilidad o un ajuste no reconociendo la asignación del riesgo, lo cual en ambos casos puede tener efectos respecto del precio de transferencia fijado (menor riesgo menor retorno de beneficios). En este contexto se pone un ejemplo de interés; así, se considera la situación de la asignación del riesgo de inventario o de obsolescencia de producto (cláusula de *re-purchase* o *buyback*) en el sentido de que el fabricante (matriz) asume tal riesgo respecto de sus filiales distribuidoras, que devuelven el producto no vendido, de suerte que no existe evidencia de que ello acontezca así en relación con los comparables seleccionados.

En suma, la asignación de riesgos constituye un elemento de gran relevancia para la fijación de precios de transferencia, aplicación de la metodología y la selección de comparables, de suerte que tal asignación debe hacerse contractualmente y materialmente (forma jurídica + sustancia económica) y tener lógica económica (lo cual evita que no se reconozca la asignación de riesgos por parte de la administración tributaria).

Es cierto, sin embargo, que el peso específico que tiene el elemento del riesgo depende en gran medida de la importancia económica de tal riesgo en la transacción (v. gr. es importante el riesgo de inventario en la distribución de mercancías) y también dependiendo de la metodología, de suerte que en el marco de métodos como el *Cost-Plus* o el TNMM este elemento tiene menor relevancia. La OCDE en este sentido parece indicar que la naturaleza del negocio debe influenciar la selección del método, de manera que este se ajuste al perfil de riesgo del negocio. Este posicionamiento ha sido criticado por algunos comentaristas que entienden que la OCDE estaría diluyendo todo lo indicado previamente sobre la función de los contratos como elemento de asignación de riesgos¹⁵. A su vez, se observa que la OCDE no estaría distinguiendo entre el mecanismo para fijar el precio (el cual puede incluir una cláusula contractual que afecte a la asignación del riesgo) del método para comprobar si el precio acordado es consistente con el principio de plena competencia (método que debe tener en cuenta el riesgo real asignado a cada parte).

¹⁵ Así, se afirma que un contrato especificando que las mercancías se venderán a un precio basado en los costes del fabricante sumando un margen de beneficio, por naturaleza, articula una diferente asignación contractual de riesgos que un contrato que especifica que el precio se basará en un porcentaje del precio de reventa del distribuidor (BLOUGH/COPE, «Review of the OECD's Draft Report On Transfer Pricing Aspects of Business Restructurings», *KPMG*, October 10, 2008, págs. 3-4).

2.2. Observaciones sobre la Nota 2: *Arm's length compensation for the restructuring itself.*

En esta nota se aborda la cuestión relativa a los casos donde se entiende que la reestructuración requiere una compensación a una de las partes de acuerdo con el principio de plena competencia. Lógicamente, esta cuestión es distinta a la de la aplicación del principio de plena competencia en las operaciones vinculadas que existan entre las partes tras la reestructuración, aunque la OCDE reconoce en esta nota y en la n.º 3 que puede existir cierta interrelación entre ambas cuestiones, esto es, un cierto *trade-off* en el sentido de que las operaciones posteriores pueden canalizar una compensación de los efectos derivados de la reestructuración para una de las partes (v. gr. un menor precio de la mercancía al distribuidor convertido en comisionista).

Esta nota, por tanto, aborda la cuestión de los cambios en las funciones, riesgos y activos que resultan de una reestructuración empresarial o de la terminación de una relación contractual, y si tales cambios generan una remuneración, compensación o indemnización a una de las partes de acuerdo con el principio de plena competencia. Esto es, si empresas independientes en el mercado se compensarían por acometer tales cambios o terminación contractual.

La OCDE comienza indicando que el punto de partida es determinar la situación pre-reestructuración y analizar qué derechos y obligaciones le correspondían a la parte que sufre la reestructuración. Tal análisis debe realizarse considerando no solo el contrato en el caso de que existiera, sino también si de la duración de las relaciones cabría deducir un acuerdo de larga duración en el que una de las partes desarrollaría el mercado (sin recibir remuneración específica) sobre la base de un acuerdo implícito que le garantizara su estabilidad en la relación y estructura operativa-funcional articulada por las dos partes (v. gr. un distribuidor hace un esfuerzo de marketing y de desarrollo del mercado pensando en la rentabilidad de tal esfuerzo a medio/largo plazo). En todo caso, el análisis de la situación pre-reestructuración pasa por considerar una situación de mercado.

Asimismo, la OCDE acepta que las reestructuraciones de los grupos MNE se realizan por un conjunto de razones empresariales, como obtener mayores sinergias, economías de escala, control de las actividades, centralización, eficiencia en los procesos, modelo de negocio, o simplemente obtener *locational savings* (coste de mano de obra, productos, servicios, impositivos, etc.), lo cual resulta aceptable siempre que la reestructuración se lleve a cabo en la práctica con los adecuados niveles de sustancia económica. En este sentido, la OCDE considera válido a efectos de precios de transferencia la reestructuración, siempre que se fundamente su lógica económica-empresarial. Se reconoce a su vez que tal reestructuración no necesariamente debe traer consigo una mayor rentabilidad o beneficios a través de la nueva estructura, ya que en muchos casos lo que se obtiene y persigue es una mayor competitividad o conservar la alcanzada. Esta afirmación impediría un análisis a posteriori de una reestructuración que conduzca a su cuestionamiento por las administraciones tributarias, al no obtenerse un mayor beneficio empresarial (por ejemplo, en términos de EBIT). A su vez, tal posicionamiento permite mantener que determinadas reestructuraciones generan mayores costes para la matriz de un grupo, en lugar de reducirlos. Así, en el caso de la creación de una central de compras puede acontecer que esta conlleve un mayor coste de las mercancías para las filiales del grupo, pero tal estructura podría estar fundamentada en el mayor control del grupo sobre el aprovisionamiento y particularmente sobre los proveedores y las condiciones en que se fabrican las mercancías, lo cual es estratégico para el grupo en términos de imagen y competitividad.

El análisis de la fundamentación de la reestructuración es, asimismo, útil para determinar qué entidad o entidades se benefician de la misma (o el propio grupo puede ser el beneficiado) y cuáles resultan afectadas negativamente. Tanto este análisis, como el contractual constituyen las bases para determinar si se requiere una remuneración o compensación a la entidad reestructurada desde la perspectiva de los precios de transferencia.

Ciertamente, este es uno de los supuestos en los que se hacen más evidentes las grandes diferencias entre una situación entre partes independientes y una situación de grupo, ya que en la primera normalmente (o en un cierto número de casos) –aunque no en todos– las entidades independientes tienen opciones a su alcance frente a una reestructuración empresarial o del modelo de negocio de una empresa que tenga relaciones con ellas, en tanto que en un grupo empresarial integrado tales opciones en muchas ocasiones no existen¹⁶. En este sentido, lo que propone la OCDE es considerar si una entidad independiente aceptaría la reestructuración o por el contrario terminaría la relación comercial, o reclamaría una compensación a tanto alzado por la reestructuración o bien una compensación en las operaciones posteriores a la reestructuración. Sin duda, es aquí donde el carácter hipotético y especulativo del principio de plena competencia alcanza una de sus cimas, con todo lo que ello conlleva de subjetividad, indeterminación e inseguridad jurídica. En esta línea de pensamiento, podría afirmarse que la metodología OCDE de precios de transferencia tendría aquí uno de sus *loopholes*, dado que en este contexto es difícil encontrar un método de valoración que resulte adecuado y también un «comparable», salvo en determinados supuestos.

En aras de clarificar esta cuestión, la OCDE hace algunas observaciones de interés. Así, por un lado, indica que el hecho de que la reestructuración altere las funciones, riesgos y activos de la parte afectada ciertamente tiene incidencia en la política de precios de transferencia. No obstante, el hecho de que tal reestructuración conlleve un menor potencial de beneficios para la entidad afectada, en principio, no requeriría una remuneración o compensación de acuerdo con el principio de plena competencia. Tal remuneración o compensación dependerá de los derechos que ostente tal entidad sobre un activo (antes de la reestructuración) y de la capacidad de generación de beneficios del mismo para la entidad que lo posee, de suerte que si la reestructuración conlleva una transferencia de tal activo a otra entidad del grupo posiblemente ello requiera una compensación de mercado. El mismo razonamiento debería aplicarse cuando se transfiere un riesgo o una actividad potencialmente generadora de pérdidas¹⁷. La OCDE también considera la influencia del elemento del riesgo en la reestructuración, de suerte que si la reestructuración conlleva un menor riesgo (y una mayor estabilidad de su menor beneficio) para la entidad reestructurada podría no requerirse una compensación si se acuerda una relación más estable entre las partes (transformación de un *full-fledged manufacturer* en un *contract manufacturer*).

¹⁶ Es cierto que en determinadas ocasiones una entidad vinculada posee opciones a su alcance a la hora de tomar parte en una reorganización del grupo. No obstante, ello depende del grado de integración y centralización del grupo y sus procesos empresariales, así como del grado de control de la matriz en relación con las entidades del grupo. En el fondo, la cuestión clave es qué opción relativa a tomar parte en la reestructuración sea una opción razonable en términos empresariales.

¹⁷ En este orden de cosas, los comentaristas han enfatizado la siguiente afirmación de la OCDE: «The profit/loss potential is not an asset, but a potential which is carried out by some rights or other assets. The arm's length principle does not require compensation for loss of profit/loss potential per se» (para. 64 del informe OCDE 2008). Tal interpretación es consistente con la sentencia de la *Tax Court* de EE.UU en el caso *Hospital Corp. Of America v. Comm'r* [81 TC 520 (1983), nonacq., 1987-2 CB. 1], en la cual se estableció que la oportunidad de concluir un contrato no constituye «propiedad» a los efectos de la sección 367(d) IRC. *Vid.* BLOUGH/COPE, «Review of the OECD's Draft Report On Transfer Pricing Aspects of Business Restructurings», op cit. pág. 5.

En todo caso, la remuneración por la transferencia de derechos o activos debe considerar la posición de las dos partes y atender a los siguientes factores: a) Las opciones realmente disponibles para las dos partes; b) Los beneficios esperados para las dos partes tras la reestructuración; y c) La compensación que es requerida para remunerar al transmitente por el lucro cesante asociado a los activos o derechos transferidos.

Una recomendación que late en esta nota es la de articular *exit clauses* en los contratos entre entidades vinculadas, en las que se contemple un escenario de reestructuración, de cese en la transacción o de cambios sustantivos, adoptándose la debida compensación o su no procedencia transcurrido un determinado plazo.

En este orden de cosas, la OCDE plantea varios supuestos de reestructuración en los que se transfiere: a) Un activo tangible, b) Un activo intangible (marcas, derechos contractuales) y c) Una actividad (*ongoing concern*).

a) Transmisión de un activo tangible.

En relación con las transmisiones (y cesiones) de activos tangibles, se considera que debe remunerarse a la entidad que los tiene en su balance considerando las funciones desempeñadas y riesgos incurridos en relación con los mismos. La OCDE plantea la aplicación de tres posibilidades o enfoques: a) El método del precio libre comparable para materiales sin procesar y productos terminados; b) El precio de venta al público minorado por la remuneración de mercado que correspondería a las actividades de marketing y distribución de productos terminados que todavía no se han realizado y tienen que llevarse a cabo por el adquirente de tales productos; y c) El método del coste incrementado en relación con productos en fase de fabricación.

b) Transmisión de un activo intangible.

En relación con la transmisión (y cesión) de activos intangibles, la OCDE, además de reiterar los comentarios generales expuestos anteriormente, llama la atención sobre la mayor complejidad de su valoración, dado que, por un lado, muchos intangibles no están registrados ni contabilizados (*know-how*, listas de proveedores y clientes, símbolos, canales de distribución, etc.), y, por otro, los métodos para estimar su valor en un momento determinado se basan en proyecciones estimativas de flujos de caja que con posterioridad pueden no concretarse o desviarse de la proyección de forma significativa.

Con todo, la OCDE hace algunas consideraciones sobre las cuestiones que deben tenerse en cuenta en la valoración: (la naturaleza del intangible, la posición del transmitente y adquirente, los riesgos transferidos, la duración de la cesión, las limitaciones y condiciones para la explotación del intangible, su protección legal, etc. Nótese que esta metodología no encaja en ninguno de los cinco métodos transaccionales. No obstante, entendemos que tanto las Directrices OCDE de Precios de Transferencia como el informe OCDE 2008 sobre los *Métodos transaccionales de beneficios (transactional profit methods)* reconocen la validez de esta otra metodología, siempre y cuando se obtengan resultados consistentes con el principio de plena competencia¹⁸. Tal consideración resulta de

¹⁸ A este respecto, téngase en cuenta que, por ejemplo, un análisis de descuento de flujos de caja se viene considerando por la OCDE como un método que produce resultados compatibles con el principio de plena competencia a efectos de valorar la

gran importancia si, además, se conecta con la nueva doctrina OCDE sobre el principio del no reconocimiento (véase la nota 4 del informe OCDE 2008), en la medida que ello validaría la metodología empleada por muchos grupos MNE para relocalizar actividades de valor añadido (y potencial generador de rentas) a países o jurisdicciones de baja tributación.

Ahora bien, la OCDE cuestiona estas operaciones de reestructuración empresarial con transmisión (o cesión) de intangibles, allí donde el transmitente (o cedente) que desarrolló el intangible pasa de una posición de licenciante a licenciatario, en la medida en que tal reestructuración no tiene lógica económica evidente o puede ser dudosa. En particular, considera que en estos casos debe fundamentarse la operación y examinarse las funciones y riesgos a desempeñar por el transmitente y adquirente del intangible; es decir, la transferencia de activos a una entidad del grupo que los gestiona centralizadamente debe ser genuina y no artificiosa (lo cual se evidencia a través de un análisis funcional y de sustancia económica). También se considera necesario que en el marco de la transferencia se negocie el régimen de uso del intangible por parte del transmitente (o cedente) tras la reestructuración, lo cual resulta razonable.

Tanto aquí como en la nota 4, que aborda el «no-reconocimiento» (*disregard*) de algunas operaciones y estructuras de MNE –particularmente las cesiones de marcas e intangibles–, se insiste en que el «reconocimiento» de la transmisión o cesión del intangible pasa porque el adquirente esté dotado de una sustancia económica adecuada para mantener, desarrollar y explotar el intangible de forma autónoma y sin contribución relevante por parte del transmitente del activo intangible.

En relación con la valoración del intangible, se considera que cuando la valoración se realizó de buena fe y con la información disponible en el momento de la transacción, tal precio-valoración no debe ser ajustado cuando las estimaciones de beneficios o pérdidas se desvíen de las realmente obtenidas con su explotación. No obstante, la OCDE considera que cuando la valoración del intangible es incierta el contrato de cesión debería contemplar un mecanismo de ajuste del precio o de renegociación de las condiciones de explotación y cesión del intangible que permita eliminar sustanciales diferencias entre la valoración y los resultados de la explotación, de suerte que de otro modo la administración tributaria podría ajustar el precio¹⁹. En todo caso, se insiste en que las administraciones eviten un enfoque de

renta imputable en la transmisión o cesión de activos intangibles (v. gr. marcas). Véase en este sentido las Directrices OCDE de Precios de Transferencia, párrafos 1.68 y 6.20 y el informe OCDE, *Transactional Profit Methods*, OECD, París, 2008, párrafos 83 y 246-247. El hecho de que la actual normativa española del IS (art. 16 TRLIS) no contemple expresamente esta metodología específica no debería obstaculizar o restringir su aplicación, según la OCDE, allí donde se demuestre que su empleo produce resultados consistentes con el principio de plena competencia (que es lo que en último término exige el apartado 1 del art. 16 TRLIS). Asimismo, en el marco de una operación transfronteriza el artículo 9 de los CDI aportaría otro fundamento para el empleo de tal metodología, dado que tal precepto establece un marco jurídico específico que pivota sobre las Directrices OCDE de Precios de Transferencia. Ciertamente, el hecho de que el artículo 16 del TRLIS no contemple esta metodología resulta llamativo, pero no debe perderse de vista que, por un lado, tal precepto debe interpretarse a la luz de las Directrices OCDE y estas permiten la aplicación de esta «otra metodología», y por otro, que la propia normativa de desarrollo del artículo 16 del TRLIS posibilita la aplicación de otros sistemas de valoración –por ejemplo, la aplicación de los medios previstos en el art. 57.1 de la LGT en relación con la valoración de inmuebles– a través de otros medios que no coinciden plenamente con los métodos OCDE recogidos en las Directrices OCDE o en el propio artículo 16 del TRLIS. En último análisis, la metodología de descuento de flujos de caja puede operar en este contexto como un mecanismo para determinar un «precio libre comparable» y, por tanto, estaría cubierto por el artículo 16 del TRLIS.

¹⁹ Tal posicionamiento ha sido criticado al considerarse que entre partes independientes no se articularían necesariamente cláusulas de este tipo, sino que en muchos casos el interés de las dos partes puede residir precisamente en no revisar el precio pagado allí donde la rentabilidad real del activo transferido difiere de la estimada. *Vid.* BLOUGH/COPE, «Review of the OECD's Draft Report On Transfer Pricing Aspects of Business Restructurings», *op. cit.* pág. 7.

hindsight a la hora de comprobar a posteriori la valoración del intangible realizada años atrás considerando los beneficios obtenidos con posterioridad a través de la explotación de tales intangibles. No obstante, cabe destacar que en algunos países, como Alemania, tal enfoque de *hindsight* es el que está prevaleciendo [véase el para. 1(3) sent. 11 y 12 ff. AStG tras la reforma de 2008].

A nuestro entender, las consideraciones realizadas sobre la transmisión o cesión de activos intangibles –particularmente, las referidas sobre su metodología de valoración y condiciones contractuales de la cesión o transmisión y de explotación– resultan de gran importancia y, en general, razonables. No obstante, se echa en falta algún pronunciamiento de la OCDE en relación con los cada día más frecuentes enfoques adoptados por algunos países (como Alemania, Portugal o México) que excluyen la deducibilidad del pago de cánones por cesiones de intangibles allí donde superan un determinado umbral objetivo y general (v. gr. un 5% sobre ventas, o un porcentaje del beneficio operativo)²⁰. Es cierto que la OCDE ha criticado los *safe harbors* por considerar que no se ajustan al principio de plena competencia, sin embargo no ha incidido sobre este tipo de enfoques administrativos (*thumb rules*) que tampoco pueden considerarse consistentes con el principio de plena competencia y con todos los principios OCDE sobre valoración y explotación de intangibles.

c) Transmisión de una actividad (*ongoing concern value/goodwill*).

Las reestructuraciones empresariales en algunos casos conciernen a la transmisión de una rama de actividad o función de una entidad, de manera que puede transferirse un conjunto de activos que van desde personal, pasando por fondo de comercio, activos materiales, listas de proveedores y clientes, etc., así como los riesgos asociados a tal actividad (riesgos financieros). Se considera que la valoración aislada de cada uno de estos activos puede no resultar adecuada, de forma que resulta más apropiado aplicar la metodología valorativa que utilizan partes independientes cuando transmiten negocios en marcha o ramas de actividad. Tal afirmación no deja de resultar llamativa al suponer de alguna forma un reconocimiento del déficit de la metodología OCDE de precios de transferencia para valorar ciertas operaciones vinculadas; lo mismo acontece en el marco de la valoración de los intangibles, como ya tuvimos ocasión de observar *supra*. La OCDE no adopta una posición concluyente, salvo a la hora de indicar que en estos casos de transmisión de una actividad hay que computar el *goodwill* asociado intrínsecamente al negocio y su capacidad de generación de beneficios/pérdidas²¹.

El ejemplo que pone la OCDE sobre este tema resulta interesante. En concreto, se refiere a un caso donde una entidad del grupo M1 realiza la actividad de fabricación, de suerte que tal actividad es relocalizada en otra entidad del grupo M0 transfiriendo activos tangibles, intangibles y un cierto número de personal que es transferido a M2 para asistir a esta en el comienzo de la realización de la actividad. La OCDE considera que la transmisión de este paquete de activos no debe valorarse considerando los

²⁰ Por ejemplo, en Alemania la administración tributaria alemana opera siguiendo la denominada «*Knoppe formula*» de acuerdo con la cual se autoriza a la inspección fiscal a excluir la deducibilidad de los cánones en exceso de un cuarto a un tercio del beneficio operativo del licenciataria de la propiedad intelectual o industrial. Así, de acuerdo con esta regla estimada la deducibilidad de los cánones se excluye, a pesar de que estén fundamentados en comparables locales. A su vez, el exceso de cánones satisfecho se recalifica como dividendos constructivos o encubiertos.

²¹ Un planteamiento más extremo es el adoptado recientemente en Alemania donde la transferencia de funciones se grava considerando la reducción agregada en el valor del negocio del transferente y el incremento agregado en el valor del negocio del adquirente.

elementos aislados sino que la remuneración de mercado debe determinarse por aplicación de técnicas de valoración que utilizan empresas independientes cuando transmiten una rama de actividad.

La OCDE también aborda las reestructuraciones de actividades generadoras de pérdidas, y los casos donde una función realizada por una entidad del grupo es objeto de subcontratación o *outsourcing* de manera que los costes derivados de la reestructuración se compensan con el ahorro derivado del *outsourcing* (no se requiere remuneración por la reestructuración).

Finalmente, la OCDE se refiere a los casos donde procedería una indemnización a la parte reestructurada por los perjuicios derivados de la reestructuración, a saber: la depreciación de activos tangibles, terminación de contratos de trabajo, costes de reconversión, y la pérdida potencial de beneficios. La cuestión clave radica en determinar si dos empresas no vinculadas pactarían o no una indemnización por tales perjuicios. Tal cuestión dependerá de los hechos y de los derechos contractuales (y extracontractuales) de la parte afectada en el momento de la reestructuración. Tal indemnización o compensación puede consistir en un pago a tanto alzado en el momento de la reestructuración, en compartir los costes de la reestructuración, en un menor precio de las mercancías o de los servicios con posterioridad a la reestructuración, o en cualquier otra.

La OCDE considera, no obstante, que no toda terminación contractual o renegociación sustancial de las condiciones debe conllevar *per se* una compensación de acuerdo con el principio de plena competencia. En particular, considera que tal cuestión debe analizarse considerando cuatro factores, a saber:

- Si el acuerdo que es terminado, no renovado o sustancialmente renegociado está formalizado por escrito y prevé una cláusula de indemnización.
- Si los términos del contrato y la posible existencia o inexistencia de una cláusula de indemnización u otro tipo de garantía se ajustan al principio de plena competencia.
- Si los derechos de indemnización resultan de la legislación mercantil o de la jurisprudencia.
- Si negociando en condiciones de mercado la otra parte hubiera indemnizado a la que soporta la terminación o renegociación del acuerdo.

2.3. Observaciones sobre la Nota 3: *The application of the arm's length principle and the TP Guidelines to post-restructuring arrangements.*

Esta tercera nota aborda la cuestión de la aplicación del principio de plena competencia a las operaciones realizadas tras la reestructuración. La OCDE clarifica que la teoría general recogida en las Directrices OCDE de Precios de Transferencia se aplica igualmente a las operaciones realizadas tras la reestructuración, aunque advierte sobre el proceso de flexibilización del uso de los métodos transaccionales de beneficios ²².

²² Véase el informe OCDE, *Discussion Draft on Transactional Profit Methods*, 2008. No obstante, algunos autores consideran que la OCDE se ha acercado a la regla americana del *best method* cuando requiere que se seleccione el método que aporte la medida más fiable de un resultado de plena concurrencia de acuerdo con los hechos y circunstancias de la opera-

No obstante, la OCDE pone de relieve que, como consecuencia del cambio de funciones o en la asignación de riesgos (o transmisión o cesión de activos), puede acontecer que las partes vinculadas ya no se encuentren en la misma situación y, por tanto, ni la metodología pre-reestructuración, ni los comparables sean ya válidos. Es decir, como quiera que el *full-fledged distributor* ha podido pasar a ser un mero agente o comisionista, lógicamente la metodología para la fijación de los precios tras la reestructuración puede no ser la misma. Ahora bien, la OCDE hace algunas advertencias en el sentido de que en este tipo de escenarios un cambio de metodología puede no resultar aceptable. Así, en el ejemplo anterior se considera que podría no resultar correcto pasar de remunerar una función de distribución minorista a través de un método como el *Resale-minus* o *TNMM-resale* a remunerar la misma función (pero con menores riesgos) a través de un método basado en costes (*Cost-plus/Cost-Plus TNMM*) argumentando que ahora se presta un servicio.

En este sentido, la OCDE podría estar realizando una advertencia dirigida a evitar el «abuso» de los métodos de determinación de los precios de transferencia por parte de los contribuyentes, sin llegar a desarrollar esta cuestión ²³. Algunos comentaristas han criticado este enfoque de la OCDE al entender que confunde la forma de fijación del precio (por ejemplo, una remuneración de un comisionista basada en el 2% de las ventas) con el test que demuestra que tal fijación de precios es acorde con el principio de plena competencia [v. gr. utilizando el método del precio de libre comparable o un método basado en los costes: comparando la ratio de comisiones recibidas con los costes, y el ratio del margen bruto sobre costes de determinados distribuidores (*Berry ratio*)]. En este sentido, la OCDE parece posicionarse en contra de este tipo de enfoques (*set/test price approach*) en los que se trata de demostrar (*test*) a través de una ratio de costes que el precio fijado (*set*) es de mercado ²⁴.

A su vez, la OCDE considera que resulta admisible que en el marco de la reestructuración se haya acordado una compensación a la entidad afectada, de forma que tal compensación se articule a través de un menor precio en los bienes o servicios suministrados por otra parte del grupo. No obstante, advierte que tal compensación debe estar debidamente justificada y fundamentada ya que existe un riesgo de que no se acepte por las autoridades fiscales.

ción, sin que exista una estricta prioridad entre los distintos métodos (BLOUGH/COPE, «Review of the OECD's Draft Report On Transfer Pricing Aspects of Business Restructurings», *op. cit.* pág. 10). A nuestro juicio, tal afirmación no puede compartirse sin matices, toda vez que la regla del *best method* americana exige una prueba efectiva de que el método elegido es el que proporciona un resultado más consistente en relación con el principio de plena competencia, lo cual obliga a mostrar los resultados de la aplicación de los otros métodos.

²³ Nótese que los contribuyentes ostentan un margen de maniobra importante a la hora de seleccionar el método de determinación de precios de transferencia que más se ajuste a sus circunstancias, de suerte que la administración no puede cuestionar tal selección, salvo cuando esta fuera manifiestamente incorrecta o infundada. Véanse los párrafos 1.36 y 1.69 de las Directrices OCDE de Precios de Transferencia. Tal conclusión debe ser matizada en relación con los países, como EE.UU, que han establecido una regla de *best method*. Tal regla ha sido criticada por imponer una pesada carga a los contribuyentes además de generar un indeseable nivel de inseguridad jurídica; en este sentido, se considera preferible permitir a los contribuyentes seleccionar el método que se ajuste mejor a su realidad empresarial, siempre y cuando la utilización del mismo sea razonable y esté fundamentada técnicamente (v. gr. a través de comparables adecuados). *Vid.* HAMAEEKERS, «Arm's Length-How Long? en *International and Comparative Taxation*, Kluwer, The Hage, 2002, pág. 46; y ULHÒA CANTO, «US and Brazilian Approaches to Transfer Pricing: the Best Method Rule», *Tax Notes International*, vol. 52, n.º 2, 2008, pág. 119 y ss.

²⁴ BLOUGH/COPE, «Review of the OECD's Draft Report On Transfer Pricing Aspects of Business Restructurings», *op. cit.* pág. 12.

Otra de las cuestiones sobre las que llama la atención la OCDE es sobre el potencial uso del método de la distribución del resultado (*profit split*) en el marco de operaciones post-reestructuración empresarial. A este respecto, se observa cómo en este contexto pueden surgir importantes discrepancias entre la Administración tributaria y los contribuyentes en torno al análisis de comparabilidad y la elección del método empleado para determinar los precios de transferencia tras la reestructuración, toda vez que ello requiere considerar la situación (funciones, riesgos y activos) antes y después de la reestructuración, lo cual puede ser complejo ²⁵. Así, puede ocurrir que las autoridades fiscales consideren que incluso en el marco de una reestructuración donde una entidad ha sido privada de buena parte de sus funciones (mero distribuidor sin riesgo) tal entidad desarrolla funciones estratégicas (*non-benchmarkable strategic functions*) cuya valoración no se ha tenido en cuenta a la hora de realizar la reestructuración y fijar la política de precios de transferencia posterior. En este contexto, la OCDE considera que el método de división del resultado o beneficio puede constituir un mecanismo para resolver estos problemas ²⁶.

En esta misma nota, se aborda la situación en la que tras la reestructuración fundamentada por la sinergia, economías de escala, eficiencia económica, control de los procesos, *locational savings*, etc., se crea una entidad del grupo que realiza una función centralizada (v. gr. aprovisionamiento) para todas las empresas del grupo, de suerte que como consecuencia de tal reestructuración y de la actividad de la nueva entidad, las entidades del grupo adquieren la mercancía de forma más cara que con anterioridad a la reestructuración o incluso si la adquirieran a entidades independientes.

En concreto, la OCDE pone el ejemplo de una «central de compras» (*central purchasing function*) que adquiere la mercancía y la vende a las entidades fabricantes del grupo empleando una metodología ortodoxa como el método del precio libre comparable (*CUP*) o el Coste Incrementado (*Cost-Plus*). La cuestión que surge es si esta situación es correcta desde una perspectiva del principio de plena competencia, especialmente en casos donde las entidades adquirentes ven encarecido sustancialmente el precio de sus mercancías. La OCDE no da una respuesta contundente a esta cuestión, considerando que depende de las circunstancias del caso. En particular, considera que la aparente ineficiencia de la entidad de compras puede estar justificada por otros beneficios indirectos para tales entidades y para el grupo en general. No obstante, incluso en estos casos se plantearía la cuestión de por qué tales entidades y no la central de compras deben asumir ese sobreprecio de las mercancías. A mi juicio, sin embargo, tal mayor precio de las mercancías podría justificarse aquí por las funciones de valor añadido, y que no existían antes de la reestructuración. Ello acontece cuando tal entidad desempeñara nuevas funciones conectadas con el aprovisionamiento que garantizan el propio aprovisionamiento en unos determinados tiempos (*just in time*), con un control de calidad, control de los proveedores y de responsabilidad social corporativa (RSC), así como un acceso más directo y presencia en el mercado de aprovisionamiento. Tales funciones dotan al aprovisionamiento de elementos distintivos respecto de la situación anterior, como de una posición donde los proveedores suministraran directamente la mercancía a la matriz o a las filiales del grupo, por lo que a mi juicio podría estar justificado.

²⁵ No obstante, un enfoque administrativo que basado en los beneficios obtenidos antes y después de la reestructuración, corrigiendo las diferencias funcionales y de riesgos, resultaría contrario al artículo 9 MC OCDE, en la medida en que supone realizar un ajuste tomando como fundamento los beneficios obtenidos en una operación vinculada. Id. BLOUGH/COPE, «Review of the OECD's Draft Report On Transfer Pricing Aspects of Business Restructurings», *op. cit.* pág. 14.

²⁶ Con todo, se advierte de que tal posición de la OCDE puede conducir a un uso excesivamente amplio del concepto de *non-benchmarkable contribution*. Vid. BLOUGH/COPE, «Review of the OECD's Draft Report On Transfer Pricing Aspects of Business Restructurings», *op. cit.* pág. 14.

Locational savings.

En esta misma línea, la OCDE plantea la cuestión de la asignación de las *locational savings*, en el sentido de que si una MNE relocaliza una de sus actividades en un país atractivo o competitivo desde el punto de vista de los costes de desarrollo de la actividad (v. gr. salariales, de la energía, inmobiliarios, etc.), de manera que tal relocalización de la actividad se lleva a cabo con el objeto de establecer una estructura desde la que desempeñar una función centralizada y, por tanto, una actividad para otros miembros del grupo (v. gr. venta de mercancías), resulta cuestionable que los ahorros derivados de tal ventaja de localización reviertan únicamente en tal entidad y no se compartan con las demás entidades del grupo. Razona la OCDE que en este tipo de situaciones las entidades vinculadas podrían comportarse como entidades independientes contratando directamente con empresas independientes situadas en tal localización ventajosa y así beneficiarse ellas mismas de las *locational savings*. Tal razonamiento de la OCDE, a la postre, tensiona la cuestión de la valoración de las operaciones entre la entidad localizada en el país de bajos costes con las entidades vinculadas. A su vez, debe tenerse en cuenta que en muchas ocasiones la articulación de una estructura desde la que desarrollar actividades intragrupo aporta una serie de elementos y ventajas competitivas para todas las entidades del grupo que no se logran contratando con entidades independientes, de manera que el enfoque de la OCDE debe tener en cuenta estas consideraciones.

2.4. Observaciones sobre la Nota 4: *Recognition of the Actual transaction or structure undertaken.*

2.4.1. Consideraciones previas en relación con el principio del «no reconocimiento» de las operaciones.

Ciertamente, esta nota es una de las más relevantes de este informe OCDE, en la medida en que aborda un tema complejo y controvertido cuyo tratamiento resulta muy oscuro en las Directrices OCDE de Precios de Transferencia (paras.1.36-1.41 de las Directrices OCDE PT).

Concretamente, el tema abordado es el del denominado principio de «no reconocimiento» (*disregard*) de las operaciones vinculadas o de la estructura adoptada por una MNE por parte de las administraciones tributarias.

Las Directrices OCDE de Precios de Transferencia establecen que en determinado tipo de circunstancias excepcionales las administraciones tributarias pueden «no reconocer» la operación vinculada o la estructura adoptada por una MNE tomando como base el artículo 9 MC OCDE. Y de hecho, algunas administraciones tributarias –entre la que se encuentra la española– han empleado este precepto y las Directrices OCDE de Precios de Transferencia para no reconocer una operación vinculada, a pesar de que su legislación interna de precios de transferencia solo contempla el ajuste valorativo. No existe consenso entre las administraciones tributarias en torno a la interpretación de estos pasajes de las Directrices OCDE de Precios de Transferencia, y de hecho algunas entienden que basta que la operación o estructura solo tenga una motivación fiscal para que proceda el *disregard*.

2.4.2. El principio del «no reconocimiento» de las operaciones o estructura en las Directrices OCDE de Precios de Transferencia.

La actual guía sobre la aplicación del principio del *disregard* prevista en los párrafos 1.36-1.41 de las Directrices OCDE de Precios de Transferencia puede resumirse en los siguientes puntos:

- La comprobación por parte de una administración tributaria de una operación vinculada debe estar basada en las operaciones realmente efectuadas por las empresas asociadas y de acuerdo con la forma en que aquellas la han estructurado, utilizando los *métodos* que los contribuyentes han aplicado siempre que estos sean coherentes con los métodos descritos en los Capítulos II y III de las Directrices OCDE.
- Las administraciones tributarias no deben ignorar las operaciones reales ni sustituirlas por otras, salvo en casos excepcionales. Así, la reestructuración de operaciones comerciales legítimas por parte de las administraciones tributarias –no reconociendo las operaciones o estructuras adoptadas por los contribuyentes– constituiría un ejercicio totalmente arbitrario que resultaría injusto al poder generar doble imposición cuando la otra administración tributaria no comparta el mismo punto de vista sobre cómo debería analizarse la operación.
- Existen, sin embargo, dos circunstancias particulares en las que, excepcionalmente, puede resultar adecuado y legítimo que la administración tributaria considere que debe hacer caso omiso o no reconocer la estructura establecida por los contribuyentes en la realización de la operación vinculada.
 - a) La primera circunstancia (o supuesto) concurre cuando la sustancia económica de la operación difiere de su forma. En este caso, las administraciones tributarias pueden ignorar la calificación de la operación realizada por las partes y recalificarla de acuerdo con su sustancia económica. A este respecto, se pone el ejemplo donde una operación de préstamo, atendiendo a las circunstancias de la prestataria, puede recalificarse como aportación de capital (*equity/debt*).
 - b) La segunda circunstancia (o supuesto) concurre cuando, coincidiendo la forma y el fondo de la operación, los acuerdos relativos a la misma, valorados globalmente, difieren de los que hubieran sido adoptados por empresas independientes que actúan de forma racional desde un punto de vista comercial y su estructuración real impide que la administración tributaria determine el precio de transferencia apropiado. Un ejemplo de esta segunda circunstancia podría ser una venta en virtud de un contrato a largo plazo en el que se realiza un pago único a cambio de un derecho ilimitado sobre los activos intangibles (derechos de propiedad intelectual) que resulten de investigaciones futuras durante la duración del contrato. Mientras que en este caso parece oportuno respetar la calificación de la operación como una transmisión de un activo de comercial, sin embargo podría ser adecuado que la administración tributaria configure las condiciones del contrato en su totalidad (y no únicamente desde el punto de vista de la fijación del precio) de acuerdo con las que razonablemente se hubieran esperado si la transmisión del activo se hubiera constituido el objeto de una operación entre empresas independientes.

Así, en el caso descrito, podría ser adecuado que la administración tributaria, por ejemplo, ajustara las condiciones del acuerdo de manera racional, desde un punto de vista comercial, como si se tratara de un acuerdo permanente de investigación.

- Se considera que concurren estas circunstancias cuando los negocios están configurados de forma totalmente inusual a lo que hubieran estipulado empresas independientes, debido precisamente a la existencia de la vinculación. De esta forma, lo que permitiría en estos casos y de forma excepcional el artículo 9 MC OCDE sería un ajuste de las condiciones para reflejar aquellas a las que las partes se hubieran atenido en el caso de que la operación se hubiera estructurado de acuerdo con la realidad económica y comercial de quienes negocian en un contexto de plena competencia.
- Se reconoce que las empresas vinculadas y particularmente los grupos multinacionales llevan a cabo operaciones y estructuras que con frecuencia no se articulan entre partes independientes. Sin embargo, el hecho de que una operación, negocio o estructura no se articule con frecuencia por empresas independientes o se configure la operación de forma distinta (*v. gr.* en asignación de los riesgos: normalmente entre partes independientes el riesgo de tipo de cambio lo asume el distribuidor y no el fabricante) no debe llevar a la administración tributaria a no reconocer tal estructura u operación, aunque tal diferencia debe tenerse en consideración a los efectos de la aplicación de los métodos o, en su caso, de cara a examinar con más detalle la lógica económica de la operación.

Ciertamente, el principio del «no reconocimiento» en su formulación originaria establecida en las Directrices OCDE de Precios de Transferencia plantea un buen número de cuestiones interpretativas. Por un lado, no resulta nada claro el alcance de los dos presupuestos que permiten su aplicación. En particular, el primer presupuesto –cuando la sustancia económica difiera de su forma– resulta totalmente indeterminado. Por otro lado, en relación con el segundo presupuesto, cabe observar cómo, a nuestro juicio, su punto de partida o premisa es bastante cuestionable, en la medida en que permitiría ignorar una operación o estructura en circunstancias donde la forma y el fondo coinciden, lo cual contradice en buena medida la teoría general de principios o medidas antiabuso basada precisamente en la discrepancia entre forma y sustancia económica.

A su vez, existe una cierta contradicción entre lo expresado en los párrafos 1.37-1.39 (sobre el segundo presupuesto) de las Directrices de Precios de Transferencia y lo indicado en el párrafo 1.41, de suerte que este último, a diferencia de los anteriores, reconoce y admite las singularidades en la forma en la que realizan los negocios las empresas asociadas en relación con las fórmulas empleadas por las empresas independientes, reconocimiento que como veremos se amplía sustantivamente en el informe OCDE 2008. Y en tercer lugar, tampoco resulta claro cuál es la consecuencia derivada del principio de no reconocimiento, toda vez que en algún pasaje se establece que permite a las administraciones tributarias «ignorar» la operación o transacción realizada (para. 1.37) mientras que en otro lugar se indica que tal principio permite «un ajuste en las condiciones para reflejar aquellas a las que las partes se hubieran atenido en el caso de que la operación se hubiera estructurado con la realidad económica y comercial de quienes negocian en un contexto de plena competencia» (para. 1.38).

Como veremos más adelante, el informe OCDE 2008 no resuelve todas estas cuestiones, pero sí contribuye a precisar y matizar significativamente el alcance de este principio del no reconoci-

miento. Es de lamentar que el informe no haya adoptado una posición más concluyente en esta materia, de suerte que en algunos puntos se limita a expresar la posición mayoritaria de los países miembros de la OCDE²⁷.

2.4.3. El principio del «no reconocimiento» en el informe OCDE 2008 sobre Precios de Transferencia y Reestructuraciones Empresariales.

a) Exposición de los «nuevos» principios o guía interpretativa.

Así las cosas, la OCDE, a través de esta Nota n.º 4 del informe 2008 sobre *Precios de Transferencia y Reestructuraciones Empresariales*, pretende clarificar el alcance del principio del *disregard* por la vía de desarrollar las circunstancias en que procede la aplicación de este enfoque. Como veremos a continuación, el informe 2008 vuelve a insistir sobre los principios establecidos en esta materia en las Directrices OCDE. No obstante, a nuestro juicio, ahora la OCDE parece enfatizar el carácter excepcional del empleo del principio del *disregard* insistiendo en la idea de la legitimidad que tienen los grupos multinacionales de configurar las operaciones y estructuras de forma distinta a lo que lo hacen las empresas independientes, debido precisamente a la singularidad de su organización empresarial y modelo de negocio (reconocimiento de un *business/corporate purpose* singular o propio de los grupos MNE).

Así, la lectura de este informe conduce a pensar que actualmente el principal campo de aplicación del «disregard» es fundamentalmente el de las operaciones simuladas (*factual sham*) y las que carecen de todo propósito empresarial y de sustancia económica. Es decir, aquellas en las que la forma y el fondo no coinciden, ya por mediar una simulación fáctica, ya porque la forma adoptada es totalmente inadecuada o disfuncional respecto del fondo (el propósito empresarial) o carece de sustancia económica²⁸.

²⁷ Algunos comentaristas consideran que la OCDE debería haber fijado una posición uniforme recomendando la adopción de tal enfoque de política fiscal (BLOUGH/COPE, «Review of the OECD's Draft Report On Transfer Pricing Aspects of Business Restructurings», *op. cit.* pág. 17).

²⁸ En la simulación acontece, como ya en su día destacó el profesor PALAO TABOADA, que el negocio simulado es una mera apariencia (simulada) o una pantalla para encubrir la verdadera realidad disimulada y ocultada, de suerte que la simulación no constituye un medio para eludir la ley sino para ocultar su vulneración. Se trata, por tanto, de operaciones no genuinas o auténticas sino falsas en el sentido de carentes de toda sustancia económica. En cambio, en el fraude de ley lo que realmente existe es una artificiosidad objetiva de la forma jurídica utilizada que puede identificarse con la falta de justificación plausible de la vía elegida (el *business purpose* anglosajón), aunque el negocio es realmente querido por las partes (PALAO, en «El fraude a la ley en Derecho Tributario», *RDFHP*, n.º 63/1966, págs. 679 y 685 siguiendo a HENSEL, y en «Notas a la Ley 25/1995, de 20 de julio, de modificación parcial de la LGT», en *Revista de Contabilidad y Tributación*. CEF, n.º 155, 1996). A su vez, siguiendo a PALAO, en la simulación hay dos actos o negocios jurídicos, cada uno de los cuales se adecua a su finalidad, en tanto que el fraude a la ley tributaria hay un único negocio jurídico en el que existe una discrepancia entre la causa objetiva y la finalidad perseguida por las partes, discrepancia que no se encubre mediante una apariencia jurídica. Con todo, no somos ajenos a las posiciones que han puesto de relieve la proximidad entre simulación y fraude de ley, de forma que la primera sería un subtipo de la segunda, esto es, una suerte de *blatant tax avoidance* (*vid.*, por todos, RUIZ ALMENDRAL, *El fraude de ley a examen*, Aranzadi, Pamplona, 2006, págs. 115-116). Asimismo, debe señalarse que, cuando menos en el ordenamiento norteamericano, se maneja un doble concepto de *sham* uno referido a los hechos y otro de carácter económico. La denominada *factual sham* acontece cuando la versión de los hechos que el contribuyente ha documentado no resulta consistente con lo que acontece en la realidad o en la práctica; por ejemplo, se documenta un cambio de titularidad jurídica de un activo pero el control económico y la posesión y disfrute del mismo no experimenta ningún cambio y así la operación se considera falsa (*fake*). La denominada *economic sham situation* tiene lugar cuando de la operación realizada no resultan efectos económicos genuinos al margen del aprovechamiento de una ventaja fiscal; tal concepto económico de *sham* es muy próximo al de «sustancia económica» y al de

Debe ponerse de relieve que el informe OCDE 2008 solo aborda la cuestión de la interpretación del segundo presupuesto del principio del no reconocimiento, obviando toda mención al primer presupuesto (que a nuestro juicio es realmente el que posee verdadero alcance y contenido). Es decir, toda la clarificación va referida a la aplicación del principio del *disregard* allí donde la forma y el fondo coinciden pero la estructura u operación articulada por el grupo MNE no coincide con las empleadas típicamente por las empresas independientes. A este respecto, cabe anticipar aquí nuestras principales conclusiones, a saber: por un lado, que el informe OCDE 2008 prácticamente vaciaría de contenido el segundo presupuesto del principio del *disregard*, y, por otro, que la clarificación realizada respecto del segundo presupuesto debe ser empleada para interpretar el primer presupuesto, esto es, el principio de sustancia económica vs. forma en el contexto del principio de plena competencia.

La OCDE ahora se posiciona, con carácter general, a favor de respetar las operaciones o estructuras donde la forma y el fondo coinciden pero las empresas independientes hubieran articulado de forma distinta la operación, siempre que medie sustancia económica (y la operación o estructura adoptada posea una explicación o fundamentación en el modelo de negocio u organizativo del grupo MNE, esto es, tenga un *business or corporate purpose*, aunque sea peculiar o propio del mundo de los grupos empresariales).

En este sentido, pensamos que el giro articulado por la OCDE vendría a restringir o excluir, en buena medida, la aplicación del enfoque (antiabuso) del «no reconocimiento» en relación con casos que podrían considerarse como de abuso de formas jurídicas en el sentido de que los que los grupos MNE emplean formas atípicas o «inusuales» desde el punto de vista de las empresas independientes para organizar sus negocios o estructuras operativas, pero dotando tales estructuras o realizando tales operaciones a través de medios humanos y materiales adecuados (sustancia económica). A nuestro juicio, con la matización introducida por la OCDE en el informe del 2008 tales estructuras u operaciones de los grupos MNE, a pesar de que puedan resultar atípicos o inusuales en relación con los que emplean las empresas independientes en el mercado y además de que una de sus principales motivaciones sea lograr un ahorro fiscal a través de los mismos, son legítimos y válidos desde la perspectiva de la aplicación del principio de plena competencia, siempre que medie sustancia económica y la operación o estructura adoptada posea una explicación o fundamentación en el modelo de negocio u organizativo del grupo MNE (*business/corporate purpose*)²⁹.

Así, en primer lugar, la OCDE reconoce que las administraciones tributarias no tienen el derecho de decidir cómo una MNE debe organizar su estructura o dónde localizar sus operaciones empresariales, en la medida en que las empresas son libres para ello, incluso cuando el factor fiscal constituye un elemento que afecta a tales decisiones de estructura o a la hora de localizar sus inversiones, actividades

abuso de formas jurídicas manejado en el párrafo 42 AO o en artículo 15 de la LGT (en relación con el concepto de *sham* en el ordenamiento de EE.UU. *vid.* STRENG/YODER en *Form and Substance in Tax Law*, CDFI, vol. LXXXVIIa, Kluwer, The Netherlands, 2002, págs. 596 y 610-613). Así las cosas, lo que, a nuestro juicio, vendría a establecer el informe OCDE 2008 es la consideración de que no debe considerarse que existe una artificiosidad objetiva en una operación o estructura intragrupo por el mero hecho de que tales operaciones o estructuras sean inusuales en el ámbito de las operaciones entre partes independientes, siempre que tales operaciones o estructuras tengan una explicación en un modelo económico o de organización empresarial del grupo MNE y en la medida en que tenga sustancia económica. A su vez, el informe OCDE enfatiza que el hecho de que la finalidad principal de la reestructuración sea conseguir un ahorro fiscal no altera la conclusión anterior.

²⁹ En este mismo sentido, consideramos muy dudoso que pueda cuestionarse la legitimidad y validez de tales estructuras u operaciones a través de la aplicación de normas generales antiabuso como el artículo 15 de la LGT.

o negocios. Las administraciones tributarias, no obstante, tienen el derecho de determinar las consecuencias fiscales de tales operaciones y estructura considerando el artículo 9 de los CDI, sin perjuicio de la aplicación de otras cláusulas antiabuso previstas en su legislación interna.

En segundo lugar, la OCDE indica que el punto de partida de todo análisis de una operación vinculada debe ser el principio de plena competencia y si con arreglo a él procede o no un ajuste valorativo atendiendo a la forma en que se han articulado las operaciones entre las entidades vinculadas. Es decir, los negocios y contratos entre las partes constituyen la base del análisis desde el principio de plena competencia. Y el ajuste valorativo de los precios constituye la consecuencia típica. A mi juicio, ello no excluye la aplicación de las cláusulas antisimulación cuando resulta evidente que la operación vinculada es simulada o ficticia, lo cual ocurre por ejemplo cuando no se ha prestado efectivamente un servicio que sí se ha facturado³⁰.

En tercer lugar, la caracterización de las funciones, riesgos y activos de cada operación debe realizarse atendiendo a los contratos, la conducta de las partes y considerando la sustancia económica de las entidades para asumir tales funciones y riesgos y sus costes económicos.

En cuarto lugar, la OCDE observa que solo cuando la administración cuestiona la naturaleza de la operación o de la estructura por considerarla no ajustada en sí misma al principio de plena competencia es cuando se plantea el enfoque del *disregard* establecido en los párrafos 1.36-1.41 de las Directrices OCDE de Precios de Transferencia. Ello permite un ajuste de las condiciones de la operación o estructura que refleje aquellas que habrían acordado partes independientes, esto es, cómo habrían estructurado la operación partes económica y comercialmente independientes³¹.

Hasta aquí, el informe OCDE 2008 se mueve básicamente en el marco de los principios establecidos a este respecto en la Directrices OCDE. Sin embargo, la innovación o giro que antes advertimos se concretaría en los siguientes pronunciamientos:

- El enfoque del *disregard* es totalmente excepcional, y solo puede aplicarse cuando no resulte posible aplicar el principio de plena competencia a las operaciones o estructura articulada. Es decir, el ajuste valorativo y la aplicación de la metodología OCDE debe ser la regla por antonomasia respetando la forma de articular los negocios y operaciones de las MNE.
- La estructura articulada por el grupo empresarial en la práctica debe *impedir* a la administración tributaria la determinación del precio de transferencia. Si es posible determinar un precio de transferencia usando la metodología OCDE, no puede aplicarse el *disregard*, incluso cuando no existan operaciones similares realizadas por empresas independientes y la administración tenga dudas sobre la razonabilidad comercial de la operación.

³⁰ Consideramos que la falta de prueba sobre la efectiva realización de la operación (v. gr. la prestación de un servicio intragrupo) desplaza el análisis y la aplicación de la norma imperativa de valoración del artículo 16 del TRLIS al de la cláusula antisimulación prevista en el artículo 16 de la LGT. Vid. SANZ GADEA, «Las Leyes 35/2006 y 36/2006: modificaciones en el IS», *Revista de Contabilidad y Tributación*. CEF, n.º 287, 2007, págs. 44-45; y CALDERÓN, «La prestación de servicios intragrupo en la nueva regulación de operaciones vinculadas», *Carta Tributaria, Monografía*, n.º 8, 2008.

³¹ Se aprecia aquí un razonamiento similar al que resulta de aplicación de cláusulas generales antielusión fiscal –como el art.42 AO o el art.15 LGT–, cuya consecuencia es la aplicación (analógica) de la norma que hubiera correspondido a los actos o negocios usuales o propios. Vid. KRAMER, «Tax Avoidance, Tax Evasion and Tax Fraud», *Tax Notes International*, August 2001, págs. 1.092 y ss.

- El *commercial rational behaviour test*: el *disregard* requiere también que los acuerdos entre las partes vinculadas no sean consistentes con los que adoptarían partes independientes comportándose de forma económicamente racional. Algunos países interpretan este test en el sentido de que concurre cuando la operación vinculada no tiene un motivo económico válido distinto del puramente fiscal, en tanto que la mayoría de los países OCDE consideran que este test significa únicamente que empresas independientes comportándose de forma comercialmente racional hubieran adoptado un acuerdo similar. La OCDE observa que este test debe aplicarse con mucha cautela ya que las MNE tienen libertad para articular sus operaciones y estructura, y además las operaciones vinculadas en grupos integrados pueden no tener un paralelismo en el mercado entre empresas independientes.

Con todo, la OCDE considera que la operación vinculada o la estructura articulada deben tener o responder a una cierta racionalidad comercial o empresarial en sentido amplio considerando no solo la operación de que se trate sino la estructura del grupo y la eventual reestructuración del mismo. Ahora bien, la OCDE advierte que en la medida en que las funciones, activos y riesgos son efectivamente transferidos, puede considerarse «comercialmente racional» desde la perspectiva del artículo 9 MC OCDE que un grupo MNE realice una reestructuración para obtener «ventajas fiscales».

Este importantísimo pronunciamiento, a nuestro juicio, en buena medida vendría a vaciar de contenido el segundo presupuesto del *disregard* por la vía de reconocer que, por un lado, los grupos MNE pueden articular (legítimamente) sus operaciones y estructura de forma distinta que las empresas independientes, de manera que tales operaciones y estructuras son perfectamente admisibles cuando tuvieran una explicación o se fundamentaran en el modelo de negocio u organizativo propio y singular de los grupos MNE; es decir, parece que la OCDE ha reconocido tal singularidad –que entraña a su vez una matización de la premisa básica del principio de plena competencia– y la legítima (desde la perspectiva de la aplicación del principio de no reconocimiento) en la medida en que la forma adoptada –para articular una operación o estructura– sea funcional respecto del modelo de negocio u organizativo propio de los grupos MNE, esto es, no sea un «hocus-pocus» o «abracadabra» (tenga propósito empresarial o *business/corporate purpose* en el contexto del grupo MNE)³². Se supera así el test subjetivo de los motivos (fiscales) y se hace prevalecer claramente la aplicación del test objetivo de la realidad económica propia y específica de los grupos MNE, de manera que no puede aplicarse el *disregard* donde la operación de reestructuración sea real en términos de sustancia económica a pesar de que su motivación principal sea lograr un ahorro fiscal.

b) Los ejemplos que ilustran los «nuevos» principios OCDE.

En este contexto, la OCDE pone tres ejemplos para ilustrar y clarificar cómo y dónde procedería el enfoque del *disregard*.

³² Como ha puesto de relieve el profesor PALAO, la doctrina del *business/corporate purpose* desarrollada por el Tribunal Supremo norteamericano constituye una ramificación o concreción del principio de sustancia vs. forma que, a su vez, constituye el origen y esencia de las cláusulas generales antiabuso continentales (fraude de ley tributaria) (PALAO, «Los motivos económicos válidos en el régimen fiscal de las reorganizaciones empresariales», *op. cit.* pág. 72 y ss.). Cfr. CHIRELSTEIN, M., «Learned Hand's Contribution to the Law of Tax Avoidance», en *Yale Law Journal*, 77, 1967-1968, pág. 440 y ss.

EJEMPLO 1:**La transformación de un distribuidor plenamente equipado en un distribuidor sin riesgo.**

El primer ejemplo se refiere a la conversión de un «distribuidor totalmente equipado» o *full-fledged distributor* en un distribuidor sin riesgo. Concretamente, una entidad «Z» conocido distribuidor de artículos de lujo, posee una marca renombrada, puntos de venta valiosos, y contratos a largo plazo con buenos proveedores. Tal entidad «Z» es adquirida por un grupo MNE que opera bajo un modelo global de negocio donde todos los intangibles los posee una entidad «V» en el país V, los aprovisionamientos los realiza centralizadamente la entidad «W» en el país W, y los puntos de venta los posee una entidad «X» en el país X. Tras la compra de «Z» por el grupo, este decide reestructurar «Z» ajustándolo a su modelo de negocio centralizado, transfiriendo las marcas, contratos y tiendas a las respectivas entidades del grupo, a cambio de pagos a tanto alzado. Como consecuencia «Z» pasa a operar como un comisionista de ventas de la entidad «W», de suerte que sus beneficios se reducen considerablemente (y sus riesgos también). El grupo argumenta que tal reestructuración persigue alinear «Z» con la política o modelo de negocios global, y que tal idea era una premisa en el acuerdo de compra. La dirección de la entidad «Z» no tuvo otra opción que aceptar la reestructuración tras la adquisición. Tanto las transmisiones de intangibles, como de los contratos y puntos de venta fueron remunerados a precios de mercado, y la remuneración por sus funciones tras la reestructuración también será adecuada al principio de plena competencia.

En este caso, el criterio mayoritario de la OCDE es que debe reconocerse la operación de reestructuración, dado que cada una de las operaciones se valoró a precios de mercado y la reestructuración en su conjunto tiene una racionalidad comercial para la MNE en el sentido indicado más arriba. Sin embargo, algunos países discrepan de esta posición al considerar que la venta de «joyas de la corona» como valiosas marcas es tan perjudicial para el vendedor que no es posible determinar un precio adecuado y en consecuencia no se ajustan al principio de plena competencia, a menos que se demuestre que la entidad ha decidido abandonar un determinado negocio o el vendedor no tiene una opción realista a su alcance. Estos países consideran que si la entidad continúa en el negocio, tal despojamiento de derechos representado por ser dirigido por la política del grupo no tiene lógica comercial. Para estos países, si el principio de plena competencia fuera aplicado, la perspectiva del grupo no resultaría aceptable.

EJEMPLO 2:**La transferencia de intangibles valiosos a una entidad sin sustancia (*shell company*).**

Una MNE fabrica y distribuye productos cuyo valor no es determinado por sus características técnicas sino por su marca y presentación. La MNE quiere diferenciarse de sus competidores a través del desarrollo de marcas valiosas, por la vía de llevar a cabo una cuidadosa y costosa estrategia de marketing. Las marcas son titularidad de la empresa

.../...

.../...

«A» en el Estado A. El desarrollo, mantenimiento y ejecución de la estrategia de marketing mundial constituye el motor principal de la MNE, ejecutado por 125 empleados en la sede de la entidad «A». El valor de las marcas se refleja en los elevados precios de los productos comercializados bajo las mismas. La casa central de la empresa «A» también presta servicios a las filiales del grupo (v. gr. recursos humanos, servicios legales y fiscales). Los productos son fabricados por las filiales con arreglo a un acuerdo de *contract manufacturing* (v. gr. una maquila) con la entidad «A», de suerte que tales productos son distribuidos por las filiales previa compra a la entidad «A». Los beneficios obtenidos por la entidad «A», tras satisfacer remuneraciones de mercado a los fabricantes y distribuidores, se considera una remuneración de los intangibles, actividades de marketing y servicios centrales prestados por tal entidad «A».

En este contexto tiene lugar una reestructuración. Las marcas se transfieren por parte de la entidad «A» a una filial de nueva creación, la entidad «Z» en el país Z a cambio de un pago único. Tras la reestructuración, la entidad «A» es remunerada a través del método del *Cost-Plus* por los servicios que le presta a la entidad «Z» y al resto de entidades del grupo. La remuneración de las filiales fabricantes y distribuidoras permanece igual. Los beneficios restantes tras la remuneración de los fabricantes, distribuidores y servicios prestados por la entidad «A» son atribuidos a la entidad «Z». Las conclusiones que pueden extraerse de un análisis comparativo son las siguientes:

- No existe evidencia fiable de operaciones no vinculadas en relación con operaciones de transferencia de la titularidad de marcas y riesgos similares a la que han realizado las entidades «A» y «Z».
- La entidad «Z» es gestionada por una entidad local que presta servicios fiduciarios. No tiene gestores ni empleados propios que tengan la autoridad y capacidad para desarrollar las funciones de control en relación con los riesgos asociados al desarrollo estratégico de las marcas. Tampoco tiene capacidad financiera para soportar tales riesgos.
- Ejecutivos de primer nivel de la entidad «A» viajan una vez al año al país Z para validar o visar formalmente las decisiones estratégicas para el funcionamiento de la entidad «Z». Tales decisiones son elaboradas en la sede de la entidad «A» en el país A antes de las reuniones en el país Z. La MNE considera que estas actividades constituyen servicios de apoyo a la gestión prestados por la entidad «A» a la entidad «Z», de forma que se remuneran a través de un método de *cost-plus*.
- El desarrollo, mantenimiento y la ejecución de la estrategia de marketing global todavía se desarrolla por empleados de la entidad «A», constituyendo un servicio a la entidad «Z» cuya contraprestación se cifra a partir de un método de *cost-plus*. La entidad «A» no tiene ningún incentivo contractual para maximizar el valor de las marcas o su mercado, en la medida en que su remuneración pivota sobre un método de *cost-plus*.

En este caso, la mayoría de los países OCDE coinciden en que no reconocerían la reestructuración empresarial. A su vez, se hace constar que tal enfoque del *disregard* sobre la base del artículo 9 MC OCDE resulta sin perjuicio de la aplicación de otros enfoques antiabuso y de la determinación de la sede de dirección efectiva de la entidad «Z».

EJEMPLO 3:**La transferencia de un intangible a una entidad que desarrolla funciones.**

En este caso, los hechos son los expuestos en el ejemplo anterior, a excepción de que parte de la «sustancia económica» (medios humanos y materiales) de la casa central de la entidad «A» es efectivamente relocalizada en el país Z: 30 de los 125 empleados de la casa central son despedidos, otros 30 son transferidos a la nueva entidad «Z» en el país Z, y 15 nuevos empleados son contratados por la entidad «Z» para hacerse cargo de las funciones desarrolladas con anterioridad por los empleados que fueron despedidos. La entidad «Z», que es ahora la propietaria de las marcas, lleva a cabo de forma activa el desarrollo, mantenimiento y ejecución de una estrategia global de marketing. Los empleados de «Z» tienen la autoridad y ejercen efectivamente funciones de control en relación con los riesgos asociados con el desarrollo estratégico de las marcas. Los servicios prestados por la entidad «A» en el país A son servicios centrales (recursos humanos, legal y fiscal), así como funciones de apoyo en materia de marketing que son estrechamente controlados por el personal de la entidad «Z». La principal razón que fundamentó la reestructuración llevada a cabo por el grupo es beneficiarse del régimen fiscal ventajoso existente en el país Z en relación con el existente en el país A.

La gran mayoría de los países OCDE consideran en este caso que la operación debe ser reconocida a los efectos de la normativa de precios de transferencia en la medida en que posee sustancia económica. No obstante, ello no prejuzga nada en relación con la eventual aplicación de otro tipo de cláusulas antiabuso (v. gr. transparencia fiscal internacional)³³.

Ciertamente, los dos ejemplos expuestos relativos a la transferencia de marcas a una entidad extranjera poseen notable interés. Por un lado, la OCDE reconoce la validez de los modelos de gestión centralizada de activos intangibles (y de otras funciones: aprovisionamiento, servicios centrales, etc.) que emplean los grupos MNE, a pesar de que tales transacciones pueden no existir en el mundo de las empresas independientes. Y, por otro, la OCDE reconoce la superación de la teoría tradicional antiabuso con arreglo a la cual el hecho de que la motivación principal de una operación sea la búsqueda o aprovechamiento de una ventaja fiscal constituye un indicio claro de abuso que debe combatirse, de forma que tal enfoque ha sido reemplazado por otro basado en la sustancia o realidad económica subyacente. Así, incluso cuando las partes articulen una operación o una estructura con la principal motivación de aprovecharse de un régimen fiscal ventajoso, tal operación o estructura no es considerada contraria al principio de plena competencia siempre y cuando la operación o estructura creada se sustente efectivamente en una realidad económica que resulte operativa comercial o empresarialmente, esto es, se desarrollen efectivamente funciones, con los activos adecuados (v. gr. intangibles, medios humanos y materiales) y con los correspondientes riesgos de la actividad.

³³ Nótese que, por ejemplo, en algunos países como Alemania los tribunales han establecido que la normativa de precios de transferencia y la de transparencia fiscal internacional son compatibles. (Véase, por ejemplo, la sentencia del *Bundesfinanzhof* de 19 de marzo de 2002, IR 4/01 BStBl.II 2002, pág. 644, comentada por LIEBER/ROEDER, «Transfer Pricing Rules for Transactions Involving Low-Tax Countries», *International Transfer Pricing Journal*, November/December 2007, pág. 336). A nuestro juicio, tal posición es correcta, aunque en ciertas ocasiones la correcta aplicación de la normativa de precios de transferencia puede hacer innecesaria la aplicación de la cláusula de TFI.

La OCDE, de alguna forma, podría haber adaptado al ámbito de los grupos MNE la doctrina del *business purpose test* establecida en la jurisprudencia norteamericana (v. gr: GREGORY vs. HELVERING), de forma que la finalidad de minimizar impuestos o lograr un ahorro fiscal a través de una estructura (real) o grupo de operaciones (genuinas) resulta irrelevante para la aplicación del principio del no reconocimiento, allí donde el propósito de tal estructura u operación esté fundamentado o responda a su modelo de negocio u organizativo del grupo MNE (*business/corporate purpose*), con independencia de que ese tipo de operaciones o estructuras no se realicen habitualmente por empresas independientes.

c) Implicaciones resultantes de la «nueva» doctrina OCDE en relación con el principio del «no reconocimiento»: la funcionalidad del principio del no reconocimiento y significado de la clarificación de 2008.

Como ya comentamos más arriba, el denominado principio del «no reconocimiento» o *disregard* en el fondo no constituye otra cosa que un reconocimiento por parte de la OCDE de la posibilidad de que las administraciones tributarias en la comprobación de las operaciones entre empresas asociadas puedan aplicar un enfoque antiabuso general basado en el principio de sustancia vs. forma. Así, se permite no reconocer una operación o estructura, cuando concurren dos circunstancias excepcionales: a) Cuando la sustancia económica difiera de la forma adoptada; y b) Cuando la sustancia y la forma coincidan pero los acuerdos establecidos difieran de los que hubieran sido adoptados por partes independientes.

Por tanto, la introducción en las Directrices OCDE de Precios de Transferencia del principio del *disregard* podría constituir una válvula de escape que permita en determinados casos superar la aplicación de una regulación eminentemente «valorativa o de valoración fiscal» por unos principios antiabuso básicos y consensuados a nivel internacional.

De alguna forma, podría decirse que el principio del *disregard* constituye una cláusula general antiabuso incluida dentro de una cláusula especial antiabuso (aunque la normativa de precios de transferencia también posee otras finalidades como servir de principio de reparto internacional del poder tributario), de suerte que tal cláusula antiabuso general solo podría aplicarse en determinados casos excepcionales que son delimitados en las Directrices OCDE de Precios de Transferencia. Tal técnica o instrumentación de una cláusula general antiabuso dentro de otra especial resulta hasta cierto punto singular o cuando menos llamativa. No obstante, pensamos que podría responder a una determinada lógica. Así, no puede perderse de vista que la normativa de precios de transferencia está concebida para ser aplicada en un contexto internacional, de suerte que si no se establecen medidas que salvaguarden la interrelación entre la normativa de precios de transferencia y las cláusulas o principios antiabuso generales de carácter nacional la consecuencia es que podría producirse una situación de caos fiscal, así como un buen número de casos de doble imposición y conflictos fiscales entre administraciones de los diferentes países y con los propios contribuyentes, desbaratando así una de las principales finalidades de los CDI ³⁴.

³⁴ Téngase en cuenta, a su vez, que en algunos países como Rusia la aplicación del principio de plena competencia se lleva a cabo sobre la base de un enfoque basado en el principio sustancia vs. forma.

Precisamente, lo que podría haber hecho la OCDE para evitar tal caos fiscal es uniformar en mayor medida la interpretación del principio de plena competencia y coordinarlo con los principios generales antiabuso nacionales³⁵. Así, tal coordinación se articularía a través de las Directrices OCDE de Precios de Transferencia y los informes posteriores entre los que destaca el que ahora glosamos (*Precios de Transferencia y Reestructuraciones Empresariales*, OCDE, 2008).

De esta forma, lo que a nuestro entender pudo inspirar y aconsejar la introducción del principio del no reconocimiento en el marco de las Directrices OCDE de Precios de Transferencia en el año 1995 fue esta idea, evitar que los diferentes principios (y umbrales) antiabuso existentes en los distintos países de la OCDE se aplicaran de forma descoordinada y asimétrica en el ámbito de las operaciones intragrupo regidas por el principio de plena competencia desbaratando la funcionalidad del que estaba llamado a constituir uno de los principales principios de fiscalidad internacional³⁶. Asimismo, esta vía permitiría evitar los conflictos de *treaty overriding* que eventualmente podrían plantearse cuando se considerase que la aplicación de la normativa antiabuso (general) nacional vulnera las disposiciones de un CDI³⁷, toda vez que con el principio del no reconocimiento los principales principios antiabuso (sustancia vs. forma) estarían integrados en el artículo 9 del CDI y, por tanto, estarían amparados por tal precepto convencional, siempre que se interpretaran siguiendo en este punto las Directrices OCDE de Precios de Transferencia³⁸.

Y el movimiento realizado por la OCDE con este informe de 2008 no supone otra cosa que profundizar en la delimitación de la interrelación trazada en las Directrices OCDE de Precios de Transferencia entre el principio de plena competencia y los principios generales antiabuso, en aras de evitar en mayor medida las negativas consecuencias que resultarían de una aplicación generalizada y asimétrica de enfoques antiabuso generales en relación con las operaciones de reestructuración empresarial de los grupos MNE. La idea, a mi juicio, es por tanto dar «otra vuelta de tuerca» a los presupuestos (de carácter excepcional) que habilitan el empleo del enfoque del «no reconocimiento» en el sentido de restringirlos. Y de hecho, esta es la principal consecuencia del informe OCDE 2008 en esta materia: limitar la aplicación del principio del no reconocimiento a casos donde la operación o estructura articulada por

³⁵ En este sentido, el profesor VANN ya observó en su día la inseguridad jurídica que resulta para los contribuyentes de una situación donde las diferentes administraciones tributarias aplican distintos enfoques antiabuso en un contexto como el de las operaciones intragrupo donde la OCDE ha dejado abierta a su aplicación en el marco del principio de plena competencia establecido en las Directrices OCDE de Precios de Transferencia (VANN, «International Aspects of the Income Tax» en *Tax Law Design and Drafting*, IMF, Washington, 1998, págs. 783-784).

³⁶ Véase en este sentido el parágrafos 1.36 *in fine* de las Directrices OCDE de Precios de Transferencia.

³⁷ Ciertamente, tras la actualización de 2003 del MC OCDE esta consideración podría tener menor peso ya que la reforma de los comentarios al artículo 1 MC OCDE 2003-2008 abren la puerta a la aplicación de las cláusulas generales antiabuso nacionales en el marco de los CDI, siempre y cuando no vulneren frontalmente una disposición del convenio. En este sentido, el informe OCDE 2008 que estamos glosando recuerda esta circunstancia en el parágrafos 195-196.

³⁸ Véase el parágrafo 196 del informe OCDE 2008 sobre Precios de Transferencia y Reestructuraciones Empresariales. Asimismo, cabe señalar que BECKER ya observó en su día que el segundo presupuesto del *disregard* contraviene la propia cláusula del artículo 9 MC OCDE, toda vez que este permite el ajuste o corrección allí donde «*las condiciones* aceptadas o impuestas difieran de las que serían acordadas por empresas independientes (...)» (H. BECKER, «The New OECD Report on Transfer Pricing – A First Overview and Comment», *Intertax*, n.º 8-9/1994, pág. 360). No obstante, a nuestro entender tal posicionamiento es excesivamente formalista, especialmente si se considera cómo el artículo 9 MC OCDE se limita a establecer un principio general «en blanco» o prácticamente vacío de contenido, de suerte que su verdadero alcance y configuración material se encuentra en las Directrices OCDE de Precios de Transferencia. Sobre esta cuestión, *vid.* CALDERÓN, «The Transfer Pricing Guidelines as Source of Tax Law», *Intertax*, n.º 1, 2008.

un grupo MNE carece de sustancia económica. Del informe OCDE también parece deducirse que podría aplicarse el principio del *disregard* a supuestos donde la estructura u operaciones realizadas no persiguen un propósito empresarial o corporativo, esto es, no tienen una fundamentación o explicación considerando el modelo de negocio u organizativo propio de los grupos MNE y además tal estructura u operación resulta atípica en el mundo empresarial (empresas independientes).

Así, lo que, a nuestro juicio, vendría a establecer el informe OCDE 2008 es una reinterpretación de la segunda circunstancia o presupuesto que habilita la aplicación del enfoque del *disregard*, en el sentido de que no existe artificiosidad objetiva (y por tanto no cabe el «no reconocimiento») en una operación o estructura intragrupo por el mero hecho de que tales operaciones o estructuras sean inusuales en el ámbito de las operaciones entre partes independientes, siempre que tales operaciones o estructuras tengan una explicación en un modelo económico o de organización empresarial del grupo MNE y además posean sustancia económica³⁹. Curiosamente, este enfoque coincide con el desplegado con anterioridad por algunas administraciones tributarias como la *Canada Customs and Revenue Authority* (CCRA)⁴⁰.

A este respecto, la nueva doctrina de la OCDE resulta de especial interés e importancia en el actual contexto, en la medida en que existe una cierta tendencia a desarrollar este enfoque del no reconocimiento por parte de algunos países (como, por ejemplo, Alemania)⁴¹. De esta forma, esta nueva doctrina OCDE debería ser empleada no solo en la aplicación del artículo 9 de los CDI sino también a la hora de aplicar las normas generales antiabuso nacionales (v. gr: el art. 15 de nuestra LGT, el para. 42 AO, o la normativa de precios de transferencia que establezca el principio del *disregard* como el nuevo para. 1 AStG) a efectos de reinterpretar la noción de negocio, estructura u operación «inusual» o «atípica» en el marco de las operaciones intragrupo. Pensamos que los nuevos principios establecidos por la OCDE deberían atemperar igualmente enfoques administrativos excesivamente estrictos a la hora de exigir una simetría o paralelismo entre las operaciones intragrupo y las operaciones que realizan las empresas independientes, tanto en lo que se refiere al tipo de operaciones o forma de organizar

³⁹ Debe recordarse que para que tal reestructuración sea aceptable cada una de las operaciones que se integran en la misma, así como las que se realizan con posterioridad deben haber sido realizadas y valoradas de acuerdo con el principio de plena competencia.

⁴⁰ La Information Circular IC 87-2R que incorpora por referencia el enfoque de la OCDE sobre Precios de Transferencia, establece la regla general de reconocimiento de las operaciones vinculadas realizadas por los contribuyentes y la comprobación basada en las mismas y en las eventuales correcciones valorativas. No obstante, la normativa canadiense de precios de transferencia (el art. 247 de la Tax Act) contempla el principio del no reconocimiento. Ahora bien, el párrafo 43 de la IC 87-2R, establece a este respecto lo siguiente: «*The fact that a taxpayer has entered into a transaction with a non-arm's length non-resident party in a form that would not exist between arm's length parties does not necessarily imply that the transaction is inconsistent with the arm's length principle. This may reflect the fact that the parties not dealing at arm's length operate under different commercial circumstances than do parties transacting at arm's length*». Sobre esta cuestión, vid. SCOTT WILKIE, «A Canadian perspective on related-party transactions», en *2000 World Tax Conference*, Canadian Tax Foundation, Toronto, 2000, pág. 12:7 y ss.

⁴¹ En Alemania se ha propuesto en el año 2008 una reforma de la normativa de precios de transferencia (para. 1 AStG), en el sentido de que el principio de plena competencia no constituye únicamente una norma de valoración sino también permite cuestionar la adecuación al mismo de una estructura u operación. Con anterioridad a tal propuesta de reforma, lo cierto es que la Circular alemana de precios de transferencia de 1983 ya contemplaba la aplicación de las normas generales antiabuso con carácter prioritario a la aplicación de la norma de valoración del principio de plena competencia (para. 1.1.2 de la Circular alemana de precios de transferencia, recogida en BRICKNER, *German Tax Guide*, Kluwer, 2001, pág. 949). Vid. EIGELSHOVEN/STEMBER, «New Transfer Pricing Rules», *ITPJ*, March/April, 2008, pág. 63 y ss.

sus estructuras o negocios, como en términos de formalismos contractuales. Nótese, en este sentido, que existe una cierta tendencia de algunas administraciones tributarias, como la alemana ⁴² o argentina ⁴³, a la hora de exigir que las operaciones vinculadas se realicen revestidas de los mismos formalismos que se exigirían o serían aplicables entre partes independientes, de suerte que su ausencia puede determinar el no reconocimiento de la operación (v. gr. de un gasto por servicios) o la recalificación de la misma (v. gr. recalificación de un préstamo como una aportación de capital), a pesar de que se haya demostrado la realidad de las mismas y el carácter *arm's length* de la remuneración ⁴⁴.

A su vez, el informe OCDE 2008 enfatiza que el hecho de que la finalidad o motivo principal de la reestructuración sea conseguir un ahorro fiscal no altera la conclusión anterior. Además de la idea antes apuntada de mejorar técnicamente la interrelación entre la normativa de precios de transferencia y los principios generales antiabuso en aras de evitar una pléyade de casos de doble imposición, este giro o importante matización, según se quiera ver, también podría responder a la idea de tratar de adaptar el principio de plena competencia a la realidad organizativa y los modelos de negocio que en la práctica emplean los grupos multinacionales, dado que no resulta lógico ni deseable que estos deban adecuar su realidad empresarial y modelo de negocio a la teoría o técnica fiscal subyacente en un principio con bases especulativas o hipotéticas como el principio de plena competencia ⁴⁵. En esta misma línea, destacados autores, como Helmut BECKER ⁴⁶, ya se habían pronunciado en su día en contra de la inclusión del principio del *disregard* en las Directrices OCDE de Precios de Transferencia de 1995 al considerar que el segundo presupuesto –no así el primero: esto es, discrepancia entre forma y sustancia económica– reemplaza la decisión de los empresarios por la decisión de las autoridades fiscales sobre la forma en la que tales empresarios deben organizar sus negocios y operaciones.

Por todo ello, la valoración de la «matización» (vaciamiento del segundo presupuesto del *disregard*) realizada por la OCDE en este informe debe ser positiva considerando su contribución a clarificar la referida interrelación de principios, así como la mayor seguridad jurídica que aporta en un escenario tan necesitado de ella y tan expuesto a interpretaciones y enfoques asimétricos por las diferentes administraciones y contribuyentes. En este sentido, pensamos que esta clarificación interpretativa constituye el mejor instrumento (preventivo) para evitar las situaciones potencialmente generadoras de conflictos fiscales y doble imposición que resultan de un contexto internacional como el de la fiscalidad de los grupos multinacionales.

⁴² Vid. KROPPE/RASCH, «Germany: Interpretation of the Arm's Length under Art. 9 of the OECD Modelo Tax Treaty: Does the Arm's Length Principle Cover Formal Requirements?», *International Transfer Pricing Journal*, January/February, 2004, págs. 26 y ss.

⁴³ RYBNIK, «Substance vs Form in Transfer Pricing», *Tax Notes International*, vol.52, n.º 2, 2008, págs. 149 y ss.

⁴⁴ En relación con la función e importancia de los contratos en el marco de las operaciones intragrupo, vid. DURST, M., «The role of intercompany contracts in the Transfer Pricing System», *Tax Notes International*, 25 December 2000, pág. 2.933 y ss.; y COLLADO/DELGADO, «Pasado, presente y futuro de los precios de transferencia» en *Fiscalidad Internacional*. Estudios Financieros, Madrid, 2001, pág. 643 y ss.

⁴⁵ Así se pronunció la Asociación de Cámaras de Comercio e Industria alemanas en relación con el primer borrador de las Directrices de Precios de Transferencia («Comments on OECD Transfer Pricing Guidelines. Part I Discussion Draft», *Intertax*, n.º 2, 1995, págs. 95).

⁴⁶ BECKER, H. «The New OECD Report on Transfer Pricing –A First Overview and Comment», *Intertax*, n.º 8-9/1994, pág. 360.

Nótese, en todo caso, que esta doctrina OCDE está concebida a los efectos de la aplicación del principio de plena competencia, así como de cláusulas o principios antiabuso generales que puedan proyectarse sobre las operaciones y estructuras articuladas por los grupos multinacionales. Sin embargo, el hecho de que una operación o estructura articulada por un grupo MNE en el marco de una reestructuración empresarial sea considerada legítima o válida desde esta perspectiva no significa, por ejemplo, que posea un «motivo económico válido» en el contexto del régimen especial de reorganizaciones empresariales establecido por la Directiva 90/434/CEE, dado que tal requisito debe ser interpretado a la luz de la finalidad de esta normativa⁴⁷.

Ciertamente, el alcance y consecuencias derivadas de la aplicación del principio de no reconocimiento, tras la clarificación llevada a cabo en el informe OCDE 2008, requeriría un análisis más detallado y en tal sentido nos remitimos a un trabajo específico sobre el tema⁴⁸.

3. UNA REFLEXIÓN FINAL

A la vista de todo lo expuesto hasta aquí, entendemos que el informe de la OCDE sobre *Precios de Transferencia y Reestructuraciones Empresariales* merece una valoración global positiva por varios motivos. Por un lado, la mera elaboración de un informe que clarifique la aplicación del principio de plena competencia en un ámbito como el de las reestructuraciones empresariales donde no existía «directriz» o «guía» alguna, pero sí muchos riesgos fiscales es bienvenida, especialmente si se tiene en cuenta que este informe ha tenido en cuenta la posición del sector privado motivando la creación y participación de un *Business Advisory Group*.

Por otro lado, el enfoque articulado a través del informe resulta, a nuestro entender, bastante razonable, prudente y flexible a la hora de tener en consideración las singularidades y realidad operativa, organizativa y de modelo de negocio de los grupos MNE. De hecho, en algún punto ya hemos apuntado cómo tal reconocimiento de las «singularidades» de los grupos MNE conduce a importantes flexibilizaciones del principio de plena competencia, hasta el punto de que se muestra la no «comparabilidad» entre la situación en la que operan las empresas independientes y los grupos MNE; es decir, de alguna forma se podría estar reconociendo el «pecado original» del principio de plena competencia a efectos de facilitar su aplicación en la práctica. En este sentido, observamos una mayor contención en el «panfiscalismo abusivo» que impregnaba la formulación originaria del principio de plena competencia y una flexibilización de las condiciones de aplicación del mismo de cara a hacerlo más fácil de aplicar por sus principales destinatarios (los grupos MNE).

Enlazando con esto último merece destacarse cómo la aportación o clarificación que hace este informe sobre el denominado «principio de no reconocimiento» o *disregard*, a nuestro juicio,

⁴⁷ Sobre la Directiva 90/434/CEE y el concepto del motivo económico válido, *vid.* PALAO, «Los motivos económicos válidos en el régimen fiscal de las reorganizaciones empresariales», *Revista de Contabilidad y Tributación*. CEF n.º 235, 2002, págs. 72 y ss.; y MARTÍN/CALDERÓN, «La Directiva 90/434/CEE, de Fusiones, Escisiones, Aportaciones y Canjes de Activos», en *Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la UE*, Ciss, Valencia, 2008.

⁴⁸ *Vid.* CALDERÓN/BÁEZ, «El alcance del principio de no reconocimiento y su interrelación con las cláusulas generales antiabuso», en prensa.

limita sustantivamente la aplicación del mismo más allá de los casos de simulación o de las operaciones o estructuras sin sustancia económica y propósito empresarial, lo cual resulta de gran importancia en un contexto como el actual en el que las reorganizaciones empresariales son comunes y dan lugar a estructuras y operaciones que no tienen parangón o paralelismo claro en el mundo de las empresas independientes.

Como es lógico y natural todas estas clarificaciones que contiene el informe OCDE 2008 tendrán verdadera virtualidad jurídica una vez que este informe –todavía en fase de borrador hasta febrero de 2009– se apruebe definitivamente por la OCDE. Es muy posible que tanto este informe como los de Comparabilidad (2006) y el relativo a los *Métodos Transaccionales sobre Beneficios* (2008) provoquen una actualización y reforma global de las Directrices OCDE de Precios de Transferencia de 1995. A nuestro juicio, tal reforma de las Directrices OCDE de Precios de Transferencia constituiría la fórmula más adecuada para su actualización y canalización de las «clarificaciones» que se han ido elaborando en estos últimos años.

El punto crítico que cabría señalar en relación con el informe OCDE de 2008 que venimos glosando radica en que, como indicamos en la introducción, solo contempla un enfoque parcial de la materia relativa a las Reestructuraciones Empresariales, de suerte que hubiera sido deseable que el informe también se posicionara sobre la problemática de los establecimientos permanentes. También hubiera sido deseable que se adoptara una posición más diáfana y concluyente sobre cláusulas generales antiabuso y la regulación de los precios de transferencia. Y, en tercer lugar, pensamos que el actual contexto de globalización requiere una evolución de los principios de fiscalidad internacional que se adapte de forma más contemporánea al conjunto de cambios sobrevenidos. Es decir, pensamos que la OCDE debería hacer un esfuerzo por actualizar sus principios de forma más dinámica, atendiendo a las necesidades de las administraciones y los propios contribuyentes. A este respecto, obligados tributarios y administraciones demandan mayor claridad sobre el alcance y los presupuestos aplicativos de determinados principios como el de plena competencia. A su vez, los Estados y las propias empresas necesitan de un marco fiscal que evite en la medida de lo posible los cada vez más frecuentes conflictos fiscales como los que se plantean en aplicación de los CDI o en materia de precios de transferencia. Sin duda, la articulación de mecanismos que remedien de forma efectiva, a priori o a posteriori, tales conflictos constituye una de las principales asignaturas pendientes en materia de fiscalidad internacional en general y en sede de precios de transferencia en particular.

Con todo, el informe OCDE 2008 sobre *Precios de Transferencia y Reestructuraciones Empresariales* merece una valoración general positiva, en la medida en que aporta importantes clarificaciones sobre la interpretación y aplicación práctica del principio de plena competencia, tanto desde la perspectiva de los contribuyentes como del de las administraciones tributarias.