



***EL PRINCIPIO DE ARM'S LENGTH EN LAS
TRANSACCIONES INTERNACIONALES ENTRE
EMPRESAS ASOCIADAS: PRESENTE, PASADO Y FUTURO***

TESIS DOCTORAL

AUTOR: Pedro Ángel Villalba García

DIRECTOR: Antonio Cubero Truyo

Programa de Doctorado en Derecho

Línea de investigación: Fiscalidad y Derecho

Facultad de Derecho

Universidad de Sevilla

12 febrero 2019

ÍNDICE

ABREVIATURAS UTILIZADAS.....	21
INTRODUCCIÓN.....	25
CAPÍTULO I .–	28
APROXIMACIÓN A LA NOCIÓN DEL PRINCIPIO DE <i>ARM’S LENGTH</i>	28
I.1. Introducción al concepto de <i>arm’s length</i>. Su significación.....	29
I.1.1 Orígenes del término <i>arm’s length</i>	29
I.1.2 Acepciones del término <i>arm’s length</i>	29
I.1.3 Terminología.	31
I.1.4 Acogida del <i>arm’s length</i> en las legislaciones nacionales.	32
CAPÍTULO II .–	71
FUNDAMENTOS ECONÓMICOS Y JURÍDICOS DEL <i>ARM’S LENGTH</i>. SU INTERACCIÓN CON LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES TRIBUTARIOS.	71
II.1. Incardinación del problema y breve reseña histórica de las principales clasificaciones de los principios tributarios.	72
II.2. El acogimiento de los principios tributarios en los textos constitucionales.	79
II.3 La especialidad de los precios de transferencia como fenómeno fiscal internacional en el contexto de globalización económica y competencia fiscal.	85
II.3.1. Breve referencia a la evolución y transformación del concepto del poder tributario. El Derecho Tributario Internacional –v– Derecho Internacional Tributario.....	85
II.3.2 La globalización como causa fundamental de la internacionalización.....	92
II.3.3. ¿Cuáles son las principales consecuencias fiscales de la globalización apuntadas por la doctrina?	93
II.3.4. Incidencia de la globalización sobre los principios tributarios.	97
II.3.5 Incidencia de la globalización sobre el poder soberano de los Estados.	99
II.3.6 La competencia fiscal y la planificación fiscal como consecuencias fiscales de la globalización.	101
II.3.6.1 La competencia fiscal.	101
II.3.6.1.A) Concepto.	101
II.3.6.1.B) Tipos de competencia fiscal.	104
II.3.6.1.C) Efectos de la competencia fiscal perjudicial.....	107
II.3.6.1.D) Manifestaciones de la competencia fiscal perniciosa.	108
II.3.6.1.E) Reacción del sistema fiscal internacional.	108
II.3.6.2 La planificación fiscal.	108
II.3.6.2.A) Concepto, principales causas y legitimidad.....	108
II.3.6.2.B) Delimitación de conceptos próximos: el abuso de Derecho, la elusión fiscal, la evasión fiscal, el fraude fiscal y la simulación fiscal.....	114
II.3.6.2.C) Principales mecanismos utilizados.	124
II.3.6.3 Posicionamiento del T.J.U.E y de los organismos internacionales.	130
II.4 Fundamentos del <i>arm’s length</i>.	130
II.4.1. Introducción.	130
II.4.2. Teorías económicas. Distintos enfoques económicos a la hora de abordar la cuestión.	131

II.4.2.1 La naturaleza multidisciplinar de los sistemas de precios de las transacciones empresariales internas en un contexto de globalización internacional.	132
II.4.2.2 Objetivos perseguidos con las políticas empresariales en la determinación de los precios de las transacciones internas.	138
II.4.2.3 El dilema entre información contable única y la información doble.	141
II.4.2.4 Los distintos criterios utilizados en los estudios económicos para determinar el precio de las transacciones internas.	150
II.4.2.4.A) Conceptualización de los distintos criterios y su tipología.	150
II.4.2.4.A).1. Encuadre y clasificación clásica.	150
II.4.2.4.A).2. Otras clasificaciones y categorías.	158
II.4.2.4.B) ¿Cuáles deben ser los elementos a tomar en consideración para determinar el criterio más adecuado?	160
II.4.2.4.C) ¿Cuál es el criterio más usado?	164
II.4.2.4.D) ¿Qué factores afectan en la elección del método?	167
II.4.2.5 Propuesta de sistematización de los enfoques existentes en la literatura económica. Valoración de los distintos enfoques.	171
II.4.2.5.A) Evolución histórica de la doctrina económica.	171
II.4.2.5.B) Sistematización de las distintas líneas de pensamiento económico sobre los precios de transferencia. Las teorías organizacionales, las teorías de la contingencia, los estudios mediante encuestas y los estudios del caso.	177
II.4.2.5.C) Valoración de los distintos enfoques.	191
II.4.3. Fundamentación del principio de <i>arm's length</i> en los principios tributarios.	192
II.4.3.1 El principio de <i>arm's length</i> como criterio de distribución del poder tributario entre los Estados.	192
II.4.3.2 La insuficiencia de los principios tributarios tradicionales.	194
II.4.3.3 El principio de legalidad como fundamento.	195
II.4.3.4 El principio de igualdad.	196
CAPÍTULO III .–	199
EL NACIMIENTO Y EVOLUCIÓN DEL PRINCIPIO DE ARM'S LENGTH.	199
III.1 Los orígenes del principio de <i>arm's length</i>.	200
III.1.1 Su inicio en Gran Bretaña.	200
III.1.2 Su inicio en Estados Unidos.	202
III.2 Su desarrollo hacia una codificación.	206
III.2.1 Su etapa en la Liga de Las Naciones.	206
III.2.1.1 Los trabajos del Comité Financiero en el período 1921–1927 y los informes de expertos emitidos en este periodo.	207
III.2.1.1.A) El informe de expertos de 5 abril de 1923 sobre la doble imposición	207
III.2.1.1.B) El informe de expertos de febrero 1925 sobre doble imposición y evasión fiscal.	209
III.2.1.1.C) El informe de expertos de 12 abril de 1927 sobre doble imposición y evasión fiscal.	211
III.2.1.2 El Modelo de CDI de octubre de 1928.	212
III.2.1.3 Informe de la Primera Sesión del Comité Fiscal al Consejo de octubre de 1929.	215
III.2.1.4 Informe de la Segunda Sesión del Comité Fiscal al Consejo de mayo de 1930.	217
III.2.1.5 Informe de la Tercera Sesión del Comité Fiscal al Consejo de junio de 1931.	221
III.2.1.6 Informe de la Cuarta Sesión del Comité Fiscal al Consejo de junio de 1933.	224
III.2.1.7 Informe de la Quinta Sesión del Comité Fiscal al Consejo de junio de 1935.	233

III.2.1.8 Informe de la Sexta Sesión del Comité Fiscal al Consejo de octubre de 1936.....	233
III.2.1.9 Informe de la Séptima Sesión del Comité Fiscal al Consejo de octubre 1937.	234
III.2.1.10 Informe de la Octava Sesión del Comité Fiscal al Consejo de octubre 1938.	234
III.2.1.11 Informe de la Novena Sesión del Comité Fiscal al Consejo de Estado de junio 1939.	234
III.2.1.12 Informe de la Décima Sesión del Comité Fiscal al Consejo de marzo de 1946.....	235
III.2.2 Su etapa en la OCDE.....	238
III.2.2.1 La Organización para la Cooperación Económica Europea (OECE) como antecedente de la OCDE.....	238
III.2.2.2 La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE)	243
III.2.2.2.A) Breve introducción.....	243
III.2.2.2.B) Evolución en el ámbito de los Modelos de los Convenios de Doble Imposición.	247
α.– El borrador de Convenio de Doble Imposición sobre la renta y el patrimonio de 1963.	247
β.– El Modelo de CDI sobre la renta y el patrimonio de 1977.	250
β.1) Encuadre.	250
β.2) Establecimientos permanentes.....	250
β.3) Empresas asociadas.	254
γ.– El Modelo de Convenio Fiscal sobre la renta y el patrimonio de 1992.	257
γ.1) Encuadre.	257
γ.2) Establecimientos permanentes.....	258
γ.3) Empresas asociadas.....	258
δ. Modelo de Convenio de CDI versión de 1998.....	259
δ.1) Modificaciones de los Comentarios al artº7.	260
δ.2) Modificaciones de los Comentarios al artº9.	264
ε.– Versiones posteriores: versiones de 2000, 2003 y 2005.	265
ζ.– Modelo de Convenio de CDI versión de 2008.....	265
ζ.1) Modificaciones de los comentarios del artº7, hacia un estatuto definitivo de los Establecimientos Permanentes.....	265
ζ.2) Modificaciones de los comentarios del artº9.	271
η.– Modelo de Convenio de CDI versión de 2010.....	271
η.1) Encuadre.	271
η.2) Modificaciones al artº7.....	271
η.3) Modificaciones de los comentarios del artº7, hacia un estatuto definitivo de los establecimientos permanentes.....	272
η.4) Modificaciones de los comentarios del artº9.	279
θ.– Modelo de Convenio de CDI versión de 2014.....	279
θ.1) Encuadre.	279
θ.2) Modificaciones de los comentarios del artº7, hacia un estatuto definitivo de los Establecimientos Permanentes.....	280
θ.3) Modificaciones de los comentarios del artº9.	280
ι.– Modelo de Convenio de CDI versión de 2017.....	280
ι.1) Contextualización de la revisión de 2017.....	280
ι.2) Modificaciones de los comentarios del artº7.	281
ι.3) Modificaciones de los comentarios del artº9.	282
III.2.2.2.C) Evolución en el área de las Directrices sobre Inversiones Extranjeras y MNEs... ..	282
α.– Declaración sobre Inversiones Internacionales y MNEs 1976.	283
III.2.2.2.D) Evolución en el área de los Precios de Transferencia.	285
α.– Los distintos textos emanados por la OCDE relativos a los Precios de Transferencia desde 1979. La importancia de las Directrices.....	285
α.1) El Informe sobre Precios de Transferencia y MNEs 1979.	286

α.2) El Informe sobre precios de transferencia y MNEs 1984	287
α.3) El Informe sobre subcapitalización y fiscalidad de Artistas, Deportistas y Personas del Espectáculo 1987.	289
α.4) Directrices sobre Precios de Transferencia para Multinacionales y Autoridades Fiscales 1995.	289
α.5) Revisiones Posteriores a 1995 de las Directrices sobre Precios de Transferencia para Multinacionales y Autoridades Fiscales: 1996, 1997, 1998 y 1999.....	290
α.6) Directrices sobre Precios de Transferencia para Multinacionales y Autoridades Fiscales 2010.	291
α.7) Las Directrices 2017.	292
α.8) Las Directrices 2022.	292
β.– El valor jurídico de las Directrices y otras normas internacionales fiscales. Problemas del soft law.....	293
γ.– El principio de <i>arm's length</i>	293
γ.1) Informe de 1979.....	293
γ.2) Informe de 1984.....	294
γ.3) Directrices de 1995.....	295
γ.4) Directrices de 2010.....	297
δ.– Los Ajustes.	299
δ.1) Los ajustes primarios.	299
δ.1.1.– Breve introducción.	299
δ.1.2.– Finalidad del artº9.1 MCDI.	301
δ.1.3.– Artº9.1 MCDI–v– Derecho interno de un Estado parte.....	302
δ.1.4.– Los ajustes primarios en los documentos sobre precios de transferencia de la OCDE.....	307
δ.2.–Los ajustes correlativos.	308
δ.2.1.– Breve introducción.	308
δ.2.2.– Informe 1979.....	309
δ.2.3.– Informe de 1984.	310
δ.2.4.– Directrices de 1995.....	313
δ.2.5.– Directrices 2010.....	314
δ.3.–Los ajustes secundarios.....	316
ε.– La elección del método.	322
ε.1) Introducción	322
ε.2) Breve estudio de los distintos métodos de valoración.....	329
ε.2.1.–MÉTODO DEL PRECIO LIBRE COMPARABLE (COMPARABLE UNCONTROLLED PRICE METHOD ,“CUP”).–.....	329
α) Concepto.	329
β) Ámbito.....	331
γ) Fortalezas.....	332
δ) Inconvenientes.	332
ε.2.2.–PRECIO DE REVENTA (RESALE PRICE, “PR”)	332
α) Concepto.	332
β) Ámbito.....	335
γ) Fortalezas.....	336
δ) Debilidades.....	336
ε.2.3.–PRECIO DEL COSTE INCREMENTADO (COST PLUS METHOD, C+).....	337
α) Concepto.	337
β) Ámbito.....	339
γ) Ventajas.....	339

δ) Inconvenientes.	339
ε.2.4.– MÉTODO DE LA DIVISIÓN DEL BENEFICIO (PROFIT SPLIT METHOD, PSM). 342	
α) Concepto.	342
β) Ámbito.	346
γ) Ventajas.	347
δ) Inconvenientes.	347
ε .2.5.– MÉTODO DEL MARGEN NETO TRANSACCIONAL (TNMM).....	348
α) Concepto.	348
β) Ámbito.	353
γ) Ventajas.	353
δ) Inconvenientes.	353
ε.3) Prelación de métodos entre los admitidos.	354
ε.4) El rechazo de métodos globales o formularios.	357
ζ.– El análisis comparativo y funcional.....	362
ζ.1) Introducción.....	362
ζ.2) Informe 1979.	363
ζ.3) Directrices 1995.	364
ζ.4) Directrices de 2010.	367
η.– El rango de <i>arm's length</i> como elemento de ajuste que permite la comparabilidad.371	
η.1) Directrices 1995.	371
η.2) Directrices de 2010.	373
η.3) Directrices de 2010.	376
θ.– Otros aspectos a considerar en la aplicación del principio de <i>arm's length</i>	376
θ.1) La identificación de la operación realmente efectuada.....	376
θ.2) Operaciones separadas y combinadas.....	378
θ.3) Utilización de datos de una serie de años.....	379
θ.4) Compensaciones intencionadas (<i>set-offs</i>).....	380
θ.5) Pérdidas.	381
ι.– El procedimiento de mutuo acuerdo.	381
κ.– Operaciones financieras.	382
κ.1) Informe 1979.....	382
κ.2) Informe 1984.....	384
κ.3) Documentos posteriores.	387
III.3.3 Su desarrollo en EE.UU.....	387
III.3.3.1 Periodo anterior a las Regulaciones de 1968.	387
III.3.3.2 El camino hacia las regulaciones de 1968.	389
III.3.3.3 Años posteriores a las regulaciones de 1968 hasta 1982.....	391
III.3.3.4 Las novedades en los años 1982,1984 y 1986.....	392
III.3.3.5 El Libro Blanco de 1988.	396
III.3.3.6 Las propuestas de regulaciones de 1992.....	399
III.3.3.7 Las Regulaciones Provisionales de 1993.....	400
III.3.3.8 Las Regulaciones Finales de 1994.....	403
III.3.3.9 Las principales modificaciones posteriores.	406
III.3.4 Naciones Unidas y otros Organismos Internacionales.	409
III.3.4.1 La Convención Modelo de las Naciones Unidas sobre la doble tributación entre países desarrollados y países en desarrollo (MC ONU).	409
III.3.4.2 El Modelo Tipo para evitar la evitar la doble tributación entre los países miembros y otros Estados ajenos a la Comunidad Andina	414
III.3.5 El principio de <i>arm's length</i> en el seno de la U.E. y su evolución al hilo del proceso armonizador.	415

III.3.5.1	Significado del proceso armonizador en la imposición directa y su fundamento.	415
III.3.5.2	Hitos relevantes en el proceso armonizador de la imposición directa. Los trabajos del Foro Conjunto de la Unión Europea sobre Precios de Transferencia.....	419
III.3.5.2 A).	– Los inicios de la armonización.	420
III.3.5.2.B).	– Los años 90: el Convenio Europeo de Arbitraje, el Informe Ruding y el Código de Conducta.....	421
III.3.5.2.C).	– 2001 inicio de la preocupación de la Comisión en sus trabajos por el principio de <i>arm’s length</i> y por la problemática de las operaciones transfronterizas ante la diversidad de sistemas fiscales.....	425
III.3.5.2.D).	– El Código de Conducta sobre la Fiscalidad de las Empresas y la competencia fiscal perniciosa.	429
III.3.5.2.E).	– El nacimiento del Foro Conjunto de la U.E. sobre Precios de Transferencia y sus posteriores informes.	433
III.3.5.2.F).	– La BICCIS.....	447
F.1)	Antecedentes.	447
F.2)	el Proyecto de Directiva de 2011.	448
F.3)	Principales puntos de crítica que ha recibido la propuesta de Directiva BICCIS.	450
F.4)	2016 la reactivación de la propuesta BICCIS.	451
F.5)	últimas propuestas en la materia.	453
F.6)	el principio de <i>arm’s length</i> en las propuestas de Directiva BIC(C)IS.....	454
F.7)	Aspectos más relevantes de la propuesta de BICCIS 2.....	455
F.8)	Aspectos criticados de la BICCIS.....	458
F.9)	El abandono de la propuesta de Directiva BICCIS: la Comunicación sobre “La fiscalidad de las empresas para el siglo XXI”.....	459
CAPÍTULO IV.–		460
EL PRINCIPIO DE ARM’S LENGTH COMO FUENTE DE DERECHO. ¿ES EL PRINCIPIO DE ARM’S LENGTH UN PRINCIPIO GENERAL DEL DERECHO? DEL FALSO AMIGO A LA HIPÓSTASIS TRIBUTARIA		460
IV.1. – El principio de <i>Arm’s Length</i> como principio general del Derecho.		461
IV.1.1	Apreciaciones generales.	461
IV.1.1.1	Introducción.	461
IV.1.1.2.	– Confusión terminológica en la denominación principio general del Derecho y algunas precisiones.....	462
IV.1.1.3.	–Origen de la importancia de los principios generales del Derecho.	463
IV.1.1.4.	–El protagonismo de los principios generales del Derecho.....	464
IV.1.1.5.	–El concepto de principio general del Derecho.....	466
IV.1.1.6.	– ¿Los principios generales del Derecho están relacionados con las fuentes del Derecho o con la integración del ordenamiento jurídico?.....	467
IV.1.1.7.	–Diferencias entre principios jurídicos y normas.	468
IV.1.1.8.	–Características de los principios generales del Derecho.	471
IV.1.1.9.	– Influencia de los principios jurídicos en las fuentes del Derecho.....	471
IV.1.2.	–Principios generales del Derecho en el Derecho Internacional tributario.	472
IV.1.3.	–Los principios generales del Derecho y el principio de <i>arm’s length</i>	474
IV.2. –Estándar Jurídico		477
IV.2.1.	–Concepto.	477
IV.2.2	Diferencias de conceptos próximos. Estándar versus Norma y Estándar versus Concepto Jurídico Indeterminado.	479

IV.2.2.1 Estándar versus Norma	479
IV.2.2.2 Estándar versus Concepto Jurídico Indeterminado.....	481
IV.2.3. ¿Cómo determinar el grado de especificidad correcto? ¿Cuándo es preferible una norma y cuándo un estándar?.....	481
IV.2.4 La función unificadora de los estándares jurídicos y el <i>soft law</i>	484
IV.2.5. – La circunstancialidad de encontrarnos en materia de Derecho Internacional y de Derecho Tributario. El <i>soft law</i>	484
IV.2.5.1. Los estándares como fuente del Derecho Internacional Público	484
IV.2.5.2. El concepto de <i>soft law</i>	487
IV.2.5.3 El <i>soft law</i> , los MCDI y las Directrices sobre los Precios de Transferencia y el principio de <i>arm's length</i>	491
IV.2.5.3.a) ¿El MCDI y sus Comentarios (y por tanto las Directrices sobre Precios de Transferencia) tienen fuerza vinculante?	492
IV.2.5.3.a). i. Visión general.	492
IV.2.5.3.a). ii. La visión de la fuerza vinculante de LEPARD desde la teoría de los juegos.	494
IV.2.5.3.a.iii El examen de la autoridad normativa del <i>arm's length</i>	499
IV.2.5.3.a.iii.1. Visión de su evolución histórica.	499
IV.2.5.3.a.iii.2. La autoridad persuasiva del <i>arm's length</i> como norma recogida en tratados internacionales.	501
IV.2.5.3.b. ¿Qué valor interpretativo tienen el MCDI y sus Comentarios (y por tanto las Directrices sobre Precios de Transferencia)?	502
IV.2.5.3.b.i Encuadre de los problemas planteados en torno al artº3, apartado 2, del MCDI de la OCDE.	502
IV.2.5.3.b.i.1 ¿Qué significado debe dársele a “ <i>para la aplicación del Convenio</i> ”?	505
IV.2.5.3.b.i.2 ¿Qué alcance debe dársele a “ <i>cualquier expresión no definida</i> ”?	505
IV.2.5.3.b.i.3 ¿Qué debemos entender por “a menos que de su contexto se infiera una interpretación diferente”?	506
IV.2.5.3.b. i.3. α ¿Cuándo debe acudir al Derecho interno de un Estado?.....	506
IV.2.5.3.b. i.3. β Acotamiento del significado de la expresión “a menos que de su contexto se infiera una interpretación diferente”	507
IV.2.5.3.b. i.3. El valor interpretativo del MCDI de la OCDE y sus Comentarios, así como de las Directrices. Posible incardinación en las reglas de los artº 31, 32 y 33 de la Convención de Viena.....	508
IV.2.5.3.c ¿Podrían resultar vinculantes los Comentarios y las Directrices como criterios interpretativos a la luz de la doctrina del estoppel y la aquiescencia?	514
IV.2.5.3.d ¿A qué texto del MCDI y de los Comentarios, así como de las Directrices, hay que estar en cada momento?	515
IV.2.6. – ¿Crisis de los estándares?	518
IV.2.7. – ¿Es el principio de <i>arm's length</i> un estándar jurídico?	518
IV.3. ¿Es una costumbre internacional?	521
IV.3.1 La costumbre internacional como fuente del Derecho Internacional Tributario.....	521
IV.3.2 El principio de <i>arm's length</i> como costumbre internacional.	524
CAPÍTULO V.–	528
EL CASO DE ESPAÑA.–	528
V.1.–Introducción.–	529

V.3 Segunda etapa: La Ley 61/1978, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, el Reglamento 2631/1982. y principales novedades posteriores.....	535
V.3.1.– Elementos caracterizadores del régimen.....	535
V.3.1.a. – Introducción	535
V.3.1.b.– Los incrementos y disminuciones patrimoniales –v– los rendimientos de explotaciones económicas, de actividades profesionales o artísticas y de elementos patrimoniales no afectos a las actividades.	537
V.3.1.c. Naturaleza de la norma de valoración contenida en el artº16.3 LIS.	542
V.3.1.d. Naturaleza de los ajustes.	550
V.3.1.e.– La determinación del arm’s length.....	553
V.2.2.– La nueva interpretación a raíz de la Resolución del TEAC de 10 septiembre de 1986, 27 de noviembre de 1986 y 3 de febrero de 1987. STS 23 mayo de 1989.....	556
V.2.3.– Ley 18/1991 de 6 de junio del Impuesto de la Renta de las personas físicas.	559
V.4.– Tercera etapa: La Ley 43/1995 y sus modificaciones posteriores	563
V.4.1.– Breve referencia introductoria a las distintas normas que se han ido sucediendo.	564
V.4.1.a.– La Ley 43/1995.	564
V.4.1.b.– Normativa inmediatamente posterior a la Ley 43/1995	566
A) El Real Decreto 537/1997, de 14 de abril, Reglamento del Impuesto sobre Sociedades.	566
B) La Ley 1/1998.....	566
C) Ley 46/2002.	566
D) RD Legislativo 4/2004 de 5 de marzo, Texto Refundido LIS.	567
E) Real Decreto 1777/2004, de 30 de julio por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades	567
V.4.1.c.– Ley 36/2006 de Medidas para la Prevención del Fraude Fiscal.	567
V.4.1.d.–Desarrollo y Modificaciones introducidas con posterioridad al año 2006.	569
A) El RD 1793/2008 de 3 de noviembre de Modificación del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades.	569
B) La reforma introducida por el Real Decreto–Ley 6/2010 de 9 de abril de Medidas para el Impulso de la Recuperación económica y el empleo.	569
C) La reforma introducida por el Real Decreto–Ley 13/2010 de 3 de diciembre, Actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y el empleo	570
V.4.1.e.– Ley 27/2014, de 27 de noviembre, LIS.....	570
V.4.1.f.– Real Decreto 634/2015, de 10 de julio, RIS.	571
V.4.1.g) Evolución posterior. -	572
V.4.2.–La naturaleza de la nueva norma.	573
V.4.2.1.–En la Ley 43/1995.	573
V.4.2.2.–Bajo la Ley 36/2006.	575
V.4.2.3.–Ley 27/2014.	577
V.4.3– Presupuestos que posibilitan el ajuste del precio por parte de la Administración.....	578
V.4.3.1 En la Ley 43/1995.....	578
V.4.3.2 En la ley 36/2006.	578
V.4.3.3.– Ley 27/2014.	579
V.4.4.– Ajustes extracontables –vs– ajustes contables.	579
V.4.4.1.– En la Ley 43/1995.....	579
V.4.4.2.– En la Ley 36/2006.....	582
V.4.4.3 Ley 27/2014.	588
V.4.5.– Naturaleza de los ajustes. Los ajustes valorativos.	589

V.4.4.1.– En la Ley 43/1995.....	589
V.4.4.2.–En la Ley 36/2006.	591
V.4.4.3.– Ley 27/2014.	593
V.4.5.– El principio de calificación.....	593
V.4.5.1. En la Ley 36/2006.....	593
a.– La necesidad del ajuste secundario.....	593
b.– Orígenes doctrinales.	594
c.– La finalidad antielusiva y naturaleza del ajuste secundario.....	596
d.– El juego de las reglas de calificación generales con lo dispuesto en el artº16.8 de la Ley.	597
e.– El alcance.....	599
f.– ¿Quién debe realizar el ajuste secundario? El procedimiento del ajuste secundario.	599
g.– El procedimiento del ajuste secundario.	600
h.– Tratamiento dado a las transacciones vinculadas.....	602
i.– El caso particular de las operaciones vinculadas en las relaciones sociedad–socio.	602
i.1. Transferencias de rentas de la sociedad al socio persona jurídica.....	603
i.2. Transferencias de rentas de la sociedad al socio persona física.....	604
i.3. Aportación de fondos de socio persona física a la sociedad.....	604
ii.-caso particular de operaciones entre sociedad y su administrador.....	605
ii.1. Supuesto de transferencia de fondos a favor del administrador (no socio)....	605
ii.2. Supuesto de transfrencia de fondos del administrador a la sociedad.....	605
V.4.5.2. El Real Decreto 1793/2008, de 3 de noviembre.	605
a.–Encuadre.	605
b.– ¿Qué novedad introduce el artº21bis 2.a) para la regla particular prevista en caso de diferencias a favor del socio–partícipe?.....	606
c.– ¿Qué novedad introduce el artº21bis 2.b) para la regla particular prevista en caso de diferencias a favor de la sociedad?	607
d.– Posibles incidencias del mecanismo de funcionamiento a la hora de determinar la naturaleza del ajuste secundario.	608
e.– Excepción a las reglas particulares: artº 21 bis 3.....	608
f.– Retenciones e ingresos a cuenta.....	608
g.–Críticas a la regulación.....	609
h.– Especial consideración de la legalidad del ajuste secundario: STS 27 mayo 2014.609	
V.4.5.3. Las novedades de la Ley 27/2014 y el Real Decreto 634/2015 RIS.....	610
V.4.6.–Efectos jurídicos–tributarios en relación con el tiempo.	614
V.4.6.1.– En la Ley 43/1995.....	614
V.4.6.2.– En la Ley 36/2006.....	615
V.4.6.3.– En la Ley 27/2014.....	615
V.4.7. Perímetro subjetivo de las operaciones vinculadas.	616
V.4.7.1.- En la Ley 61/1978.	616
V.4.7.2.- Ley 18/1991 de 6 junio del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. ...	617
V.4.7.3.-En la Ley 43/1995.	617
V.4.7.4.-El R. D. Legislativo 4/2004 de 5 de marzo LITNR.	619
V.4.7.5.-La Ley 36/2006.	619
V.4.7.6.-La Ley 16/2007, de 4 de julio.....	623
V.4.7.7.-La Ley 27/2014 de 27 de noviembre.	624
V.4.8.– Las propuestas de valoración (APA y APV).....	626
V.4.8.1 Naturaleza de los acuerdos previos de valoración.	626

V.4.8.2	Ventajas e inconvenientes.....	629
V.4.8.3.–	La Ley 1/1998 y la Ley 43/1995.....	629
V.4.8.4.–	El Real Decreto 537/1997 de 14 de abril, RIS.	631
	A) Características principales del procedimiento.....	631
	B) Efectos de la resolución (artº 16.6 LIS y artº24 RIS).....	633
	C) La modificación de los APV (artº28 RIS).....	633
	D) Los Acuerdos Previos de Valoración con las Administraciones de otros Estados... 635	
	E) Confidencialidad (artº20 RIS).	636
V.4.8.5	La LGT 58/2003 de 17 diciembre.	637
V.4.8.6	El RD Legislativo 4/2004 de 5 de marzo y el RD 1777/2004 de 30 de junio.	638
V.4.8.7	La Ley 36/2006 y el RD 1793/2008 de 3 de noviembre.	638
V.4.8.8	Ley 27/2014 de 27 de noviembre y el R.D. 634/2015, de 10 de julio de 2015	644
	A) Características principales del procedimiento.....	645
	B) Efectos.	649
	C) Régimen de modificación de los APAs (artº29 RIS 2015) y prórroga (artº30 RIS 2015).	650
	D) Deber de información (artº28).	655
	E) Los APAs bilaterales y multilaterales.	655
	F) Confidencialidad.	656
V.4.9.–	La comprobación de valores.	657
V.4.9.1.–	En el RD 537/1997.	657
V.4.9.2.–	El RD 1777/2004 de 30 de julio, RIS, La Ley 36/2006 y el RD 1793/2008.	658
	A) Introducción.....	658
	B) Perímetro subjetivo y objetivo.....	660
	C) Competencia.	660
	D) Trámites.....	661
	E) La liquidación.	662
	G) Motivación.....	663
	H) Simultaneidad o no del procedimiento respecto a las demás partes vinculadas.	663
	I) Reacción ante el acto de determinación del valor de mercado: cauces de impugnación.....	665
	I.1) El recurso de reposición o la reclamación administrativa.	666
	Formas de inicio.....	666
	Legitimación.	666
	Necesidad o no de formulación conjunta.....	666
	I.2) La tasación pericial contradictoria.	667
	Ámbito.....	667
	Fases.....	667
	J) Prescripción.	669
V.4.9.3	Ley 27/2014, de 27 noviembre IS y Real Decreto 634/2015, de 10 de julio, RIS.	669
V.4.10.–	Carga de la prueba y los deberes de documentación.	671
V.4.10.1.–	En la Ley 43/1995.....	671
V.4.10.2.–	En la Ley 36/2006.....	671
	A).....	671
	B) El contexto internacional.	672
	B.1) Las Directrices aplicables en materia de precios de transferencia a MNEs y Administraciones tributarias 1995.	673
	B.2) El Código de Conducta del Foro Europeo de Precios de Transferencia.	674
V.4.10.3	El RD 1793/2008 de 3 de noviembre.	677

A) Generalidades.....	677
B) El marco general de obligaciones. -	677
C) La obligación de documentación del grupo al que perteneciera el obligado tributario (artº 19 RIS).....	678
D) La obligación de documentación del obligado tributario (artº20.1 RIS).....	679
D.1) Contenido.	679
D.2) Elemento temporal.	680
D.3) Dato y Conjunto de Datos a los efectos del artº16.10 LIS de las operaciones o conjunto de operaciones estrechamente ligadas o realizadas de forma continua.	681
V.4.10.4 La Orden EHA/1375/20009, de 26 de mayo, por la que se aprueban los modelos de declaración del Impuesto sobre Sociedades y del Impuesto sobre la Renta de no Residentes.....	681
V.4.10.5 La obligación de documentación en el Real Decreto–Ley 6/2010, de 9 de abril, y el Real Decreto 897/2010, de 9 de julio.....	681
V.4.10.6 Ley 27/2014 y RD 634/2015.	682
A) Encuadre.....	682
B) Las obligaciones específicas de documentación de las operaciones vinculadas. ...	684
B.1) Generalidades.	684
B.2) Supuestos especiales de exclusión del deber de documentación específica..	684
B.3) Contenido de la documentación específica del grupo–Masterfile– (artº15 RIS).	686
B.4) Documentación específica del contribuyente –Countryfile– (artº16 RIS).....	687
B.5) Plazo. –	688
C) Información país por país (artº14 RIS).	688
V.4.11.– Carácter sancionador.	689
V.4.11.1.– En la Ley 43/1995.....	689
V.4.11.2 En la Ley 36/2006.....	691
V.4.11.3.– El Real Decreto 1793/2008, de 3 de noviembre Reglamento IS.	697
V.4.11.4.– El Real Decreto–Ley de 6/2010 de 9 de abril.	699
V.4.11.5.– El Auto del TS 8 febrero de 2011, la STC 11 julio 2013 y la STS 27 mayo 2014. –	700
V.4.11.6 En la Ley 27/2014.....	702
V.4.12.– Acuerdos de reparto de costes.	705
CAPÍTULO VI.....	708
EL DECLIVE DEL ARM’S LENGTH	708
6.1 Delimitación conceptual del problema. El <i>arm’s length</i> como ficción jurídica.....	709
6.1.1 Elementos críticos esgrimidos por la doctrina frente al <i>arm’s length</i>	710
6.1. 1.a. – Repaso de los principales posicionamientos críticos de la doctrina.	710
6.1.1.b Estudio de los elementos de crítica primordiales.....	714
6.1.1.b.1 La obsolescencia del <i>arm’s length</i>	714
6.1.1.b.2 El fin antielusivo no es cumplido.	718
6.1.1.b.3 El <i>arm’s length</i> como ficción. Su artificialidad.	724
6.1.1.b.4 Otros puntos de crítica. El impacto del Derecho de la U.E. sobre el <i>arm’s length</i> .	726
i.– Otros puntos de crítica.	726
ii.1. – El impacto del Derecho de la U.E. sobre el <i>arm’s length</i>	727
ii.1 Introduccion	727
ii.2 Libertades fundamentales en juego y enfoques posibles de su compatibilidad con el <i>arm’s length</i>	732

ii.3 Excepciones justificadoras de discriminación. Primer presupuesto: las razones imperiosas de interés general (<i>mandatory requirements</i>): la distribución de la potestad tributaria, la coherencia o simetría del sistema fiscal y el evitar la evasión fiscal y los abusos.	735
ii.4 Excepciones justificadoras de discriminación. Segundo presupuesto: los principios de razonabilidad y proporcionalidad.....	742
6.1.2 Elementos a favor del <i>arm's length</i>	743
6.1.3 Alternativas.	746
6.2 La crisis del <i>arm's length</i> en la OCDE, en la U.E. y en EE. UU.	753
6.2.1 La Unión Europea y la BICIS.....	753
6.2.2 Evolución de la OCDE y la época post-beps. Las Directrices 2017.....	754
6.2.2.a Situación hasta las Directrices 2010.	754
6.2.2.b Las acciones BEPS.	756
6.2.2.b.1 La interrupción del <i>arm's length</i>	756
α) Los nuevos desafíos que tiene que afrontar el Derecho fiscal internacional.	756
β) Magnitud de los desplazamientos y de la erosión de las bases imponibles: ¿Desmitificación a través de los estudios empíricos?.....	757
β.1) Importancia cuantitativa.....	757
β.2) Dirección en el que se producen los BEPS.	760
β.3) Diferencia del impacto de los tipos impositivos sobre la localización de las actividades económicas reales y sobre BEPS.	760
β.4) Comportamiento de BEPS en regímenes fiscales dominados por el principio de residencia y por el principio de territorialidad.....	760
β.5) Aumento de BEPS en los últimos años.....	760
β.6) Impacto BEPS en la recaudación fiscal.....	761
β.7) ¿Es la semielasticidad de un 0,8 importante o no?.....	761
γ) Reacciones ante los fenómenos de la competencia fiscal perniciosa y de los BEPS como mecanismo de planificación fiscal agresiva.	761
γ.1) La cooperación y coordinación como conceptos claves.....	761
γ.2) Clasificación de las medidas e instrumentos para la lucha contra la evasión fiscal y la competencia fiscal perniciosa.	764
γ.3) La U.E.....	767
γ.4) El TJUE	775
6.2.2.b.2 El Plan de acciones BEPS de la OCDE.	776
α) Concepto de erosión fiscal.	776
β) Significación de la iniciativa BEPS.	780
γ) Antecedentes causales.....	781
δ) Breve referencia a los antecedentes históricos inmediatos.	785
ε) Fases del Plan BEPS.	787
ξ) Los Pilares Fundamentales.....	788
η) Problemas a los que se enfrentan las acciones BEPS.	788
θ) Grado de vinculación de las acciones BEPS: estándares mínimos, estándares internacionales reforzados o actualizados, criterios comunes y prácticas recomendadas, e informes analíticos.....	789
ι) Implementación y desarrollo de las acciones BEPS y su vocación de universalidad. ...	791
6.2.2.c El Proyecto de Acciones BEPS y el principio de <i>arm's length</i>	803
α) Marco contextual.	803

β) Problemas con que se enfrenta la comunidad fiscal internacional en materia de precios de transferencia.....	805
γ) La creación de valor como eje central.	806
δ) ¿En todo este engranaje qué papel desempeña el principio de <i>arm's length</i> ?.....	808
ε) Revisiones llevadas a cabo en 2017 en las Directrices sobre Precios de Transferencia en relación con el principio de <i>arm's length</i> y posteriores modificaciones.	808
ε.1.– Pautas para la aplicación del <i>arm's length</i> : la definición de forma precisa de la operación vinculada.	809
ε.1.1.– Primer aspecto en la definición precisa de la operación vinculada: la identificación de las relaciones comerciales y financieras.	810
ε.1.1. i). –Significado de la identificación de las relaciones comerciales y financieras.	810
ε.1.1. ii). – Pautas genéricas sobre los factores de comparabilidad.	811
ε.1.1. iii). –Factores de comparabilidad a tener en consideración.	811
ε.1.1. iv). – Esquema del análisis funcional.	813
Generalidades sobre el análisis funcional.....	813
Análisis de riesgos en relaciones comerciales y financieras.	814
ε.1.2.– El segundo aspecto en la definición de forma precisa de la operación vinculada: el reconocimiento de la operación definida.....	817
ε.1.2. i). –Excepciones a la operación definida de forma precisa.	817
ε.1.2. ii). – Criterios de cuándo intervienen las excepciones.....	817
ε.1.3.–El tercer aspecto en la definición de forma precisa de la operación vinculada: las pérdidas.....	818
ε.1.4.– El cuarto y quinto aspecto en la definición de forma precisa de la operación vinculada: Efecto de políticas gubernamentales y utilización del valor de aduanas... ..	818
ε.1.5.– El sexto aspecto en la definición de forma precisa de la operación vinculada: las influencias de las características de los mercados locales en los que operan las empresas en el principio de <i>arm's length</i> y en la comparabilidad, con consideración especial de las economías de localización.....	818
ε.1.6.– El séptimo aspecto en la definición de forma precisa de la operación vinculada: el capital humano.....	819
ε.1.6. i). – El porqué de su trascendencia.	819
ε.1.6. ii). –Situaciones especiales de transferencia o adscripción de personal o plantillas entre empresas asociadas. Reestructuraciones empresariales o similares.	820
ε.1.7.– El octavo aspecto en la definición de forma precisa de la operación vinculada: sinergias del grupo de empresas multinacionales.	820
ε.2. Activos Intangibles.	820
ε.2.1.– Encuadre.....	820
ε.2.2. – La identificación de intangibles.	823
ε.2.2. i). – Concepto.....	823
ε.2.2. ii). – Clasificación de intangibles	826
ε.2.3 La titularidad de intangibles y operaciones que conllevan el desarrollo, mejora, mantenimiento, protección y explotación de intangibles.....	829
ε.2.3 i). – Planteamiento de la cuestión.	829
ε.2.3 ii). – La propiedad legal y los términos contractuales –vs– fondo de la operación.....	830

ε.2.3 iii). – La aplicación del principio de <i>arm's length</i> a los intangibles conlleva el estudio de las funciones, activos y riesgos.	831
ε.2.3 iv). – Algunas operaciones típicas en que intervienen activos intangibles: las operaciones que conllevan transferencia de activos intangibles o de derechos sobre activos intangibles y las operaciones que conllevan el uso de activos intangibles en relación con la venta de bienes o prestaciones de servicios.	832
Particularidades en el análisis de comparabilidad en ambos tipos de operaciones:	832
Operaciones que conllevan transferencia.	836
Operaciones que conllevan el uso de intangibles, aunque no se transfieran. ..	837
ε.2.4 Activos intangibles de valor muy incierto al momento de la operación	837
ε.2.4 i). – Origen del problema.	837
ε.2.4 ii). – Valoración conforme al <i>arm's length</i>	837
ε.2.4 iii). – Enumeración de algunos de los mecanismos para valorar conforme al <i>arm's length</i>	838
Cláusula de los beneficios esperados.	838
Cláusulas de revisión.	838
Otros tipos de cláusulas.	838
ε.2.5 Activos intangibles de difícil valoración (<i>hard-to-value intangibles, HTVI</i>).	839
ε.2.5 i). – Concepto.	839
ε.2.5 ii). – Situaciones que se pueden presentar.	839
ε.2.5 iii). – Ajustes ex post.	840
Problema que vienen a resolver.	840
Los ajustes ex post como solución al problema.	840
Antecedentes del ajuste ex post.	841
Excepciones a la aplicación de los ajustes ex post.	841
Críticas a los ajustes ex post desde el principio de <i>arm's length</i>	842
ε.2.5 iv). – La Guía de aplicación 2018.	844
ε.3. – Los servicios intragrupo en general y servicios intragrupo de bajo valor añadido.	844
ε.3.1. – Los servicios intragrupo en general.	845
ε.3.1 i) La acreditación de la efectiva prestación de servicios (test del beneficio).	846
ε.3.1 ii) La determinación del precio coherente con el <i>arm's length</i>	847
ε.3.2. – Los servicios intragrupo de bajo valor añadido.	849
ε.3.2. i) Concepto de servicios intragrupo de bajo valor añadido.	849
ε.3.2. ii) Perímetro de los servicios intragrupo de bajo valor añadido.	850
ε.4. – Los acuerdos de reparto de costes.	851
ε.4.1. – Antecedentes.	851
ε.4.2. – Concepto.	852
ε.4.3. – Naturaleza.	852
ε.4.4. – Tipos de ARC.	853
ε.4.5. – Pautas para que los ARC cumplan con el principio de <i>arm's length</i>	854
ε.4.5. i) Cuestiones generales.	854
ε.4.5. ii) Sobre la consideración de participante en el ARC.	855
ε. 4.5.iii) Sobre los beneficios esperados.	856
ε.4.5. iv) Sobre el valor de la contribución de cada participante.	857
ε.4.5. v) Ajustes compensatorios o pagos compensatorios.	858
ε.4.5.vi) Definición con precisión de la operación real.	858
ε. 4.5.vii) Tratamiento fiscal de las contribuciones y ajustes compensatorios.	859

ε.5 – Los aspectos de los precios de transferencia de las transacciones financieras.....	859
ε.5.1. – Delimitación de la operación financiera.	860
ε.5.2. – Funciones de Tesorería.....	861
ε.5.2. i) Préstamos Intragrupo.	861
ε.5.2. ii) Cash Pooling (Caja única o cuenta única centralizada).	867
ε.5.2. iii) Hedging.	868
ε.5.3. – Funciones de Garantías.	868
ε.5.4. – Particularidades de las Aseguradoras Cautivas	871
ε.5.4. i). Concepto.....	871
ε.5.4. ii) Delineación de la transacción: Elementos a tener en consideración para determinar que se trata de una operación de seguro.....	871
ε.5.4. iii)) Enfoques posibles para la fijación del precio de arm’s length de las primas.	872
ε.5.4. iv) Sinergias del grupo.....	873
ε.5.5. – Tasas de rentabilidad libres de riesgo y ajustadas al riesgo	873
ε.5.5. i) Tasas de rentabilidad libres de riesgo.....	873
ε.5.5. ii) Tasas de rentabilidad ajustadas al riesgo (RAROC, risk-adjusted return on capital).....	874
ε.6. – La nueva guía sobre el método del profit Split o de partición de utilidades o de distribución de los resultados (MPU).....	875
ε.6.1 Definición.....	876
ε.6.2. – El MPU y el principio de arm’s length.....	876
ε.6. 3. – Cuándo es el método más apropiado.	877
ε.6.3. i) Debilidades y fortalezas.	877
ε.6.3. ii) La delineación precisa de la operación.	878
ε.6.3. iii) La disponibilidad de información fiable.	880
ε.6.4. – Enfoques en la aplicación del MPU.....	880
ε.6.4. i) El análisis de la contribución.....	880
ε.6.4. ii) El análisis residual.	881
ε.6.5. – Cómo se aplica el MPU.	882
ε.6.5. i)La determinación de los resultados a repartir.....	883
ε.6.5. ii) El reparto de los resultados determinados: los factores de reparto.	886
6.2.2.d La era post-BEPS en España.....	888
CONCLUSIONES	895
BIBLIOGRAFÍA	902
OTRAS FUENTES UTILIZADAS PROCEDENTES DE LA OCDE, OMC Y ONU	962
SENTENCIAS CITADAS	965
DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA U.E. (anteriormente TJCE).	965
DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL	968
DEL TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL	968
DE OTROS TRIBUNALES ESPAÑOLES	970
DE TRIBUNALES EXTRANJEROS	971
RESOLUCIONES DEL TEAC	973

“Transfer pricing is the modern battleground, the tax Armageddon. No more dwelling at dawn with gentlemanly inspectors” (Carroll, A. J.¹)

“Como a menudo se ha afirmado, la fijación de los precios de transferencia es un arte, no una ciencia exacta” (Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo 25.1.2011²)

¹ CARROLL, A. J. (2004).

² COM (2011) 16 final, par.59

**EL PRINCIPIO DE *ARM'S LENGTH* EN LAS
TRANSACCIONES INTERNACIONALES ENTRE
ENTIDADES ASOCIADAS. PRESENTE PASADO Y
FUTURO**

ABREVIATURAS UTILIZADAS

AAA: American Accounting Association

AFF: Ajustes Fiscales En Frontera

AT: Administración tributaria

AA.TT: Administraciones tributarias

APA: Acuerdo Previo de Precios de Transferencia (*Advance Pricing Agreement*)

ARC: acuerdos de reparto de costes

ATAD: Anti Tax Avoidance Directive o Directiva antiabuso 2016/1164

ATAP: Anti Tax Avoidance Package o Paquete de medidas antiabuso elaborado por la Comisión Europea el 28 de enero de 2016

ATO: Australian Taxation Office

BALRM: Basic Arm's Length Return Method

BEFIT: Business in Europe: Framework for Income Taxation

BEPS: Base Erosion and Profit Shifting (erosión de la base imponible y el traslado de beneficios)

BICCIS: Base imponible consolidada común en el Impuesto de sociedades

BICIS: Base imponible común en el Impuesto de Sociedades

BIM: British Institute of Management Studies

CBAM: Carbon Border Adjustment Mechanism

CAF: Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE

CCTB: Common Corporate Tax Base, corresponde a las siglas en inglés de la BICCIS

CDI: Convenio de Doble Imposición

CFC: Controlled Foreign Companies (Transparencia Fiscal Internacional)

CFR: Code of Federal Regulations de Estados Unidos

CGI: Code Général des Impôts de Francia

CIRPJ: Código del Impuesto sobre las Rentas de las Personas Jurídicas de la República de Portugal.

CPI: Comparable profit Interval

CPM: Comparable Price Method

CUP: Comparable Uncontrolled Price

CUT: Método de la Operación Comparable no Controlada

CWI: Commensurate With Income

C+: Precio Del Coste Incrementado

DBCFT: Destination-Based Cash Flow Tax,

ECOFIN: Consejo de Asuntos Económicos y Financieros de la U.E.

EEE: Espacio Económico Europeo

EE.MM: Estados Miembros

EUCIT: European Corporate Income Tax

FA: Método Formulario de Prorratio (Formulary Apportionment)

FTA: Forum on Tax Administration de la OCDE

GAAR: General Anti-Avoidance Rules (normas generales antielusión)

GATS: General Agreement on Trade in Services (Acuerdo General sobre Comercio de Servicios)

HST: Home State Taxation.

HTVI: Activos Intangibles de Difícil Valoración (Hard to Value Intangibles)

IASB: International Accounting Standards Board

ICC: International Chamber of Commerce

ICRICT: Independent Commission for the Reform of the International Tax Corporation

IFS: Instituto para Estudios Fiscales

IP: Intellectual Property

IRC: Internal Revenue Code de EE. UU. Traducción al castellano: Código de Impuestos Internos.

IRS: Internal Revenue Service de EE. UU. El Servicio de Impuestos Internos es la agencia de recaudación de impuestos de la nación y administra el Código de Impuestos Internos, promulgado por el Congreso

JTPF: EU Joint Transfer Pricing Forum

LOB: Limitation of Benefits. Cláusula de limitación de beneficios.

MAP: Mutual Agreement Procedures (Procedimientos de Mutuo Acuerdo)

MNE: Multinacional (*Multinational Enterprise*)

MNEs: Multinacionales

MLI: Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent BEPS

MPU: Método de Distribución de los Resultados, o Método de Partición de las Utilidades, o Profit Split Method

MTM: Matching Transaction Method

MCDI OCDE: Modelo de Convenio de Doble Imposición de la OCDE

MC ONU: Modelo de Convenio de Doble Imposición de Naciones Unidas

PPT: Cláusula del test del propósito principal (Principal Purpose Test).

PSM: Profit Split Method

SAAC: Specific Anti-Avoidance Rules (normas específicas antielusión)

SEC: Sociedades Extranjeras Controladas

STCE: Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas³

STJUE: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

TCE: Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea anterior al Tratado de Lisboa

TCJA: Tax Cuts and Jobs Act

TFUE: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea que deriva del Tratado de Lisboa. Seguimos al enumerar el articulado las tablas de correspondencia insertadas en el texto del Tratado de Lisboa 13 diciembre 2007.

³ El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas cambió su nombre a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el 1 de diciembre de 2009 pasando a denominarse Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE).

TJE: utilizamos dicha nomenclatura para el Tribunal de Justicia Europeo cuando la cita engloba pronunciamientos anteriores o posteriores al cambio de denominación producido en 2009.

TNMM: Transactional Net Margin Method

TUE: Tratado de la Unión Europea

UNCTAD: Conferencia de la Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo

U.E.: Unión Europea

INTRODUCCIÓN

Constituye *topoi* en la práctica totalidad de los abundantísimos artículos doctrinales y obras monográficas que afrontan, bien el estudio concreto del *arm's length*, bien el estudio más genérico de los precios de transferencia o de algunas de sus múltiples aristas, comenzar enfatizando la relevancia y trascendencia de la materia en términos cuantitativos, por cuanto desde los años setenta del siglo pasado el comercio internacional y las transacciones transfronterizas se han convertido en algo mucho más que normal, superando, año tras año, en volumen económico, a las transacciones domésticas. En dicho entorno se erigen como agentes intervinientes principales las MNEs, las cuales se organizan internacionalmente, ya sea bajo la fórmula de sucursales, ya como filiales, revistiendo los ropajes de las estructuras jurídicas más diversas que puedan ser imaginadas, implementando en gran número de ocasiones diseños complejos y hasta de difícil entendimiento. Con el paso de los últimos años, además, la prominencia de este tipo de transacciones, lejos de minorar, se ha disparado, al encontrarse favorecidas por los avances tecnológicos en el ámbito de los transportes y las comunicaciones.

Indudablemente ello ha constituido una de las más decisivas razones por las que nos decantamos por la elección de esta materia como objeto de nuestro estudio, pero ni mucho menos la única. Adlátere a ella se encuentra la potísima explicación de que en la literatura tributaria patria no abundan los estudios sobre el principio de *arm's length*, y quienes han encarado el tema no lo han tratado desde una visión integral. No obstante, a medida que hemos ido desarrollando nuestra tarea hemos podido percatarnos de que ello en buena medida se debe a la enorme extensión y pluralidad de ángulos que requiere su tratamiento, si es que se quiere llegar al buen puerto de ofrecer una visión holística, lo que a la postre nos ha conducido en nuestro caso irremediabilmente a tener que elegir aquellos puntos claves para una correcta comprensión, aun corriendo el consciente riesgo de que existen otros tantos que hemos tenido que marginar para ulteriores viajes en el camino. Por tanto, advertimos desde el principio que, ni hemos pretendido agotar, ni siquiera abordar, todas las temáticas relacionadas con el *arm's length*, como así tampoco se pueden querer encontrar, en los seis capítulos en que hemos organizado nuestro trabajo, las respuestas a todas las interrogantes que al estudioso de la materia le puedan surgir. En este modesto (a la par que respetuoso) trabajo nos conformamos con haber reflexionado sobre algunos de los aspectos que en opinión de quien suscribe resultan fundamentales para conocer el principio de *arm's length*.

Además, nuestro interés por el principio de *arm's length* proviene de que se trata de uno de los cánones jurídicos fiscales más denostados en los últimos tiempos, hasta el punto de que se podría decir, con el permiso de MARRERO GUILLAMÓN⁴, que se trata de la fábrica del conflicto en el Derecho Tributario Internacional actual. En sus manos se

⁴ MARRERO GUILLAMÓN, I. (2008) utiliza la frase “*la fábrica del conflicto*” para dar título a su tesis doctoral: “*La Fábrica del Conflicto. Terciarización, Lucha Social y Patrimonio en Can Ricart, Barcelona*”, Universidad de Barcelona.

encuentra el juego del reparto de los beneficios a efectos fiscales de las empresas internacionales en las que descansan los pilares de la economía mundial y, consiguientemente, una parte importantísima de la recaudación fiscal de los Estados. No se precisan más aderezos para sucumbir al atractivo de su estudio.

En la sistemática de nuestra exposición nos hemos decidido por el orden tradicional con que se suelen afrontar los distintos institutos jurídicos en las monografías, preocupados más por la importancia del contenido que de las formas, aunque sin desdén ni desmerecimiento de estas.

Coincidimos con CLAVERO ARÉVALO⁵ cuando afirmaba que el verdadero conocimiento de cualquier instituto jurídico no se alcanza si no se procede al análisis de su origen y se sigue su trayectoria hasta nuestros días. De ahí que hayamos procedido a realizar a lo largo de todo nuestro trabajo un detenido análisis evolutivo del principio de *arm's length*, ilusionados en que el esfuerzo contribuya no solo a conocer lo que es el instituto objeto de estudio, sino a situarnos en condiciones óptimas para que el lector pueda extraer sus propias conclusiones sobre los aciertos y lagunas que presenta, y que se ha encargado de poner de manifiesto el encarnizado enfrentamiento dialéctico que desde hace ya algún tiempo vienen protagonizando los defensores y detractores del principio de *arm's length*. No obstante, hemos dedicado todo el capítulo III a profundizar en la génesis y posterior evolución hasta nuestros días, culminando en el último capítulo –el sexto– con el análisis de la situación actual en la época post-BEPS.

En el capítulo I hemos querido exponer una introducción al concepto del principio de *arm's length*, con un repaso de las posiciones de algunos de los países más interesantes e influyentes en la materia o en nuestro entorno cultural.

El capítulo II se encuentra dedicado al estudio de los fundamentos jurídicos y económicos del principio de *arm's length*, queriendo ofrecer una visión comprensiva no solo de la significación estrictamente jurídica, sino también de las principales corrientes doctrinales que se enfrentan al principio de *arm's length* desde la perspectiva económica. Un instituto tan sumamente implicado en los desplazamientos de bases imponibles, a la par que capaz de inclinar el flujo de los ingresos Estatales, no puede ser observado exclusivamente desde la perspectiva jurídica, la cual nos conferirá información sobre su estatus y funcionamiento, pero no sobre su necesidad, las consecuencias de su aplicación y, en definitiva, las políticas correctivas que en su caso se hagan precisas.

En el capítulo IV nos ocuparemos de la naturaleza del principio de *arm's length* desde la óptica de las fuentes del Derecho.

Por último, en el capítulo V nos enfrentaremos a la realización de un bosquejo sobre la influencia del principio de *arm's length* en nuestro ordenamiento jurídico patrio y la configuración en algunas de sus líneas esenciales del régimen de las operaciones vinculadas.

⁵ CLAVERO ARÉVALO, M. F. (1952).

CAPÍTULO I.-

APROXIMACIÓN A LA NOCIÓN DEL PRINCIPIO

DE *ARM'S LENGTH*

I.1. Introducción al concepto de *arm's length*. Su significación.

I.1.1 Orígenes del término *arm's length*.

El término *arm's length* surge en el Reino Unido, ubicación tan propensa a la utilización de partes del cuerpo humano, o relacionadas con el mismo, como unidades de medida⁶ (la yarda, el pie, la pulgada, etc.), siguiendo así tradiciones culturales de civilizaciones antiguas que han continuado hasta nuestros días. La literalidad de las palabras refiere la unidad de medida representada por la longitud de un brazo, datándose su primer uso en 1650⁷, posiblemente acuñado en el ámbito militar aludiendo a la distancia que debieran guardar los soldados al formar filas o como recoge PETRUZZI⁸ en la disciplina militar de los arqueros “*holding the bow at arm's length*”.

I.1.2 Acepciones del término *arm's length*.

Su significación actual tiene dos acepciones: por una parte, para referirse en general a las relaciones carentes de intimidad o amistad, pese a la existencia de una relación especial como puede ser la proximidad previa⁹; por otra, en el ámbito de las transacciones comerciales, se usa para calificar aquellas transacciones que son acordes con los valores de mercado sin consideración alguna de cualquier conexión que pudiera existir, como la titularidad común de las empresas implicadas¹⁰. En esta última acepción se precisa aún más al acotar su uso para aquella situación en que dos personas, o sociedades, etc., operan separadamente una de otra¹¹.

Pese a todo, se ha apuntado que, desde una perspectiva técnica, las expresiones de *arm's length* y de *non-arm's length* son creaciones del Derecho. No son expresiones del lenguaje ordinario de las que se pueda extraer un significado llano. Además, mientras han sido numerosos los esfuerzos por acotar el significado del concepto *non-arm's length*, no han sido tantas las ocasiones en que el Derecho se ha ocupado del concepto *arm's length*¹². Efectivamente, los textos normativos suelen centrarse en señalar las circunstancias en que se considera que las partes de una transacción no han negociado

⁶ Como primera concreción documentada de unificación de unidades de medida se cita The Assizes of Measures 1196 en el reinado de Ricardo Corazón de León.

⁷ Online Etymology Dictionary, © 2010 Douglas Harper.

⁸ PETRUZZI, R. (2016).

⁹ Collins English Dictionary. Copyright © HarperCollins Publishers.

¹⁰ Ibid: “(of commercial transactions) in accordance with market values, disregarding any connection such as common ownership of the companies involved”.

¹¹ “used to describe a situation in which two people, companies, etc. operate separately from each other” (Cambridge Business English Dictionary © Cambridge University Press)

¹² En estos términos se pronunciaba el juez canadiense Robert J. Hogan en el caso General Electric Capital Canada Inc v The Queen 2009 Can LII 563(TCC), párrafos 188 y 192.

en condiciones de *arm's length*¹³, y resulta raro encontrar que se ocupen de qué es en sentido positivo.

Las discusiones judiciales más frecuentes sobre el alcance y significado de la expresión *arm's length* se han producido en el mundo anglosajón y en países de la Commonwealth (Canadá, Estados Unidos, Reino Unido, Australia), precisamente motivadas por el hecho de que en sus textos normativos fiscales se acude a menudo a la misma¹⁴. Ahora bien, la expresión no siempre es utilizada en un contexto fiscal, siendo también frecuente su utilización en el Derecho societario y contractual¹⁵. Con *non-arm's length* se delimitan las transacciones en las que personas que son independientes (a los ojos del Derecho) actúan como si fueran personas con vínculos de sangre o maritales, en otras palabras, la expresión viene referida a si una transacción entre personas independientes tiene las mismas características que una entre personas dependientes¹⁶. Con *arm's length* en el ámbito de las relaciones contractuales se engloban aquellas transacciones en que una persona (física o jurídica) controla la voluntad de ambas partes de la transacción¹⁷, es decir, cuando entre las partes no hay lazos de dependencia, control o influencia¹⁸. Desde una óptica de la teoría económica se ha puntualizado que dicho término se encuentra relacionado con aquellas negociaciones en que las partes tienen intereses opuestos, teniendo cada una un interés económico distinto en el resultado¹⁹. Igualmente se ha dicho que el *arm's length* es un principio de evaluación que normalmente se aplica a las transacciones comerciales y financieras entre sociedades vinculadas para determinar si han sido llevadas a cabo como si de partes independientes se tratase, actuando cada una en su propio interés²⁰.

En el contexto de los precios de transferencia, que es del que nos vamos a ocupar a lo largo del presente trabajo, la expresión *arm's length* viene referida a cómo partes independientes se comportarían negociando en el mercado²¹, el vendedor o proveedor de servicios guiado por el propósito de conseguir el precio más alto o las mejores condiciones, el comprador tratando de conseguir el precio más bajo²².

¹³ Tribunal Supremo de Canadá en caso *Minister of National Revenue v. Sheldon's Engineering Ltd.* [1955] S.C.R. 637.

¹⁴ Tax Court of Canadá en el caso *Crawford & Co.Ltd. v. M.N.R.*, 1999 Can LII 352 (TCC), parágrafo 26.

¹⁵ *The Canadian Law Dictionary* (1983).

¹⁶ Court of Appeal for British Columbia en el caso *Skalbania (Trustee of) v. Wedgewood Village Estates Ltd.*, 1989 CanLII 2747 (BC CA), parágrafo 12.

¹⁷ *General Electric Capital Canada Inc v The Queen* 2009, parágrafo 193.

¹⁸ Court of Appeal for British Columbia en el caso *Galaxy Sports Inc. (Re)*, 2004 BCCA 284, parágrafo 56: "*arm's length has generally been defined to mean that there are no bonds of dependence, control or influence, between the corporation and the person in question*".

¹⁹ Court of Queen's Bench of Alberta en el caso *Pocklington Foods Inc. v. Alberta (Provincial Treasurer)* 1998 ABQB 279 (CanLII) (1998), parágrafo 197: "*In assuming that the parties are acting at arms-length, the negotiation is contemplated to be between parties with opposing interests, each having an economic stake in the outcome*".

²⁰ OCDE, 2006, *Annual Report on the OECD Guidelines for Multinational Enterprises: Conducting Business in Weak Governance Zones*, OECD, Paris.

²¹ *General Electric Capital Canada Inc. v. The Queen*, 2009 TCC 563 (CanLII) parágrafo 196; *Crawford & Co. Ltd. v. M.N.R.*, 1999 CanLII 352 (TCC).

²² *Crawford & Co. Ltd. v. M.N.R.*, 1999 CanLII 352 (TCC) parágrafo 39.

En nuestro país la STC 145/2013 de 11 de julio señala que "las operaciones efectuadas entre personas o entidades vinculadas se valorarán por su valor normal de mercado", entendiéndose por tal "aquel que se habría acordado por personas o entidades independientes en condiciones de libre competencia"(FJ 2).

I.1.3 Terminología.

Así como la terminología anglosajona utilizada para el concepto es unívoca y muy gráfica, no sucede lo mismo cuando se traduce a otros idiomas, de ahí que se acuda a denominaciones muy variadas para referirse al principio de *arm's length*, aunque ello no puede plantearnos dudas de que se trata de exactamente lo mismo. Se haría imposible el dejar aquí recogidas todas las traducciones o terminologías empleadas, nos ceñiremos a dejar constancia de algunas de las más relevantes. Debemos advertir que es frecuente que la doctrina se adscriba a la utilización indistinta de más de una terminología única en sus trabajos, dada la generalidad del empleo de alguna de las traducciones sin connotación de significado alguna.

Una de las denominaciones más extendida es la de principio de plena competencia, que a priori puede inducir al error de pensar que hace referencia a materia mercantil, y más concretamente al Derecho de la competencia. Evidentemente no es así, aunque con ella se viene destacando cómo el citado principio viene a preservar, desde el punto de vista fiscal, el que las empresas concurren en igualdad de condiciones, igualdad que quedaría diluida si los precios pudieran ser determinados por circunstancias diferentes a las reglas que rigen los mercados. De ahí que se haya dicho que es la plena competencia quien fundamenta los precios de transferencia y sirve de base para aplicar los métodos.

Otra denominación que incide en la misma perspectiva que la anterior es la de principio de plena concurrencia. Su utilización puede ser encontrada en autores como GARCÍA NOVOA²³ o PICCIOTO²⁴, y es la traducción en la documentación oficial de la Organización para la cooperación y el desarrollo económico (OCDE), así como genéricamente en la literatura tributaria²⁵. Una variante sobre la misma es la de principio de libre concurrencia, adoptada por autores como GARCÍA BAÑUELOS²⁶, PALAO TABOADA²⁷, o COSÍN OCHAITA²⁸.

En otra línea de traducción, los autores ponen el énfasis en la libertad e independencia de las partes envueltas en la transacción. Es el caso de quienes utilizan el término operador independiente (CHECCHIN²⁹) o principio de entidad independiente³⁰ o

²³ GARCÍA NOVOA, C. (2012 a).

²⁴ PICCIOTO, S. (2014).

²⁵ CRUZ PADIAL, I. (2007).

²⁶ GARCÍA BAÑUELOS, J.A. y MUT AGUILAR, I. (2017).

²⁷ PALAO TABOADA, C. (1977).

²⁸ COSÍN OCHAITA, R. (2007).

²⁹ CHECCHIN, D. (2000).

entidad separada, o principio de independencia (CASTRO³¹, GARCÍA PRATS³²). CRUZ PADIAL³³ defiende que la expresión principio de independencia entre las entidades asociadas refleja con mejor sentido la interpretación que quiere hacerse, no obstante, utiliza indistintamente entidad separada y principio de plena o libre concurrencia. El MC ONU en su traducción al castellano adopta con relación a su art^o9 la terminología de principio de independencia.

Otras variantes son aquellas que toman como referencia la finalidad valorativa que preside las políticas de los precios de transferencia. Así, v.gr. VEGA GARCÍA³⁴ elige la terminología de principio de valoración de las operaciones o de una forma más específica TRAPÉ VILADOMAT³⁵ alude a la frecuencia del empleo de “*valoración a mercado*”. Efectivamente, es harto frecuente la alusión directa del valor de mercado como sinónimo de *arm's length*.

Otra terminología menos frecuente es la de principio del precio sin interferencias (ORSINI³⁶), principio de las transacciones conmutativas (ANDRADE³⁷), o principio del no favoritismo (MACHADO³⁸).

Como queda constatado la variedad terminológica queda fuera de toda duda.

I.1.4 Acogida del *arm's length* en las legislaciones nacionales.

Aunque el ámbito propio del principio de *arm's length* es el internacional, siendo su vocación internacional preclara e implícita en el propio concepto de *arm's length*³⁹, no quiere ello decir que no tenga relevancia e interés en las legislaciones nacionales. Como veremos en el capítulo III, en los primeros trabajos de la Liga de las Naciones, los expertos partieron del estatus de la materia en los distintos países, como se puede verificar *ad exemplum* en los trabajos e Informe Carroll, donde se procedió a la exploración de la situación en múltiples jurisdicciones para extraer inductivamente, a partir de los mismos, pautas y reglas con los que conseguir atajar el problema de la doble imposición y la distribución de beneficios de las empresas entre Estados. Es más, el citado profesor rehusó emitir su informe con carácter previo, tal y como le había sido instado por la 4ª sesión de 1933, al considerar insuficientemente representativo el

³⁰ Es la mantenida por la Comisión Independiente para la Reforma de la Fiscalidad Corporativa Internacional (ICRICT) en su documento de 2018: *Una Hoja de Ruta para Mejorar las Reglas de Tributación de las Multinacionales. Un Futuro Más Justo para la Tributación Mundial*.

³¹ CASTRO ARANGO, J. M. (2012).

³² GARCÍA PRATS, F. A. (2005 a).

³³ CRUZ PADIAL, I. (2007).

³⁴ VEGA GARCÍA, A. (2011).

³⁵ TRAPÉ VILADOMAT, M. (2007).

³⁶ ORSINI, E.P. (1999).

³⁷ ANDRADE, M. (1999).

³⁸ TAVOLARO, A. T., MACHADO, B. & MARTINS, I. (1988).

³⁹ La vocación internacional queda fuera de toda duda, dado que se trató de un paradigma ideado para solucionar problemas de doble imposición y realizar un correcto reparto de beneficios entre Estados, fenómenos que no ocurren en el ámbito doméstico.

espectro de análisis hasta entonces obtenido y que se ceñía a Francia, Alemania, Gran Bretaña, Estados Unidos y España.

De otra parte, el interés por las posiciones domésticas brota de la circunstancia de que el tráfico comercial internacional ha venido estando dominado por determinadas potencias económicas y su entorno, por lo que sus posicionamientos son sustancialmente importantes en el régimen que a lo largo de los años se ha ido configurando. Nadie discute el protagonismo de EE. UU. en esta área y la influencia de sus políticas sobre precios de transferencia en el seno de la OCDE. Además, las decisiones adoptadas por organismos internacionales (OCDE, ONU, etc.) son el resultado y vienen lastradas por los condicionamientos impuestos por las estructuras nacionales de sus EE.MM, e incluso, a mayor abundamiento, supondrán condicionamientos para las políticas fiscales que esos países –y todos aquellos en que se manifieste su halo de influencia– adopten en su entorno nacional a *posteriori*.

Aquí, en este apartado del presente capítulo introductorio tan solo queremos dejar constancia de la acogida del principio de *arm's length* en la normativa doméstica de un elenco ilustrativo de jurisdicciones representativas. Por tanto, no es nuestro propósito dejar rendida cuenta del régimen de precios de transferencia en las jurisdicciones listadas, ni siquiera del régimen detallado de la regulación, el funcionamiento y la aplicación del *arm's length*. Nos hemos limitado a dejar prueba de la extensa acogida explícita y/o conceptual en las versiones normativas más actualizadas de tales jurisdicciones a la fecha de redacción de las presentes líneas, con lo cual daremos por cumplido nuestro objetivo de aproximarnos a la noción del *principio de arm's length* que es de lo que aquí se trata.

El principio de *arm's length* normalmente aparece acogido en las legislaciones domésticas con miras a las transacciones, tanto internas como transnacionales, entre empresas asociadas o relacionadas. A tal efecto debemos advertir que los regímenes nacionales se encontrarán localizados a caballo entre las normas nacionales propiamente dichas (en sus normativas de regulación del impuesto de sociedades) y la red de CDI que tengan celebrados siguiendo el MCDI OCDE a través de la acogida del artº9 de dicho patrón normativo. También quede aclarado que en aquellos países que sean miembros de la OCDE y del Marco Inclusivo⁴⁰, la presencia del principio de *arm's length* ha cobrado una especial significación en los últimos años a través de la implementación de las Acciones BEPS de las que ya nos ocuparemos extensamente con posterioridad y cuya lectura se hace necesaria para entender lo que apuntamos. Por último, hay que significar que cuando se trate de transacciones en el ámbito de la U.E. en que resulte aplicable el Convenio relativo a la supresión de la doble imposición en caso de corrección de los beneficios de empresas asociadas⁴¹ habrá que atender al artº4.1, en donde el principio de *arm's length* aparece nítidamente reflejado.

⁴⁰ Sobre el mismo volveremos en el último capítulo de este trabajo.

⁴¹ 90/436/CEE.

Artículo 4

“La aplicación del presente convenio se regirá por los principios siguientes:

1) Cuando:

La definición oficial del *arm's length* en Estados Unidos la encontramos en las Treasury Regulations 1.482-1(b)⁴², donde se dispone que el estándar aplicable en todo caso a un contribuyente vinculado en la determinación de los ingresos gravables será el de contratación conforme al *arm's length* con un contribuyente no dependiente. Una transacción será coherente con el estándar del *arm's length* si los resultados de la transacción son consistentes con los resultados que se hubieran conseguido si partes no dependientes hubieran celebrado la misma transacción bajo las mismas circunstancias⁴³. Por el momento, por razones de economía expositiva no abundamos en mayores consideraciones sobre el régimen estadounidense, por cuanto en distintas partes de nuestro estudio nos acercaremos al mismo⁴⁴, siendo suficiente aquí una remisión.

En Australia,⁴⁵ hasta 2013 se vinieron conteniendo en el Capítulo (Division) 13 de la Parte III de la *Income Tax Assessment Act 1936* –comprensivo de los artículos 136AA a

a) una empresa de un Estado contratante participe directa o indirectamente en la dirección, el control o el capital de una empresa de otro Estado contratante, o cuando

b) las mismas personas participen directa o indirectamente en la dirección, el control o el capital de una empresa de un Estado contratante y de una empresa de otro Estado contratante,

y cuando en uno de estos casos las dos empresas, en sus relaciones comerciales o financieras, estén vinculadas por condiciones acordadas o impuestas que difieran de las que se acordarían entre empresas independientes, los beneficios que en caso de no haberse dado dichas condiciones, hubiese realizado una de las empresas, pero que no hayan podido realizarse debido a la existencia de dichas condiciones, podrán incluirse en los beneficios de dicha empresa y ser gravados consecuentemente”.

⁴² Las Regulations o reglamentaciones son las normas con más alto rango emanadas por el Departamento del Tesoro estadounidense y se codifican en el capítulo 26 del CFR. Las Regulations no son citadas como CFR sino como Treasury Regulations (Treas. Reg.), que traducimos como Regulaciones del Tesoro. Su identificación se realiza conforme a una sistemática perfectamente definida e identificable.

La totalidad del ordenamiento jurídico administrativo estadounidense descansa en el Code of Federal Regulations (CFR), dividido en cincuenta títulos, siendo el título 26 el dedicado a los “*Internal Revenue*”, al que se incorporan bajo un único capítulo que se encabeza como “*Internal Revenue Service, Department of the Treasury*” ocho subcapítulos ordenados de la “A” a la “H”. El capítulo I comprende las secciones 1-899, y en el subcapítulo “A”, su Parte 1 (de las 19 en que se distribuye) se dedica al “*Income Tax*” o impuesto sobre las rentas tanto de personas físicas como de sociedades. La referida Parte 1 del subcapítulo “A” engloba desde la Sección § 1.1 a la § 1.9300. Las Secciones equivalen en nuestro sistema legislativo a lo que denominamos artículos.

Todas las Regulaciones se ubican en el título 26 del CFR, por lo que en su identificación no se contiene referencia alguna a tal título.

En la numeración, la primera cifra antes del punto ortográfico indica la parte del subcapítulo, y la segunda cifra la Sección o artículo propiamente dicho. La Sección § 1.482 indica que se trata del artículo 482 propiamente dicho, el cual se sitúa dentro de la Parte I del subcapítulo en el que se ubica. Una misma sección o artículo puede contener regulaciones en distintas partes.

⁴³ § 1482-1.(b) Arm's length standard.

(1) *In general.*

“*In determining the true taxable income of a controlled taxpayer, the standard to be applied in every case is that of a taxpayer dealing at arm's length with an uncontrolled taxpayer. A controlled transaction meets the arm's length standard if the results of the transaction are consistent with the results that would have been realized if uncontrolled taxpayers had engaged in the same transaction under the same circumstances (arm's length result)*”.

⁴⁴ Por ejemplo, en el capítulo III, apartados III.3.1.2 y III.3.3.3.

⁴⁵ Para el estudio del régimen de los precios de transferencia en Australia se han tomado en consideración las siguientes fuentes de consulta:

- Del Gobierno de Australia: [Online]

✓ <https://www.ato.gov.au/General/New-legislation/In-detail/Other-topics/International/Transfer-pricing-legislation-update/>

136AF– las referencias a la expresión *non-arm's length* para determinar el mecanismo mediante el que contrarrestar los desplazamientos internacionales de los beneficios y asegurar que la hacienda australiana recibiera su justa parte conforme a las condiciones que deberían haber existido si se tratara de partes independientes bajo condiciones comparables. Dicha regulación se completaba con el *Tax Ruling* 94/14⁴⁶, entre cuyos pasajes se señalaba en el parágrafo 54 que el concepto de *arm's length* en el capítulo 13 se encontraba inspirado por el principio de *arm's length*, quien a su vez se inspiraba en la comparabilidad y lo que partes independientes harían –o razonablemente se esperaría que hicieran– en las mismas circunstancias que el contribuyente⁴⁷. En 1997 se publicó la *Income Tax Assessment Act* (ITAA 1997), en cuyo capítulo 2, Parte 2–10, Division 41, subdivisión 41–B, en la que se contiene la regla sobre las deducciones fiscales en operaciones a *non-arm's length*, pero no se contiene referencia alguna a transacciones internacionales. Posteriormente, mediante la *Tax Laws Amendment (Cross–Border Transfer Pricing) Act* (No. 1) 2012 se introdujo la subsección 815–A bajo el título

-
- ✓ https://www.legislation.gov.au/Details/C2017C00155/Html/Volume_9#_Toc483918537
 - ✓ https://www.ato.gov.au/print-publications/international-transfer-pricing-introduction-to-concepts-and-risk-assessment/?page=4#Arm_s_length_methodologies; así como los distintos enlaces derivados de dicha página.
 - ✓ *Tax Laws Amendment (Cross Border Transfer Pricing) Bill 2013: Modernisation of Transfer Pricing Rules*”, Explanatory Memorandum. https://cdn.treasury.gov.au/uploads/sites/1/2017/06/TPR_Explanatory_Memorandum.pdf
 - ✓ *Tax Laws Amendment (Cross Border Transfer Pricing) Bill 2013: Modernisation of Transfer Pricing Rules*”, Second Reading Speech. <https://www.ato.gov.au/law/view/document?LocID=%22SRS%2F20130101%2F0001%22&PiT=99991231235958>,

- De E&Y[Online]: “*The Worldwide Transfer Pricing Guide 2019–2020*”, https://www.ey.com/en_gl/tax-guides/worldwide-transfer-pricing-reference-guide-2020
- International Tax Review[Online]: *Transfer Pricing 16th Edition*, Tax Reference Library No 91. <https://www.internationaltaxreview.com/pdfs/supplements/tp14.pdf>,
- De la OCDE: Fichas por país[Online]: <https://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/transfer-pricing-country-profile-australia.pdf>,”
- De KPMG[Online]: “*Global Transfer Pricing Review. Recent Developments from Around the World*”. <https://assets.kpmg/content/dam/kpmg/pdf/2016/06/global-transfer-pricing-review-2016.pdf>

⁴⁶ Los “*public tax ruling*” son disposiciones vinculantes emanadas por el Comisario Fiscal (órgano gestor dentro de la agencia tributaria australiana–ATO–) que contienen directrices o guías sobre cómo se aplica o debería aplicarse la regulación sobre una materia fiscal. En este sentido los concibe el TR 2006/10 en su parágrafo 4: “4. *A public ruling is written binding advice, published by the Commissioner for the information of entities generally, on the way in which, in the Commissioner's opinion, a relevant provision applies or would apply to entities generally, or a class of entities. A public ruling will state that it is a public ruling.*” El TR 94/14 surgió con el objetivo de proporcionar a contribuyentes y administración directrices basadas en los principios contenidos en el capítulo 13 para fijar precios, a efectos fiscales, en transacciones internacionales, entre partes vinculadas, de manera que la hacienda australiana reciba las rentas y retenciones correctas.

⁴⁷ “*The use of the concept of "arm's-length consideration" in Division 13 is modelled on the arm's length principle. This principle is in turn modelled on notions of comparison and predication about what independent parties dealing at arm's length either did or might reasonably be expected to have done in the taxpayer's circumstances*”.

“*Treaty-equivalent cross-border transfer pricing rules*” a la *Income Tax Assessment Act* 1997 y que tuvo como propósito el que los beneficios no se distribuyeran o asignaran incorrectamente al extranjero, aplicando para ello el principio de *arm’s length*. La subsección 815–A tuvo un ámbito temporal restringido a los ingresos comprendidos entre 1 julio 2004 y 30 junio 2013. Un año más tarde, la *Tax Laws Amendment (Countering Tax Avoidance and Multinational Profit Shifting) Act* 2013 (No. 101,2013) en su apartado (schedule) 2 – Titulado “*Modernización de los precios de transferencia*”, parte 1, derogó el capítulo 13 de la parte III de la *Income Tax Assessment Act* 1936 (ITAA 1936), basado en la aplicación del *arm’s length* mediante acuerdos internacionales, y añadió al capítulo 815 de la *Income Tax Assessment Act* 1997 las secciones 815–B, 815–C⁴⁸ y 815–D⁴⁹, viniendo a dar un tratamiento unitario a todos los casos en los que exista tratado y en los que no. Australia era plenamente consciente de la importancia de los precios de transferencia para su economía, representando en 2009 nada menos que 270 mil millones de dólares (el 50% de las operaciones transfronterizas) Con ello se busca el alineamiento del régimen australiano de los precios de transferencia con los estándares internacionales y los enfoques de la OCDE contenidos en las Directrices sobre Precios de Transferencia 2010 y los acuerdos alcanzados por Australia con otras jurisdicciones. De esta manera se conseguirá reducir el riesgo de situaciones de doble imposición (o de no–imposición), a la par que los costes de cumplimiento y administración. Igualmente se conseguirá facilitar el comercio y la inversión. La sección 815–B aparece dedicada a regular las operaciones transfronterizas en las que una entidad trate de conseguir una ventaja fiscal en Australia en condiciones no compatibles con el principio de *arm’s length*⁵⁰. A tal efecto se considerará que las condiciones de las relaciones entre una entidad y otra son de *arm’s length* cuando serían las esperadas en las relaciones entre entidades independientes que contratan completamente de forma independiente en circunstancias comparables⁵¹, con esta regulación se consigue uniformidad con el régimen previsto en los CDI bilaterales de los que Australia forma parte. La tributación en Australia no podrá ser inferior:

- a la que resultaría si las condiciones hubieran sido de *arm’s length* de acuerdo con las funciones desempeñadas, los activos utilizados y los riesgos asumidos;
- y la que cabría esperar en condiciones de *arm’s length*.

Como puede apreciarse, solamente se contempla la hipótesis de tributación inferior, no la superior.

Una de las grandes particularidades del nuevo régimen legal australiano es que el *arm’s length* en las operaciones transfronterizas se aplicarán tanto si se trata de operaciones entre empresas asociadas como entre empresas no–asociadas, con lo que se logra

⁴⁸ Dedicado a la aplicación del *arm’s length* en el contexto de los establecimientos permanentes.

⁴⁹ Dedicado a las reglas especiales para fondos y sociedades.

⁵⁰ Así lo especifica el Artículo 815–101.

⁵¹ Artículo 815–125 (1): “*The arm’s length conditions, in relation to conditions that operate between an entity and another entity, are the conditions that might be expected to operate between independent entities dealing wholly independently with one another in comparable circumstances*”.

desincentivar el que se trate de eludir la aplicación del *arm's length* con fundamento en la falta de asociación.

Para la identificación de las condiciones de *arm's length* se aplicará el método más adecuado y fiable, incluso mixto⁵², sin que exista ninguna metodología preferente⁵³ ni aparezca aludida ninguna en particular. Para ello se tendrán en cuenta las fortalezas y debilidades de los métodos posibles, las circunstancias (incluyendo funciones desarrolladas, activos utilizados y riesgos asumidos), la disponibilidad de la información requerida para la aplicación del método de que se trate y el grado de comparabilidad (incluyendo la fiabilidad de los ajustes que se hicieran precisos). La identificación de las condiciones se basará en las relaciones comerciales y financieras, atendiendo tanto a la forma como a la sustancia de las mismas.

En el análisis de comparabilidad se admiten ajustes que permitan eliminar los efectos de las diferencias entre los comparables utilizados y se prevé la posibilidad de determinación de un rango. La ATO es consciente de que en la determinación de los precios pueden intervenir múltiples factores, por lo que se hará preciso en el examen acercarse lo máximo posible a los acuerdos y circunstancias de las partes intervinientes para poder llegar al precio "*at arm's length*". El conseguir absoluta precisión y certeza en el desempeño de esta tarea es muy difícil.

Australia como Estado miembro de la OCDE y del Marco Inclusivo se encuentra comprometida para enfrentarse a los riesgos BEPS procediendo a implementar las recomendaciones contenidas en las Acciones 2, 5, 8–10, 13, 14 y 15. Entre las actuaciones llevadas a cabo son destacadas por la ATO⁵⁴:

- con relación a la Acción 2 la *Treasury Laws Amendment (Tax Integrity and Other Measures No. 2) Act 2018* introdujo la División 832 de la ITAA 1997 donde se contienen las reglas relativas a los desajustes híbridos;
- con relación a las Acciones 8–10:
 - ✓ en enero de 2019 se publicó la actualización de la *Guía Práctica de Cumplimiento (PCG 2017/2) sobre las Opciones Simplificadas de los libros de registro de las operaciones de precios de transferencia*, estableciéndose siete posibilidades diferentes: pequeños contribuyentes, distribuidores, servicios intragrupo de bajo valor, préstamos internos de bajo valor, servicios técnicos y préstamos externos de bajo valor;
 - ✓ el artº 815–35 (2)⁵⁵ fue puesto al día mediante el *Treasury Laws Amendment (2019 Measures No. 3) Act 2020*, incorporando la alusión

⁵² Artº 815–125 (2): "*In identifying the *arm's length conditions, use the method, or the combination of methods, that is the most appropriate and reliable*".

⁵³ Artículo 815–125

⁵⁴ Fuente de información [Online]: <https://www.ato.gov.au/business/international-tax-for-business/in-detail/base-erosion-and-profit-shifting/>

⁵⁵ "815-135 Guidance

a las Directrices sobre Precios de Transferencia de la OCDE 2017, de manera que la legislación australiana sobre precios de transferencia deberá ser interpretada de forma consistente con las Directrices;

- con relación a la Acción 13 en junio de 2018 se procedió a implementar completamente el Informe país por país;
- con relación a la Acción 14 se pusieron al día los MAP en octubre 2018;
- con relación a la Acción 15 el 7 junio de 2017 se firmó el *Convenio Multilateral para Implementar las Medidas Relativa a los Tratados Fiscales para Prevenir BEPS* (MLI).

En el Reino Unido⁵⁶ actualmente se recoge el *arm's length* en la parte 4 (rubricada como “*Transfer Pricing*”) de la *Taxation (International and Other Provisions) Act 2010* (TIOPA), que vino a derogar el anterior régimen establecido en la *Income and Corporation Tax Act 1988* (ICTA). El artº 770(1) de la ICTA disponía la posibilidad de ajustes en los ingresos, beneficios o pérdidas, a efectos del impuesto, cuando un bien fuera vendido concurriendo las circunstancias de que:

- por una parte, el comprador fuera una entidad sobre la que el vendedor tenía control, tanto porque el vendedor fuera una entidad sobre la que el comprador

(1) *For the purpose of determining the effect this Subdivision has in relation to an entity, identify arm's length conditions so as best to achieve consistency with the documents covered by this section.*

(2) *The documents covered by this section are as follows:*

(a) *the Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, as approved by the Council of the Organisation for Economic Cooperation and Development and last amended on 19 May 2017;*

(b) *a document, or part of a document, prescribed by the regulations for the purposes of this paragraph.*

(3) *However, the document mentioned in paragraph (2)(a) is not covered by this section if the regulations so prescribe.*

(4) *Regulations made for the purposes of paragraph (2)(b) or subsection (3) may prescribe different documents or parts of documents for different circumstances.”*

⁵⁶ Para el estudio del régimen de los precios de transferencia en el Reino Unido se han tomado en consideración las siguientes fuentes de consulta:

- del Gobierno UK[Online]:
 - ✓ <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/8/contents> , y los enlaces derivados de tal dirección.
 - ✓ “*Transfer Pricing Guidance*” de 2014, <https://www.gov.uk/guidance/transfer-pricing-transactions-between-connected-companies>
 - ✓ HMRC Internal Manual, International Manual. <https://www.gov.uk/hmrc-internal-manuals/international-manual/intm489030>
- BHOGAL, S.; FRYER, B. & BROWN, M. (2016, 1 diciembre). “The UK's implementation of BEPS action items”. [Online] [https://content.next.westlaw.com/Document/I83d934c1dc3f11e8a5b3e3d9e23d7429/View/FullText.html?contextData=\(sc.Default\)&transitionType=Default&firstPage=true](https://content.next.westlaw.com/Document/I83d934c1dc3f11e8a5b3e3d9e23d7429/View/FullText.html?contextData=(sc.Default)&transitionType=Default&firstPage=true)
- De E&Y[Online]: Guía 2019–2020 anteriormente citada.
- De International Tax Review: *Transfer Pricing* 16th Edition, Tax Reference Library No 91 [Online] <https://www.internationaltaxreview.com/pdfs/supplements/tp14.pdf>,
- De KPMG: “Global Transfer Pricing Review. Recent Developments from Around the World”. [Online] <https://assets.kpmg/content/dam/kpmg/pdf/2016/06/global-transfer-pricing-review-2016.pdf>
- De la OCDE : Fichas por país[Online]: ya citadas.

tenía control como porque fueran ambas entidades sobre las que la misma(s) persona(s) tenía(n) control y,

- por otra parte, el bien fuera vendido a un precio que, o era menor al precio esperable que alcanzarían partes independientes contratando a *arm's length*, o era superior al precio de *arm's length*⁵⁷.

El artº770 sufrió diversas modificaciones, debiendo destacarse la efectuada mediante el anexo 16 de la *Finance Act 1998*, la cual introdujo el anexo 28AA a la ICTA dedicado a la regulación de las condiciones de no *arm's length*, y en cuyo párrafo 1(2) conceptuaba que se aplicaría el régimen dispuesto cuando las condiciones reales difirieran de las condiciones de *arm's length* en que se habría celebrado la transacción o serie de transacciones entre empresas independientes, confiriendo alguna ventaja fiscal en relación al Reino Unido a una de las personas involucradas (partes de la transacción) o a ambas partes⁵⁸.

Después de diversas vicisitudes legislativas⁵⁹, el nuevo artº151 (1)⁶⁰ de la TIOPA, ubicado en la Parte 4 (rubricada "*Transfer Pricing*") de la mentada norma, remite al artº 147(1)⁶¹, en el cual se prevé el cálculo del impuesto conforme a las condiciones de

⁵⁷ "(1) *Subject to the provisions of this section and section 771, where any property is sold and—*
(a) *the buyer is a body of persons over whom the seller has control or the seller is a body of persons over whom the buyer has control or both the buyer and the seller are bodies of persons over whom the same person or persons has or have control; and*
(b) *the property is sold at a price ("the actual price") which is either—*
(i) *less than the price which it might have been expected to fetch if the parties to the transaction had been independent persons dealing at arm's length ("the arm's length price"), or*
(ii) *greater than the arm's length price,*
then, in computing for tax purposes the income, profits or losses of the seller where the actual price was less than the arm's length price, and of the buyer where the actual price was greater than the arm's length price, the like consequences shall ensue as would have ensued if the property had been sold for the arm's length price"

⁵⁸ "*if the actual provision—*
(a) *differs from the provision ("the arm's length provision") which would have been made as between independent enterprises, and*
(b) *confers a potential advantage in relation to United Kingdom taxation on one of the affected persons, or (whether or not the same advantage) on each of them"*.

⁶⁰ "151 "*Arm's length provision*"

(1) *In this Part "the arm's length provision" has the meaning given by section 147(1).*

(2) *For the purposes of this Part, the cases in which provision made or imposed as between any two persons is to be taken to differ from the provision that would have been made as between independent enterprises include the case in which provision is made or imposed as between two persons but no provision would have been made as between independent enterprises; and references in this Part to the arm's length provision are to be read accordingly."*

⁶¹ "147 *Tax calculations to be based on arm's length, not actual, provision*

(1) *For the purposes of this section "the basic pre-condition" is that—*

(a) *provision ("the actual provision") has been made or imposed as between any two persons ("the affected persons") by means of a transaction or series of transactions,*

(b) *the participation condition is met (see section 148),*

(c) *the actual provision is not within subsection (7) (oil transactions), and*

(d) *the actual provision differs from the provision ("the arm's length provision") which would have been made as between independent enterprises"*.

arm's length (*arm's length* provision) y no a las condiciones reales en el caso de que las condiciones reales difieran de las condiciones (de *arm's length*) en que se habría realizado la transacción o serie de transacciones entre partes independientes⁶².

El artº164 dispone que la Parte 4 de la norma tiene que interpretarse de la manera que mejor asegure la consistencia con las Directrices sobre Precios de Transferencia y con el artº9 MCDI OCDE⁶³.

El régimen inglés solamente permite que como resultado de ajustes para la determinación del *arm's length* se llegue a un incremento de los beneficios gravables o una disminución de las pérdidas [artº 155 en relación con el artº 147 (3)].

En lo que se refiere a los métodos aplicables para la determinación del precio de *arm's length* la norma no contiene una referencia expresa a los métodos previstos, pero la previsión contenida en el artº164 permite inferir que son aplicables cuantos métodos son acordes con las Directrices de la OCDE. Otro tanto sucede con la admisibilidad del rango de comparabilidad, expresamente aludido en la INTM484090 y INTM485120 y los ajustes de comparabilidad.

Por último, dejemos apuntado que como miembro que era de la U.E., así como Estado miembro de la OCDE, del Marco Inclusivo y del G-20, el Reino Unido ha tenido un comportamiento proactivo en la implementación de las acciones BEPS conforme a los siguientes pasos:

- con relación a la Acción 2 procedió implementarla en la *Finance Act* 2016;
- con relación a la Acción 5 procedió definitivamente a implementarla como parte de la *Finance Act* 2016, con ulteriores precisiones en la *Finance (nº2) Act* 2017 relativos a los acuerdos de reparto de costes;
- con relación a la Acción 6 los CDI concluidos por el Reino Unido en los últimos años fue incorporando una cláusula PPT;
- con relación a las Acciones 8-10 se entendió desde el primer momento que la vía dispuesta por el artº 164 de la TIOPA permitía que las disposiciones domésticas y de los CDI en los que el Reino Unido era parte fueran fácilmente integrables en las previsiones de las Acciones 8-10. Sin embargo, pronto se trató de incorporar una actualización expresa desde el *Finance Bill* 2016 que culminarían en el texto definitivo de la *Finance Act* 2016. El 2 de febrero 2018 el *HM Treasury* emitió la SI 2018/266 para aclarar que había que estar a la versión de 2017 de las Directrices;

A los efectos del entendimiento de la terminología utilizada en la norma hay que tener en consideración según determina el Manual Internacional INTM412050 del *HM Revenue & Customs* (equivalente a nuestra Agencia Tributaria):

- provision: condiciones impuestas por el artº9 MCDI OCDE
- actual provision: las condiciones a que han celebrado dos partes relacionadas o asociadas una operación

⁶² “(d) the actual provision differs from the provision (“the arm’s length provision”) which would have been made as between independent enterprises.”

⁶³ INTM412000

- con relación a la Acción 13 la *Finance Act 2015* confirió facultades al Tesoro para que mediante reglamentaciones estableciese el régimen de documentación e informe país por país, dando lugar a que en marzo de 2016 surgieran *Taxes (Base Erosion and Profit Shifting) (Country-by-country Reporting) Regulations*, modificadas en el año 2017;
- con relación a la Acción 14 el informe de la OCDE *peer review* señala que el Reino Unido cumple con la mayoría de los requerimientos de los estándares mínimos;
- con relación a la Acción 15 el Reino Unido ha estado implicada activamente en la redacción del Instrumento Multilateral que procedió a firmarlo el 7 junio 2017 (ratificado el 29 junio 2018).

Los países más próximos a nuestro entorno igualmente acogen el *arm's length* en sus regulaciones. Así, la República de Portugal⁶⁴, Estado miembro de la OCDE e integrante del Marco Inclusivo, dispone en su ordenamiento de un régimen de precios de transferencia tanto para las operaciones domésticas como para las operaciones transnacionales. Dicho régimen fue adaptado a las Directrices de 2017 en el año 2019. Hasta esa fecha, en el período comprendido entre el año 2009 al 2019, el artº63.1 de su Código del Impuesto sobre los Rendimientos de las Personas Jurídicas (CIRPJ)⁶⁵, regulaba que tanto las operaciones comerciales (incluyendo, en particular, operaciones o series de operaciones sobre bienes, derechos o servicios), como las operaciones financieras, cuando fueran efectuadas entre un sujeto pasivo y cualquier otra entidad (sujeta o no al impuesto de la renta de sociedades) con la que estuviera en situación de relaciones especiales, debían contratarse, aceptarse y practicarse en términos o condiciones sustancialmente idénticos a los que normalmente contratarían, aceptarían y practicarían entidades independientes en operaciones comparables⁶⁶. La normativa contenida en el CIRPJ se encontraba completada con la *Portaria*⁶⁷ del Ministerio de

⁶⁴ Para el estudio del régimen de los precios de transferencia en República de Portugal se han tomado en consideración las siguientes fuentes de consulta:

- De la Autoridade Tributária e Aduaneira de la República de Portugal la siguiente dirección: https://info.portaldasfinancas.gov.pt/pt/informacao_fiscal/codigos_tributarios/CIRC_2R/Pages/irc63.aspx
- Del Diario Electrónico de la República de Portugal. <https://dre.pt/pesquisa/-/search/319769/details/maximized>
- MARREIROS MOREIRA, T. & ANTAS, F. (2018, 1 junio). “Transfer Pricing in Portugal”. Thomson Reuters, Practical Law. <https://bit.ly/3HoHhYM>
- De E&Y: guía 2019–2020 ya citada.

⁶⁵ El Decreto–Ley nº442–B/88 de 30 de noviembre constituyó la primera redacción del Código del Impuesto sobre las Rentas de Sociedades, si bien en la materia que nos ocupa la primera redacción del *arm's length* fue la introducida por la Ley n.º 30–G/2000, de 29 de diciembre que ya incorporó como artº57.1 la redacción actual, y que posteriormente mediante el Decreto–ley n.º DL 198/2001, 3 de julio fue reenumerado como artº58. Posteriormente en el año 2009 pasó a ser el artº63.1.

⁶⁶ Artº63.1:

“*Nas operações comerciais, incluindo, designadamente, operações ou séries de operações sobre bens, direitos ou serviços, bem como nas operações financeiras, efetuadas entre um sujeito passivo e qualquer outra entidade, sujeita ou não a IRC, com a qual esteja em situação de relações especiais, devem ser contratados, aceites e praticados termos ou condições substancialmente idênticos aos que normalmente seriam contratados, aceites e praticados entre entidades independentes em operações comparáveis*”.

⁶⁷ Equivalente a una Orden Ministerial.

Finanças n.º 1446–C/2001 todavía vigente, en el que el país vecino da plena acogida al principio de *arm's length* sobre el que existe un amplio consenso internacional y se encuentra presente en la inmensa mayoría de los CDI. Mediante la Ley 119/2019, de 18 de septiembre, se modificó el artº63 y, por consiguiente, el régimen de precios de transferencia, de manera que:

- el apartado 1⁶⁸ pasaría a contener estrictamente el concepto de *arm's length* que ya formaba parte del anterior texto y acabamos de transcribir;
- en el apartado 2⁶⁹ se delimita el ámbito objetivo de los precios de transferencia con una larga enumeración de las posibles transacciones que pueden concurrir en el tráfico jurídico, mucho más detallada y casuística que la que aparecía anteriormente. Así se alude a:
 - ✓ las operaciones comerciales que tengan por objeto bienes, derechos o servicios tangibles o intangibles, cualesquiera que sean las condiciones (incluso con acuerdos de reparto de costes o servicios intragrupo);
 - ✓ las operaciones financieras;
 - ✓ las operaciones de reestructuración o reorganización empresarial, cuando supongan el cambio de la estructura de negocio existente, la cesación o la renegociación sustancial de los contratos existentes, con especial atención a las situaciones que impliquen la transferencia de activos intangibles o tangibles, los bienes intangibles y la compensación por daños emergentes o lucro cesante;
- en el apartado 3 se regulan los métodos admisibles en la determinación del *arm's length* relacionando los cinco métodos que aparecen en las Directrices. Con carácter subsidiario se admiten metodologías distintas, especialmente cuando las transacciones sean relativas a bienes inmuebles, capital de sociedades no cotizadas o intangibles, siempre que:
 - ✓ así lo precisen las singularidades de la operación;
 - ✓ porque lo requiera la escasez o falta de información disponible y de datos fiables;

⁶⁸ Artº63.1:

“*Nas operações efetuadas entre um sujeito passivo e qualquer outra entidade, sujeita ou não a IRC, com a qual esteja em situação de relações especiais, devem ser contratados, aceites e praticados termos ou condições substancialmente idênticos aos que normalmente seriam contratados, aceites e praticados entre entidades independentes em operações comparáveis*”.

⁶⁹ Artº 63.2:

“*As operações a que se refere o número anterior abrangem operações comerciais, incluindo qualquer operação ou série de operações que tenha por objeto bens tangíveis ou intangíveis, direitos ou serviços, ainda que realizadas no âmbito de um qualquer acordo, designadamente de partilha de custos e de prestação de serviços intragrupo, bem como operações financeiras e operações de reestruturação ou reorganização empresariais, que envolvam alterações da estruturas de negócio, a cessação ou renegociação substancial dos contratos existentes, em especial quando impliquem a transferência de bens tangíveis, intangíveis, direitos sobre intangíveis, ou compensações por danos emergentes ou lucros cessantes*”.

- en el apartado 8 se sigue disponiendo que en el caso de las operaciones con no residentes en caso de no haber sido respetado el *arm's length* el sujeto pasivo realizará las correcciones necesarias, pero solamente las positivas;
- en el apartado 9, de nueva redacción, se habilita a la AT para que realice los ajustes correspondientes cuando no se haya cumplido con el *arm's length*;
- en los apartados 13 y 14 se prevén los ajustes correlativos necesarios que deberá realizar la AT a consecuencia de los ajustes primarios;
- en el apartado 15 se contiene una remisión a lo que se disponga en la Portaria en las siguientes materias:
 - ✓ la regulación de los métodos;
 - ✓ el análisis de comparabilidad;
 - ✓ los acuerdos de reparto de costes, los servicios intragrupo y las reestructuraciones;
 - ✓ los acuerdos de ajustes de conformidad;
 - ✓ el tipo, naturaleza y contenido de la documentación de las operaciones entre entidades relacionadas.

Como es de suponer, la revisión llevada a cabo en 2019 de su CIRPJ supuso la alineación del sistema legal fiscal a gran parte de las Acciones BEPS:

- los artº 121–A y 121–B introdujeron el informe país por país;
- el artº 138 renovó el régimen de las APA.

Adicionalmente, el 1 de junio 2020 la República de Portugal ratificaba el Instrumento Multilateral.

En Francia⁷⁰ el principio de *arm's length* aparece recogido en la mayor parte de sus CDI y, desde el 1 julio 1979, en el artº57 del Código General de Impuestos (*Code Général des Impôts*)⁷¹, que si bien ha ido sufriendo diversas redacciones (la última mediante la

⁷⁰ Para el estudio del régimen de los precios de transferencia en Francia se han tomado en consideración las siguientes fuentes de consulta:

- Del Gobierno de la República de Francia:
 - ✓ https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000029355359/ y enlaces desde la misma.
 - ✓ <https://bofip.impots.gouv.fr/bofip/5341–PGP.html/identifiant=BOI–INT–DG–20–40–20120912> y distintos enlaces desde la misma.
- De la OCDE: fichas por país ya citadas.
- De E&Y: Guía 2019–2020 ya citada.

⁷¹ Artº57 en su versión dada por la Ley 2014–891 de 8 agosto 2014:

“Pour l'établissement de l'impôt sur le revenu dû par les entreprises qui sont sous la dépendance ou qui possèdent le contrôle d'entreprises situées hors de France, les bénéficiaires indirectement transférés à ces dernières, soit par voie de majoration ou de diminution des prix d'achat ou de vente, soit par tout autre moyen, sont incorporés aux résultats accusés par les comptabilités. Il est procédé de même à l'égard des entreprises qui sont sous la dépendance d'une entreprise ou d'un groupe possédant également le contrôle d'entreprises situées hors de France

La condition de dépendance ou de contrôle n'est pas exigée lorsque le transfert s'effectue avec des entreprises établies dans un Etat étranger ou dans un territoire situé hors de France dont le régime fiscal est privilégié au sens du deuxième alinéa de l'article 238 A ou établies ou constituées dans un Etat ou territoire non coopératif au sens de l'article 238–0 A.

En cas de défaut de réponse à la demande faite en application de l'article L. 13 B du livre des procédures fiscales ou en cas d'absence de production ou de production partielle de la documentation mentionnée au

Ley 2014–891 de 8 agosto 2014), su párrafo primero ha permanecido inalterado estableciendo que para la determinación del impuesto sobre la renta de las empresas que dependen o tienen el control de empresas situadas fuera de Francia, o cuando se trate de empresas dependientes de una empresa o grupo de empresas controlado por empresas ubicadas fuera de Francia, los beneficios indirectamente transferidos a estas últimas, ya sea aumentando o disminuyendo el precio de compra o de venta, o por cualquier otro medio, se incorporarán a los resultados en las cuentas contables de las primeras. En cuanto al mecanismo operativo en los supuestos en que el *arm's length* no ha sido respetado es el de los ajustes, respecto de los que se señalan:

- se realizarán a los resultados incorporados a la contabilidad;
- son realizados por la AT a partir de la información que sea facilitada por el contribuyente, pero en caso de que no sea facilitada o ante la ausencia total o parcial de documentación, la AT realizará los ajustes con arreglo a la información de que disponga y siguiendo el procedimiento contradictorio previsto en la norma de procedimientos fiscales;
- en defecto de la posibilidad de realizar los ajustes con forme a las previsiones anteriores se acudirá a un análisis de comparabilidad.

A parte del artº57 el régimen de precios de transferencia se complementa:

- con informe país por país contenido en el artº 223 quinquies C del CGI introducido por la Ley nº 2015–1785 de 29 diciembre 2015, y que se completa con los artículos L13AA y L13AB del Código Fiscal de Procedimiento (reformados mediante la Ley nº 2017–1837 de 30 diciembre 2017), así como el L13B (reformado mediante la Ley nº2016–1918 de 29 diciembre 2016);
- con la regulación de la transparencia fiscal en el artº209B CGI;
- con las disposiciones contenidas en el BOI–INT–DG–20–40 “*INT – Dispositions communes – Droit Conventionnel – Les prix de transfert*”, donde se presenta y exponen los elementos básicos configuradores del principio de *arm's length* de acuerdo con el artº9 MCDI OCDE y la práctica francesa en los CDI de que forma parte. Además, se contiene una breve referencia a los métodos aplicables conforme a las Directrices y a los ajustes correlativos;
- con la admisión del rango como resultado de la comparabilidad, con especial protagonismo de la mediana como método estadístico que permite la consistencia con el *arm's length* (Sentencias del Consejo de Estado 6 de junio de 2018, nº 409645 y 409647, SCS General Electric Medical Systems; o la 8e et 3e ch., 28 nov. 2018, nº 410779, SCS GE Medical Systems, concl. K. Ciavaldini [FI 1–2019, nº 4.2.1]);
- con el Instrumento Multilateral fue ratificado en septiembre de 2018.

III de l'article L. 13 AA et à l'article L. 13 AB du même livre, les bases d'imposition concernées par la demande sont évaluées par l'administration à partir des éléments dont elle dispose et en suivant la procédure contradictoire définie aux articles L. 57 à L. 61 du même livre.

A défaut d'éléments précis pour opérer les rectifications prévues aux premier, deuxième et troisième alinéas, les produits imposables sont déterminés par comparaison avec ceux des entreprises similaires exploitées normalement”.

En Alemania⁷², la Ley sobre el Impuesto a las Transacciones Exteriores 1972 (*Gesetz über die Besteuerung bei Auslandsbeziehungen–Außensteuergesetz–*), en su Primera Parte “*Enlaces Internacionales*” (*Internationale Verflechtungen*), sección “§1” con el epígrafe “*ajuste de ingresos*” (*Berichtigung von Einkünften*), recoge el *arm’s length* (*Fremdvergleichsgrundsatz*) en su apartado (1), señalando en su redacción actual que si los ingresos de un contribuyente, en una relación comercial con el extranjero con una persona vinculada, son inferiores, por condiciones de precios de transferencia, al precio que habrían acordado terceros independientes en las mismas o similares condiciones (principio de *arm’s length*), se procederá a determinar el precio, sin perjuicio de otras disposiciones, conforme al que alcanzarían personas independientes⁷³. La referida redacción fue introducida por el artº 7 de la Ley de Reforma del Impuesto de Sociedades 2008⁷⁴, sin que fuera afectado el primer párrafo del apartado (1) en modificaciones posteriores, como la introducida mediante el artº 11 de la Ley sobre Implementación de las Normas Fiscales de la Unión Europea y de Modificaciones Fiscales 2010⁷⁵, ni por el artº6 de la Ley de Implementación de la Directiva de Asistencia Mutua en Materia Fiscal entre los Países de la Unión Europea 2013⁷⁶, ni tampoco por el artº 8 de la Ley de Adaptación del Código Fiscal al Código Aduanero de la Unión Europea y Modificación Fiscal Adicional 2015⁷⁷.

⁷² Para el estudio del régimen de los precios de transferencia en Alemania se han tomado en consideración las siguientes fuentes de consulta:

- https://www.gesetze-im-internet.de/astg/_1.html
- <https://www.buzer.de/s1.htm?a=Gesetz+über+die+Besteuerung+bei+Auslandsbeziehungen–Außensteuergesetz–&g=&kurz=UStG&ag=5509>
- <https://www.buzer.de/gesetz/14669/a272042.htm>
- <https://bit.ly/3nfzBjv>
- De la OCDE: Fichas por países ya citadas.
- De E&Y: Guía 2019–2020 ya citada.

⁷³ “*Werden Einkünfte eines Steuerpflichtigen aus einer Geschäftsbeziehung zum Ausland mit einer ihm nahe stehenden Person dadurch gemindert, dass er seiner Einkünfteermittlung andere Bedingungen, insbesondere Preise (Verrechnungspreise), zugrunde legt, als sie voneinander unabhängige Dritte unter gleichen oder vergleichbaren Verhältnissen vereinbart hätten (Fremdvergleichsgrundsatz), sind seine Einkünfte unbeschadet anderer Vorschriften so anzusetzen, wie sie unter den zwischen voneinander unabhängigen Dritten vereinbarten Bedingungen angefallen wären*”.

⁷⁴ Unternehmensteuerreformgesetz 2008.

⁷⁵ El artº11 de la Gesetz zur Umsetzung steuerlicher EU–Vorgaben sowie zur Änderung steuerlicher Vorschriften (EUStVUG) afectó a los apartados 3 y 16 de la §1.

⁷⁶ El artº6 de la Amtshilferichtlinie–Umsetzungsgesetz (AmtshilfeRLUmsG) vino a limitarse, en cuanto se refiere a la §1, apartado (1), a la adición, a continuación de su primer párrafo en el que se recoge el *arm’s length* conforme hemos comentado, de un nuevo párrafo que seguidamente exponemos y mediante el cual procede a incluir en el concepto de sujeto pasivo, a los efectos de si procede realizar los ajustes necesarios para la determinación del precio de *arm’s length*, a las sociedades y al grupo de sociedades, pudiendo en sí mismos ser considerados como parte vinculada si concurren los presupuestos del apartado. 2. Dice así el texto del artº6:

“Artikel 6 Änderung des Außensteuergesetzes:
geändert worden ist, wird wie folgt geändert:

1. §1 wird wie folgt geändert:

a) In Absatz 1 wird nach Satz 1 folgender Satz eingefügt:

“Steuerpflichtiger im Sinne dieser Vorschrift ist auch eine Personengesellschaft oder eine Mitunternehmerschaft; eine Personengesellschaft oder Mitunternehmerschaft ist selbst nahestehende Person, wenn sie die Voraussetzungen des Absatzes 2 erfüllt”.

⁷⁷ El citado artículo 8 procedió a introducir la actual redacción del apartado 4 de la §1.

En la redacción dada en 2008 ya se incluyó que en la aplicación del principio de *arm's length* se asume que:

- los terceros independientes conocen todas las circunstancias esenciales de la relación comercial;
- los terceros independientes actúan de acuerdo con la diligencia de un comerciante ordenado y concienzudo.

En la redacción dada en junio 2021 se procede a disponer en el apartado (3) de sección “§1” que habrá que estar a las circunstancias reales en que se basa la transacción económica, para lo que será determinante el análisis de los activos utilizados, las funciones desempeñadas y los riesgos asumidos. Igualmente se precisa como criterio de aplicación del método el que sea más adecuado atendiendo al análisis de comparabilidad y la disponibilidad de comparables, siendo admisibles los ajustes de comparabilidad. En el apartado (3a) se prevé la admisión del rango de comparabilidad, eludiéndose si fuese preciso los intercuatiles de los extremos e incluso de puede acudir a la mediana.

Por otra parte, tanto para operaciones transfronterizas como para las que no lo sean, la Ley del Impuesto de Sociedades (KStG) en su §8 Abs.1 comienza advirtiendo que el cálculo de los ingresos a tomar en consideración a efectos fiscales tiene que hacerse conforme a la Ley del Impuesto sobre la Renta y las disposiciones de la propia Ley del Impuesto de Sociedades⁷⁸, y ello aun cuando en el caso de los establecimientos comerciales no hubiera habido voluntad de obtener beneficios, procediendo en su Abs.3 a prohibir las distribuciones de beneficios ocultos para reducir los ingresos⁷⁹ y determinar que los depósitos ocultos no aumentarán los ingresos⁸⁰.

El Ministerio de Finanzas emitió el 12 abril de 2005 unas guías administrativas sobre obligaciones de investigación y cooperación, los ajustes, obligaciones de documentación y los procedimientos de acuerdo mutuo y de arbitraje de la U.E.⁸¹ que vinieron a complementar el régimen de precios de transferencia.

Por otra parte, Alemania fue procediendo a implementar las consideraciones de las acciones BEPS, de lo que quedaba constancia:

- con respecto a la Acción 13 tras la reforma operada en la §90 de la Ley General Tributaria (*Abgabenordnung* (AO)) en diciembre de 2016 mediante el artº 1 de la Ley de implementación de cambios conforme a la Directiva de Asistencia Administrativa y otras medidas;

⁷⁸ §8 Abs 1. Satz 1: “*Was als Einkommen gilt und wie das Einkommen zu ermitteln ist, bestimmt sich nach den Vorschriften des Einkommensteuergesetzes und dieses Gesetzes*”.

⁷⁹ §8 Abs 3. Satz 2: “*Auch verdeckte Gewinnausschüttungen sowie Ausschüttungen jeder Art auf Genussrechte, mit denen das Recht auf Beteiligung am Gewinn und am Liquidationserlös der Kapitalgesellschaft verbunden ist, mindern das Einkommen nicht*”.

⁸⁰ §8 Abs3. Satz3: “*Verdeckte Einlagen erhöhen das Einkommen nicht*”.

⁸¹ “*Grundsätze für die Prüfung der Einkunftsabgrenzung zwischen nahestehenden Personen mit grenzüberschreitenden Geschäftsbeziehungen in Bezug auf Ermittlungs- und Mitwirkungspflichten, Berichtigungen sowie auf Verständigungs- und EU-Schiedsverfahren (Verwaltungsgrundsätze-Verfahren)*”.

- el 7 de junio de 2017 Alemania procedió a firmar el Instrumento Multilateral y el 27 noviembre del mismo año era publicada su ratificación. En la voluntad de las autoridades alemanas se encontraba la alineación de 35 CDI firmados por Alemania conforme a las nuevas exigencias marcadas por la OCDE mediante las Acciones BEPS.
- desde el 1 de julio 2020 quedó implementada la Directiva Europea de Cooperación Administrativa DAC6 (ATAD–*Umsetzungsgesetz* (ATADUmsG));
- el 3 de diciembre de 2020 el Ministerio de Finanzas lanzaba unas nuevas guías acordes con los nuevos tiempos que, aunque carecían de efecto vinculantes para contribuyentes y tribunales, constituían al vademécum de cabecera de la AT alemana como criterios interpretativos. En julio 2021 veían la luz unas nuevas guías administrativas (*Verwaltungsgrundsätze Verrechnungspreise Grundsätze für die Korrektur von Einkünften gemäß § 1 AStG*);
- el 9 junio 2021 se modificó, mediante el artículo 5 de la Ley de modernización de la desgravación fiscal por retención – *Abzugsteuerentlastungsmodernisierungsgesetz* (AbzStEntModG)–, el precepto contenido en la sección “§1”.

En Austria⁸² la acogida del principio de *arm's length* concurre fundamentalmente en tres frentes. En primer lugar, nos encontramos con la Ley de Impuesto sobre la Renta⁸³, en cuyo artº6, apartado 6, subapartado a)⁸⁴, establece que, para las transferencias de

⁸²Para el estudio del régimen de los precios de transferencia en Austria se han tomado en consideración las siguientes fuentes de consulta:

- Del Gobierno de Austria:
 - ✓ <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10004570>
 - ✓ <https://www.ris.bka.gv.at/eli/bgbl/1988/400/P6/NOR40230857?ResultFunctionToken=8827ed9b-46d7-4a40-be45-62022b74e4dd&Position=1&SkipToDocumentPage=True&Abfrage=Bundesnormen&Kundmachungsorgan=&Index=&Titel=&Gesetzesnummer=&VonArtikel=&BisArtikel=&VonParagraf=&BisParagraf=&VonAnlage=&BisAnlage=&Typ=&Kundmachungsnummer=&Unterzeichnungsdatum=&FassungVom=13.10.2021&VonIn>
 - ✓ <https://www.ris.bka.gv.at/Ergebnis.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Kundmachungsorgan=&Index=&Titel=&Gesetzesnummer=&VonArtikel=&BisArtikel=&VonParagraf=&BisParagraf=&VonAnlage=&BisAnlage=&Typ=&Kundmachungsnummer=&Unterzeichnungsdatum=&FassungVom=13.10.2021&VonIn>
 - ✓ <https://www.ris.bka.gv.at/eli/bgbl/1988/401/P8/NOR40190531?ResultFunctionToken=fc96fe46-eb63-4e2e-a39d-10992c6d3c8e&Position=1&SkipToDocumentPage=True&Abfrage=Bundesnormen&Kundmachungsorgan=&Index=&Titel=&Gesetzesnummer=&VonArtikel=&BisArtikel=&VonParagraf=&BisParagraf=&VonAnlage=&BisAnlage=&Typ=&Kundmachungsnummer=&Unterzeichnungsdatum=&FassungVom=13.10.2021&VonIn>
 - ✓ <https://findok.bmf.gv.at/findok?execution=e3s1>
- De la OCDE: Fichas por países ya citadas.
- De E&Y: Guía 2019–2020 ya citada.

⁸³ Körperschaftsteuergesetz 1988 – KStG 1988; BGBl. Nr. 400/1988.

⁸⁴ “§ 6. Für die Bewertung der einzelnen Wirtschaftsgüter des Betriebsvermögens gilt folgendes:

6. a) Werden Wirtschaftsgüter eines im Inland gelegenen Betriebes (Betriebsstätte) ins Ausland in einen anderen Betrieb (Betriebsstätte) überführt oder werden im Inland gelegene Betriebe (Betriebsstätten) ins Ausland verlegt, sind die ins Ausland überführten Wirtschaftsgüter mit den Werten anzusetzen, die im Falle einer Lieferung an einen vom Steuerpflichtigen völlig unabhängigen Betrieb angesetzt worden wären, wenn

activos, *mutatis mutandis* para los servicios, ya sea vía transferencia de un establecimiento interno a un establecimiento situado en el extranjero, ya sea mediante la reubicación de un establecimiento interno en el extranjero, se procederá a valorar conforme a los valores que habrían sido asignados por partes independientes cuando:

- la empresa extranjera pertenezca al mismo contribuyente;
- el contribuyente participa en la empresa extranjera y/o nacional;
- el contribuyente en el capital de la compañía extranjera, o la compañía extranjera en el capital del contribuyente, participan significativamente con más del 25%;
- la gestión o control es ejercida en ambas empresas por las mismas personas.

En segundo lugar, el artº8, apartado 2, de la Ley del Impuesto de Sociedades establece el principio de que las distribuciones de beneficios ocultas realizada por una sociedad a sus socios no reducen los beneficios sujetos a tributación de la empresa, al igual que en el apartado 1 se regula que las contribuciones ocultas de los socios a la sociedad no computan como ingresos de la sociedad, estableciéndose las bases para los ajustes.⁸⁵

En tercer lugar, el artº21 y ss de la Ley Fiscal Federal de Procedimiento recoge como regla general el principio de la prevalencia de la sustancia sobre la forma, permitiendo a las autoridades fiscales a intervenir cuando existan acuerdos artificiales y adoptar medidas sobre las bases económicas reales de las transacciones.

En cuanto a los métodos para la aplicación del *arm's length* Austria depende de las guías marcadas por las Directrices de la OCDE.

Por otra parte, las Directrices sobre precios de transferencia de la OCDE en su versión 1995 fueron publicadas por la Autoridad Fiscal Austriaca en 1996(AÖFV 1996/114), sirviendo como criterios interpretativos del principio de *arm's length* del artº9 del Modelo de Convenio de la OCDE. Posteriormente, el texto de las Directrices de la OCDE en su versión 2010 fueron publicadas igualmente como decreto administrativo

-
- der ausländische Betrieb demselben Steuerpflichtigen gehört,
 - der Steuerpflichtige Mitunternehmer des ausländischen und/oder des inländischen Betriebes ist,
 - der Steuerpflichtige an der ausländischen Kapitalgesellschaft oder die ausländische Kapitalgesellschaft am Steuerpflichtigen wesentlich, das ist zu mehr als 25%, beteiligt ist oder
 - bei beiden Betrieben dieselben Personen die Geschäftsleitung oder die Kontrolle ausüben oder darauf Einfluss haben.
- Dies gilt sinngemäß für sonstige Leistungen”.

⁸⁵ Körperschaftsteuergesetz 1988; BGBl. Nr. 401/1988

“§ 8.

“(1) Bei der Ermittlung des Einkommens bleiben Einlagen und Beiträge jeder Art insoweit außer Ansatz, als sie von Personen in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter, Mitglieder oder in ähnlicher Eigenschaft geleistet werden. § 6 Z 14 lit. b des Einkommensteuergesetzes Vorheriger Suchbegriff 1988 Nächster Suchbegriff ist sinngemäß anzuwenden. Bei einem Forderungsverzicht auf Seiten des Gesellschafters ist der nicht mehr werthaltige Teil der Forderung steuerwirksam.

(2) Für die Ermittlung des Einkommens ist es ohne Bedeutung, ob das Einkommen

- im Wege offener oder verdeckter Ausschüttungen verteilt oder
- entnommen oder
- in anderer Weise verwendet wird.”

(VPR 2010) que, aunque su fuerza vinculante no es el de una ley, sí supone un claro reconocimiento de los principios recogidos por la OCDE. Las Directrices 2017 son referidas explícitamente en la renovación llevada a cabo en el VPR 2021⁸⁶.

En 2016 fue implementada la Acción 13.

En Irlanda⁸⁷, la regulación doméstica de los precios de transferencia se contiene en la Ley de Consolidación de Impuestos de 1997 (*Taxes Consolidation Act*), Part 35A (*Transfer Pricing*), insertada por la Ley de Finanzas de 2010 (5/2010, 3 abril), de forma que el nuevo apartado 835(C)(3) define explícitamente la cantidad coherente con el *arm's length* de una transacción acordada como la cantidad en que partes independientes habrían celebrado el acuerdo en el que han participado⁸⁸. Como particularidades más destacables que se preveían se encuentra:

- se contemplaban ajustes tanto al alza como a la baja⁸⁹;
- se precisaba que las referencias al artº 9.1 MCDI OCDE se entenderían hechas al texto vigente al momento de la entrada en vigor de la *Taxes Act* 2010. En cuanto a las referencias a las Directrices sobre Precios de Transferencia se considerarían efectuadas a la versión de 1995 con las actualizaciones operadas

⁸⁶ *In rechtlicher Hinsicht handelt es sich bei den OECD-VPL um eine Empfehlung des Rates der OECD (C(95)126/FINAL idF C(2017)37). Der Rat empfiehlt darin den Regierungen der OECD-Mitgliedstaaten, dass sie:*

"1. bei der Prüfung und gegebenenfalls Berichtigung von Verrechnungspreisen zwischen verbundenen Unternehmen zur Ermittlung der steuerpflichtigen Einkünfte die Leitlinien [OECD-VPL] befolgen - unter Berücksichtigung der Gesamtheit der Leitlinien sowie der verschiedenen Kapitel im Zusammenspiel zueinander -, um zu fremdvergleichskonformen Verrechnungspreisen für Geschäftsvorfälle zwischen verbundenen Unternehmen zu gelangen;

2. die Steuerpflichtigen zur Befolgung der Leitlinien ermutigen; zu diesem Zweck sollten sie die Leitlinien bekannt machen und gegebenenfalls in ihre Landessprache(n) übersetzen lassen;

3. die Zusammenarbeit in Verrechnungspreisfragen auf bilateraler oder multilateraler Ebene ausbauen".

⁸⁷ Para el estudio del régimen de los precios de transferencia en Irlanda se han tomado en consideración las siguientes fuentes de consulta:

- De la OCDE: Fichas por países ya citadas.
- De E&Y: Guía 2019– 2020 ya citadas.
- De KPMG: Revisión global 2016 ya citada.
- Del Gobierno de Irlanda:
 - ✓ <http://www.irishstatutebook.ie/eli/2010/act/5/enacted/en/html>
 - ✓ <http://www.irishstatutebook.ie/eli/2020/act/26/enacted/en/html?q=finance+act+2020>
 - ✓ <https://www.revenue.ie/en/tax-professionals/documents/notes-for-guidance/tca/part35a.pdf>

⁸⁸ "(3) For the purposes of this section the 'arm's length amount' in relation to an arrangement is the amount of the consideration that independent parties would have agreed in relation to the arrangement had those independent parties entered into that arrangement."

⁸⁹ "(2) (a) If the amount of the consideration payable (in this Part referred to as the 'actual consideration payable') under any arrangement to which this section applies exceeds the arm's length amount, then the profits or gains or losses of the acquirer that are chargeable to tax under Case I or II of Schedule D shall be computed as if the arm's length amount were payable instead of the actual consideration payable.

(b) If the amount of the consideration receivable (in this Part referred to as the 'actual consideration receivable') under any arrangement to which this section applies is less than the arm's length amount, then the profits or gains or losses of the supplier that are chargeable to tax under Case I or II of Schedule D shall be computed as if the arm's length amount were receivable instead of the actual consideration receivable".

por los Informes sobre intangibles y servicios de 1996, sobre acuerdos de reparto de costes de 1997 u otras guías que fueran publicadas por la OCDE con posterioridad.

Mediante la *Finance Act* 2019 el ámbito de aplicación de las reglas sobre precios de transferencia fue expandido y mediante la *Finance Act* 2020 se procedió a una puesta al día y en diciembre de 2020 la AT irlandesa publicaba unas Notas de Guía:

- la aplicabilidad del régimen a operaciones transnacionales e internas;
- el mantenimiento de la funcionalidad de los ajustes al alza o a la baja como consecuencia de la determinación del precio a *arm's length*;
- el cambio de la referencia a las Directrices sobre Precios de Transferencia al texto de 2017, y en la aplicación del *arm's length* se especifica que habrán de tomarse en consideración la *Guía para las Administraciones Tributarias sobre la Aplicación del Enfoque a los Intangibles de Difícil Valoración* 2018, las *Guías Revisadas para la Aplicación del PSM* 2018 y cualquier otra actualización en la materia de fecha posterior;
- la adopción del criterio del método más adecuado en cuanto a la selección del método valorativo;
- la inclusión de una referencia explícita a que la sustancia predominará sobre la forma;
- el régimen de admisibilidad de los ajustes secundarios es muy restrictivo;
- la introducción de deberes de documentación país por país en la sección 835G.

En Italia⁹⁰, el artº 110 de la Ley del Impuesto de Sociedades (Testo unico delle imposte sui redditi 22/12/1986 n. 917), en su apartado 7, en su redacción dada por el D.L. 24 de abril de 2017, n. 50⁹¹, es el que se encarga de dar acogida al principio de *arm's length*⁹² como el precio y condiciones por “*el que habrían sido pactados entre partes independientes que operan en condiciones de libre competencia y en circunstancias comparables*”. Hasta entonces se contenía como criterio valorativo el “*Valor Normal*”, para cuya aplicación se contenían una serie de pautas recogidas en la Circular n.

⁹⁰ Para el estudio del régimen de los precios de transferencia en Italia se han tomado en consideración las siguientes fuentes de consulta:

- De la OCDE: Fichas por países ya citadas.
- De E&Y: Guía 2019– 2020 ya citadas.
- De KPMG: Revisión global 2016 ya citada.
- Del Gobierno de Italia:
 - ✓ <https://def.finanze.it/DocTribFrontend/getArticoloDetailFromResultList.do?id=%7bD22751AD-72C0-4CB1-ACF1-E7B4C079EA88%7d&codiceOrdinamento=200011000000000&idAttoNormativo=%7b31D694E8-4398-4030-873B-FAEF5A6647F9%7d>
 - ✓ <https://def.finanze.it/DocTribFrontend/getAttoNormativoDetail.do?ACTION=getSommario&id=%7b0FF08074-BAF2-4C09-B286-B4DDD4542687%7d>

⁹¹ Convertida en Ley 21 de junio de 2017, n. 96 publicado en el G.U. n. 144 de 23 de junio de 2017 y que entró en vigor el 24 de junio de 2017.

⁹² “*I componenti del reddito derivanti da operazioni con società non residenti nel territorio dello Stato, che direttamente o indirettamente controllano l'impresa, ne sono controllate o sono controllate dalla stessa società che controlla l'impresa, sono determinati con riferimento alle condizioni e ai prezzi che sarebbero stati pattuiti tra soggetti indipendenti operanti in condizioni di libera concorrenza e in circostanze comparabili, se ne deriva un aumento del reddito*”.

32/1980 del Ministerio de Finanzas alineadas con el contenido del Informe sobre Precios de Transferencia de la OCDE de 1979. El nuevo artº110.7 vino a adoptar los criterios de las Directrices sobre Precios de Transferencia 2010, entre otros:

- se abandonó la jerarquía de métodos valorativos, y se incorporó el criterio del método más adecuado;
- se facultó al Ministerio de Finanzas para que mediante decreto específico, pudiera determinar los lineamientos para la aplicación de la disciplina en cuestión sobre la base de las mejores prácticas internacionales.

De la aplicación del principio de *arm's length* pueden resultar ajustes tanto cuando conlleven aumentos como disminución de la base imponible (artículo. 31quater Decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 600).

Su régimen se complementa con lo dispuesto en el Decreto de 14 mayo de 2018 (Decreto del 14/05/2018 – Ministerio de Economía y Finanzas) que vino a sustituir las disposiciones de la Circular núm. 32/1980. Con dicho Decreto se persigue la coherencia de la normativa italiana con la OCDE y proporcionar unas instrucciones y guías actualizadas. A tal efecto en el mismo se trata:

- la definición de empresa asociada;
- la noción de comparabilidad;
- el criterio del mejor método para la selección de método aplicable, autorizándose la utilización de los cinco métodos recogidos por la OCDE o cualquier otro método cuando se encuentre justificada la necesidad de su utilización;
- la posibilidad de la agregación de transacciones para proceder a la comparabilidad;
- la admisión del rango de comparabilidad;
- los deberes de documentación.

El 7 junio de 2017 Italia firmó el MLI, aunque no ha procedido a ratificarlo.

El 29 abril de 2019 fue publicado el nuevo régimen de los Patent Box (Acción nº5), actualizando el previsto en 2015.

El 23 noviembre de 2019 se procedió a reemplazar la Disposición 2010/137654 de 29 de septiembre de 2010 mediante disposición del Director de la Agencia Tributaria sobre los deberes de documentación en que se determina la estructura y contenido del Masterfile y de la Documentación Nacional.

En Canadá⁹³, país con una larga tradición en la regulación de los precios de transferencia, la sección 247 de la *Income Tax Act* aparece dedicada a las reglas por las

⁹³ Para el estudio del régimen de los precios de transferencia en Canadá se han tomado en consideración las siguientes fuentes de consulta:

- De la OCDE: Fichas por países ya citadas.
- De E&Y: Guía 2019– 2020 ya citadas.
- De KPMG: Revisión global 2016 ya citada.
- Del Gobierno de Canadá:
 - ✓ <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/I-3.3/page-273.html#docCont>

que se rigen los mismos. La citada sección fue introducida en 1998 para alinear el régimen a las Directrices 1995, y fue sufriendo diversas modificaciones a lo largo de los años⁹⁴. La sección 247 se organiza en quince subsecciones dedicadas a:

- la determinación previa de una serie de conceptos entre los que se incluyen *arm's length allocation, arm's length transfer price, documentation–due date, qualifying cost contribution arrangement, tax benefit, transaction, transfer price, transfer pricing capital adjustment, transfer pricing capital setoff adjustment, transfer pricing income adjustment, transfer pricing income setoff adjustment*;
- los ajustes y una prelación normativa a seguir en el régimen de los ajustes;
- el régimen sancionador;
- el régimen de documentación necesaria a los efectos del régimen sancionador y de los acuerdos calificados de contribución de costos;
- cuáles son los ingresos brutos del contribuyente a considerar para la aplicación del régimen sancionador;
- quienes son considerados miembros de una partnership;
- exclusiones del régimen de los precios de transferencia de los préstamos de los préstamos de una entidad residente en Canadá a una afiliada controlada no residente, así como las garantías de pago total o parcial prestadas por una matriz frente a un prestamista por una entidad no residente bajo determinadas circunstancias (la garantizada sea una filial controlada de la garante; la cantidad debida cumpla las determinaciones de la sección 17 párrafo 17.8);
- regla antielusión;
- regla de no realización de ajustes cuando la autoridad fiscal considere que el ajuste no es adecuado;
- regla de estimación de pago de dividendos por entidad residente a entidad no residente, así como el régimen de repatriación.

Sin embargo, el concepto de *arm's length* aparece en la sección 251 al referir que:

- se considerará a los efectos de la *Income Tax Act* que no contratan en condiciones de *arm's length*:
 - ✓ las empresas relacionadas entre sí;
 - ✓ un contribuyente y un fideicomiso personal entre sí;

-
- ✓ <https://lawsMois.justice.gc.ca/eng/acts/I-3.3/index.html>
 - ✓ <https://www.canada.ca/en/revenue-agency/services/forms-publications/forms/rc4649.html>
 - ✓ <https://www.canada.ca/en/revenue-agency/services/forms-publications/publications/rc4651.html>
 - ✓ [https://www.canada.ca/en/revenue-agency/services/forms-publications/publications/publications/ic87-2.html](https://www.canada.ca/en/revenue-agency/services/forms-publications/publications/ic87-2.html)
 - ✓ <https://www.canlii.org/en/ca/laws/astat/sc-2016-c-12/latest/sc-2016-c-12.html>
 - ✓ <https://www.budget.gc.ca/2021/report-rapport/p4-en.html>

⁹⁴ 1999, c. 22, s. 79 2001, c. 17, s. 187 2005, c. 19, s. 53 2012, c. 31, s. 54 2013, c. 40, s. 88 2016, c. 12, s. 622021, c. 23, s. 60.

- en los demás casos, será una cuestión de hecho el determinar cuando entidades no relacionadas están contratando en condiciones de *arm's length*.

El 27 septiembre de 1999 la AT canadiense (*Canada Revenue Agency*) dictaba la Circular 87–2R en la que se contenían las guías internas para la aplicación de la sección 47 de la *Income Tax Act*. Dichas guías se asentaban sobre el principio de *arm's length* como pilar básico que preside la legislación sobre precios de transferencia y por el que se busca que los términos y condiciones en las relaciones comerciales y financieras entre partes no independientes sean las que se esperaría que acordasen partes independientes.

La aplicación del *arm's length* conlleva un análisis de comparabilidad, a cuyo efecto se atenderá a los factores de comparabilidad determinados en las Directrices OCDE. La comparabilidad supondrá que entre las transacciones comparadas no existan diferencias que afecten materialmente al precio, pudiéndose hacer precisos ajustes de comparabilidad.

Se contemplan dos tipos de ajustes:

- cuantitativos, ya sean al alza o a la baja. Desde 2012 se introdujeron las subsecciones 247.12 a 247.15 en las que se contienen los ajustes secundarios;
- de recarecterización al amparo de 247.2.b bajo dos condiciones:
 - ✓ se trate de una transacción o serie de transacciones que no cumplan con el *arm's length*;
 - ✓ se considere que la transacción o serie de transacciones no fueron celebradas por razones de buena fe, sino por motivos fiscales

La sección 247 no contiene jerarquía de método de valoración, pero la AT canadiense alineándose con las Directrices 1995 considera preferibles los métodos tradicionales sobre los transaccionales. La AT canadiense admite que los precios de transferencia no es una ciencia exacta y la aplicación del método más adecuado puede conllevar el que se llegue a rangos de admisibilidad de resultados.

El 30 de diciembre 2019 dejó de tener efecto la Circular 87–2R.

Por otra parte, Canadá es miembro de la OCDE y desde el primer momento procedió a ir implementando las acciones BEPS:

- Con relación al informe país por país (Acción 13):
 - ✓ en la *Budget Implementation Act*, 2016, No. 2, SC 2016, c 12, se introdujo la sección 233.8 en la *Income Tax Act* que vino a exigir el informe país por país;
 - ✓ el 3 febrero 2017 la AT canadiense publicó la Form RC4649 “*Country-by-Country Report*” a cumplimentar siguiendo las guías contenidas en la RC 4645.
- Con relación al MLI:

- ✓ en junio 2017 Canadá firmó el MLI adquiriendo el compromiso de modificar sus convenios bilaterales para adecuarlos al Informe Final BEPS, siendo ratificado el 29 agosto 2019.
- En el *Budget 2021* se confirma el compromiso y continuación de Canadá en la implementación de las acciones BEPS, destacando que ya se han logrado los estándares mínimos sobre:
 - ✓ el intercambio de información sobre *tax rulings* (consultas vinculantes) conforme a la Acción 5, respecto del que hay que tener en cuenta la Consulta C70–6R11 *Advance Income Tax Rulings and Technical Interpretations*;
 - ✓ las reglas sobre los convenios para atajar el uso abusivo de convenios fiscales. Las cláusulas generales antiabuso (GAAR) aparecen recogidas en la sección 245 de la *Income Tax Act*;
 - ✓ el informe país por país;
 - ✓ los mecanismos para resolver disputas en la aplicación de convenios.

Por último, queremos dejar reseñado que el *Budget 2021* propone la implementación de mejores prácticas en deducibilidad de intereses, mecanismos híbridos y reglas sobre información obligatoria.

En Latinoamérica resultan interesantes las diferencias de posicionamientos entre algunos países pertenecientes a la OCDE como Méjico y Chile, y aquellos otros que pese a la importancia cuantitativa de sus economías a nivel mundial no son miembros de la citada organización (léase Brasil o Argentina).

En Méjico⁹⁵, la Ley del Impuesto sobre la Renta 2013⁹⁶ distingue entre las personas jurídicas (“*personas morales*”) a las que alude en el artº76, las personas físicas a las que dedica el artº 90, y las empresas MNEs referidas en el artº179. En el primero, en su fracción IX, se imponen determinadas obligaciones documentales a los contribuyentes personas jurídicas “*que celebren operaciones con partes relacionadas residentes en el extranjero, con la que demuestren que el monto de sus ingresos y deducciones se efectuaron de acuerdo a los precios o montos de contraprestaciones que hubieran utilizado partes independientes en operaciones comparables*” y se impone en su fracción XII la obligación de respetar por parte de las personas jurídicas que celebren operaciones con partes relacionadas “*los precios y montos de contraprestaciones que hubieran utilizado con o entre partes independientes en operaciones comparables*” para

⁹⁵ Para el estudio del régimen de los precios de transferencia en Méjico se han tomado en consideración las siguientes fuentes de consulta:

- De la OCDE: Fichas por países ya citadas.
- De E&Y: Guía 2019– 2020 ya citadas.
- De KPMG: Revisión global 2016 ya citada.
- Del Gobierno de Méjico:
 - ✓ https://leyes-mx.com/ley_del_impuesto_sobre_la_renta.htm
 - ✓ https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5581292&fecha=09/12/2019
 - ✓ <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cff.htm>

⁹⁶ Nueva Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 11 de diciembre de 2013 y que abrogó la anterior Ley de Impuesto sobre la Renta de 17 octubre de 2003.

la determinación de sus ingresos acumulables y sus deducciones autorizadas, aplicando a tal efecto los métodos recogidos en el artº180. En el segundo (artº90), se señala, para los contribuyentes personas físicas, que cuando *“celebren operaciones con partes relacionadas, están obligados, para los efectos de esta Ley, a determinar sus ingresos acumulables y sus deducciones autorizadas, considerando, para esas operaciones, los precios y montos de contraprestaciones que hubieran utilizado con o entre partes independientes en operaciones comparables. En el caso contrario, las autoridades fiscales podrán determinar los ingresos acumulables y las deducciones autorizadas de los contribuyentes, mediante la determinación del precio o monto de la contraprestación en operaciones celebradas entre partes relacionadas, considerando, para esas operaciones, los precios y montos de contraprestaciones que hubieran utilizado partes independientes en operaciones comparables, mediante la aplicación de los métodos previstos en el artículo 180 de esta Ley, ya sea que éstas sean con personas morales, residentes en el país o en el extranjero, personas físicas y establecimientos permanentes en el país de residentes en el extranjero, así como en el caso de las actividades realizadas a través de fideicomisos”* En el tercero se contiene para las MNEs:

“Los contribuyentes del Título II de esta Ley, que celebren operaciones con partes relacionadas residentes en el extranjero están obligados, para efectos de esta Ley, a determinar sus ingresos acumulables y deducciones autorizadas, considerando para esas operaciones los precios y montos de contraprestaciones que hubieran utilizado con o entre partes independientes en operaciones comparables.

En el caso contrario, las autoridades fiscales podrán determinar los ingresos acumulables y deducciones autorizadas de los contribuyentes, mediante la determinación del precio o monto de la contraprestación en operaciones celebradas entre partes relacionadas, considerando para esas operaciones los precios y montos de contraprestaciones que hubieran utilizado partes independientes en operaciones comparables, ya sea que éstas sean con personas morales, residentes en el país o en el extranjero, personas físicas y establecimientos permanentes en el país de residentes en el extranjero, así como en el caso de las actividades realizadas a través de fideicomisos.”

El artº179 es apostillado con lo dispuesto en el artº180:

“Para estos efectos se entenderán como precios de mercado, los precios y montos de contraprestaciones que hubieran utilizado con o entre partes independientes en operaciones comparables o cuando al contribuyente se le haya otorgado una resolución favorable en los términos del artículo 34–A del Código Fiscal de la Federación”

El artº184 viene a constituir la versión mejicana del artº9.2 MCDI OCDE.

En cuanto a la implementación de las acciones BEPS debemos indicar que Méjico ha sido reconocido como uno de los países latinoamericanos más fiel en el acatamiento de las recomendaciones contenidas en el Plan BEPS, aunque todavía existen ámbitos y materias donde debe mejorar. Entre los logros alcanzados merece la pena citar:

- la Acción 12 dio lugar a que por Decreto DOF 09–12–2019 se adicionara un nuevo Título Sexto “*De la Revelación de Esquemas Reportables*” con un Capítulo Único, comprendiendo los artículos 197 al 202 al Código Fiscal Federación, por el que los contribuyentes procederán a informar sobre las áreas de riesgo, haciendo públicos sus criterios
- para cumplir con la Acción 13 mediante DOF 18–11–2015 se adicionó el artº 76–A de la Ley del Impuesto sobre la Renta;
- igualmente se incorporó la fracción XXXII al artículo 28 de la Ley del Impuesto sobre la Renta para adecuar el régimen a la Acción 4, estableciendo límites a la deducción de intereses;
- los *tax rulings* se contemplan en el artº 34–A del Código Fiscal de la Federación que vienen regulándose desde 1999, reformado en 2004 y 2013;
- se incorporó mediante el DOF 9–12–2019 el régimen de las entidades extranjeras controladas sujetas a regímenes fiscales preferentes como capítulo I del título VI de la Ley de Impuesto sobre Sociedades;
- el 7 junio de 2017 Méjico firmó el MLI, pero hasta la fecha no lo ha ratificado;
- la Acción 6 se encuentra en trámite de implementación.

No obstante, el artº179 Ley Impuesto sobre la Renta todavía sigue manteniendo la referencia a las Directrices OCDE 1995, o el artº 180 de la misma norma en el que se contienen los métodos valorativos consistentes con el *arm’s length* y donde permanece la preferencia del método CUP, y solo subsidiariamente se podría acudir a otros métodos cuando se trate del método más apropiado o el más confiable de acuerdo con la información disponible.

En Chile⁹⁷ es el artº 41E de la Ley del Impuesto a la Renta, en su redacción dada por la Ley N° 20.630 de septiembre de 2012, quien recoge normativamente el *arm’s length* al disponer que el Servicio de Impuestos Internos podrá actuar cuando se realicen operaciones transfronterizas o de reorganizaciones o reestructuraciones entre contribuyentes domiciliados, residentes o establecidos en Chile y partes relacionadas en el extranjero y, tales operaciones, “*no se hayan efectuado a precios, valores o rentabilidades normales de mercado*”, continuando en el párrafo siguiente refiriéndose como hipótesis de actuación a aquellos casos en que “*de haberse transferido los bienes, cedido los derechos, celebrado los contratos o desarrollado las actividades entre partes independientes, se habría pactado un precio, valor o rentabilidad normal de mercado, o los fijados serían distintos a los que establecieron las partes*”. La norma clarifica lo que

⁹⁷ Para el estudio del régimen de los precios de transferencia en Chile se han tomado en consideración las siguientes fuentes de consulta:

- De la OCDE: Fichas por países ya citadas.
- De E&Y: Guía 2019– 2020 ya citadas.
- De KPMG: Revisión global 2016 ya citada.
- Del Gobierno de Chile:
 - ✓ <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=6368>
 - ✓ <https://homer.sii.cl/>
 - ✓ https://www.sii.cl/normativa_legislacion/resoluciones/2015/reso110.pdf
 - ✓ https://www.sii.cl/normativa_legislacion/resoluciones/2020/reso101.pdf

debe ser entendido por precios, valores o rentabilidades normales de mercado: “*los que hayan o habrían acordado u obtenido partes independientes en operaciones y circunstancias comparables, considerando por ejemplo, las características de los mercados relevantes, las funciones asumidas por las partes, las características específicas de los bienes o servicios contratados y cualquier otra circunstancia razonablemente relevante*”.

La primera normativa chilena sobre precios de transferencia estuvo constituida por la contenida en la Circular n°3 de 6 de enero de 1998, la cual fue sustituida por el art°41E redactado por la mencionada Ley 20630 de 27 septiembre 2012. El art°41.E aparece estructurado en ocho partes:

- en la primera se regula el perímetro subjetivo de los precios de transferencia, determinando cuando se entiende que se trata de partes relacionadas;
- en la segunda parte se tratan los métodos de valoración, teniendo acogida los cinco métodos, si bien con carácter residual podrá acudir a métodos residuales. Para la elección del método se dispone el criterio del método más adecuado;
- en la tercera parte se contempla la posibilidad de los contribuyentes de aportar justificación de los valores, precios y métodos utilizados, sin perjuicio de los deberes de documentación;
- en la cuarta parte la norma se ocupa de los ajustes que podrá realizar la AT cuando se verifique que el precio o valor no se ajusta a los normales del mercado. La parte octava prevé un “*ajuste correspondiente*” que podrá realizar el contribuyente con autorización de la AT, pudiendo consistir en un ajuste cuantitativo o de calificación sobre la base de los ajustes de precios de transferencia que hayan efectuado otros Estados con los cuales se encuentre vigente un Convenio para evitar la doble tributación internacional que no prohíba dicho ajuste;
- la parte sexta se dedica a los deberes de declaración de los contribuyentes;
- en la parte séptima se prevén los acuerdos anticipados de valoración;
- en la parte octava aparecen recogidos los ajustes, tanto de calificación como valorativos.

La Resolución Exenta SII n°14 de 31 enero de 2013 vino a completar el régimen de información dispuesto en el apartado 6 del art° 41E estableciendo la Declaración Jurada Anual Informativa sobre precios de transferencia (Formulario 1907).

El 14 de junio 2013 mediante la Circular n° 29 se estableció la posición del SII en relación a las nuevas normas de precios de transferencia incluidas en la LIR.

El 24 de diciembre de 2015 se promulgó la Resolución Exenta SII n°110 donde se regulaba la Declaración Jurada Formulario No 1913 “*Declaración Jurada Anual de Caracterización Tributaria Global*” que tenía como propósito obtener información cualitativa en materia de procesos u operaciones que revisten interés para efectos de la caracterización de los grandes contribuyentes en el marco de la gestión del

cumplimiento tributario. En la misma como anexos se incluían el Modelo de Declaración Jurada n° 1913 y las instrucciones de cumplimentación.

Con este panorama se ha indicado que Chile tenía realizada la implementación de las Acciones 3, 4, 5, 8, 9, 10, 12 y 13.

Ya en el año 2016, el 12 de mayo se emitió la Circular n° 31 mediante la que se vino a dar instrucciones sobre el régimen sancionatorio en caso de incumplimiento de las obligaciones de información contenidas en el apartado 6 del art° 41E (para supuestos de falta de presentación de declaración, declaración errónea o incompleta, declaración extemporánea o declaración manifiestamente falsa).

El 27 de diciembre 2016, mediante la Resolución Exenta SII n°126 se derogó y refundió lo dispuesto en la Resolución Exenta n°14 y se estableció la obligación de presentar declaración jurada anual denominada “*reporte país por país*” y mediante sus anexos se suministraban los nuevos Formularios n° 1907 y n° 1937.

Mediante Resolución Exenta SII N° 42, 2018, Chile quiso dar continuidad a los compromisos de normativa antielusiva que ya en la reforma tributaria que llevó a cabo en 2014 se habían traducido en una normativa antielusiva general.

El 26 de noviembre de 2020 Chile ratificó el MLI.

Mediante la Resolución Exenta SII n°101 de 31 agosto 2020 se vino a completar la implementación de la Acción 13 estableciéndose la obligación de presentar declaraciones juradas anuales informativas de precios de transferencia denominadas “*archivo maestro*” y “*archivo local*”, y modifica Resolución Ex. SII N°126, de 2016.

Argentina⁹⁸ procedió a incorporar en su legislación las normas de precios de transferencia inspiradas en las Directrices de la OCDE de 1995 mediante la Ley 25063 de diciembre de 1998 y mediante las modificaciones introducidas por la Ley del Impuesto de Ganancias. Con anterioridad, tras el golpe militar de 1976, ya se había sustituido el principio de la prevalencia de la realidad económica⁹⁹ por el principio de *arm's length*, aunque en puridad Argentina había dispuesto de normativa relativa a precios de transferencia desde 1933 cuando la Ley 11.682 de 1933 de Impuesto a los Réditos, a través de su art°7 sujetó a tributación las utilidades obtenidas en la exportación o importación de fuente argentina, lo que respecto de las entidades

⁹⁸ Para el estudio del régimen de los precios de transferencia en Argentina se han tomado en consideración las siguientes fuentes de consulta:

- De la OCDE: Fichas por países ya citadas.
- De E&Y: Guía 2019– 2020 ya citadas.
- De KPMG: Revisión global 2016 ya citada.
- Del Gobierno de Argentina:
 - ✓ <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/330000-334999/332890/norma.htm>
 - ✓ <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/305000-309999/305262/norma.htm>
 - ✓ <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/229350/20200515>

⁹⁹ A virtud del cual se entendían como aportes societarios y transferencias de utilidad sobre las formas contractuales de las transacciones celebradas entre entidades de un mismo grupo o vinculadas.

independientes no presentaba problemas al tratarse de operaciones sobre la base de los precios corrientes del mercado. Más tarde la Ley 20.628 de 1973 instauró el Impuesto a las Ganancias en cuyo artº8 se vinieron a regular las operaciones de exportación e importación. Respecto de las exportaciones y en lo que aquí ahora interesa se estableció:

- que las ganancias obtenidas por exportadores del país se considerarían ganancias de fuente argentina¹⁰⁰;
- una presunción *iuris tantum* de que existía vinculación entre exportador local y el importador del exterior, por lo que los precios de la operación debían ser reemplazados por lo que la norma define como precio de mercado y que debía de haber sido respetado, esto es, el determinado conforme al llamado método del precio mayorista en el lugar de destino¹⁰¹;
- una ampliación del concepto de exportación a aquellas de operaciones sobre productos producidos, manufacturados, tratados o comprados en Argentina y que se remitan al exterior por medio de representantes o agentes o intermediarios de personas o entidades extranjeras¹⁰².

En cuanto a las importaciones se estableció:

- la sujeción a jurisdicción fiscal extranjera de las ganancias provenientes de las operaciones de importación desde el exterior¹⁰³;
- una presunción *iuris tantum* de que existía vinculación económica entre el importador argentino y el exportador extranjero cuando el precio difiriese al alza de la suma¹⁰⁴.

precio mayorista del país origen + gastos transporte y seguro hasta Argentina

¹⁰⁰ Sic: “Las ganancias provenientes de la exportación de bienes producidos, manufacturados, tratados o comprados en el país, son totalmente de fuente argentina”.

¹⁰¹ Sic: “La ganancia neta se establecerá deduciendo del precio de venta el costo de tales bienes, los gastos de transporte y seguros hasta el lugar de destino, la comisión y gastos de venta y los gastos incurridos en la República, en cuanto sean necesarios para obtener la ganancia gravada. Cuando no se fije el precio o el pactado sea inferior al precio de venta mayorista vigente en el lugar de destino, se considerará, salvo prueba en contrario, que existe vinculación económica entre el exportador del país y el importador del exterior, correspondiendo tomar dicho precio mayorista en el lugar de destino a los efectos de determinar el valor de los productos exportados”.

¹⁰² Sic: “Se entiende también por exportación la remisión al exterior de bienes producidos, manufacturados, tratados o comprados en el país, realizada por medio de filiales, sucursales, representantes, agentes de compras u otros intermediarios de personas o entidades del extranjero”.

¹⁰³ Sic: “Las ganancias que obtienen los exportadores del extranjero por la simple introducción de sus productos en la República son de fuente extranjera”.

¹⁰⁴ Sic: “Sin embargo, cuando el precio de venta al comprador del país sea superior al precio mayorista vigente en el lugar de origen más, en su caso, los gastos de transporte y seguro hasta la República, se considerará, salvo prueba en contrario, que existe vinculación económica entre el importador del país y el exportador del exterior, constituyendo la diferencia ganancia neta de fuente argentina para este último”.

La cuestión central, por tanto, quedaba en la determinación del precio mayorista en el país de destino (caso de las exportaciones) o en el país de origen (caso de las importaciones). A tal fin el párrafo segundo del artº 8 preveía:

“En los casos en que, de acuerdo con las disposiciones anteriores, corresponda aplicar el precio mayorista vigente en el lugar de origen o destino, según el caso, y éste no fuera de público y notorio conocimiento o que existan dudas sobre si corresponde a igual o análoga mercadería que la importada o exportada, u otra razón que dificulte la comparación, se tomará como base para el cálculo de las utilidades de fuente argentina los coeficientes de resultados obtenidos por empresas independientes que se dedican a idéntica o similar actividad. A falta de idéntica o similar actividad, se faculta a la Dirección General Impositiva a aplicar el por ciento neto que establezca la misma, a base de ramos que presenten ciertas analogías con el que se considera.

Tras la entrada en vigor de la Ley 24.073 de 1992 y del Decreto 879/1992 se abandonó el principio de territorialidad de la fuente y se empezó a diferenciar entre residentes, para los que regiría el criterio de la renta mundial (doctrina de la obligación personal), y los no residentes, a quienes se aplicaría el criterio de territorialidad en la fuente. La distinción instrumentada vino recibiendo diversas críticas por tender a confundir conceptos perfectamente diferenciados. Así GOTLIB y VAQUERO¹⁰⁵ recordaron que la determinación de la fuente de la ganancia no guarda relación ni con la circunstancia de la vinculación económica entre los operadores, ni con que uno de los operadores se encuentre ubicado en un paraíso fiscal o jurisdicción de baja tributación. En cambio, ambos elementos sí guardan relación con la determinación de si una operación de comercio exterior había respetado y sido coherente con el *arm's length*. Por otra parte, se discutió la legitimidad de que un decreto hubiese venido a introducir tales modificaciones legislativas sin respetar la reserva de ley, por cuanto que como precisó la Procuradora General (Sra. Laura Monti) en su informe en el caso Devotto Solari Oscar N. (TF.18489–I), la distinción introducida por la Ley 24.073 entre residentes y no residentes conllevó la necesidad de la definición por el legislador del concepto de residencia, sin que fuera válida la precisada por el ejecutivo.

En 1998 la Ley 25.063 vino a dar nueva redacción a varios de los artículos de la Ley de Impuesto de las Ganancias relacionados con los precios de transferencia. Así, el nuevo artículo 8¹⁰⁶ vino a eliminar la problemática que se había puesto de manifiesto con la

¹⁰⁵ GOTLIB G. y VAQUERO F.M. (2009).

¹⁰⁶ Artículo 8º:

“La determinación de las ganancias que derivan de la exportación e importación de bienes se regirá por los siguientes principios:

- a) Las ganancias provenientes de la exportación de bienes producidos, manufacturados, tratados o comprados en el país, son totalmente de fuente argentina.*

La ganancia neta se establecerá deduciendo del precio de venta el costo de tales bienes, los gastos de transporte y seguros hasta el lugar de destino, la comisión y gastos de venta y los gastos incurridos en la República Argentina, en cuanto sean necesarios para obtener la ganancia gravada.

anterior redacción y había dado lugar a resoluciones judiciales tan trascendentes como la emanada del caso Eduardo Loussinian. Efectivamente, la nueva regulación procedió a suprimir el requisito de la vinculación económica con la siguiente dicción: “*Lo dispuesto en este artículo será de aplicación aún en aquellos casos en los que no se verifique vinculación económica*”. Esta nueva redacción significaba que ante la existencia de diferencia entre el precio declarado y el precio tomado de referencia por la norma la AT quedaba habilitada para proceder a realizar los ajustes correspondientes, si bien la comprobación tenía un límite “*de mínimos*”, marcado por el precio real de la operación, en el sentido de que no podría derivar una situación más favorable para el contribuyente que la creada por el propio precio declarado a consecuencia de las actuaciones auditoras llevadas a cabo por el fisco. Ahora bien, aunque hubiera desaparecido el presupuesto de la vinculación económica, la norma seguía manteniendo que se trataba de una mera presunción *iuris tantum*, por lo que se seguía otorgando al contribuyente la posibilidad de probar en contrario el que no procedía la realización de ajustes en el precio, solo que con la nueva norma no se trataba ya de probar la inexistencia de vinculación económica sino de que la diferencia de precio se encontraba justificada en motivos económicos. Además del artº8, el artº15¹⁰⁷ de la nueva norma

Cuando no se fije el precio o el pactado sea inferior al precio de venta mayorista vigente en el lugar de destino, corresponderá, salvo prueba en contrario, tomar este último, a los efectos de determinar el valor de los productos exportados.

Asimismo, la Administración Federal de Ingresos Públicos, entidad autárquica en el ámbito del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos, podrá también establecer el valor atribuible a los productos objeto de la transacción, tomando el precio mayorista vigente en el lugar de origen. No obstante, cuando el precio real de la exportación fuere mayor se considerará, en todos los casos, este último.

Se entiende también por exportación la remisión al exterior de bienes producidos, manufacturados, tratados o comprados en el país, realizada por medio de filiales, sucursales, representantes, agentes de compras u otros intermediarios de personas o entidades del extranjero;

b) Las ganancias que obtienen los exportadores del extranjero por la simple introducción de sus productos en la República Argentina son de fuente extranjera. Sin embargo, cuando el precio de venta al comprador del país sea superior al precio mayorista vigente en el lugar de origen más, en su caso, los gastos de transporte y seguro hasta la República Argentina se considerará, salvo prueba en contrario, que la diferencia constituye ganancia neta de fuente argentina para el exportador del exterior.

Asimismo, la Administración Federal de Ingresos Públicos, entidad autárquica en el ámbito del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos, podrá también establecer el valor atribuible a los productos objeto de la transacción, tomando el precio mayorista vigente en el lugar de destino. No obstante, cuando el precio real de la importación fuere menor se tomará, en todos los casos, este último.

En los casos en que, de acuerdo con las disposiciones anteriores, corresponda aplicar el precio mayorista vigente en el lugar de origen o destino, según el caso, y éste no fuera de público y notorio conocimiento o que existan dudas sobre si corresponde a igual o análoga mercadería que la importada o exportada, u otra razón que dificulte la comparación, se tomará como base para el cálculo de los precios y de las ganancias de fuente argentina, las disposiciones previstas en el artículo 15 de esta ley.

Lo dispuesto en este artículo será de aplicación aún en aquellos casos en los que no se verifique vinculación económica”.

¹⁰⁷ “Cuando por la clase de operaciones o por las modalidades de organización de las empresas, no puedan establecerse con exactitud las ganancias de fuente argentina, la Administración Federal de Ingresos Públicos, entidad autárquica en el ámbito del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos, podrá determinar la ganancia neta sujeta al gravamen a través de

promedios, índices o coeficientes que a tal fin establezca a base de resultados obtenidos por empresas independientes dedicadas a actividades de iguales o similares características.

Las empresas locales de capital extranjero que realicen operaciones con las sociedades, personas o grupos de personas del exterior que participen, directa o indirectamente, en su capital, control o dirección, o con otras empresas o establecimientos del extranjero, en cuyo capital participen, directa o indirectamente, aquellas sociedades, personas o grupos de personas, o la propia empresa local, estarán obligadas, a los efectos de esta ley, a determinar sus ingresos acumulables y deducciones autorizadas, considerando para esas operaciones los precios y montos de contraprestaciones que hubieran utilizado entre partes independientes en operaciones comparables.

Salvo prueba en contrario, se presume que cuando en las operaciones a que se refiere el párrafo anterior intervienen entidades o personas constituidas, radicadas o domiciliadas en jurisdicciones de baja imposición fiscal, los precios y montos de las mismas no han sido pactados conforme a los que hubieran utilizado partes independientes en operaciones comparables.

A los efectos de constatar si los precios de transferencia de aquellos actos jurídicos celebrados entre una empresa local de capital extranjero y la persona física o jurídica domiciliada en el exterior que directa o indirectamente la controle, responden a las prácticas normales del mercado entre partes independientes, la citada Administración Federal deberá exigir la presentación de declaraciones juradas especiales que contengan información detallada suministrando los datos y los respaldos probatorios que considere pertinentes.

Para la determinación de si los precios de transferencia responden a las prácticas normales de mercado, entre partes independientes se aplicará el que resulte más apropiado para el tipo de operaciones que se trate de los métodos que se indican a continuación, o los que con igual finalidad establezca al respecto la reglamentación, no siendo de aplicación para estos casos la restricción establecida en el artículo 101 de la ley 11.683, texto ordenado en 1998, respecto de información referida a terceros que haya resultado necesaria para merituar los factores de comparabilidad de las operaciones que fije el reglamento, cuando la misma deba oponerse como prueba en causas que se tramitan en sede judicial o administrativa:

a) **Precio comparable no controlado:** Se considerará el precio o el monto de las contraprestaciones que se hubieran pactado con o entre partes independientes en operaciones comparables;

b) **Precio de reventa:** Se determinará el precio de adquisición de un bien, de la prestación de un servicio o de la contraprestación de cualquier otra operación entre partes relacionadas, multiplicando el precio de reventa, o de la prestación del servicio o de la operación de que se trate, fijado con o entre partes independientes en operaciones comparables por el resultado de disminuir de la unidad, el porcentaje de utilidad bruta que hubiera sido pactado con o entre partes independientes en operaciones comparables.

A tal efecto, el porcentaje de utilidad bruta resultará de relacionar la utilidad bruta con las ventas netas;

c) **Costo adicionado:** Deberá multiplicarse el costo de los bienes o servicios o cualquier otra operación por el resultado de sumar a la unidad el porcentaje de utilidad bruta que hubiera sido pactada con o entre partes independientes en operaciones comparables. A tal efecto, el porcentaje de utilidad bruta resultará de relacionar la utilidad bruta con el costo de ventas;

d) **Partición de utilidades:** La utilidad de operación obtenida por partes relacionadas, se atribuirá en la proporción que hubiera sido asignada con o entre partes independientes, conforme a lo siguiente:

1. La utilidad de operación global se determinará mediante la suma de la utilidad de operación obtenido por cada una de las personas relacionadas involucradas en la operación.

2. La utilidad de operación global se asignará a cada una de las personas relacionadas considerando elementos tales como activos, costos y gastos de cada una de las personas relacionadas, con respecto a las operaciones entre dichas partes relacionadas.

también contenía regulación directamente afectante al principio de *arm's length*. La norma regula en lo tocante al comercio exterior tanto lo que entiende por ámbito de aplicación del principio de *arm's length* (viene delimitado por la concurrencia de alguna de tres circunstancias: el no poder ser establecidas las ganancias de fuente argentina, la existencia de vinculación por participación en capital o control de dirección y la intervención de entidad o persona constituida, radicada o domiciliada en país de baja tributación) como los métodos conforme a los cuales se puede determinar el precio de mercado entre empresas independientes, debiéndose elegir el más apropiado de entre los seis métodos relacionados. A raíz de dicha regulación quedaba poco claro cuándo debía de aplicarse el régimen del artº8¹⁰⁸ y cuando el del artº 15. Ante tal panorama no se hizo esperar la reforma introducida por la Ley 25.239 de diciembre de 1999 mediante la que se vino a precisar que las operaciones de comercio exterior entre sujetos independientes quedarían sujetas al régimen del artº8 y entre sujetos vinculados al régimen del artº 15. Una nueva redacción fue dada a la materia mediante la Ley 25.784 de octubre de 2003, en cuyo artº 1 modificó el artº8 de la Ley del Impuesto a las Ganancias, y mediante el artº2 el artº15. El artº 8¹⁰⁹ mantiene el mismo criterio de la

e) **Residual de participación de utilidades:** La utilidad de operación obtenida por partes relacionadas, se atribuirá en la proporción que hubiera sido asignada con o entre partes independientes conforme a lo siguiente:

1. La utilidad de operación global se determinará mediante la suma de la utilidad de operación obtenida por cada una de las personas relacionadas involucradas en la operación.

2. La utilidad de operación global se asignará de la siguiente manera:

i) La utilidad mínima que corresponda en su caso, a cada una de las partes relacionadas mediante la aplicación de cualquiera de los métodos a que se refieren los incisos a), b), c), d) y f) de este artículo, se determinará sin tomar en cuenta la utilización de bienes intangibles;

ii) La utilidad residual, que se obtendrá disminuyendo la utilidad mínima a que se refiere el apartado 1, de la utilidad de operación global, se distribuirá entre las partes relacionadas involucradas en la operación tomando en cuenta, entre otros elementos, los bienes intangibles utilizados por cada una de ellas, en la proporción en que hubiera sido distribuida con o entre partes independientes en operaciones comparables.

f) **Margen neto de la transacción:** En aquellas transacciones entre partes relacionadas, se determinará la utilidad de operación que hubieran obtenido empresas comparables o partes independientes en operaciones comparables, con base en factores de rentabilidad que toman en cuenta variables tales como activos, ventas, costos, gastos o flujos de efectivo.

Se entenderá que las operaciones o las empresas son comparables, cuando no existan diferencias entre éstas que afecten significativamente el precio o monto de la contraprestación o el margen de utilidad a que hacen referencia los métodos establecidos anteriormente y, cuando existan dichas diferencias, éstas se eliminen mediante ajustes razonables.

Los procedimientos a que se refiere el presente artículo en relación con los precios de transferencia, serán igualmente de aplicación respecto de las operaciones que realicen empresas nacionales en el exterior.”

¹⁰⁸ Comienza la nueva redacción del artículo: “La determinación de las ganancias que derivan de la exportación e importación de bienes entre empresas independientes se regirá por los siguientes principios”.

¹⁰⁹ Artículo 8º. – “Las ganancias provenientes de la exportación de bienes producidos, manufacturados, tratados o comprados en el país, son totalmente de fuente argentina quedando comprendida la remisión de los mismos realizada por medio de filiales, sucursales, representantes, agentes de compras u otros intermediarios de personas o entidades del extranjero.

La ganancia neta se establecerá deduciendo del precio de venta el costo de tales bienes, los gastos de transporte y seguros hasta el lugar de destino, la comisión y gastos de venta y los gastos incurridos en la República Argentina, en cuanto sean necesarios para obtener la ganancia gravada.

fuelle argentina para las exportaciones y el criterio de la fuente extranjera para las importaciones, permaneciendo en esencia el mismo concepto de lo que es entendido por exportación y por importación, aunque se procedió a la supresión de la referencia a empresas independientes al haberse desplazado el foco de interés a los criterios de determinación de la fuente, sin importar si se trata de entes o personas vinculadas o no. A continuación, el precepto establece cuál será el precio por el que se habrán de regir las operaciones de comercio exterior, señalando dos grupos separados de operaciones:

- aquellas a las que se aplicará el mecanismo previsto por el propio artº8, pudiéndose presentar dos supuestos:
 - ✓ cuando pueda establecerse el precio internacional de mercado (mercado transparente) habrá que estar al mismo, por lo que se constata que queda superada la referencia anterior que se contenía a los precios mayoristas;
 - ✓ cuando no pueda establecerse el precio internacional de mercado, en cuyo caso el contribuyente, siempre que supere en su cifra anual de exportaciones o importaciones la cantidad que el ejecutivo determine, deberá proporcionar la información que la misma disponga a efectos de establecer que los precios declarados se ajustan razonablemente a los de mercado;
- aquellas a las que se aplicará el régimen previsto en el artº 15 por:
 - ✓ tratarse de operaciones entre partes vinculadas y que no hayan respetado las prácticas de mercado entre partes independientes;
 - ✓ cuando alguna de las partes de la transacción se haya constituido, ubicado o domiciliado en paraíso fiscal.

Por su parte, las ganancias que obtienen los exportadores del extranjero por la simple introducción de sus productos en la República Argentina son de fuente extranjera.

Cuando las operaciones a que se refiere el presente artículo fueran realizadas con personas o entidades vinculadas y sus precios y condiciones no se ajusten a las prácticas del mercado entre partes independientes, las mismas deberán ajustarse de conformidad a lo previsto por el artículo 15 de la presente ley.

Asimismo, no se considerarán ajustadas a las prácticas o a los precios normales de mercado entre partes independientes, las operaciones comprendidas en el presente artículo que se realicen con personas físicas o jurídicas domiciliadas, constituidas o ubicadas en países de baja o nula tributación, supuesto en el que deberán aplicarse las normas del citado artículo 15.

En los casos en que, de acuerdo con las disposiciones anteriores, se trate de operaciones de importación o exportación de bienes a cuyo respecto pueda establecerse el precio internacional —de público y notorio conocimiento— a través de mercados transparentes, bolsas de comercio o similares, corresponderá, salvo prueba en contrario, utilizar dichos precios a los fines de la determinación de la ganancia neta de fuente argentina.

Cuando se trate de operaciones distintas a las indicadas en el párrafo anterior, celebradas entre partes independientes, el contribuyente —exportador o importador— deberá suministrar a la Administración Federal de Ingresos Públicos la información que la misma disponga a efectos de establecer que los precios declarados se ajustan razonablemente a los de mercado, incluidas la asignación de costos, márgenes de utilidad y demás datos que dicho organismo considere necesarios para la fiscalización de dichas operaciones, siempre que el monto anual de las exportaciones y/o importaciones realizadas por cada responsable supere la suma que con carácter general fijará el Poder Ejecutivo nacional”.

Al artº15 se le procedió a adicionar una serie de párrafos a partir del párrafo quinto, cuyo objeto versaba sobre la metodología de determinación del precio de transferencia cuando las transacciones tuvieran por objeto bienes con cotización conocida en mercado transparente e interviniese un intermediario internacional (no destinatario) consistiendo en el valor de cotización del bien en el mercado transparente del día de la carga de la mercadería sin consideración del precio pactado.

Destacan VARELA y ARTOPOULOS¹¹⁰ el rol proactivo de Argentina en la implementación de medidas BEPS propuestas por la OCDE. Así, los tratados fiscales firmados a partir del año 2015 se han incluido cláusulas especiales para evitar la doble imposición, en el preámbulo se incluye la voluntad de las partes contratantes de eliminar la doble no imposición, cláusulas de test de propósito principal (PPT), disposiciones de limitación de beneficios (LOB) y se han incorporado procedimientos de acuerdo mutuo (MAP) para resolver conflictos de entidades con doble residencia.

El 7 junio 2017 Argentina firmó la Convención Multilateral para Aplicar las Medidas Relacionadas con los Tratados Fiscales para Prevenir la Erosión de las Bases Imponibles y el Traslado de Beneficios (MLI).

El 27 diciembre 2017 se aprobó una nueva reforma de la Ley del Impuesto de Ganancias introducida por la Ley 27.430 y que afectó en lo que aquí nos interesa al artº8 y 15. En lo que concierne al artº8 vino a introducir una precisión sobre el concepto de cuándo se entienden realizadas operaciones con paraísos fiscales, quedando redactado su párrafo quinto como sigue:

“Asimismo, no se considerarán ajustadas a las prácticas o a los precios normales de mercado entre partes independientes, las operaciones comprendidas en este artículo que se realicen con personas humanas, jurídicas, patrimonios de afectación y demás entidades, domiciliados, constituidos o ubicados en jurisdicciones no cooperantes o de baja o nula tributación, supuesto en el que deberán aplicarse las normas del citado artículo 15”.

El artº15¹¹¹, a parte de referirse a los deberes de documentación e información y establecer la regla del método más adecuado¹¹², concreta su ámbito:

¹¹⁰ VARELA, P. S. & ARTOPOULOS, A. L. (2020).

¹¹¹ Artº 15. – “Cuando por la clase de operaciones o por las modalidades de organización de las empresas, no puedan establecerse con exactitud las ganancias de fuente argentina, la Administración Federal de Ingresos Públicos podrá determinar la ganancia neta sujeta al impuesto a través de promedios, índices o coeficientes que a tal fin establezca con base en resultados obtenidos por empresas independientes dedicadas a actividades de iguales o similares características.

Las transacciones que establecimientos permanentes domiciliados o ubicados en el país o sujetos comprendidos en los incisos a), b), c) y d) del primer párrafo del artículo 49, realicen con personas humanas o jurídicas, patrimonios de afectación, establecimientos, fideicomisos y figuras equivalentes, domiciliados, constituidos o ubicados en jurisdicciones no cooperantes o de baja o nula tributación, no serán consideradas ajustadas a las prácticas o a los precios normales de mercado entre partes independientes.

A los fines de la determinación de los precios de las transacciones a que alude el artículo anterior serán utilizados los métodos que resulten más apropiados de acuerdo con el tipo de transacción realizada. La restricción establecida en el artículo 101 de la ley 11.683, texto ordenado en 1998 y sus modificaciones,

no será aplicable respecto de la información referida a terceros que resulte necesaria para la determinación de dichos precios, cuando ella deba oponerse como prueba en causas que tramiten en sede administrativa o judicial.

Las sociedades de capital comprendidas en el inciso a) del primer párrafo del artículo 69, los establecimientos permanentes comprendidos en el primer artículo incorporado a continuación del artículo 16 y los demás sujetos previstos en los incisos b), c) y d) del primer párrafo del artículo 49, distintos a los mencionados en el tercer párrafo del artículo anterior, quedan sujetos a las mismas condiciones respecto de las transacciones que realicen con sus filiales extranjeras, sucursales, establecimientos permanentes u otro tipo de entidades del exterior vinculadas a ellas.

A los efectos previstos en el tercer párrafo, serán de aplicación los métodos de precios comparables entre partes independientes, de precios de reventa fijados entre partes independientes, de costo más beneficios, de división de ganancias y de margen neto de la transacción. La reglamentación será la encargada de fijar la forma de aplicación de los métodos mencionados, como así también de establecer otros que, con idénticos fines y por la naturaleza y las circunstancias particulares de las transacciones, así lo ameriten.

Cuando se trate de operaciones de importación o exportación de mercaderías en las que intervenga un intermediario internacional que no sea, respectivamente, el exportador en origen o el importador en destino de la mercadería, se deberá acreditar —de acuerdo con lo que establezca la reglamentación— que la remuneración que éste obtiene guarda relación con los riesgos asumidos, las funciones ejercidas y los activos involucrados en la operación, siempre que se verifique alguna de las siguientes condiciones:

- a) que el intermediario internacional se encuentre vinculado con el sujeto local en los términos del artículo incorporado a continuación del artículo 15;
- b) que el intermediario internacional no esté comprendido en el inciso anterior, pero el exportador en origen o el importador en destino se encuentre vinculado con el sujeto local respectivo en los términos del artículo incorporado a continuación del artículo 15.

Para el caso de operaciones de exportación de bienes con cotización en las que intervenga un intermediario internacional que cumplimente alguna de las condiciones a que hace referencia el sexto párrafo de este artículo, o se encuentre ubicado, constituido, radicado o domiciliado en una jurisdicción no cooperante o de baja o nula tributación, los contribuyentes deberán, sin perjuicio de lo requerido en el párrafo anterior, realizar el registro de los contratos celebrados con motivo de dichas operaciones ante la Administración Federal de Ingresos Públicos, de acuerdo con las disposiciones que a tal fin determine la reglamentación, el cual deberá incluir las características relevantes de los contratos como así también, y de corresponder, las diferencias de comparabilidad que generen divergencias con la cotización de mercado relevante para la fecha de entrega de los bienes, o los elementos considerados para la formación de las primas o los descuentos pactados por sobre la cotización. De no efectuarse el registro correspondiente en los términos que al respecto establezca la reglamentación o de efectuarse pero no cumplimentarse lo requerido, se determinará la renta de fuente argentina de la exportación considerando el valor de cotización del bien del día de la carga de la mercadería —cualquiera sea el medio de transporte—, incluyendo los ajustes de comparabilidad que pudieran corresponder, sin considerar el precio al que hubiera sido pactado con el intermediario internacional. La Administración Federal de Ingresos Públicos podrá extender la obligación de registro a otras operaciones de exportación de bienes con cotización.

Los sujetos comprendidos en las disposiciones de este artículo deberán presentar declaraciones juradas anuales especiales, de conformidad con lo que al respecto disponga la reglamentación, las cuales contendrán aquella información necesaria para analizar, seleccionar y proceder a la verificación de los precios convenidos, así como también información de naturaleza internacional sin perjuicio de la realización, en su caso, por parte de la Administración Federal de Ingresos Públicos, de inspecciones simultáneas o conjuntas con las autoridades tributarias designadas por los Estados con los que se haya suscripto un acuerdo bilateral que prevea el intercambio de información entre fiscos.

La reglamentación también deberá establecer el límite mínimo de ingresos facturados en el período fiscal y el importe mínimo de las operaciones sometidas al análisis de precios de transferencia, para resultar alcanzados por la obligación del párrafo precedente.

En todos los casos de operaciones de importación o exportación de mercaderías en las que intervenga un intermediario internacional, los contribuyentes deberán acompañar la documentación que contribuya a establecer si resultan de aplicación las disposiciones comprendidas en los párrafos sexto a octavo del presente artículo.

- cuando no puedan establecerse con exactitud las ganancias de fuente argentina quedará expedita la vía a la actuación de la Administración tributaria para determinar el precio conforme al precio de mercado, lo cual no constituye ninguna novedad respecto del régimen anterior;
- cuando se trate de operaciones en que intervengan parte constituida, domiciliada o ubicada en paraíso fiscal;
- cuando se trate de operaciones en que intervenga intermediario internacional, no destinatario;
- cuando se trate de transacciones con entidades vinculadas.

Así mismo se determinaba el ámbito de vinculación¹¹³.

El 27 de diciembre de 2018 el gobierno argentino promulgó el Decreto Reglamentario (DR) de la Ley de Impuesto a las Ganancias (LIG) n° 1170, con vigencia para los ejercicios fiscales iniciados a partir del 1 de enero de 2018, y en el que incluyeron, entre otros, los siguientes extremos:

- mayores precisiones sobre los requisitos de información para las operaciones de importación y/o exportación de bienes realizadas a través de intermediarios internacionales (prueba de sustancia del intermediario);
- precisiones adicionales sobre la metodología para la fijación de precios de las operaciones de exportación de bienes con cotización (commodities) realizadas a través de intermediarios internacionales;
- inclusión de la lista de situaciones que se considera constituyen “vinculación” y aclaraciones adicionales con respecto a las jurisdicciones que se consideran de baja o nula tributación;
- cambios en los requisitos de documentación de precios de transferencia, consistentes con la Acción 13 de la iniciativa BEPS, incluyendo montos mínimos de materialidad para las transacciones intercompañía;
- introducción de disposiciones adicionales relacionadas con el análisis de comparabilidad, riesgos y recharacterización de transacciones, y métodos de precios de transferencia, entre otros;
- aclaraciones adicionales sobre la deducción de intereses, diferencias de cambio y otros conceptos financieros;

Asimismo, la reglamentación establecerá la información que deberán suministrar los contribuyentes respecto de las operaciones comprendidas en los párrafos sexto a octavo del presente artículo”.

¹¹² Que ya venía introducido en disposiciones anteriores.

¹¹³ “A los fines previstos en esta ley, la vinculación quedará configurada cuando un sujeto y personas u otro tipo de entidades o establecimientos, fideicomisos o figuras equivalentes, con quien aquél realice transacciones, estén sujetos de manera directa o indirecta a la dirección o control de las mismas personas humanas o jurídicas o éstas, sea por su participación en el capital, su grado de acreencias, sus influencias funcionales o de cualquier otra índole, contractuales o no, tengan poder de decisión para orientar o definir la o las actividades de las mencionadas sociedades, establecimientos u otro tipo de entidades.

La reglamentación podrá establecer los supuestos de vinculación a los que alude el párrafo precedente.”

- con relación al establecimiento permanente una serie de aclaraciones sobre las actividades o situaciones que permitirían calificar a un sujeto como agente dependiente;
- se estableció la presentación de un informe local y de un informe maestro, y se fijaron los importes mínimos de las operaciones sujetas al análisis de precios de transferencia.

La última modificación de calado en el ámbito de nuestro trabajo se produjo mediante el Decreto 824/2019 a través de la cual, entre otras cosas el artº8 pasó a ser el artº9 y el artº15 a ser el artº17. Con posterioridad, la Administración Federal de Ingresos Públicos (“AFIP”) ha ido publicando una serie de Resoluciones Generales sobre la materia, entre las que cabe citar:

- la Resolución General 4717/2020, de 15 de mayo donde se establecieron los nuevos requisitos de documentación de las operaciones vinculadas¹¹⁴, así como los nuevos plazos extendidos a causa del COVID19. Además, se contiene:
 - ✓ la confirmación de que el análisis de comparabilidad deberá efectuarse sobre la situación de la entidad argentina;
 - ✓ la regulación por primera vez el método del Profit Split y las condiciones para emplear otros métodos de valoración;
 - ✓ la introducción de una regulación específica de las operaciones financieras entre partes vinculadas.
- la Resolución General 4733/2020, de 4 de junio modificó la anterior Resolución General
- La Resolución General 5010/2021 cuyas principales novedades fueron:
 - ✓ Se establece como regla general que la selección de las operaciones y sujetos comparables no podrá incluir aquellos que reflejen pérdidas operativas, salvo razones justificadas;
 - ✓ Se modifican los parámetros para poder acogerse al régimen simplificado de información;
 - ✓ Se eleva el mínimo a partir del cual se hace preciso el Informe Maestro.

En Brasil el punto de inflexión en su regulación vino marcado por la Ley nº9430/96. Con anterioridad a la misma no existía una regulación específica para los precios artificiales en las transacciones internacionales, aplicándoseles el régimen de distribución disimulada de beneficios¹¹⁵ –vía presunción *iuris tantum*– cuando se produjeran enajenaciones o adquisiciones de bienes entre personas vinculadas por valor

¹¹⁴ Se buscó la estandarización de la información suministrada sobre precios de transferencia. Al efecto se sustituyó el formulario de declaración, aglutinándose en uno solo toda la información que antes se suministraba en distintas declaraciones. Se introduce el “Informe Maestro”. Los parámetros para resultar aplicable la exigencia del Local File fueron modificados.

¹¹⁵ Recogido en los artículos 72 y 73 de la Ley nº4.506 de 30 de noviembre de 1964, materia que luego sería regulada por el Decreto–Ley nº1.598 de 26 de diciembre de 1977 y Decreto–Ley nº2.065 de 26 de octubre de 1983.

notoriamente superior o inferior al de mercado. Para destruir dicha presunción había que probar que la transacción fue realizada en interés de la persona jurídica y en condiciones estrictamente conmutativas en que la persona jurídica habría contratado con terceros independientes. Fue con la Ley n°9.430, en sus artículos 18 a 24 cuando se introdujo el régimen de los precios de transferencia, desarrollándose mediante la Ordenanza MF n°. 95/97 y por la Instrucción Normativa de la Secretaría de la Agencia Tributaria (IN RFB) n°. 38/97 y que fue sufriendo diversos cambios posteriores. La particularidad principal de Brasil viene marcada por su no pertenencia, por el momento, a la OCDE. La doctrina se divide, entrando en una ardua polémica, sobre si se produjo una acogida del principio de *arm's length* o no, así mientras unos autores adoptaron una postura positiva¹¹⁶, otros defendieron que no existe una acogida de tal principio en su ordenamiento¹¹⁷. Lo cierto es que pueden tomarse en consideración tres elementos indiscutibles:

- la exposición de motivos de la Ley 9430, en la que se expresó:

“Las normas contenidas en los artículos 18 a 24 representan un significativo avance en la legislación nacional frente al ingente proceso de globalización experimentado por las economías contemporáneas. En el caso específico, de conformidad con las reglas adoptadas en los países integrantes de la OCDE, se proponen normas que posibilitan el control de los denominados “Precios de Transferencia” para evitar la práctica, perjudicial para los intereses nacionales, de transferencias de recursos hacia el exterior, mediante la manipulación de los precios pactados en las importaciones o exportaciones de bienes, servicios o derechos, en operaciones con personas vinculadas, residentes o domiciliadas en el Exterior.”

- el artº 18 del mismo texto legal:

“Los costes, gastos y gastos relativos a bienes, servicios y derechos, obrantes en documentos de importación o de adquisición, en las operaciones efectuadas con persona vinculada, solamente serán deducibles, en la determinación del beneficio real, hasta el valor que no exceda del precio determinado por los siguientes métodos”.

- el hecho de que Brasil ha celebrado numerosos tratados de doble tributación en que se contiene el respeto al artº 9 del MCOCDE

Aunque tampoco es menos cierto que en el sistema brasileño hay elementos significativamente diferentes del sistema de la OCDE, al no contemplar el análisis funcional y de riesgos, ni acoger los métodos transaccionales de división de beneficios (profit Split method, también conocido como el cuarto método).

Entre las modificaciones más relevantes de la Ley n°9.430 deben ser citadas las introducidas por la Ley n°12.715 de 2012 y por la Ley n°12766 de 2012.

¹¹⁶ V.gr. SCHOUERI L.E. y TORRES R.L (1999).

¹¹⁷ Es el caso de GALHARDO, L.R. y BALSIMELLI, F.C. (2021). Los autores consideran que Brasil acoge el método del margen fijo predeterminado en detrimento del principio de *arm's length*.

El análisis de la situación en otros países puede ser tomada, aunque solo sea mediante escasas referencias, en la información contenida en la web de la OCDE¹¹⁸ a partir del cuestionario enviado a un nutrido grupo de países. Igualmente resultan especialmente ilustrativas las guías anuales publicadas por Ernst&Young, Deloitte, PricewaterhouseCoopers o KPMG.

¹¹⁸ <http://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/transfer-pricing-country-profiles.htm>

CAPÍTULO II.-

FUNDAMENTOS ECONÓMICOS Y JURÍDICOS

DEL *ARM'S LENGTH*. SU INTERACCIÓN CON

LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

TRIBUTARIOS.

II.1. Incardinación del problema y breve reseña histórica de las principales clasificaciones de los principios tributarios.

El estudio del principio de *arm's length* supone estudiar un instituto de Derecho Tributario con características muy determinadas y singulares, lo que nos conduce a que el desentrañar sus fundamentos conlleve analizar muy distintos aspectos desde distintas ópticas.

Usualmente, la doctrina acostumbra a limitarse en el estudio de la materia, bien a los aspectos económicos, o bien a los aspectos jurídicos. Aquí hemos preferido abarcar ambos, por cuanto supondría una irrealidad carente de virtualidad práctica el movernos en uno solo, ya que la aplicación efectiva del principio de *arm's length* presenta aristas y matices jurídicos y económicos, lo cual no es ajeno al área tributaria, pero reviste especial intensidad en este supuesto si se advierte que la propia aplicación del principio del *arm's length* conlleva metodologías y reporta consecuencias que traspasan las fronteras de un solo ámbito. No se trata de una mera cuestión conceptual, o de meras consecuencias, sino también de desarrollo, de aplicación y de interpretación.

Por otra parte, en beneficio de la claridad del contenido a que nos referiremos en cada momento, debemos diferenciar entre fundamentos jurídicos axiológicos y razones pragmáticas de su adopción, en el bien entendido de que todos ellos quedan encuadrados en la justificación y fundamentación del *arm's length*. La diferenciación no es más que el reflejo de la dicotomía entre sistema tributario racional y sistema tributario histórico que apuntaba SAINZ DE BUJANDA¹¹⁹ haciéndose eco de lo dicho por SCHMÖLDERS, y que es consecuencia del particular funcionamiento del Derecho público, en el que es la mentalidad social la que debe adaptarse a las instituciones — especialmente en el ámbito impositivo—, nota singularmente distinta a lo que sucede en el Derecho privado en el que las instituciones suelen crearse desde la mentalidad social¹²⁰. El sistema tributario es racional cuando el legislador es quien crea deliberadamente la conjugación entre los objetivos perseguidos y los medios que se emplean, en tanto que es histórico si la armonía se consigue por la espontaneidad de la evolución histórica. Obviamente, el desiderátum debe ser la consecución de un sistema racional, ahora bien, esa racionalidad debe dar respuesta a dos finalidades que debe poseer cualquier tributo: la finalidad fiscal (función recaudatoria) y la finalidad extrafiscal (motivar, incentivar y promover ciertas conductas)¹²¹. En este sentido VALLE SÁNCHEZ¹²² apunta que los principios impositivos suelen hacer referencia al sistema impositivo, como tal, pero nada se opone a que puedan adaptarse a figuras

¹¹⁹ SAINZ DE BUJANDA, F. (1962).

¹²⁰ SOLER BELDA, R. (2011).

¹²¹ En esta dirección RÍOS GRANADOS, G. (2008).

¹²² VALLE SÁNCHEZ, V. (2001).

impositivas concretas para ver en qué medida se adecúan o no a sus exigencias, permitiendo enjuiciar la racionalidad. En palabras de GARCÍA AÑOVEROS¹²³, no cabe un análisis del sistema tributario sin tener presentes los principios de una manera continuamente operativa.

Item más, a la hora de abordar los fundamentos del *arm's length* hemos de mirar hacia los principios en que se sustenta el Derecho Tributario, por cuanto los principios jurídicos, además de su función exegética (facilitando la interpretación) y garantista (generan un mandato genérico que vetan conductas contrarias), cumplen una función “*fundamentadora*” al ser el origen y soporte estructural de las normas, lo que les confiere un carácter imperativo para el legislador¹²⁴.

A la vista de cuanto antecede se hace forzoso partir de la identificación de cuáles sean los principios básicos que sirven de tronco común en el sistema tributario de un Estado de Derecho, los cuales deberán ser colmados para que se cumplimenten los valores fundamentales sobre los que se asienta. De igual forma habrá que perfilar la configuración actual de la facultad de establecimiento de los impuestos, de características sustancialmente distintas a las que presentó en épocas anteriores. A partir de ahí descenderemos a determinar cuáles de dichos principios sirven de sustento al principio de *arm's length* y lo justifican como particularidad dentro del Derecho Tributario. En este segundo escalón, a consecuencia de las singularidades que presenta el principio de *arm's length*, por fuerza habremos de detenernos en varios aspectos de especial relevancia y que nos servirán para nuestra meta de entender cuáles sean sus fundamentos. A saber:

- la circunstancialidad que presenta la fiscalidad en nuestros días, marcada por la internacionalización de las relaciones comerciales y el fenómeno conocido como la globalización, siendo precisamente en el campo de las operaciones transnacionales donde genuinamente el principio de *arm's length* nació y actualmente se desenvuelve;
- la trascendencia que esa internacionalización comporta para el poder soberano de los Estados y la facultad de establecer impuestos;
- las repercusiones que la globalización tiene sobre los principios tributarios.

Por otra parte, realizaremos un repaso de las distintas teorías económicas y sus principales consideraciones en torno al principio de *arm's length*, donde se podrá apreciar que se han venido ocupando del análisis y observación de las razones pragmáticas que juegan en la determinación del precio en las transacciones en operaciones transnacionales entre entidades asociadas.

Al final de la lectura del presente capítulo se comprenderá que el enfoque jurídico y económico no se contraponen, antes bien, se sirven de complemento mutuo para alcanzar cuando menos una aproximación realística y alejada de teorizaciones sobre los argumentos en que descansa el principio de *arm's length*.

¹²³ GARCÍA AÑOVEROS, J. (2000).

¹²⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1984).

Decía STUART MILL¹²⁵ que no hay mejor forma de comenzar un estudio de los principios tributarios que citándolos.

El principio de justicia (la distribución de los pagos impositivos debe ser justa) es muy antiguo, como apunta MUSGRAVE¹²⁶, constituyendo el pilar básico en el pensamiento hacendístico, si bien su explicación unos la encuentran en el principio de capacidad contributiva y otros en la teoría del beneficio (la distribución se realiza acorde con los beneficios o servicios recibidos). Esa dicotomía fundamentadora continúa presente hasta nuestros días, como observa SÁNCHEZ SERRANO¹²⁷ cuando afirma la existencia de incoherencia en *“proclamar, por un lado, la adhesión a una vaga e incorrecta idea global de justicia financiera, que se referiría conjuntamente tanto a los ingresos y a los gastos, y por otro descuidar, no potenciar o no cultivar suficientemente aquellos principios o mecanismos jurídicos que servirían precisamente para hacer jurídicamente relevante la conexión lógica que indudablemente existe entre el momento del ingreso y del gasto, entre el ciudadano-contribuyente y el ciudadano destinatario del gasto y beneficiario de los bienes públicos o colectivos que con él se financian. Y me refiero, no sólo a los principios de autonomía, coordinación, solidaridad, etc. [...], sino también a posibles mecanismos jurídicos, tales como el de la causa de la obligación tributaria, el del equilibrio presupuestario, o el del reconocimiento de eficacia respecto de los ingresos”*.

Ahora bien, el principio fundamental de justicia no es el único. Veamos muy sucintamente el surgimiento y principales sistematizaciones.

Ya en el pensamiento clásico ADAM SMITH¹²⁸ (1776) estableció cuatro máximas que comprenden a todos los tributos en general: (a) contribución de cada ciudadano conforme a los ingresos de que disfrute bajo la protección estatal (principio de igualdad); (b) el impuesto que pague cada ciudadano debe ser cierto y no arbitrario (principio de certeza); (c) todo impuesto debe cobrarse en el tiempo y de la manera que sea más cómodo para el contribuyente (principio de conveniencia recaudatoria), y (d) la diferencia entre las sumas que salen del bolsillo del contribuyente y las que se ingresan en el Tesoro público debe ser lo menor posible (principio de economía recaudatoria). Aunque A. SMITH parece decantarse por el método del beneficio, matiza el mismo con la exigencia de que los impuestos habrán de ser coherentes con la capacidad de pago y es precisamente en el aforismo *“en proporción a sus respectivas capacidades”* en el que estudiosos como MUSGRAVE¹²⁹ cuestionan si el autor pretendió asentar la idea de proporcionalidad o simplemente que todos deberían contribuir con la misma fracción de renta.

E incluso con anterioridad, el pensamiento cameralista alemán, iniciado por KLOCK y culminado por VON JUSTI¹³⁰, recogió hasta seis principios según nos precisa

¹²⁵ MILL, J. S. (1848/1996).

¹²⁶ MUSGRAVE, R. A. (1968).

¹²⁷ SÁNCHEZ SERRANO, L. (1997).

¹²⁸ SMITH, A. (1776/1794).

¹²⁹ MUSGRAVE, R.A. (1968).

¹³⁰ VON JUSTI, J. H. G. (1766).

FUENTES QUINTANA¹³¹: (a) es necesario que los sujetos pasivos paguen los tributos por propia iniciativa; (b) los tributos no deben resultar asfixiantes para la industria ni para el comercio; (c) la justicia (equidad) debe ser la norma fundamental que inspire el sistema fiscal de un país; (d) dicho sistema debe responder al principio de certeza y la recaudación a los de seguridad y rapidez; (e) los tributos deben establecerse de forma que se reduzca lo más posible el número de recaudadores y (f) se deberá dar al contribuyente las mayores facilidades posibles en orden al pago de los tributos.

Se atribuye al británico WILLIAM PETTY¹³² la primera formulación de lo que hoy en día se conoce como principio de neutralidad impositiva que inspira el que los impuestos no alteren el equilibrio económico que logra el mercado. En este principio profundizaría DAVID RICARDO guiado por su partidismo a favor del *laissez faire*, acogiendo la idea de que “*el mejor de los planes hacendísticos es el gastar poco, siendo el mejor de los impuestos el menos oneroso, es decir, aquél que grave en menor cuantía al contribuyente*”¹³³

STUART MILL¹³⁴ procedió a profundizar en el principio de capacidad a partir del principio de igualdad ante la ley. Para S. MILL la igualdad en la imposición significa igualdad en el sacrificio. El sacrificio que se exige a los ciudadanos debe ser a todos por igual para que el sacrificio general sea menor y se complementa con el principio del sacrificio mínimo (la carga impositiva debe significar el menor sacrificio posible). S. MILL realiza una crítica del método del beneficio¹³⁵, razonando que el mismo conllevaría una imposición regresiva en el caso de los ciudadanos pobres. La progresividad en forma genérica en ningún caso está justificada.

Otra de las aportaciones fundamentales a tomar en consideración, en esta breve reseña histórica, es la realizada por ADOLF WAGNER¹³⁶ quien entendía que el Estado debía desempeñar una doble función, por una parte, el Estado poder y Derecho, por otra parte, el Estado cultural y del bienestar tendente a asegurar no únicamente la satisfacción de las necesidades elementales sino también la formación de una vida social y cultural de su población¹³⁷. WAGNER procedió a enunciar nueve principios agrupándolos en cuatro categorías:

¹³¹ FUENTES QUINTANA, E. (1973). El profesor HUERTA DE SOTO, J. (2000) recoge cinco de los seis principios.

¹³² La contribución más importante de este autor fue su *Tratado sobre Impuestos y Contribuciones*, publicado en 1662

¹³³ Citado por HUERTA DE SOTO, J. (2000)

¹³⁴ En su obra *Principios de Economía Política*

¹³⁵ MILL, J. S., óp.cit., p. 688 y s "Lo que más les agrada es considerar los impuestos que paga cada miembro de la comunidad como un equivalente de lo que recibe en forma de servicios; y prefieren que la justicia de hacer que cada cual contribuya en proporción a sus medios se base sobre el hecho de que el que tiene el doble de bienes que otro, recibe, según cálculos bastante precisos, el doble de protección y debe de pagar, por consiguiente, el doble por ella. Sin embargo, el supuesto de que el gobierno existe tan solo para proteger la propiedad no puede admitirse de una manera deliberada (...) los fines de éste son tan amplios como los de la armonía social. Consisten en todo el bien y toda la inmunidad al mal que la existencia del gobierno pueda conceder, ya directa, ya indirectamente."

¹³⁶ WAGNER, A. (1890).

¹³⁷ WAGNER, A. (1892).

1. –Principios de política financiera, donde incluye el principio de recaudación adecuada a las necesidades (suficiencia) y el principio de flexibilidad en la imposición. Conforme al primero, los impuestos deben ser suficientes para poder cubrir las necesidades financieras en un determinado periodo. De acuerdo con el segundo, los impuestos deben ser adaptables a las variaciones de las necesidades financieras.

2. –Principios de Economía Pública que abarcarían el principio de la elección de las fuentes correctas de la imposición y el principio de la elección de la clase de impuesto (atendiendo a los efectos de cada impuesto sobre los contribuyentes). El primer principio aludido significa que el sistema habrá de elegir la fuente gravable entre renta, capital o medios de consumo atendiendo a las necesidades económicas, de política social y los fines de aplicación de los impuestos. El segundo principio significa que el legislador puede elegir quién será el sujeto del impuesto, aunque no podrá determinar quién es el pagador

3. –Principios de equidad (o justicia), donde el autor encaja el principio de universalidad (o generalidad) e igualdad (o uniformidad) en la imposición.

4. –Principios de administración fiscal o de lógica en materia de imposición, situando entre los mismos el principio de certeza o determinación, el principio de convivencia o comodidad y el principio de economicidad.

Al tratadista alemán FRIZ NEUMARK le debemos la “formulación moderna y la sistematización de los distintos principios que deben formar un sistema impositivo y, particularmente, a su obra Principios de la Imposición”¹³⁸. Para NEUMARK los tributos deben satisfacer los objetivos de justicia, racionalidad económica y eficacia operativa, lo cual se conseguirá cuando se observen los principios impositivos¹³⁹. El autor agrupa los principios conforme a la siguiente clasificación:

1. — Principios presupuestario–fiscales.

Aquí quedan comprendidos el principio de suficiencia y el principio de adaptación. El principio de suficiencia persigue que “la totalidad del sistema fiscal de un país, bajo el supuesto de un racional equilibrio financiero vertical, se estructure cuantitativa y cualitativamente de manera tal que los ingresos tributarios permitan en todo nivel político la cobertura duradera de los gastos que este haya de financiar tributariamente”¹⁴⁰. El principio de adaptación implica que el sistema tributario ha de permitir que, en caso necesario y a corto plazo, se puedan adoptar medidas tributarias que permitan la obtención de ingresos complementarios para cubrir necesidades adicionales a aquellas que se consideran normales y ordinarias¹⁴¹.

2. — Principios político–sociales y éticos.

¹³⁸ ÁLVAREZ GARCÍA, S y HERRERA MOLINA, P. (2004).

¹³⁹ OMAR FERNÁNDEZ, L. (2018).

¹⁴⁰ NEUMARK, F. (1974).

¹⁴¹ *Ibidem*, p.89

Bajo este apartado se engloban los principios de generalidad, igualdad, proporcionalidad y redistribución. El denominador común de todos ellos es el principio de capacidad contributiva o de pago. El principio de generalidad establece que todas las personas jurídicas y naturales deben someterse al impuesto; ninguna persona puede excluirse de un impuesto general y personal sino por motivos basados en los fines del Estado. El de igualdad dispone que las personas en situación igual han de recibir el mismo trato impositivo, debiendo concederse un trato tributario desigual a las personas que se encuentren en situaciones diferentes. También es conocido como principio de igualdad horizontal¹⁴². El principio de proporcionalidad sostiene que la imposición debe resultar igualmente onerosa, en términos relativos, a cada contribuyente¹⁴³. El principio de redistribución persigue la alteración de la distribución de la renta que produce el mercado, atenuando las diferencias entre los sujetos¹⁴⁴.

3. — Principios político–económicos.

En este grupo se incardinan los principios de evitar medidas tributarias intervencionistas, de intervención mínima en la esfera privada y en la libre disponibilidad económica de los individuos, de evitación de las consecuencias involuntarias que la tributación ocasiona en la libre competencia (o principio de neutralidad), de flexibilidad activa, de flexibilidad pasiva y de imposición orientada hacia la política de crecimiento.

El principio de evitar medidas tributarias intervencionistas se define como el deber de la política fiscal de abstenerse de realizar en la economía de mercado aquellas intervenciones que de manera asistemáticamente fragmentaria favorezcan o perjudiquen grandes o pequeños sectores parciales de la vida económica en su evolución y/o en su estructura formal¹⁴⁵.

El principio de la minimización de las intervenciones exige que la AT, tanto en la intromisión en las condiciones privadas y personales de los individuos como en la restricción por motivos fiscales de la libre disponibilidad económica, se mantenga dentro de los límites que permita la observancia de los principios presupuestarios fiscales y de justicia, considerados como de rango superior, así como de los principios derivados de la política de estabilización y de crecimiento. Este principio debe funcionar con carácter subsidiario del de capacidad de pago.

El principio de neutralidad requiere que la política fiscal, en lo relativo a la transferencia coactiva por ella originada de los recursos económicos o de los substratos de la capacidad adquisitiva que representan a éstos, se abstenga de toda intervención que perjudique al mecanismo competitivo del mercado, a menos que:

- la intervención fuera indispensable para provocar correcciones de los resultados de la competencia perfecta, a las que por razones de rango superior se las considere necesarias;

¹⁴² *Ibidem*, p.127 y ss.

¹⁴³ *Ibidem*, p.161 y ss.

¹⁴⁴ *Ibidem*, p.232 y ss.

¹⁴⁵ *Ibidem* p.284

- o para suprimir o adecuar determinadas imperfecciones de la competencia.

El principio de flexibilidad activa comporta el imperativo de poner a la política fiscal en condiciones de contrarrestar tanto las tendencias inflacionistas del desarrollo como las deflacionistas mediante:

- la correspondiente organización de las estructuras del sistema fiscal y de los procedimientos de imposición,
- y la organización de las facultades jurídico–políticas para una variación de las cargas fiscales que se corresponda con la coyuntura y que asegure la estabilidad aproximada del valor del dinero y del empleo.

El principio de flexibilidad pasiva supone que el sistema fiscal se ha de estructurar, en lo relativo a su composición cualitativa y a los procedimientos técnico tributarios aplicables a cada uno de los impuestos, de manera que la evolución de sus rendimientos —supuesta la invariabilidad del Derecho Tributario— contribuya a amortiguar las fluctuaciones a corto plazo de la actividad económica general, particularmente las del valor monetario y las del empleo, sin que resulte perjudicado a cierto plazo el crecimiento económico que se considera satisfactorio.

4. —Principios jurídico–tributarios y técnico–tributarios.

En este apartado se incluyen los principios de congruencia y sistematización, de transparencia, de practicabilidad, de continuidad, de economicidad y de comodidad.

El principio de congruencia y sistematización viene a significar que el sistema tributario ha de ser considerado como un sistema completo, sin lagunas. Pero además, significa que en el sistema tributario no existan contradicciones.

El principio de transparencia viene a imponer la claridad en cualquier disposición tributaria, de manera que se eliminen todas las dudas sobre los derechos y deberes de los contribuyentes e igualmente se elimine la arbitrariedad.

El principio de practicabilidad o aplicabilidad postula que los principios de política fiscal se configuren de modo que las medidas que se adopten y los objetivos que se persigan satisfagan la comprensión y tendencias del contribuyente medio, así como las atribuciones materiales e institucionales de los órganos administrativos tributarios.

El principio de continuidad de las normas tributarias aconseja huir de los cambios a corto plazo y asistemáticos de dicha normativa.

El principio de economicidad persigue la minimización de los costos de exacción, recaudación y control a aquellos indispensables para la consecución de los objetivos político–económicos y político–sociales.

El principio de comodidad pretende que la imposición se estructure de manera que se le conceda al contribuyente todas las facilidades necesarias para el cálculo y el pago, con la limitación del respeto a los principios superiores.

II.2. El acogimiento de los principios tributarios en los textos constitucionales.

Los textos constitucionales suelen acoger entre su normativa los principios tributarios sobre los que se asienta el sistema tributario del país, si bien podemos distinguir entre aquellas constituciones que contienen una relación expresa de los mismos y aquellas otras en las que solamente aparece recogido alguno o los dos principios que constituyen lo que se ha dado en llamar *columna vertebral*¹⁴⁶ del Derecho Tributario: el principio de igualdad y el de capacidad contributiva, aunque en el caso de las tasas y las contribuciones especiales el principio del beneficio interactúa con el de capacidad contributiva. De dichos dos principios se extraen por los operadores jurídicos todos los demás. RAMALLO MASSANET¹⁴⁷ puntualiza que en las constituciones deben distinguirse aquellos principios que se refieren a la materia estrictamente tributaria (principios tributarios constitucionalizados) de aquellos otros que no haciendo referencia expresa, o no siendo privativos de la materia financiera, le son aplicables. Entre los principios específicamente tributarios la doctrina mayoritariamente acoge el de capacidad contributiva, progresividad y no confiscatoriedad. Entre los principios generales de Derecho público que por ser tales son aplicables al Derecho Tributario, se situarían el de igualdad, seguridad jurídica, legalidad, tutela judicial efectiva, etc. En sintonía con la distinción acabada de referir, RUIZ ALMENDRAL y ZORNOZA PÉREZ¹⁴⁸, haciéndose eco de lo apuntado por K. VOGEL, sugieren la posible existencia de dos tipos de normas que en los textos constitucionales se refieran o afecten a la materia tributaria: por un lado las que denominan de *Derecho Constitucional Tributario* (son “normas que disciplinan u organizan las instituciones del Estado, pero están conectadas de uno u otro modo con la ordenación de los tributos”) y, por otro lado, las de *Derecho Tributario Constitucional* (“normas constitucionales únicamente por razón del rango, pero que establecen principios o disciplinan instituciones tributarias”).

Excede al propósito y objeto de este trabajo el análisis de todos y cada uno de dichos principios, pero sí entendemos necesario ilustrar sobre el panorama que presentan los distintos ordenamientos en cuanto al acogimiento de los principios, cuando menos siguiendo el consejo del profesor VALDÉS COSTA de que “todas las cuestiones prácticas deben resolverse, necesariamente, en función de los principios jurídicos

¹⁴⁶ PÉREZ DE AYALA, J. L y GONZÁLEZ GARCÍA, E. (1994). También en el artículo “Dos Principios de Imposición: Legalidad y Capacidad Contributiva” (2003).

¹⁴⁷ RAMALLO MASSANET, J. (1982).

¹⁴⁸ RUIZ ALMENDRAL, V. y ZORNOZA PÉREZ, J. (2004).

*fundamentales que en materia tributaria tienen especial relevancia: los de legalidad, tutela jurisdiccional e igualdad*¹⁴⁹.

La Ley Fundamental de Bonn, a diferencia de la Constitución de Weimar de 1919¹⁵⁰, se limita a acoger el principio de igualdad de trato en su artº 3 .1¹⁵¹, y del mismo se extraen vía jurisprudencial los principios básicos de una tributación justa, pero no contiene una formulación expresa de cómo debe ser entendida ésta. Así, del mismo la doctrina extrae el principio de igualdad ante la ley¹⁵², la igualdad ante los impuestos¹⁵³ y el principio de capacidad contributiva. El principio de igualdad se contextualiza con la proclamación del Estado del bienestar que recoge el artº 1.1 (el respeto y protección a la dignidad humana) en relación con el Estado federal democrático y social de Derecho recogido por el artº 20.1. Igualmente, el principio de legalidad en materia fiscal carece de una formulación expresa y precisa, procediendo la doctrina a justificarla en dos pilares: a) la interdicción de la restricción de la libertad personal por cauce distinto al de una ley, determinada por el artº1 y artº2¹⁵⁴, y b) la necesidad de ley que ampare los actos de la administración, incluidos los fiscales, conforme al artº20.3¹⁵⁵.

Otro tanto sucede en Austria¹⁵⁶, cuyo sistema constitucional no descansa en un único texto normativo, sino en un conjunto de normas de rango constitucional a los que seguidamente en lo pertinente nos referiremos¹⁵⁷. Así la Ley Fundamental del Estado

¹⁴⁹ VALDÉS COSTA, R. (1996).

¹⁵⁰ La Constitución de Weimar recogía en su artº 134 que “*todos los ciudadanos sin distinción contribuirán al mantenimiento de todas las cargas públicas en relación con sus medios y en la medida establecida por la ley*”. En versión original: “*Alle Staatsbürger ohne Unterschied tragen im Verhältnis ihrer Mittel zu allen öffentlichen Lasten nach Maßgabe der Gesetze bei.*” La doctrina entendió que los “*medios*” a los que aludía el precepto se refería al principio de capacidad contributiva. La conexión entre el principio de capacidad contributiva y el principio de igualdad ha generado amplio debate doctrinal cuyo estado último bien pudiera resumirse en el posicionamiento de TIPKE (TIPKE, K., 1973, págs. 18 – 40) al expresar la crisis del principio de capacidad económica propio de una sociedad individualista y liberal que no encaja en el ideal actual de justicia como eje rector de la política económica.

¹⁵¹ Art 3 (1) “*Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich*”.

¹⁵² Rechtssetzungsgleichheit.

¹⁵³ Rechtsanwendungsgleichheit.

¹⁵⁴ “Artículo 2 [Libertad de acción y de la persona] (1) *Toda persona tiene el derecho al libre desarrollo de su personalidad siempre que no viole los derechos de otros ni atente contra el orden constitucional o la ley moral. (2) Toda persona tiene el derecho a la vida y a la integridad física. La libertad de la persona es inviolable. Estos derechos sólo podrán ser restringidos en virtud de una ley*”.

En versión original:

“Art 2

(1) *Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt.*

(2) *Jeder hat das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit. Die Freiheit der Person ist unverletzlich. In diese Rechte darf nur auf Grund eines Gesetzes eingegriffen werden.*”

¹⁵⁵ “(3) *El poder legislativo está sometido al orden constitucional; los poderes ejecutivo y judicial, a la ley y al Derecho*”.

En versión original: “(3) *Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden*”.

¹⁵⁶ Una visión general sobre la estructura constitucional de Austria puede examinarse en GAMPER, A. (2008) o en PERNTHALER, P. y GAMPER, A.

¹⁵⁷ En esencia se compone de la Ley Constitucional Federal o Constitución a la que hay que adicionar un gran número de leyes constitucionales federales (más de cien), entre las que destaca la Ley Fundamental del Estado sobre los derechos generales de los ciudadanos y un elenco de leyes constitucionales que regulan un derecho (Ley sobre la inviolabilidad del domicilio de 1862, el Acuerdo sobre la libertad de

sobre los derechos generales de los ciudadanos de 1867 (Staatsgrundgesetz), en su artº2 todavía vigente, reconoce la igualdad de los ciudadanos ante la ley y, de igual manera, en el artº7 de la Constitución de 1920¹⁵⁸ se recoge que “*todos los ciudadanos federales son iguales ante la Ley*”¹⁵⁹. A ello habría que adicionar lo dispuesto en los artº13 y 18 de este último texto normativo. El artº13¹⁶⁰ instauro el principio de reserva de ley federal de naturaleza constitucional para la regulación de las competencias de la Federación y de los Estados en materia de tributación (Abgabenwesen). El artº18¹⁶¹ es el invocado por parte de la doctrina para sustentar el principio de legalidad fiscal¹⁶². WITTSCHIEBEN¹⁶³ entiende que el Derecho constitucional financiero austriaco se basa en el principio de que las cargas públicas solo pueden ser exigidas en base a una ley. A nivel financiero encontramos la Ley Constitucional de Finanzas¹⁶⁴, pero la misma se limita a determinar las bases generales de las competencias de las jurisdicciones territoriales en materia tributaria¹⁶⁵.

Ciertamente, coincidimos con SOLER BELDA¹⁶⁶ que esta carencia de principios tributarios constitucionales es fruto de la preocupación esencial, que preside estos textos constitucionales, por establecer el régimen de competencias entre Estados y federación, olvidando una regulación de los Derechos fundamentales individuales.

La Constitución francesa de 1958 (o de la V República), vigente hasta nuestros días tras veinticuatro reformas, la última en el año 2008, se ocupó desde su redacción original más de “*restaurar la autoridad del Estado y del Ejecutivo que de reescribir la Declaración de los Derechos humanos*”¹⁶⁷. Los Derechos fundamentales en Francia aparecen recogidos en una suerte de pluralidad de textos que van desde la propia Constitución a la Carta de medio ambiente de 2004, pasando por la Declaración Universal de los Derechos del Hombre 1789 (en adelante DUDH) y la Constitución de 1946. La Constitución en su preámbulo ya recoge entre los valores máximos del ordenamiento “*el ideal común de libertad, igualdad y fraternidad y concebidas para favorecer su evolución democrática*”. En su texto propiamente dicho, el artº1 proclama que Francia es una República social que garantiza la igualdad de los ciudadanos ante la ley. El principio de igualdad tiene un profundo arraigo en el sistema jurídico francés, viéndose no solamente como un elemento de la identidad constitucional francesa, sino

prensa de 1918 o la Ley Constitucional federal sobre protección de la libertad personal de 1988, etc... todas ellas introducidas a través del artº 149 de la Ley Constitucional Federal).

¹⁵⁸ Conocida como la Ley Constitucional Federal (Bundesverfassungsgesetz, B-VG), la cual volvió a ser promulgada en 1945 tras el paréntesis de la invasión alemana, habiendo sido objeto de distintas reformas

¹⁵⁹ “*Artikel 7. (1) Alle Staatsbürger sind vor dem Gesetz gleich. Vorrechte der Geburt, des Geschlechtes, des Standes, der Klasse und des Bekenntnisses sind ausgeschlossen*”.

¹⁶⁰ “*Artikel 13. (1) Die Zuständigkeiten des Bundes und der Länder auf dem Gebiet des Abgabenwesens werden durch ein eigenes Bundesverfassungsgesetz (“Finanz-Verfassungsgesetz”) geregelt*”.

¹⁶¹ “*Artikel 18. (1): Die gesamte staatliche Verwaltung darf nur auf Grund der Gesetze ausgeübt werden*”.

¹⁶² VANISTENDAEL, F. (1996).

¹⁶³ WITTSCHIEBEN, O. (1937).

¹⁶⁴ Finanz-Verfassungsgesetz, F-VG.

¹⁶⁵ MESSNER V. (2010).

¹⁶⁶ SOLER BELDA, R. (2011).

¹⁶⁷ PINON, S. (2010).

también como uno de los pilares del Estado de Derecho¹⁶⁸. Aparece recogido cuando menos en quince textos normativos pertenecientes al denominado bloque constitucional¹⁶⁹. En cuanto a su significación en el ámbito fiscal presenta dos vertientes: una, la igualdad ante la ley tributaria derivada del artº6 DUDH¹⁷⁰, la cual significa que la ley deberá aplicarse de la misma manera a todos; otra, la igualdad ante los impuestos, consecuencia de lo dispuesto en el artº13 DUDH¹⁷¹, lo que supone que todos los ciudadanos deben contribuir de forma igual según su capacidad contributiva. La igualdad en función de la capacidad contributiva puede ser atenuada por el intervencionismo estatal, cobrando carta de naturaleza, de acuerdo con las resoluciones del Consejo constitucional, que el legislador puede tratar situaciones similares de forma diferente¹⁷². El principio de legalidad tiene su origen en el artº14 de la DUDH¹⁷³, y se encuentra confirmado por el artº 34¹⁷⁴ de la Constitución de 1958 al atribuir al Parlamento la competencia para la fijación mediante ley de las bases, tipo y modalidades de recaudación de los impuestos de toda clase. El principio de necesidad encuentra arraigo en el artº13 y 14 DUDH: en el primero en cuanto alude a la necesidad de una contribución “*para el mantenimiento de la fuerza pública y para sufragar los gastos de administración*” y, en el segundo, al recoger el derecho de los ciudadanos a constatar la necesidad. Del principio de legalidad se deriva el principio de anualidad de los impuestos, implícito en la regulación contenida en el artº47¹⁷⁵ de la Constitución,

¹⁶⁸ MÉLIN-SOUCRAMANIEN, F. (2010).

¹⁶⁹ Artículos 1 (igualdad en general), 6 (igualdad en el acceso al empleo público) y 13 (igualdad en oficinas públicas) de la DUHC; en la Constitución de 27 de octubre de 1946 en su preámbulo, en el primer párrafo (no discriminación), 3 (igualdad entre mujeres y hombres), 11 (igualdad en la protección de la salud), 12 (igualdad con respecto a calamidades nacionales), 13 (igualdad de acceso a la educación), 16 (igualdad con los pueblos de ultramar) y 18 (igualdad de acceso a las funciones públicas para los pueblos de ultramar); en la Constitución del 4 de octubre de 1958, del Preámbulo (igualdad con los pueblos de ultramar) y artículos 1 (no discriminación), 2 (lema de la República), 3 (igualdad de sufragio).

¹⁷⁰ “*Article 6: La loi est l'expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont droit de concourir personnellement ou par leurs représentants à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les citoyens, étant égaux à ses yeux, sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents.*”

¹⁷¹ “*Artº13: Pour l'entretien de la force publique, et pour les dépenses d'administration, une contribution commune est indispensable: elle doit être également répartie entre tous les citoyens, en raison de leurs facultés.*”

¹⁷² FOUQUET, O. (2011).

¹⁷³ Art. 14: “*Tous les Citoyens ont le droit de constater, par eux-mêmes ou par leurs représentants, la nécessité de la contribution publique, de la consentir librement, d'en suivre l'emploi, et d'en déterminer la quotité, l'assiette, le recouvrement et la durée.*”

¹⁷⁴ Artº 34: “*La loi fixe les règles concernant : ... – l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement des impositions de toutes natures; le régime d'émission de la monnaie.*”

¹⁷⁵ Artº 47: “*Le Parlement vote les projets de loi de finances dans les conditions prévues par une loi organique.*

Si l'Assemblée nationale ne s'est pas prononcée en première lecture dans le délai de quarante jours après le dépôt d'un projet, le Gouvernement saisit le Sénat qui doit statuer dans un délai de quinze jours. Il est ensuite procédé dans les conditions prévues à l'article 45.

Si le Parlement ne s'est pas prononcé dans un délai de soixante-dix jours, les dispositions du projet peuvent être mises en vigueur par ordonnance.

Si la loi de finances fixant les ressources et les charges d'un exercice n'a pas été déposée en temps utile pour être promulguée avant le début de cet exercice, le Gouvernement demande d'urgence au Parlement l'autorisation de percevoir les impôts et ouvre par décret les crédits se rapportant aux services votés.

Les délais prévus au présent article sont suspendus lorsque le Parlement n'est pas en session.”

donde se preceptúa que los presupuestos generales del Estado habrán de ser aprobados cada ejercicio en los plazos allí previstos.

En Italia la Constitución de 1947 en su artº3 ampara el principio genérico de igualdad ante la ley. El principio de legalidad en materia tributaria se acoge en el artº 23 que impide la imposición de prestación personal o patrimonial que no esté prevista en la ley. Se trata de un principio de legalidad relativa de los elementos esenciales, el cual constituye la afirmación del principio de la necesidad de consentimiento propio de un sistema democrático. Del principio de legalidad deriva el principio de anualidad presupuestaria que tiene su cabida bajo el artº 81. Por su parte, el artículo 53¹⁷⁶ contiene varios principios importantes: la capacidad de contribuir, la universalidad del impuesto y la progresividad del sistema tributario. El artº 75.3 prohíbe el mecanismo del referéndum para la abrogación de una ley tributaria. El artº81 prohíbe la utilización de la ley presupuestaria para el establecimiento de nuevos tributos.

El texto constitucional de la República Portuguesa da cabida expresa a distintos principios tributarios. El principio de legalidad, en su tipología de legalidad relativa, aparece en el artº 103.2¹⁷⁷, 103.3¹⁷⁸ y 165.1.i)¹⁷⁹. Aquel impone que los impuestos y sus elementos esenciales tienen que ser necesariamente creados por ley. En este sentido está íntimamente ligado al principio democrático que detalla el segundo, y que supone que los impuestos solo pueden ser creados por el órgano que representa directamente al pueblo soberano, la Asamblea de la República. Quiere esto decir que los impuestos solo pueden nacer de una ley aprobada por la Asamblea de la República o de un decreto-ley autorizado (habilitado mediante una ley de autorización legislativa en los términos del artº 165.2, 3 y 4¹⁸⁰). El principio de igualdad genérico se encuentra regulado en el artº13¹⁸¹, para posteriormente en el artº104 expresamente vincularlo, en materia tributaria, al impuesto de la renta y del patrimonio¹⁸². La doctrina recoge igualmente como principio de reconocimiento constitucional el de seguridad jurídica (artº2) como consecuencia de un sistema jurídico estable y previsible, de modo que el ciudadano sepa

¹⁷⁶ Art. 53: *“Tutti sono tenuti a concorrere alle spese pubbliche in ragione della loro capacità contributiva.*

Il sistema tributario è informato a criteri di progressività”.

¹⁷⁷ Artº 103.2: *“Los impuestos son creados por la ley, la cual establece la incidencia, la tasa, los beneficios fiscales y las garantías de los contribuyentes”.*

¹⁷⁸ Artº 103.3: *“Nadie puede ser obligado a pagar impuestos que no hayan sido creados en los términos establecidos por la Constitución, que tengan carácter retroactivo o cuya liquidación y cobro no se efectúen en los términos que establezca la ley”.*

¹⁷⁹ Artº165.1: *“Es competencia exclusiva de la Asamblea de la República legislar sobre las materias siguientes, salvo autorización al Gobierno:*

i) Creación de impuestos y sistema fiscal y régimen general de tasas y demás contribuciones financieras a favor de los entes públicos”.

¹⁸⁰ DA SILVA, A. C. (2008).

¹⁸¹ “1. Todos los ciudadanos tienen la misma dignidad social y son iguales ante la ley.

2. Nadie puede ser privilegiado, beneficiado, perjudicado, privado de cualquier derecho ni eximido de ningún deber por razón de ascendencia, sexo, raza, lengua, territorio de origen, religión, convicciones políticas o ideológicas, instrucción, situación económica o condición social”.

¹⁸² Artº104.1: *“El impuesto sobre la renta de las personas singulares tiene como objetivo la disminución de las desigualdades y será único y progresivo, teniendo en cuenta las necesidades y los rendimientos del grupo familiar”.*

Artº104.3: *“La tributación sobre el patrimonio debe contribuir a la igualdad entre los ciudadanos”.*

en todo momento lo que las normas jurídicas determinan, abarcando: la determinación y precisión de la norma tributaria, la prohibición de retroactividad (artº 103.3), la necesidad de que sea comunicada al contribuyente cualquier actuación de la administración fiscal (artº 268.3), y las garantías de los contribuyentes (artº 103.2).

Un panorama ciertamente distinto se nos presenta en el Reino Unido, donde la particularidad de no contar con una constitución escrita, unida al hecho de que los documentos constitucionales (tales como la Carta Magna de 1215 o la Declaración de Derechos 1688) de que dispone son anteriores al concepto moderno de democracia e igualdad, han originado el que no disponga de un principio de igualdad recogido en un texto constitucional¹⁸³. En lo atinente al principio de legalidad se apunta que el mismo tiene su apoyo en la regla “*no taxation without representation*” que ya aparecía en la Carta Magna y se reiteró en la Petition of Rights de 1628 (“*no man be compelled to make or yield one gift, loan, benevolence, tax or such like charge, without common consent by act of Parliament*”).

En Estados Unidos el Derecho constitucional ha desempeñado un papel relativamente menor en el desarrollo del Derecho fiscal, dada la presunción de constitucionalidad – sostenida por la jurisprudencia– de las normas fiscales derivada de que la Constitución otorga al gobierno, como poder fundamental, el establecimiento de impuestos¹⁸⁴. Las particularidades de este sistema constitucional vienen marcadas tanto por el hecho de que nos encontramos con la Constitución escrita vigente más antigua (nótese que su versión original data de 1787), como por la estructura federal en que organiza la nación, con una amplia independencia y autonomía de los distintos estados respecto del sistema fiscal federal. Los preceptos constitucionales relativos a materia fiscal se materializan en los siguientes apartados del artº1:

- la Sección 2ª, Clausula 3ª, que dispone que “*los representantes y los impuestos directos se prorratarán entre los distintos Estados que formen parte de esta Unión, de acuerdo con su población respectiva, la cual se determinará sumando al número total de personas libres, inclusive las obligadas a prestar servicios durante cierto término de años y excluyendo a los indios no sujetos al pago de contribuciones, las tres quintas partes de todas las personas restantes*”;
- la Sección 8ª que preceptúa: “*El Congreso tendrá facultad: Para establecer y recaudar contribuciones, impuestos, derechos y consumos; para pagar las deudas y proveer a la defensa común y bienestar general de los Estados Unidos; pero todos los derechos, impuestos y consumos serán uniformes en todos los Estados Unidos*”;
- la Sección 9ª, donde se regula:

¹⁸³ BAKER, P. (1996).

¹⁸⁴ MAZZA, S.W. & KAYE, T.A. (2006).

Los tribunales también rechazan, por lo general, el revisar la constitucionalidad de las normas fiscales, así en *Klaassen v. Commissioner* (*Klaassen v. Comm’r*, No. 98–9035, 1999 U.S. App. LEXIS 6320 (10th Cir. April 7, 1999)), aunque una importante excepción fue el caso *Pollock v. Farmers' Loan & Trust Co.*, 157 U.S. 429 (1895).

“No se aplicarán decretos de proscripción ni leyes ex post facto.

No se impondrá ningún impuesto directo ni de capitación, a no ser que se establezca de forma proporcional al censo o recuento que antes se ordenó practicar.

Ningún impuesto o derecho se establecerá sobre los artículos que se exporten desde cualquier Estado”.

II.3 La especialidad de los precios de transferencia como fenómeno fiscal internacional en el contexto de globalización económica y competencia fiscal.

A todo lo expuesto anteriormente debe sumarse que en el presente trabajo nos vamos a ocupar de los denominados precios de transferencia, lo que confiere una dimensión internacional a la cuestión de su fundamentación, ya que son las transacciones internacionales las que nos interesan y, por ende, hemos de abordar las relaciones fiscales internacionales que trascienden las fronteras de un país.

II.3.1. Breve referencia a la evolución y transformación del concepto del poder tributario. El Derecho Tributario Internacional –v– Derecho Internacional Tributario.

La trascendencia internacional de los fenómenos fiscales no es, ni mucho menos, una exclusiva de los precios de transferencia, al punto que constituye lugar común el reconocimiento de una dimensión internacional al Derecho fiscal por cuanto la soberanía estatal en su variante fiscal es ejercida más allá de las fronteras y se caracteriza por la presencia de un elemento extranjero. Debe en este punto advertirse que si bien la posición doctrinal más consolidada es la que se muestra de acuerdo en vincular el poder tributario a la soberanía (entre otros podemos citar a LÓPEZ ESPADAFOR¹⁸⁵, SAINZ DE BUJANDA¹⁸⁶, CAZORLA PRIETO¹⁸⁷, DÍEZ DE VELASCO¹⁸⁸, CORTÉS DOMÍNGUEZ Y MARTÍN DELGADO¹⁸⁹), no todos los

¹⁸⁵ Para que el tributo sea creado es necesario un ente con poder para ello, que es distinto del poder de gestionarlo y recaudarlo. LÓPEZ ESPADAFOR, C.Mª. (1999).

¹⁸⁶ El poder tributario es la expresión de la soberanía política, diferenciando entre poder financiero que se refiere a los ingresos y egresos (actividad financiera del Estado) y poder tributario propiamente dicho que significa la facultad para crear tributos. SAINZ DE BUJANDA, F. (1976).

¹⁸⁷ Este autor identifica el poder financiero en sentido estricto con la facultad de establecer o aprobar ingresos y gastos públicos. CAZORLA PRIETO, L. M. (2005).

¹⁸⁸ Este autor acude a entender la soberanía como un conjunto de atribuciones y competencias y no como un todo indivisible, entre esas competencias unas serán de carácter territorial, respecto a las cosas que se encuentran dentro de su territorio y a los hechos que en éste acaezcan, y otras serán de carácter personal, en relación con las personas que habitan en territorio estatal, nacionales o extranjeros, o a personas

autores son de la misma opinión (en esta última dirección VANONI¹⁹⁰, SCOCA F. G.¹⁹¹).

La cuestión actualmente se centra en si existe una necesidad de replanteamiento o revisión del fenómeno tributario internacional, ante la evolución del desarrollo del comercio y tráfico transnacionales, lo que recibe una respuesta afirmativa por parte de LÓPEZ ESPADAFOR¹⁹², quien procede a distinguir entre el poder tributario en el plano interno y en el plano del Estado en cuanto sujeto de Derecho Internacional. En el primero, el fundamento del poder tributario reside no en la soberanía sino en la Constitución, al ser ésta la norma suprema en que el pueblo, en quien reside la soberanía, ha establecido los límites y condiciones para que el Estado pueda ejercer su potestad tributaria. A su vez distingue el autor en esta esfera el poder de creación de las normas jurídicas y el poder de aplicación de las mismas. En el plano de la aplicación de las normas no se presentan dudas de que es una manifestación del poder del Estado sobre su territorio. Más problemático se presenta a priori determinar lo que sucede en el plano de la creación de las normas, y aunque existen ciertos supuestos problemáticos, como la creación de las normas de conflicto internacional, no se puede pensar en el poder de crear normas jurídicas sin un Estado, ya que dicho poder descansa en la existencia de un ordenamiento jurídico y no se puede pensar en un ordenamiento jurídico sin un Estado. Las normas de los entes territoriales menores que se forman dentro del territorio estatal se integran en el ordenamiento del Estado y los ordenamientos de las organizaciones supranacionales encuentran aplicación en los Estados porque éstos han dado su propio consentimiento a la adhesión a las mismas en tales términos. Por lo que se refiere al Estado en cuanto sujeto de Derecho Internacional, el concepto de soberanía también ha sido objeto de revisión, ya que hoy no puede contemplarse como algo ilimitable e indivisible, sino pudiéndose distinguir en su interior una diversidad de competencias. Individualizadas éstas, el Estado puede decidir la atribución del ejercicio de algunas de ellas a una entidad supranacional. Esto explica el porqué los Estados han podido atribuir a la Unión Europea el ejercicio de competencias derivadas de sus Constituciones, y, así, entre éstas, el ejercicio de competencias en materia tributaria. Esto rompe con las concepciones de la soberanía del Estado como algo indivisible.

En la misma línea acabada de citar y desde la óptica del análisis del poder tributario del Estado en su plano interno, GARCÍA NOVOA rechaza el término poder tributario y acoge la terminología de competencias financieras, ya que el poder financiero se ejerce

determinadas con independencia de que se encuentren o no en su territorio. DÍEZ DE VELASCO VALLEJO, M. (1988).

¹⁸⁹ CORTÉS DOMÍNGUEZ, M. y MARTÍN DELGADO, M. (1977).

¹⁹⁰ Considera que el tributo no tiene una causa exterior como la sumisión a la soberanía, sino que su existencia sólo se fundamenta en la necesidad de financiación para la existencia misma del ente público. VANONI, E. (1962).

¹⁹¹ Atribuye el origen de la unión de imposición y soberanía en el Antiguo Régimen, momento en el que la soberanía podía entenderse como conjunto de prerrogativas del soberano, pero en la actualidad es un concepto vacío ya que la potestad impositiva está incluida dentro de la potestad normativa general y no una potestad aparte. SCOCA, F. G. (1968) citado por RODRÍGUEZ BEREIJO, A. (1976) p.228.

¹⁹² LÓPEZ ESPADAFOR, C.Mª. (2013 a).

a través de las competencias y de las potestades atribuidas por el ordenamiento jurídico a los entes públicos en que se organiza territorialmente el Estado, por lo que se padece una desmembración en función de cada nivel administrativo, lo que encuentra su apoyo en el artº 1.1CE en relación con el artº 137 del mismo texto, donde queda determinada una organización territorial del Estado español en municipios, provincias y CCAA¹⁹³.

Igualmente, CASADO OLLERO¹⁹⁴, incidiendo en la diferenciación posteriormente acogida como base de estudio por LÓPEZ ESPADAFOR, llega a propugnar la desvinculación del poder tributario del concepto de soberanía, al considerar que lo contrario obedecería a una concepción obsoleta que no sería coherente ni con el fenómeno de descentralización interna —por abajo— ni con la integración de los Estados en estructuras supranacionales —por arriba—.

Últimamente, incidiendo en la problemática de la conexión entre poder tributario y soberanía, MORENO ARANGÜENA¹⁹⁵ refiere que la doctrina apoya la desvinculación del poder tributario del concepto de soberanía en el artº 1.1 CE que constituye España como Estado social y democrático de Derecho en relación con el artº 137 CE que determina una organización territorial en CCAA, provincias y municipios, por lo que siendo ejercitado al mismo tiempo el poder soberano en distintos niveles no es correcto asociar el poder tributario al concepto de soberanía, lo que enlaza con lo dicho por el TC¹⁹⁶ al afirmar que la autonomía no es soberanía, siendo el poder de las CCAA y de los municipios derivado del poder del Estado por reconocérselo este a aquellos.

Obedezca o no el poder tributario a una manifestación de la soberanía estatal, lo cierto es que los criterios de vinculación tributaria¹⁹⁷, que siempre van a determinar la relación jurídica entre un ente estatal soberano y un sujeto pasivo, pueden ser tanto subjetivos como objetivos. Entre los primeros pueden citarse la nacionalidad, el domicilio o la residencia, y vienen referidos a un ejercicio de soberanía de carácter personal. Entre los segundos destaca la territorialidad —también llamado principio de la fuente— que marca el ejercicio de la potestad impositiva por la circunstancia de que acaezca un hecho imponible en un territorio determinado.

Cronológicamente, fueron los criterios subjetivos los que primeramente se impusieron atendiendo a la vinculación de una persona con su patria. Como observa BUHLER¹⁹⁸ hay un paralelismo entre la adopción de la nacionalidad en el ámbito tributario y la personalidad como criterio de conexión en el del Derecho internacional privado, que por su parte remonta sus orígenes a la Edad Media. Sin embargo, MARCELINO JUNIOR¹⁹⁹ acertadamente aprecia que pronto fue abandonado el criterio de la nacionalidad por las distorsiones que producía y la ineficacia en su aplicación. Los Estados, con excepciones dignas de mención —léase a modo de ejemplo el sistema del

¹⁹³ GARCÍA NOVOA (2012. b).

¹⁹⁴ CASADO OLLERO, G. (2001).

¹⁹⁵ MORENO ARANGÜENA, F.A. (2014).

¹⁹⁶ STC 4/1981, de 2 de febrero 1981

¹⁹⁷ En este sentido EVANS, R. (1999).

¹⁹⁸ BUHLER, O. (1968).

¹⁹⁹ MARCELINO JUNIOR., J.C., (2016).

Foreign Tax Credit estadounidense—, fueron abandonando la nacionalidad y desplazándose hacia criterios de territorialidad. No obstante, conceptualmente hablando y remontándose a épocas anteriores al nacimiento del Estado Moderno, escribe LÓPEZ ESPADAFOR²⁰⁰, el principio de territorialidad del Derecho encuentra sus orígenes cuando se verifica el paso del Estado de asociación de personas al Estado institucional de superficie que señala el inicio de la era moderna —desde el final del siglo XII hasta la Paz de Westfalia en 1648—. Este cambio se produjo por la conjunción de dos factores:

- el territorio del Estado asumió un rol de importancia como espacio independiente y que señalaba el alcance de la eficacia del ordenamiento estatal,
- los teóricos del Estado tomaron conciencia de que la existencia del Estado dependía necesariamente de un determinado territorio. En este proceso, el poder, que primero se acumulaba en el Papado y en el Imperio y luego en las señorías y en los municipios feudales, pasó a concentrarse en los entes territoriales y autónomos que hoy conocemos como Estados. La autonomía de éstos adquiere una importancia tal en la teoría del Estado que hará que se presente como elemento esencial de éste su soberanía territorial. La territorialidad de la ley se presenta como una inmediata consecuencia de la fuerza con la que se ha impuesto en la conciencia jurídica del Derecho europeo la idea de soberanía territorial. Sigue el autor último citado, determinando un punto de inflexión con el advenimiento de las nuevas ideas del Estado-nación traídas por la revolución francesa frente al absolutismo anterior. En ese momento el punto de conexión de las leyes con el Estado dejó de estar únicamente en la realización de un presupuesto de hecho en su territorio, comenzándose a apreciar además una conexión personal de los sujetos al Estado, de manera que las leyes de éste podrían vincular a sus nacionales también por los hechos realizados en el extranjero.

Mas la evolución no cesó ahí, y los cambios económicos padecidos (entre otros las imperantes necesidades de recaudación sobrevenidas a raíz de las guerras mundiales) se tradujeron en una mutación del inicial principio de territorialidad en un criterio de tributación de rendimientos internacionales obtenidos por residentes, por lo que pasaron a tributar no solamente las rentas generadas dentro del territorio, cualquiera que fuera la ubicación de su receptor, sino también las rentas generadas fuera del territorio nacional cuando fueran imputables a un sujeto que tuviera su domicilio o residencia dentro del Estado —principio de universalidad o renta mundial—.

El criterio de territorialidad o de la fuente tiene una justificación política y social que considera que si el Estado es quien propició la creación de la riqueza creando las condiciones favorables para su producción, en justa contraprestación debiera ser también quien se beneficiase de los tributos que la gravasen. No obstante, el criterio de territorialidad crea serias distorsiones a nivel internacional, por cuanto el capital, la

²⁰⁰ LÓPEZ ESPADAFOR, C. M^a. (2013 a).

tecnología y el trabajo se localizarán en aquellas jurisdicciones más beneficiosas fiscalmente, en detrimento de aquellas otras más necesitadas de ingresos acuciantes y que dispongan en consecuencia de un régimen menos propicio o ventajoso.

El principio de universalidad o renta mundial se fundamenta en la igualdad de trato para los ingresos que provengan del país o del extranjero, adecuándose de una forma mucho más eficiente al principio de capacidad económica.

Pero ¿por qué realizamos esta breve referencia a los criterios de vinculación tributaria, su evolución y basamento? Pues porque fruto de ese proceso de transformación del poder tributario, y con el paso de los años, se han ido acuñando normas que tienen por objeto la regulación de la imposición, pero que están contemplando supuestos en que aparece elemento de extranjería. Esas normas pueden proceder, en términos generales, de dos fuentes: un Estado o la comunidad internacional. Y lo más importante a los efectos que aquí nos ocupan, resultado de dicha dicotomía es la diferenciación entre Derecho Internacional Fiscal y Derecho Fiscal Internacional²⁰¹. Aquél lo define MARCELINO JUNIOR²⁰² como el conjunto de normas que vienen del Derecho internacional y se dirige a la comunidad internacional como ámbito genuino de aplicación. Éste es el que procede del Derecho interno nacional y tiene como ámbito de aplicación el seno interno de un país. LÓPEZ ESPADAFOR²⁰³ refiriéndose al Derecho Internacional Tributario considera que encuentra su legitimación en el Derecho interno, pero su origen es internacional, mientras que el Derecho Tributario Internacional tiene su origen interno y el calificativo de internacional alude al ámbito sobre el que incide. Otros autores concretan la diferenciación en otros aspectos, como es el caso de FALCÓN TELLA y PULIDO GUERRA²⁰⁴, quienes parafraseando a J.STORY escriben que “*El adjetivo «internacional» no hace por tanto referencia a la fuente de producción jurídica (que a menudo es una fuente interna, aunque también puede ser un tratado internacional o una Directiva de armonización fiscal) sino al objeto de esta rama del ordenamiento*”, concluyendo que el Derecho Fiscal Internacional es aquel que se ocupa de la regulación de las situaciones en las que puede resultar de aplicación el ordenamiento tributario de dos o más Estados, lo que acontece cuando el punto de conexión apunte a la aplicación de dos o más sistemas fiscales, pues en tal supuesto habrá un elemento extranjero y la determinación de la carga tributaria se convierte en un problema de Derecho Fiscal Internacional.

La diferenciación cobra todo su vigor en cuanto al problema de cómo y cuándo se integra un tratado en el ordenamiento jurídico interno, surgiendo al respecto las teorías monistas y dualistas. Para las tesis monistas el tratado o convenio se integra automáticamente en el Derecho interno y tiene rango jerárquico superior a las leyes

²⁰¹ No todos los autores han admitido la categoría del Derecho Internacional Tributario. UDINA consideraba que no podía hablarse de la existencia de un verdadero y propio «Derecho internacional tributario». G. TESAURO solo admitía la categoría de Derecho Internacional Tributario si se pudiese reconocer la naturaleza tributaria de las contribuciones de los Estados a las organizaciones internacionales.

²⁰² MARCELINO JUNIOR, J. C. (2016)

²⁰³ LÓPEZ ESPADAFOR, C.Mª. (2010).

²⁰⁴ FALCÓN Y TELLA, R. y PULIDO GUERRA, E. (2010).

internas. Para las tesis dualistas se precisa la recepción del tratado o convenio conforme a los mecanismos legales que el ordenamiento interno disponga. En nuestro país, el artº96 CE dispone que, una vez celebrado válidamente y publicado oficialmente, el tratado o convenio forma parte del ordenamiento interno. En cuanto al significado y alcance del requisito de la publicación oficial la doctrina aparece fragmentada. Algunos consideran que no se produce una integración automática, otros que sí, y existen posicionamientos eclécticos que entienden que la publicación no condiciona la validez y eficacia, sino la aplicabilidad²⁰⁵.

Incluso nos encontramos con un *tertius genus*, el Derecho fiscal europeo, que como predicen ALMUDÍ CID y FALCÓN TELLA²⁰⁶ su origen comunitario le dota de una sustantividad propia a la que a menudo se alude con la calificación de Ordenamiento comunitario como ordenamiento supranacional, distinto tanto del Derecho interno como del Derecho internacional clásico; si bien esta última afirmación ha de entenderse únicamente en el sentido de que las competencias asumidas por las Comunidades difieren, en extensión e intensidad, de las que normalmente se atribuyen a las organizaciones internacionales tradicionales. Difieren de esta visión, en nuestra opinión acertadamente, autores como LÓPEZ ESPADAFOR²⁰⁷, quien con una sistematicidad elogiada diferencia dentro del que hemos llamado Derecho Internacional Tributario entre:

- el Derecho Internacional Convencional, es decir, el relativo a los convenios internacionales que afectan a esta materia;
- el Derecho Comunitario Europeo — o, actualmente, Derecho de la Unión Europea—, donde, junto al Derecho Comunitario originario, nos encontramos con el Derecho Comunitario derivado. El primero de estos dos, el Derecho Comunitario originario, está compuesto por Tratados, por lo que en su esencia podría encuadrarse dentro del Derecho Internacional Convencional; lo que sucede es que estos acuerdos entre los Estados miembros de la Unión Europea tienen un contenido de atribución competencial a ésta, que sitúa a tales Tratados a un nivel que está muy por encima de los tradicionales convenios en materia tributaria. Por otra parte, el Derecho Comunitario derivado está compuesto por los actos normativos de las instituciones comunitarias.

Como quiera que sea, lo cierto es que como señala CARBAJO²⁰⁸ en el s. XXI la Hacienda Pública es internacional o no será, pues “los objetos imponibles, es decir, las manifestaciones de capacidad económica que constituyen el sustrato de los tributos son, de forma creciente, internacionales, escapándose al obstáculo fronterizo los productos y los factores productivos de manera acelerada, como demuestra, en los momentos actuales, la movilidad de las personas, del capital humano, tanto en lo que respecta a la mano de obra no cualificada como a los expertos, la problemática de los llamados por la

²⁰⁵ GARRIDO FALLA, F. (1970).

²⁰⁶ ALMUDÍ CID, J.M. y FALCÓN Y TELLA, R. (2007).

²⁰⁷ LÓPEZ ESPADAFOR, C.Mª. (2013 a)

²⁰⁸ CARBAJO VASCO, D. (2007).

doctrina expatriates”. AVI-YONAH²⁰⁹ ha venido siendo uno de los fervientes defensores de la existencia de un “régimen fiscal internacional coherente, plasmado tanto en la red de tratados fiscales como en las leyes nacionales, y que éste forma parte significativa del Derecho fiscal internacional (tanto basado en los tratados como en la costumbre). La consecuencia práctica es que los países no son libres de adoptar las reglas fiscales internacionales que deseen, sino que deben operar en el contexto del régimen, el cual cambia de la misma manera que el Derecho internacional cambia a lo largo del tiempo. Por tanto, aunque la acción unilateral es posible, también es restringida, y los países generalmente son reacios a tomar acciones unilaterales que violen las normas básicas que subyacen en el régimen”. LÓPEZ ESPADAFOR²¹⁰ apunta que se ha producido una “sobredimensión” de la fiscalidad internacional, al punto que la doctrina se muestra insuficiente para afrontar la conceptualización de la fenomenología tributaria internacional. CRUZ PADIAL²¹¹ quizás atenúa levemente la importancia de la internacionalización cuando escribe que “el proceso de globalización económica está ejerciendo una influencia decisiva en la política fiscal que desarrollan los Estados y ha provocado una internacionalización del Derecho Tributario; llegar a la afirmación de que éste es, en la actualidad, un Derecho internacionalizado, puede resultar excesivo, pero no puede obviarse la considerable influencia que recibe del exterior, tanto en su configuración, cómo en lo que se refiere a los principios que ordenan la producción legislativa en materia tributaria y en las fuentes que en la actualidad nutren el Derecho Tributario”.

En lo que no puede haber dudas es que son las reglas tributarias aplicables a las operaciones comerciales internacionales las que vienen sufriendo la mayor erosión o déficit de adecuación al nuevo contexto internacional económico, reclamándose un replanteamiento de²¹²:

- *“El principio de renta mundial en los impuestos sobre la renta y la propia funcionalidad actual del Estado de la residencia como Estado que subjetiviza el gravamen y tiene en cuenta la capacidad económica global de los contribuyentes;*
- *el concepto de residencia fiscal de las sociedades;*
- *la noción de establecimiento permanente y su función de umbral de imposición en la fuente;*
- *el principio de plena competencia (vs. sistema de reparto formulario);*
- *los sistemas de integración de impuestos IRPF-IS (extensión generalizada del sistema de imputación considerando su no aplicación frente a dividendos extranjeros);*
- *el propio sistema tradicional de configuración de la base imponible del IS, atendiendo a normas fiscales nacionales (v. gr., el Home State Taxation o los sistemas formularios de determinación de la base imponible), y*

²⁰⁹ AVI-YONAH, R.S. (2008).

²¹⁰ LÓPEZ ESPADAFOR, C. M^a. (2016).

²¹¹ CRUZ PADIAL, I. (2003).

²¹² CALDERÓN CARRERO, J.M. (2006).

- *la actual configuración de los Convenios de doble imposición basados en el Modelo de Convenio de la OCDE.*”

II.3.2 La globalización como causa fundamental de la internacionalización.

La enorme importancia que han cobrado las relaciones fiscales internacionales en nuestros días se ha debido a diversos factores que pueden incardinarse en el denominador común del fenómeno omnipresente²¹³ de la globalización. Sin embargo, el concepto de globalización ha sido utilizado en muy diferentes sentidos y con muy distintos propósitos²¹⁴, siendo muy pocas áreas de la vida social las que escapan del proceso de globalización, alcanzando a la economía, política, el Derecho, las fuerzas armadas y el medio ambiente²¹⁵. El fenómeno de la globalización en su dimensión económica es conceptualizado como el intercambio económico internacional y el flujo de mercancías, servicios, personas, información y capital a través de las fronteras nacionales²¹⁶. Se trata del proceso por el cual las economías nacionales se integran de forma progresiva a la economía internacional, de modo que su evolución depende cada vez más de los mercados externos y menos de los mercados internos²¹⁷. El FMI en 2002²¹⁸ la definía como *“el proceso mediante el cual una corriente cada vez más fluida de ideas, personas, bienes, servicios y capital conduce a la integración de las economías y sociedades del mundo”*, aunque la definición técnica más extendida de este organismo es la que apunta que se trata de la *“interdependencia económica creciente del conjunto de los países del mundo, provocada por el aumento del volumen y la variedad de las transacciones transfronterizas de bienes y servicios, así como de los flujos internacionales de capitales, al tiempo que la difusión acelerada y generalizada de la tecnología”*, empero como apunta J. ESTEFANÍA²¹⁹ tal definición adolece del defecto de circunscribirse a la faceta económica, cuando el fenómeno de la globalización abarca el ámbito económico, cultural y político, *“por el cual las políticas nacionales tienen cada vez menos importancia y las políticas internacionales, aquellas que se deciden en centros alejados de la vida cotidiana de los ciudadanos, cada vez más”*.

El proceso de globalización se basa fundamentalmente, según destaca LAMAGRANDE²²⁰ y posteriormente apostillaría CRUZ PADIAL²²¹, en tres conceptos:

²¹³ Así la califica BECK, U. (1997) *“En efecto, el término «globalización», actualmente omnipresente en toda manifestación pública, no apunta precisamente al final de la política, sino simplemente a una salida de lo político del marco categorial del Estado nacional y del sistema de roles al uso de eso que se ha dado en llamar el quehacer «político» y «no-político»”*.

²¹⁴ APPADURAI, A. (1996). GUILLÉN, M.F. (2001).

²¹⁵ HELD et al. (1999)

²¹⁶ BRADY, D. et al. (2007).

²¹⁷ DE POLANCO, J. (1997).

²¹⁸ ANINAT, E. (2002).

²¹⁹ ESTEFANÍA, J. (2003).

²²⁰ LAMAGRANDE, A. J. (1998).

²²¹ CRUZ PADIAL, I. (2003).

liberalización de los mercados de comercio, liberación de los mercados de capital y la revolución de las comunicaciones y la tecnología informática. Ahora bien, no faltan detractores que se muestran escépticos a la hora de reconocer que este fenómeno se esté produciendo, o bien consideran que se está exagerando su importancia²²². Por ello, entendemos acertado reparar en los datos recientes de que se disponen; las cifras hablan por sí solas. La OMC, en su Exámen Estadístico del Comercio Mundial 2017, señala que desde el año 2006 las exportaciones mundiales de mercancías han aumentado un 32% aproximadamente, alcanzando la cifra de 16 billones de dólares EE. UU en 2016 y, al mismo tiempo, las exportaciones mundiales de servicios comerciales han crecido en un 64% aproximadamente, totalizando en la misma fecha 4,77 billones de dólares EE.UU. Ya en 2014 cuatro partes del comercio mundial se asignaban a las MNEs que establecen las diversas etapas o tareas del proceso productivo en las ubicaciones más rentables del planeta, y el comercio intraempresarial entre empresas MNEs y sus filiales representaba la mayor porción del comercio internacional de bienes y servicios²²³. La evidencia conduce a autores como TANZI²²⁴ a concluir que *“el país que se oponga a la tendencia mundial y trate de evitar que las fuerzas de la globalización cambien sus actividades económicas pagará un precio muy caro a más largo plazo. Experimentará un crecimiento menor que otros países y esta diferencia se irá acumulando y resultará importante con el correr de los tiempos”*.

II.3.3. ¿Cuáles son las principales consecuencias fiscales de la globalización apuntadas por la doctrina?

TANZI²²⁵ denomina como *“termitas fiscales”* a los factores que vienen corroyendo los cimientos del sistema tributario, las cuales forman parte de la evolución del ecosistema de la globalización. TANZI lista hasta ocho fenómenos dentro de las termitas fiscales:

- El comercio electrónico y las transacciones, que presentan dos novedades:
 - ✓ las transacciones virtuales dejan menor rastro;
 - ✓ el debilitamiento del concepto de establecimiento permanente.
- El uso del dinero electrónico que dificulta el rastro contable.
- El comercio interior dentro de una misma compañía prestándose al abuso de los precios de transferencia. Hay indicios de que algunas empresas manipulan los precios para trasladar utilidades de jurisdicciones con impuestos muy

²²² ARRIGHI, G. (2007) afirma: *“Mucho de lo que se conoce con la denominación de globalización ha sido de hecho una tendencia recurrente del capitalismo desde el inicio de los tiempos modernos. los defensores cuidadosos de la tesis de la globalización coinciden con sus críticos en no considerar las transformaciones actuales como una novedad, a excepción de su alcance y complejidad”*.

Autores como Bairoch, Campbell, Fligstein, Gilpin, Therborn, Gordon, Sutcliffe&Glyn son destacados por BRADY, D. et al. (2007)

²²³OMC, Informe sobre el Comercio Mundial 2014, II Comercio y desarrollo: tendencias recientes y función de la OMC

²²⁴ TANZI, V. (2004).

²²⁵ TANZI, V. (2001).

elevados a otras con impuestos bajos. Frente a esta tendencia, las autoridades se encuentran a menudo desconcertadas. Un reciente estudio sobre políticas de determinación de los precios de transferencia de más de 600 empresas MNEs (domiciliadas en 19 países) reveló que estas empresas ven una clara relación entre la voluntad de evitar la doble tributación y la fijación de los precios de transferencia (Ernst & Young, 1999). Además, muchos países son objeto de presiones en pro de la resolución de los complejos problemas del comercio y fijación de precios de transferencia que plantea la globalización de las operaciones, sobre todo en vista de la creciente atención que están prestando a esta práctica las autoridades tributarias de varios países. Muchas empresas MNEs comprenden hoy la conveniencia de aplicar un enfoque mundial al diseño y la documentación de las políticas de fijación de precios de transferencia.

- Los centros financieros extraterritoriales o paraísos fiscales.
- Los instrumentos derivados y fondos especulativos de cobertura.
- La imposibilidad de gravar el capital financiero ya que los países se muestran incapaces, o carecen de voluntad, de gravar con altas tasas al capital móvil o las personas altamente calificadas so pena de que emigren hacia jurisdicciones fiscales más beneficiosas.
- Las crecientes actividades de personas altamente calificadas en el exterior, fuera de su residencia.
- Las compras en el exterior a consecuencia de la facilidad de viajar y las bajas tasas al consumo en muchos países.

CAAMAÑO y CALDERÓN²²⁶ por su parte, así como posteriormente CRUZ PADIAL²²⁷, destacan dos consecuencias principales derivadas de la globalización económica:

a) la complicación del proceso de determinación de las bases imponibles debido a diversas causas entre las que cabe citar la complejidad en la determinación del origen de las rentas o el amplio margen de maniobra que tienen las MNEs para transferir bases imponibles de un lugar a otro (*profit shifting*);

b) la importancia que ha adquirido para los operadores económicos la fiscalidad imperante en cada lugar a la hora de tomar decisiones sobre la localización de sus inversiones, anteponiéndola incluso a razones puramente económicas.

Ello se traduce además en el plano del Derecho Tributario y de los sistemas fiscales en la erosión de los principios impositivos clásicos y constitucionales que tienen como manifestaciones más destacadas:

a) la erosión de las bases imponibles mediante mecanismos que propician el desplazamiento de la tributación hacia lugares donde el clima fiscal es más favorable, ante lo cual se ha reaccionado con medidas que tiendan a neutralizar el incentivo que suponga el desplazamiento, con el consiguiente deterioro de

²²⁶ CAAMAÑO ANIDO M.A. y CALDERÓN CARRERO J.M., (2002).

²²⁷ CRUZ PADIAL, I. (2003).

principios básicos como el de igualdad y redistribución de la renta en el Estado de residencia;

b) la estructura del hecho imponible del impuesto de sociedades se ha visto afectada por la desterritorialización de la economía cuyo origen se puede encontrar:

- en la creciente importancia de las operaciones intragrupo de las multinacionales;
- en la desvinculación del territorio causada por las nuevas tecnologías y la desfragmentación de la actividad económica al distribuir diversas funciones entre partes de una misma empresa multinacional, de donde deriva la necesidad de nuevas necesidades del sistema de gestión tributaria;
- en la competencia fiscal entre Estados motivada por las diferencias impositivas existentes y que para mitigar sus efectos ha acarreado el que se produzca una tendencia a la reducción de tipos impositivos, o a que se introduzcan incentivos fiscales que atraigan a los inversores (*production tax havens*) o a la introducción de otras medidas en el impuesto de sociedades con la misma finalidad;

c) en el impuesto sobre la renta se ha dificultado la determinación de la residencia a causa de la movilidad de las personas físicas;

d) en el ámbito del IVA han surgido nuevos problemas en la determinación del lugar de realización del hecho imponible a causa de la internacionalización de las operaciones;

e) una enorme complejización en la gestión tributaria a consecuencia de la desmaterialización de las operaciones y la desintermediación de las mismas a causa del comercio electrónico.

CALDERÓN PATIER²²⁸ cita como efectos fiscales de la globalización:

a) la reducción de la imposición sobre el capital como mecanismo de atenuación de los efectos de la competencia fiscal para evitar así la evasión fiscal mediante desplazamientos de las bases a países con tipos nominales más reducidos, lo que obliga a la traslación de la presión tributaria hacia rentas procedentes de factores productivos más inmóviles (trabajo) para mantener el nivel de ingresos. En este sentido, las recientes reformas fiscales de los países más desarrollados se están caracterizando por la ampliación de sus bases imponibles, la reducción de los tipos nominales y la reducción de las retenciones fiscales en la fuente sobre dividendos e intereses;

b) el mayor peso progresivo de la imposición indirecta sobre la directa y la búsqueda de ingresos alternativos vía aplicación del principio de beneficio (fundamentalmente tasas y precios públicos);

c) la reducción progresiva de la presión fiscal;

²²⁸ CALDERÓN PATIER, C. (2004).

COSULICH AYALA²²⁹ apunta que como consecuencia de la globalización ha cambiado el contexto económico sobre el que descansan los sistemas tributarios, debiéndose subrayar como cambios más representativos:

a) el hecho de que la base tributaria ya no se limita al territorio del Estado, sino que incluye partes de las bases impositivas de otros países; ahora un país puede atraer y gravar el capital financiero extranjero, la inversión directa extranjera, a los consumidores extranjeros, a los trabajadores extranjeros y a los individuos extranjeros con altos ingresos, y

b) el hecho de que han aumentado las desigualdades de renta y patrimonio entre personas a consecuencia de la reducción de la progresividad a nivel mundial, de la reducción de la carga impositiva sobre el capital y sucesiones y de la disminución de la presión fiscal sobre sociedades.

Recientemente MARULANDA OTÁLVARO²³⁰ clasifica las consecuencias de la globalización en el ámbito tributario bajo dos epígrafes:

a) de carácter general, donde quedan englobados los ajustes de los sistemas tributarios para adecuarlos al enfoque económico mundial cabiendo señalar entre los mismos:

- i. la aparición de regímenes tributarios preferenciales o paraísos fiscales que provocan la adopción de medidas de ajuste dentro de los estándares internacionales para permitir recaudar los impuestos necesarios (por ejemplo: tasas más bajas y competitivas);
- ii. el deterioro del principio de territorialidad ocasionando una internacionalización del Derecho fiscal cada vez mayor;
- iii. la dificultad en la delimitación de la base imponible de las empresas y en la identificación del origen de las rentas a consecuencia de la mayor facilidad en la movilidad de bienes, servicios, capitales y personas;
- iv. el influjo que se puede ejercer sobre ciertos Estados para que disminuyan la presión sobre las rentas sobre el capital como factor de decisión en la localización de las inversiones;

b) de carácter específico, donde encuentran encaje:

- i. con relación a las rentas del capital: ante la erosión de las bases fiscales y el traslado de los beneficios fiscales a jurisdicciones fiscales favorables se han comenzado a desarrollar medidas que contrarresten, es el caso del plan BEPS en el seno de la OCDE o los dual income tax por los que algunos Estados de residencia someten las rentas de capital a un tipo de gravamen proporcional y reducido en franco detrimento de los principios de igualdad, capacidad contributiva y redistribución de la renta;
- ii. con relación al impuesto de sociedades se detectan dos fenómenos:

²²⁹ COSULICH AYALA, J. (2012). *Consecuencias Tributarias de la Globalización*. Blog > CIAT > 13 de enero de 2012.

²³⁰ MARULANDA OTÁLVARO, H. (2015).

–por una parte, la proliferación del uso de las operaciones intragrupo a la par que la atomización de la actividad en el seno de las multinacionales, dificultando la vinculación de los beneficios a un territorio y favoreciendo el desplazamiento de los beneficios

–por otra parte, la creciente competencia fiscal entre Estados, convirtiendo el factor tributario como elemento importante a la hora de decidir el lugar del establecimiento

c) en el sistema de fuentes del Derecho Tributario, produciéndose lo que se ha denominado policentrismo de fuentes que engloba tanto el hard law como el soft law

Para terminar de ilustrar sobre el posicionamiento doctrinal al respecto citaremos a ESPITIA²³¹, quien quizás con falta de sistematicidad, pero haciéndose eco de lo señalado por la Comisión Independiente para la Reforma de la Fiscalidad Corporativa, repasa los principales resultados fiscales de la globalización indicando:

a) las prácticas tributarias abusivas de las multinacionales, considerando como clave desencadenante de las mismas el uso del principio de empresa independiente sobre el que tanto insistiremos a lo largo del presente trabajo, proponiendo su eliminación y sustitución por el criterio de unidad económica única;

b) los paraísos fiscales como instrumento que facilitan las prácticas abusivas;

c) el posicionamiento de algunos autores que pretenden la no diferenciación del tratamiento fiscal dado a las personas jurídicas del otorgado a las personas físicas, lo cual supone ignorar los amplios beneficios que la mentada diferenciación significa para las economías nacionales y su reactivación;

d) la competencia fiscal que únicamente beneficia a las multinacionales.

II.3.4. Incidencia de la globalización sobre los principios tributarios.

Ante este panorama no es de extrañar que constituya lugar recurrente en la doctrina fiscalista actual el comenzar aludiendo al fenómeno de la globalización a la hora de abordar distintos aspectos tributarios como los precios de transferencia, la doble tributación o los principios tributarios actualmente imperantes y el replanteamiento de la vigencia de los tradicionales. Se trata de cuestiones entrelazadas o interdependientes, ya que como apunta VICTORIO VALLE²³² los principios impositivos son dependientes de los valores cambiantes, de forma que los principios han ido ganando firmeza en su contenido a pesar de haber perdido rotundidad en su forma. En la misma dirección FUENTES QUINTANA²³³ en la introducción a la obra de NEUMARK reseñaba

²³¹ ESPITIA, J. (2015).

²³² VALLE SÁNCHEZ, V. (2001).

²³³ NEUMARK, F. (1974).

respecto de los principios impositivos que, si *“tienen algún significado, éste no es otro que el servir para alcanzar valoraciones compartidas sobre los fines que al sistema tributario se le atribuyen en un espacio histórico concreto. Por tanto, su construcción y su validez es siempre hipotética...Dados los fines cambiantes a los que los impuestos han pretendido servir, se comprenden los cambios consecuentes registrados en los principios de la tributación”*. Consecuentemente, era de esperar que el fenómeno de la globalización económica repercuta directamente en la formulación de los principios impositivos vigentes. GÓMEZ COTERO²³⁴ escribe que, como efecto de la globalización, los sistemas fiscales nacionales se ven obligados a revisar, rediseñar, y señalar sus principios tributarios de forma dinámica al igual que se modifican las circunstancias o hipótesis económicas del entorno. Por ello se ha enfatizado la necesidad de repensar o replantear las principales reglas fiscales que inspiraban la configuración de los sistemas tributarios nacionales, al considerarse que tales reglas fueron elaboradas y pensadas para un *“mundo”* que ha dejado de existir como tal. CHECA GONZÁLEZ²³⁵ habla de la *“conculcación de los principios constitucionales tributarios”* a consecuencia del fenómeno de la globalización, que en nuestro país se traduce en una palmaria y concluyente vulneración de la justicia tributaria, manifestándose de diversas maneras:

- Los poderes públicos actúan vulnerando el principio de justicia fiscal, por cuanto con relación a las rentas del capital mobiliario, a mayor capacidad económica se dispensa un trato fiscal más beneficioso, quebrando el tratamiento paritario a dos sujetos con igual capacidad económica por el mero hecho de que sus rentas sean de distinta clase.
- El Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas deja de ser el modelo para el reparto de la carga fiscal en el sistema tributario siguiendo los criterios de capacidad económica, igualdad y progresividad.
- El principio de progresividad se ha ido diluyendo hasta hacerse irreconocible como lo demuestran que dos de los principales impuestos (Impuesto de Sociedades e Iva) se rigen por principios proporcionales y, el tercero, el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas ha abandonado la progresividad en relación a las rentas del ahorro (no así en las rentas del trabajo), y ello por no mencionar, en todos ellos, un amplio cúmulo de deducciones y de regímenes especiales que difuminan incluso la proporcionalidad.

CAAMAÑO y CALDERÓN²³⁶ califican los efectos de la globalización como erosión de los principios constitucionales y tributarios clásicos, padeciéndose una flexibilización y sacrificio de determinados principios como el principio de igualdad, el principio de capacidad económica, el principio de progresividad y el principio de redistribución. LÓPEZ ESPADAFOR²³⁷ plantea la necesidad de revisión del Derecho

²³⁴ GÓMEZ COTERO J. de J. (2017).

²³⁵ CHECA GONZÁLEZ, C. (2010)

²³⁶ CAAMAÑO ANIDO M.A. y CALDERÓN CARRERO J.M. (2002).

²³⁷ LÓPEZ ESPADAFOR, C.Mª. (2016).

Constitucional Tributario, en especial de los principios constitucionales de justicia tributaria en relación a la no residencia versus la residencia y a la extranjería versus la nacionalidad, lo cual puede ser muy clarificador igualmente en relación no sólo al alcance del Poder del Estado frente a otros Estados, sino también al Poder del Estado en relación a los sujetos vinculados o conectados al mismo de muy distinta forma y en muy distinto grado. CALDERÓN PATIER²³⁸ subraya que la competencia fiscal impuesta por la globalización está generando un cambio en la valoración de los criterios impositivos, apreciándose: (a) por un lado que *“el principio de equidad está evolucionando hacia una interpretación moderada del principio de equidad vertical (lo que supone una limitación creciente de la progresividad por sus efectos perversos sobre la productividad y los incentivos) prevaleciendo la equidad horizontal”* y (b) por otro lado, parece estar favoreciéndose claramente el principio de eficiencia sobre el de equidad — mayor eficiencia en el gasto público, a la par que se reducen los ingresos impositivos—, sin que puedan simultáneamente ser conseguidos ambos.

II.3.5 Incidencia de la globalización sobre el poder soberano de los Estados.

Además del replanteamiento de los principios fiscales tradicionales, la globalización ha conllevado el que los esquemas tradicionales del poder soberano de los Estados en materia tributaria hayan sufrido un replanteamiento a consecuencia de las limitaciones que padece. La doctrina más especializada no presenta dudas al respecto. HABERMAS²³⁹ destaca que la globalización está transformando la *“constelación histórica”* donde Estado, Sociedad y Economía *“coextensivas dentro de los límites nacionales”*, *“está metamorfoseándose en una economía transnacional... Esto explica por qué los Estados ya no constituyen los nodos fundadores de la red mundial de relaciones comerciales gracias a la estructura de relaciones interestatales o internacionales. Hoy, se diría que son los Estados los que están insertos en los mercados y no las economías las que están insertas dentro de las fronteras estatales”* viendo disminuida por ello *“su autonomía, su capacidad de acción y su sustancia democrática”*. GUMMET²⁴⁰ coincide en que es innegable como efecto de la globalización la pérdida de autonomía de los Estados nacionales, provocando además un proceso de adaptación activa a la nueva dinámica competitiva mundial y a la informatización de los procesos económicos y las decisiones financieras. K. OHMAE²⁴¹ es muy taxativo al respecto: *en una economía sin fronteras, los mapas centrados en los Estados que solemos usar para tratar de entender la actividad económica son globalmente engañosos... la vieja cartografía ya no sirve. Se ha convertido en una ilusión”*.

²³⁸ CALDERÓN PATIER, C. (2004).

²³⁹ HABERMAS, J. (2000).

²⁴⁰ GUMMET P. (1996).

²⁴¹ OHMAE, K. (1995).

En cuanto a cuáles sean las causas desencadenantes de la erosión del poder de los Estados BERGER y HUNTINGTON²⁴² reseñan como tales: a) las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, b) el poder financiero de las compañías multinacionales, y c) la expansión de las organizaciones no gubernamentales y de los organismos intergubernamentales.

Llegados a este punto se hace preciso reparar en la determinación de las manifestaciones en que se concretan las incidencias sobre el poder de los Estados. En esta línea de análisis CHAMORRO²⁴³ identifica el deterioro de la soberanía estatal con el trasvase de los poderes de decisión hacia instancias externas al Estado, incluso supraestatales. CRUZ PADIAL²⁴⁴ adopta la terminología de limitaciones de la soberanía fiscal como consecuencia de la globalización económica a la hora de referirse a las manifestaciones, haciéndose eco de las clásicas reflexiones de MCLURE²⁴⁵, quien usando la misma terminología procedió a agrupar las limitaciones en cuatro órdenes diferenciados:

- a) limitaciones voluntarias impuestas por mercado :las empresas localizan su capital e inversiones donde les es más conveniente para sus estrategias financieras, propiciándose una situación de competencia entre Estados para atraer este tipo de rentas fácilmente deslocalizables, lo que ha traído como consecuencia una disminución de la carga fiscal sobre rentas de capital y sobre la renta empresarial y un correlativo aumento de la imposición sobre aquellas rentas que no admiten esta deslocalización como es el caso de las rentas sobre el trabajo o sobre bienes inmuebles;
- b) limitaciones pactadas, como la red de convenios de doble imposición, el GATT, actualmente OMC/WTO 1994, el Derecho Comunitario Europeo;
- c) limitaciones externas impuestas: cuando un Estado o varios Estados adoptan una posición conjunta presionan a otro Estado o conjunto de Estados so pena de adoptar contramedidas o medidas defensivas que condicionen su fiscalidad;
- d) limitaciones a la independencia administrativa y funcional relativa a la capacidad que tiene el Estado de gestionar su sistema tributario, reducida con la aplicación de estos modelos para evitar la doble imposición internacional.

Paradigma en nuestras fronteras de esta manifestación de menoscabo del poder soberano en materia económica fue lo acontecido en 2011 con la modificación del artº135 CE y la introducción del concepto de estabilidad presupuestaria, y ello a consecuencia de la carta enviada por el responsable del BCE, lo cual ha sido tildado como episodio de *soft law* compulsivo que existe no solo a nivel de Unión Europea sino también en otras organizaciones internacionales (OCDE, GAFI, etc.).

²⁴² BERGER, P. & HUNTINGTON, S. (2002)

²⁴³ CHAMORRO y ZARZA, J.A. (2012).

²⁴⁴ CRUZ PADIAL, I. (2003).

²⁴⁵ MCLURE Jr., C.E. (2001).

Ahora bien, ¿cabe llegar a cuestionarse la necesidad del intervencionismo estatal como cesión ante la situación de crisis de la noción de soberanía? La pregunta ya fue respondida contundentemente en sentido negativo en 2004 en el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo al proponer como necesario “*un Estado capaz de conducir el rumbo general de la sociedad, procesar los conflictos conforme a reglas democráticas, garantizar eficazmente el funcionamiento del sistema legal, preservar la seguridad jurídica, regular los mercados, establecer equilibrios macroeconómicos, fortalecer sistemas de protección social basados en los principios de la universalidad y asumir la preeminencia de la democracia como principio de organización social. La reforma del Estado tendría que orientarse a resolver la pregunta sobre qué tipo de nación aspira a construir una determinada sociedad*”. Mas ello no implica – según autores como D. HELD²⁴⁶ o RODRÍGUEZ GUERRA²⁴⁷– que el Estado tradicional y típico sea el adecuado para la resolución de los problemas actuales. Tampoco significa que haya perdido importancia y capacidad. Más bien al contrario. El poder del Estado no sólo no ha disminuido, sino que ha crecido, ya que cuanto más abiertas son las economías nacionales, más grandes son sus gobiernos. Las organizaciones internacionales son ante todo interestatales; esto es, funcionan por delegación de los Estados para ciertos cometidos y su capacidad sólo llega hasta donde los Estados quieran atribuirles en cada momento.

II.3.6 La competencia fiscal y la planificación fiscal como consecuencias fiscales de la globalización.

II.3.6.1 La competencia fiscal.

II.3.6.1.A) Concepto.

CHECA GONZÁLEZ,²⁴⁸ al analizar las consecuencias fiscales de la globalización, enfatiza el nuevo papel de la competencia entre los Estados con la finalidad de atraer a su territorio el mayor número de contribuyentes, apoyándose en el peso de la doctrina que avala dicha afirmación. Para referirse al mismo fenómeno, pero desde la perspectiva de los contribuyentes, también se utiliza la expresión planificación fiscal internacional (en esta dirección GÓMEZ COTERO²⁴⁹), la cual es definida por CARPIÓ RIVERA²⁵⁰ como el resultado de la existencia de una multiplicidad de regímenes fiscales nacionales, que ofrecen ésta, de manera que son las empresas con una presencia internacional quienes tienen la opción o la posibilidad de tomar decisiones empresariales, atendiendo, entre otros factores, al régimen fiscal aplicable. Autores

²⁴⁶ HELD, D. (2000).

²⁴⁷ RODRÍGUEZ GUERRA, J. (2006).

²⁴⁸ CHECA GONZÁLEZ, C. (2010).

²⁴⁹ GÓMEZ COTERO, J. de J. (2017).

²⁵⁰ CARPIÓ RIVERA, R. (2012).

como VALLEJO CHAMARRO²⁵¹ profundizan en el concepto partiendo de un concepto estricto y procediendo a reseñar las características esenciales. Así, entiende que frente a una acepción de competencia fiscal amplia referente a la influencia del elemento fiscal sobre el comportamiento de los agentes, tanto públicos como privados, en un escenario de economía abierta, debe partirse de una concepción más estricta que se concreta en el *“proceso por el que las autoridades fiscales adoptan sus decisiones sobre política fiscal teniendo en cuenta el efecto de las mismas en el ámbito de su sistema nacional, como en relación con el resto de los sistemas y/o jurisdicciones fiscales con los que confluyen en el gravamen de recurso, factores productivos o bases imponibles móviles”*. Como rasgos más esenciales pueden destacarse:

a) que exista una iniciativa por parte de las autoridades fiscales, no debiéndose confundir ésta con la situación a la que se enfrenta un determinado operador económico cuando elige entre dos jurisdicciones por motivos fiscales, pues en este último caso nos encontraremos ante una economía de opción si las alternativas son legales, o en el supuesto de que las opciones no entren dentro de la legalidad ante un posible caso de elusión o evasión fiscal. La economía de opción no implica ni exige que se produzca competencia fiscal, voluntaria o involuntaria, entre dos o más jurisdicciones.

b) Las medidas que se califiquen de competencia fiscal habrán de ayudar a configurar un sistema atractivo o no disuasivo, y su adopción podrá ser de forma autónoma o inducida por las medidas adoptadas por otras jurisdicciones

c) Las medidas deben generar efectos sobre las rentas, bases o factores que sean susceptibles de localizarse en la jurisdicción donde se adopten aquéllas

d) Las medidas deben recaer sobre el gravamen de factores que sean móviles. Sin movilidad no hay posibilidad de competencia.

e) Son variadas las posibilidades de las medidas, pudiendo incidir en el tipo, creación de beneficios fiscales, cambios en aspectos administrativos relacionados con el cumplimiento de las obligaciones fiscales

f) Las medidas pueden estar encaminadas a:

- ✓ la atracción de bases imponibles;
- ✓ o atraer la localización de factores, por lo que se perseguirá la promoción o desarrollo de un sector económico determinado;
- ✓ o la instalación de actividades que creen empleo y actividad económica.

El planteamiento de la cuestión es sencillo. La globalización está afectando a la capacidad de recaudación de los Estados y la distribución de la carga impositiva. La política fiscal evidentemente no se muestra ajena a estos vaivenes y tendencias. Así, en Estados Unidos, Donald Trump adquirió el compromiso en su campaña electoral de bajar el tipo impositivo del impuesto de sociedades del 35% al 15%, si bien en la

²⁵¹ VALLEJO CHAMORRO, J. M^a (2007).

reforma fiscal aprobada en diciembre de 2017 quedó en el 21%, lo que se prevé que supondrá un recorte de un billón de dólares en una década. En el Reino Unido la evolución del tipo impositivo del impuesto de sociedades también ha sido descendente, pasando del 28% en 2010–2011, al 26% en 2011–2012, al 24% en 2012–2013, al 23% en 2013–2014, al 21% en 2014–2015, al 20% en 2015–2016 y al 19 % en 2018–2019. Francia ha puesto en marcha un paquete de medidas fiscales que prevé la reducción del tipo impositivo desde el 33% al 25% en un periodo de cinco años que culminará en el año 2022. La U.E. ha acusado en general esta tendencia, como lo demuestra que cuando entró en funcionamiento la moneda única en el año 2001 el tipo medio del impuesto de sociedades se encontraba en el 30,4% y en el año 2016 se encuentra entorno al 22,5%. SANZ GADEA²⁵² aprecia que en los últimos años el descenso de los tipos nominales de gravamen ha sido continuo, así en 1982 la media de los tipos nominales de gravamen de la OCDE ascendía a 48,5 puntos porcentuales, y a 28,4 en 2006. En 1994 ningún Estado miembro de la Unión Europea tenía establecido un tipo de gravamen inferior al 25 por 100, en tanto que en 2010 quince de ellos lo tienen inferior

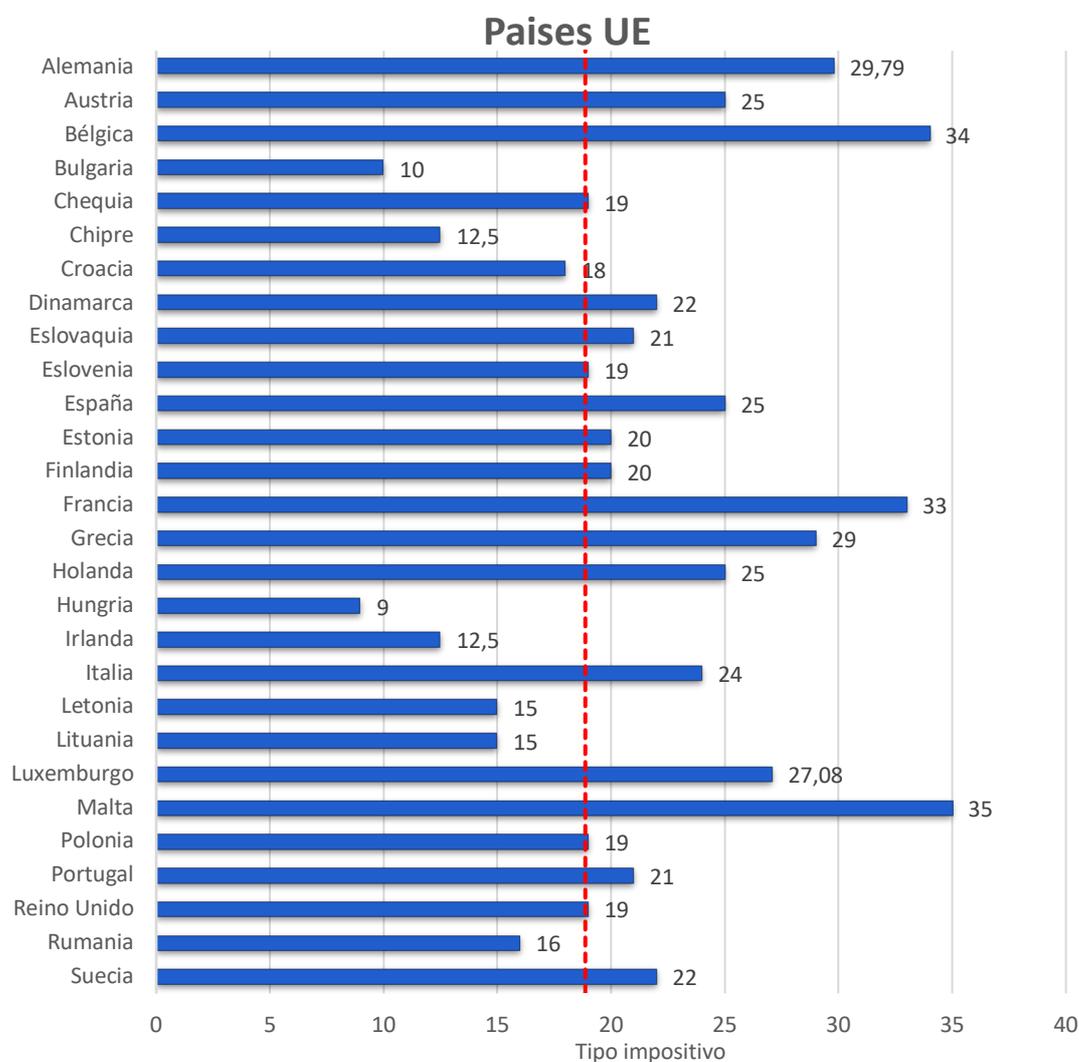


Figura: Situación anterior a la crisis del COVID-19

²⁵² SANZ GADEA, E. (2011 b).

Este fenómeno es el que la doctrina ha dado en llamar *race to the bottom* o carrera de reducciones fiscales, lo que constituye una de las preocupaciones actuales de los poderes públicos²⁵³. CALDERÓN CARRERO²⁵⁴ califica este fenómeno como limitación voluntaria inducida por el mercado.

Sin embargo, el comportamiento debe ser netamente diferenciado entre países industrializados y países en desarrollo. En los primeros, la globalización acarrea la necesidad del control y disminución del gasto público mediante reformas que confieran al sector privado un papel más importante; por ejemplo, mediante privatizaciones de al menos una parte de las jubilaciones, la educación, infraestructuras y demás áreas. Deberá reducirse el gasto público a consecuencia de la presión descendente que ejercerá la globalización. En los países en desarrollo la tendencia será justamente la contraria. La globalización presionará hacia el incremento del gasto público en determinadas áreas con el consiguiente aumento del nivel impositivo²⁵⁵.

II.3.6.1.B) Tipos de competencia fiscal.

Pero hablar de competencia fiscal implica hablar tanto de competencia fiscal sana como de competencia fiscal perniciosa o perjudicial (desde la óptica de las empresas planificación fiscal agresiva).

La competencia fiscal *per se* no necesariamente tiene que tener connotaciones negativas o acarrear consecuencias dañinas. La existencia de diferencias en la tributación entre dos países no supone necesariamente la existencia de competencia perjudicial²⁵⁶, ya que cada país es soberano para diseñar su régimen fiscal y establecer el nivel de imposición efectiva que sea necesario para el sostenimiento de sus finanzas públicas. Como así tampoco el hecho de que algunas formas de competencia fiscal puedan ser beneficiosas significa que todas sus formas también lo sean²⁵⁷. Además, desde el punto de vista del contribuyente, hay que partir del principio de que cuando el sistema fiscal permite varias opciones, aquél no viene constreñido ni obligado a elegir la que le suponga el pago de la mayor cantidad de tributos, con el lógico límite de evitar el fraude o el abuso.

Así LAMPREAVE MÁRQUEZ²⁵⁸ caracteriza la competencia fiscal leal como aquella ejercida por un Estado que decide reducir la presión fiscal, ya sea mediante la bajada de tipos o mediante la adopción de ciertos beneficios inherentes a los impuestos, con el objeto de beneficiar tanto a los operadores domésticos, como atraer inversores extranjeros a su territorio, siempre que se dé una total transparencia respecto a los beneficios fiscales y un efectivo intercambio de información con la Administración de

²⁵³ VALLEJO CHAMORRO, J.Mª. (2005).

²⁵⁴ CALDERÓN CARRERO, J. M. (2012).

²⁵⁵ En este sentido, TANZI, V. (2004).

²⁵⁶ VALLEJO CHAMORRO, J. Mª. (2005).

²⁵⁷ MCLURE Jr., C. E. (2007).

²⁵⁸ LAMPREAVE MÁRQUEZ, P. (2010).

otros Estados. CHICO DE LA CÁMARA²⁵⁹ advierte que la competencia en sí es saludable o beneficiosa en cuanto constituye un estímulo para atraer inversiones extranjeras mediante la reducción de la presión fiscal sobre las rentas más móviles, constituyendo sus rasgos más beneficiosos: (a) aumenta el nivel de eficiencia al moderar el gasto público, (b) consigue un mayor equilibrio entre la presión fiscal a los contribuyentes y el nivel de servicios y estructuras públicas, y (c) acarrea un menor coste de producción al operar las empresas en mercados internacionales y no multinacionales. CHECA GONZÁLEZ²⁶⁰ también se inclina por ver a priori como algo beneficioso la competencia entre Estados, ya que si la competencia, en general, es saludable para la actividad económica, también la misma podría considerarse de esta misma manera favorable cuando se aplica a la esfera fiscal. VALLEJO CHAMORRO²⁶¹ define la competencia fiscal sana como el proceso de eliminación de ineficiencias y aumento de la neutralidad en los sistemas fiscales, efectuados con el fin de evitar que la fiscalidad sea un obstáculo en el desarrollo de actividades económicas, consiguiéndose una mayor neutralidad horizontal, a través de la ampliación de las bases imponibles, y un funcionamiento más eficiente del sector público. Como claros exponentes de dicha competencia fiscal sana el autor indica:

- a) la generalización del Modelo Fiscal Extensivo, difundido en los años ochenta por una serie de reformas fiscales llevadas a cabo por Estados Unidos y el Reino Unido, caracterizado por la disminución de tipos, una reducción de tramos en las tarifas, el aumento de las bases imponibles y la generalización de fórmulas impositivas más neutrales, como el IVA;
- b) la generalización del Modelo Dual, desarrollado inicialmente por Dinamarca, caracterizado por la idea de favorecer el tratamiento fiscal del factor más móvil (el capital), y que en España se manifestó, por ejemplo, en que las ganancias de capital se gravan a un tipo específico y no al tipo marginal.

MARTIN LÓPEZ²⁶² sistematiza los argumentos utilizados por la doctrina en favor de la competencia agrupándolos en torno a tres ideas:

- a) la disminución de la presión fiscal para los ciudadanos, obligando a los Estados a establecer niveles impositivos más ajustados a la riqueza y evitar los desplazamientos de capital a jurisdicciones más beneficiosas;
- b) el crecimiento de la actividad económica, pues a menor presión fiscal mayor nivel de inversión;
- c) la racionalización del sector público, ya que la competencia compele tácitamente al control del gasto público.

Por su parte MARULANDA OTÁLVARO²⁶³ apunta las siguientes razones que avalan la competencia:

²⁵⁹ CHICO DE LA CÁMARA, P. (2005).

²⁶⁰ CHECA GONZÁLEZ, C. (2010)

²⁶¹ VALLEJO CHAMORRO, J.Mª. (2005).

²⁶² MARTÍN LÓPEZ, J. (2012).

- a) en primer lugar, coincide con el anterior autor en que supone una disminución de la presión fiscal;
- b) en segundo lugar, igualmente coincide en que implica el crecimiento de la actividad económica;
- c) en tercer lugar, la competencia induce a una mayor optimización fiscal a nivel internacional por causa de la diversidad de ordenamientos fiscales internos (cuya estructura debe responder, principalmente, a razones de política económica), ampliándose a su vez más si cabe el campo de la planificación fiscal;
- d) en cuarto lugar, la competencia produce una modernización y perfeccionamiento de los ordenamientos jurídicos tributarios, ya que hay países que aprovechan para la internacionalización de sus sistemas fiscales y hacerlos más atractivos a las inversiones, y todo ello fruto del trabajo de las organizaciones internacionales que sugieren ajustes, correcciones o eliminaciones de determinadas normas, medidas o procedimientos;
- e) en quinto lugar, la competencia acarrea una racionalización del sector público, aumentando la eficiencia del gasto público.

Por tanto, siempre que se den los presupuestos acabados de mencionar, con especial énfasis de la eficiencia en el gasto público, y se trate de sistemas tributarios transparentes y fundamentados en la justicia tributaria, debemos mostrarnos proclives a la existencia de la competencia fiscal.

No obstante, todo lo anterior, como apunta MARTÍN LÓPEZ²⁶⁴, la competencia fiscal interestatal ha adquirido, en la práctica, un perfil ciertamente nocivo al traducirse en una proliferación de regímenes tributarios privilegiados o preferenciales, que presentan como notas más destacadas:

- el perseguir primordialmente la deslocalización de la riqueza;
- el beneficiar tan solo a determinadas clases de rentas;
- el carecer de una justificación lógica distinta a la mera captación de inversión;
- por último, el adolecer de la debida transparencia, no garantizándose el intercambio de información.

Así LAMPREAVE MÁRQUEZ²⁶⁵ nos recuerda que, aunque a priori la competencia es lícita, se reconoce implícitamente una competencia fiscal desleal, porque, como destaca el Informe 1998 de la OCDE²⁶⁶, la competencia fiscal puede tener efectos considerados por algunos países como negativos o lesivos y por otros no.

VALLEJO CHAMORRO²⁶⁷ reseña que la competencia perjudicial aparece cuando, con el fin de atraer capitales o bases imponibles, se utiliza el elemento fiscal como ventaja comparativa, ofreciendo tasas de gravamen reducidas y opacidad informativa. CHECA

²⁶³ MARULANDA OTALVARO, H. (2015).

²⁶⁴ MARTÍN LÓPEZ, J. (2012)

²⁶⁵ LAMPREAVE MÁRQUEZ, P. (2018).

²⁶⁶ Informe sobre la Competencia Fiscal Perjudicial, 1998, París.

²⁶⁷ VALLEJO CHAMORRO, J. M^a. (2005).

GONZÁLEZ²⁶⁸ argumenta como fundamento de su rechazo a este tipo de competencia el que cuando un Estado dicta normas fiscales con el exclusivo objeto de atraer inversiones y capital a su territorio lo que, en realidad, está haciendo es buscar, de forma deliberada, una posición de preeminencia frente a otros Estados, empleando para ello unas prácticas abusivas que van más allá, distorsionándolas de manera interesada, de las sanas reglas de competencia que deben regir las relaciones entre ellos. MARULANDA OTÁLVARO²⁶⁹ reseña tres argumentos en contra de la competencia perjudicial: (a) en primer lugar, la competencia perjudicial solo disminuye la presión fiscal sobre determinados tipos de renta, (b) en segundo lugar, la menor presión fiscal como consecuencia de la competencia perjudicial no conlleva un gasto público más eficiente, por lo que no genera una racionalización del sector público, y (c) en tercer lugar, produce un efecto dominó por el que numerosos Estados se suman a hacer sus sistemas impositivos lo más competitivos posibles.

Pero, por más empeño que la doctrina muestre en la diferenciación entre qué es competencia sana y qué es competencia perniciosa, siempre aparecerá el problema ante un supuesto concreto que haya que encuadrar en uno u otro supuesto. Ello ya fue advertido por autores como GARCÍA DE LA CALLE Y SERRANO ANTÓN²⁷⁰, quienes advertían que se trata de una cuestión subjetiva que dependerá de los efectos que padecerá cada uno de los Estados implicados, pues mientras que el Estado perjudicado mantendrá que se trata de una medida nociva, al mismo tiempo el otro u otros Estados, o incluso desde el punto de vista de la economía mundial, la medida puede ser considerada como neutral o incluso beneficiosa. En la misma dirección MARULANDA OTÁLVARO²⁷¹ comparte que, ante la ausencia de normas vinculantes al respecto, la diferenciación residirá en un criterio subjetivo, cuasi intencional, a saber: si la medida ha sido diseñada con la finalidad de captación de riqueza eminentemente foránea.

II.3.6.1.C) Efectos de la competencia fiscal perjudicial.

Los efectos de la competencia fiscal perjudicial pueden agruparse en las siguientes categorías conforme predicen SERRANO PALACIO Y GARCÍA-VILLANOVA²⁷²:

- la degradación fiscal;
- la alteración de las estructuras de los sistemas impositivos y el detrimento de los principios clásicos tributarios;
- el menoscabo de la neutralidad fiscal;
- la limitación del poder tributario de los Estados.

MARTIN LÓPEZ²⁷³ apunta los siguientes efectos:

²⁶⁸ CHECA GONZÁLEZ, C. (2010).

²⁶⁹ MARULANDA OTÁLVARO, H. (2015).

²⁷⁰ GARCÍA DE LA CALLE, A. y SERRANO ANTÓN, F. (2002).

²⁷¹ MARULANDA OTÁLVARO, H. (2015).

²⁷² SERRANO PALACIO, C. y GARCÍA-VILLANOVA RUIZ, I. (2008).

- el reparto desequilibrado de la carga tributaria, al desaparecer o reducirse la imposición sobre determinadas formas de riqueza, en detrimento de otras que son sobrecargadas;
- el menoscabo de los principios de justicia tributaria, puesto que se atiende a la captación de la inversión más que a la capacidad tributaria a la hora de legislar;
- la falta de neutralidad fiscal al ser un factor decisivo a la hora de tomar decisiones económicas la situación fiscal en las distintas jurisdicciones;
- la ineficiente asignación de recursos económicos que se localizarán donde menos se tributa, no donde se producen;
- la reducción generalizada de la recaudación tributaria.

II.3.6.1.D) Manifestaciones de la competencia fiscal perniciosa.

Las principales manifestaciones de competencia fiscal perniciosa destacadas por MARULANDA OTALVARO²⁷⁴ son los paraísos y los regímenes fiscales preferenciales establecidos por Estados no calificados como paraísos fiscales cuyo único fin es la creación de sistemas fiscales atractivos para las inversiones extranjeras de fácil deslocalización o movimiento.

II.3.6.1.E) Reacción del sistema fiscal internacional.

El análisis de la reacción del sistema fiscal internacional es analizado en el último capítulo del presente trabajo, por lo que nos remitimos a cuanto allí queda expuesto.

II.3.6.2 La planificación fiscal.

II.3.6.2.A) Concepto, principales causas y legitimidad.

El concepto de planificación fiscal puede venir usado en una doble vertiente; por un lado, en una acepción crítica y que normalmente se adjetiva como agresiva y, por otro lado, en una terminología general y de contenido neutro.

En la primera acepción es utilizada fuera del ámbito jurídico, donde desde concepciones económicas o políticas, más o menos fundadas, se interpreta que la utilización de la planificación fiscal se corresponde con prácticas reprochables que perjudican las arcas de los Estados y benefician a los ricos en detrimento de los demás contribuyentes. De esta opinión participa, aunque en el ámbito jurídico, PICÓN GONZÁLES²⁷⁵ cuando alude a la planificación fiscal como “*la herramienta utilizada por los profesionales*

²⁷³ MARTÍN LÓPEZ, J. (2012).

²⁷⁴ MARULANDA OTALVARO, H. (2015).

²⁷⁵ PICÓN GONZÁLES, J.L. (2016).

ligados a la tributación, cuyo objetivo primordial es estudiar las vías pertinentes para el ahorro en el pago de impuestos, evitando posibles sanciones y multas. Puede decirse entonces que el Planeamiento Tributario es una forma creativa de pensamiento, cuya enseñanza resulta tan factible como el dictado de cursos de invención en una escuela de ingeniería” y para destacar su importancia económica trae a colación datos del FMI relacionados con el blanqueo de capitales y los paraísos fiscales.

En la segunda acepción, propia del ámbito técnico–jurídico, es considerada asépticamente y producto de la economía de opción, ante la existencia de “*diferentes alternativas igualmente legales para el tratamiento de un supuesto de hecho y dichas alternativas implican una carga fiscal diferente*” (RODRÍGUEZ SANTOS²⁷⁶). Con ello evidentemente nos referimos a la economía de opción implícita, porque la economía de opción expresa no debe presentar problemas al venir expresamente prevista en la norma²⁷⁷. RIVAS CORONADO y VERGARA HERNÁNDEZ²⁷⁸ nos dicen que es un proceso, constituido por una serie de actos o actuaciones lícitas del contribuyente, cuya finalidad es invertir eficientemente los recursos destinados por éste al negocio de que se trata y con la menor carga impositiva que sea legalmente admisible, dentro de las opciones que el ordenamiento jurídico contempla. CLOPATH²⁷⁹ la describe como el conjunto de procedimientos que una empresa establece con la finalidad de identificar su coste fiscal, y de influir sobre ese coste, tomando las decisiones adecuadas entre las diversas opciones que nos presenta la legislación fiscal. FALCÓN Y TELLA y PULIDO GUERRA²⁸⁰ definen la planificación fiscal como una acción legítima dirigida a la disminución o el diferimiento en el tiempo del pago de la deuda tributaria de una operación o de un conjunto de operaciones, respetando el ordenamiento vigente. Por su parte, CARPIÓ RIVERA²⁸¹ expone que la verdadera planificación fiscal internacional es el resultado de la existencia de una multiplicidad de regímenes fiscales nacionales, que ofrecen así a estas empresas con una presencia internacional la opción o la posibilidad de tomar decisiones empresariales atendiendo entre otros factores al régimen fiscal aplicable, sin embargo no se puede hablar de planeamiento fiscal cuando las empresas simplemente ocultan o alteran la realidad o trascendencia de sus operaciones con propósitos de fraude o evasión fiscal.

Pero ¿por qué se produce el fenómeno de la planificación fiscal? ALMUDÍ CID y SERRANO ANTÓN²⁸² sitúan la génesis del problema en tres factores:

- a) la asimetría de los distintos sistemas fiscales nacionales, donde además confluyen jurisdicciones de baja tributación y paraísos fiscales;
- b) las restricciones en el ámbito europeo de las libertades fundamentales de circulación de capitales, personas y mercancías;

²⁷⁶ RODRÍGUEZ SANTOS, J. (2007).

²⁷⁷ La denominada economía de opción expresa se presenta cuando la normativa recoge las diferentes opciones de entre las que puede decidirse el contribuyente. La economía de opción implícita.

²⁷⁸ RIVAS CORONADO, N. y VERGARA HERNÁNDEZ, S. (2000).

²⁷⁹ CLOPATH, G. (2003).

²⁸⁰ FALCÓN Y TELLA, R. y PULIDO GUERRA, E. (2010).

²⁸¹ CARPIÓ RIVERA, R. (2012).

²⁸² ALMUDÍ CID, J.M. y SERRANO ANTÓN, F. (2007).

c) el principio de independencia y el *arm's length*. Aquel por cuanto supone que una sociedad es gravada por sus beneficios exclusivamente por el impuesto del país en que reside, salvo que opere mediante establecimiento permanente, apareciendo consagrado en el artº7 MCDI OCDE. Éste por lo que conlleva el tratar a las transacciones entre empresas relacionadas como si fueran entre independientes y los mecanismos de valoración a precio de mercado.

Como advierte MARTÍN LÓPEZ²⁸³ la planificación fiscal, en principio, es perfectamente lícita, “convirtiéndose en jurídicamente inadmisibles cuando se acude a instrumentos anormales que, buscando la explotación de dichas asimetrías legales, abocan en una reducción de la tributación no acorde con la ratio de la norma de cobertura aplicada”. Ya GONZÁLEZ GARCÍA²⁸⁴ acuñó un nuevo término para tratar de englobar las dos vertientes. Nos referimos a “economía de impuesto” que comprendía un vasto campo de comportamientos entre los que se encuentran tanto conductas que son contrarias al orden jurídico como otras que no lo son. Dentro de la “economía de impuesto” se distinguen:

- conductas no contrarias al ordenamiento y que carecen de relevancia jurídica²⁸⁵;
- conductas contrarias al ordenamiento, en las que cabría diferenciar:
 - ✓ conductas consistentes en ocultar una parte o todos los hechos o actos que originen el tributo, y que por tanto constituyen una ilegalidad (infracción directa);
 - ✓ conductas consistentes en elegir alternativas a la norma tributaria, menos o nada gravadas, obteniendo un resultado equivalente. Estas pueden a su vez revestir dos formas:
 - aquellas que suponen una contravención de la *ratio legis* o el espíritu de la norma, aunque aparentemente son acordes con la norma, por lo que estaremos ante auténticas infracciones (infracción indirecta o encubierta);
 - aquellas que no colisionan contra la *ratio legis* y, por ende, no contravienen la norma fiscal.

Abundando en la misma concepción FALCÓN Y TELLA y PULIDO GUERRA²⁸⁶ reseñan que la planificación fiscal en principio es perfectamente legítima apoyándose para ello en la doctrina sentada por distintos tribunales europeos. Así, la STC español de 17 de febrero de 2000²⁸⁷, o en el Reino Unido la Cámara de los Lores en funciones judiciales en el caso “*Craven v. White, 1988*” donde se ventiló la posibilidad de existencia de ilícito fiscal ante la intervención de una sociedad de Isla de Man en una

²⁸³ MARTÍN LÓPEZ, J. (2015).

²⁸⁴ GONZÁLEZ GARCÍA, E. (2001).

²⁸⁵ v.gr. quien decide no realizar una transacción para no pagar un impuesto.

²⁸⁶ FALCÓN Y TELLA, R. y PULIDO GUERRA, E. (2010).

²⁸⁷ Dicha sentencia determina “la posibilidad de elegir entre varias alternativas legalmente válidas dirigidas a la consecución de un mismo fin, pero generadoras de alguna ventaja adicional respecto a otras”.

transacción, o la STJCE de 12 de septiembre de 2006, C-196/04, Cadbury-Schweppes. Más particularmente, en nuestro país la legitimidad le ha sido conferida por un abundante cuerpo de doctrina jurisprudencial del que conviene citar al menos algunos de los pronunciamientos más significativos y recientes:

a) en primer lugar pueden citarse aquellas sentencias que conceptúan la legitimidad al amparo de la denominada economía de opción, doctrina en la que resulta paradigmática la STS 2 noviembre 2002 (RJ 2003\1025), cuando en su F. Dº Sexto señala que *“los contribuyentes pueden elegir entre las varias posibilidades que ofrece la Ley, la más ventajosa a sus intereses, y entre estas ventajas figura la poder escoger la que resulte fiscalmente más rentable, siempre que no vulneren ninguna obligación legal, y ello, aunque las formas contractuales escogidas no sean habituales, normales o tradicionales.*

Ello es lo que constituye la economía de opción, fundada indudablemente en el dogma de la autonomía de las voluntades, en la libertad de contratación y en la libertad de empresa, «ex» art. 1255 C.C.”.

Esta misma doctrina era revalidada por sentencias posteriores como la STS 12 julio 2012, recurso de casación núm. 1485/2009 (RJ 2012\9364): *“en principio, no existe necesariamente ocultación, sino una planificación fiscal de conjunto que tiende a minorar el coste tributario del grupo y de sus socios”.* Dicha sentencia es reiteración de lo dicho en la STS de 26 enero 2004, recurso de casación núm. 3669/1998 (RJ 2005\3837).

Por su especial análisis de la economía de opción debemos necesariamente citar la STS 30 mayo 2011, recurso de casación núm. 1061/2007 (RJ 2011\4838), en la que se contienen las siguientes precisiones:

- ✓ La "economía de opción" tiene diversos contenidos. El que configura su noción clásica, entendida como "ofrecimiento explícito por el ordenamiento de fórmulas jurídicas igualmente válidas" y que comprende los supuestos en los que la norma ofrece expresamente al sujeto pasivo diversas alternativas para la elección de la de menor coste tributario, sin que ello suponga la realización de maniobras de elusión o abuso de la posibilidad de configuración jurídica. El que se identifica con las llamadas "opciones fiscales" que suponen un derecho concedido por la ley al contribuyente, colocado en una determinada situación jurídica en relación con el impuesto, para ejercer libremente una opción que influye en la configuración del régimen tributario aplicable. Y, por último, el contenido integrado por los supuestos en los que las alternativas aparecen de modo implícito en la norma.

En la economía de opción se elige lícitamente entre diversas alternativas jurídicas en función de su menor carga fiscal, pero no solo en función de esta consideración fiscal, ya que ha de concurrir otro efecto jurídico o económico relevante.

Pero lo que en ningún caso puede entenderse, ni si quiera en su acepción más amplia, es que "la economía de opción" atribuya al obligado tributario la facultad de configurar negocios o situaciones económicas con incidencia fiscal "sin motivos económicos válidos" y con la única finalidad de obtener una ventaja tributaria.

- ✓ La economía de opción termina donde empieza la elusión tributaria. De modo que, si la economía de opción se basa en las posibilidades derivadas de la libre configuración negocial, que abarca la facultad de celebrar negocios con la finalidad de obtener una ventaja o ahorro fiscal, es necesario, como señala la jurisprudencia, evitar que esa libertad de configuración suponga desvirtuar la correcta y natural aplicación de las normas tributarias. Ello ocurre cuando se acude a fórmulas negociales que se resumen en la categoría de los "negocios jurídicos anómalos" donde se incluyen los negocios en fraude de ley, el negocio indirecto, el negocio fiduciario y el negocio simulado. Se trata, en suma, de la utilización de un negocio no gravado –o gravado en menor medida– con la idea de sustraerse a la regulación tributaria normal mediante la "deformación" de otro negocio, gravado o más gravado.

El "motivo económico válido" se convierte en test para la apreciación de la economía de opción. Y su ausencia engloba diversas técnicas conducentes a negar la protección jurídica, desde el punto de vista tributario, a aquellos actos o negocios que carecen de dicho motivo y responden de manera exclusiva a la obtención de una ventaja tributaria no contemplada directamente en la norma para tales actos o negocios.

b) Ahondando en la misma idea de economía de opción fiscal, pero configurando límites a la misma frente a conceptos limítrofes, pueden encontrarse:

- ✓ confrontando la economía de opción con el fraude fiscal, la elusión y el abuso puede citarse la STS 18 junio 2015, recurso de casación núm. 1517/2013, (RJ 2015\2965), en cuyo F. Dº Quinto se recoge: *“La economía de opción, fundada en el principio de autonomía de voluntad, en la libertad de contratación establecida en el artículo 1255 del CC, produce un ahorro fiscal a las partes que no resulta contrario al ordenamiento jurídico. No atenta a lo querido por la Ley, en tanto que sí es contrario a ella el «fraus legis». La diferencia resulta clara si se considera que en el fraude a que se refería el artículo 24 LGT/1963 (RCL 1963, 2490) se busca eludir el pago del tributo u obtener ventajas económicas por medio de una anomalía en relación con el fin perseguido por las partes, y utilizando normalmente la técnica de un negocio simulado –el que se presenta a la tributación–, que encubre otro disimulado, técnica que*

no tiene que ver con los supuestos en que se busca asegurar un tratamiento fiscal más favorable a través de una vía que resulta acorde con las previsiones de la legislación tributaria. Los contribuyentes pueden elegir entre varias posibilidades que ofrece la Ley, la más ventajosa a sus intereses, siempre que no vulnere la normativa aplicable (Cfr. SSTS, 2 de noviembre de 2002 (RJ 2003, 1025), rec. cas. 9712/1997 y 11 de mayo de 2004 (RJ 2004, 5189) , rec. cas. 1402/1999, entre otras).

Así pues, la economía de opción supone que la norma ofrece al sujeto pasivo diversas alternativas para la elección de la de menor coste tributario, sin que para ello deba llevar a cabo maniobras de elusión o abuso de la posibilidad de configuración jurídica”.

- ✓ En la misma línea, pero constreñida a la diferenciación entre la economía de opción y el fraude fiscal se sitúa la STS de 5 febrero 2015, recurso de casación núm. 4075/2013 (RJ 2015\1045).
- ✓ También se puede citar por aludir a la dicotomía economía de opción–elusión tributaria la STS de 22 junio 2016, recurso de casación núm.2218/2015, donde podemos leer en su F.Dº Séptimo: *“economía de opción termina donde empieza la elusión tributaria. De modo que si la economía de opción se basa en las posibilidades derivadas de la libre configuración negocial, que abarca la facultad de celebrar negocios con la finalidad de obtener una ventaja o ahorro fiscal, es necesario, como señala la jurisprudencia, evitar que esa libertad de configuración suponga desvirtuar la correcta y natural aplicación de las normas tributarias”*

c) Diferenciando la economía de opción de la simulación cabe mencionar la STS núm. 1187/2020 de 21 septiembre, recurso de casación núm. 3130/2017 (RJ 2020\4094).

d) Corrigiendo interpretaciones denegatorias de la economía de opción en base a un criterio interpretativo del artº13 LGT que permita la recalificación de rentas obtenidas por una sociedad e imputarlas a una persona física, sin que tal recalificación pueda tener amparo en afirmaciones tales como la creación de apariencias de empresarios individuales, o la existencia de *"empresas artificiosamente creadas"*, o cuando la finalidad sea la de *"aliviar la carga tributaria que debería soportar"* se sitúa la STS núm. 904/2020 de 2 julio, recurso de casación núm. 1429/2018 RJ 2020\5145, donde se precisa que las instituciones no han sido creadas por el legislador de manera gratuita y, desde luego, no han sido puestas a disposición de los servidores públicos de manera libre o discrecional, debiendo diferenciarse la calificación, la simulación y el conflicto de normas.

DELGADO PACHECO²⁸⁸ encuentra los basamentos de la economía de opción en la libertad económica y contractual y, en última instancia, en la libertad de empresa, siempre que no se traspase el límite que principalmente suponen las normas antielusión.

Para SÁNCHEZ-ARCHIDONA²⁸⁹ se encuentran muy próximos los conceptos de planificación fiscal agresiva y elusión fiscal, estribando la diferencia en que en la planificación fiscal agresiva se aprovechan las lagunas y fricciones existentes en dos o más Ordenamientos jurídicos y, por tanto, estas estrategias se desarrollan en un contexto internacional; por el contrario en la elusión fiscal *stricto sensu* se aprovechan las discordancias y resquicios entre las disposiciones fiscales, mercantiles y civiles de la normativa interna de un Estado.

II.3.6.2.B) Delimitación de conceptos próximos: el abuso de Derecho, la elusión fiscal, la evasión fiscal, el fraude fiscal y la simulación fiscal.

En esta materia confluye una amalgama de conceptos muy próximos y no siempre delimitados con la misma significación o contenido, e incluso en ocasiones utilizados con falta de precisión por razones de diversa índole. Esta confusión se ha llegado a tildar de babilónica. Nos referimos a la planificación fiscal, la economía de opción, las prácticas abusivas, la elusión fiscal, la evasión fiscal, el fraude fiscal y la simulación. AGUIAR²⁹⁰ escribe al respecto que *“todos los autores están de acuerdo en que existe un fenómeno, que se puede describir de forma muy general y poco rigurosa, como la adopción de comportamientos jurídicos dirigidos a alcanzar una disminución de la carga fiscal a la que el contribuyente podría estar virtualmente sujeto, si no hubiera adoptado esos comportamientos... éste es un fenómeno multiforme, y no sólo multiforme, sino que abarca hechos o conductas de naturaleza jurídica tan distinta que resulta difícil una descripción unitaria, comprensiva y válida para todas las posibilidades.”* La correcta delimitación de las fronteras de cada uno ayudará a determinar los efectos y, lo que es más importante desde la perspectiva del trabajo que nos ocupa, nos permitirá comprender los derroteros por los que discurre la fiscalidad internacional en la actualidad.

La diferenciación de conceptos no es baladí como resalta la ya citada STS núm. 904/2020 de 2 julio, recurso de casación núm. 1429/2018 RJ 2020\5145.

GONZÁLEZ GARCÍA²⁹¹ apunta como causa de esta heterogeneidad no solo la dispersión a nivel doctrinal, sino además a nivel de ordenamientos domésticos, como queda verificado por la circunstancia de que en Derecho alemán el fraude tributario viene caracterizado por el abuso de las formas, o en el Derecho italiano el fraude de ley se constriñe al Derecho civil utilizando en el Derecho Tributario la elusión fiscal, o en el

²⁸⁸ DELGADO PACHECO, A. (2017).

²⁸⁹ SÁNCHEZ-ARCHIDONA HIDALGO, G. (2017).

²⁹⁰ AGUIAR, N. (2010).

²⁹¹ GONZÁLEZ GARCÍA, E. (1983).

Derecho brasileño se diferencia entre fraude y elusión. SIMÓN ACOSTA²⁹² califica la situación de auténtico caos terminológico, donde campan a sus anchas términos como defraudación, fraude, elusión, evasión, planificación o ingeniería fiscal.

Quizá la primera categoría conceptual a considerar por su extensión y amplitud es la de prácticas abusivas. LAMPREAVE MÁRQUEZ²⁹³ contrapone planificación fiscal a prácticas abusivas, considerando que la planificación fiscal es el único mecanismo a través del cual se permite reducir los impuestos de manera aceptable para los gobiernos, mientras que las prácticas abusivas no deben ser permitidas y son motivo de preocupación por contrarias a la equidad fiscal, conllevando graves efectos presupuestarios y repercutiendo en la existencia de una competencia internacional ilícita. Dentro de las prácticas abusivas quedarían comprendidos todos aquellos comportamientos que no son aceptados por los ordenamientos jurídicos en un sentido amplio.

De un tiempo a esta parte la doctrina se viene esforzando en la distinción entre dos conceptos claves que concurren en el ámbito de la planificación fiscal: la evasión y la elusión fiscal. En ello se encuentra latente la necesidad del establecimiento de unos límites a la economía de opción. No todo vale a la hora de ahorrar impuestos y de que las empresas consigan la máxima eficiencia.

La RAE define la acción de eludir como “*evitar con astucia una dificultad o una obligación*”. Sin embargo, como sucede con otras categorías en el ámbito del Derecho, concurre cierto grado de confusión en la circunscripción jurídico-tributaria al delimitar y utilizar el término elusión fiscal, de manera que a veces se identifica con conductas permitidas y otras con conductas ilícitas. En la segunda vertiente pueden encontrarse concepciones como las de RIVAS CORONADO y VERGARA HERNÁNDEZ²⁹⁴, quienes conceptúan la elusión tributaria como toda conducta dolosa del contribuyente que tiene como finalidad evitar el nacimiento de una obligación tributaria, valiéndose para ello del fraude de ley, del abuso de Derecho o de cualquier otro medio ilícito que no constituya infracción o delito. También en términos con connotación negativa, aunque menos intensa, se puede citar a OCHOA²⁹⁵; para este autor la elusión consiste en una conducta que se realiza con el fin de evitar en forma total o parcial la carga fiscal de las actividades económicas realizadas por los sujetos pasivos. GARCÍA²⁹⁶ insiste en esta visión al afirmar que en la elusión fiscal sólo hay una apariencia de legalidad, en tanto el contribuyente utiliza formas jurídicas previstas por la legislación, pero no para los fines que tuvo en cuenta el legislador al crearlas, sino para reducir sus impuestos. AGUIAR²⁹⁷ es partidaria de concebir la elusión como aquel “*tipo de conductas que, además de tener por finalidad y efecto la reducción de la carga fiscal, que incidiría sobre un sujeto pasivo si no realizara esa misma conducta, es contraria al orden*

²⁹² SIMÓN ACOSTA, E. (2005).

²⁹³ LAMPREAVE MÁRQUEZ, P. (2011).

²⁹⁴ RIVAS CORONADO, N. y VERGARA HERNÁNDEZ, S. (2000).

²⁹⁵ OCHOA, M. (2014).

²⁹⁶ GARCÍA, M. (2011).

²⁹⁷ AGUIAR, N. (2010).

jurídico, sin vulnerar formal o directamente ninguna norma legal"; dicho fenómeno alargaría en su seno variadas modalidades, entre las que la autora sitúa el fraude de ley y el abuso de Derecho. SANZ GÓMEZ²⁹⁸ la conceptúa, con carácter general, como *“aquellas operaciones o actividades tendentes a reducir el pago de tributos y que, aunque respetan la literalidad de la normativa aplicable, no son respetuosas con el ordenamiento jurídico interpretado desde una perspectiva sistémica y con base en criterios teleológicos”*.

Nuestro TS con frecuencia incurre igualmente en el uso del término elusión con connotación negativa y opuesto a lo legalmente autorizado, baste reiterar la STS de 22 junio 2016 anteriormente transcrita, que no hace sino seguir la línea ya sentada por las SSTS 30 mayo 2011, recurso de casación núm. 1061/2007 (RJ 2011\4838) ó 23 febrero 2012, recurso de casación núm. 821/2008 (RJ 2012\4227).

En la primera significación, GONZÁLEZ SÁNCHEZ²⁹⁹ considera que en la elusión fiscal el interesado busca una figura que no hallándose tipificada como presupuesto de hecho sirva adecuadamente al resultado que se pretende, o bien sirva mejor que otra regulada como presupuesto de hecho por ser más adecuada a las circunstancias de tiempo, lugar y materia. GIULIANI FONROUGE³⁰⁰ nos muestra la elusión como el proceder que, sin infringir el texto de la ley, procura el alivio tributario mediante la utilización de estructuras jurídicas atípicas o anómalas. VILLASMIL MOLERO³⁰¹ citando a FRAGA refiere que la elusión de impuestos hace referencia a las conductas del contribuyente que busca evitar el pago de impuestos utilizando para ello maniobras o estrategias permitidas por la misma ley o por los vacíos de esta. La elusión no es estrictamente ilegal puesto que no se está violando ninguna ley, sino que se está aprovechando mediante una interpretación en ocasiones amañada o caprichosa, situación que es permitida por una ley ambigua o con vacíos. GARCÍA NOVOA³⁰² podemos incluirlo en esta línea de pensamiento puesto que considera la elusión como la búsqueda del ahorro fiscal por medio de instrumentos lícitos a través de un uso de formas jurídicas o de fórmulas negociales menos onerosas, o de la elección de alternativas negociales. La esencia de la elusión fiscal es que no se produce vulneración directa de norma imperativa alguna. ZORNOZA PÉREZ³⁰³ se asocia a esta opinión cuando manifiesta que la elusión fiscal no se considera en sí misma como ilegal, porque las prácticas elusivas son conformes con la letra de la ley, aunque no con su espíritu. GÓMEZ COTERO³⁰⁴ se apunta igualmente a este último grupo de autores, entendiendo que la característica de *“la elusión consiste en escaparse del deber tributario sin violar directamente la ley; lo que presupone un comportamiento dirigido a impedir el perfeccionamiento del hecho imponible, sea total o parcialmente, mediante*

²⁹⁸ SANZ GÓMEZ, R. (2017).

²⁹⁹ GONZÁLEZ SÁNCHEZ, M. (1993).

³⁰⁰ GIULIANI FONROUGE, C.M. (2004).

³⁰¹ VILLASMIL MOLERO, M. (2017).

³⁰² GARCÍA NOVOA, C. (2004).

³⁰³ ZORNOZA PÉREZ, J. J. (2018).

³⁰⁴ GÓMEZ COTERO, J. de J. (2017).

procedimientos técnicos propios de la autonomía de voluntad y la libertad de contratación”.

Una postura que pudiéramos tildar de ecléctica es la acogida por JIMÉNEZ MACÍAS³⁰⁵ al entender que la expresión elusión fiscal da cabida tanto a comportamientos legales (los cuales estarán más cercanos a la planificación fiscal) como a comportamientos ilegales (por tanto, habrán de ubicarse en las proximidades de la evasión o el fraude fiscal). La primera forma es permitida por los ordenamientos, la segunda no. Habría que considerar por ende una elusión fiscal lícita y otra ilícita. En parecidos términos se muestra VILAR MAYER³⁰⁶ al matizar que dentro de la elusión podemos encontrar comportamientos lícitos con resultados legítimos, como es el caso de la economía de opción, y actos aparentemente lícitos con resultados ilícitos, como es el fraude de ley. Es fácilmente observable cómo al igual que ocurre con la planificación fiscal la elusión fiscal en principio no tiene por qué significar rechazo, es cuando se muestran en la variante de ilicitud (o agresiva como se adjetiva a la planificación) cuando se debe reaccionar ante ellas. La dificultad surgirá a la hora de deslindar cuando nos encontramos ante una elusión lícita y cuando ante una ilícita, cuando se tratará de una planificación fiscal legítima y cuando ante un fraude de ley. También NOCETE CORREA³⁰⁷ adopta este posicionamiento al estimar por elusión fiscal aquel proceder que, sin incurrir en infracción de las disposiciones legales aplicables, tiene como objetivo evitar, disminuir o diferir en el tiempo el impacto fiscal derivado de la realización de determinados hechos o actividades, sea a través de la utilización de las opciones legalmente existentes (economía de opción), sea a través de la utilización de estructuras jurídicas atípicas o anómalas mediante las que se evita la realización del hecho imponible (conflicto en la aplicación de la norma tributaria o fraude fiscal). GARCÍA NOVOA³⁰⁸ en cierta manera se ha alineado a esta dirección de pensamiento precisando que el concepto de elusión fiscal tradicional ha sufrido una evolución en el contexto internacional apareciendo conductas abusivas que vienen a aprovecharse de las asimetrías entre los distintos sistemas tributarios, obteniéndose ventajas fiscales en Estados diferentes del de residencia.

Pasando al concepto de evasión, entre las acepciones del vocablo aceptadas por la RAE nos ilustran en nuestro propósito especialmente dos: la acción o efecto de *“eludir con arte o astucia una dificultad prevista”* y *“sacar ilegalmente de un país dinero o cualquier tipo de bienes”*. Por evasión consideran RIVAS CORONADO y VERGARA HERNÁNDEZ³⁰⁹ *“toda conducta ilícita del contribuyente, dolosa o culposa, consistente en un acto o en una omisión, cuya consecuencia es la sustracción al pago de una obligación tributaria que ha nacido válidamente en la vida del Derecho, mediante su ocultación a la Administración tributaria, en perjuicio del patrimonio estatal”*. GARCÍA NOVOA³¹⁰ nos explica que la elusión se contrapone a la evasión

³⁰⁵ JIMÉNEZ MACÍAS, I. (2017).

³⁰⁶ VILAR MAYER, P. (2005).

³⁰⁷ NOCETE CORREA, F.J. (2016).

³⁰⁸ GARCÍA NOVOA, C. (2015 a).

³⁰⁹ RIVAS CORONADO, N. y VERGARA HERNÁNDEZ, S. (2000).

³¹⁰ GARCÍA NOVOA, C. (2012 a).

fiscal, que no es más que el incumplimiento (ilícito) de la obligación de pagar el tributo. La elusión se movería en el terreno de la licitud, la evasión en el de la ilicitud. La evasión constituye infracción tributaria y supone transgresión del ordenamiento jurídico. La OECD³¹¹ señala que la “*evasión es un término difícil de definir, que se utiliza generalmente para referirse a arreglos ilegales donde el cumplimiento de los impuestos resulta ocultado o ignorado. El contribuyente paga menos impuestos de lo que está legalmente obligado, al ocultar ingresos o información a las autoridades fiscales*”. ZORZONA PÉREZ³¹² considera que existen dos rasgos que permiten diferenciar la elusión de la evasión:

- a) la licitud: la elusión, conforme ya hemos dicho, supone conductas legales; la evasión fiscal por el contrario descansa en conductas ilegales;
- b) las estructuras utilizadas: la elusión emplea mecanismos transparentes y no ocultos; la evasión conlleva la ocultación o tergiversación a través de datos omitidos, inexactos o incompletos. Sin embargo, existen fronteras donde las estructuras empleadas no sirven para diferenciar ambas figuras.

NOCETE CORREA³¹³ considera la evasión fiscal como la sustracción al control administrativo de un determinado hecho imponible con el fin de infringir la norma que establece la obligación de pago derivada de la realización del mismo, incurriendo el contribuyente en una conducta antijurídica frente a la que se debe actuar.

PICÓN GONZALES recoge las siguientes notas características de la evasión fiscal:

- a) con la evasión se consigue no pagar el tributo o disminuir la cuota de pago;
- b) debe estar referida a un determinado país;
- c) incurre en evasión únicamente quien se encontraba obligado al pago de un tributo;
- d) en sentido integral bajo la evasión deben incluirse todas las conductas contrarias a Derecho que tengan como resultado la eliminación o disminución de la carga tributaria;
- e) toda evasión fiscal supone vulneración de las normas tributarias.

Así considerada, la evasión fiscal se encuentra conceptualmente muy próxima a la planificación fiscal agresiva, a la elusión ilícita y al fraude fiscal.

En cuanto al fraude fiscal hemos de comenzar diciendo que presenta unos contornos poco definidos. La vaguedad e imprecisión queda constatada, como recoge MARTÍNEZ LAGO,³¹⁴ al verificarse que el término fraude fiscal puede referirse tanto a la evasión o defraudación tributaria, sancionada tanto administrativa como penalmente, y a la elusión fiscal, entendida como una forma legal diseñada para evitar el pago de impuestos. De

³¹¹ Centre for Tax Policy and Administration. Glossary of Tax Terms, <http://www.oecd.org/ctp/glossaryoftaxterms.htm>

³¹² ZORNOZA PÉREZ, J.J. (2018).

³¹³ NOCETE CORREA, F. J. (2016).

³¹⁴ MARTÍNEZ LAGO, M. A. (2013).

ello nos ilustra igualmente GÓMEZ COTERO³¹⁵, quien parafraseando a TODINI señala que hay una falta de uniformidad que impide diferenciar nítidamente entre *tax avoidance*, *tax evasion* y *tax fraud*. *Tax fraud* se utiliza para referirse a la intención de evadir o evitar un impuesto empleando mecanismos ilegales y con intención de vulnerar la legislación fiscal, comportando la conducta más grave de todas. La expresión inglesa *tax evasion* implica actividades ilegales, pero de menor gravedad que el *tax fraud*, aunque en francés se confunde con la *tax avoidance*, de ahí que sea preferible no utilizar dicha terminología. *Illegitimate tax avoidance* alude a conductas donde el contribuyente cumple literalmente con la letra de la ley, pero se considera que actúa de forma abusiva porque el único propósito de su conducta es evitar o disminuir su carga fiscal. Por último, *legitimate tax avoidance* es la forma legal que tendrían los contribuyentes de minimizar su carga fiscal.

No se puede confundir la evasión con el fraude fiscal, presentando rasgos muy diferenciadores (VILAR MAYER³¹⁶):

- con relación al suceso del hecho imponible, ya que en la evasión el hecho imponible se ha producido y surge la deuda tributaria, mientras que en el fraude de ley no llega a surgir la deuda tributaria al amparo de una norma incorrecta;
- con relación a la violación de la norma, puesto que en la evasión hay una violación abierta de la norma, en el fraude no;
- la evasión pertenece al ámbito de las infracciones tributarias, el fraude de ley al de la aplicación de la norma.

Esta diferenciación, aunque aparece consolidada a nivel doctrinal, no se refleja en la normativa. Baste reparar a modo de ejemplo en el artº 11.1.a) de la Directiva 90/434/CEE, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones, realizadas entre sociedades de diferentes Estados miembros con el que se pretende el establecimiento en todos los Estados miembros de un régimen fiscal común que sea neutro y que no penalice tales operaciones cuando tienen lugar entre sociedades de distintos países de la Comunidad, pero que sin embargo, se exceptiona y aparca ese empeño armonizador cuando las operaciones societarias persigan, como uno de sus principales objetivos, el fraude o la evasión fiscal, a cuyo efecto el hecho de que se realicen sin «motivos económicos válidos» puede constituir una presunción. La equiparación de ambas figuras queda por tanto clara.

Tampoco puede confundirse con la economía de opción o planificación fiscal, aunque los límites no son nítidos. La economía de opción comporta una discrepancia interpretativa y no alcanza a comprender el intento de una minoración de la base o de la deuda tributaria mediante actos o negocios jurídicos que, individualmente o en su conjunto, sean notoriamente artificiosos o impropios para la consecución del resultado

³¹⁵ GÓMEZ COTERO, J. de J. (2017).

³¹⁶ Esta diferenciación es también muy claramente expuesta por MARTÍN QUERALT, J.; LOZANO SERRANO, C.; CASADO OLLERO, G. y TEJERIZO LÓPEZ, J.M. (2019).

obtenido y que de su utilización no resulten efectos jurídicos o económicos relevantes distintos del ahorro fiscal. En la economía de opción los actos o negocios jurídicos realizados son los habituales o propios del resultado obtenido³¹⁷. En el fraude, aparentemente análogo a la economía de opción en su aspecto externo, existe un abuso de Derecho, ya no amparado por el ordenamiento jurídico, por cuanto el elemento subjetivo motivador de la realización de los negocios jurídicos que ha guiado al sujeto es la exclusiva finalidad de eludir el impuesto mediante el uso de formas jurídicas. El único motivo que ha guiado al sujeto al realizar los actos tributarios es minorar la carga tributaria que hubiera soportado de no realizar tales actos o negocios jurídicos³¹⁸. Por tanto, la planificación fiscal se sitúa en la órbita de la elusión fiscal, no en el de la evasión fiscal (NOCETE CORREA³¹⁹). Distinto concepto es el de planificación fiscal agresiva, la cual en palabras de GARCÍA-MONCÓ y FUSTER GÓMEZ³²⁰, tal y como es delimitada en la Recomendación de la Comisión de 6 diciembre de 2012³²¹, no difiere del concepto de fraude de ley.

En Derecho español el fraude de ley se instrumenta a través de una cláusula general antielusiva plasmada en el artº15 LGT y por una serie de previsiones sectoriales. DELGADO PACHECO³²² aprecia que el fraude fiscal se enfrenta con tres grandes dificultades:

- a) la dificultad de su definición que se pone de manifiesto en el ámbito civil y se traslada al tributario;
- b).la necesidad de seguir un procedimiento específico para la declaración de su existencia;
- c) el carácter ambivalente con que es utilizado, tanto para combatir el fraude fiscal (en sentido amplio) como para definir límites a las economías de opción o planificaciones fiscales.

Por fraude de ley se entiende³²³ el acogerse mediante artificio (exige *animus defraudandi*) a una norma cuando realmente debería de aplicarse otra, teniendo como

³¹⁷ STS 30 mayo 2011, recurso de casación núm. 1061/2007 (RJ 2011\4838)

³¹⁸ STS de 28 junio 2006, recurso casación núm. 5342/2001 (RJ 2006, 6314)

³¹⁹ NOCETE CORREA, F. J. (2016).

³²⁰ GARCÍA-MONCÓ MARTÍNEZ, A. y FUSTER GÓMEZ, M. (2016).

³²¹ C 2012, 8806 Final, Considerando (2): “La planificación fiscal agresiva consiste en aprovechar los aspectos técnicos de un sistema fiscal o las discordancias entre dos o más sistemas fiscales con el fin de reducir la deuda tributaria, y puede adoptar diversas formas. Entre sus consecuencias, cabe señalar las deducciones dobles (por ejemplo, se deduce la misma pérdida tanto en el Estado de origen como en el de residencia) y la doble no imposición (por ejemplo, la renta que no se grava en el Estado de origen está exenta en el Estado de residencia)”.

³²² DELGADO PACHECO, A. (2017).

³²³ En parecidos términos se pronuncia nuestro TS en su sentencia de 16 septiembre 2008, recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 163/2004 (RJ 2008\4527): “La esencia, en definitiva, del fraude de Ley no es otra que el ánimo de burlar una norma sirviéndose de otra dictada con finalidad diferente. Por su parte, la sanción de dicha conducta no es otra que el reestablecimiento del orden jurídico perturbado mediante la aplicación de la norma defraudada o eludida. Aun se puede añadir que la figura del fraude de Ley en el ámbito jurídico tributario no implica una vulneración directa del ordenamiento jurídico, sino la realización de un hecho no gravado por la Ley, pero al que ésta por vía de analogía, considera que ha de aplicarse el gravamen, al conseguirse un resultado equivalente.”

efecto corrector principal la aplicación por analogía de la norma defraudada³²⁴. Es rasgo definitorio común en las conductas defraudatorias la concurrencia de las denominadas normas de cobertura y norma defraudada de tal forma que se utiliza la primera, en su caso con formas artificiosas, para eludir la aplicación de la segunda, obteniendo así un resultado prohibido o contrario al ordenamiento jurídico; de esta forma, existe en el fraude de ley el proceso de "rodeo" o "contorneo"³²⁵. AGUIAR³²⁶ identifica el fraude fiscal con la infracción indirecta o encubierta en la terminología del profesor GONZÁLEZ GARCÍA, suponiendo infracción de la *ratio legis* o del espíritu de la norma. Por tanto, los elementos que caracterizan al fraude fiscal de acuerdo con esta concepción serían:

- la no realización del hecho imponible contemplado en la norma fiscal;
- se llega al mismo resultado económico que la norma tributaria pretendía gravar³²⁷;
- apariencia de legalidad: hay una norma de cobertura en la que se ampara el contribuyente, pero que tenía un propósito distinto³²⁸;
- hay una ventaja fiscal en la aplicación de la norma de cobertura sobre lo que resultaría de la aplicación de la norma defraudada;
- intención fraudulenta que tiene que ser objetivable, ya sea mediante la constatación de la utilización de mecanismos no usuales o impropios, ya sea a través de la menor carga fiscal conseguida.

La concepción acabada de exponer, que hasta ahí vendría a coincidir con el concepto de fraude civil, a partir sobre todo de 1995 y la polémica introducida por FALCÓN Y TELLA³²⁹ suscitó que cierto sector doctrinal comenzara a distinguir entre el fraude fiscal y el civil, ya que para dichos autores se entiende que en el fraude fiscal no hay norma de cobertura, sino que se suele aprovechar un vacío o laguna de la norma,

El fraude de Ley tributaria exige, por otro lado, la presencia de un elemento subjetivo, el propósito de eludir la aplicación de la norma, propósito que ha de quedar acreditado en el especial procedimiento seguido para su constatación”.

³²⁴ En la reforma operada por la Ley 34/2015 de 21 de diciembre, el nuevo apartado 3 del artº 15 LGT deja vía abierta a la imposición de sanciones al suprimirse la prohibición contenida en el texto anterior, por lo que el efecto ya no se reduciría a la aplicación de la norma defraudada.

³²⁵ SSTS de 9 febrero de 2012, recurso de casación nº 2536/2007 (RJ 2012, 3870) y de 4 julio 2014, recurso de casación núm. 1285/2012 (RJ 2014\4405).

³²⁶ AGUIAR, N. (2010).

³²⁷ V.gr. un desplazamiento patrimonial mediante la venta de participaciones de una sociedad en lugar de por una transmisión del único activo de la sociedad.

³²⁸ Siguiendo con el ejemplo, el gravamen sobre la transmisión de valores mobiliarios, en lugar del impuesto sobre transmisión de inmuebles.

³²⁹ FALCÓN y TELLA, R. (1995 a). Rindiendo cierto tributo a esta concepción el TS refiere a veces el fraude de ley con las siguientes apreciaciones: *“parte de la existencia de actos o negocios jurídicos válidos, ya que reúnen todos los elementos exigidos por el ordenamiento para desplegar efectos jurídicos. Si bien se trata de actos o de negocios jurídicos realizados al amparo de una norma legal dictada con una finalidad distinta (norma de cobertura) que pueden producir un resultado equivalente al del hecho o negocio constitutivo del hecho imponible, sin estar aquellos directamente gravados o gravados en menor medida. Si bien, no es absolutamente preciso que exista dicha norma de cobertura, ya que también es posible apreciar un fraude de ley intrínseco que se produce cuando el contribuyente se ampara en la letra de la ley para incumplir su finalidad”* (STS de 30 mayo 2011 –RJ 2011\4838–)

además de que la norma fiscal defraudada es de carácter imperativo³³⁰. Precisamente por las muchas dudas que se plantearon a nivel doctrinal, en la reforma de la LGT de 2003 se sustituyó la denominación de fraude de ley por la de conflicto de norma. Esta nueva denominación ha recibido fuertes críticas doctrinales encabezadas por GARCÍA NOVOA³³¹. El fraude puede ser utilizado no solo para evitar la sujeción al impuesto, sino también para evitar una mayor carga tributaria³³². Ahora bien, debe constituir un remedio último y excepcional al que se acuda “*para evitar la elusión fiscal cuando ya no quede otro remedio*” (Resolución del TEAC 10 septiembre 1998. JT 1998\1667).

Distinto al fraude fiscal es el instituto de la simulación. Constituye junto con la calificación (artº13 LGT) y el fraude (artº 15 LGT) el elenco de cláusulas generales antielusión de nuestro sistema tributario, viniendo a ser regulada desde 2003 en el artº16 LGT. “*La simulación supone la creación de una realidad jurídica aparente (simulada) que oculta una realidad jurídica distinta (subyacente) o que oculta la inexistencia del acto o del negocio jurídico. La simulación conlleva la ocultación de la realidad, un engaño que por su propia naturaleza ha de ser intencionado y que merece el consecuente reproche, administrativo o penal, cuando se ha realizado con la finalidad de evitar o disminuir el pago del impuesto. Se oculta bajo la apariencia de un negocio jurídico norma otro propósito negocial, ya sea este contrario a la existencia misma del negocio (simulación absoluta), ya sea el propio de otro tipo de negocio (simulación relativa)*”. El concepto de simulación fiscal, según la opinión prácticamente unánime de la doctrina, no es un concepto particular del Derecho Tributario, sino que tiene y encuentra su acomodo en el Derecho civil por mor del funcionamiento de la previsión contenida en el artº 12 LGT (RAMÍREZ GÓMEZ³³³).

El concepto al que desde el punto de vista tributario tradicionalmente se ha venido dando menor trascendencia ha sido el de abuso de Derecho. GONZÁLEZ GARCÍA³³⁴ lo categoriza dentro de las infracciones indirectas o encubiertas de la norma tributaria. Se trata de un tipo de infracción de ámbito más amplio que el fraude fiscal, y caracterizado porque mientras el abuso de Derecho en origen presenta caracteres de licitud (lo cual no sucede en el fraude de ley) es en un estadio posterior cuando se transforma en uso ilegítimo al perjudicar indebidamente a un tercero. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la U.E. pivota sobre la idea del abuso de Derecho, cuyo elemento identificador básico es el de la artificiosidad, estructurada no tanto sobre la conducta impropia del obligado tributario como por la obtención de un resultado económico. El abuso de Derecho se convierte en principio inherente al ordenamiento de la Unión Europea, disponiendo de mecanismos de reacción, Sentencia TCE de 14 diciembre 2000, caso *Emsland–Starke* (C–110/99). El criterio diferenciador entre lo

³³⁰ En contra la STC 120/2005, de 10 mayo (RTC 2005, 120) señaló que “*el concepto de fraude de ley tributaria no difiere al concepto de fraude de ley ofrecido por el artº 6.4 del Código Civil*”. De esta doctrina se hace eco constante jurisprudencia del TS, por todas la STS núm. 2744/2016 de 22 diciembre, recurso de casación núm. 3421/2015 (RJ 2016\6238).

³³¹ GARCÍA NOVOA, C. (2004).

³³² STS de 4 julio 2014, recurso de casación núm. 1285/2012 (RJ 2014\4405).

³³³ RAMÍREZ GÓMEZ, S. (2017).

³³⁴ GONZÁLEZ GARCÍA, E. (2001).

permitido y lo no permitido, entre lo legítimo e ilegítimo, se encuentra en lo que resulta abusivo³³⁵. A tal efecto el elemento preponderante a la hora de evaluar el caso será el objetivo: habrá de verificarse que la operación no constituye un montaje puramente artificial, carente de realidad económica, realizado con el único objetivo de lograr una ventaja fiscal (véanse, en este sentido, las SSTJUE de 27 de octubre de 2011, caso Tanoarch, C-504/10; 12 de julio de 2012 Caso J.J. Komen en Zonen Beheer Heerhugowaard BV contra Staatssecretaris van Financiën, C-326/11).

Debemos advertir que gran número de autores consideran que el abuso y la elusión fiscal son sinónimos, como cita SANZ GÓMEZ³³⁶ con base en las opiniones de ZALASIŃSKI y CORDEWENER, aunque SANZ GÓMEZ discrepa de tal consideración argumentando que por ejemplo en el ámbito europeo (v. gr. Directiva anti-elusión 2016), la elusión tiene un sentido más restrictivo, de manera que se alude al principio anti-abuso y paralelamente a la lucha contra la elusión, por lo que carece de sentido el identificarlos, so pena de una reiteración sin sentido.

Llegados a este punto, cuando pudiera pensarse que teníamos unos perfiles delimitados de las distintas figuras de referencia, basta bajar a la arena normativa y de su aplicación para volver a la oscuridad y confusión que desde el principio anunciábamos. Con ello queremos referir:

a) primeramente, que hay autores que identifican la elusión fiscal con la disposición contenida en el artº 15 de la LGT³³⁷, cuando si conceptualmente se concluye que la elusión es lícita y legítima, correspondiendo a la conocida economía de opción, ninguna previsión legal al respecto debiera existir. O, dicho de otro modo, se continúan confundiendo las figuras del fraude tributario y de la elusión fiscal o, cuando menos, no se aprecia un especial rigor a la hora de utilizar la terminología, porque se pueden emparejar el artº15 LGT y la elusión fiscal siempre que ésta última sea acompañada del epíteto de ilícita;

³³⁵ Sentencia TJCE de 9 marzo 1999, Caso Centros Ltd contra og Selskabsstyrelsen, C-212/97:

“De la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia se deriva, sin lugar a dudas, que un Estado miembro está facultado para adoptar medidas destinadas a impedir que, aprovechando las posibilidades creadas por el Tratado (LCEur 1986\8), algunos de sus nacionales intenten evitar abusivamente la aplicación de su legislación nacional y que los justiciables puedan invocar el Derecho comunitario de forma abusiva o fraudulenta (véanse, en especial, en el ámbito de la libre prestación de servicios, las Sentencias de 3 diciembre de 1974, Van Binsbergen, 33/74, Rec. pg. 1299, apartado 13; de 3 febrero de 1993 [TJCE 1993\14], Veronica Omroep Organisatie, C-148/91, Rec. pg. I-487, apartado 12, y de 5 octubre de 1994 [TJCE 1994\180], TV10, C-23/93, Rec. pg.I-4795, apartado 21; en materia de libertad de establecimiento, Sentencias de 7 febrero de 1979, Knoors, 115/78, Rec. pg. 399, apartado 25, y de 3 octubre de 1990 [TJCE 1991\60], Bouchoucha, C-61/89, Rec. pg. I-1991, 60], Bouchoucha, C-61/89, Rec. pg. I-3551, apartado 14; en materia de libre circulación de mercancías, la Sentencia de 10 enero de 1985, Leclerc y otros, 299/83, Rec. pg. 1, apartado 27; en materia de Seguridad Social, la Sentencia de 2 mayo de 1996 [TJCE 1996\81], Paletta, C-206/94, Rec. pg. I-2357, apartado 24; en materia de libre circulación de trabajadores, la Sentencia de 21 junio de 1988 [TJCE 1988\170], Lair, 39/86, Rec. pg. 3161, apartado 43; en materia de Política Agrícola Común, la Sentencia de 3 marzo de 1993 [TJCE 1993\25], General Milk Products, C-8/92, Rec. pg. I-779, apartado 21; en materia de Derecho de sociedades, Sentencia de 12 mayo de 1998 [TJCE 1998\96], Kefalas y otros, C-367/96, Rec. pg. I-1998, 96], Kefalas y otros, C-367/96, Rec. pg. I-2843, apartado 20)”.

³³⁶ SANZ GÓMEZ, R. (2017).

³³⁷ Véase a ZORNOZA PÉREZ, J.J. (2018).

b) en segundo lugar, que es criterio de nuestro TS el asemejar el concepto de fraude o evasión fiscal más al concepto de abuso de Derecho del artº 7.2 CC que al de fraude del artº 6.4 CC³³⁸;

c) en tercer lugar, que la Directiva (UE) 2016/1164 sobre prevención de la elusión del fraude fiscal, al utilizar el término elusión fiscal en su vertiente negativa o de ilicitud sin realizar matización alguna, evidencia que existe una amplia aceptación de la elusión fiscal, si no igual, sí muy próxima a la evasión fiscal. Distinto sucede con relación a la planificación fiscal, apareciendo perfectamente delimitado en el párrafo 3 de los considerandos introductorios.

II.3.6.2.C) Principales mecanismos utilizados.

Ya advierten FALCÓN Y TELLA y GUERRA PULIDO³³⁹ que las técnicas o esquemas utilizables son prácticamente infinitos, por lo que en este apartado nos vamos a limitar a recoger los que citan algunos de los autores más representativos al efecto, para así dejar dimensionada la importancia y cotidianeidad de la materia que estamos evaluando. La OCDE en el Informe 2013 sobre la “*Lucha contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios*” destaca la creación de una base de datos donde se han catalogado más de 400 sistemas de planificación fiscal agresiva. Los autores acabados de citar enumeran como instrumentos comunes más utilizados los siguientes:

a) los regímenes fiscales preferenciales y los paraísos fiscales. Realmente se trata de manifestaciones que, de acuerdo con lo que tenemos expuesto, se tratan de mecanismos de competencia fiscal agresiva, ya que son los Estados quienes a través de la regulación de su normativa tributaria instauran las condiciones fiscales conocidas como regímenes preferenciales o paraísos fiscales. Ahora bien, en tanto que son los contribuyentes quienes adoptan las estrategias para quedar sujetos fiscalmente en las jurisdicciones así clasificadas, también pueden incluirse entre las técnicas de planificación. O, dicho de otro modo, en la tipología de planificación fiscal puede distinguirse entre planificación de los Estados y planificación de los particulares, en el entendido de que las planificaciones de los Estados constituirán mecanismos de competencia fiscal. Los autores se detienen en los siguientes grupos:

- ✓ Andorra, Mónaco y Suiza;
- ✓ Irlanda, Chipre y Delaware;
- ✓ Canary Warf y City Londinense;
- ✓ BV Holandesas, holdings danesas y las ETVE españolas;
- ✓ las SICAVS.

b) los precios de transferencia;

³³⁸ STS de 23 febrero 2016, recurso de casación núm. 887/2014 (RJ 2016\2359), ó 12 noviembre de 2012, recurso de casación núm. 4299/10.

³³⁹ FALCÓN Y TELLA, R. y GUERRA PULIDO, E. (2010).

- c) la subcapitalización;
- d) las sociedades no residentes, donde se sitúan las sociedades controladas y el régimen CFC;
- e) los *Treaty shopping*;
- f) el *rule-shopping*;
- g) los centros *off-shores*.

Haciendo un esfuerzo de sistematización podemos agrupar las estrategias en dos grandes grupos: las basadas en instrumentos financieros y las diseñadas mediante estructuras societarias. Entre las primeras cobran especial relevancia dos: las políticas de precios de transferencia que sigan las MNEs y la subcapitalización o nivel de endeudamiento con socios o personas relacionadas. Entre las segundas, que pueden presentar multiplicidad de variantes, se suelen citar las empresas controladas, los *treaty shopping*, los holdings, los trusts y *off-shores*, y los royalties por intangibles.

ROSEMBUJ³⁴⁰ estima cuatro vías principales por los que transita la elusión y la evasión fiscal: los precios de transferencia, los *earnings stripping*, el arbitraje legal internacional y el endeudamiento.

NOCETE CORREA³⁴¹ siguiendo la estela del Informe 2013 OCDE puntualiza que la OCDE, más que ofrecer una definición precisa de lo que constituye planificación agresiva o de dar sus rasgos identificadores, ha preferido exponer una serie de mecanismos y esquemas que en caso de concurrir hacen presumir que la planificación es agresiva, lo que pudiera plantear problemas de legalidad desde el punto de vista del Derecho europeo. Los mecanismos de especial relevancia son:

- El traslado de beneficios de sociedades residentes mediante la creación de Sociedades Extranjeras Controladas (SEC) en Estados con menor tributación;
- *Treaty shopping*.
- La ubicación en Estados miembros de la U.E. de filiales pertenecientes a grupos de terceros Estados³⁴².
- La subcapitalización.
- El traslado de la residencia entre Estados³⁴³.
- Sociedades holding, financieras, puente o gestoras de activos.

GÓMEZ COTERO sostiene que en el ámbito de la planificación fiscal internacional se presentan las dinámicas de elusión fiscal y las de evasión fiscal, siendo las modalidades más frecuentes de evasión fiscal internacional: la utilización de facturas falsas, las operaciones con paraísos fiscales, utilización de personas jurídicas creadas para evadir, testaferros insolventes y el diseño de grupos económicos complejos que son estructurados para facilitar el incumplimiento fiscal.

³⁴⁰ ROSEMBUJ, T. (2014).

³⁴¹ NOCETE CORREA, F. J. (2016).

³⁴² Se trata de obtener estructuras encaminadas a obtener beneficios de las libertades europeas en que se asienta la U.E. o del régimen establecido en las Directivas.

³⁴³ Cuando se persiga una doble no tributación.

RODRÍGUEZ SANTOS³⁴⁴ diferencia en su categorización entre factores o instrumentos sobre los que actúa la planificación agresiva y el objeto sobre el que recae la planificación. Atendiendo a los factores enumera los siguientes:

- a) la elección de jurisdicción mediante la utilización de los puntos de conexión;
- b) la elección de forma de financiación tomando en consideración el tratamiento tributario que reciben los intereses y los dividendos, los límites de subcapitalización, el régimen de la repatriación de fondos y los controles de cambios;
- c) la forma jurídica, pudiéndose optar entre sociedades y dentro de estas múltiples especialidades, filiales, sucursales, oficina de información, agencia, etc.

Desde el punto de vista del objeto sobre el que se centra la planificación aprecia como distinguibles los siguientes mecanismos:

a) los dividendos, para lo que se utiliza un holding de sociedades caracterizado por la interposición de una sociedad intermedia entre la matriz y la filial buscada en Estado que goce de una amplia red de convenios de doble imposición. Los dividendos pagados por la filial a la *holding* disfrutarán los beneficios del convenio y tributarán en la jurisdicción más favorable;

b) operaciones financieras, para lo que se suele crear una filial en una jurisdicción que tenga una tributación débil para las entidades que se dediquen a la prestación de servicios financieros, dotando a la filial de fondos (vía capital o préstamos), interponiéndose una instrumental entre la matriz y la filial. Como ventajas que dicha estructura puede presentar se encuentran:

- ✓ el diferimiento de la tributación de los intereses recibidos en la matriz por el capital aportado a las filiales, ya que los fondos facilitados por la matriz a la instrumental pueden ser en concepto de capital o de préstamo, de manera que, si lo son capital, los intereses pagados por la filial a la instrumental no tendrán la consideración de ingresos en la matriz hasta que la instrumental distribuya dividendos;
- ✓ se consolida la situación del grupo, pudiéndose jugar con la compensación de beneficios y pérdidas;
- ✓ se evitan las reglas de la subcapitalización ya que en la filial no participa la matriz, ni la matriz aparece como la prestamista;

c) cánones;

d) plusvalías.

CARPIÓ RIVERA nos explica que las opciones pueden centrarse en cinco ámbitos diferentes:

³⁴⁴ RODRÍGUEZ SANTOS, J. (2007).

- a) la ubicación de la actividad productiva, cuya elección no suele estar motivada por razones fiscales principalmente, sino por otras de distinta índole (estabilidad política, seguridad jurídica, régimen laboral, etc.);
- b) la utilización de centros financieros de servicios mediante los que se desplazan los beneficios a través de generación de gastos y colocación de ingresos en la jurisdicción que interese;
- c) el empleo de intangibles como cauce para situar las bases imponibles donde se considere idóneo;
- d) el uso de estructuras corporativas y sociedades holdings;
- e) el diseño de políticas de precios de transferencia.

GARCÍA-MONCÓ MARTÍNEZ y FUSTER GÓMEZ³⁴⁵ exponen que la fenomenología de la planificación fiscal internacional presenta como modalidades más conocidas las siguientes:

- a) la utilización de territorios de baja tributación o paraísos fiscales;
- b) la planificación fiscal agresiva;
- c) el treaty shopping y la utilización abusiva de los convenios de doble imposición;
- d) la doble no imposición como una especialidad de planificación fiscal indebida. También se habla por algunos autores de las rentas o beneficios vagabundos.

MENDOZA LÓPEZ³⁴⁶ expone las siguientes vías por las que suelen introducirse las prácticas habituales de planeamiento fiscal agresivo:

- a) El aprovechamiento de asimetrías entre legislaciones fiscales nacionales, procediendo las MNEs a desplazar las bases imponibles hacia las jurisdicciones fiscales de baja tributación y, por el contrario, los gastos a países de tipos impositivos elevados, presentando distintas variantes:
 - i. la utilización de filiales extranjeras situadas en jurisdicciones que den trato preferencial a sus ingresos o que incluso liberen a las entidades extranjeras;
 - ii. la utilización de pagos transfronterizos mediante instrumento financiero o mediante entidad extranjera, ya sea aprovechando la posibilidad de deducción como gasto del pago de intereses, ya sea mediante la reducción de la retención del impuesto en la fuente, o incluso acogiéndose a la posibilidad de la consideración del pago de dividendos en la jurisdicción de la entidad pagadora como deducibles o exentos. En este apartado cobran especial

³⁴⁵ GARCÍA MONCÓ MARTÍNEZ, A. y FUSTER GÓMEZ, M. (2016).

³⁴⁶ MENDOZA LÓPEZ, D. T. (2018).

importancia los mecanismos de efecto híbrido generadores de no imposición y doble o múltiples deducciones.

b) El abuso de convenio fiscal bilateral, donde a su vez pueden distinguirse diversos mecanismos operativos:

- i. la utilización de sociedades instrumentales de tenencia de valores que no realizan actividades sustanciales situadas en jurisdicciones que gozan de una red de convenios beneficiosas y de los que pretenden favorecerse;
- ii. la elusión de la consideración de establecimiento permanente con la finalidad de que no se le atribuyan obligaciones fiscales o, si se tiene tal consideración, mediante la disminución de los beneficios atribuibles al mismo.

c) La utilización de operaciones entre empresas relacionadas mediante procedimientos variados:

- i. situar los bienes tangibles e intangibles de alto valor en jurisdicciones de baja tributación para que los beneficios obtenidos cuando se vendan sufran escasa presión fiscal;
- ii. creación de instrumentos financieros en los que la asociada que tenga que pagar sea la que se sitúa en país de alta tributación;
- iii. la utilización de los acuerdos de contribución de costos en I+D.

d) La reestructuración del grupo de empresas multinacionales y nuevos modelos de negocios globales pudiendo lucir múltiples formas como:

- i. la reestructuración para concentrar artificialmente beneficios en la entidad situada en la jurisdicción fiscal más ventajosa, sin que ello tenga justificación con arreglo a la distribución de funciones y riesgos;
- ii. las estructuras de comercio electrónico en dos niveles con traslado de activos intangibles, de manera que se ceden los derechos de tecnología desarrollada por la matriz a una filial extranjera en virtud de acuerdo de distribución o contribución de costes conforme al cual la empresa receptora de derechos paga un canon o regalía y comparte los gastos de coste futuro de mejoras. A su vez, la empresa receptora sublicencia a otra empresa distinta, y así sucesivamente se van colocando donde interesa las bases imponibles, generando la localización de ingresos y gastos a conveniencia;
- iii. la división de actividades de fabricación en combinación con transferencia de activos intangibles en virtud de un acuerdo de contribución de costos y que se caracteriza por una estructura en la que concurren:

- una sociedad matriz es la que realiza grandes inversiones en actividades de investigación, diseño y desarrollo de productos;
- una sociedad filial de primer nivel y que es propiedad al 100% de la matriz es a la que se asigna responsabilidad para fabricar y vender productos fuera del país de la sociedad matriz;
- unas sociedades filiales de segundo nivel, y al 100% propiedad de la sociedad filial del primer nivel, se les asigna: licencia para distribución y comercialización y responsabilidad de fabricar y vender los productos del grupo.

En dicho esquema las ventajas fiscales que se presentan serían las siguientes:

- los pagos realizados por las filiales de segundo nivel (ya sean dividendos o regalías) son consideradas rentas exentas en el país de la matriz (regla *check the box*);
 - la sociedad matriz tiene derecho a deducirse como gasto la inversión en I+D;
- iv. la adquisición por endeudamiento con transmisión de deuda a filiales y establecimiento de sociedades holding intermediarias. El esquema sería el siguiente:
- una sociedad matriz constituye una *holding* que obtiene liquidez por medio de dos vías: préstamo bancario y reservas del grupo;
 - la sociedad holding adquiere una sociedad real extranjera.

Las ventajas fiscales que presentan son las siguientes:

- los gastos financieros son deducibles por la sociedad adquirida;
- los intereses del préstamo intragrupo se los puede deducir alguna empresa del grupo en aplicación del régimen de cuentas consolidadas;
- la sociedad matriz se puede deducir los pagos al banco;
- los pagos de dividendos son deducibles en la empresa matriz;
- si existe convenio entre los países en que se sitúan algunas de las empresas lo pueden aprovechar y evitar total o parcialmente retención en la fuente.

e) La economía digital en la cual las operaciones que se realizan no tienen conexión con ningún Estado, ya sea el de la fuente o el de la residencia, al desconocerse dónde se genera la renta o dónde se produce el valor agregado, así como dónde se produce la transacción y la residencia de la parte compradora y vendedora.

II.3.6.3 Posicionamiento del T.J.U.E y de los organismos internacionales.

Un correcto análisis de la trascendencia para el Derecho Fiscal (y la influencia ejercida sobre el mismo) del fenómeno de la internacionalización de las relaciones comerciales y económicas, que se ha dado en llamar globalización económica y ha traído el surgimiento del fenómeno de la competencia fiscal interestatal y la planificación fiscal, no podría concluir sin referirnos al posicionamiento adoptado por el T.J.U.E. y de los organismos internacionales ante los mismos. Nuestra pertenencia a la U.E supone el que tanto los órganos que conforman la misma como las resoluciones del T.J.U.E. ejercen una indudable influencia y trascendencia en los distintos ordenamientos de los países miembros. Así mismo, organismos internacionales como la OCDE, con facultades cuasinormativas y un amplísimo espectro de Estados integrados en sus filas, han adquirido un protagonismo sustancial que necesariamente requieren nuestra atención. Sin embargo, por razones de sistematicidad y en aras a la economía expositiva, vamos a tratarlo en el último capítulo del presente trabajo, como contextualización del panorama fiscal actual en el que se encuentra enmarcado el principio de *arm's length*. Por consiguiente, nos remitimos a cuanto allí se expondrá.

II.4 Fundamentos del *arm's length*.

II.4.1. Introducción.

La fundamentación del *arm's length* no constituye una materia de la que se ocupe habitualmente la literatura especializada, y cuando lo ha hecho se le han dedicado menos líneas de las deseadas. Por otra parte, debemos advertir que los autores no siempre parecen referirse a la misma cosa a la hora de abordar los fundamentos. La prueba evidente viene dada por aquellos estudios en que al tratar los fundamentos se centran en los distintos métodos de valoración utilizables en la determinación del precio acorde con el *arm's length*. Sin embargo, aquí nos referimos a fundamentos en una utilización del término diferente y que se ajusta a las bases y pilares sobre los que descansa su justificación, cuestión que es distinta a la aplicabilidad y mecanismos de operatividad del *arm's length*. En este sentido WILKIE³⁴⁷ acierta de pleno cuando escribe que no puede confundirse el principio de *arm's length* con las herramientas, aunque no siempre es fácil diferenciar. El principio de *arm's length* se ocupa de la relación entre los beneficios de una empresa y la porción que corresponde de los mismos al contribuyente (parte de la empresa) que ha participado en tales beneficios a modo de devolución por dicha contribución. Las herramientas son identificadas, por el citado autor, con los precios de transferencia, los cuales tienen un papel mucho más restringido y un ámbito más mecánico que el principio, por cuanto su objetivo viene

³⁴⁷ WILKIE, J.S. (2012).

constituido por la determinación de si una transacción específica produce un retorno lo suficientemente cercano, sino igual, al que se produciría entre terceros independientes, mediante un análisis metodológico. Ahora bien, aunque los precios de transferencia surgieron como herramientas para guiar en la aplicación del principio de *arm's length*, a la postre éste ha resultado superado por aquéllos.

Por tanto, a la hora de abordar la fundamentación constataremos a lo largo de esta exposición que se entremezclan cuestiones variadas, situación doctrinal que no contribuye a la delimitación nítida, o cuando menos no tanto como se esperaría, del perfil de la fundamentación.

II.4.2. Teorías económicas. Distintos enfoques económicos a la hora de abordar la cuestión.

En buena medida los fundamentos que se determinen vienen condicionados por el enfoque que se adopte en el estudio, de ahí la importancia de repasar los principales enfoques que han ido apareciendo sobre el tema.

Existe una considerable literatura que estudia la problemática de las transacciones internas empresariales desde una perspectiva económica. La determinación de cuál deba ser el precio aceptado representa un problema importante en la organización de empresas integradas, incluso en un ámbito doméstico (SABRI ABDEL-HAMID³⁴⁸). ECCLES³⁴⁹ considera que el problema presenta dos vertientes: la decisión sobre la fuente y la decisión de la cuantificación. En cuanto a la primera, el gerente de una división empresarial tiene que comparar las ventajas de las fuentes internas y externas para decidir cuál es mejor para su división y para la empresa en general. Superado ese trance, el gerente deberá enfrentarse con la segunda cuestión: determinar qué precio se aplica a la transacción. Estas dos vertientes implican que la determinación de los precios de las transacciones internas de una empresa conlleva dos perspectivas de interés³⁵⁰:

- la de quienes se ocupan de estudiar su implicación tanto en los comportamientos de los directivos o gestores de una división de una empresa (puesto que se ven directamente afectados por el desarrollo y resultados de su división) como en la evaluación del desarrollo y consecución de resultados de las divisiones de una empresa y de ésta en su totalidad;
- la de quienes estudian las responsabilidades fiscales de la división y de la empresa.

Advirtamos desde este primer momento que las preocupaciones de quienes han procedido a acometer sus estudios desde el punto de vista netamente económico difieren de las de quienes abordan la materia desde el punto de vista fiscal. Aquellos toman como eje de estudio las transacciones entre distintas divisiones de una misma empresa

³⁴⁸ EL-SEGINI, S. A. (1992).

³⁴⁹ ECCLES, Jr. R. G. (1983).

³⁵⁰ En esta línea autores como HIEMANN, M. & REICHELSTEIN, S. (2012).

(aquí denominadas transacciones empresariales internas³⁵¹), ocupándose de las cuestiones arrastradas por la diversificación, la asignación de costes y la administración de la empresa. Los segundos están más atentos al problema de la movilización de las ganancias desde jurisdicciones con alta carga impositiva a otras más favorables. Ahora bien, más que un encasillamiento atemporal de autores bajo una categoría u otra, lo que ha existido es una evolución del pensamiento doctrinal. Así NOVIKOVAS³⁵² distingue:

- un primer periodo, que abarca desde 1950 a 1970, en el que el análisis fundamentalmente se centró en aspectos de administración y dirección de la empresa. En este periodo se incluirían los estudios de HIRSCHLEIFER, ARGYRIS, HEFLEBOWER o GOULD;
- un segundo periodo, que abarca desde 1970 a 1990, en el que el foco de atención se situó en el impacto de la manipulación de los precios de las transferencias internas en los desplazamientos de las rentas y las soluciones a las diferencias fiscales de distintas jurisdicciones. Aquí se incardinarían las investigaciones de HORST, MUSGRAVE, HALPERIN, SRINIDHI, CAPITHORNE o SAMUELSON, entre otros;
- un tercer periodo, que abarca desde 1990 en adelante, en el que los autores se han venido preocupando de los precios de las transferencias internas en tres ámbitos: su funcionamiento en los mercados monopolísticos y oligopolísticos, el impacto de los mismos en los índices de precios de las importaciones y exportaciones, y el enfrentamiento entre el principio de *arm's length* con el método de distribución formulario. En este periodo se incluyen, entre otros principales, los estudios de WELLISCH, DEVEREUX, SIRENSEN, MINTZ & WELLNER, GOOLSBEE & MAYDEW.

II.4.2.1 La naturaleza multidisciplinar de los sistemas de precios de las transacciones empresariales internas en un contexto de globalización internacional.

El primer rasgo de referencia a tomar en consideración para lograr entender el porqué aquí dedicamos una parte —relativamente notable— de nuestro estudio a las teorías económicas, invita a reparar en que nos encontramos ante una materia multidisciplinar. No se trata, ni mucho menos, de un ámbito de estudio reservado al Derecho fiscal. Antes bien, sus imbricaciones de carácter económico y contable son de tal importancia y trascendencia que, el ceñirse en exclusividad a algunas de sus facetas, imposibilitaría (o desde luego dificultaría) su conocimiento. Aunque no cesan ahí sus concomitancias con otras disciplinas. Efectivamente, como apunta SMITH³⁵³, el tema de los precios de las transacciones internas en las multinacionales es complejo, porque encierra intereses

³⁵¹ Nótese que no debemos confundir transacciones empresariales domésticas (dentro de un país), también a veces denominadas internas desde el punto de vista geográfico, y transacciones empresariales internas (entre las distintas secciones o entidades que componen una empresa multinacional operativa en distintas jurisdicciones fiscales). En este trabajo adoptamos el uso de la terminología en la última acepción acabada de apuntar.

³⁵² NOVIKOVAS, M. (2011).

³⁵³ SMITH, M. (2002).

variados de diferente índole: la evaluación de resultados, intereses políticos, monetarios, fiscales y arancelarios. UYAR³⁵⁴, siguiendo a CRAVENS, afirma que en la aplicación de los precios de transferencia se encuentran intereses de motivación y competencia y, a su vez, acarrear problemas fiscales en cuanto que afectan a los resultados que puedan obtener las empresas.

En un esfuerzo por sistematizar las distintas posturas de los autores, debemos reconocer que la doctrina económica polemiza a la hora de determinar qué cuestión es la central, si la evaluación de resultados o la fiscal. Hay autores como TANG³⁵⁵; CZECHOWICZ, CHOI & BAVISHI³⁵⁶; YUNKER³⁵⁷ y BORKOWSKI³⁵⁸ que reflexionan sobre cómo, pese al auge que ha cobrado en los últimos tiempos la preocupación por el uso con finalidades fiscales de las políticas empresariales de precios de las transacciones internas, hay que mantener la importancia que tienen en relación con la evaluación de los resultados. Entre quienes dan prioridad a la cuestión fiscal de una forma más rotunda podemos citar a BUDD & TYRRAL³⁵⁹, quienes apuntan que el objetivo principal es evitar que las MNEs utilicen los precios de transacciones internas para desplazar sus ingresos hacia jurisdicciones favorables, incurriendo en reducción e incluso evasión de impuestos. También HINES³⁶⁰ refiere que el interés por los precios de las transacciones internas está en la percepción de que las grandes empresas evitan el pago de impuestos mediante la manipulación de los mismos, desplazando los beneficios a jurisdicciones fiscales favorables. Incluso alude a la existencia de claras evidencias, aunque indirectas, de tal realidad, avalando su apreciación con la opinión de importantes autores³⁶¹. Comparten esta misma visión ADAMS & DRTINA³⁶² entendiendo que el interés se focaliza en el uso que hacen las multinacionales para desplazar beneficios y bases imponibles entre sus divisiones. Incluso hay estudios empíricos que vienen a demostrar que efectivamente la finalidad fundamental de las políticas y estrategias de los precios de las transacciones internas es la evasión fiscal (LALL³⁶³; VAITSOS³⁶⁴; LECRAW³⁶⁵; BERNARD & WEINER³⁶⁶; DWORIN³⁶⁷; GRUBERT & MUTTI³⁶⁸; BARTELSMAN & BEETSMA³⁶⁹; GRESIK³⁷⁰, GRAMLICH & WHEELER³⁷¹, DEVEREAUX³⁷²,

³⁵⁴ UYAR, M. (2014).

³⁵⁵ TANG, R.Y.W. (1979). También se puede leer en TANG, R.Y.W; WALTER, C.K. & RAIMOND R. H. (1979): *“In a multinational context, the problems take on new and more complex dimensions as a result of variations in tax rates, customs duties, government legislations, business practices, and the like”*.

³⁵⁶ CZECHOWICZ, I.; CHOI, D. & BAVISHI, V. (1982).

³⁵⁷ YUNKER, P. J. (1983).

³⁵⁸ BORKOWSKI, S. C. (1992).

³⁵⁹ BUDD, L. & TYRRAL, D. (2003).

³⁶⁰ HINES, Jr. J. R. (1990).

³⁶¹ JENKINS, G.P. & WRIGHT, B.D. (1975); KOPITS, G.F. (1976); BERNARD, J-T. & WEINER R. J. (1989); GRUBERT, H. & MUTTI, J. (1991). A la lista de autores se pueden añadir GORDON, R. & HINES, J.R Jr. (2002) ó BEUSELINCK, C. & DELOOF, M. (2014).

³⁶² ADAMS, L. & DRTINA, R. (2010).

³⁶³ LALL, S. (1973).

³⁶⁴ VAITSOS, C.V. (1974).

³⁶⁵ LECRAW, D.J. (1985).

³⁶⁶ BERNARD, J.T. & WEINER, R.J. (1989).

³⁶⁷ DWORIN, L. (1990).

³⁶⁸ GRUBERT H. & MUTTI, J. (1991).

³⁶⁹ BARTELSMAN, E. & BEETSMA, R. (2000).

HUIZINGA & LAEVEN³⁷³, MAFFINI & MOKKAS³⁷⁴). En el mismo sentido, más recientemente, podemos aludir a estudios de autores tan relevantes como BORKOWSKI³⁷⁵; MEHAFDI³⁷⁶, o WARNER³⁷⁷, para quienes las autoridades gubernamentales continúan preocupándose por la utilización de los mecanismos de los precios de las transacciones internas para desplazar las rentas a jurisdicciones fiscales más favorables. No faltan voces discrepantes como la de PAGAN³⁷⁸ que califica el anterior posicionamiento como obsoleto e incorrecto. KLASSEN³⁷⁹ rapara en que lo que ningún autor ha llegado a determinar es el grado en que una multinacional usa los precios de transferencia para reducir el pago de impuestos. Mas no puede obviarse que el parecer mayoritario es aquel que admite que los precios de las transacciones internas juegan un doble papel: por una parte, en la contabilidad de gestión de las empresas; por otra, en la fiscalidad de la empresa (HIEMANN & REICHELSTEIN³⁸⁰). Así, en una encuesta realizada por Ernst&Young en 2003, el 73% de las empresas evaluadas citaban como prioridad más importante perseguida en sus políticas de precios de transferencia la maximización de los resultados operativos, mientras el 68% aludía al aspecto de la optimización fiscal. KLASSEN realizó una encuesta entre 219 gerentes y resultó que más empresas daban mayor trascendencia a evitar disputas con las autoridades fiscales (el 49%) que a pagar menos impuestos (41%). En esa dirección LI & FERREIRA³⁸¹ destacan que los precios de transferencia son importantes para las multinacionales con el fin de poder evaluar los flujos intraempresariales, pero también lo son para las autoridades fiscales en la medida que de la valoración de estos flujos intraempresariales dependerá la distribución de ingresos fiscales entre países. No faltan autores que adoptan posturas menos radicales que, aunque no confieren un papel fundamental a la problemática fiscal, consideran que la misma está cuando menos presente, o al menos no se rechaza como un foco primario de atención (CRAVENS & SHEARON³⁸²; TYRRALL & ATKINSON³⁸³). ZARDOYA ALEGRÍA y COSENZA³⁸⁴ matizan la controversia apreciando que el interés por los precios de transferencia ha evolucionado. En un primer momento, los precios de transferencia estaban relacionados con el coste de los productos o servicios transferidos desde una división productora a otra dentro de una misma organización Posteriormente, a consecuencia de la competitividad internacional y la globalización, se convirtieron en una variable que engloba:

³⁷⁰ GRESIK, T. (2001).

³⁷¹ GRAMLICH J. & WHEELER J. (2003)

³⁷² DEVEREAUX, M. (2006).

³⁷³ HUIZINGA, H. & LAEVEN, L. (2008).

³⁷⁴ MAFFINI, G. & MOKKAS, S. (2011).

³⁷⁵ BORKOWSKI, S. C. (1997 a).

³⁷⁶ MEHAFDI, M. (2000).

³⁷⁷ WARNER, J. (2004).

³⁷⁸ PAGAN, J. (1993).

³⁷⁹ KLASSEN, K. J.; LISOWSKY, P. & MESCALL, D. (2016).

³⁸⁰ HIEMANN, M. & REICHELSTEIN, S. (2012).

³⁸¹ LI, D. & FERREIRA, M. P. (2010).

³⁸² CRAVENS, K.S. & SHEARON, W. (1996).

³⁸³ TYRRALL, D. & ATKINSON, M. (1999).

³⁸⁴ ZARDOYA ALEGRÍA A.I. y COSENZA J.P. (2004).

- la planificación estratégica de las organizaciones, mejorando la rentabilidad al aprovecharse de los entornos facilitados por las multinacionales;
- la fiscalidad internacional; y
- el mundo de los negocios internacionales

Llegados a este punto, compete plantearnos el porqué los precios de las transacciones empresariales internas son importantes para la gestión empresarial y la evaluación de los resultados empresariales. Ello supone adentrarnos en el concepto de la descentralización como forma de organización que implica la segmentación en especialidades³⁸⁵ y que implica la delegación de la capacidad de decisión en unidades inferiores³⁸⁶.

WATSON & BAUMLER³⁸⁷ nos ilustran con las numerosas razones que la literatura económica ha venido apuntando como causa de la opción por la descentralización. Así, destacan como DEAN³⁸⁸ arguye que las empresas multiproductos integradas funcionan mejor en un pequeño sistema competitivo libre; para DOPUCH & DRAKE³⁸⁹ la descentralización coloca a los gerentes de divisiones en una mejor posición para procesar la información en relación a la distribución de recursos; RONEN & MCKINNEY³⁹⁰ afirman que la descentralización facilita una mayor información a los gerentes por la proximidad al mercado y por una mayor coordinación de los factores de producción y por último, citando a GODFREY³⁹¹, estiman que la causa de la descentralización se encuentra en el tamaño y diversidad de las grandes empresas, así como en la incentivación de la moral de los gestores (vía la autonomía en la adopción de decisiones)³⁹². WATSON & BAUMLER concluyen que la descentralización es una respuesta a la incertidumbre reinante en las organizaciones complejas, siendo las principales fuentes de incertidumbre la tecnología y los factores ambientales. Como consecuencia de la segmentación o descentralización se producen a su vez dos fenómenos: a) el fenómeno de la diferenciación, caracterizado por el hecho de que los distintos miembros ejecutivos de una organización realizan una interpretación diferenciada de los distintos problemas que se plantean, y b) el fenómeno de la integración como proceso por el que se asegura que los esfuerzos de las distintas unidades de una empresa, perfectamente diferenciadas, tratan colectivamente de conseguir los objetivos generales de la empresa como una unidad.

Nos encontramos, por tanto, con dos tendencias nítidamente distinguibles. Una hacia la adopción de estrategias y estructuras centralizadas; otra hacia estrategias y estructuras

³⁸⁵ WATSON D.J.H. & BAUMLER J.V. (1975).

³⁸⁶ FERRUZ AGUDO, L., MARCO SANJUAN, I. y VICENTE RENÉ, R. (2010).

³⁸⁷ WATSON D.J.H. & BAUMLER J.V. (1975).

³⁸⁸ DEAN, J. (1955).

³⁸⁹ DOPUCH, N & DRAKE, D. F. (1964).

³⁹⁰ RONEN, J. & MCKINNEY, G. (1970).

³⁹¹ GODFREY J.T. (1971).

³⁹² FERRUZ AGUDO, L.; MARCO SANJUAN, I. y VICENTE RENÉ, R. (2010) sostienen que la descentralización es una consecuencia de la globalización en un entorno competitivo y de la dificultad de que un único director adopte las decisiones ante la expansión que sufren las empresas. Hay dos causas fundamentales que llevan a la descentralización: el crecimiento de la empresa y el tratar de conseguir una gestión más eficiente.

descentralizadas³⁹³. Las empresas no suelen adoptar un modelo puro que se decante por una u otra tendencia, puesto que cada una tiene sus ventajas e inconvenientes. Entre las ventajas de la descentralización se señalan³⁹⁴:

- aumenta la capacidad de respuesta ante las necesidades locales;
- rapidez en la adopción de decisiones;
- aumenta la motivación;
- ayuda al aprendizaje y desarrollo de los directores;
- agudiza el sentido de decisión de los directores Por el contrario se indican las siguientes debilidades:
 - ✓ ocasiona la toma de decisiones disfuncionales;
 - ✓ aumentan los costes correspondientes a la recopilación de información de las distintas divisiones;
 - ✓ riesgo de duplicación de actividades por parte de distintas divisiones;
 - ✓ los gerentes prestan atención preponderante a sus divisiones, en lugar de a la empresa en general.

El siguiente paso en nuestro razonamiento será el ocuparnos de la relación que guardan los precios de las transacciones internas con los fenómenos de la descentralización y de la integración. Para ello habremos de partir de que el éxito de una empresa dependerá de la consecución de un balance equilibrado entre diferenciación e integración³⁹⁵, aunque debemos advertir que precisamente en esa dualidad se encuentra implícito el dilema de que a mayor diferenciación se producirá una mayor dificultad en la integración. Pues bien, los precios de transferencia surgen como respuesta a la descentralización u organización multidivisional de la empresa, ya que los distintos segmentos o divisiones son interdependientes y los flujos de intercambios internos entre las mismas necesitan de una regulación, que es precisamente la que nos vienen a traer los precios de transferencia. ¿Y por qué precisan de esa regulación? Fundamentalmente por dos motivos³⁹⁶: a) los problemas de agencia que se traducen en los errores de las divisiones en la interpretación de cuáles son los objetivos e intereses generales de la empresa, así como los conflictos entre divisiones; y b) la información asimétrica e imperfecta, ya sea por falta de información para la división central o para el resto de divisiones, ya sea porque disponer de la información resulte muy costoso o dificultoso, de donde se infiere, en ambos supuestos, la necesidad de sistemas de evaluación de los resultados conseguidos por las distintas divisiones³⁹⁷. Se trata por tanto de una doble acción, ya que las políticas de los precios de transacciones internas permiten en las empresas descentralizadas la coordinación y el control mediante la planificación, e igualmente incentivan que los gerentes busquen la maximización de los beneficios de sus divisiones siempre que ello repercuta en los beneficios de la empresa en su totalidad mediante el respeto de los objetivos generales. Si las divisiones solo buscasen su propio beneficio se

³⁹³ HAGAMEISTER y LERTXUNDI (2007).

³⁹⁴ FERRUZ AGUDO, L.; MARCO SANJUAN, I. y VICENTE RENÉ, R. (2010).

³⁹⁵ En esta dirección se pronunciaban LAWRENCE, P. R. & LORSCH, J. W. (1967).

³⁹⁶ LI, D. y FERREIRA, M. P (2010).

³⁹⁷ ECCLES, Jr. R. G. (1985).

producirían desajustes, al no fluir la información de unas divisiones a otras, desapareciendo la consideración de los beneficios de la empresa en su totalidad, incrementándose artificialmente los costes y los precios de las transacciones internas³⁹⁸.

Además, como apunta un amplio sector doctrinal, la relación proviene de que mediante los precios de transferencia se consigue la motivación de los gerentes de las divisiones como responsables de los ingresos y gastos que tienen sus divisiones y las repercusiones que éstos tienen para los mismos³⁹⁹.

Mientras que la función de los precios en general es la distribución de recursos eficientemente en el mercado, la función de los precios de transferencia será la distribución eficiente de recursos dentro de la empresa. Y ello se consigue porque los precios de transferencia vienen a coordinar las acciones de las divisiones y a evaluar los resultados de las mismas⁴⁰⁰, de forma que con un buen sistema de precios de transferencia la optimización de los resultados de las divisiones deberá conducir a la optimización de los resultados de la empresa en general⁴⁰¹. Todas estas razones justificadoras del interés por los precios de las transacciones internas son ordenadas por MCAULAY & TOMKINS⁴⁰² en cuatro tipologías:

- a) necesidad funcional con la que se refieren, por una parte, a que como consecuencia de la “*divisionalización*” de las empresas surge la necesidad de medir la rentabilidad de cada división, por otra, a que se hacen precisos a consecuencia de los distintos regímenes fiscales en distintos países cuando las diferentes divisiones de una empresa se sitúan en los mismos y realizan transacciones entre ellas;
- b) razones económicas que obedecen a la necesidad de realización de una distribución eficiente de los recursos entre las divisiones, pues de lo contrario se produciría una “*suboptimización*”;
- c) razones organizacionales en cuanto el sistema de precios de transferencia debe permitir conseguir un equilibrio entre la diversificación divisional (la autonomía de las divisiones) y la integración de las distintas divisiones (integración y coordinación de las divisiones);
- d) razones estratégicas dado que en una estructura descentralizada se requiere una estrategia negocial, surgiendo una relación de reciprocidad entre precios de transferencia y estrategias.

En definitiva, se puede concluir que los precios de transferencia se han convertido en el sistema más importante de control de gestión en una empresa descentralizada, sustituyendo a los precios de mercado⁴⁰³ y convirtiéndose en uno de los temas cruciales

³⁹⁸ STONCIUVIENE, N. & UZKURAITĖ, S. (2015).

³⁹⁹ BRICKLEY, J.; SMITH JR., C. & ZIMMERMAN, J. (2000).

⁴⁰⁰ FERRUZ AGUDO, L.; MARCO SANJUAN, I. y VICENTE RENÉ, R. (2010).

⁴⁰¹ HORNGREN, C.T.; FOSTER, G. Y DATAR, S.M. (2007).

⁴⁰² MCAULAY, L. & TOMKINS, C. R. (1992).

⁴⁰³ SCHUSTER, P. & CLARKE, P. (2010).

en la contabilidad moderna, la gestión de costos y el aumento de empresas nacionales e internacionales⁴⁰⁴.

II.4.2.2 Objetivos perseguidos con las políticas empresariales en la determinación de los precios de las transacciones internas.

Los objetivos perseguidos con las políticas empresariales en la determinación de los precios de las transacciones internas son fundamentales para la definición de la estrategia de las empresas y, por tanto, para el proceso de creación de políticas y evaluación de resultados.

De una u otra forma, con precisiones más o menos matizadas, la doctrina se decanta por apreciar que los objetivos perseguidos son de doble índole. Así ROSSETTO⁴⁰⁵ organiza los objetivos en dos grupos:

- los de índole gerencial, en los que incluye a su vez tres diferentes, a saber: congruencia, equidad en el tratamiento dado a todas las unidades y minimización de conflictos de intereses entre las divisiones;
- los de índole comportamental que son aquellos orientados a la consecución de la motivación de las distintas partes implicadas.

MARTINI⁴⁰⁶, por su parte, diferencia entre objetivos financieros (se centran en la distribución de beneficios mediante la minimización de las cargas fiscales y el reparto de beneficios entre los socios minoritarios) y objetivos de gestión (se centran en la coordinación interna óptima, sin atender a la distribución de beneficios, por lo que operan antes de impuestos).

BERNARD, JENSEN & SCHOTT⁴⁰⁷ distinguen entre objetivos administrativos y financieros. Los primeros engloban el establecimiento de mecanismos ideales de incentivación, a la par que procuran la eliminación de los denominados problemas de doble marginalización⁴⁰⁸. Esa incentivación se consigue gracias a la motivación de los gerentes de división, cuya remuneración y recompensa vendrán normalmente vinculada a los resultados obtenidos por su división.⁴⁰⁹

ECCLES⁴¹⁰ llama la atención sobre que raramente se trata de mecanismos utilizados para la distribución de recursos, y sí para motivar a los gerentes a incrementar el valor de los activos en los niveles verticales. Ahora bien, de nada sirve la motivación si no va acompañada de una congruencia en los objetivos perseguidos. Esta congruencia se

⁴⁰⁴ UYAR, M. (2014).

⁴⁰⁵ ROSSETTO, V. (1999).

⁴⁰⁶ MARTINI, J.T. (2008).

⁴⁰⁷ BERNARD, A. B.; JENSEN, J. B. & SCHOTT, P. K. (2006).

⁴⁰⁸ Las divisiones aumentan innecesariamente el precio general del producto al añadir recargos individualmente al costo.

⁴⁰⁹ La importancia de la motivación viene siendo destacada por autores como DRURY, C. (2012). También HYDE, C. E. & CHOE, C. (2005).

⁴¹⁰ ECCLES Jr, R.G. (1985).

conseguirá mediante la coordinación de las estrategias, debiéndose distinguir tres niveles organizacionales de estrategias:

- nivel corporativo: atiende a las estrategias y objetivos de la empresa como unidad;
- nivel comercial: atiende a las estrategias individuales para alcanzar los objetivos generales de la empresa;
- y, nivel funcional, donde las estrategias son desarrolladas por las divisiones para alcanzar los objetivos de las mismas.

Los niveles habrán de estar alineados para conseguir congruencia y obtener ventajas competitivas en el mercado, permitiendo de esta manera alcanzar la eficiencia organizacional y optimizar los resultados. Para implementar exitosamente las estrategias los gestores deben compartir objetivos y, además, debe concurrir identidad en los mismos, de lo contrario quiebra la congruencia estratégica y se produce ineficiencia⁴¹¹. Si cada gerente buscara maximizar su propio beneficio (el de su división) se correría el gran riesgo de suboptimizar la contribución agregada a la totalidad de la empresa. Por ello se requiere una estructura organizacional que permita no desviarse de los objetivos de la empresa en su unidad. No obstante, esto no siempre es fácil, pudiendo surgir fricciones y errores en la percepción de la creación de valor entre las distintas divisiones⁴¹². Los objetivos financieros, los segundos enunciados por BERNARD, JENSEN & SCHOTT, se centran en la maximización de las ganancias, existiendo diferentes fórmulas para conseguirlos. Tales fórmulas pueden consistir en maximización de beneficios a través de la minimización de impuestos conseguida moviendo beneficios entre las distintas localizaciones de una empresa⁴¹³, o la limitación del impacto negativo del control de cambios y de la limitación de las restricciones transfronterizas al movimiento de capitales, o mediante la posibilidad que tienen las multinacionales de ofrecer precios muy atractivos al consumidor en el mercado abierto moviendo productos intermedios⁴¹⁴.

WOLFF⁴¹⁵ subraya como objetivo de los sistemas de precios de transferencia el aumentar la eficiencia de los procesos internos mediante la mejora de la coordinación y motivación de los departamentos de una empresa, ya que estos funcionan como unidades independientes coordinadamente descentralizadas.

SCHUSTER & CLARKE⁴¹⁶ distinguen entre objetivos fundamentales y objetivos secundarios. A su vez, entre los fundamentales diferencian de una parte la distribución interna de los beneficios y la cuantificación de los resultados de las divisiones y, de otra, la incentivación de las decisiones gerenciales para conseguir la maximización de los objetivos de beneficios (función de coordinación). Estos dos objetivos pueden entrar en

⁴¹¹ NILSSON, F. & RAPP, B. (2005). En el mismo sentido JANNESSON, E; NILSSON, F. & RAPP, B. (2014).

⁴¹² MERCHANT, K.A. & VAN DER STEDE, W.A. (2007).

⁴¹³ ATRILL, P. & McLANEY, E. (2009).

⁴¹⁴ LIN, C-W. & CHANG, H-C. (2010).

⁴¹⁵ WOLFF, M. (2007).

⁴¹⁶ SCHUSTER, P. & CLARKE, P. (2010).

conflicto, lo que se puede solucionar reduciendo la discreción de las divisiones a la hora de tomar decisiones, aunque tal reducción es contraproducente para los objetivos originales de la descentralización y reduce la valoración de las divisiones por sus beneficios ya que dejarían de ser de su exclusiva responsabilidad. Como objetivos secundarios mencionan el cumplimiento de los requisitos legales financieros y de las regulaciones fiscales.

Apartándose de la visión dual de los objetivos podemos referir a LUCEY⁴¹⁷, para quien los objetivos se centran en tres apartados distintos: (a) la congruencia en los objetivos que consiste en la coherencia entre los objetivos de las divisiones y los objetivos de la empresa ;(b) como indicadores en la evaluación de los resultados para conocer la contribución de la división a la consecución de los resultados de toda la empresa; y (c) no deben afectar a la autonomía de las divisiones de forma que se mantengan los beneficios de la descentralización. La consecución de los tres objetivos es muy difícil, pero ello no impide para que sean referencias que deben tener siempre presentes los gerentes. Con anterioridad, DRUMM⁴¹⁸ ya había mantenido que eran cuatro los objetivos a considerar: (a) la coordinación de las decisiones de asignación, (b) la determinación de los ingresos y beneficios de las divisiones, (c) la redistribución de los beneficios para determinar impuestos y d) la redistribución de los beneficios para conseguir ventajas sostenibles. Igualmente, UYAR⁴¹⁹, partiendo de que el denominador común es maximizar el valor de la corporación, considera que los objetivos son múltiples: maximización de beneficios, administración del flujo de efectivo, implementación de estrategias de marketing, coordinación de la producción y motivación de los empleados. Más originales se muestran TERZIOGLU & INGLIS⁴²⁰, quienes nos ilustran con más de veinte objetivos recopilados de las investigaciones de diversos autores, diferenciando entre las empresas domésticas e internacionales. Para ellos el nivel de importancia de los objetivos cambia según las circunstancias específicas.

STONCIUVIENE & UZKURAITĖ⁴²¹ aprecian que no solo son un sistema de distribución o asignación interna de los recursos, sino además una herramienta para coordinar acciones de los centros de responsabilidad permitiendo medir la eficiencia y la rentabilidad de cada uno. Estos autores, con apoyo en una extensa cita doctrinal, refieren como objetivos principales los siguientes:

- la adopción de las decisiones económicas más apropiadas en el plano de las inversiones, costes de producción e introducción de tecnología;
- el reparto justo entre las divisiones de los recursos empresariales, así como la evaluación más adecuada de los resultados y la maximización de los ingresos;
- la consecución de la motivación;

⁴¹⁷ LUCEY, T. (2003).

⁴¹⁸ DRUMM, H.J. (1983).

⁴¹⁹ UYAR, M. (2014).

⁴²⁰ TERZIOGLU, B. & INGLIS, R. (2011).

⁴²¹ STONCIUVIENE, N. & UZKURAITĖ, S. (2015).

- la promoción de la producción de un producto intermedio y de las ventas internas;
- la homogeneización de los objetivos de los gerentes de divisiones y de los centros de responsabilidad.

De cuanto llevamos expuesto en los apartados 2.4.a y 2.4.b hemos de anotar, a modo de conclusión, que nos encontramos ante una materia que presenta múltiples aristas, de las cuales pueden destacarse dos esenciales:

- a) la dimensión económica, y más concretamente en el ámbito de la contabilidad de gestión, las políticas empresariales de los precios de transferencia se utilizan como instrumentos de coordinación entre las distintas divisiones a la hora de efectuar las compras y ventas internas, procurando siempre la consecución del máximo beneficio, para lo cual será imprescindible la información que se proporcionen e intercambien los gerentes sobre costes y rentabilidades, permitiéndose así la eficiente distribución de recursos y la correcta motivación;
- b) la dimensión fiscal, preocupada por la utilización de las políticas de precios de transferencia para la consecución de la obtención del máximo beneficio mediante la minimización de los costes fiscales dentro del marco del *arm's length* marcado por las autoridades fiscales.

II.4.2.3 El dilema entre información contable única y la información doble.

Precisamente a consecuencia de la dualidad de enfoques fundamentales desde los que se pueden abordar los precios de transferencia surge una reciente controversia, la de la utilización por las empresas de un conjunto de documentos contables (sistema del “*one set books*”) o de dos conjuntos (“*two set books*”). Los múltiples roles de los precios de transferencia y su naturaleza multidimensional originan la dualidad de posicionamientos doctrinales.

Terminológicamente los autores se refieren de distintas formas a la dualidad. La expresión “*one set books–two set books*.” acuñada por los autores HYDE & CHOE⁴²²— es quizás la más extendida—. Goza también de amplia aceptación la diferenciación entre precio de transferencia único y precio de transferencia doble. De igual forma, para aludir a la opción de *two set books* se utiliza la expresión de precios de transferencia múltiples.

La traducción a nuestro idioma de *two set books* no puede identificarse con la expresión de doble contabilidad, ya que esta presenta unas connotaciones negativas que la anglosajana, a priori, no conlleva.

Por otra parte, dentro de la categoría de doble precio de transferencia se alude a la diferenciación entre precios de transferencia internos y precios de transferencia

⁴²² HYDE, C.E. & CHOE, C. (2005).

externos, aunque también es frecuente el empleo de precios estratégicos para los internos y precios de transferencia fiscales para los externos.

Como punto de partida hay que tomar en consideración que las regulaciones de los distintos países, por regla general, permiten que sea tratada de forma diferenciada la información a efectos fiscales o externos y la información a efectos financieros y estratégicos.

Sin embargo, a nivel doctrinal la consideración de la posibilidad de dos precios de transferencia es relativamente reciente. Ello se debe a que, como tenemos apuntado, los estudios económicos iniciales se centraron en los aspectos de gestión y administración, ignorando la dimensión financiera o fiscal⁴²³. No fue hasta el surgimiento de estudios que incorporaron integradamente la preocupación por el aspecto gerencial y el fiscal cuando se planteó la posibilidad de dos precios de transferencia. HYDE & CHOE⁴²⁴ citan el estudio de CZECHOWICZ et al.⁴²⁵ como uno de los pioneros que contempló la posibilidad de dos precios de transferencia.

Los autores se dividen a la hora de postular por uno u otro sistema, tanto a nivel teórico como empírico, y no existe acuerdo⁴²⁶. BALDENIUS et al.⁴²⁷ aprecian que en la vida real la mayoría de las multinacionales adoptan sistemas de un solo precio, tanto por simplicidad como para evitar riesgos de disputas con las autoridades fiscales, si bien es cierto que cada vez mayor número de empresas comienza a utilizar un sistema de doble precio. De ese mismo parecer son CLOYD, PRATT, & STOCK⁴²⁸ o UYAR⁴²⁹. De opuesto criterio son HYDE & CHOE⁴³⁰, quienes estiman que la regulación fiscal más estricta ha favorecido el uso de un segundo precio de transferencia de administración. ANCTIL & DUTTA⁴³¹, SMITH⁴³², BALDENIUS *et al.*⁴³³, también son proclives a los

⁴²³ Entre los estudios que se vinieron ocupando de la dimensión incentivadora estratégica de los precios de transferencia se citan los de HARRIS, M.; KRIEBEL, C.H. & RAVIV, A. (1982); AMERSHI, A.M. & CHENG, P. (1990); HOLMSTROM, B. & TIROLE, J. (1991); ANCTIL, R. M. & DUTTA S. (1999).

⁴²⁴ HYDE, C.E. & CHOE, C. (2005).

⁴²⁵ CZECHOWICZ, I.J.; CHOI, F.D.S. & BAVISHI, V.B. (1982).

⁴²⁶ NIELSEN, S.B. & RAIMONDOS-MØLLER, P. (2012).

⁴²⁷ BALDENIUS, R.; MELUMAD, N. & REICHELSTEIN, S. (2004): *“In this paper we analyze the interrelation between the preferred managerial transfer price and the arm’s length price used for tax purposes. An immediate question then is whether firms separate their internal transfer prices from those used for tax purposes. While there is no statutory conformity requirement, it appears that the majority of multinational firms insist on one set of prices, both for simplicity and in order to avoid the possibility that multiple transfer prices become evidence in any disputes with the tax authorities”*.

⁴²⁸ CLOYD, C., PRATT, J. & STOCK, T. (1996).

⁴²⁹ UYAR, M (2004).

⁴³⁰ HYDE, C. E. & CHOE, C. (2005) señalan: *“Because MNEs are not obligated to report the incentive transfer price, there is a paucity of evidence as to whether they do indeed decouple these two transfer prices. A study in the early 1980s showed that only a few MNEs employed separate transfer prices for incentive and tax purposes. However, more recent evidence suggests that MNEs are now more inclined to nominate two different transfer prices, and that the issue is of central concern for CFOs of many MNEs. It is certainly plausible that the increased scrutiny by tax authorities in the last 20 years has led more MNEs to recognize the benefit of employing different transfer price...This perspective is the distinguishing feature of our model—the MNE simultaneously chooses separate tax and incentive transfer prices, fully recognizing their interrelatedness”*.

⁴³¹ ANCTIL, R. M. & DUTTA S. (1999). Estos autores con una terminología todavía incipiente denominan a los que aquí identificamos como precios de transferencia fiscales como simples precios de transferencia y los contraponen a la “managerial performance evaluation”, escribiendo: *“Transfer pricing*

parabienes del funcionamiento de un doble precio de transferencia. HERZIG⁴³⁴ nos explica que la razón última por la que surge el dilema entre los dos sistemas es el conflicto entre los intereses políticos y los intereses fiscales, los cuales constituyen los dos polos entre los que se mueven los precios de transferencia. Los intereses políticos que hacen necesarios los precios de transferencia obedecen al posicionamiento proteccionista y unilateral de los Estados, tratando de conseguir la máxima recaudación, frente a los cada vez más frecuentes acuerdos entre empresas y gobiernos en orden a evitar la doble imposición. Los intereses fiscales motivadores de los precios de transferencia estriban en la consideración del Establecimiento permanente como una entidad independiente bajo el enfoque autorizado de la OCDE, de donde resulta la aplicación del *arm's length* a todas las transacciones internas entre sociedad matriz-filiales y a las transacciones internas entre la sede central-establecimientos permanentes. En definitiva, los precios de transferencia afectan a las cuentas internas (controlando las áreas de responsabilidad individuales en una empresa descentralizada, a la par que resolviendo los problemas de gestión y toma de decisiones mediante la influencia en los comportamientos de los gerentes a través de la incentivación y ayudando al uso eficiente de los recursos) y externas (determinando las ganancias que juegan a los fines contables y tributarios) de las MNEs. De ahí que no puedan ser usados precios de transferencia uniformes. HAAK et al.⁴³⁵ ofrecen una visión particular al matizar que la empresa decidirá en función de si tiene un conjunto de libros contables o dos. Cuando tiene un sistema de un solo conjunto de libros utilizará un solo precio, tanto interna como externamente. Cuando tiene un sistema de dos conjuntos de libros utilizará dos precios distintos, uno a efectos internos y otro a efectos fiscales. Eso sí, estiman que un sistema de *two sets of books* permite una optimización superior a la que ofrece el sistema de *one set of books*, mas la preferencia habrá de ser el resultado de sopesar, de una parte la flexibilidad que permite uno y otro sistema y, de otra, los ajustes y consecuencias fiscales que puede adoptar la autoridad fiscal. Respecto a la flexibilidad habrá que considerar cómo el sistema de *two sets of books* permite por separado determinar la cantidad óptima de precio de transferencia y la minimización del pago de impuestos. En cuanto a los ajustes y consecuencias fiscales, el uso del sistema

and managerial performance evaluation are two key instruments that firms use to manage potential conflicts...In particular, we examine managerial compensation contracts use divisional and firm wide performance measures in conjunction with negotiated transfer pricing to influence the way division managers balance divisional and firm-wide goals”.

⁴³² SMITH, M. (2002). “*An important distinction between the IRS regulation of transfer prices and income taxes is that both tax and financial reports are observable to the IRS, whereas internal management reports typically are not. However, there is increasing scrutiny of transfer pricing practices. In the last decade, the IRS has increased the number of transfer pricing examiners by 40 percent (Gersten ([1998]), drafted more comprehensive regulations, and become more sensitive to internal firm documents and practices”.*

⁴³³ BALDENIUS, R.; MELUMAD, N. & REICHELSTEIN, S. (2004): “*Our analysis so far has assumed that the firm decouples its internal transfer prices from those reported for tax purposes ...For both cost and market-based transfer pricing, we conclude that an internal transfer price set equal to the arm's length price will generally result in inefficiently low intracompany transfer”.*

⁴³⁴ HERZIG, N. (2012).

⁴³⁵ HAAK, M.; REINEKE, R.; WEISKIRCHNER-M., K. & WIELENBERG, S. (2017).

de *two sets of books* produce un deterioro de la capacidad de negociación, lo que arrastra un riesgo de sufrir multas superiores en caso de que la autoridad fiscal discrepe.

A nivel empírico, como tenemos apuntado, tampoco existe consenso doctrinal. Resulta clásica la cita de SPRINGSTEEL⁴³⁶, quien aporta el dato de que el 77% de las MNEs que fueron encuestadas se mostraron partidarias de dos precios de transferencia. Contradictoriamente a tal apreciación ERNST&YOUNG, en un estudio empírico sobre las empresas de su cartera de clientes, concluía que el 80% de las multinacionales utiliza un sistema de *one set of books*. Y en la misma línea CZECHOWICZ *et al.*⁴³⁷ concluyen en un estudio realizado sobre multinacionales americanas que el 80% de las empresas encuestadas usan un sistema *one set of books*. Con relación a intangibles REINECKE & WEISKIRCHNER–MERTEN⁴³⁸ acotan que la mayoría de las empresas desdoblan los precios de transferencias en dos, sin que el hecho de que se adopte un sistema de *two sets of books* determine que el intangible se localice en una jurisdicción de alta fiscalidad.

Distintas y variadas razones juegan en pro y contra de uno u otro sistema, debiéndose considerar diversos factores que influyen en ello. En contra del sistema de doble precio de transferencia se encuentra:

⁴³⁶ SPRINGSTEEL, I. (1999).

⁴³⁷ CZECHOWICZ, I., CHOI, D. y BAVISHI, V (1982).

⁴³⁸ REINECKE, R & WEISKIRCHNER–MERTEN, K. (2018). Los autores parten de la especialidad de los intangibles, en cuanto que frente al uso frecuente de los precios de transferencia para el desplazamiento de beneficios hacia jurisdicciones de baja tributación, nos encontramos con la evidencia empírica de que los intangibles se comportan bajo la tendencia de la preferencia nacional (*home bias*: la localización de los intangibles en la jurisdicción –de alta tributación– de la matriz), pudiéndose tomar como muestras cuantitativas los estudios de KARKINSKY & RIEDEL (2012) quienes han comprobado que el 57,1% las multinacionales europeas registran sus patentes en el país de la nacionalidad de la matriz; o HECKEMEYER & OVERESCH (2013) quienes han verificado que, en el periodo comprendido entre 2003 y 2012, el 95,3% de los registros de marcas producidos en Estados Unidos han sido en favor de las multinacionales americanas. Esta apreciación no es exclusiva de estos autores, sino que ya anteriormente el estudio de COOLS & EMMANUEL (2007) o el de COOLS & SLAGMULDER (2009) expusieron consideraciones de la misma índole. La naturaleza única de los intangibles permite una alta discreción tanto en la elección de su localización como en los precios internos de sus transferencias. De tal suerte que observan cómo la preferencia nacional (*home bias*) de los intangibles opera tanto bajo el sistema de *two sets of books* como con *one set of books*. La elección de un sistema contable u otro viene marcada por los efectos positivos (*spillover*, o efecto derrame tomado como los efectos que tiene un fenómeno o evento económico sobre otro grupo diferente a los que generaron y/o participaron en la producción del fenómeno o evento). Cuando estos son bajos, los intangibles también se localizan en la división extranjera, siendo el motivo del ahorro fiscal el que domina en la elección de la localización. Cuando el efecto *spillover* del intangible es alto, la localización óptima será en la jurisdicción de alta fiscalidad. Luego nada tiene que ver la localización del intangible con el uso del sistema contable que se haya elegido.

Pero no solo el *spillover* es determinante de la determinación de la localización, sino que combinadamente influyen decisivamente consideraciones de cumplimiento de las obligaciones fiscales.

Por otra parte, un *spillover* alto no acarrea un aumento del precio interno del royalty por el uso del intangible. De ahí que las diferencias entre el precio interno y externo del royalty no sea desaprobado por la matriz, ya que en esa situación de discrepancia la preocupación por la actuación de la autoridad fiscal disminuye. De donde se infiere que el precio del royalty externo elegido para controlar los beneficios sujetos a tributación no es afectado por el *spillover*.

Por último, estos autores analizan cómo la actuación de las autoridades fiscales y gobiernos contra los desplazamientos de los beneficios dañan las posibilidades de inversión en las divisiones por parte de las matrices, tanto en la división de alta como de baja tributación.

- la pérdida de credibilidad económica ante la autoridad fiscal, lo que conllevaría la actuación de la misma con el coste que ello supone. Acarrea un debilitamiento de la empresa ante la autoridad fiscal;
- supone un incremento de costes:
 - ✓ costes administrativos adicionales para las empresas puesto que tienen que ocultar la existencia de la segunda documentación;
 - ✓ costes administrativos que conlleva el tener que confeccionar doble documentación;
- el riesgo de intervención de la autoridad fiscal, por cuanto un sistema de doble documentación es una bandera roja de llamada de atención;
- cuando interviene la autoridad fiscal y realiza ajustes determina como precio de transferencia el más alto dentro del rango.

Por el contrario, entre las ventajas del sistema de doble documentación pueden destacarse:

- el favorecimiento de la optimización, tanto a nivel interno como a nivel externo, mediante la ayuda que ofrece para la consecución de los máximos beneficios y el pago de la mínima cantidad de impuestos;
- el precio de transferencia externo diferenciado será aceptado cuando se encuentre dentro del rango del *arm's length*. BALDENIUS *et al.* destacan que el operar con un solo precio interno que sea igual al precio de *arm's length* fiscal comportará generalmente transferencias internas ineficientes y escasas, ya que cuando productos intermedios son vendidos a terceros externos, para que las divisiones compradoras acudan a transacciones internas habrán de ofrecer descuentos respecto del precio de mercado (*arm's length*), descuentos que habrán de ser mayores en relación a los distintos tipos impositivos que soportan las diferentes divisiones;
- como apunta HERZIG⁴³⁹ es beneficioso desde el punto de vista de la administración de las empresas por consideraciones de diversa índole. En un primer escenario, si se adoptase la determinación de los precios conforme a criterio de costes, nos encontraríamos con que el objetivo de la solución más congruente conduciría a una dependencia de los precios de transferencia del tipo impositivo más bajo en el extranjero y, por otra parte, desde la óptica de la planificación fiscal la existencia de diferenciales impositivos supondría la utilización de los precios de transferencia para desplazamientos de beneficios a países de baja tributación; aunque es evidente que la diferenciación de precios de transferencia y los desplazamientos exagerados acarrear enormes riesgos fiscales. En un segundo escenario, si se adoptase el criterio de precio de mercado, nos encontraríamos con que la interdependencia entre precios internos y fiscales desaparecería. Además, los precios de las transacciones internas serían a un precio inferior al de mercado (en caso contrario la división compradora acudiría al mercado), por lo que el precio de transferencia estaría

⁴³⁹ HERZIG, N. (2012).

por debajo del *arm's length* reportando generalmente un ahorro fiscal. Sin embargo, el riesgo fiscal bajo estas condiciones es limitado, al existir un precio externo comparable perfectamente identificado, y las diferencias de precio podrían tratar de contrarrestarse por circunstancias como la diferente estructura o el volumen de venta.

En un tercer escenario se plantean los precios de transferencia respecto a las licencias por el uso de activos intangibles. Aquí los precios de transferencia diferenciados o sistema de doble documentación reportan ventajas en forma de beneficios más altos o incentivos mayores. En contra juega que resulta complejo la determinación de los precios dadas las singularidades de este tipo de activos, especialmente los precios fiscales. Piénsese en la dificultad de encontrar comparables al tratarse muchas veces de activos únicos o exclusivos. O igualmente en las dificultades de valoración al tratarse de activos compartidos por distintas divisiones de una empresa;

- conlleva el reconocimiento de la capacidad de respuesta de las multinacionales ante los cambios económicos.

Por contraposición a todo lo anterior, el sistema de un solo conjunto de documentación conlleva provechos entre los que destacan⁴⁴⁰:

- su llevanza resulta más barata;
- aporta mayor consistencia y coherencia entre informes internos e informes fiscales;
- reduce la posibilidad de disputas con las autoridades fiscales.

Pero ¿qué factores pueden influenciar en la opción por un sistema u otro? Los factores que pueden condicionar la elección son múltiples. Aquí vamos a detenernos en algunos de los que se pueden considerar más esenciales.

En primer lugar, repararemos en el número de competidores. Se trata de una cuestión en la que no son muchos los autores que han reparado, porque en la amplia mayoría de las teorías económicas se parte de que los precios de transferencia se desarrollan en una situación monopolística de las distintas divisiones de una multinacional en su mercado local. Mas ello no puede privarnos de una visión de la realidad, en la que es más frecuente encontrarnos con situaciones oligopolísticas que monopolísticas. SCHJELDERUP & SØRGARD⁴⁴¹ ya sostuvieron que bajo situación oligopolística se producía una compensación del rol fiscal contra el rol estratégico–incentivador. El rol estratégico consiste en que la multinacional puede usar el precio de transferencia como instrumento para ganar cuota de mercado en mercados locales y, por tanto, aumentando sus beneficios. ALLES & DATAR⁴⁴² reflexionan sobre cómo en un mercado oligopolístico la tendencia del precio de transferencia interno se sitúa por encima del

⁴⁴⁰ HIEMANN, M. & REICHELSTEIN, S. (2012).

⁴⁴¹SCHJELDERUP, G. & SØRGARD, L. (1997).

⁴⁴² ALLES, M. & DATAR, S. (1998).

coste marginal⁴⁴³ para reducir la intensidad de la competitividad en el mercado del producto final. DÜRR & GÖX⁴⁴⁴ estiman que en una situación de pocos competidores puede ser beneficioso el uso de un único precio de transferencia, incluso en el supuesto de que estén en conflicto los objetivos estratégicos y los fiscales. HYDE & CHOE⁴⁴⁵ afirman que las situaciones competenciales contribuyen a las interacciones entre los distintos precios de transferencia, de forma que, si hay rivalidad en las cantidades en el país de la división, la división vendedora estará incentivada a reducir el precio de transferencia interno para que la división compradora sea un competidor con bajos costes, lo que hará que aumente la cuota de mercado, lo que repercutirá en el aumento de los beneficios consolidados⁴⁴⁶. Si la situación es de monopolio el precio de transferencia es usado por la división vendedora para incentivar a la división compradora para que compre la cantidad que estime.

En segundo lugar, es digno de mención, como factor influyente, el hecho de si es conocido o no el precio final de mercado cuando se fija el precio de transferencia interno. DÜRR & GÖX defienden que en el caso de un sistema de doble precio de transferencia efectivamente sucederá que no será conocido el precio de mercado final al momento de ser determinado el precio de transferencia, por lo que éste último no podrá desempeñar una función estratégica. En cambio, con un sistema de un único precio de transferencia la cosa es distinta, ya que podrá existir potencialmente conflicto entre las funciones estratégicas y fiscales, pero cuando el gerente de división decida el precio de transferencia habrá de contemplar las interferencias fiscales, por lo que el precio de transferencia sí ejercerá funciones estratégicas.

En tercer lugar, hay que detenerse en las repercusiones que puede tener el método de determinación de las rentas/ingresos gravables. Tradicionalmente se han contrapuesto el método formulario de distribución y el método de entidades separadas, sobre los que profundizaremos en otro lugar de este trabajo al que nos remitimos. Ahora, en lo que aquí nos interesa, en consonancia con lo que nos enseñan HYDE y CHOE, hay que dejar señalado que bajo el enfoque formulario los precios de transferencia se muestran independientes, por cuanto los ingresos de cada división se calculan como una fracción independiente de los ingresos consolidados. Para ello se hace preciso que las dos jurisdicciones adopten el método formulario y apliquen la misma fórmula de determinación. Si se aplica el método de entidades separadas los dos precios de transferencia se muestran dependientes, de modo que se ven afectados por las posibles sanciones por no cumplir con el *arm's length* y por el aumento del riesgo de sanciones. O sea, los cambios en el contexto fiscal afectan a ambos precios, y lo mismo sucede con los cambios en las estructuras de costes. Desde otro punto de vista NIELSEN *et al.*⁴⁴⁷ nos ilustran sobre cómo en una situación de monopolio y de armonización internacional

⁴⁴³ Esto es, no respeta el nivel óptimo del precio de transferencia interno que se cumple cuando coincide con el coste marginal, por lo que al no coincidir se produce un desdoblamiento del precio de transferencia.

⁴⁴⁴ DÜRR, O.M. & GÖX, R.F. (2008).

⁴⁴⁵ HYDE, C. E. & CHOE, C. (2005).

⁴⁴⁶ Los autores se apoyan en VICKERS (1985); SKLIVAS (1987) y NIELSEN *et al.* (2001).

⁴⁴⁷ NIELSEN, S.B., RAIMONDOS-MØLLER, P. & SCHJELDERUP, G. (2001).

de las bases fiscales, el cambio de método de entidades separadas al método formulario conllevaría la eliminación de los incentivos a la instrumentalización de los precios de transferencia para desplazamientos. El inconveniente radica en que el conseguir una situación de armonización internacional fiscal es harto complicada. En una situación de oligopolio y de descentralización a priori ambos métodos podrían incentivar el uso de precios de transferencia. No obstante, aplicando el método formulario la incentivación a la bajada del precio de transferencia es más acentuada que en el método de entidades separadas. En definitiva, el cambio del método de entidades separadas al método formulario puede provocar una incentivación de los desplazamientos de las bases imponibles vía precios de transferencia, y ello incluso en la situación de acuerdo internacional más favorable para el método formulario (sobre la base fiscal más apropiada para la distribución de ingresos). MARTINI *et al.*⁴⁴⁸ observan que con el método formulario las multinacionales tienen incentivos a los desplazamientos de las bases imponibles mediante el ajuste de los niveles de inversiones. Con el método de entidades separadas las multinacionales usan los desplazamientos de las rentas. Pero en la práctica, la mayoría de los países ni aplican el enfoque de entidades separadas ni el enfoque formulario, antes bien, eligen el enfoque de entidad única.

De indudable interés es el comportamiento mostrado ante las diferencias fiscales que existen entre las jurisdicciones. No son pocos los autores que apuntan, en contra de lo que podríamos llamar el *sentir común*, que a mayor diferencia de carga fiscal entre países, menor agresividad de comportamiento en las multinacionales, lo que comporta una menor utilización del sistema de *two sets of books*.⁴⁴⁹ . Y ello porque aunque potencialmente se admite que se puede pensar lo contrario (la posibilidad del mayor ahorro fiscal invita a los desplazamientos de los beneficios), sucede que ante tal situación las autoridades fiscales intervienen con mayor frecuencia y aplican las regulaciones con mayor rigor, de todo lo cual son plenamente conscientes las multinacionales, quienes ante el mayor riesgo de ajustes y sanciones fiscales rehúyen al empleo del sistema contable de referencia.

Otro sector doctrinal⁴⁵⁰ ha analizado lo que sucede cuando el mercado es imperfecto y llega a la conclusión de que el uso de un solo precio contribuye a la suavización de la competencia en los mercados externos. Los resultados dependerán en gran medida de la posición o disposición de los competidores a usar un solo precio.

Item más, puede tomarse como factor digno de consideración el comportamiento de los precios de transferencia ante los cambios, de manera que se aprecia que, bajo un enfoque de entidades separadas, los cambios en el contexto fiscal y en la estructura de costes afectan tanto al precio de transferencia fiscal como al precio de transferencia incentivador, comportándose como mecanismos dependientes, de donde se concluye la necesidad de un posicionamiento integrado de la política empresarial fiscal y de gobierno, lo que viene proporcionado por el sistema de *two sets of books*.

⁴⁴⁸ MARTINI, J. T., NIEMANN, R. & SIMONS, D. (2012).

⁴⁴⁹ Es ésta la opinión de HAAK *et al.* (2017). También REINECKE *et al.* (2018).

⁴⁵⁰ SCHJELDERUP, G. & SØRGARD, L. (1997). También DÜRR, O.M. & GÖX, R.F. (2008). Igualmente, LEMUS TORRES, A. B. (2011).

Por último, hay que aludir al *arm's length* como factor a tomar en consideración en la valoración de la elección de uno de los dos sistemas contables de referencia. Realmente, el *arm's length* se encuentra latente en cuantas consideraciones se llevan realizadas, porque se quiera o no, es la razón última que se encuentra más o menos implícita en cuantos factores o justificación de criterios puedan ser atendidos. Veamos, las multinacionales evitan el riesgo de actuaciones de las autoridades fiscales cuando el precio de transferencia externo se encuentre dentro de lo que se conceptúa como el rango del *arm's length*. Ese rango, conforme advierten HAAK *et al.*⁴⁵¹, varía en función de los costes marginales. Ahora bien, “*ex ante*” ni los costes marginales son observables por la autoridad fiscal ni la multinacional puede verificar el rango que debe cumplir. Cuando ante una actuación de la autoridad fiscal un precio de transferencia no se encuentra dentro del rango se producirá una negociación entre la empresa y la autoridad fiscal. En ese trance, si la multinacional utiliza un sistema de *two sets of books*, la existencia de un precio de transferencia externo será interpretado por la autoridad fiscal como un firme comportamiento de ahorro fiscal y obligará a que el precio cumpla con el rango, tendiendo por lo general a que sea el precio superior dentro de dicho rango. Por el contrario, con un sistema de *one set of books* se proporciona un sólido argumento frente a la autoridad fiscal, aunque puede provocar que la autoridad fiscal en la negociación exija un precio que no quede dentro del rango del *arm's length*. En definitiva, se trata de una cuestión que dependerá del poder de negociación de la autoridad fiscal. Cuando el poder de negociación es alto, las ventajas del sistema de *one set of books* disminuye frente al sistema de *two sets of books*.

Ante el anterior posicionamiento doctrinal no faltan detractores que entienden que es un error el atender al *arm's length* como factor determinante. CAPUZZI⁴⁵² señala que el *arm's length* puede ser utilizado tanto por las autoridades fiscales como por las multinacionales para incrementar sus ingresos. Otros exponentes claros de esta dirección de pensamiento son los trabajos de WAGENHOFER⁴⁵³, RAIMONDOS-MØLLER & SCHARF⁴⁵⁴ o KEUSCHNIGG & DEVEREUX⁴⁵⁵.

De cuanto antecede se desprenden dos consideraciones principales. La primera es que nos encontramos ante un dilema complejo y frente a cuya admisión las autoridades fiscales no se mostrarán proclives. La segunda consideración digna de dejarse anotada es que el decantarse por un sistema de *two sets of books* o de *one set of book* dependerá del balance resultante de los pro y contras de las justificaciones estratégicas frente a las fiscales. Será una cuestión de dominio de unas u otras; habrá mayor equilibrio cuanto más sustituibles sean los productos desde la perspectiva de los consumidores o cuanto mayor sea la intensidad de la competencia.

⁴⁵¹ HAAK *et al* (2017).

⁴⁵² CAPUZZI, C. (2010).

⁴⁵³ WAGENHOFER, A. (1994).

⁴⁵⁴ RAIMONDOS-MØLLER, P. & SCHARF, K. (2002).

⁴⁵⁵ KEUSCHNIGG, C. & DEVEREUX, M. P. (2013).

II.4.2.4 Los distintos criterios utilizados en los estudios económicos para determinar el precio de las transacciones internas.

II.4.2.4.A) Conceptualización de los distintos criterios y su tipología.

II.4.2.4.A).1. Encuadre y clasificación clásica.

Necesariamente hemos aquí de reseñar los principales criterios utilizados por los autores para la determinación de los precios de las transacciones internas. Ello conduce al distingo de criterios en función de que se adopte, o bien el punto de vista de la contabilidad de gestión y la práctica, o bien el punto de vista fiscal. Atendiendo al punto de vista fiscal la respuesta viene dada por los criterios de determinación a través de las Directrices que autoriza la OCDE. Los mismos se encuentran basados en el *arm's length*, aunque su implementación varía de unos países a otros⁴⁵⁶, dependiendo el resultado, entre otros, de factores legales, fiscales, económicos, políticos y sociales. Sin perjuicio de cuanto diremos más adelante, quede por el momento apuntado que la OCDE clasifica los criterios/métodos en tres grupos:

- los métodos tradicionales: donde se incluyen el método del precio libre comparable (CUP), el método del precio de reventa y el método del coste incrementado;
- los métodos transaccionales: donde se incluye el método de la división de beneficios y el método del margen neto transaccional;
- otros métodos: donde quedaría incluido cualquier otro método distinto a los anteriores.

En este momento, obedeciendo a la intitulación del apartado en que nos encontramos, nos centraremos exclusivamente en los métodos apreciables desde el enfoque económico y contable, los cuales podemos agrupar en tres categorías⁴⁵⁷:

- el precio contractual o precio de mercado;
- los costes;
- el precio negociado.

A) El precio contractual o precio de mercado (market-based transfer prices o external-market price), el cual se identifica con el precio que sería pagado en una transacción entre partes totalmente independientes. En tal caso los precios son establecidos por las fuerzas de los agentes económicos. Dentro de los precios de mercado pueden distinguirse a su vez distintos subcriterios: precio corriente, precio ajustado y el precio estimado. Así, cuando la división de compras acepta el precio de

⁴⁵⁶ BLOCHER, E. J., CHEN, K. H., COKINS, G., & LIN, T. W. (2005).

⁴⁵⁷ Esta clasificación es la referida por WOLFF, M. (2007) haciéndose eco de que igualmente es acogida por TANG, R.Y.W. (1979) y por HORNGREN, C.T. (1993). También es expuesta por autores tan representativos como ECCLES Jr. R. G. (1985); BARFIELD, J. T., RAIBORN C. A., & DALTON M. A. (1991); CRAVENS, K.S. (1997); o ABU-SERDANEH, J. A., AL-OKDEH, S. K., & GAUHER, K. A. (2008).

mercado tal cual, nos encontraremos con el precio de mercado corriente, también conocido como prevailing price o precio de arm's length. Por el contrario, si no lo acepta, porque a ese precio preferiría comprar en el mercado exterior, la división de ventas deberá realizar ajustes en el precio a la baja, baja que normalmente se corresponderá con los costes que dicha división se ahorrará en gastos de distribución y publicidad, surgiendo así el precio de mercado ajustado. A diferencia de los anteriores precios, que actúan coetáneamente a la transacción (por tanto, con elementos de juicio ciertos), nos encontramos con un precio anterior a la transacción y que no cuenta con la certidumbre de las transacciones habidas anteriormente, ya sean externa o internamente, por lo que se trata de un precio estimado.

En cambio, WAGENHOFER⁴⁵⁸ considera que para la viabilidad del precio de mercado se precisa que nos encontremos ante una situación de existencia real de un mercado externo consistente, oligopolístico y perfectamente competitivo. El mismo condicionante de la necesidad de un mercado competitivo perfecto es subrayado por BENKE & EDWARDS⁴⁵⁹. EL-SEGINI⁴⁶⁰ se alinea con los anteriores autores y estima que, en la situación de un mercado competitivo perfecto, se impondrá el *prevailing Price*, pues además de ser el preferido por las autoridades fiscales, es un precio ideal que refleja la evolución de las divisiones y preserva sus autonomías.

Contradiendo la anterior opinión, un sector doctrinal minoritario defiende que aún existiendo un mercado imperfecto puede estar justificada la utilización del precio de mercado⁴⁶¹.

HORNGREN et al⁴⁶² destacan que pueden presentarse dos situaciones:

a) cuando la división de la empresa puede vender sus productos o servicios a consumidores externos independientes sin incurrir en costes de publicidad o de distribución, en cuyo caso el precio será el de mercado, por cuanto los administradores (tanto de la empresa productora como de la compradora) pueden maximizar los beneficios de cada división, de lo contrario, cuando el precio interno fuera superior al de mercado, la división compradora acudiría a comprar en el mercado y, cuando fuera inferior, la división vendedora procedería a aumentar el precio interno;

b) cuando la división de la empresa no puede vender sin incurrir en costes de publicidad o distribución, supuesto en el que el precio interno será el de mercado menos los costes de publicidad y distribución en que se incurriría si se vendiera a terceros externos independientes, lo que conllevará que las mejores decisiones de las divisiones vayan encaminadas al mayor beneficio de la totalidad de la empresa.

Como ventajas e inconvenientes del método del precio de mercado se subrayan varios:

⁴⁵⁸ WAGENHOFER, A. (1994).

⁴⁵⁹ BENKE JR., R. L. & EDWARDS, J. D. (1980).

⁴⁶⁰ EL-SEGINI, S.A. (1992).

⁴⁶¹ Es el caso de ARYA A. & MITTENDORF B. (2008).

⁴⁶² HORNGREN, C. T.; SUNDEM, G. L.; SCHATZBERG, J. & BURGSTAHLER, D. (2013).

a) en primer lugar, se debe ser consciente de que no siempre es fácil su utilización e implementación. Esa dificultad se incrementa cuando el volumen de transferencias internas de un producto es muy grande, porque ese tipo de situaciones conlleva normalmente la ausencia de comparables. VAYSMAN⁴⁶³ especifica que la dificultad de aplicación proviene de diversas razones, tales como la escasez de información, el que se trate de productos especializados o únicos, las diferencias entre productos internos y externos, así como la dificultad de definir el precio de mercado. Por tanto, la clave de la utilización del método del precio de mercado está en que exista información disponible del mercado del producto. Precisamente de la dependencia del “*factor información*” derivan toda una amalgama de inconvenientes subrayados por SCHUSTER & CLARKE⁴⁶⁴, a saber:

- ✓ requerirá un alto grado de sensibilidad y flexibilidad de los gerentes de divisiones en la captación de la información del mercado y el uso de la misma;
- ✓ plantea un problema de confianza que se traduce en dudas como las siguientes: ¿de quién proviene o debe provenir la información? ¿quién decide de quién debe tomarse la información? ¿con qué frecuencia debe ser tomada la información para que sea fiable?

b) En segundo lugar, y a su favor, debe valorarse positivamente que sirve a distintos objetivos internos y externos;

c) BUDD & TIRRAL⁴⁶⁵ puntualizan tres elementos que juegan en beneficio del *arm's length*:

- ✓ se trata del mecanismo natural por el que se procedería a una justa distribución de beneficios entre las divisiones de una empresa, por lo que el único factor que aleja a las empresas de la aplicación del *arm's length* es la existencia de impuestos;
- ✓ además, el *arm's length* asegura un trato igualitario a las empresas y desincentiva a las multinacionales a desplazar sus beneficios a otras jurisdicciones fiscales;
- ✓ el *arm's length* constituye un procedimiento de optimización que conduce a resultados económicamente racionales a nivel microeconómico y macroeconómico.

d) En cuarto lugar, el precio de mercado contribuye en la creación de una ventaja competitiva al impulsar a la bajada del precio del producto respecto del precio de mercado externo, mejorando la competitividad⁴⁶⁶. En contra de dicha

⁴⁶³ VAYSMAN, I. (1996).

⁴⁶⁴ SCHUSTER, P. & CLARKE, P. (2010).

⁴⁶⁵ BUDD, L. & TYRRAL, D. (2003): “*The implicit assumption underlying the application of arm's length pricing to the assessment of corporation tax is that within an organisation an uncontrolled price or return represents a fair division of profit across divisions (Smith, 2002). Hence the only factor driving firms away from using transfer prices that achieve this result is the presence of taxation*”.

⁴⁶⁶ ARYA, A. & MITTENDORF, B. (2008).

ventaja se coloca ECCLES⁴⁶⁷ al opinar que el *arm's length* provoca pérdida de competitividad, dado que cada división buscará su propio beneficio, por lo que el precio final resultará más caro. Sea como fuere, lo que ahora importa es que el producto o servicio intermedio en cuestión objeto de la transacción interna tiene que ser competitivo en el mercado externo.

Frente al efecto de la bajada de precio o descuento, algunos autores enfatizan que esa misma consecuencia se produce con la aplicación de otros métodos, sin olvidar que todo descuento conlleva implícitamente una negociación;

e) la aplicación del método permite obtener un precio objetivo e imparcial que refleja las condiciones actuales del mercado y cambia cuando lo hacen las condiciones de éste (SCHUSTER & CLARKE⁴⁶⁸). Su punto fuerte es que se trata de un método de difícil manipulación, aunque su debilidad se encuentra en ser fluctuante en el tiempo;

f) en su contra tiene que puede crear conflictos entre la división de ventas y de compra cuando el precio de mercado es más bajo o superior al coste de producción (ANTIĆ & JABLANOVIĆ ⁴⁶⁹);

g) a nivel estratégico esta metodología reporta como méritos el que contribuye a la consecución de la estrategia corporativa, permite medir los resultados alcanzados por las distintas divisiones, y permite el desarrollo de la función de distribución o asignación de beneficios, salvo cuando excepcionalmente intervienen sinergias e interdependencias (SCHUSTER & CLARKE⁴⁷⁰). Sin embargo, en un mercado imperfecto desaparece la función de coordinación.

B) los costes (*cost-based transfer prices*), especialmente utilizados en el caso de empresas descentralizadas y que cobran especial importancia en los casos de ausencia de precio de mercado. Las variantes que se presentan pueden enumerarse como sigue conforme a la doctrina mayoritaria: el coste total⁴⁷¹, el coste variable incrementado⁴⁷², el coste variable estándar⁴⁷³, el coste más margen⁴⁷⁴, el coste de reposición y el coste por actividad⁴⁷⁵. El criterio del coste total es resaltado como el más

⁴⁶⁷ ECCLES Jr., R.G. (1983).

⁴⁶⁸ SCHUSTER, P. & CLARKE, P. (2010).

⁴⁶⁹ ANTIĆ, L. & JABLANOVIĆ, V. (2000).

⁴⁷⁰ SCHUSTER, P. & CLARKE, P. (2010).

⁴⁷¹ El precio se corresponde al coste total del producto por unidad, incluyendo costes variables (materiales directos, costes laborales directos y los gastos generales).

⁴⁷² Este precio se corresponde con el coste variable por unidad de producto más un margen de beneficio. La división de compras se mostrará reacia a dicho margen o, al menos, procurará que sea el menor posible.

⁴⁷³ Los costes estándar surgen para contrarrestar la transmisión a la división de compras de las consecuencias de las ineficiencias de la división de ventas que resultarían si se aplicase un sistema de costes reales al precio de transferencias internas.

⁴⁷⁴ Es una aproximación al precio de mercado, y suele usarse para dar solución a las divergencias que puedan existir entre las distintas divisiones (POLIMENI, R. S.; FABOZZI F. K. & ADELBERG A. H. – 1994).

⁴⁷⁵ Esta enumeración es la que plasman ZARDOYA ALEGRÍA, A.I. y COSENZA, J.P. (2004). Otros autores proponen una sistematización con otras variantes que vienen a coincidir esencialmente con la aquí recogida. Así, por ejemplo, STONCIUVIENE, N. & UZKURAITĖ, S. (2015) *in óp. cit.* refieren la

idóneo a efectos fiscales y de administración de la empresa⁴⁷⁶. Los modelos de costes variables dan distinto tratamiento y consideran diferenciadamente los costes directos e indirectos, como así mismo a los costes fijos y a los costes variables. Las variantes más usadas son el coste más margen y el coste completo, seguidos de los costes variables y estándar en menor escala⁴⁷⁷

GONZÁLEZ DÍAZ⁴⁷⁸ sistematiza en tres tipologías los costes que pueden ser tomados en consideración para determinar los precios de transferencia: el coste marginal, el coste estándar y los costes históricos. El coste marginal significa el coste adicional que supondría la producción de una unidad adicional del bien de que se trate, siempre que los ingresos adicionales que provoca dicha unidad sean superiores a los gastos. Los inconvenientes que conlleva la utilización del coste marginal son dos: a) al no ser un coste contable su obtención no está exenta de dificultad, y b) conlleva un problema interdivisional, por cuanto que el beneficio de la división compradora recoge parte del de la división vendedora. El coste estándar es un coste fijado previamente y que cuanto más perfecta sea su metodología de fijación más se acercará al coste real, eludiendo indeseadas desviaciones. La problemática de este tipo de costes radica en el gasto que conlleva una buena metodología de establecimiento, así como la necesidad de los

diferenciación más clásica de costes estándar, costes reales, costes variables, costes marginales y costes totales. A dichas categorías añaden como especial la de costes incrementados, pudiéndose calcular el margen a añadir conforme a tres submétodos distintos: multiplicativo, aditivo y mixto. SCHUSTER, P. & CLARKE, P. (2010) disciernen entre costes estándar y los costes reales por una parte y, por otra, entre costes marginales y costes totales. La primera clasificación se enfrenta al problema de qué división será la que asuma los riesgos de las desviaciones de costes y de posibles variaciones. Así, mientras que el empleo de los costes reales, como quiera que los mismos solo son conocidos “*ex post*”, el riesgo correrá a cargo de la división de compras. Lo contrario sucede con los costes estándar, pues al funcionar “*ex ante*” a que se produzca la transacción el riesgo se transmitirá a las unidades de venta. En cuanto a los costes marginales, los mismos cumplen con la función de coordinación en las empresas descentralizadas, conduciendo a la adopción de decisiones óptimas de las unidades de compra y a la independencia de las mismas. Se trata de un concepto muy próximo al de costes variables en el corto plazo, pero que difieren en el largo plazo. Para su aplicación se requerirá que concurren dos condiciones: a) la inexistencia de limitaciones de capacidad o de escasez de recursos a corto plazo y, b) la indisponibilidad del producto o servicio en el mercado exterior. El gran inconveniente de los costes marginales es que se valorarán todas las unidades transferidas al precio de la unidad marginal o adicional. Además, normalmente operar con costes marginales supone el colocar en pérdidas contables a las unidades de venta (el coste marginal es superior al coste real). Lo anterior supone, adicionalmente, que los costes marginales no permitan una asignación o distribución de los recursos correcta, al ser divididos arbitrariamente. También se critica que la independencia que proporciona la metodología de los costes marginales es solo aparente, ya que en realidad la división central necesita conocer la cantidad de unidades de producto o servicio transferidas para determinar el precio de transferencia que permitan decisiones óptimas. Por último, se les reprocha el que incentivan a las divisiones de ventas a suministrar información falsa y presentar como costos variables la porción más alta posible, incluso propiciando el fenómeno conocido como retención de la inversión (oposición a inversiones cuando supongan costes variables más bajos y fijos más altos). Los costes totales persiguen el que se tengan en cuenta todos los costes en que incurre la unidad de venta en la producción del bien o servicio, de manera que no incurra en pérdidas al fijarse el precio de la transferencia. Su punto débil radica en que los costes totales distorsionan la estructura de costes de la empresa en su totalidad, porque se pueden estar tomando decisiones sobre lo que aparentemente son costes variables que realmente son costes fijos y ello lleva a una suboptimización. En definitiva, el uso de costes totales lleva a la consideración en decisiones (a corto plazo) de parte de costes que son irrelevantes, conduciendo a una distribución errática de los costes generales fijos.

⁴⁷⁶ FEINSCHREIBER, R. y KENT, M. (2012).

⁴⁷⁷ ZARDOYA ALEGRÍA, A.I. y COSENZA, J.P. (2004).

⁴⁷⁸ GONZÁLEZ DÍAZ, B. (2000).

ajustes que arrastra para trasladarlo a la contabilidad. Por último, los costes históricos se fijan atendiendo a los costes en que se incurrió en periodos anteriores. Dentro de los costes históricos se distingue entre costes totales y costes variables.

La gran ventaja que presenta el criterio de costes es su facilidad de entendimiento y conveniencia de su uso. Consecuentemente supone un ahorro de tiempo de negociación, facilitando tiempo para afrontar otros desafíos emergentes⁴⁷⁹. También se ha destacado positivamente de este criterio el que permite a la división vendedora un escaso margen para manipular el precio, ya que conlleva el que la división exponga toda la información relativa a los costes,⁴⁸⁰ minorándose con ello las posibilidades de conflictos entre gerentes de distintas divisiones. Por último, se apunta la ventaja que representa la aplicación de este método el quedar cubiertos los costes de producción y otras funciones.⁴⁸¹

No obstante, no le faltan flaquezas. En primer lugar, hay que referir los problemas de disfunciones que plantea a nivel de decisiones de las divisiones y los conflictos con los objetivos de la empresa en su conjunto, poniendo en peligro el principio de congruencia estratégica empresarial. Piénsese por ejemplo en la disfunción que se presenta cuando una división de una empresa, inducida por los costes de oportunidad, decide no realizar una transferencia interna acarreando perjuicios en los beneficios de la totalidad de la empresa (*goal congruence*) o, por el contrario, la disfunción que surge cuando la división es forzada a realizar la transacción interna, pese al coste de oportunidad existente, por así imponerlo las instancias superiores de la empresa, lo que representaría una violación de la autonomía de la división⁴⁸². En esta misma línea se ha apuntado que las ineficiencias de las divisiones de venta se transmiten a las divisiones de compra, imposibilitando evaluar los resultados de las divisiones y gerentes autónomamente, especialmente en el caso del coste completo incrementado. En segundo lugar, se señala la subjetividad en el prorrateo de los costes entre las divisiones⁴⁸³, de forma que puede conllevar a la maximización de los beneficios de una división, pero a la par a la suboptimización de la empresa en su totalidad si los beneficios no son debidamente asignados. En tercer lugar, se alude al riesgo de que el precio del producto final no sea lo suficientemente agresivo, trayendo como consecuencia la pérdida de cuota de mercado o de beneficios⁴⁸⁴. En cuarto lugar, se ha dicho que la utilización del método de los costes supone descuidar los costes de oportunidad, además de que las divisiones de compras no se encuentran incentivadas para el uso de costes incrementados en cuanto que suponen la disminución de beneficios en términos absolutos⁴⁸⁵. En quinto lugar, debe repararse en que si *prima facie* puede parecer un método sencillo en su aplicación, resulta que, si se profundiza en su funcionamiento, precisa de una gran

⁴⁷⁹ STONCIUVIENE, N. & UZKURAITÉ, S. (2015).

⁴⁸⁰ LI, D. & FERREIRA, M. (2010).

⁴⁸¹ STONCIUVIENE, N. & UZKURAITÉ, S. (2015).

⁴⁸² TRANG, N.T.X. (2016).

⁴⁸³ ZARDOYA ALEGRIA, A.I. y COSENZA, J.P. (2004). En este aspecto ya incidían ABDEL-KHALIK & LUSK (1974)

⁴⁸⁴ ECCLES Jr., R. G. (1983).

⁴⁸⁵ EL-SEGINI, S. A. (1992).

cantidad de información para su análisis (condiciones de mercado, política de precios, conductas de los participantes en el mercado, sensibilidad a los precios, comportamiento de competidores), quedando de manifiesto que encierra realmente una indudable complejidad⁴⁸⁶. SHUBIK⁴⁸⁷ critica los costes incrementados por considerar que impiden los avances tecnológicos en las divisiones de producción, al verse dichas divisiones penalizadas en sus beneficios precisamente por el coste que supone el alcanzar dichas innovaciones. Consecuentemente produce una desmotivación en las divisiones de ventas. Todas estas limitaciones llevaron a SOLOMONS a rechazar el criterio de los costes completos para la determinación de los precios de transferencia, con la sola excepción de los costes de los precios contractuales.

C) la negociación (*negotiated/internal-market price*), que hace alusión al precio alcanzado entre la división vendedora y compradora en una negociación, por lo que es un precio aceptado por las partes implicadas en la transacción. No se trata de un método ajeno a los anteriores métodos de determinación, ya que como se ha escrito, es un precio alcanzado tomando como referencias tanto el precio de mercado como los costes⁴⁸⁸, de forma que será más alto que el criterio de costes, pero más bajo que el de mercado, dividiendo las diferencias entre la división vendedora y compradora⁴⁸⁹. Se trata de un híbrido.

El rango en el que se moverá el precio de transferencia estará entre el mínimo marcado por el precio que la división de venta está dispuesta a recibir y el máximo que la división de compra está dispuesta a pagar, y para llegar a un precio dentro de ese rango se pueden usar diversas metodologías, entre las que se encuentra el método de la negociación⁴⁹⁰. Las situaciones que se pueden presentar son dos:

- a) cuando no hay vendedores externos que ofrezcan un precio por debajo del precio de venta a consumidores externos después de deducir los costes en que incurre la división de compra para la obtención del producto final, en cuyo supuesto el rango del precio de transferencia se encontrará entre
el mínimo marcado por:

Coste de la Inversión + Coste de Oportunidad de la División de Venta

y el máximo marcado por:

⁴⁸⁶ STONCIUVIENE, N. & UZKURAITI, S. (2015).

⁴⁸⁷ SHUBIK, M. (1962).

⁴⁸⁸ VAYSMAN, I. (1996).

⁴⁸⁹ ADAMS, L. & DRTINA, R. (2008).

⁴⁹⁰ HORNGREN, C. T.; SUNDEM, G. L.; SCHATZBERG, J. & BURGSTAHLER, D. (2013). Para llegar al rango se puede usar el prorrateo (dividiendo la diferencia de forma igualitaria o en relación con los costes variables), la negociación entre divisiones o el precio dual al que nos referiremos a continuación.

Precio de Venta – Costes Adicionales en que necesita incurrir la división de compra para obtener el producto fina

b) cuando sí hay vendedores externos que ofrezcan un precio por debajo del precio de venta a consumidores externos: el rango del precio de transferencia se encontrará entre

el mínimo marcado por:

Coste de Inversión + Coste de Oportunidad de la Unidad de Venta

y el máximo marcado por:

Costes de Comprar a Proveedores Externos

La ventaja más destacada de este criterio es que favorece la autonomía de la división, lo que juega en beneficio de la descentralización. E incluso va más allá, por cuanto que el proceso de negociación permite que el responsable de la división obtenga mejores niveles de información sobre los costes y ganancias, redundando en decisiones óptimas para su división y una respuesta flexible a los cambios de las condiciones del mercado.

Con todo, en su contra se vierten los siguientes argumentos:

- a) el precio dependerá de un factor tan subjetivo como la habilidad y pericia de los gestores en el éxito de sus negociaciones, pudiendo generar una suboptimización de todas las ganancias del grupo;
- b) el tiempo que consume la negociación⁴⁹¹;
- c) la gran cantidad de información y análisis de la misma que requiere⁴⁹².

⁴⁹¹ DIKOLLI, S.S. y VAYSMAN, I. (2006).

⁴⁹² ANTIC, L. & JABLANOVIC, V. (2000).

II.4.2.4.A).2. Otras clasificaciones y categorías.

Pese a ser la división en las tres categorías expuestas la más extendida, algunos autores acuden a otra sistematización y perfilan otros criterios de determinación. Es el caso de EL-SEGINI⁴⁹³, quien limita la distinción a dos criterios aludiendo exclusivamente al método de costes y al de precio de mercado. Dentro del primero incluye dos métodos principales: a) el método de costes reales de producción y b) el método de costes standard. A su vez en cada uno de dichos dos métodos cabría la distinción entre método del coste variable, del coste variable incrementado con un margen, del coste total y del coste total incrementado con un margen. El margen dependerá de diversos factores que pueden confluir, pudiendo ser citados el volumen de operaciones y riesgos asumidos, las vinculaciones a la propiedad intelectual, la existencia de exclusiva o no y la circunstancia de si entre empresas no relacionadas se da un margen percido o no. Dentro del precio de mercado el autor de referencia menciona la diferencia entre lo que denomina *prevailing price*, que concurre cuando la división compradora acepta directamente el precio de mercado, y el precio de mercado ajustado, concepto con el que se refiere a la situación en que la división compradora no acepta el precio normal de mercado y para evitar que acuda al mercado externo la división compradora procede a realizar en dicho precio un ajuste.

También se apartan de la clasificación tripartita ANTIĆ y JABLANOVIĆ⁴⁹⁴, haciendo notar cuatro tipos fundamentales:

- a) método de costes que se caracteriza por ser el más sencillo y utilizar los costes standard;
- b) método de costes más un margen cuya su utilización se precisa ante los problemas de motivación y evaluación de los resultados, en aras a superar las divergencias entre los intereses de las divisiones y de la empresa como un todo;
- c) método del precio negociado, respecto del que los autores no aportan ninguna novedad;
- d) método del precio de mercado, que es utilizable cuando existe un mercado externo del producto o servicio.

HORGREN et al.⁴⁹⁵ establecen dos criterios principales, el de precio de mercado y el de costes (incluyendo dentro de este el subcriterio de costes completos y el de costes variables) a los que habría que añadir los criterios híbridos. En esta última categoría quedarían incluidos los criterios de prorrateos de las diferencias entre el mínimo y el máximo precio de transferencia, el criterio de precio negociado y el criterio de precio dual.

⁴⁹³ EL-SEGINI, S. A. (1992).

⁴⁹⁴ ANTIĆ, L. & JABLANOVIĆ, V. (2000).

⁴⁹⁵ HORNGREN, C.; DATAR, S.M. & RAJAN, M. V. (2012).

En opinión de ZARDOYA ALEGRÍA y COSENZA⁴⁹⁶ conviene precisar cuatro tipos de criterios, si bien distintos a los anteriores:

- a) criterios del valor de mercado;
- b) criterios de los costes;
- c) criterios políticos, los cuales a su vez se subdividen en criterios de precio negociado y criterios del precio arbitrado (éste es fijado por la administración);
- d) criterios económicos con los que se persiguen superar los inconvenientes de los planteamientos anteriores en cuanto no solucionan el problema de la competitividad entre las distintas unidades de la empresa a consecuencia de que cada una pretende conseguir los mejores resultados individuales posibles. Se trata de compatibilizar la distribución de recursos con la autonomía de las distintas divisiones de una empresa.

Junto a los criterios tradicionales han ido surgiendo otros alternativos. Una variante es el criterio llamado dual, introducido fundamentalmente por los estudios desarrollados por RAYBORN⁴⁹⁷, BARFIELD et al.⁴⁹⁸ y PASS⁴⁹⁹. Consiste en tomar en consideración el hecho de que la división de ventas tiene unos intereses diferenciados a los de la división de compra, lo que debiera conllevar a que el precio de transferencia a tomar en consideración de una y otra sea distinto. Se trata de una nueva versión del criterio de costes. SCHUSTER & CLARKE⁵⁰⁰ lo explican de la siguiente manera: la división de venta recibe el margen neto de la división de compra y la división de compra paga el coste total de la división de ventas, por lo que habrá de ser la matriz de las dos divisiones la que subvencione el diferencial que recibe la división de ventas. Este criterio plantea la necesidad de determinar cuál será el precio para la división de ventas y cuál para la división de compras, surgiendo diversas tendencias doctrinales. Algunos autores consideran que para la división vendedora podría consistir en un coste estándar variable o el coste total más un margen de beneficio, mientras para la división compradora el precio sería el de mercado artificial o sintético del que nos ocuparemos seguidamente. Otro sector doctrinal estima que el precio de mercado debería ser el tomado por la división vendedora, por su parte la división compradora guiada por evitar que un directivo obtenga beneficios a costa de otra división debería utilizar un criterio de costes variables⁵⁰¹.

El criterio dual presenta múltiples inconvenientes:

- los beneficios de las divisiones son excesivamente altos a consecuencia de las subvenciones recibidas;
- se incentivan artificialmente las operaciones internas;

⁴⁹⁶ ZARDOYA ALEGRÍA, A.I. y COSENZA, J.P. (2004).

⁴⁹⁷ RAYBURN, L. G. (1989).

⁴⁹⁸ BARFIELD, J. T.; RAIBORN, C. A. & DALTON M. A. (1991).

⁴⁹⁹ PASS, C. (1994).

⁵⁰⁰ SCHUSTER, P. & CLARKE, P. (2010).

⁵⁰¹ RAYBURN, L. G. (1989).

- la función de distribución de beneficios se ve truncada, por cuanto las subvenciones provocan que las divisiones de compra y venta presenten los mismos niveles de beneficios;
- se distorsiona la visión de la realidad y de la apariencia;
- conlleva grandes esfuerzos organizacionales.

ANTIĆ & JABLANOVIĆ⁵⁰² destacan como principales inconvenientes del criterio dual la insuficiencia de motivación de las divisiones de ventas para controlar sus costes, la insuficiencia de la información de los gerentes y el aislamiento de los gerentes frente a las fricciones entre el mercado interno y externo.

Otro criterio alternativo sería el criterio de precio de mercado sintético o artificial, basado en el coste de oportunidad (POLIMENI et al.⁵⁰³), que sería idóneo para los supuestos en que no existe mercado interno ni externo. El precio de mercado sintético viene determinado por la suma de los costes variables de la división de ventas y los costes de oportunidad de la empresa total, donde éstos últimos son entendidos como la máxima contribución perdida por la empresa al renunciar a la consecución de suministros en el mercado externo. Se le califica como el precio de transferencia ideal u óptimo, porque siempre envía la señal adecuada a la división de compra, permitiendo la adopción de decisiones óptimas desde el punto de vista de la empresa en su totalidad. La ventaja de este criterio estriba en que conduce hacia objetivos de congruencia, aunque sus inconvenientes provienen de los problemas que suscita en cuanto a la motivación y la valoración de resultados⁵⁰⁴.

II.4.2.4.B) ¿Cuáles deben ser los elementos a tomar en consideración para determinar el criterio más adecuado?

Lo primero que salta a la vista es que no existe un modelo único⁵⁰⁵ y todos presentan ventajas e inconvenientes, aun así, los estudios empíricos demuestran que los más utilizados son el precio basado en costes, el precio de mercado y el precio negociado⁵⁰⁶, predominando el uso de los dos primeros y el tercero como complemento⁵⁰⁷.

La elección del criterio no es cuestión baladí, por cuanto una empresa puede incurrir en pérdidas por una elección errónea del método de determinación del precio de transferencia⁵⁰⁸. Pero la doctrina más autorizada considera que no hay un solo método correcto⁵⁰⁹.

⁵⁰² ANTIĆ, L. & JABLANOVIĆ, V. (2000).

⁵⁰³ POLIMENI, R.; FABOZZI, F. & ADELBERG A. (1994).

⁵⁰⁴ ANTIĆ, L. & JABLANOVIĆ, V. (2000).

⁵⁰⁵ BORKOWSKI, S.C. (1990). También ECCLES Jr., R. G. (1985).

⁵⁰⁶ BOUAZIZ, Z. & AFFES, H. (2012).

⁵⁰⁷ ARVIDSSON, G. (1972).

⁵⁰⁸ GAVIOUS, A. (1999).

⁵⁰⁹ En esta dirección podemos citar entre otros a BORKOWSKI, S.C. (1990), SPICER, B.H. (1988) y ECCLES Jr., R. G. (1985).

Pese a la inexistencia de un método óptimo que satisfaga todos los objetivos, hay una regla general propuesta por HORNGREN et alia⁵¹⁰ que debiera cumplir el sistema de precio de transferencia elegido:

$$\text{Precio de Transferencia} = \text{Coste de Inversión} - \text{Coste de Oportunidad}$$

donde el coste de inversión es el coste en el cual incurre la división de producción al producir el bien o servicio, y el coste de oportunidad es el beneficio al que renuncia la división de producción al vender el producto internamente. Las situaciones que se pueden presentar son sintetizadas por TRANG⁵¹¹ siguiendo las enseñanzas de los anteriores autores en el siguiente cuadro:

		Mejor decisión para la división	Mejor decisión para la empresa
Precio de proveedor externo	Inferior al precio de transferencia	No hacer transferencia interna: división de compra rechaza comprar internamente porque disminuyen sus beneficios	No hacer transferencia interna: para la empresa en su conjunto es más favorable comprar a proveedor externo
	Superior al precio de transferencia	Si el valor para la división de compras es superior al precio de transferencia: el precio de transferencia beneficia a ambas divisiones	Si el valor para la división de compras es superior al precio de transferencia: el coste de la producción interna beneficia a la empresa
		Si el valor para la división de compras es inferior al precio de transferencia: la división de compras rechaza comprar	Si el valor para la división de compras es inferior al precio de transferencia: se rechaza porque el coste de producción interno es superior al valor

⁵¹⁰ HORGREN, C. T.; SUNDEM, G. L., BURGSTAHLER, D. & SCHATZBERG, J. (2014).

⁵¹¹ TRANG, N.T.X. (2016).

Bajo las anteriores premisas cabe inferir que la transferencia interna es beneficiosa para la empresa en su totalidad siempre que se cumpla:

- a) el precio de transferencia sea superior a los costes de producción
- b) y, además, los costes en que incurra la división productora sean inferiores al precio de venta de un proveedor externo.

GONZÁLEZ DÍAZ⁵¹², apunta que el criterio que se elija habrá de contribuir a la consecución de las siguientes características que deben reunir los precios de transferencia:

- debe impedir la toma de decisiones subóptimas para la empresa, debiendo coincidir los objetivos de las decisiones de los gerentes de división con los de la empresa en su totalidad;
- debe permitir detectar los resultados de la división (evaluación de resultados), permitiendo asignar correctamente los de cada división;
- deberá estar en función de la utilización de la información que vaya a suministrar;
- deberá conducir a una asignación óptima de recursos a las diferentes divisiones.

RODRÍGUEZ MARTÍN⁵¹³ expone que el sistema de precio de transferencia elegido deberá cumplir cinco requisitos:

- Criterio de equidad: ninguna división puede beneficiarse a costa de otra.
- Criterio de congruencia tantas veces aludido en las anteriores líneas.
- Criterio de autonomía: la división central no debe interferir en las decisiones de las divisiones vendedoras y compradoras.
- Criterio de confianza: las divisiones deben proporcionar información válida.
- Las divisiones deben facilitar información a la división central sobre los márgenes de contribución de cada división.

ANTIĆ & JABLANOVIĆ⁵¹⁴ especifican cuatro elementos que sirven para evaluar la adecuación del método:

- Objetivo de congruencia: el precio de transferencia que se determine debe conseguir la armonización de los objetivos de la empresa en su totalidad y los de la división, evitando la toma de decisiones que provoquen suboptimización.
- Motivación: el precio de transferencia que se determine debe de no interferir con el proceso por el que el gerente de la división de ventas trata de conseguir racionalmente la máxima cantidad de ingresos y el de la división de ventas la mínima cantidad de gastos.
- Autonomía: el precio de transferencia que se determine debe respetar la libertad de cada gerente para satisfacer sus propias necesidades internas y externas al mejor precio posible.

⁵¹² GONZÁLEZ DÍAZ, B. (2000).

⁵¹³ RODRÍGUEZ MARTÍN, A. R. *Diccionario Económico*.

⁵¹⁴ ANTIĆ, L. & JABLANOVIĆ, V. (2000).

- Evaluación de resultados: los precios de transferencia deben permitir la evaluación objetiva de los resultados de cada división, facilitando la información para la toma óptima de decisiones, a la par que para evaluar el desempeño gerencial y el valor económico particular de las distintas partes.

ECCLES⁵¹⁵ precisa que el criterio deberá decidirse atendiendo a la estrategia de la empresa, el proceso administrativo y la adaptabilidad a la situación. Una empresa podrá ser caracterizada en atención a dos dimensiones: la integración vertical que enfatiza la interdependencia de las divisiones y la diversificación que enfatiza la independencia de las divisiones. La combinación de las dos dimensiones está asociada a características organizacionales particulares. El autor considera que hay cuatro tipos de organizaciones: competitivas, cooperativas, colaboradoras y colectivas. Según la dimensión a la que se dé preponderancia (diversificación o integración) nos moveremos desde una empresa posición cooperativa (máximo nivel de integración), hasta una colaboradora (mínimo nivel de integración), pasando por la competitiva.

PERČEVIĆ & HLADIKA⁵¹⁶ (citando a BARTFIELD *et al.*, GARRISON y NOREEN y a HORNGREN *et al.*) expresan que las reglas que deben seguirse para la elección del criterio de determinación del precio de transferencia son:

- el precio máximo debe no ser más alto que el precio mínimo de mercado al que una división de compra puede adquirir en el mercado externo;
- el precio mínimo no debe ser inferior a la suma de los costes de producción incrementales⁵¹⁷ de la división de venta más el coste de oportunidad de las instalaciones utilizadas.

FERRUZ *et al.*⁵¹⁸ refieren como características que debe reunir un buen sistema de determinación de precios de transferencia las siguientes:

- garantizar la autonomía de los directores;
- evitar decisiones no funcionales;
- evaluación adecuada de resultados conseguidos;
- simplicidad de su implantación y mantenimiento;
- impedir su manipulación por la dirección.

Pese a ello, no hay ningún método que satisfaga todas las necesidades. El método ideal es aquel que ayuda de la forma óptima a la consecución de los objetivos de la empresa.

WOLFF⁵¹⁹ subraya que el sistema elegido debe cumplir fundamentalmente con un efecto motivador y un efecto de eficiencia. Respecto del efecto motivador discierne diversos elementos que influyen en su consecución: la descentralización de las decisiones y el sentimiento de autonomía, la incentivación y remuneración de los

⁵¹⁵ ECCLES Jr. R. G. (1985).

⁵¹⁶ PERČEVIĆ, H. & HLADIKA, M. (2017).

⁵¹⁷ El coste incremental es un concepto prácticamente similar al coste marginal. El autor lo usa para referirse a los costes variables de producción que incluyen los costes materiales directos, los costes laborales directos y los gastos generales variables.

⁵¹⁸ FERRUZ AGUDO, L., MARCO SANJUAN, I. y VICENTE RENÉ, R. (2010).

⁵¹⁹ WOLFF M. (2007).

beneficios de la división y, en último lugar, mediante otros elementos como la valoración del sentido de la responsabilidad y la actualización de los conocimientos. Respecto de la eficiencia matiza que se conseguirá mejorando la relación entre ventas y producción a través de la presión entre departamentos productivos y suministradores, además de mediante la distribución de decisiones.

II.4.2.4.C) ¿Cuál es el criterio más usado?

Los estudios empíricos llegan a distintos resultados que si bien son próximos contienen importantes diferencias⁵²⁰.

⁵²⁰ Exponemos en un cuadro sintético algunos de los estudios aparecidos en:

- VANCIL, R.F. (1978).
- TANG, R.Y.W. (1979).
- LI, J. (2005).
- TEMPLAR, S. (2005).
- WOLFF, M. (2007).
- TERZIOGLU, B. & INGLIS, R. (2011).

AUTOR	MUESTRA	RESULTADO
VANCIL	237 EMPRESAS AMERICANAS	31% precio de mercado
		22% criterio de negociación
		47% precios de costes
TANG	247 EMPRESAS AMERICANAS	37% precio de mercado
		17% criterio de negociación
		43% precios de costes
LI	EMPRESAS EXTRANJERAS EN NUEVA ZELANDA	44% precio de mercado
		56% otros criterios distintos al precio de mercado
TEMPLAR	EMPRESAS DE DISTINTOS PAISES DESARROLLADOS	30% precio de mercado
		7% criterio de negociación
		57% precios de costes
		6% otros criterios
WOLLF	73 CUESTIONARIOS A EMPRESAS ALEMANAS	33% precio de mercado
		21% criterio de negociación
		46% precios de costes
TERZIOGLU & INGLIS	Empresas australianas	20% costes variables estándar
		38% costes variables reales
		23% costes variables incrementados
		57% costes estándar completos
		39% costes reales completos
		51% costes incrementados completos
		39% precio de mercado real
		23% precio de mercado ajustado
		21% precio negociado
		9% otros
PERČEVIĆ y HLADIKA	Empresas en Croacia 2012	48% costes
		26% precio de mercado
		16% precio negociado
		10% otros métodos

A partir de los datos empíricos las conclusiones de los autores varían. Hay un sector doctrinal que entiende que el método de costes es el predominante. La National Industrial Conference Board de 1967 razonaba que la preponderancia de dicho método estribaba en cuatro causas básicas:

- a) la división de ventas es considerada como un centro de coste más que un centro de beneficios;
- b) la importancia dada a la rentabilidad de los productos, no de los centros;
- c) el deseo de los gerentes de conseguir una mejor utilización de las capacidades de la empresa;
- d) la insignificancia de las cantidades envueltas en las transferencias interdivisionales.

De este parecer participan autores como MILLS⁵²¹, EL-SEGINI⁵²², ELLIOT⁵²³, MATSUI⁵²⁴, SCHUSTER y CLARKE⁵²⁵, HORGREN et al.⁵²⁶, ZARDOYA ALEGRÍA y COSENZA⁵²⁷, entre otros. TRANG⁵²⁸ indica que es el más utilizado en EE. UU., Reino Unido, Francia, Alemania, Japon y Australia.

Otro sector doctrinal, cada vez más numeroso y contundente, prioriza el método del precio de mercado. Uno de sus más claros exponentes es WOLFF⁵²⁹, quien estima que la superioridad del sistema del precio de mercado sobre el sistema de costes se manifiesta:

- en términos de motivación y eficiencia que se consiguen gracias a la libertad de las divisiones;
- su mayor facilidad de implementación cuando existe un mercado externo;
- por ser más justo y objetivo.

LI & PAISEY⁵³⁰ observan el incremento en su utilización en la muestra que toma para su estudio, de suerte que en 1995 las empresas que aplicaban tal criterio era el 30% y en el 2003 la ratio había subido hasta el 43%.

Indudablemente el posicionamiento adoptado por la OCDE y la acogida internacional – por efecto expansivo de aquel– ha venido contribuyendo a que el precio de mercado tenga cada vez una mayor acogida.

⁵²¹ MILLS, R.W. (1988).

⁵²² EL-SEGINI, S. A. (1992).

⁵²³ ELLIOTT, J. (1998). Este autor concluye que el método más usado es el de costes incrementados, seguidos del método de reventa.

⁵²⁴ MATSUI, K. (2013).

⁵²⁵ SCHUSTER, P. & CLARKE, P. (2010).

⁵²⁶ HORNGREN, C.; DATAR, S.M. & RAJAN, M. V. (2012).

⁵²⁷ ZARDOYA ALEGRÍA, A.I. y COSENZA, J.P. (2004). Estos autores proponen el método del coste de oportunidad como el más idóneo para superar los problemas de coordinación, autonomía e individualidad de las divisiones que surgen en las empresas descentralizadas. La gestión de recursos se resume en la maximización de la riqueza por lo que hay que introducir el coste de oportunidad al representar el verdadero coste para una compañía desde una perspectiva de resultado económico.

⁵²⁸ TRANG, N.T.X. (2016).

⁵²⁹ WOLFF M. (2007).

⁵³⁰ LI, J & PAISEY, A. (2005).

II.4.2.4.D) ¿Qué factores afectan en la elección del método?

La práctica unanimidad de la doctrina coincide en que son múltiples los factores determinantes en la elección del método, y a poco que nos fijemos, rápidamente se intuye que la diversidad de la naturaleza de dichos factores es la causante principal de la complejidad del tema que abordamos. En esta línea de pensamiento ZARDOYA ALEGRÍA y COSENZA⁵³¹ escriben que hay factores externos e internos que influyen en las políticas empresariales de los precios de transferencia, de manera que además de los costes, la demanda y la competitividad, deben ser considerados las políticas fiscales internacionales, los controles gubernamentales de los entornos donde se realizan las transacciones y las legislaciones y normas mundiales sobre comercio exterior. Precisamente por ello, el estudio de los precios de transferencia encierra una gran complejidad y plantea aspectos muy controvertidos de difícil solución.

TRANG⁵³² considera que son distintos los factores que influyen en el caso de los precios de transferencia nacionales y en los internacionales. En el caso de los nacionales, siguiendo a BORKOWSKI⁵³³, agrupa los factores en dos categorías:

- a) factores organizacionales, donde incluye cinco factores:
 - el tamaño de la empresa: las empresas de grandes dimensiones tienden a usar el precio de mercado;
 - el grado de conflicto: cuando el grado de conflicto es alto las empresas eligen el precio negociado;
 - el nivel de descentralización: a mayor grado de descentralización mayor inclinación a usar el precio de mercado. Por otra parte, para la utilización de los métodos del coste completo y del precio de mercado se requiere un nivel de descentralización inferior que para el precio negociado;
 - los objetivos de la empresa: el precio negociado se utiliza para alcanzar congruencia, mientras el método del coste completo se utiliza cuando hay un buen nivel de entendimiento, aunque si son objetivos de evaluación de resultados las tendencias de utilización son el precio de mercado y negociado;
 - la participación de los gerentes en la determinación del precio de transferencia, siendo ésta muy acusada en los precios negociados e inferior en el método de costes completo y de precio de mercado.
- b) factores ambientales:
 - la existencia o no de mercado externo:
 - ✓ si el mercado externo no existe: las empresas prefieren el método de costes completo;
 - ✓ si el mercado externo existe: resulta sorprendente, pero los estudios empíricos acreditan que no todas las empresas prefieren el precio de

⁵³¹ ZARDOYA ALEGRÍA, A.I. y COSENZA, J.P. (2004).

⁵³² TRANG, N.T.X. (2016).

⁵³³ BORKOWSKI, S.C. (1990).

mercado, siendo bastante habitual el precio negociado y el método de coste completo;

- el tipo de industria:
 - ✓ empresas de procesamiento: son proclives a la utilización del precio de mercado;
 - ✓ empresas mineras y del metal, así como manufactureradas: son propensas a la utilización del método de costes completos.

A nivel internacional, siguiendo a TANG & CHAN⁵³⁴, determina 20 factores ambientales a los que atienden las 76 empresas estadounidenses y 50 japonesas encuestadas, de todos los cuales en las empresas internacionales de gran tamaño destaca en primer lugar, sobre todos los demás, la preocupación por los beneficios generales de la empresa en las políticas de los precios de transferencia. Otros tres factores dignos de consideración son: la posición competitiva de las divisiones en los países extranjeros, las limitaciones existentes en los países extranjeros a la repatriación de beneficios o dividendos y la evaluación de resultados de las divisiones extranjeras.

Por su parte LI & PAISEY⁵³⁵, tras un estudio empírico en que sometió a consideración cuatro grupos de empresas (estadounidenses, japonesas, australianas y europeas) sobre diecisiete posibles factores ambientales que podrían influir en la determinación del precio de transferencia, extraen como conclusión que son cuatro los factores principales:

- en primer lugar, en las multinacionales que operan en el extranjero la preocupación principal a la hora de definir las políticas empresariales de los precios de transferencia es cumplir con la normativa legal del país en cuestión;
- en segundo lugar, los beneficios de las subsidiarias constituyen una motivación constante para los gerentes de las divisiones, por cuanto de los beneficios dependerán sus retribuciones, por lo que tenderán a buscar un equilibrio entre los beneficios generales de la empresa y los propios de la división;
- en tercer lugar, el posicionamiento competitivo de las divisiones;
- en cuarto lugar, los beneficios generales de la empresa en su totalidad;
- en inferior grado de influencia se sitúan seis factores adicionales:
 - ✓ el control de cambios en transacciones internacionales;
 - ✓ las restricciones a las importaciones;
 - ✓ las buenas relaciones con los gobiernos locales;
 - ✓ los tipos de los derechos de aduanas;
 - ✓ los controles sobre los precios de los gobiernos locales;
 - ✓ la existencia de socios locales.

LI & FERREIRA⁵³⁶ realizan una propuesta de diferenciación entre los siguientes géneros de factores determinantes del método aplicable:

⁵³⁴ TANG, R.Y.V. & CHAN, K. H. (1979).

⁵³⁵ LI, J. & PAISEY, A. (2005).

⁵³⁶ LI, D. & FERREIRA, M. P (2010).

a) por la naturaleza de las transferencias:

- ✓ atendiendo al ciclo de vida del producto transferido:
 - si se trata de un producto nuevo, la inexistencia de mercado obligará a acudir a otros métodos como el de costes;
 - cuando el producto es ya un producto asentado será más fácil acudir al precio de mercado;
- ✓ atendiendo a si estamos en presencia de activos o valores específicos: supondrá que esos activos o valores no existirán en el mercado externo y, por otro lado, una vez que la división de ventas realice la inversión necesaria para la producción no habrá retorno, razones por las cuales las metodologías más adecuadas serán las de costes, en detrimento de mecanismos de negociación que habrán quedado estrangulados por las circunstancias concurrentes antedichas. Opuestamente, cuando estemos ante productos estandarizados el método idóneo será el precio de mercado. Si se trata de productos particularizados – “*customization*”– el método deberá ser el de costes;

b) por los factores ambientales técnicos internos, es decir, el grado de interdependencia entre las distintas divisiones, donde habría que distinguir distintas situaciones:

- ✓ empresas con tecnologías de enlace largo⁵³⁷: primarán las metodologías de costes;
- ✓ empresas con tecnologías de enlace medio⁵³⁸: el precio negociado parece ser el más idóneo en este tipo de situaciones;
- ✓ empresas de tecnologías intensivas⁵³⁹: también el precio negociado es el recomendado;

c) por los factores ambientales sociales internos: los autores reseñan tres elementos interconectados en las MNEs descentralizadas: precios de transferencia, autoridad jerárquica y confianza. No son independientes o sustitutivos, sino complementarios. A menor confianza menor nivel de información y, por tanto, mayor necesidad de control–autoridad y pérdida de autonomía. Pues bien, cuando el nivel de confianza entre divisiones es pequeño, los métodos más adecuados serán o el del precio de mercado externo o los costes. Sin embargo, cuando el nivel de confianza es alto habrá que inclinarse por el precio negociado;

d) por los factores ambientales tecnológicos externos, entendiendo por tales los ritmos de los cambios tecnológicos para toda la empresa. Cuanto más inestable se muestre una empresa frente a los aspectos tecnológicos, mayor incertidumbre se

⁵³⁷ Cuando hay una interdependencia en serie dentro de la empresa, propia de las producciones en cadena de productos estandarizados

⁵³⁸ Empresas de intermediación entre dos tipos de clientes, como p.ej. un banco que enlaza depositantes y prestatarios

⁵³⁹ Empresas de tecnologías dependientes de la respuesta del producto y fuertemente personalizadas

producirá y, en consecuencia, se verán afectados sus resultados, sus recursos y su supervivencia. Habrán de diferenciarse dos situaciones:

- ✓ si la empresa es estable a los cambios tecnológicos: puesto que ello propicia la estandarización de los productos y, consiguientemente, el método más adecuado será el precio de mercado ajustado;
- ✓ si la empresa es inestable a los cambios tecnológicos: entonces los métodos más adecuados serán el de costes y el negociado;

e) por los factores ambientales sociales externos, por cuanto las empresas no se encuentran aisladas, sino en un entorno tanto tecnológico como social externo, viniendo marcado este último por las redes sociales, profesionales y de intercambio de relaciones con otros agentes y organizaciones de su entorno. Desde esta óptica se aprecian dos tipos de influencias en la determinación de los precios de transferencia:

- ✓ el entorno institucional externo donde se incluyen la normativa gubernamental industrial, la normativa profesional y/o la imitación de las empresas exitosas;
- ✓ e igualmente, por otra parte, la búsqueda de eficiencia y de legitimidad.

DOGAN et al.⁵⁴⁰ sistematizan los factores en cuatro grupos:

a) legales, donde tienen cabida:

- ✓ los tipos impositivos y normas fiscales en el país donde opera la matriz;
- ✓ la fiscalidad aduanera y tipos del país donde operan las divisiones;
- ✓ las intervenciones gubernamentales;
- ✓ la participación de socio local;
- ✓ los principios por los que se rige la autoridad fiscal;
- ✓ las normas de información financiera;
- ✓ el derecho de la competencia del país donde opera la empresa;

b) políticos y sociales que abarcan:

- ✓ los riesgos de confiscación y expropiación en el país donde opera la empresa;
- ✓ la capacidad de la empresa para tener buenas relaciones con el gobierno del país donde opera;
- ✓ las políticas racistas del país donde opera;
- ✓ las contiendas civiles en el país donde opera;
- ✓ los conflictos religiosos en el país donde opera;
- ✓ la inestabilidad política en el país donde opera;
- ✓ la violación de derechos humanos en el país donde opera;

⁵⁴⁰ DOGAN, Z.; DERAN, A. & KÖKSAL, A.G. (2013).

c) económicos externos que incluyen:

- ✓ el control de cambios y fluctuaciones de los tipos cambiarios;
- ✓ las limitaciones sobre los beneficios y a las transferencias dinerarias;
- ✓ los controles de precios;
- ✓ las restricciones a las importaciones;
- ✓ los tipos de inflación en los países donde opera la empresa;

d) económicos internos, entre los que se citan:

- ✓ la cuota de mercado;
- ✓ la estructura de mercado del país donde opera la empresa;
- ✓ la competitividad;
- ✓ el criterio de evaluación de resultados de la empresa.

Ahora bien, de las múltiples enumeraciones y clasificaciones que nos podemos encontrar, se puede concluir junto con GERVAIS⁵⁴¹, que los factores capitales provienen de dos fuentes:

- el contexto de la estructura estratégica de la empresa⁵⁴²;
- las limitaciones legales, financieras y fiscales.

II.4.2.5 Propuesta de sistematización de los enfoques existentes en la literatura económica. Valoración de los distintos enfoques.

II.4.2.5.A) Evolución histórica de la doctrina económica.

Como ya tenemos dicho, la determinación de la política de los precios de transferencia que adopten las empresas no tiene un único camino de resolución⁵⁴³. Incluso se ha llegado a decir que cada empresa tiene su propia solución⁵⁴⁴. La consecuencia inmediata es que los enfoques desde los que nos podemos acercar a los precios de transferencia y sus mecanismos de determinación son múltiples.

Atendiendo a la evolución histórica de los estudios desarrollados, los economistas, como apunta HINES⁵⁴⁵—precursor de esta línea de pensamiento—, comenzaron preocupándose por diseñar un sistema eficiente de precios de transferencia para descentralizar las operaciones entre distintas divisiones de una misma empresa a la hora de obtener beneficios fiscales. HIRSCHLEIFER⁵⁴⁶, cuyo análisis se considera una de las bases teóricas más importantes en la materia, centró su interés en los precios de

⁵⁴¹ GERVAIS, M. (1988).

⁵⁴² También otros autores coinciden en apuntar este factor como de importancia capital a la hora de determinar la metodología: SIMONS, R. (1990); COLBERT & SPICER (1995); BOUQUIN (2000).

⁵⁴³ BORKOWSKI, S.C. (1990)

⁵⁴⁴ Se trata del eje fundamental en el que descansa la teoría de la contingencia de la contabilidad de gestión, consistente en que un sistema de contabilidad de gestión para que sea operativo deberá atender a la estructura, la tecnología, la estrategia y al entorno o factores ambientales de la empresa, por lo que soluciones universales no existen.

⁵⁴⁵ HINES Jr., J.R. (1990).

⁵⁴⁶ HIRSCHLEIFER, J. (1956).

bienes y servicios transferidos entre unidades descentralizadas de una misma empresa y cómo debían ser calculados a efectos de incentivar a cada unidad con el fin de maximizar las ganancias. Su modelo de propuesta establecía que los precios de transferencia descentralizados eficientes deben ser equivalentes a los precios de mercado, siempre que dicha transacción se hubiera producido en un mercado competitivo perfecto; en otro caso, el precio de transferencia debería ser igual al costo marginal o a un precio intermedio entre ese costo y el precio de mercado. Esa misma línea de pensamiento fue secundada por GOULD⁵⁴⁷. Para la operatividad de su modelo HIRSCHLEIFER partía de las siguientes condiciones:

- la empresa tiene dos centros de beneficio: una división de manufactura y una división de distribución de un solo producto;
- la división de manufactura es considerada como vendedora y la división de distribución como compradora;
- los costes operativos de una y otra división son independientes;
- la demanda externa del mercado para el producto de cada división es independiente.

Pues bien, en tales condiciones nos podemos encontrar con tres situaciones:

- no haya demanda ni suministro de los productos distintos a los generados por las dos divisiones: en este caso el precio debe ser igual al coste marginal de la división vendedora, tanto en condiciones perfectas como imperfectas de venta;
- si hay un mercado competitivo perfecto por lo que hay demanda de los productos: en este caso el precio debe ser igual al precio de mercado;
- si hay un mercado competitivo imperfecto: el precio óptimo debe ser igual al coste marginal de la división manufacturera.

En los años sesenta fueron usadas las técnicas de programación matemáticas para estudiar los casos de múltiples divisiones de venta y compra, múltiples productos y situaciones en que existieran gastos de venta. Fue el caso de HASS⁵⁴⁸, ARROW⁵⁴⁹ o ABDEL-KHALIK & LUSK⁵⁵⁰. Los modelos matemáticos han sido criticados por diversas razones. Se trata de modelos muy complejos y a nivel administrativo carecen de la posibilidad práctica de implementarse. Además, como apuntan WATSON & BAULMER⁵⁵¹, los autores que avalan este tipo de planteamientos se preocupan más de las propiedades matemáticas de sus modelos que de las implicaciones organizacionales.

Los estudios económicos, a partir de los años setenta, pueden incluirse, conforme podemos extraer de las afirmaciones que realizan HINES, SABRI ABDEL-HAMID, o más recientemente GAVIUS⁵⁵², WATSON & BAUMLER⁵⁵³, MCAULAY &

⁵⁴⁷ GOULD, J.R. (1964).

⁵⁴⁸ HASS, J.E. (1968).

⁵⁴⁹ ARROW, K. J. (1959).

⁵⁵⁰ ABDEL-KHALIK, A. R. & LUSK, E. J. (1974)

⁵⁵¹ WATSON, D.J.H & BAUMLER, J. V. (1975).

⁵⁵² GAVIUS, A., (1999).

⁵⁵³ . WATSON, D.J.H & BAUMLER, J. V. (1975). La misma sistematización se puede apreciar en la obra de LI, J. y PAISEY, A. (2005).

TOMKINS⁵⁵⁴, en alguno de los tres siguientes grandes grupos⁵⁵⁵: los que adoptan un enfoque estratégico u organizativo, los estudios del enfoque contable y, por último, los estudios sociológicos o de enfoque conductista. A continuación, profundizamos en los mismos.

a) Los que adoptan un enfoque estratégico u organizativo:

Este enfoque considera que el problema de las transferencias internas no se limita a la fijación de un precio, sino que comprende las opciones organizacionales (grados de libertad que quedan en los centros para comprar fuera, y los modos de regulación de los conflictos). Cualquier solución puede concebirse, siempre que sea coherente con la estrategia de la empresa (COLBERT & SPICER⁵⁵⁶). La mejor solución en la determinación de los precios de transferencia dependerá de múltiples factores, tales como la estructura de la corporación y los objetivos de la empresa, por eso no hay una única solución. Como punto de partida, este enfoque toma la asimetría de la información, considerando que si el centro de administración no tiene conocimiento exacto del coste en que incurren las divisiones, entonces no puede equipararse el coste marginal con el beneficio bruto marginal. ¿En tal caso cómo se debe incentivar a los gestores/directores de las distintas divisiones para que proporcionen información exacta, fiable y completa? Las respuestas dadas por los autores son múltiples. GIBBARD⁵⁵⁷ apuesta por simples mecanismos de incentivación que sean directos. RONEN & MCKINNEY⁵⁵⁸ se inclinan por compensaciones a los gestores/directores de división, dependiendo la cantidad de la compensación únicamente de los informes suministrados por los gestores/directores de las demás divisiones. GROVES y LOEB⁵⁵⁹ introdujeron algunas modificaciones adicionales en el mecanismo de determinación de las compensaciones. Los estudios que se fueron sucediendo en fechas posteriores y que adoptaron el enfoque que comentamos han sido numerosos, entre muchos otros cabe citar a: GREEN & LAFFONT⁵⁶⁰; HARRIS, KRIBEL & RAVIV⁵⁶¹; RONEN & BALACHANDRAN⁵⁶²; BANKER & DATAR⁵⁶³; DONNENFELD & PRUSA⁵⁶⁴.

ELLIOT⁵⁶⁵ destaca como las principales teorías desarrolladas bajo este enfoque la de EMMANUEL & MEHAFDI⁵⁶⁶, WATSON & BAULMER⁵⁶⁷,

⁵⁵⁴ MCAULAY, L. & TOMKINS, C. R. (1992).

⁵⁵⁵ Los autores citados vienen prácticamente a coincidir en la agrupación de las distintas teorías desarrolladas, si bien con ligeras variantes y matizaciones

⁵⁵⁶ COLBERT, G.J & SPICER, B.H. (1995).

⁵⁵⁷ GIBBARD, A. (1973).

⁵⁵⁸ RONEN, J. & MCKINNEY, G. (1970).

⁵⁵⁹ GROVES, T. & LOEB, M. (1979)

⁵⁶⁰ GREEN, JR. & LAFFONT, J-J. (1979).

⁵⁶¹ HARRIS, M., KRIBEL, C. H. & RAVIV, A. (1982).

⁵⁶² RONEN, J. & BALACHANDRAN, R.K. (1995).

⁵⁶³ BANKER, R. D. & DATAR, S. M. (1989).

⁵⁶⁴ DONNENFELD, S. & PRUSA, T.J. (1995).

⁵⁶⁵ ELLIOT, J. (1999).

SWIERINGA & WATERHOUSE⁵⁶⁸, ECCLES⁵⁶⁹, EZZAMEL⁵⁷⁰, SPICER⁵⁷¹ y, en último lugar, COLBERT & SPICER⁵⁷².

Una particular versión de este enfoque es la expuesta por MARTINI⁵⁷³, para quien el enfoque estratégico debe de ocuparse de la coordinación de las divisiones para alcanzar la eficiencia operacional. Las empresas están organizadas en distintos niveles de estrategia, sin que puedan tomarse divisiones aisladas, sino que en las determinaciones de los precios de transferencia hay que atender a las relaciones entre los distintos niveles y el impacto de cada división en otra. Se distinguen tres niveles clásicos organizacionales⁵⁷⁴: nivel corporativo (atiende a las estrategias y objetivos de la empresa como unidad), nivel comercial (atiende a las estrategias individuales para alcanzar los objetivos generales de la empresa) y nivel funcional (las estrategias son desarrolladas por las divisiones para alcanzar los objetivos de las mismas). Los niveles tienen que estar alineados para conseguir congruencia y obtener ventajas competitivas en el mercado, y es a través del alineamiento de los niveles como se alcanza la eficiencia organizacional y la optimización de los resultados. Para implementar exitosamente las estrategias los gestores deben compartir objetivos, en caso contrario quiebra la congruencia estratégica y se produce ineficiencia, ya que si cada gerente busca únicamente maximizar el beneficio de su división se corre el gran riesgo de la suboptimización de la contribución agregada de la totalidad de la empresa. Pues bien, en la coordinación/alineamiento juegan un papel muy importante los precios de transferencia. A nivel corporativo PORTER⁵⁷⁵ diferencia cuatro tipos de empresas atendiendo a dos parámetros: la sinergia potencial⁵⁷⁶ de las divisiones y el grado de diversificación. El primer tipo serían las empresas de gestión de cartera caracterizadas por un alto grado de diversificación y alto grado de independencia. El segundo tipo viene constituido por las empresas de reestructuración, caracterizadas por bajo grado de diversificación, aunque ese grado es superior a las empresas de los dos siguientes tipos. En tercer lugar, se encuentran las empresas de transferencia de capacidades donde empieza a desaparecer el grado de diversificación y se preocupan más por la combinación de capacidades. Y, en último lugar, las empresas de actividades

⁵⁶⁶ EMMANUEL, C.R. & MEHAFDI, M. (1994).

⁵⁶⁷ WATSON, D. J. H. & BAULMER, J. V. (1975).

⁵⁶⁸ SWIERINGA, R.J. & WATERHOUSE, J.H. (1982).

⁵⁶⁹ ECCLES, Jr. R. G. (1985)

⁵⁷⁰ EZZAMEL, M. (1987)

⁵⁷¹ SPICER, B.H. (1988).

⁵⁷² COLBERT, G.J & SPICER, B.H. (1995).

⁵⁷³ MARTINI (2008)

⁵⁷⁴ HOFER C.V. & SCHENDEL D.E. (1978). NATH D.& SUDHARSHAN D. (1994)

⁵⁷⁵ PORTER M.E. (1987).

⁵⁷⁶ El concepto de sinergia potencial surge por diferenciación con la sinergia de suma. Cuando las distintas divisiones empresariales no reportan mayor beneficio por su actuación colaborativa que la que aportarían por separado, se denomina a la colaboración sinergia de suma. Cuando por el contrario los beneficios aumentan por actuación colaborativa en mayor medida que lo que se conseguiría por separado se habla de sinergia potencial.

compartidas que se encuentran en el escalón más bajo de la diversificación, pero en el más alto de sinergia potencial. ¿Cómo se traduce esta tipología en materia de precios de transferencia? En el caso de las empresas de gestión de cartera y una estructura competitiva la metodología más adecuada sería el precio de mercado o, alternativamente, un precio negociado que persiga el beneficio de la división. En cambio, las empresas de estrategia compartida y cooperativas se guiarán por políticas de costes o precios negociados que persigan la maximización del beneficio de la totalidad de la empresa. Según nos desplazemos desde un extremo a otro las preferencias y adecuación se irá moviendo.

En el nivel estratégico comercial o de negocio MILES & SNOW⁵⁷⁷ (1978), GUPTA y GOVINDARAJAN⁵⁷⁸ (1984), y PORTER⁵⁷⁹ distinguen tres modalidades de estrategia con las que una empresa puede hacer frente a la competencia en un sector: la estrategia de diferenciación, la estrategia de liderazgo en costes y la estrategia de enfoque. En la estrategia de diferenciación la empresa debe producir servicios/productos exclusivos que sean percibidos así por los consumidores, quienes están en disposición de pagar más por tenerlos, es decir, los productos/servicios proporcionan los valores o características estándares solicitados por los consumidores, pero, además, incorporan unos valores adicionales singularizados que repercuten directamente en un encarecimiento del precio. Normalmente conllevará una política de precios de transferencia basada en costes o precio negociado que persiga la maximización de resultados de la empresa en su totalidad. La estrategia del liderazgo de costes persigue la reducción de costes en cada eslabón de la cadena de valor, de manera que repercuta en una disminución del precio. Esto suele conseguirse mediante la creación de productos/servicios totalmente estandarizados y determinará una política de precios de mercado o un precio negociado que persiga la maximización de resultados de la división. Por último, la estrategia de enfoque o concentración, también conocida como de segmentación, se caracteriza porque la empresa se concentra en la satisfacción de segmentos perfectamente definidos, ya se trate de población o por criterio de productos o geográfico, o cualquier otro criterio delimitador de un mercado objetivo existente. La política de determinación de precios de transferencia se encontrará a caballo de las dos tendencias anteriormente citadas, y dependiendo de la preferencia dominante se desplazará de una solución a otra.

En el nivel funcional se analiza cómo utilizar y aplicar los recursos y habilidades dentro de cada área funcional, con el fin de maximizar la productividad de dichos recursos y la consecución de ventajas competitivas. Para tal finalidad podrá optarse por una minimización de costes o por una diferenciación de productos/servicios. Las empresas de minimización de costes normalmente

⁵⁷⁷ MILES, R.E. & SNOW, C.C. (1978).

⁵⁷⁸ GUPTA, A.K. & GOVINDARAJAN, V. (1984).

⁵⁷⁹ PORTER, M.E. (1980).

determinarán su política de precios de transferencia, bien mediante el precio de mercado, bien mediante un precio negociado que persiga la maximización de resultados de la división. Las empresas que opten por una estrategia funcional de diferenciación habitualmente concretarán su política de precios de transferencia, bien mediante precio de costes, bien mediante un precio negociado que persiga la maximización de la empresa en su totalidad.

b) Los estudios del enfoque contable:

Este enfoque aspira a desarrollar un sistema de fijación de precios que maximice los beneficios generales de la empresa y, al mismo tiempo, motivar a los gerentes de división y proporcionar una evaluación de rendimiento justo. Para ello los autores proponen diversos criterios que aparecen recogidos y enumerados por KAPLAN⁵⁸⁰. Dichos criterios se debaten entre si deben utilizarse métodos del precio de mercado o métodos de costes. Así, por ejemplo, SOLOMONS⁵⁸¹ recomienda el criterio del precio de mercado si hay un mercado competitivo para esas transferencias internas. MANES y VERRECCHIA⁵⁸² sugieren el criterio del valor de SHAPLEY para supuestos en que la información sea completa como mecanismo para distribuir los beneficios entre las distintas divisiones que han intervenido en la producción de un producto específico. ADELBERG⁵⁸³ propone el criterio del precio sintético cuando exista incertidumbre sobre el precio de mercado de productos intermedios, consistiendo tal precio en la suma del coste variable de la división de ventas y del coste de oportunidad de la empresa en su totalidad.

ELLIOT⁵⁸⁴ señala como principales autores que han adoptado este enfoque a SOLOMONS⁵⁸⁵ y BORKOWSKI⁵⁸⁶.

c) Los estudios del enfoque conductista o sociológico:

Estos estudios critican los anteriores enfoques por entender que dan prioridad a la eficiencia productiva, la minimización de los costes y la maximización del beneficio, en detrimento de la consideración de la dimensión o componente humanos a la hora de la fijación de cuál deba ser el precio de las transacciones internas. Este enfoque parte de las consideraciones realizadas inicialmente en su día por CYERT & MARCH⁵⁸⁷. Como destaca SLATER⁵⁸⁸ no puede asumirse, como hacían las teorías neoclásicas de la racionalidad, que la información que puede obtener cada organización es perfecta y completa, por lo que las decisiones de las organizaciones para alcanzar el objetivo de la maximización de los

⁵⁸⁰ KAPLAN, R.S. (1982).

⁵⁸¹ SOLOMONS, D. (1976).

⁵⁸² MANES, R. & VERRECCHIA, R.E. (1979).

⁵⁸³ ADELBERG, A. H. (1986).

⁵⁸⁴ ELLIOT, J. (1999).

⁵⁸⁵ SOLOMONS, D. (1976).

⁵⁸⁶ BORKOWSKI, S. C. (1990)

⁵⁸⁷ CYERT, R.M. & MARCH, J.G. (1963).

⁵⁸⁸ SLATER, S. F.(1997).

beneficios no son perfectas. En definitiva, el enfoque conductista se centra en la consideración de la falibilidad humana y en el comportamiento real (no en el teórico) a la hora de tomar decisiones por parte de las empresas.

No debe tratarse de una mera cuestión de descentralización, sino que simultáneamente suponga un proceso de descentralización e integración. El foco de atención debe de estar en los beneficios de la empresa en su totalidad y no en sus divisiones.

II.4.2.5.B) Sistematización de las distintas líneas de pensamiento económico sobre los precios de transferencia. Las teorías organizacionales, las teorías de la contingencia, los estudios mediante encuestas y los estudios del caso.

Coincidiendo con la sistematización acabada de exponer, ECCLES⁵⁸⁹ clasifica los estudios económicos en materia de precios de transferencia en cuatro grupos:

- modelos económicos
- modelos de programación matemática
- modelos contables
- modelos de gestión

ABDEL–KHALIK & LUSK⁵⁹⁰ exponen las siguientes categorías de enfoques:

a) la teoría económica de la empresa basada en que en la relación entre factores de producción y productos finales el empresario debe poder realizar sus cálculos correspondientes al binomio costes–beneficios para así seleccionar una mezcla de productos con la que conseguir maximizar los beneficios de la organización. Esta perspectiva permite ser utilizada como mecanismo para facilitar la descentralización y, a su vez, debe proporcionar independencia a los gerentes de las divisiones a la hora de: (a) obtener información evaluadora mediante el valor económico generado a través de la asignación de recursos a las divisiones, (b) valorar los factores de interacción tal como generan la producción, y (c) fijar precios de los productos intermedios basándose en su valor económico. Entre los autores cuyos estudios se incardinan en esta categoría se cita a HIRSCHLEIFER⁵⁹¹, GOULD⁵⁹², RONEN & MACKINNEY⁵⁹³ o JENNERGREN⁵⁹⁴

b) los enfoques de programación matemática surgen ante la falta de solución del anterior enfoque ante las transferencias en una organización descentralizada pero cuando se trate de una empresa multidivisión, o de transferencias de multiproductos.

⁵⁸⁹ ECCLES, Jr. R. G. (1985).

⁵⁹⁰ ABDEL–KHALIK, A.R. & LUSK, E.J. (1974).

⁵⁹¹ HIRSCHLEIFER, J. (1956)

⁵⁹² GOULD, J.R. (1964).

⁵⁹³ RONEN, J. & MCKINNEY, G. (1970)

⁵⁹⁴ JENNERGREN, P. (1972).

c) otros enfoques analíticos destacados por la Asociación Nacional de Contables (National Association of Accountants) como criterios principales de determinación de los precios de transferencias serían el coste de producción, el coste completo, el coste completo incrementado y el coste variable incrementado. De todos ellos, el coste completo incrementado es preferido siempre que concurren las siguientes circunstancias: ausencia de precios competitivos, interés en el ahorro de los costes de negociación, y necesidad de implementar una política de precios de productos finales.

EL-SEGINI⁵⁹⁵ parte de la agrupación de los estudios en dos grandes categorías: modelos teóricos y modelos empíricos. Bajo la categoría de modelos teóricos quedarían incluidos los modelos económicos, los modelos de programación matemática⁵⁹⁶, los modelos contables y los modelos conductuales. Dentro de los estudios empíricos distingue entre los nacionales⁵⁹⁷ e internacionales⁵⁹⁸.

ELLIOT⁵⁹⁹, en uno de los análisis más detallados al respecto, procede a ordenar los estudios en las siguientes categorías: (a) estudios teóricos comprensivos de dos subcategorías, teorías organizacionales y teorías de la contingencia; (b) teorías de los desplazamientos de las bases fiscales; (c) estudios mediante encuestas; y (d) estudios mediante la metodología del estudio del caso. Las dos primeras obedecen al punto de

⁵⁹⁵ EL-SEGINI, S.A. (1992).

⁵⁹⁶ En estos quedarían incluidas tres subcategorías: las técnicas de programación lineal, las técnicas de coste de oportunidad y las técnicas de descomposición.

Las técnicas de programación lineal permiten representar mediante un modelo matemático el escenario de asignación de recursos de la empresa y sus objetivos económicos, debiendo incluir todas las variables, parámetros, coeficientes técnicos y económicos, así como las restricciones de la empresa (PAREDES V.G. y RUIZ-TAGLE M. –2002–). Este problema es un problema de optimización y por tanto consiste en obtener la mejor solución, la solución óptima al maximizar o minimizar una función –denominada función objetivo–, teniendo en cuenta que las variables de dicha función están sujetas a ciertas restricciones y, por tanto, no toda solución es válida. Este problema se denomina problema primal. A partir de este problema podemos construir un segundo problema llamado dual, en el que atendiendo a una serie de pautas obtendremos una nueva función objetivo con unas nuevas restricciones. La solución de este problema dual coincide con los que se denominan precios sombra referidos al problema original (primal). Tanto la función objetivo como las restricciones serán lineales. La solución dual contiene los mismos antecedentes que la primal pero transpuestos, obedeciendo a una serie de reglas. Los precios sombra del problema primal se corresponden con el nivel óptimo de las variables duales. Los precios sombra sirven de base para el cálculo de los precios de transferencia, pero no pueden usarse directamente, sino que a los mismos habrá de añadirles los costes variables de los productos intermedios. Los autores suelen identificar los precios sombras con los costes marginales o con los costes de oportunidad.

Las técnicas de descomposición se basan en que cada división calcula su función objetivo separadamente a la luz de sus condicionantes particulares; el gestor general no tiene que conocer los acuerdos tecnológicos de la división, pero sí los requisitos de cada división en relación con los recursos de cada división. Las técnicas de descomposición surgieron a consecuencia de las limitaciones técnicas de las computadoras y las fronteras que ello conllevaba para la programación matemática. Se trataba de dividir los problemas de programación en problemas más pequeños de forma secuencial, asegurando la convergencia al óptimo del problema completo.

⁵⁹⁷ Entre los estudios empíricos nacionales repasa los estudios de National Industrial Conference Board (1967), MAUTZ, R. K. (1968), BIM (1971), TOMKINS, C. (1973), LARSON, R. L. C. (1974), VANCIL, R. F. (1978), BENKE, Jr. R. L. & EDWARDS, J. M. (1980), ECCLES, Jr. R.G. (1985).

⁵⁹⁸ Entre los estudios empíricos internacionales incluye los efectuados por GREENE, J. & DUERRS, M.G. (1970), ARPAN, J.S. (1972), Business International Corporation's study (1975), SHULMAN, J. (1975), MILBURN, J.A. (1977), TANG, R.Y.W. (1979) y YUNKER (1981)

⁵⁹⁹ ELLIOT, J. (1999).

vista conceptual de análisis del problema. Las dos últimas vienen referidas a las metodologías usadas en los trabajos. De la reflexión sobre el extenso trabajo del autor podemos concluir:

- no existen posicionamientos conceptuales puros de muchos de los autores que se enfrentan a la materia, sino que a lo largo de sus trabajos adoptan distintos posicionamientos según evolucionan en su análisis. Ello en gran parte se debe a que la contraposición entre teorías organizacionales y de la contingencia no existe, más bien se complementan o guardan relación de especialidad.
- las metodologías adoptadas tampoco suelen ser de un solo tipo

Las teorías organizacionales son aquellas que estudian la estructura organizacional adoptada por la empresa para la consecución del éxito⁶⁰⁰, si bien los autores difieren a la hora de concretar aquellos factores que influyen y definen la misma. Para WOODWARD⁶⁰¹, precursor en el Reino Unido de este tipo de teorías, son los avances tecnológicos y la complejidad técnica del sistema de producción los factores que más influyen. KOTTER⁶⁰² enuncia como factores principales la estrategia, el entorno y los recursos humanos. LAWRENCE & LORSCH⁶⁰³ colocan en la diferenciación e integración las claves de la estructura organizativa. Otros autores se inclinan por enfatizar los factores relativos a la información y su procesamiento, es el caso de PERROW⁶⁰⁴ que indica la complejidad de la información como el factor diferenciador de la estructura organizativa. WATSON & BAUMLER⁶⁰⁵ se fijan en la incertidumbre

⁶⁰⁰ El concepto de organización se contrapone al de administración en el sentido de que las organizaciones son el objeto sobre el que se ejerce la administración. Las organizaciones son entes sociales creados internamente para el logro de determinados objetivos mediante el trabajo humano y los recursos materiales. Se caracterizan por ser conflictivas, dinámicas, interactuantes con el entorno, constituidas por una estructura estratificada de poder y control, con una cultura propia, con objetivos cambiantes y una racionalidad orientada a lograrlos, tienen una capacidad de aprender y de constreñir la acción de sus miembros. La administración es el manejo de los recursos de una organización a través del proceso de planeamiento (previsión), coordinación, dirección, organización y control. Los teóricos organizacionales principales son norteamericanos, excepción hecha de FAYOL, WEBER, WOODWARD, EMERY & TRIST, BURNS & STALKER, CROZIER. (DÁVILA L. DE GUEVARA C. –2001–).

En un esfuerzo por organizar las distintas tendencias dentro de las teorías organizacionales HERRSCHER, E. (2009) separa:

–enfoque clásico, donde destacan: F. TAYLOR (a quien se le atribuye el primer estudio sistemático sobre la organización del trabajo en las empresas) y H. FAYOL.

–enfoque psicológico y sociológico que enfatizan las relaciones humanas en la industria, destacando los estudios psicológicos centrados en la motivación y la percepción (F. HERZBERG, A. MASLOW, D. MC GREGOR) y los sociológicos orientados al análisis de temas como la burocracia, el liderazgo, la relación laboral y la división del trabajo (M. WEBER, DURKHEIM, BLAU, GOULDNER, MERTON y SELZNIK)

–autores neoclásicos, entre los que cabe citar a CH. BARNARD, L. URWICK, H. KOONTZ, C. O'DONNELL, L. GULEIK

–teóricos de la organización, quienes, con un espíritu crítico a los clásicos, pusieron el acento en el ámbito de los objetivos y las decisiones. Es el caso de H. SIMON, J. MARCH, D. MILLER, M. STARR o R. CYERT.

–enfoque de la contingencia: J. WOODWARD, STALKER & BURNS, LAWRENCE & LORSCH, HALL & HASS; CHANDLER

⁶⁰¹ WOODWARD, J. (1958).

⁶⁰² KOTTER, J.P. (1976).

⁶⁰³ LAWRENCE, P.R. & LORSCH, J.W. (1967)

⁶⁰⁴ PERROW, C. (1970).

⁶⁰⁵ WATSON, D.J.H. & BAUMLER, J.V. (1975)

como agente decisivo en la estructura organizacional, tomando como causas principales de tal incertidumbre la tecnología y el entorno.

Entre los estudios más destacados que se han preocupado por la aplicación de las teorías organizacionales a los precios de transferencia ELLIOT⁶⁰⁶ cita a:

a) EMMANUEL & MEHAFDI⁶⁰⁷, para quienes los investigadores de los precios de transferencia deben tener en cuenta tres elementos: tener un entendimiento adecuado y justificación para las transferencias internas, reconocer la variedad de objetivos que un sistema de precios de transferencia puede perseguir y no olvidar la objetividad junto con la dimensión humana, por lo que el enfoque debe ser multidimensional. La investigación de estos autores es tanto teórica como práctica, procediendo a repasar los logros de las investigaciones comprendidas en el periodo 1970–1990 sobre los distintos criterios de determinación utilizados en diferentes países, aunque como los datos utilizados lo eran mediante encuestas realizadas postalmente no eran excesivamente perfectos, lo cual tampoco es muy significativo dado que dichos datos son utilizados meramente para ilustrar sobre la diversidad de las prácticas.

b) Los autores WATSON & BAULMER⁶⁰⁸ proponen una teoría organizacional de la descentralización basándose en las teorías de la contingencia (incertidumbre sobre la tecnología y el entorno). Dos fueron las principales contribuciones de estos autores en la teoría de los precios de transferencia: (1) la necesidad de dar una explicación coherente a la descentralización, la cual hacen descansar sobre la incertidumbre, la diferenciación y la integración⁶⁰⁹, (2) los precios de transferencia juegan un papel dual incentivando la diferenciación organizacional y facilitando la integración.

c) SWIERINGA & WATERHOUSE⁶¹⁰, quienes analizan los precios de transferencia mediante cuatro modelos clásicos de la teoría organizacional:

- teoría conductual: considera a la empresa como una coalición de participantes con diferentes demandas y donde los precios de transferencia serían el resultado de un proceso de abaratamiento;
- el modelo de “*cubo de basura*”: se fundamenta en el principio de que las empresas facilitan la solución de problemas y resolución de conflictos mediante rebajas de los precios;
- el modelo organizativo: se ocupa del procesamiento de la información y eliminación de la incertidumbre;

⁶⁰⁶ ELLIOT, J. (1999).

⁶⁰⁷ EMMANUEL, C. R. & MEHAFDI, M. (1994).

⁶⁰⁸ WATSON, D.J.H. & BAULMER, J.V. (1975).

⁶⁰⁹ La descentralización la conceptúan como una respuesta a la incertidumbre sobre la tecnología y el entorno que repercute en las actitudes y comportamientos de los gerentes. El éxito organizacional dependerá de la diferenciación (cada división debe diseñar su estructura organizacional acorde con sus demandas tecnológicas y de su entorno) y de la integración (el esfuerzo de cada división debe de maximizar los beneficios de la empresa en su totalidad)

⁶¹⁰ SWIERINGA, R.J. & WATERHOUSE, J.H. (1982)

- el modelo de mercados y jerarquías donde juegan un papel crucial las transacciones y contratos.

d) ECCLES⁶¹¹ analiza la complejidad de los precios de transferencia a través de lo que él denomina Plan Analítico de Administración (MAP)⁶¹², apuntando la existencia de dos dimensiones de estrategia. La primera dimensión es la integración vertical, entendiendo por tal la medida en que una empresa lleva a cabo la producción y distribución de actividades que otra empresa puede desarrollar. La integración vertical acarrea la interdependencia entre las distintas divisiones cuando las distintas fases del proceso de producción y distribución es valorado por sus beneficios. La segunda dimensión es la diversificación, es decir, la medida en que la empresa está comprometida en distintos negocios. La diversificación viene determinada por la segmentación correspondiente a los distintos productos del mercado. Acarrea la contribución independiente de cada actividad cuando las distintas actividades están separadas por centros. Las dimensiones pueden operar simultáneamente, ahora bien, las dimensiones son distintas.

Las políticas de los precios de transferencia que usa una empresa suelen ser distintas, dependiendo de la estrategia del grupo, de las divisiones y de los productos envueltos.

Las dos dimensiones estratégicas están asociadas a las particulares características organizacionales y que se pueden concretar en las siguientes: la naturaleza de la estrategia corporativa, el control por la administración central, el criterio de la evaluación de los resultados, la definición de justicia en la empresa y la naturaleza del proceso de administración.

Los tipos organizacionales puros de la empresa pueden ser cuatro: cooperativo, colaborativo, colectivo y competitivo. Pero de estos cuatro tipos, solo tres tienen importancia para el entendimiento del problema de los precios de transferencia, al no presentarse precios de transferencias en las organizaciones colectivas. Sobre el comportamiento de estas ya reparamos anteriormente.

ECCLES estudia además las causas y las consecuencias de los sistemas de precios internos⁶¹³. Entre las principales causas enumera la estrategia y el proceso administrativo. Entre las consecuencias más destacadas menciona que los precios de transferencia afectan a las decisiones económicas, medidas de desarrollo, evaluación y recompensa.

e) EZZAMEL⁶¹⁴, el cual destaca la necesidad de priorizar la atención sobre las características organizacionales frente a los aspectos técnicos, enunciando cuatro características esenciales: grado de descentralización, grado de interdependencia, grado de cooperación y mecanismos de integración. Para este autor las empresas

⁶¹¹ ECCLES Jr, R.G. (1985).

⁶¹² ECCLES Jr., R. G. (1983).

⁶¹³ ECCLES Jr., R.G. (1985).

⁶¹⁴ EZZAMEL, M. (1987)

dependen del mecanismo de los precios para conseguir la maximización de las ganancias, mediante la determinación del precio de transferencia óptimo y la mezcla de productos. Las divisiones deben gozar de la máxima autonomía⁶¹⁵ en la fijación de su actividad, actuando como entes que persiguen la maximización de beneficios, aunque deben comportarse como si todas las divisiones constituyeran una sola entidad cuyo objetivo es maximizar los beneficios de la empresa. En definitiva, una organización divisionalizada es en esencia un red dinámica e interactiva de unidades interdependientes buscando alcanzar objetivos preestablecidos. El problema surge cuando entra en conflicto la optimización de la empresa en su totalidad con la autonomía de las divisiones, al no estar claro cuál debe sacrificarse. Los precios de transferencia ayudan en la autonomía de las divisiones al facilitar la separación de responsabilidades y de las distintas etapas de producción. El método del coste incrementado ayuda además a la integración en situaciones en las que reglas estándar de operatividad y procedimientos son dependientes⁶¹⁶.

f) SPICER⁶¹⁷, quien tomó como puntos de partida el trabajo de WATSON & BAULMER⁶¹⁸ desarrollando su teoría al incluir en el marco organizacional los mercados y las jerarquías. Para SPICER⁶¹⁹ la incertidumbre pasó a ser sólo un factor de los numerosos factores que provocan la diferenciación y la integración, por lo que hay que atender a otros factores para conseguir una explicación más completa. En este sentido subrayó cómo otros autores (SWIERINGA & WATERHOUSE⁶²⁰, GRABSKI⁶²¹, ECCLES⁶²²) toman en consideración el papel del proceso como factor crucial. Además, critica el planteamiento de WATSON & BAULMER al olvidar las interrelaciones que una teoría organizacional debe atender, refiriéndose a las interrelaciones entre estrategia, estructura, sistemas de control de gestión y dimensiones de las transacciones internas.

Además, este autor adaptó el trabajo de WILLIAMSON⁶²³. Como premisa establece que los enfoques de mercados y jerarquías (o marco de los fallos organizacionales) miran a la transacción y el contrato como la unidad básica de los intercambios económicos, pudiendo variar desde supuestos simples a complejos. El análisis de las transacciones se centrará en los costes de la transacción, los cuales no son cero y por regla general aumentarán con el aumento de la complejidad de la transacción. Desde este punto de vista se estima

⁶¹⁵ El estudio realizado por EZZAMEL M. y HILTON K. (1980) sobre 129 grandes empresas británicas les permitió concluir que los gerentes de divisiones tienen una substancial capacidad de decisión discrecional en materias de producción, precios de ventas, establecimiento de términos de los créditos, políticas de publicidad y compras, aunque la autonomía se ve limitada y supervisada en proyectos de inversión y desembolsos de capital. ‘

⁶¹⁶ EZZAMEL, M. (1995).

⁶¹⁷ SPICER, B.H. (1988).

⁶¹⁸ WATSON, D.J.H. & BAULMER, J.V. (1975)

⁶¹⁹ SPICER, B.H. (1988).

⁶²⁰ SWIERINGA, R.J. & WATERHOUSE, J.H. (1982)

⁶²¹ GRABSKI, S.V. (1985)

⁶²² ECCLES Jr., R.G. (1985)

⁶²³ WILLIAMSON, O.E. (1975).

que el fallo organizacional se producirá cuando el coste transaccional puede ser reducido mediante el desplazamiento/cambio de la transacción hacia un acuerdo organizacional alternativo. Para cualquier transacción se presentan dos posibilidades de elección: por un lado, la elección entre mercados y jerarquía, de otro, en el caso de transacciones internas, la elección entre estrategia (y estructura organizacional interna) y procesos para alcanzar la estrategia. En el marco de la elección entre mercados y jerarquía las dificultades de la transacción vendrán determinados por una serie de factores humanos y ambientales vinculados a la dimensión de la transacción. Entre los factores humanos el autor enumera la racionalidad (habilidades para evitar errores y forma de comportamiento ante las dificultades) y el oportunismo (en el uso de la información que produce la sujeción de la transacción a riesgos e introduce incertidumbre). El grado de presencia de estos factores está vinculada a la triple dimensión de las transacciones que analizó WILLIAMSON (inversión, volumen/frecuencia y nivel de certidumbre/incertidumbre) sobre las economías de producción y los costes de las transacciones. Las variaciones en estas dimensiones repercutirán tanto a nivel de las economías de escala en la elección entre “producir/comprar externamente” como a nivel de los costes transaccionales. SPICER termina realizando nueve proposiciones que caracterizan las transacciones de productos intermedios:

1ª Las dimensiones de las transferencias internas de productos intermedios están conjuntamente relacionados con la estrategia de la diversificación, el diseño del producto y la estructura organizacional

2ª Cuanto mayor sea el grado que alcancen las tres dimensiones en las transacciones internas mayor será el interés de la empresa por centralizar el control de la decisión de comprar/producir

3ª Cuanto mayor sea el grado que alcancen las tres dimensiones en las transacciones internas mayor será el interés de la empresa por tener procedimientos arbitrales perfectamente especificados para salvaguardar el interés de la empresa en la decisión de comprar/producir

4ª Cuanto mayor sea el grado que alcancen las tres dimensiones en las transacciones internas, mayor será la pérdida de interés de la empresa por la evaluación de resultados y la incentivación de mecanismos focalizados en la rentabilidad de las divisiones. Al aumentar la autonomía de las divisiones, la atención se desplazará hacia medidas de cooperación y adaptación

5ª Cuanto mayor sea el grado que alcancen las tres dimensiones en las transacciones internas, más probable será el conflicto entre los gerentes de las divisiones.

6ª Los conflictos entre las divisiones es más probable en las propuestas *ex post* de ajustes de precios de transferencia que en las propuestas *ex post* de ajustes de cantidad

7ª Las políticas de los precios de transferencia pueden variar a través de la propia empresa porque vienen relacionados con las dimensiones de las divisiones envueltas

8ª Cuando se trata de productos intermedios estandarizados o cuanto menos sea su individualización, los precios de mercado serán los determinantes de los precios de transferencia y la motivación para que los gerentes de divisiones elijan entre producir/comprar.

9ª Si el grado de individualización aumenta a moderado, aumentará la importancia del criterio de los costes a la hora de la determinación de los precios en las transacciones internas.

g) COLBERT & SPICER⁶²⁴ en su trabajo estudian cuáles son los factores relevantes en el proceso de determinación de los precios de transferencia en empresas de alta tecnología, realizando un planteamiento teórico que posteriormente contrastan con una investigación empírica multicaso. Estos autores consideran que no existen un entendimiento y explicación adecuados –en los estudios anteriores– de los factores que influyen en los procesos de determinación de los precios de las transacciones internas, y ello debido a que los estudios teóricos se ocuparon del tratamiento normativo sin elaborar una teoría del proceso, mientras que los estudios empíricos se han centrado en el nivel de las empresas en su totalidad y no en las divisiones. En su planteamiento teórico sobre el proceso de los precios de transferencia proceden a profundizar y matizar el estudio que ya anteriormente tenía realizado SPICER. Como punto de partida asumen la explicación de las diferencias organizacionales en la dirección de la actividad económica a través de la existencia de costes transaccionales diferentes (denominados economía de costes de transacción). En definitiva, y como ya había expuesto WILLIAMSON, cuando los costes de transacción aumentan en el mercado, las empresas acuden a internalizar las transacciones. El nivel de los costes de transacción vendrá determinado por las tres dimensiones ya comentadas (especificidad, incertidumbre y extensión/cuantía). De ellas se va a destacar con especial trascendencia la especificidad, llegándose a decir que, aunque no es un único factor, es el más influyente en el método de los precios de transferencia. La interacción es manifiesta: a mayor especificidad aumentan los costes de transacción y ello favorece el que se produzca la internalización. Los tipos de especificidad fundamentales son cuatro: física (p.ej. activos intangibles), humana (p.ej. *know-how*), proximidad geográfica entre divisiones y dedicación de los productos o servicios a singularidades de compradores que imposibilitan su reutilización. La economía de los costes de transacción justifica las transacciones internas (integración vertical) mediante la minimización de costes de producción y transacción. Cuando el nivel de especificidad es bajo también el nivel de las transacciones internas lo será. Si dicho nivel de especificidad aumenta se verán favorecidas las transacciones internas, por el efecto de que las ventajas de los costes de producción de las empresas del mercado exterior disminuirán a la par

⁶²⁴ COLBERT G.J. & SPICER B.H. (1995).

que los riesgos serán superiores traduciéndose en mayores costes contractuales. COLBERT & SPICER terminan su planteamiento teórico reparando en el marco de la estrategia competitiva, tomando como referencia a WALKER⁶²⁵, cuyo trabajo explica que los ingresos importantes para la estrategia de la empresa conllevan grandes riesgos (pudiendo acarrear su declive), por lo que estiman que los riesgos juegan un papel decisivo sobre la definición de la estrategia. En cuanto al estudio multicaso, los autores tras la formulación de las siguientes proposiciones sobre el control de la decisión verificaron los siguientes resultados:

- ✓ a la cuestión de si cuando es significativo el nivel de especificidad en los productos o servicios de la división de ventas, entonces la división de compras tiene limitada su capacidad de comprar en el mercado externo con el fin de proteger la inversión en especificidad realizada por la división de venta: la respuesta proporcionada por todas las empresas estudiadas es afirmativa;
- ✓ a la cuestión de si cuando el nivel de especificidad en los productos o servicios de la división de ventas desciende, entonces no hay limitaciones para la división de compras: la respuesta proporcionada por todas las empresas estudiadas es afirmativa;
- ✓ a la cuestión de si cuando el nivel de especificidad en los productos o servicios de la división de compras es significativo, entonces la división de ventas tiene limitada su capacidad de vender en el mercado externo con el fin de proteger la inversión en especificidad realizada por la división de compras: la respuesta proporcionada por las empresas que respondieron a la cuestión fue afirmativa en todos los casos;
- ✓ a la cuestión de si cuando desciende el nivel de especificidad en los productos o servicios de la división de compras, entonces la división de ventas no tiene limitada su capacidad de vender en el mercado externo: las respuestas dadas no fueron unánimes y varias divisiones respondieron que tenían limitada su capacidad para vender libremente, por lo que no existiendo razón para proteger la inversión en especificidad de la división de compra, tiene que ser otro factor o factores los que influyan en la existencia de las limitaciones, normalmente la estrategia de integración vertical;
- ✓ a la cuestión de si cuando es significativo el nivel de especificidad en los componentes de la división de ventas, entonces los costes de producción tienen gran importancia en la determinación precios de transferencias internas: dos empresas de las encuestadas contestaron afirmativamente, señalando que aplicaban un criterio de costes de producción más un margen que cubriera los costes que no fueran de producción. Otras empresas, aunque reconocían la relevancia del

⁶²⁵ WALKER, G. (1988).

criterio de los costes, admitieron que en ocasiones atendían a otros criterios diferentes como el de precio negociado;

- ✓ a la cuestión de si cuando desciende el nivel de especificidad en los componentes de la división de ventas resulta que el precio de mercado es el preferido para la determinación de los precios de transferencia: las respuestas dadas por las empresas estudiadas lo vinieron a confirmar con ciertas matizaciones. Así, por ejemplo, cuando el precio de mercado es inferior al coste completo de producción las empresas acceden a la transacción interna pero siempre que se respeten cuando mínimo los costes. Por otra parte, los autores que estudiamos aprecian diferencias entre productos maduros y productos nuevos o que incorporen avances tecnológicos, ya que en los primeros las divisiones internas son menos competitivos que las empresas externas, propiciando el que las divisiones acudan al mercado externo incentivadas por las divisiones internas de venta (sobre todo cuando los costes internos son superiores al precio de mercado externo), todo lo contrario de lo que ocurre con los productos nuevos.

Las teorías de la contingencia no buscan la aplicación de unos principios de administración universales a todas las situaciones, sino que aprecian que la estructura organizacional y los estilos de administración específicos dependen de numerosos condicionantes o variables. Estas teorías surgieron en los años sesenta, a través de los estudios de THOMPSON⁶²⁶ y de LAWRENCE & LORSCH⁶²⁷, como respuesta a los enfoques universales que conciben el control de gestión según un conjunto de categorías que no atienden a circunstancias individuales, adoptando alguno de los tres enfoques siguientes: (a) enfoque de los costos de transacción⁶²⁸, (b) enfoque sistémico o de los sistemas que consideran que un sistema contable no es un sistema de control *per se*, sino que forma parte de un sistema total⁶²⁹ y (c) enfoque de la teoría de la agencia y de los sistemas de control como los contenidos en los estudios de HOFSTEDE⁶³⁰, o ANTHONY & GOVINDARAJAN⁶³¹, o MECHANT⁶³². Las teorías universalistas presentaron como principal limitación el que no proporcionan una imagen completa del sistema de control de gestión, siendo preciso adoptar distintos enfoques para superar dicha limitación⁶³³. Las teorías de la contingencia se centran en el análisis de los factores contingentes internos y externos que influyen en el control de la gestión. Estos factores pueden ser ordenados en tres grupos diferentes:

⁶²⁶ THOMPSON, J. (1967)

⁶²⁷ LAWRENCE, P. R. & LORSCH, J. W. (1967).

⁶²⁸ En este grupo se enumeran trabajos como los de OUCHI, W.G. (1977); OUCHI, W.G. & MAGUIRE, M.A. (1975); BIRNBERG, J.C., TUROPOLEC, L. & YOUNG, S.M. (1983); EISENHARDT (1985).

⁶²⁹ Aquí se sitúa el trabajo de FLAMHOLTZ, E. (1983), FLAMHOLTZ, E., DAS, T.K. & TSUI, A.S. (1985).

⁶³⁰ HOFSTEDE, G. (1981).

⁶³¹ ANTHONY, R.N. & GOVINDARAJAN, V. (2007).

⁶³² MERCHANT, K. & VAN DER STEDE, W. (2007).

⁶³³ PORPORATO M. y WAWERU N. (2011)

- en un primer grupo vendrían incluidos el entorno (esto es, todo lo que queda fuera de la organización)⁶³⁴, la estructura organizativa⁶³⁵ y la tecnología⁶³⁶;
- en un segundo grupo incluyen PORPORATO & WAWERU aquellos factores relacionados con el rol de los humanos en el control de gestión (cultura entendida como las pautas sociales indicadoras de cuáles deben ser las conductas);
- en un tercer grupo se sitúa la estrategia organizacional que se ocupa de cómo los gerentes pueden afectar en los otros factores⁶³⁷.

MCAULEY & TOMKINS⁶³⁸ citan cinco categorías de factores que suelen afectar a los precios de transferencia:

- características externas: incertidumbre, naturaleza de los mercados para productos intermedios, oportunidades tecnológicas, nivel de intercambio, normativa fiscal y de otra naturaleza;
- características colectivas del grupo: propiedad, tamaño, beneficios globales, estrategias, políticas de diversificación, grado de interdependencia entre divisiones, grado de persecución de objetivos comunes, grado de comportamientos congruentes, grado de autoridad de la oficina central, grado de autoridad de las divisiones;
- características administrativas: sistemas de valoración de las funciones desarrolladas, de determinación de los beneficios y del precio de mercado, de determinación de la distribución del beneficio, de consecución de acuerdos negociados y de sometimiento a arbitraje, así como sistema de información (costes, credibilidad, entendimiento y existencia de asimetrías);
- características individuales del grupo: oportunismo, racionalidad, percepción del sentido de justicia, experiencia y conocimientos, poder y capacidad de influencia, capacidad de interpretación de situaciones, participación, motivación, control, conflicto e historial de negociación;
- características de la transacción: naturaleza de los productos, existencia de precios de mercado, frecuencia y volumen de las transacciones y valor de las transacciones.

La aplicación de las teorías de la contingencia a los sistemas de determinación de los precios internos ha sido realizada por diversos autores entre los que ELLIOT referencia SOLOMONS, ECCLES y BORKOWSKI. Nos detendremos ahora en el primero y el último:

- a) SOLOMONS⁶³⁹, para quien la política de precio de transferencia a aplicar dependerá de las siguientes situaciones:

⁶³⁴ Destacan los estudios de KHANDWALLA, P.N. (1972) y de WATERHOUSE, J.H. & TIESSEN, P. (1978)

⁶³⁵ Se enumeran entre estas variables el tamaño, complejidad, variedad de productos o servicios, nivel de autonomía, diversificación y estructura

⁶³⁶ Se han ocupado de estudiar este factor CHENHALL, R. (2003 y 2007), WOODWARD, J. (1965), PERROW, C. (1967), THOMPSON, J. (1967).

⁶³⁷ Aquí se sitúan estudios como los de PORTER, M. E. (1980) o MILES, R.E. & SNOW, C.C. (1978).

⁶³⁸ MCAULEY, L. & TOMKINS, C.R. (1992)

- ✓ si hay un mercado competitivo externo y las divisiones tienen acceso libre al mismo: se aplicará el precio de mercado;
- ✓ si no hay un mercado competitivo externo y las transacciones se producen en grandes cantidades: se aplicará un precio negociado que usualmente se corresponderá con un coste completo incrementado con un margen;
- ✓ si no hay un mercado competitivo externo y las transacciones de la unidad de venta son significativas, pero no su principal actividad: se aplicará una tarifa compuesta por dos partes: un cargo por unidad que se corresponde al costo marginal y una cantidad anual global correspondientes a costes fijos y un beneficio;
- ✓ si no hay un mercado competitivo externo y una parte predominante de la actividad de la división de ventas son las transacciones: se aplicará un coste variable estándar o un coste fijo;
- ✓ si no hay un mercado competitivo externo y una parte predominante de la actividad de la división de ventas son las transacciones, pero la división de ventas tiene restringida su capacidad: se aplicarán métodos de programación.

b) BORKOWSKI⁶⁴⁰ estudia los factores ambientales y organizacionales que influyen en la elección de la política de precios de transferencia de una empresa, sosteniendo que los resultados de su investigación son coherentes con la teoría de la contingencia contable en el sentido de que las empresas se deciden por el método que perciben como óptimo y, por tanto, la regulación americana contenida en el IRC viene a respetar las bases de la teoría de la contingencia. Aprecia igualmente que debe distinguirse entre las políticas adoptadas por las empresas domésticas y las transnacionales. Sobre la sistematización de los factores realizada por el autor ya nos detuvimos anteriormente, a donde nos remitimos. En su estudio de 1997⁶⁴¹ concluyó que la preferencia en Canadá por métodos de mercado es del 64%, frente al 36% que se inclina por métodos diferentes, cuando en EE. UU. el primer porcentaje pasa a ser del 39% frente al 61% que arroja la segunda metodología. Esta diferencia no parece que sea causada por los factores ambientales y organizacionales. Las auditorías fiscales suelen estar propiciadas por el método elegido en la determinación y no a la inversa. La contabilidad de two-books es más frecuente en empresas con metodología que no es de precio de mercado, a la vez que son más frecuentemente auditadas por las autoridades fiscales.

Las teorías de la contingencia han sido criticadas por la falta de definición precisa de los factores que influyen, lo que se acentúa en el ámbito de los precios de transferencia dado el carácter multidisciplinar de los mismos.

⁶³⁹ SOLOMONS, D. (1976)

⁶⁴⁰ BORKOWSKI, S. C. (1990)

⁶⁴¹ BORKOWSKI, S. C. (1997 b).

Un enfoque muy distinto es el de las teorías sobre los desplazamientos fiscales que surgen cuando empieza la preocupación por los aspectos fiscales de los sistemas de precios de transferencia. Estas teorías se proponen evaluar el grado y medida en que los precios de transferencia son utilizados para desplazar las bases fiscales o si tienen otras finalidades. El encuadre sistemático no está del todo claro, ya que mientras algunos autores diferencian abiertamente entre los estudios económicos y los estudios fiscales, situando entre estos últimos la temática de los desplazamientos fiscales (KROPPEH & EIGELSHOVEN⁶⁴²; LEVEY, BRANDMAN & MIESEL⁶⁴³; SWENSON⁶⁴⁴, NOVIKOVAS⁶⁴⁵), otros lo analizan desde la contabilidad fiscal (HARRIS, KRIEBEL & RAVIV⁶⁴⁶; JENSEN⁶⁴⁷; HALPIRIN & SRINIDHI⁶⁴⁸; GRUBERT & MUTTI⁶⁴⁹; KLASSEN, LANG & WOLFSON⁶⁵⁰) y, por último, como una especialidad dentro de estos últimos están quienes contemplan la fiscalidad como un factor externo o ambiental que influye en la política de los precios de transferencias explicada desde el punto de vista de la teoría de la contingencia (BORKOWSKI⁶⁵¹, CRAVENS⁶⁵²). ELLIOT identifica tres temáticas comunes en los estudios que adoptan estos enfoques:

a) La minimización de las cargas fiscales como objetivo prioritario de las políticas de precios de transferencia de las empresas aparece destacada en numerosos trabajos doctrinales (ARPAN⁶⁵³, TANG & CHAN⁶⁵⁴, WU & SHARP⁶⁵⁵, AL-ERYANI⁶⁵⁶, TANG⁶⁵⁷, CRAVENS⁶⁵⁸, BORKOWSKI⁶⁵⁹). HORST⁶⁶⁰ ya sugirió que la teoría económica investiga cómo las multinacionales persiguen maximizar los beneficios después de impuestos mediante los mecanismos de desplazamientos de los ingresos a países de baja tributación y mediante la consecución de deducciones en países de altas cargas fiscales. BOWEN et aliarg⁶⁶¹ conceptúa los precios de transferencia como el mecanismo de establecimiento de los precios en las transacciones internas internacionales para minimizar los efectos combinados de los impuestos sobre los beneficios de una empresa en su totalidad. En este sentido, más recientemente, TRANG⁶⁶²

⁶⁴² KROPPEH H. K., & EIGELSHOVEN, A. (1998).

⁶⁴³ LEVEY, M. M., BRANDMAN, S. L., & MIESEL, V. H. (2001).

⁶⁴⁴ SWENSON, D. (2001).

⁶⁴⁵ NOVIKOVAS, M. (2011)

⁶⁴⁶ HARRIS, M.; KRIEBEL, C.H. & RAVIV, A. (1982).

⁶⁴⁷ JENSEN, O. W. (1986).

⁶⁴⁸ HALPIRIN, R. M., & SRINIDHI, B. (1987).

⁶⁴⁹ GRUBERT, H. & MUTTI, J. (1991)

⁶⁵⁰ KLASSEN, K., LANG, M., & WOLFSON, M. (1993).

⁶⁵¹ BORKOWSKI, S. (1990, 1992)

⁶⁵² CRAVENS, K.S. (1997).

⁶⁵³ ARPAN, J.S. (1972)

⁶⁵⁴ TANG, R.Y.V. & CHAN, K.H. (1979)

⁶⁵⁵ WU, F. & D. SHARP (1979).

⁶⁵⁶ AL-ERYANI, M. (1987).

⁶⁵⁷ TANG, R.Y.V. (1994).

⁶⁵⁸ CRAVENS, K.S. (1992)

⁶⁵⁹ BORKOWSKI, S. (1996)

⁶⁶⁰ HORST (1971)

⁶⁶¹ BOWEN H.P., HOLLANDER A. & VIAENE J.-M. (2012).

⁶⁶² TRANG N.T.X. (2016).

señala que los objetivos principales de los precios de transferencia varían de las empresas domésticas a las empresas internacionales. Mientras las empresas domésticas enfatizan la congruencia de objetivos, la valoración de los resultados, la motivación de los gerentes y la autonomía divisional, las empresas internacionales dan prioridad a: (a) la minimización del pago de impuestos sobre los ingresos, así como a la minimización del pago de derechos de aduanas a las importaciones y de aranceles, (b) la minimización del riesgo de cambio de divisas, (c) la mejora de la posición competitiva y (d) la mejora de las relaciones con los gobiernos estatales. En definitiva, hay un amplio sector doctrinal que cree que unos de los principales papeles jugados al día de hoy por los precios de transferencia es el de los desplazamientos de los ingresos, aunque el aspecto realmente negativo aparece cuando como vía de dichos desplazamientos se acude a la manipulación de los precios. Los estudios al respecto se van sucediendo con gran frecuencia (SAMUELSON⁶⁶³, HALPIRIN & SRINIDHI⁶⁶⁴, EDEN⁶⁶⁵, HARRIS & SANSING⁶⁶⁶). Los mecanismos que pueden ser utilizados por las multinacionales para tal fin son variados: la reducción de los beneficios contables en el país de alta tributación mediante mecanismos de sobreprecios a las importaciones a dicho país o, por el contrario, estableciendo infra-precios a las exportaciones. Estudios que encuentran evidencias de la práctica de este tipo de desplazamientos son los de HINES⁶⁶⁷, NEWLON⁶⁶⁸ y CLAUSING⁶⁶⁹. También pueden acudir a la utilización de las estructuras financieras con el mismo fin, como puede suceder con la manipulación de los tipos de interés de la deuda. Como tercer canal apuntado por HUIZINGA⁶⁷⁰ está la asignación de gastos a conveniencia para variar el resultado de los beneficios sujetos a tributación. Por lo demás, la importancia de este aspecto está fuera de toda discusión como dejan de manifiesto las acciones BEPS de las que nos ocuparemos en otro lugar de este trabajo.

b) La nacionalidad. Diversos autores estiman que el país influye en los factores que afectan a las políticas de los precios de transferencia, aunque evidencias de ello, cuando menos directas, no se tienen⁶⁷¹.

c) Relaciones principal-subsidiaria. La doctrina no se muestra unida a la hora de evaluar el rol que desempeña la matriz y las filiales en las políticas empresariales sobre los precios de transferencia. Para algunos, es la matriz quien cuenta con la prerrogativa de establecer las políticas y decisiones sobre la materia⁶⁷². Otros autores participan de la opinión de que son las divisiones quienes tienen el

⁶⁶³ SAMUELSON, L. (1982)

⁶⁶⁴ HALPIRIN, R.M. & SRINIDHI, B. (1996)

⁶⁶⁵ EDEN, L. (2003)

⁶⁶⁶ HARRIS, D. & SANSING, R. (1998).

⁶⁶⁷ HINES J.R. (1999).

⁶⁶⁸ NEWLON S.T. (2000).

⁶⁶⁹ CLAUSING K.A. (2003).

⁶⁷⁰ HUIZINGA H. & LAEVEN L. (2008).

⁶⁷¹ AL-ERYANI (1990). SHOLES & WOLFSON (1992)

⁶⁷² ARPAN (1972); CRAVENS (1992), MEHAFDI (1990)

protagonismo en precios de transferencia⁶⁷³. Como variante a los dos posicionamientos anteriores, un tercer grupo doctrinal distingue la cuestión atendiendo a la nacionalidad de la empresa de que se trate, lo cual es criticado por LECRAW⁶⁷⁴

II.4.2.5.C) Valoración de los distintos enfoques.

Los enfoques económicos son atacados por asumir la existencia de unas condiciones estáticas para su aplicación, preocupándose de una situación de mercado concreta en un momento determinado. En sus inicios, los posicionamientos que adoptaron este tipo de enfoque tomaron modelos sencillos con bastantes limitaciones y presuponían una serie de condiciones. Los enfoques que se han centrado en los costes marginales han sido criticados por suponer y tener que asumir la concurrencia de una serie de factores para que sea viable la funcionalidad de sus modelos. HIRSCHLEIFER admitía que su modelo no era fácilmente generalizable⁶⁷⁵.

Además, este tipo de enfoques presuponen que las transacciones internas de los productos son finales, cuando ello no es cierto. Por otra parte, como aprecian ABDEL-KHALIK y LUSK⁶⁷⁶, el concepto de coste marginal usado por autores como HIRSCHLEIFER⁶⁷⁷ o GOULD⁶⁷⁸ difiere del concepto contable, sin olvidar que la utilización de los conceptos de coste marginal puede incitar a comportamientos no deseados de los gerentes de las divisiones. También se ha señalado que este tipo de enfoques ignora la estrategia de las empresas, quienes en la realidad tienen que elegir el tipo de negocio y el modo de desarrollarlo. Igualmente se ataca que estos enfoques no tienen en cuenta la influencia de los criterios de fijación de las transacciones internas sobre los precios de las transacciones externas y sobre las decisiones de inversión de capital⁶⁷⁹. Pese a todo, con el paso del tiempo fueron adoptando modelos mucho más sofisticados.

Los modelos matemáticos –y de todos aquellos que parten de la necesidad de una información perfecta– encuentran una de sus grandes debilidades en la puerta al fraude que dejan abierta⁶⁸⁰, propiciado tanto por la gran cantidad de información que toman en consideración para la proposición de modelos como por la circunstancia de que la utilización de “*precios sombra*” tiende a atribuir las ganancias a los recursos más escasos, penalizando a las divisiones con excedentes o suficiencia de los mismos. Es cierto que los modelos matemáticos no dependen de tantos factores condicionantes, pero reducen las decisiones de las divisiones, ignoran las estrategias y la equidad individual,

⁶⁷³ HOSHOWER, L.B. & MANDEL, L.A. (1986); BORKOWSKI, S. (1996); CZECHOWICZ, I. J.; CHOI, F. D. S. & BAVISHI, V. B. (1982).

⁶⁷⁴ LECRAW, D.J. (1985)

⁶⁷⁵ HIRSCHLEIFER, J. (1956). ob. Cit., p.108

⁶⁷⁶ ABDEL-KHALIK, A. R. & LUSK, E. J. (1974).

⁶⁷⁷ HIRSCHLEIFER, J. (1956)

⁶⁷⁸ GOULD, J. R. (1964).

⁶⁷⁹ En este sentido SABRI ABDEL-HAMID, EL-SEGINI (1992)

⁶⁸⁰ ABDEL-KHALIK A.R. y LUSK E.J. (1974).

focalizando su atención en la decisión económica del nivel de producción de la división⁶⁸¹, y todo ello en perjuicio de la autonomía de las divisiones. También se ha evidenciado que estos modelos solo tienen un interés teórico, pues no existen pruebas de su aplicación práctica.

El enfoque conductista o sociológico se critica por prestar escasa atención a la evaluación del rendimiento y a la recompensa, ignorando completamente las decisiones económicas de la empresa.

Varios autores coinciden en que la imposición exógena estricta del principio de *arm's length* por la autoridad fiscal puede ser “subóptima” en términos de las decisiones de producción de las empresas⁶⁸². Como consecuencia de ello se producirá un descenso en los ingresos gravables. Pues bien, el enfoque conductual puede proporcionar una alternativa que permita mitigar la suboptimización inherente en el principio de *arm's length*, basándose para ello en criterios de justicia, éticos y morales para la distribución de la riqueza⁶⁸³.

II.4.3. Fundamentación del principio de *arm's length* en los principios tributarios.

II.4.3.1 El principio de *arm's length* como criterio de distribución del poder tributario entre los Estados.

Resulta innegable la dimensión transnacional del problema que viene a tratar de solucionar el principio de *arm's length*. Desde ya hace algún tiempo la OCDE nos viene advirtiendo del crecimiento exponencial de las interacciones comerciales entre sujetos de distintas jurisdicciones fiscales. Las Directrices de 1995, en su párrafo 1, subrayaban la importancia trascendental que han cobrado las MNEs, así como el progreso tecnológico, con la consiguiente mayor integración de las economías nacionales, lo que se traduce a nivel fiscal en una mayor complejidad tanto para los contribuyentes como para las Administraciones tributarias. Los ordenamientos tradicionalmente han venido optando por el principio de la fuente o el principio de la residencia a la hora de sujetar las rentas a su territorio, con el consiguiente riesgo de doble imposición en cuanto no coincidan.

Pues bien, se ha querido ver el principio de *arm's length* como trasunto de la internacionalización de los fenómenos fiscales y, en definitiva, como instrumento que acude a tratar de solucionar la crisis existente en el binomio “*poder tributario–soberanía*” ante la quiebra de las reglas tradicionales de localización de rentas en aquellas operaciones que incorporan elemento extrenajero. Como tenemos dicho, la vinculación del sujeto a un territorio ha dejado de ser el criterio válido para definir la

⁶⁸¹ SABRI ABDEL-HAMID, EL-SEGINI (1992).

⁶⁸² En este sentido SAMUELSON, L. (1982); SLOF, E. (1999); HALPERIN, R. & SRINIDHI, B. (1996).

⁶⁸³ BUDD, L. & TYRRAL, D. (2003).

potestad tributaria como consecuencia de la proliferación de las operaciones comerciales transnacionales y el contexto en que las mismas vienen produciéndose. De este punto de vista participan autores tan autorizados como GARCÍA NOVOA⁶⁸⁴, quien afirma que estaríamos ante una regla de imputación de rentas que atañe al reparto del poder tributario de los Estados y que se encuentra auspiciada por el Comité de Asuntos fiscales de la OCDE, a través de genuinos instrumentos de *soft-law*. Para llegar a tal conclusión el autor razona:

a) El principio de universalidad o rentas mundiales, como criterio objetivo de vinculación y mayoritariamente acogido, encuentra dos limitaciones fundamentales: el principio de independencia y el posicionamiento de los Estados que no renuncian a gravar la riqueza que se haya producido en su territorio. Efectivamente, el régimen fiscal internacional de las sociedades viene marcado por el criterio subjetivo de la residencia, la cual se concreta generalmente por el lugar de la constitución (o en menor medida por el domicilio) y, en lo referente a los criterios objetivos de determinación de la vinculación el principio de gravamen de las rentas mundiales (*world wide income*) es aplicado por una amplia mayoría de países, teniendo menor acogida el principio de territorialidad. El régimen mayoritario es por tanto el de la tributación por la renta mundial en el Estado de la constitución de la sociedad.

Ahora bien, el principio de tributación por la renta mundial se encuentra limitado por el principio de independencia, conforme al cual una filial constituida en otro país es un sujeto independiente (de la matriz) que tributa en el Estado de constitución. La limitación tiene su justificación en la inexistencia de un régimen internacional de consolidación de cuentas y conlleva que la tributación de cada filial sea en el Estado en que la misma se haya constituido o tenga su domicilio. Sin embargo, los Estados donde se localizan las inversiones no renuncian a gravar la renta que se genera en su territorio, por lo que la vinculación tributaria en base a un criterio meramente subjetivo no funciona en la actualidad, desechándose el principio de residencia como único válido para resolver los problemas de fiscalidad internacional conforme a la propuesta que realizó NEUMARK.

b) La falta de un régimen de consolidación de cuentas a nivel internacional supone que las operaciones entre matriz y filial y viceversa tienen necesariamente repercusiones fiscales, y es ahí donde cobra protagonismo el principio de *arm's length*, como criterio de distribución internacional del poder tributario sobre el gravamen que deben satisfacer los grupos de sociedades. Se trata de un criterio de distribución de las rentas que descansa en la consideración de las entidades implicadas como empresas independientes que actúan en condiciones normales de mercado.

La falta de consolidación supone distorsionar la neutralidad impositiva en la exportación de capitales conseguida por el principio de renta mundial.

⁶⁸⁴ GARCÍA NOVOA, C., (2012 a) “

c) El principio aparece recogido en las Directrices de la OCDE como expresión del *soft law*, siendo el ámbito de los precios de transferencia la materia que ha sido objeto, por excelencia, de regulación por medio de instrumentos de *soft law* y ha servido para atribuir relevancia al derecho blando en el sistema de fuentes, que es uno de los signos de distinción del poder tributario en el siglo XXI.

GARCÍA PRATS⁶⁸⁵ matiza esta visión al considerar que no estamos ante una norma de delimitación de la competencia tributaria de los Estados contratantes, sino ante una norma de asignación y reconocimiento del ejercicio de determinadas facultades o potestades por parte de dichos Estados.

CALDERÓN CARRERO⁶⁸⁶ también señala que el principio de *arm's length* a nivel internacional se emplea como principio de reparto de poder tributario entre los Estados.

Desde luego coincidimos con que la causa o justificación de la aparición del principio de *arm's length* es el problema de la distribución o asignación de rentas en las operaciones transnacionales. Ya escribía CARROLL⁶⁸⁷ que se trataba del primer método de distribución de ingresos entre los distintos países en los que una empresa tiene establecimiento permanente. E igualmente compartimos, como no podía ser de otra forma, la posición de quienes destacan el relieve que ha cobrado en el nuevo panorama económico, comercial y fiscal. Empero, la identificación del problema que justifica su aparición no alumbra suficientemente sobre el fundamento o base en que el *arm's length* se sustenta, por lo que deberemos seguir profundizando en los principios tributarios tradicionales.

II.4.3.2 La insuficiencia de los principios tributarios tradicionales.

Los mecanismos tradicionales establecidos en las normas internas de tributación internacional y las normas internacionalmente acordadas han sufrido una evolución desacompañada respecto del grado de integración económica transfronteriza, de manera que como ya determinaba el Informe sobre la Lucha contra la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios 2013 los principios comunes de distribución de la competencia tributaria entre naciones, inspirados en las experiencias nacionales, parecen no haber seguido la evolución del entorno empresarial. Si en un inicio el objetivo era asegurar la base imponible apropiada en cada jurisdicción y de evitar la doble imposición internacional⁶⁸⁸, posteriormente han ido surgiendo conflictos que nada tienen que ver con la soberanía o potestad fiscal y la equidad tributaria. El fenómeno de la globalización económica acarrea dificultad en el sometimiento de determinadas rentas a tributación, a la par que asistimos a una movilidad sin precedentes de entidades y ciudadanos a nivel mundial y, todo ello, aderezado por la proliferación abundante y

⁶⁸⁵ GARCÍA PRATS, F. A. (2005 a).

⁶⁸⁶ CALDERÓN CARRERO, J.M. (2005).

⁶⁸⁷ CARROLL, M.B. (1933)

⁶⁸⁸ Par. 7, Directrices 1995

variada de las normas. Con todo ello queremos señalar dos cuestiones que a nuestro parecer son importantes tener en consideración:

- la fundamentación del principio del *arm's length* presenta múltiples aristas y especial complejidad;
- además, a la complejidad ordinaria derivada del contexto en sí a que se refiere y aplica, nos encontramos con la complejidad especial por el carácter dinámico y mutante del mencionado contexto.

Las consecuencias que derivan del marco descrito se manifiestan en el orden tributario en distintas facetas:

- a) han variado las fuentes normativas que gobiernan el régimen tributario, surgiendo toda una serie de reglas emanadas por instituciones de distinta índole, incluso ajenas al poder legislativo de los Estados (políticas, económicas, etc.);
- b) han mutado los principios constitucionales sobre los que se asientan los institutos fiscales.

Dentro de este panorama, el principio de *arm's length*, como manifestación patente de la descomposición de la concepción clásica de los Estados y la interacción de sus miembros, no parece tener, al menos directamente, un engarce óptimo con los principios tributarios tradicionales. En parecidos términos se expresa GARCÍA NOVOA⁶⁸⁹.

II.4.3.3 El principio de legalidad como fundamento.

Si consideramos el régimen de los precios de transferencia como una medida antielusiva (enfoque estadounidense), necesariamente debemos conectarlo con el principio de legalidad, en cuanto el mismo supone que las normas emanadas de los órganos competentes tienen fuerza coactiva, obligan a todos en todas las situaciones y deben ser cumplidas. Se trata de la imperatividad de la Ley como expresión de la voluntad popular que sustenta el Estado de Derecho.

Mas en la concepción del *arm's length*, conforme vemos a lo largo del presente trabajo y destacan numerosos autores, no puede atenderse exclusivamente a su finalidad antielusiva⁶⁹⁰. La propia OCDE es muy clara en este extremo constantemente, como nos recordaban las Directrices en sus redacciones 1995, 2010 ó 2017 todas en su par.1.5. Efectivamente, el concepto es neutro en sí mismo⁶⁹¹ y, por tanto, el entronque no puede reducirse al principio de legalidad.

⁶⁸⁹ GARCÍA NOVOA, C. (2012a).

⁶⁹⁰ Sobre ello volveremos en otros lugares a lo largo del presente trabajo.

⁶⁹¹ Por todos léase a COOPER, L.; FOX, R.; LOEPRICK, J. & MOHINDRA, K. (2016).

II.4.3.4 El principio de igualdad.

El principio de *arm's length* tiene como pilar básico de su operatividad el denominado principio de entidad independiente o entidad separada (*separate entity approach*), que no es un principio tributario tradicional. El principio de entidad separada persigue tratar a los distintos miembros de un grupo multinacional como si operaran en calidad de empresas independientes o separadas, en lugar de como partes inseparables de una sola empresa unificada⁶⁹², así lo expresan las Directrices 1995 en su par.6. Las razones del acogimiento son dos: se consiguen resultados más equitativos y se evita el riesgo de la DI⁶⁹³. La OCDE⁶⁹⁴ es muy clara al respecto cuando nos dice:

“Hay varias razones que explican por qué los países miembros y no miembros de la OCDE han adoptado el principio de plena competencia. Una de las primeras causas es que este principio ofrece un tratamiento fiscal equitativo para MNEs y empresas independientes. El trato igualitario a efectos fiscales entre empresas asociadas e independientes que propicia el principio de plena competencia evita que surjan ventajas o desventajas fiscales que, de otra forma, distorsionaría la posición competitiva relativa de cada tipo de entidad.”

Por tanto, el principio de *arm's length* descansa y se fundamenta en el principio de igualdad, y precisamente por ello es la razón (o cuando menos una de las razones fundamentales) de su aceptación.

HAMAEEKERS admite que la base del principio de plena competencia es conforme predica la OCDE el principio de igualdad⁶⁹⁵, pero matiza que no solo lo es este principio, sino también el de neutralidad. Con arreglo al principio de igualdad, el respeto del *arm's length* supone la consecución de que las partes asociadas reciban el mismo tratamiento y consideración que recibirían partes independientes. Con arreglo al principio de neutralidad, el principio de *arm's length* supone que sea neutralizada la situación de ventaja en que se encontrarían las partes vinculadas de no aplicarse las consecuencias que conlleva el *arm's length*.⁶⁹⁶ Con similares afirmaciones se pronuncian COOLS y EMMANUEL⁶⁹⁷ al señalar que se basa “*en los principios de equidad y neutralidad*”.

HELLERSTEIN⁶⁹⁸ considera que quienes apoyan el *arm's length* parten de que el objetivo en la asignación de ingresos derivados de las operaciones transnacionales es la búsqueda de la fuente geográfica verdadera de producción y que desde esta perspectiva se trata del mecanismo más apropiado y adecuado para realizar un reparto equitativo. Ahora bien, en opinión del autor es equivocado considerar que el objetivo sea la

⁶⁹² En este sentido TRAPÉ VILDOMAT, M. (2007).

⁶⁹³ Directrices 1995 (Prólogo, par.5), 2017 (Prólogo, par.5.)

⁶⁹⁴ Directrices 1995 (par.1.8), 2010 (par. 1.8), 2017 (par.1.8).

⁶⁹⁵ HAMAEEKERS, H.M.A.L. (2009).

⁶⁹⁶ HAMAEEKERS, H.M.A.L. (1992): “*Taxpayers with a controlling interest in a company are placed in the same position as other taxpayers through the application of the arm's length principle which neutralises the advantage of the former.*”

⁶⁹⁷ COOLS, M. & EMMANUEL, C. (2007).

⁶⁹⁸ HELLERSTEIN, W. (2005).

determinación de la “*fuentes geográficas verdaderas*” de los ingresos. Para ello se apoya en autores como VICKREY⁶⁹⁹.

BULLEN⁷⁰⁰ sitúa la base del *arm's length* en que proporciona un trato paritario a las multinacionales y a las empresas independientes, apoyándose para tal afirmación en las Directrices. La circunstancia de tratarse de transacciones entre entidades asociadas no puede significar un trato diferente.

SCHOUERI⁷⁰¹ cita como principio fundamentador del *arm's length* el principio de capacidad económica y la necesidad de que sean tratados en condiciones de igualdad, con arreglo a su capacidad económica, las partes asociadas y las independientes (dimensión vertical del principio de igualdad).

Aun así, como expone con claridad excepcional RODRÍGUEZ BEREIJO⁷⁰² el principio de igualdad “está sufriendo un duro embate en sus supuestos científicos e ideológicos, como consecuencia del fenómeno de la globalización de la economía, en un proceso de crisis de gran alcance”. En primer lugar, se nos presenta la dificultad genérica por cuanto bajo el principio de igualdad se engloban tres dimensiones diferentes: la igualdad ante los impuestos⁷⁰³, la igualdad en los impuestos⁷⁰⁴ y la igualdad por medio de los impuestos⁷⁰⁵. En segundo lugar, concurre la dificultad económica actual traída por la globalización económica y política, lo que propicia:

- a) un elevado grado de fraude o evasión fiscal;
- b) la pérdida de la generalidad, igualdad y territorialidad, así como del carácter sintético de una importante parte de los impuestos personales;
- c) el crecimiento de la imposición indirecta;
- d) la crisis del principio de capacidad económica y contributiva.

El resultado de todo ello es lo que el autor de referencia ha denominado, no ya la crisis fiscal del Estado, sino la crisis del Estado fiscal.

No obstante, y como destaca NAVARRO IBARROLA⁷⁰⁶ pese a constituir su razón de ser, en la práctica la igualdad no siempre se consigue o no constituye el ideal de justicia tributaria, por cuanto que:

- a) el comparar empresas asociadas con empresas independientes supone comparar cosas distintas
- b) los elevados costes que conlleva la aplicación del principio del *arm's length* hacer quebrar el principio de igualdad

⁶⁹⁹ VICKREY, W. (1996).

⁷⁰⁰ BULLEN, A. (2010).

⁷⁰¹ SCHOUERI (2006)

⁷⁰² RODRÍGUEZ BEREIJO, A. (2011)

⁷⁰³ todos deben soportar por igual las cargas de la participación en el sostenimiento de los gastos públicos

⁷⁰⁴ Los impuestos deben fijarse con arreglo a la capacidad económica de cada uno

⁷⁰⁵ Hay que partir de la situación de desigualdad realmente existente y tratar de corregirla mediante los impuestos

⁷⁰⁶ NAVARRO IBARROLA, A. (2016).

c) el régimen y aplicación del *arm's length* por los distintos Estados no es coincidente

El TJUE se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre cuál es el fundamento del *arm's length*. Así, en la sentencia de 22 de junio de 2006, Bélgica y Forum 187/Comisión (C-182/03 y C-217/03) refiere que el fundamento del *arm's length* reside en el principio general de igualdad de trato en materia de fiscalidad. Con idéntico sentido se pronuncia en la sentencia de 24 de septiembre de 2019, asuntos acumulados T-755/15 y T-759/15.

CAPÍTULO III.-

EL NACIMIENTO Y EVOLUCIÓN DEL PRINCIPIO

DE *ARM'S LENGTH*.

III.1 Los orígenes del principio de *arm*⁷⁰⁷'s length.

III.1.1 Su inicio en Gran Bretaña.

Documentos técnicos elaborados por especialistas no nos resuelven las dudas sobre dónde y cuándo pueden situarse los orígenes del principio de *arm's length*, pero en lo que sí parece no haber discusión es que fue Gran Bretaña el primer país en introducir una normativa referente a las transacciones transnacionales.

ROXAN⁷⁰⁸ sitúa los albores del *arm's length* en el *Income Tax Act* de 1799⁷⁰⁹, surgido como legislación de emergencia en una situación de emergencia a causa de dos motivos fundamentales: los enormes gastos acarreados por la guerra contra Napoleón y la evasión fiscal (junto al fraude) ante la carga impositiva que suponían el *Land Tax* y los impuestos sobre propiedades⁷¹⁰. La citada ley introdujo por primera vez un impuesto sobre la renta que, tras ser revocado en 1802 con la Paz de Amiens, volvió a ser instaurado en 1803⁷¹¹, caracterizándose, en lo que aquí nos interesa, por dos cuestiones:

- cambió el foco de atención, pasando de fijarse en el receptor de las rentas a fijarse en la fuente de las rentas, centrando ahí la carga impositiva mediante retenciones.
- y continuó con el mismo tratamiento de las rentas extranjeras⁷¹², dispensando un trato diferenciado a los no residentes, quienes tendrían exclusivamente que tributar por las rentas provenientes de sus propiedades sitas en Gran Bretaña. Los dividendos recibidos de un residente tenían un tratamiento de transparencia fiscal, pero en el caso de los dividendos percibidos de un no residente no se aplicaba transparencia y se consideraba que la fuente era el dividendo en sí mismo⁷¹³.

El *Income Tax Act* quedó derogado en 1816 y no volvería a instaurarse un impuesto sobre la renta hasta el *Income Tax Act* de 1842, donde inicialmente venía prevista una duración de tres años, pero cuya vigencia real se prolongaría hasta 1965. Este gravamen se aplicó conjuntamente a las personas físicas y a las sociedades, y siguió la línea del sistema de gravar los dividendos en la fuente mediante retenciones. Sin embargo, en el caso del no residente, si sus rentas no habían sido objeto de retención, se procedía a darles el mismo trato que a las rentas de los residentes.

⁷⁰⁷

⁷⁰⁸ ROXAN, I. (2012).

⁷⁰⁹ Conocida como la Pitt's Income Tax Act, la cual fue un fracaso ante la facilidad para la evasión fiscal que propició su mecánica de funcionamiento mediante la devolución de las rentas globales obtenidas, y solo si el Comisionado Comercial quedaba insatisfecho podía solicitar información de las rentas obtenidas. (JOHN F. AVERY JONES CBE –2015–).

⁷¹⁰ SABINE B. E. V. (2005).

⁷¹¹ Conociéndose como Addington's Income Tax Act

⁷¹² Los *Cases 17 y 18* de la Pitt's Act pasaron a ser *los Cases IV and V del Schedule D* en la Addington's Act.

⁷¹³ *Case V del Schedule D*.

Ahora bien, una regulación específica sobre precios de transferencia no fue introducida en Gran Bretaña hasta *The Finance (No.2) Act 1915*⁷¹⁴, jalonada en esta ocasión por la necesidad de tratar de cubrir los gastos ocasionados por la Primera Guerra Mundial. En dicha regulación fue la primera vez que Gran Bretaña acogió una regulación autónoma para las rentas de las sociedades y, en su *section 31(3)*⁷¹⁵, dispuso que cuando la Administración considerase que, en las relaciones comerciales de un no residente con un residente, el residente no obtenía beneficios o estos fueran inferiores a los que ordinariamente esperasen de esas relaciones, a causa de la estrecha relación entre el residente y el no-residente o por el control esencial ejercido por el no residente sobre el residente, el no residente tributaría por sus rentas en nombre del residente como si el residente fuera agente del no residente.

Posteriormente, fue dictada la *Income Tax Act 1918*, donde la Section 31, apartados (3), (4) y (5) fueron mantenidos como las *Rules 7, 8 y 9* de las *General Rules* aplicables a las *Schedules A, B, C, D y E*, párrafos 426 y ss.

⁷¹⁴ En este sentido: “*Practical Manual on Transfer Pricing for Developing Countries*”, United Nations, 2013, par.3.1.1.

⁷¹⁵ “31.—*Provisions with respect to the charge of income tax on non-residents.*

(1) *Section forty-one of the Income Tax Act, 1842 (which "relates to the charge of income tax in special cases), shall, so far as it relates to the taxation of non-residents, be extended—*

(a) *so as to make non-resident persons chargeable to income tax in the name of any branch or manager as well as in the name of any factor, agent, or receiver; and*

(b) *so as to make non-resident persons so chargeable, although the branch, factor, agent, receiver, or manager may not have the receipt of the profits or gains of the non-resident.*

(2) *A non-resident person shall be chargeable in respect of any profits or gains arising, whether directly or indirectly, through or from any branch, factorship, agency, receivership, or management, and shall be so chargeable under section forty-one of the Income Tax Act, 1842, as amended by this section, in the name of the branch, factor, agent, receiver, or manager.*

(3) *Where a non-resident person not being a British subject or a British, Indian, Dominion, or Colonial Firm or Company, or branch thereof, carries on business with a resident person, and it appears to the Commissioners by whom the assessment is made that, owing to the close connection between the resident and the non-resident person, and to the substantial control exercised by the non-resident over the resident, the course of business between those persons can be so arranged, and is so arranged, that the business done by the resident in pursuance of his connection with the non-resident produces to the resident either no profits or less than the ordinary profits which might be expected to arise from that business, the non-resident person shall be chargeable to income tax in the name of the resident person as if the resident person were an agent of the non-resident person.*

(4) *Where it appears to the Commissioners by whom the assessment is made or, on any objection or appeal, to the general or special Commissioners that the true amount of the profits or gains of any non-resident person chargeable in the name of a resident person with income tax cannot in any case be readily ascertained the Commissioners may, if they think fit, assess the non-resident person on a percentage of the turnover of the business done by the non-resident person through or with the resident, person in whose name he is chargeable, and in such case section fifty-three of the Income Tax Act, 1842, shall extend so as to require returns to be given of the business so done by the non-resident through or with the resident in the same manner as returns are to be given under that section of the profits or gains to be charged.*

(5) *The amount of percentage shall in each case be determined, having regard to the nature of the business, by the Commissioners by whom the assessment on the percentage basis is made, subject, in the case of an assessment made by the additional Commissioners, to objection or appeal to the general or special Commissioners. If either the resident or non-resident person is dissatisfied with the percentage determined either in the first instance or on objection or appeal by the general or special Commissioners he may, within four months of that determination, require the Commissioners to refer the question of the percentage to a referee or board of referees to be appointed for the purpose by the Treasury, and the decision of the referee or board shall be final and conclusive.*

A la hora de valorar estos inicios, ROXAN apunta que, aunque como aprecian algunos autores no se trata de un *arm's length* elaborado, lo cierto era que la referencia a “*no profits or less than the ordinary profits*” ya suponía un análisis comparativo con empresas independientes.

III.1.2 Su inicio en Estados Unidos.

La segunda referencia a tomar en consideración sobre los inicios del *arm's length* es EE.UU. Autores como WITTENDORFF⁷¹⁶ o AVI-YONAH⁷¹⁷ localizan los primeros antecedentes en *The War Revenue Act* de 1917, al amparo de la cual surgió la *Regulation 41*, artº77 y 78⁷¹⁸, mediante la que se confirió competencia al *Internal Revenue Service (IRS)*⁷¹⁹ para consolidar las cuentas en los supuestos en que se celebrasen transacciones en que se sospechase que no había sido respetado el precio de mercado. Además, se imponía a las entidades un deber de información sobre las operaciones que hubieran celebrado con otra entidad afiliada. A tales efectos se consideraba que dos entidades eran afiliadas:

- cuando se encontraban involucradas en el mismo negocio o en un negocio estrechamente relacionado:

⁷¹⁶ WITTENDORFF, J. (2010).

⁷¹⁷ AVI-YONAH, R.S. (1995).

⁷¹⁸ “Art. 77. *When affiliated corporations must furnish information as to intercorporate relations. — For the purpose of the excess profits tax every corporation will describe in its return all its intercorporate relationships with other corporations with which it is affiliated and will furnish such information in relation thereto as will enable the Commissioner of Internal Revenue to compute the amount of the tax properly due from each corporation on the basis of an equitable and lawful accounting. For the purpose of this regulation two or more corporations will be deemed to be affiliated (1) when one such corporation owns directly or controls through closely affiliated interests or by a nominee or nominees, all or substantially all of the stock of the other or others, or when substantially all of the stock of two or more corporations is owned by the same individual or partnership, and both or all of such corporations are engaged in the same or a closely related business ; or (2) when one such corporation (a) buys from or sells to another products or services at prices above or below the current market, thus effecting an artificial distribution of profits, or (b) in any way so arranges its financial relationships with another corporation as to assign to it a disproportionate share of net income or invested capital. “*

“Art. 78. When affiliated corporations may be required to make consolidated return. — Whenever necessary to more equitably determine the invested capital or taxable income, the Commissioner of Internal Revenue may require corporations classed as affiliated under article 77 to furnish a consolidated return of net income and invested capital. Where such consolidated return is required it may be made by any one or more of such corporations or by all of them acting jointly; but if such affiliated corporations, when requested to file such consolidated return, neglect or refuse to do so, the Commissioner of Internal Revenue may cause an examination of the books of all such corporations to be made and a consolidated statement to be made from such examination. In cases where consolidated returns are accepted, the total tax will be computed in the first instance as a unit upon the basis of the consolidated return and will be assessed upon the respective affiliated corporations in such proportions as may be agreed among them. If no such agreement is made the tax will be assessed upon each such corporation in accordance with the net income and invested capital properly assignable to it.”

⁷¹⁹ Administración Tributaria estadounidense dependiente del Departamento del Tesoro (equivalente a nuestro Ministerio de Hacienda)

- ✓ si una era propietaria o controlaba indirectamente toda o una parte sustancial del capital de la otra;
- ✓ si el capital de dos entidades pertenecía a la misma persona o entidad;
- cuando realizaban transacciones de bienes o servicios a un precio superior o inferior a los normales del mercado, acarreado una distribución artificial de beneficios;
- cuando realizaban cualquier tipo de acuerdos por el que se atribuyera un porcentaje desproporcionado de ingresos netos o de capital invertido.

Sin embargo, se ha considerado que esta regulación todavía no establecía un estatuto de referencia⁷²⁰.

A la anterior normativa le sucedió la *Revenue Act* de 1918, en cuya *Section 240* LENT⁷²¹ aprecia el antecedente más lejano de la *Section 482* del *Internal Revenue Code*⁷²². La citada *Section 240* en su párrafo a) y b) volvía a reiterar parcialmente el contenido del anterior artº77, disponiendo la obligación de declaración consolidada por parte de las empresas afiliadas y delimitando qué se entendía por perímetro de vinculación, aunque en esta ocasión de una forma menos amplia que en la anterior norma, al suprimir tanto el criterio de los precios superiores o inferiores a los del mercado como la asignación desproporcionada de ingresos o capital, centrándose exclusivamente en los dos supuestos del control directo o indirecto del capital de una sobre la otra, o de las dos por un solo socio. En aquel entonces el Congreso se encontraba atento al problema que suponía la utilización por parte de las entidades matrices de sus filiales para manipular las cuentas, especialmente de sus filiales extranjeras (*foreign subsidiaries*)⁷²³ y en 1921 fue emanada la *Revenue Act* de 1921, en cuya *Section 240*⁷²⁴ se ha situado el precedente directo de la *Section 482 IRC*. Las novedades más destacadas de la nueva regulación podemos resumirlas en tres notas:

⁷²⁰ KIRCHHOF, P.; LEHNER, M.; RAUPACH, A. & RODI, M. (2002).

⁷²¹ LENT, R.N. (1966).

⁷²² Norma equivalente a nuestra Ley General Tributaria

⁷²³ Así apareció en el Informe del Comité de Medios y Arbitrios: “*las filiales, especialmente las filiales extranjeras, son a veces usadas para exprimir a la matriz, o de otra forma inapropiada manipular las cuentas de la matriz*”. House of Representative Report No. 350, 67th Cong., 1st Sess., 14(1921).

⁷²⁴ “(a) *That corporations which are affiliated within the meaning of this section may, for any taxable year beginning on or after January 1, 1922, make separate returns or, under regulations prescribed by the Commissioner with the approval of the Secretary, make a consolidated return of net income for the purpose of this title, in which case the taxes thereunder shall be computed and determined upon the basis of such return. If return is made on either of such bases, all returns thereafter made shall be upon the same basis unless permission to change the basis is granted by the Commissioner.*

(b) *In any case in which a tax is assessed upon the basis of a consolidated return, the total tax shall be computed in the first instance as a unit and shall then be assessed upon the respective affiliated corporations in such proportions as may be agreed upon among them, or in the absence of any such agreement, then on the basis of the net income properly assignable to each. There shall be allowed in computing the income tax only one specific credit computed as provided in subdivision (b) of section 236.*

(c) *For the purpose of this section two or more domestic corporations shall be deemed to be affiliated (1) if one corporation owns directly or controls through closely affiliated interests or by a nominee or nominees substantially all the stock of the other or others, or (2) if substantially all the stock of two or more corporations is owned or controlled by the same interests.*

(d) *For the purposes of this section a corporation entitled to the benefits of section 262 shall be treated as a foreign corporation: Provided, That in any case of two or more related trades or businesses*

- se mantuvo en el apartado a) la facultad de la Autoridad tributaria (*Commissioner*) para requerir la presentación de declaración fiscal consolidada al objeto de conseguir una distribución adecuada o prorrateo de las ganancias, beneficios, rentas, deducciones o patrimonio entre las empresas vinculadas;
- se consideró que en caso de declaración consolidada el impuesto total se tomaría en primer lugar como una unidad, para posteriormente prorratearlo entre las empresas afiliadas según acuerdo, o en caso de ausencia del acuerdo conforme a los ingresos netos de cada una de las empresas;
- se mantuvieron los mismos criterios de vinculación.

En 1924 se introdujeron dos importantes novedades en la *Section 240*:

- en el apartado c) se precisó por primera vez la necesidad de un coeficiente de participación directa o indirecta para entender concurrente la vinculación, bien porque una entidad tuviera al menos el 95% de las acciones con derecho de voto de otra, bien porque dos o más compañías se encontrasen dominadas por los mismos intereses al tener estos al menos el 95% de las acciones con voto de las mismas⁷²⁵;
- en el apartado d) se innovó que a requerimiento del contribuyente sería obligatorio que el *Commissioner* consolidase las bases de las empresas vinculadas⁷²⁶.

En 1926 se volvió a matizar la redacción de la *Section 240* destacando como novedad más relevante el que los apartados c) y d)⁷²⁷ determinaron como criterio de vinculación diferenciado:

(whether unincorporated or incorporated and whether organized in the United States or not) owned or controlled directly or indirectly by the same interests, the Commissioner may consolidate the accounts of such related trades and businesses, in any proper case, for the purpose of making an accurate distribution or apportionment of gains, profits, income, deductions, or capital between or among such related trades or businesses.

(e) Corporations which are affiliated within the meaning of this section shall make consolidated returns for any taxable year beginning prior to January 1, 1922, in the same manner and subject to the same conditions as provided by the Revenue Act of 1918”

⁷²⁵ *“(c) For the purpose of this section two or more domestic corporations shall be deemed to be affiliated (1) if one corporation owns at least 95 per centum of the voting stock of the other or others, or (2) if at least 95 per centum of the voting stock of two or more corporations is owned by the same interests. A corporation organized under the China Trade Act, 1922, shall not be deemed to be affiliated with any other corporation within the meaning of this section”*

⁷²⁶ *“(d) In any case of two or more related trades or businesses (whether unincorporated or incorporated and whether organized in the United States or not) owned or controlled directly or indirectly by the same interests, the Commissioner may and at the request of the taxpayer shall, if necessary in order to make an accurate distribution or apportionment of gains, profits, income, deductions, or capital between or among such related trades or businesses, consolidate the accounts of such related trades or businesses”*

⁷²⁷ *“(c) For the purpose of this section two or more domestic corporations shall be deemed to be affiliated (1) if one corporation owns at least 95 per centum of the voting stock of the other or others, or (2) if at least 95 per centum of the voting stock of two or more corporations is owned by the same interests. This subdivision shall be applicable to the determination of affiliation for the taxable year 1925.*

(d) For the purpose of this section two or more domestic corporations shall be deemed to be affiliated (1) if one corporation owns at least 95 per centum of the stock of the other or others, or (2) if at least 95 per centum of the stock of two or more corporations is owned by the same interests. As used in this

- el ostentar el 95% del capital con derecho a voto en las dos variantes, de una entidad sobre otra, o de dos sociedades por el mismo interés;
- el ostentar el 95% del total del capital, también en las dos variantes mentadas.

En 1928 la *Revenue Act* sufrió un profundo cambio en la materia. El Congreso americano persiguió con ello dos objetivos. Por una parte, prevenir la evasión fiscal evitando los desplazamientos de beneficios, controlando las ventas ficticias y otros métodos de fraude. Por otra parte, tratar de que la tributación fuera acorde con la responsabilidad fiscal real. La nueva norma se incardinó en la *Section 45*⁷²⁸ que se caracterizó por:

- la desaparición del régimen de declaraciones consolidadas de la antigua *Section 240*.
- la autorización a la Autoridad tributaria (*Comissioner*) para distribuir, prorratear o asignar los ingresos brutos o deducciones entre dos o más empresas o comercios (constituidas o no en EE. UU., sean o no afiliadas) cuando pertenecieran o fueran controladas directa o indirectamente por los mismos intereses, si se estimase que era necesario para prevenir la evasión fiscal o para reflejar de forma clara sus ingresos

Entre las carencias de la norma WITTENDORFF⁷²⁹ subraya que no contenía las directrices detalladas para proceder a la distribución o reparto. Por su parte LENT⁷³⁰ comenta que la nueva regulación conllevó la revocación del derecho del contribuyente a solicitar la distribución de rentas. Sea como fuere, lo cierto es que fue la primera vez que existió un propósito reconocido de otorgamiento de facultades a la Autoridad tributaria para prevenir la evasión fiscal.

En 1934 la *Section 45* sufrió una ligera modificación y junto a la terminología de empresas y comercios (*bussiness or trade*) se incluyó la más amplia de organizaciones (*organizations*).

Pero no fue hasta el año 1935 cuando se introdujo por primera vez en el Derecho doméstico americano la terminología de *arm's length*. Dicho acontecimiento tuvo lugar en la *Regulation 86*⁷³¹ del IRS de 1935 por la que se vino a completar el régimen de la

subdivision the term "stock" does not include nonvoting stock which is limited and preferred as to dividends. This subdivision shall be applicable to the determination of affiliation for the taxable year 1926 and each taxable year thereafter."

⁷²⁸ SEC. 45. ALLOCATION OF INCOME AND DEDUCTIONS.

In any case of two or more organizations, trades, or businesses (whether or not incorporated, whether or not organized in the United States, and whether or not affiliated) owned or controlled directly or indirectly by the same interests, the Commissioner is authorized to distribute, apportion, or allocate gross income or deductions between or among such organizations, trades, or businesses, if he determines that such distribution, apportionment, or allocation is necessary in order to prevent evasion of taxes or clearly to reflect the income of any of such organizations, trades, or businesses.

⁷²⁹ WITTENDORFF, J. (2010).

⁷³⁰ LENT, R.N. (1996).

⁷³¹ Regulations 86 relating to the Income Tax under the Revenue Act of 1934(1935)

"(b) Scope and purpose.– The purpose of section 45 is to place a controlled taxpayer on a tax parity with an uncontrolled taxpayer, by determining, according to the standard of an uncontrolled taxpayer, the true net income from the property and business of a controlled taxpayer. The interests controlling a group of controlled taxpayers are assumed to have complete power to cause each controlled taxpayer so to

Section 45. Con carácter previo, en 1932 el término había tenido acceso al tratado fiscal celebrado con Francia.

III.2 Su desarrollo hacia una codificación.

III.2.1 Su etapa en la Liga de Las Naciones.

Tras la terrible experiencia de la Primera Guerra Mundial y bajo los auspicios del presidente Norteamericano Wilson, quien entre los “*Catorce Puntos*” de su discurso al Congreso de los Estados Unidos de 8 de Enero de 1918 propuso la creación de una “*asociación general de naciones, a constituir mediante pactos específicos con el propósito de garantizar mutuamente la independencia política y la integridad territorial, tanto de los Estados grandes como de los pequeños*”, se constituyó la Sociedad de las Naciones en la Conferencia de París de 24 Abril de 1919.

La Sociedad de las Naciones o Liga de las Naciones surge en un mundo postbélico en el que se estaba experimentando un crecimiento considerable del comercio internacional y que en el plano fiscal se caracterizó por la adopción de medidas impositivas con las que viabilizar el aumento de los ingresos para hacer frente a la reconstrucción de las economías. Fue una época en la que surgieron nuevos impuestos, se subieron los tipos impositivos de los existentes, se ampliaron las obligaciones fiscales a los no residentes y los Estados de origen de las operaciones transfronterizas trataron de establecer cargas a las mismas.

A consecuencia de lo expuesto surgieron importantes riesgos de doble imposición, ya que en los países de residencia era habitual que rigiese el principio de tributación por las rentas mundiales. La doble imposición constituiría el eje fundamental de la preocupación en materia fiscal de la Sociedad de las Naciones durante todos los años de existencia.

conduct its affairs that its transactions and accounting records truly reflect the net income from the property and business of each of the controlled taxpayers. If, however, this has not been done, and the taxable net incomes are thereby understated, the statute contemplates that the Commissioner shall intervene, and, by making such distributions, apportionments, or allocations as he may deem necessary of gross income or deductions, or of any item or element affecting net income, between or among the controlled taxpayers constituting the group, shall determine the true net income of each controlled taxpayer. The standard to be applied in every case is that of an uncontrolled taxpayer dealing at arm's length with another uncontrolled taxpayer”.

III.2.1.1 Los trabajos del Comité Financiero en el período 1921–1927 y los informes de expertos emitidos en este periodo.

III.2.1.1.A) El informe de expertos de 5 abril de 1923 sobre la doble imposición

En junio de 1920 la International Chamber of Commerce (ICC) reaccionó ante el desafío que suponía la doble imposición adoptando una resolución mediante la que animó a los países aliados a cooperar para evitarla. En octubre del mismo año, en la Conferencia de Bruselas se adoptó una resolución dirigida a la Sociedad de las Naciones por la que se solicitaba que tomara cartas en el problema.

Atendiendo a la solicitud de la ICC, la Sociedad de las Naciones atribuyó al Comité Financiero que abordara la cuestión. A tal efecto, en 1921 fueron nombrados los “*Academic Experts*”⁷³² para que procedieran a estudiar los cinco extremos que les fueron concretados en marzo de 1922 por el Subcomité del Comité Financiero; a saber:

1. ¿Cuáles eran las consecuencias económicas de la doble imposición desde el punto de vista de la distribución equitativa de cargas y de la interferencia con el comercio económico y la libre circulación de capitales?
2. ¿Si podía formularse algún principio general sobre la base de un convenio internacional para eliminar dichas consecuencias perniciosas, o debían ser celebrados convenios entre Estados concretos limitados a sus propias necesidades inmediatas? En este último caso, ¿podían tales convenciones particulares estar enmarcadas de modo que pudieran finalmente ser incorporadas en una convención general?
3. ¿Si los principios entonces existentes para evitar la doble imposición (y que se encontraban en acuerdos) eran aptos para incorporarse a un nuevo convenio internacional?
4. ¿Si mediante reformas de los sistemas fiscales de cada país se podía encontrar solución independiente a los acuerdos Internacionales?
5. ¿En qué medida los convenios internacionales sobre doble imposición debían prever medidas para evitar reclamaciones fraudulentas?

El 5 abril 1923 vio la luz el Informe elaborado por los *Academic Experts* cuyo contenido se distribuyó en tres partes:

- en la primera parte, dedicada a las consecuencias de la doble imposición, se señaló:
 - ✓ que en la mayoría de los casos el establecimiento de un nuevo impuesto o la subida de los tipos de los existentes penalizaba las inversiones de los no residentes;

⁷³² En 1921 son nombrados para formar parte del grupo de expertos a los profesores Bruins, Einaudi, Seligman y Sir Josiah Stamp, liderados por el profesor de la Universidad de Columbia Edwin R.A. Seligman.

- ✓ que la consecuencia, con ciertas limitaciones, era que los no residentes se retraían en sus inversiones en otras jurisdicciones fiscales a menos que se ofrecieran condiciones por los países receptores que permitieran superar los inconvenientes de la carga impositiva. Ello ocurriría aunque el nivel de la carga impositiva fuera normal;
 - ✓ por tanto, se estimaba que la doble imposición conllevaba disuadir a los nuevos inversores de proceder a realizar inversiones en países extranjeros y, a la par, provocaba que los viejos inversores no residentes procedieran a transmitir sus inversiones a inversores residentes;
- en la segunda parte se estudiaron los principios por los que se debía regir la competencia fiscal, dictaminando:
- ✓ que el fundamento clásico de la tributación en la teoría del contrato social (ya fuera bajo la teoría de los costes o la teoría de los beneficios) había quedado desplazado por el principio de la capacidad económica;
 - ✓ la conveniencia del abandono de los criterios tradicionales de la nacionalidad o pertenencia política⁷³³, de la residencia temporal⁷³⁴, del domicilio o residencia permanente⁷³⁵ y de la localización de la riqueza⁷³⁶;
 - ✓ la recomendación de la adopción, como criterio válido, el de la lealtad económica del individuo al gobierno donde radicarán sus intereses (doctrina del *economic allegiance*), por el que el país de la fuente no debía gravar a los no-residentes (principio de la residencia para gravar las rentas mundiales). El problema se centraba entonces en situar dónde se encontraban los intereses económicos, para lo cual habrían de tenerse en consideración cuatro elementos: la producción u origen de la riqueza, la posesión de la riqueza o localización de la misma, el ejercicio de los derechos de la riqueza y, por último, el lugar de consumo o apropiación de la riqueza. En función de los distintos tipos de riqueza se analizaba qué criterio era el más adecuado.
- en la tercera parte se perfilaron los criterios de aplicación de cuanto se había establecido en los apartados anteriores, partiendo de la apreciación histórica y práctica de la existencia de una tendencia natural en los Estados a querer

⁷³³ El vínculo de un no residente a su país de origen puede llegar a ser meramente nominal.

⁷³⁴ Puede llevar a abusos de favorecer que el país donde se resida temporalmente tuviera la pretensión de recaudar por todo el patrimonio y rentas del residente temporalmente.

⁷³⁵ Este criterio presenta defectos como el que las propiedades estén en manos de outsiders permanentes y por tanto no tributen donde están localizadas; o que la fuente de las rentas corresponda a otro Estado y, sin embargo, se beneficiase el Estado de la residencia; etc.

⁷³⁶ Sería apto para los impuestos tradicionales sobre propiedades o sucesiones, pero no para los modernos impuestos personales.

gravar las rentas de los no residentes aplicando el principio de la fuente, aunque tal posicionamiento era abandonado tan pronto surgía la necesidad de atraer nuevas inversiones. Como alternativas para evitar la doble imposición se expusieron cuatro:

- 1°. que el Estado permitiera a sus residentes que deducieran los impuestos pagados por ellos en otro estado extranjero (método de deducción de los ingresos procedentes del extranjero);
- 2°. que el país de origen eximiera a los no residentes de tributar por los ingresos y rentas obtenidos en ese país (método de la exención para los ingresos que van al extranjero);
- 3°. que los Estados llegaran a un acuerdo por el que se dividiera la tributación entre el país de origen y el país de residencia (método de división del impuesto);
- 4°. que, por acuerdo entre los Estados, el país de origen gravase determinadas formas de riqueza y eximiera a los no residentes del pago de tributos sobre otras, y el país de residencia permitiese desgravarse lo pagado en el país de origen por ciertas clases de riquezas, pero exigiera el pago total de impuestos por otras clases de riquezas (método de clasificación y asignación de fuentes).

El informe concluía recomendando que se evolucionase hacia la adopción del segundo método, y solo en caso subsidiario el cuarto y, en último caso, el tercero.

III.2.1.1.B) El informe de expertos de febrero 1925 sobre doble imposición y evasión fiscal.

Entre los prolegómenos del informe del que ahora nos ocupamos puede citarse que la Conferencia Económica Internacional, en reunión mantenida en abril de 1922 en Génova, recomendó a la Sociedad de Las Naciones que estudiase el problema de la fuga de capitales, provocando que el Secretario–General de ésta última institución, siguiendo una propuesta del Comité Financiero aprobada por el Consejo, procediera a requerir a una serie de países para que se pronunciasen sobre su disposición a nombrar un comité para el estudio de la doble imposición y la evasión fiscal, dando lugar al nombramiento posterior de un comité de expertos (conocido como *Technical Experts*) compuesto por miembros de siete países presidido por el representante italiano.

El comité en su Informe señaló como fin primordial el conseguir una más equitativa distribución internacional de los impuestos y evitar los efectos perniciosos de la doble imposición y de la evasión fiscal.

Con relación a la doble imposición –a la que dedicó su segunda parte–, tras un repaso de diversas cuestiones (posicionamiento adoptado por distintas instituciones

internacionales⁷³⁷, los intentos internos de los países de solucionar el problema en sus propias legislaciones⁷³⁸ y de los tratados y convenios internacionales celebrados sobre la materia) se expusieron los cuatro puntos fundamentales consensuados por los *Technical Experts*:

1º. El sistema seguido hasta entonces en los tratados de los países centroeuropeos había sido el de asignación de ingresos, esto es, la distribución según el país de origen (cuarto método de los apuntados por los *Academic Experts*). El Informe continuaba con un examen del Convenio entre Italia y Checoslovaquia, observando cómo acogía el principio de clasificación de rentas y posterior asignación, conforme al cual los impuestos reales seguían el criterio de tributación en el país de origen, los impuestos personales sobre rentas derivadas de bienes inmuebles seguían el mismo criterio y las demás rentas seguían el criterio del domicilio.

2º. Los gobiernos estaban dominados por el deseo de hacer tributar a los extranjeros, como consecuencia de la primacía del criterio de la fuente(origen) sobre el criterio de la residencia y de la concepción preponderante de los impuestos reales sobre los impuestos personales.

3º. Se observaba cómo últimamente iba avanzando el concepto de impuestos personales sobre los reales. Los pioneros habían sido EE. UU. y Gran Bretaña, pero los países centroeuropeos en los últimos tiempos se movían en la misma dirección. Partiendo de que los impuestos personales se consideraban directamente relacionados con la idea del domicilio, no del origen, se estimó que empezaba a ser más adecuado para resolver los problemas de doble imposición el método segundo de los *Academic Experts* (el de exención a los no residentes por las rentas obtenidas en el país), aunque con limitaciones.

4º. Todos los métodos presentaban problemas, por lo que no se podía aconsejar un método como solución para todo, sino que habrían de diferenciarse:

- para los impuestos reales o cedulares era aconsejable el criterio del origen;
- para los impuestos personales o generales era aconsejable el criterio del domicilio;
- dentro de esas dos categorías se establecían unas clasificaciones en las que conforme a las particularidades se advertían excepciones al criterio general.

En cuanto a la evasión fiscal, a la que se dedicó la tercera parte, se procedía a ofrecer un concepto de qué debía entenderse como evasión fiscal, distinguiéndola de la exportación de capital que podía estar motivada por diferentes razones válidas. La evasión se

⁷³⁷ Se referencian las resoluciones adoptadas por el Instituto de Derecho Internacional en el Congreso de Grenoble de 1922, las recomendaciones adoptadas por el Comité Económico de la Sociedad de las Naciones en 1923, la exposición del Subcomité de Puertos y Navegación Marítima de la Sociedad de las Naciones realizada al *Technical Experts* y las resoluciones del ICC adoptadas en fechas posteriores al Congreso de Londres de 1921.

⁷³⁸ El informe se detiene en las regulaciones de Bélgica, Holanda, Suiza, Estados Unidos y Gran Bretaña y sus dominios.

entendió que consistía en escapar a la tributación legalmente debida, fundamentalmente mediante la fuga de capitales, abarcando tanto los supuestos en que deliberadamente se escapaba a la tributación, como cuando por negligencia u olvido no se cumplieran las obligaciones tributarias de pago. La forma más eficaz de combatir la evasión sería el intercambio de información entre autoridades fiscales de distintos Estados, aunque ello acarrearía numerosos problemas sobre a qué sujetos resultaría aplicable, qué información pudiera ser suministrada, secreto bancario, etc.

III.2.1.1.C) El informe de expertos de 12 abril de 1927 sobre doble imposición y evasión fiscal.

Recogiendo la sugerencia realizada por los *Technical Experts*, el Comité Financiero, con la aprobación del Consejo, encomendó a la Secretaría-General el nombramiento de los miembros de un nuevo Comité de expertos que fue compuesto por los miembros de 13 países.

El Comité, consciente de la imposibilidad de la consecución de convenios multilaterales sobre la materia –en el caso de la doble imposición por las profundas divergencias de los distintos sistemas fiscales internos y en el caso de la evasión fiscal porque alcanzar acuerdos conllevaría prolongados periodos de negociación– optó por la proposición de cuatro borradores de convenios bilaterales que conducirían a la uniformidad en Derecho fiscal internacional y, en un futuro, a la codificación y unificación.

En el Informe ya se identificaron dos problemas como los principales que suscitaba la doble imposición: por una parte, el obstáculo que conllevaba para el desarrollo de las relaciones internacionales y, por otra, el que como consecuencia de la excesiva carga fiscal se producían desplazamientos de bases imponibles, por ello la doble imposición y la evasión fiscal se encontraban estrechamente conectadas. La única forma de solucionarlo era asegurar la cooperación internacional y la celebración de tratados bilaterales.

El Comité presentó cuatro borradores de modelos de convenios bilaterales, dos para la doble imposición⁷³⁹ y dos para la evasión fiscal⁷⁴⁰.

En el artº5 del borrador de modelo de convenio para la prevención de la doble imposición se estableció como eje central para resolver la problemática el concepto de establecimiento permanente. Dicho artículo disponía:

“Los ingresos procedentes de cualquier empresa industrial, comercial o agrícola y de cualquier otra profesión serán gravados en el Estado en el que las personas que controlan la empresa dedicada al comercio o la profesión posean establecimientos permanentes. Los centros reales de dirección, empresas afiliadas, sucursales, fábricas, agencias, almacenes, oficinas, depósitos, se considerarán establecimientos

⁷³⁹ Uno genérico y otro especial para el impuesto de sucesiones.

⁷⁴⁰ Uno sobre asistencia administrativa en materia fiscal y otro sobre asistencia judicial en recaudación de impuestos.

permanentes. El hecho de que una empresa tenga relaciones comerciales con un país extranjero a través de un agente de buena fe autónomo (corredor, comisionista, etc.) no significa que la empresa en cuestión tenga un establecimiento permanente en dicho país.

.....

Si la empresa posee establecimientos permanentes en ambos Estados contratantes, cada uno de los dos Estados gravará la parte de los ingresos producidos en su territorio.”

Por otra parte, el mismo artículo 5 proponía el método de las cuentas separadas como regla básica para asignar las rentas. Subsidiariamente, en caso de que las cuentas no mostrasen las rentas separadas se proponía como solución las reglas de reparto que acordasen los Estados. Sin embargo, la norma no contenía cuáles debieran de ser los criterios adecuados de reparto, aunque en los comentarios al artículo contenidos también en el Informe se señalaban algunos a modo de ejemplo: de acuerdo con la naturaleza de la empresa, el capital implicado, el número de trabajadores, los salarios pagados, etc. O en el caso de factorías que vendieran productos en el extranjero habría que distinguir entre beneficios atribuibles a la fabricación y beneficios imputables al mercado.

III.2.1.2 El Modelo de CDI de octubre de 1928.

En cumplimiento del requerimiento contenido en el Informe de 1927, el Consejo decidió solicitar a diversos países (miembros y no miembros de la Sociedad de las Naciones) el que se pronunciaran sobre el Informe y los borradores de convenio, invitándoles a participar en una Asamblea General que se reunió en octubre de 1928 con la asistencia de 27 países y de donde surgió lo que se conoce como el Modelo de CDI de dicho mes y año.

Aquí nos detendremos solamente en el modelo de Convenio para la prevención de la doble imposición sobre impuestos directos. En lo esencial se procedió a respetar el borrador de modelo propuesto en 1927, pero se añadieron dos variantes sobre el primer texto, resultando tres versiones: el primer texto iría dirigido a los países con un sistema que acogiese impuestos impersonales y un impuesto general personal, las otras dos variaciones no eran sino simplificaciones del primero, destinándose una variante para aquellos países en los que predominase el criterio del domicilio y la otra para los países que no compartieran sistema fiscal.

En la primera variante, en el artº1 se procedía a delimitar el ámbito subjetivo y objetivo del Convenio. Con respecto al primero, se seguía el criterio clásico preponderante de que un Estado gravase las rentas de todos los que estuvieran domiciliados en su territorio, fueran o no nacionales (*whether nationals or otherwise*), incluso podía tratarse de nacionales de un Estado que no fuera parte del Convenio. En cuanto al ámbito objetivo, no se definían cuales se entendían como impuestos impersonales y cuales como personales en aras de evitar las controversias entre los distintos sistemas fiscales de

distintos países, debiendo ser cada Estado parte quien decidiera qué impuestos tenían una u otra consideración. A los impuestos impersonales se les dedicaban los artículos 2 a 9⁷⁴¹, y a los impuestos personales los artículos 10 a 11⁷⁴², conteniéndose a partir del artº12 disposiciones generales aplicables a ambos. El artº5 se dedicaba a las rentas procedentes de cualquier empresa (industrial, comercial o agrícola) y de profesionales, cuando no se tratase de salarios, implantando el criterio de que tributarían en el Estado donde se situase el establecimiento permanente. A tal efecto se consideraría como establecimiento permanente el “*centro real de administración, sucursales, fábricas de minas y campos petrolíferos, talleres, agencias de almacenes, oficinas y depósitos, independientemente de que tales establecimientos sean utilizados por los propios comerciantes, por sus socios, abogados o sus representantes permanentes*”. No tendría la consideración de establecimiento permanente el agente autónomo de carácter independiente (comisionista, corredor, etc.) que tuviera relaciones comerciales con un país extranjero. Para tener la consideración de agente autónomo debería gozar de independencia económica y jurídica. Si se tuviera establecimiento permanente en los dos Estados contratantes, cada Estado se atribuiría competencia sobre las rentas producidas en su territorio, debiendo las Administraciones tributarias de ambos Estados llegar a un acuerdo de distribución.

En la segunda variante, en la cual no se distinguía entre impuestos personales y reales, ni entre impuestos celulares e impuestos generales, se estableció como criterio general el del domicilio, conceptualizado en idénticos términos a los contenidos en el artº10 de la primera variante. Como excepción a dicho criterio se listaron en el artº2 una serie de rentas⁷⁴³ que tributarían conforme al criterio de la fuente u origen, especificándose que respecto de las rentas procedentes de cualquier industria, comercio o profesión tributarían en el lugar donde se situara el establecimiento permanente, recogiendo el

⁷⁴¹ En el artº2 se impone el criterio del Estado donde se sitúen para las rentas derivadas de bienes inmuebles. En el artº3, para las rentas derivadas de inversiones en valores mobiliarios que no sean acciones, se establece el criterio de la residencia de los inversores. En el artº4 se contiene el criterio del Estado donde se sitúe el centro real de dirección de la empresa (no el nominal) para las rentas derivadas de acciones o similares. En el artº6 para las retribuciones de administradores y directivos se remite al mismo criterio del artº4. En el artº7 se establece para los salarios de los trabajadores la competencia del Estado donde se realizan, con la excepción de los funcionarios públicos en el extranjero que tributarán en el Estado pagador. En el artº8 se fija para las pensiones—públicas o privadas— la competencia del Estado del pagador. En el artº9 se dispone el criterio del domicilio del acreedor para cualquier otra renta no contemplada en los anteriores apartados.

⁷⁴² El artº10 regula que el impuesto personal sobre la totalidad de las rentas corresponderá al Estado del domicilio del contribuyente, entendiéndose como tal el lugar de su residencia habitual (vivienda permanente), aunque el Estado de la residencia deberá deducir de dichas cantidades la menor de las siguientes cantidades:

- La cantidad pagada en el otro Estado contratante conforme a la previsión del artº2 o del artº5
- La cantidad por impuestos contemplados en el artº2 ó 5 al tipo impositivo del Estado de la residencia

La deducción nunca podrá ser superior al % que se establezca del total del impuesto personal del Estado de la residencia.

En caso de que el contribuyente tenga domicilio fiscal en los dos Estados contratantes el impuesto personal se repartirá en proporción al tiempo de estancia en cada Estado en el ejercicio fiscal o conforme al acuerdo que alcancen las Administraciones tributarias de ambos Estados (artº11)

⁷⁴³ Las procedentes de propiedades inmobiliarias; de industria, comercio o profesión; de retribuciones de administradores y directores de sociedades anónimas; de salarios y de pensiones.

mismo concepto. Como mecanismo para evitar la doble imposición se arbitraron dos alternativas:

- un sistema de abatimiento o deducciones aplicable cuando un contribuyente que tributase en un Estado conforme al criterio general del domicilio resultase igualmente gravado en el otro Estado contratante con arreglo a las previsiones del artº2, y que tendría como resultado el que podría deducirse del impuesto que tuviera que pagar en el Estado del domicilio la menor de las dos siguientes cantidades:
 - ✓ la cantidad pagada en el Estado de origen conforme al artº2;
 - ✓ una cantidad que significase la misma proporción sobre la cantidad pagada en el Estado de origen a lo que representase ese mismo porcentaje sobre la cantidad que inicialmente resultase a pagar en el Estado del domicilio.
- Un sistema de devoluciones por el cual el Estado que hubiera recaudado en origen por impuestos no numerados en el artº2 devolvería las cantidades siempre que no tuviera prioridad en el cobro.

En la variante tercera, se entraba directamente a asignar los distintos criterios de determinación de la jurisdicción fiscal competente, sin calificar si se trataba de tributos en la fuente o no, reproduciéndose los mismos criterios del artº2 de la variante segunda pero distribuidos en distintos artículos⁷⁴⁴.

A la vista de todo lo anterior podemos manifestar que existen diversas variaciones conceptuales en las propuestas de Modelos de 1928 con respecto a los borradores de 1927:

- desaparecieron las empresas afiliadas de la consideración de establecimientos permanentes, lo que en opinión de WITTENDORFF⁷⁴⁵ supuso la quiebra de la doctrina germánica de la *Filialtheorie*;
- desapareció la referencia al método de las cuentas separadas;
- como aprecia LEPARD⁷⁴⁶, conforme a la nueva redacción del artº5, dejó de tener carácter subsidiario la regla del acuerdo entre las Administraciones tributarias competentes para el prorrateo de rentas en el supuesto de ausencia de cuentas separadas en el caso de que se tuvieran establecimientos permanentes en los dos Estados.

Por otra parte, en cuanto a las relaciones comerciales y las rentas de ellas derivadas podemos apuntar dos apreciaciones:

⁷⁴⁴ Artº2 para rentas derivadas de propiedades inmobiliarias, artº3 para las rentas procedentes de industrias, comercio y profesiones, artº4 para las provenientes de retribuciones de directores y administradores, artº5 para las originadas por salarios, el artº6 se dedica a las rentas correspondientes a las pensiones, el artº7 se dedica a las rentas derivadas de los bienes muebles (con ciertas matizaciones) y el artº8 para las demás rentas no contenidas en los artículos precedentes.

⁷⁴⁵ WITTENDORF, J. (2010).

⁷⁴⁶ LEPARD, B. D. (1999).

- se estableció un sistema de tributación en la fuente con matizaciones al introducirse el criterio del establecimiento permanente por el que se trataba de favorecer que las empresas realizaran negocios en otras jurisdicciones distintas a las de su nacionalidad o domicilio;
- se echó en falta una regulación del procedimiento a seguir para la distribución de las rentas entre empresas vinculadas, por lo que continuaba sin solucionarse el problema de la doble imposición en las transacciones de las multinacionales.

III.2.1.3 Informe de la Primera Sesión del Comité Fiscal al Consejo de octubre de 1929.

El hito siguiente en la evolución de las actuaciones de la Sociedad de las Naciones vino marcado por el hecho de que la Asamblea General acordó la creación de un grupo de expertos que permanentemente estudiaran los problemas fiscales internacionales que se venían apreciando. Fruto de ello fue la creación de un Comité Fiscal permanente que iría, con distintos miembros, celebrando distintas sesiones y emanando diversos informes. El primero de la serie fue el resultante de la Sesión celebrada en Ginebra entre el 17 y el 26 de octubre de 1929 y en la que participaron doce miembros.

Entre las distintas partes en que se distribuyó el Informe, desde la perspectiva del presente trabajo, sobresalen:

- el examen de los tratados internacionales de doble imposición concluidos hasta entonces;
- la posición general en relación con los problemas de doble imposición y evasión fiscal;
- el examen de las cuestiones abiertas planteadas por la asamblea de expertos de los gobiernos, a saber:
 - ✓ la definición de agentes autónomos y de establecimientos permanentes;
 - ✓ las reglas para la distribución de los beneficios o capitales de las empresas industriales o comerciales que operasen en distintos países y medidas diseñadas para evitar la doble imposición de los fondos y holdings internacionales;
 - ✓ el estudio de los principios relacionados con la evitación de la doble imposición en los derechos de autor e invención;
 - ✓ cómo afectaba a la doble imposición la cuestión de la reciprocidad y la cláusula de la nación más favorecida.
- el estudio de la posibilidad de extender las medidas diseñadas para evitar la doble imposición en el impuesto sobre el volumen de negocios, los derechos de timbre y varios aspectos en relación con el comercio internacional;
- el estudio de la posibilidad de concluir convenios multilaterales.

Entre las distintas cuestiones sobre las que se pronunció el Informe⁷⁴⁷ debemos reparar en dos:

A) La definición de agentes autónomos y de establecimientos permanentes:

El informe entendió que podrían tomarse cuatro criterios diferentes para determinar cuándo nos encontrábamos ante establecimientos permanentes y cuando ante agentes autónomos:

- un primer criterio jurídico sería atender a quienes tenían poderes para celebrar contratos vinculantes para una empresa. Este criterio se consideraba admisible, pero no era aplicable en todos los casos;
- un segundo criterio conceptuaba en sentido negativo al establecimiento permanente, predicando que no había establecimiento permanente si no se tenía un almacén (depósito) estable. El problema que suponía esta visión radicaba en que había supuestos en los que una empresa tenía un agente autónomo, pero no tenía un almacén, p. ej. compañías de seguros o ciertas agencias de compras;
- un tercer criterio consideraba que había que tomar como referencia la relación entre el agente y la empresa, de manera que no se trataría de un agente autónomo si recibía un emolumento fijo. La crítica a este criterio residió en que esto podía ser un factor determinante pero no indispensable;
- el cuarto criterio atendía a la continuidad de la relación entre la empresa y el agente. Tampoco este criterio pareció irrefutable y determinante de la consideración como agente o establecimiento permanente.

Ante la insuficiencia de dichos criterios se propuso que tuviera la consideración de establecimiento permanente o agente dependiente aquel que estuviera autorizado para actuar en nombre y representación de una empresa extranjera que tuviera regularmente relaciones comerciales en el país donde se encontrara establecido el agente a través del mismo.

Por tanto, los elementos esenciales para la consideración de una entidad como establecimiento permanente deberían ser:

- que el agente tuviera autorización para actuar en nombre de la empresa extranjera a la hora de realizar transacciones;
- que el agente estuviera llevando a cabo regularmente transacciones en nombre de la empresa;
- que el agente estuviera llevando a cabo las transacciones en un establecimiento.

Se presumiría la condición de establecimiento permanente en los siguientes supuestos:

- a) Cuando el agente realizase sus actividades (todas o parte) en locales u oficina puestos a su disposición por la empresa.

⁷⁴⁷ Hubo numerosas cuestiones sobre las que no se pronunció al considerar o que se trataban de cuestiones muy complejas o todavía no suficientemente desarrolladas y que en cualquier caso necesitaban un estudio más profundo.

b) Cuando la oficina o los locales en los que el agente desarrollase su actividad tuviera signos externos de ser un establecimiento permanente de la empresa.

c) Cuando el agente tuviese habitualmente, con fines de ventas, stock de bienes de la empresa y no fueran muestras.

d) Cuando el agente fuera debidamente acreditado y soliera celebrar contratos en nombre de la empresa.

e) Cuando el agente fuera un empleado que habitualmente realizase transacciones a nombre de la empresa a cambio de una remuneración.

B) En cuanto al estudio de la posibilidad de concluir convenios multilaterales, el Comité se hizo eco de la resolución de la ICC en el Congreso de Amsterdam de julio de 1929 en la que se plasmaba el deseo de la promoción de los tratados multilaterales, ya que los tratados bilaterales son solo una solución parcial, pero para llegar a convenios multilaterales se hacía preciso previamente el llegar a consenso en cuestiones básicas.

III.2.1.4 Informe de la Segunda Sesión del Comité Fiscal al Consejo de mayo de 1930.

Con carácter preliminar conviene dejar reseñadas dos cuestiones sobre el contenido del Informe:

- en el mismo se volvió a contener un pronunciamiento sobre el concepto de establecimiento permanente y agente autónomo, considerando insuficientes los cuatro criterios que ya fueron expuesto por el Informe de 1929, reiterando como principio general el concepto que allí aparecía aquilatado y matizando como elementos esenciales del concepto de establecimiento permanente los que a continuación se citan:
 - ✓ debía tratarse de un agente acreditado (*fondé du pouvoir*) que habitualmente celebrase contratos en nombre de la empresa para la que trabajaba;
 - ✓ el agente debía estar vinculado por un contrato de trabajo y habitualmente celebrar contratos en representación de la empresa a cambio de una remuneración;
 - ✓ el agente debía estar en posesión de un depósito o *stock* para la venta;
- al Informe se le unieron dos anexos que se ocuparon de dos cuestiones diferentes. El Apéndice III, en el cual se contuvo un informe elaborado por el profesor Clavier y en el que se estudiaron los problemas de doble imposición en relación con los derechos de invención y patentes. El Apéndice II comprensivo del informe elaborado por el profesor Adams (en adelante Informe Adams) en el que se estudiaban las reglas de distribución de beneficios o capital de empresas que operasen en distintos países y las

medidas diseñadas para evitar la doble imposición sobre los Fondos y Holdings internacionales.

Pues bien, el Informe Adams pasaría a constituir una de las referencias clásicas en el estudio de la problemática fiscal de las transacciones internacionales y el antecedente del archiconocido Informe Carroll del que nos ocuparemos más tarde.

Para la elaboración de dicho Informe se tomaron en consideración las respuestas dadas por veinte países al cuestionario preparado por la Primera Sesión del Comité Fiscal, así como las conclusiones recibidas del ICC y diversa documentación.

El Informe comenzaba con el aserto de que en algún punto de importancia en la materia se apreciaba uniformidad, tanto en el tratamiento dado por la mayoría de las legislaciones estatales como en la práctica, citando al efecto cómo la mayoría de los países para la determinación de los beneficios de una sucursal (y más concretamente de una filial o sucursal de sociedad holding extranjera) tomaban en consideración las cuentas separadas de la sucursal y sus beneficios separados. Solo subsidiariamente, en caso de ausencia de cuentas separadas o si éstas fueran insatisfactorias se preveían soluciones diversas, aunque solo una minoría de países daban preferencia al método del prorrateo (se computaban las rentas de la sucursal como una fracción del total). En nuestra opinión, el Informe lo que vino a dejar sentado fue que eran patentes las diferencias entre los ordenamientos fiscales de los distintos países y lejos aún de mantener criterios únicos o uniformes.

A partir de ahí el Informe continuaba sistematizando resumidamente las respuestas dadas a las distintas interrogantes del cuestionario y que podemos exponer sucintamente de la siguiente manera:

a) métodos de determinación de los beneficios de las empresas que operasen en varios países:

- ✓ en el caso de las empresas domiciliadas en un país con sucursales en país extranjero: casi todos los países tomaban en consideración los beneficios en su totalidad, aunque cada vez más países concedían reducciones o dispensas sobre los beneficios obtenidos en el extranjero en mayor o menor medida;
- ✓ en cuanto al supuesto de sucursales locales de empresas extranjeras lo vemos a continuación.

b) métodos de determinación de beneficios de los fondos y las sociedades holdings que operasen en distintos países: casi todos los países no daban un tratamiento especial a la sociedad holding, y a las sociedades dependientes o afiliadas se las consideraba empresas independientes

c) métodos para la determinación de las rentas de sucursales de empresas extranjeras que hacían negocios en el país:

- ✓ la regla general de la mayoría de los países era aplicar el método de las cuentas separadas;

- ✓ con carácter subsidiario, cuando las cuentas separadas no fueran adecuadas o no fueran fiables, se preveían diversos métodos aplicables:
 - mediante un prorrateo que tuviera en cuenta la ratio
$$\frac{(\text{activos} + \text{volumen negocios} + \text{gastos o n}^\circ \text{ empleados})_{\text{de la sucursal}}}{(\text{activos} + \text{volumen negocios} + \text{gastos o n}^\circ \text{ empleados})_{\text{de toda la empresa}}}$$
 - mediante la comparación de los ingresos de la sucursal con los de empresas locales dedicadas a la misma actividad
 - mediante indicadores externos como los sueldos de los empleados, el alquiler pagado por los locales, y otros gastos pagados
 - mediante una suma global que sirviera de base fiscal para varios años
- ✓ algunos países, minoría, acudían a un porcentaje de los ingresos totales de la empresa extranjera;

d) métodos de determinación de las rentas de las filiales controladas por una sociedad holding extranjera:

- ✓ la regla general de la mayoría de los países consistía en aplicarles el método de las cuentas separadas considerando a las filiales como entidades separadas
- ✓ con carácter subsidiario, cuando no fueran adecuadas o no fueran fiables las cuentas separadas, se aplicaban diversos métodos:
 - mediante la comparación con los beneficios de otras empresas locales dedicadas a una actividad similar (Bélgica);
 - si la filial prestaba servicios a la matriz extranjera podían determinarse sobre la base de las comisiones;
 - si la filial y la matriz formaban una unidad económica, la filial podía ser tratada como una sucursal (caso de Alemania y España);
 - mediante la asignación de rentas entre la matriz extranjera y la filial por parte de las autoridades fiscales cuando tuviera por finalidad evitar la evasión o ingresos que no fueran reales (EE. UU.);
 - mediante cargo a la matriz basado en los beneficios reales de la filial en aquellos supuestos en que se estuvieran ocultando los beneficios reales de la sucursal (supuesto de G. Bretaña y España);

e) a la cuestión sobre qué sistema se usaba para la determinación de las rentas de la empresa matriz cuando las rentas de la sucursal o filial se determinasen como una porción de los ingresos totales de la compañía, se concluía que no existía un sistema regular para la determinación de las rentas de la matriz;

f) en el supuesto de que una sucursal o sociedad afiliada en su país tuviera ganancias, pero la empresa en su totalidad tuviera pérdidas. ¿Se tomaban en cuenta las pérdidas para determinar las rentas de la sucursal o filial? Y en el caso inverso, ¿qué sucedía si la sucursal o filial tuviera pérdidas y la compañía en su

integridad ganancias? La solución venía dada en el sentido de que los países que utilizaban el método de las cuentas separadas no tomaban en consideración prácticamente las pérdidas o ganancias de la matriz, aunque había particularidades en algunos países;

g) cuando una entidad tenía su centro administrativo en un país, pero sus otras actividades en otro país, la mayoría de los países hacían tributar a la empresa por la totalidad de las rentas donde se situase el centro administrativo. Eran escasos los que atendían al lugar donde se desarrollasen sus actividades, como era el caso de Estados Unidos o Francia;

h) cuando una sociedad tenía la matriz en un Estado, una sucursal en otro que vendiera a su vez en un tercer Estado en el que no tenía establecimiento permanente ¿a quién se le asignaban los beneficios por las ventas? La mayoría de los países resolvían la situación atribuyendo los beneficios a la sucursal;

i) como métodos de valoración seguidos en el caso de un establecimiento permanente que vendía donde se situaba, pero que la mercancía había sido fabricada o comprada en otro país, se atendía en la mayoría de los casos al importe de las ventas netas realizadas en el país, aunque se dejaba cierto beneficio para ser gravado por el país donde se fabricó;

j) en el caso contrario, cuando la empresa fabricaba en el país y realizaba las ventas en el extranjero, el país de fabricación tenía derecho a gravar cierta cantidad;

k) en el supuesto de que el establecimiento permanente comprase en el país donde se situaba y las ventas se realizasen en el extranjero, la mayoría de los países no gravaban por el hecho de que se comprase en su territorio, aunque excepcionalmente algunos países entendían que el establecimiento permanente tenía que tributar. La misma solución se acordaba por los países cuando una empresa nacional comprase materias primas que exportaba a otro país para fabricar o vender;

l) los intereses pagados por deudas de una empresa con varios establecimientos permanentes eran tratados conforme al prorrateo, adoptando para ello diferentes parámetros, ya fuera el capital invertido, los activos, los beneficios, los ingresos u otros factores;

m) igualmente se analizaban las especialidades de valoración del país donde hubiera un establecimiento permanente de empresas extranjeras dedicadas a la actividad bancaria, seguros, ferrocarril y transportes y telefonía y telégrafo.

A la vista de todo lo anterior el informe concluía en este apartado con cuatro apuntes básicos:

- no se debía adoptar una definición demasiado amplia de establecimiento permanente;

- la mayor dificultad que encontraban los países en la distribución de las rentas era el determinar qué correspondía al país de fabricación y qué al país de venta;
- pese a la defensa que realizaban determinados países como Estados Unidos del método de contabilidad separada frente a un método de distribución formularia, lo cierto es que el método de contabilidad separada presentaba importantes dificultades;
- para las exenciones por doble imposición debería regir el principio de reciprocidad.

Por último, queremos recordar que el informe procedió a designar un subcomité para que se ocupara de la elaboración de un borrador de convenio multilateral, considerando que era el mejor medio para luchar contra la doble imposición.

III.2.1.5 Informe de la Tercera Sesión del Comité Fiscal al Consejo de junio de 1931.

Siguiendo la estela de las anteriores sesiones, el Comité Fiscal volvió a reunirse en junio de 1931, y de las sesiones mantenidas resultó un nuevo Informe del que aquí debemos subrayar:

- en ese momento comenzó a producirse el relevo del profesor Adams por el profesor Mitchell B. Carroll, a quien se le encomendó el estudio de la distribución de beneficios sobre el análisis de lo que sucedía en cinco países (Francia, Alemania, Gran Bretaña, Estados Unidos y España). Carroll concluyó señalando que era prematuro extraer conclusiones y el estudio debería extenderse a otros países. Las conclusiones del estudio se postergarían para el siguiente periodo de sesiones del Comité Fiscal. Habían quedado sentadas las bases para el definitivo Informe Carroll;
- el Informe del que nos ocupamos vino a confirmar el concepto de agente autónomo y establecimiento permanente que ya había sido establecido en los informes anteriores, desechando las observaciones efectuadas por la ICC y el Consejo Industrial de la Haya;
- el Informe de 1931 cumplió con el mandato realizado por el Informe de 1930 y, tomando como base el Informe emitido por el subcomité, se procedió a redactar un modelo de convenio de doble imposición multilateral que fue incluido como apéndice I, bajo la fórmula de tres versiones, sin que el Comité se decantase por ninguna de ellas, exponiendo sus ventajas e inconvenientes.

Dicho lo anterior, vamos a reparar en algunas cuestiones del Modelo de Convenio genérico propuesto:

- a) **Ámbito subjetivo (artº1):** el ámbito previsto para los convenios que se celebrasen bajo su amparo era distinto al del Modelo de 1928, puesto que solo afectaría a las personas domiciliadas en un Estado contratante. A tal efecto se

conceptuaba el domicilio fiscal de la persona física como el lugar de su residencia normal (vivienda permanente), mientras que para las personas físicas vendría definido por el lugar donde se ubicase el centro normal de administración.

b) *Ámbito objetivo (artº1)*: el Modelo no hacía clasificación de las rentas en personales e impersonales, y su ámbito no vendría referido a todas las rentas sino tan solo a ciertas rentas (*forms of rents to which this Convention is relates*). Pero, además, las rentas habrían de ser rentas obtenidas en todo o en parte en uno o más Estados contratantes.

c) Los artículos subsiguientes, 2 al 11, se dedicaban a establecer distintos criterios en función del tipo de rentas: las derivadas de propiedades inmobiliarias (artº2)⁷⁴⁸, de hipotecas sobre bienes inmuebles (artº3)⁷⁴⁹, de industrias, comercio o agricultura (artº4)⁷⁵⁰, de empresas de navegación marítima o aérea (artº5)⁷⁵¹, de préstamos públicos (artº6)⁷⁵², de trabajadores que vivieran a un lado de la frontera y trabajaran al otro (artº7)⁷⁵³, de derechos de patente e invención (artº8)⁷⁵⁴, rentas vitalicias (artº9)⁷⁵⁵, de salarios de funcionarios (artº10)⁷⁵⁶ y pensiones públicas (artº11)⁷⁵⁷.

d) En el artº4 al regular las rentas procedentes de empresas que se dedicasen a la actividad industrial, comercial o agrícola se ocupaba del concepto de establecimientos permanentes, recogiendo el concepto que ya aparecía en el borrador del modelo de 1928, y se excluía de los mismos al agente independiente. Como criterio para atribuir la competencia para gravar dichas rentas en el caso de que se tratase de una empresa con varios establecimientos permanentes en diferentes Estados contratantes, la empresa tributaría en cada Estado en la porción de rentas derivadas del mismo. Para determinar la forma de distribución las autoridades competentes de los Estados involucrados podrían llegar a acuerdos. A todo ello el artº15 añadía particularidades al supuesto de una empresa que tributara en el país de su domicilio, pero las rentas procedieran de establecimiento permanente situado en otro Estado, otorgando el derecho a una

⁷⁴⁸ Se mantiene el mismo criterio que en el borrador de modelo 1928 y tributarán donde se encuentre situado el inmueble.

⁷⁴⁹ Siguen el mismo criterio anterior respecto de hipotecas inmobiliarias, las derivadas de hipotecas mobiliarias sobre buques lo harán donde se encuentre registrada la nave.

⁷⁵⁰ La regla general será que una compañía que opere a través de una o más empresa industrial, comercial o agrícola, tributarán solo solo en el lugar de su domicilio fiscal. Ahora bien, si tiene varios establecimientos permanentes en diferentes Estados contratantes, en cada uno de ellos tributará la porción de rentas derivadas del mismo.

⁷⁵¹ Se mantiene el mismo criterio que en el borrador de modelo 1928 y tributarán donde se encuentre el centro de administración.

⁷⁵² Se cambia el criterio de lo que nos decía el borrador de modelo de 1928 y ahora se establece que tributarían en el Estado donde tenga su domicilio fiscal el acreedor.

⁷⁵³ Tributarán en el Estado del domicilio fiscal de los trabajadores.

⁷⁵⁴ Tributarán en el Estado del domicilio fiscal del beneficiario.

⁷⁵⁵ Tributarán en el Estado del domicilio fiscal del perceptor.

⁷⁵⁶ Tributarán en el Estado responsable de los pagos.

⁷⁵⁷ Se adopta el mismo criterio que en el artículo anterior.

deducción, remitiéndose a las previsiones contenidas en el artº13 y en el párrafo segundo del artº4. No obstante, se contemplaba la posibilidad de que los Estados se reservasen el que no se les aplicasen las previsiones del artº15.

e) En los artº12 al 14 se regulaban diversos mecanismos para tratar de evitar la doble imposición:

- ✓ en el artº12 se establecía un mecanismo distinto de determinación de la jurisdicción fiscal competente para rentas de las comprendidas en los artº6 al 9, cuando se tratase de una persona física con domicilio fiscal en más de un Estado contratante. Se regulaba así mismo un procedimiento de reclamación por parte de la autoridad administrativa del Estado contratante, pudiendo dar lugar a una distribución de las rentas conforme a la ratio

tiempo de duración de la estancia en un país en un año

tiempo de duración total de las estancias en todos los países afectados en un año

Aunque se admitía que los países podían acordar otros métodos de reparto.

- ✓ en el artº14 se establecía para las rentas a que se referían los artº6 al 9 gravadas por el Estado de origen, la posibilidad de solicitar un reembolso cuando se evidenciara que también habían resultado gravadas en el Estado del domicilio
- ✓ en el artº13 se preveía una reducción cuando el Estado del domicilio fiscal gravase alguna de las rentas a que se referían los artº2,3, 10 y 11, conforme a la ratio

renta de este tipo gravadas en e Estado del domicilio

renta total gravada en todos los Estados

sin que la cantidad resultante pudiera ser superior a la cantidad a pagar en el Estado de origen.

f) En los artº16 y ss se contenían reglas para la interpretación y procedimiento a seguir en la solución de problemas surgidos en la aplicación del Convenio.

En la variante A del modelo genérico se introdujeron algunas variaciones, como las correspondientes al artº4, en el que se establecía como criterio de atribución de la competencia fiscal única la de los Estados donde se encontrasen situados los establecimientos permanentes, y si la empresa tuviera varios establecimientos permanentes únicamente sobre las rentas derivadas del establecimiento situado en su territorio, por lo que en este último supuesto las autoridades competentes podrían llegar a un acuerdo de reparto. Se aclaraba que el Convenio no afectaría a los derechos que un Estado parte tuviera a gravar las rentas derivadas de empresas domiciliadas en su territorio, aunque la actividad se llevara a cabo en el territorio de un Estado no contratante. Por otra parte, se ampliaba el mecanismo para evitar la doble imposición a que se referían los artº13, 14 y 15, pasando de la simple reducción contemplada en el

modelo genérico a la posibilidad de efectuarse mediante una reducción, un descuento o una devolución.

En la variante B del modelo genérico se introdujeron importantes modificaciones respecto al ámbito subjetivo. Se mantuvo el criterio del domicilio fiscal para atribuir la competencia para gravar, pero se reformuló el ejercicio de la potestad por parte de los Estados, apareciendo configurada como la reserva de un derecho a gravar a los domiciliados en su territorio. Igualmente aparecía una reserva de los Estados a gravar las rentas originadas en su territorio por personas o entidades no domiciliadas en el mismo (artº2), salvo en los supuestos contemplados en el artº3. Se contemplaba además que la facultad a gravar lo sería sobre la totalidad de las rentas de sus domiciliados, con independencia del origen (el modelo genérico se constreñía a las derivadas del territorio de los Estados contratantes). Se admitía la aplicación de la cláusula de nación más favorecida que, por el contrario, quedaba excluida del modelo genérico.

III.2.1.6 Informe de la Cuarta Sesión del Comité Fiscal al Consejo de junio de 1933.

Es sin duda la Sesión más fecunda del Comité Fiscal debido a dos factores: supuso la cristalización de los esfuerzos y estudios precedentes y, por otra parte, el profesor Carroll emitió su extenso informe sobre la distribución de beneficios. En cuanto a nosotros respecta, el citado Informe al ocuparse de lleno de la distribución de beneficios incidía de manera directa en nuestra materia.

Fruto de esta Sesión fue la propuesta de un borrador de convenio para la imputación de los beneficios entre Estados a efectos fiscales. Respecto del mismo debemos destacar:

- su ámbito se restringió a las empresas dedicadas a la industria y al comercio;
- se consideró plenamente vigente el texto de 1928 para la doble imposición que deliberadamente dejó abierta la cuestión de la distribución de beneficios;
- solo procedió a establecer unos principios generales, ante la gran variedad y complejidad de situaciones motivadas por las diferencias legislativas;
- como regla general se acogió el criterio del domicilio, conforme al cual la empresa tributaba en el país contratante de su domicilio, estableciéndose una prohibición de no sometimiento a tributación en otro Estado contratante. Sin embargo, si la empresa tenía establecimiento permanente en otro Estado contratante distinto al de su domicilio, las rentas derivadas de fuente situada en el Estado donde se encontraba su establecimiento permanente tributarían allí. ¿Pero cómo se distribuirían los beneficios entre la empresa (Estado del domicilio) y los establecimientos permanentes?:
 - ✓ mediante la atribución a cada establecimiento permanente de los ingresos netos comerciales que se podrían esperar de una empresa independiente dedicada a la misma o similar actividad en condiciones iguales o similares;

- ✓ para la determinación de los ingresos comerciales netos se aplicaría de manera principal el método de la contabilidad separada. La gran novedad es que el Comité Fiscal recogía la posibilidad de que las autoridades fiscales realizaran ajustes en la contabilidad cuando la misma presentase errores, omisiones o no se hubiera respetado el principio de *arm's length* al no recoger los precios que hubieran prevalido entre partes independientes. Subsidiariamente (ante la falta de contabilidad fiable) se podría acudir al método empírico, consistente en el cálculo de un porcentaje sobre el volumen del negocio (ventas). Residualmente, si no resultaran aplicables los anteriores métodos, se podría acudir a otros métodos más adecuados.;
- el artº5 vino a establecer el concepto de empresas asociadas y el tratamiento que se dispensaría a las transacciones entre las mismas, constituyendo la introducción plena en el Derecho internacional del principio de *arm's length*, si bien el antecedente de dicho artículo se ha indicado que pudiera estar en el artºIV del Tratado entre EE. UU. y Francia de 1932⁷⁵⁸. Si el artº3 se ocupó de la aplicación del *arm's length* en las relaciones entre una empresa y sus establecimientos permanentes, el artº5 lo hizo respecto de las transacciones entre empresas. Lo primero que el artº5 procedió a definir fue el ámbito subjetivo de aplicación, entendiendo la existencia de vinculación en dos hipótesis:
 - ✓ cuando una empresa de un Estado contratante tuviera una participación dominante en el capital o en la administración de otra empresa situada en otro Estado contratante;
 - ✓ cuando dos empresas en distintos Estados contratantes fueran propiedad o se encontrasen controladas por los mismos intereses.

A continuación, el artº5 definió su ámbito objetivo, dando acogida al concepto de *arm's length* por cuanto dicho ámbito se constreñía a las relaciones comerciales o financieras que se celebrasen en condiciones diferentes a las que hubieran fijado empresas independientes, por lo que los beneficios o pérdidas se trasladaban de una empresa a la otra⁷⁵⁹.

Por último, el artº5 determinó el tratamiento que se daría a los beneficios o pérdidas desplazados, disponiendo que se tomarían como integrados en la contabilidad de la empresa a la que debieron pertenecer, con sujeción a la posible impugnación que pudiera haber, realizando la Administración tributaria los correspondientes ajustes⁷⁶⁰,

⁷⁵⁸LEPARD, B.D. (1999).

⁷⁵⁹ “*in their commercial or financial relations, conditions different from those which would have been made between independent enterprises, any item of profit or loss which should normally have appeared in the accounts of one enterprise, but which has been, in this manner, diverted to the other enterprise, shall be entered in the accounts of such former enterprise*”.

⁷⁶⁰ “*The fiscal authorities of the contracting States shall, when necessary, in execution of the preceding paragraph, rectify the accounts produced, notably to correct errors or omissions, or to reestablish the prices or remunerations entered in the books at the value which would prevail between independent persons dealing at arm's length.*”

viéndose aquí la diferenciación entre el principio de *arm's length* y su mecanismo de aplicación.

Como es fácil de apreciar, se estableció como único método para tratar las transacciones entre empresas asociadas el de las cuentas separadas, sin consideración de métodos subsidiarios como sí acontecía en el caso de los establecimientos permanentes. Los comentarios del artº5 contenidos en el Informe así lo expresaron.

El antecedente legislativo de este artículo se encontraba en el artºIV del Tratado de Estados Unidos y Francia de 1932, el cual había sido redactado por el profesor Carroll.

Analizado el Modelo de Convenio propuesto hemos de adentrarnos en el Informe Carroll, el cual aparece estructurado en cinco volúmenes. Los tres primeros se dedicaron al análisis de los regímenes existentes en cada uno de los países investigados. Sin embargo, aquí nos vamos a ocupar únicamente del cuarto volumen, fundamentalmente por tres consideraciones:

- a) en primer lugar, el cuarto volumen contiene las conclusiones obtenidas de la investigación llevada a cabo en los treinta y cinco países analizados, siendo valorado como un auténtico Digesto de la legislación, jurisprudencia y práctica existente en aquel momento en la materia;
- b) en segundo lugar, a lo largo del cuarto volumen se contiene la utilización tanto de la terminología *arm's length* como del concepto de *arm's length*;
- c) en tercer lugar, en el mismo aparece un examen de los métodos utilizados en aquella fecha para resolver los problemas de posibles desplazamientos de bases imponibles, así como el establecimiento de los requisitos necesarios para establecer un régimen de distribución.

Efectivamente, a lo largo del volumen cuarto hay diversas ocasiones en que el autor hace uso expreso de la terminología *arm's length*:

1º. Por una parte, con ocasión de referirse a las circunstancias que hacían muy difícil determinar cuál era el mejor método de distribución fiscal de los ingresos, ya que cuando las distintas unidades que conforman una empresa se organizasen con contabilidades separadas, en principio, no solían apreciarse problemas, pero cuando no lo hacían, frecuentemente se producía el fenómeno de desplazamiento de los beneficios hacia países con tipos impositivos más favorables. No obstante, pese a la utilización de contabilidades separadas, las administraciones fiscales podían encontrarse con problemas cuando las contabilidades no reflejaran la realidad, en cuyo caso habría que estar a si realmente el establecimiento era autónomo o si operaba con criterios de *arm's length*, lo que autorizaría en su caso a realizar los correspondientes ajustes al objeto de determinar el capital realmente requerido para desarrollar esa actividad y que las facturas se correspondiesen con lo que se hubiera facturado de tratarse de una transacción con un *outsider*.

2º. Por otra parte, al referirse a las empresas que operasen en distintos países a través de distintas sociedades con personalidad jurídica propia (filiales), se

señalaba que las autoridades fiscales respetaban las transacciones entre la matriz y las filiales cuando se realizaban respetando el principio de *arm's length*, conceptuándolo como concurrente cuando las transacciones internas eran llevadas a cabo bajo las mismas circunstancias y condiciones y en los mismos términos que si se hubieran celebrado entre dos entidades completamente separadas e independientes en un mercado abierto⁷⁶¹. Las autoridades fiscales para verificar que se había respetado el *arm's length* atendían en primer lugar a la contabilidad separada y a las declaraciones presentadas por los contribuyentes, al objeto de determinar que si se correspondían con los resultados reales. En caso de que no fuera posible, en la mayoría de los países se acudía a métodos comparativos con empresas similares y se realizaba una valoración empírica de los resultados. En caso de haberse verificado que la transacción se encontraba apartada del *arm's length*, los mecanismos de corrección eran diversos: reajustar los ingresos de la filial sobre la base del principio de *arm's length*, o la valoración de la matriz como agente, o la valoración sobre la base de una unidad económica.

3º. Por último, se hizo uso del *arm's length* al ocuparse de los métodos de distribución en las empresas industriales y comerciales, y más concretamente del método o regla de la construcción de un precio independiente de fábrica. Efectivamente, al enfrentarse al problema surgido del hecho de que la fábrica no vendiese los productos por lo que no podía saberse cuál era el precio independiente de fábrica, tendría que acudirse a construir los términos en que contrataría con un tercero independiente.

No obstante, a nivel conceptual el *arm's length* apareció reflejado continuamente. Veamos algunos de los ejemplos:

1º. En el capítulo II, al exponer los principios generales que regían en la materia, al ocuparse del caso de Estados Unidos se citaba el artº682 de las *Regulations 77*, donde para los ingresos procedentes parcialmente de dentro de Estados Unidos y parcialmente de fuera⁷⁶², como excepción a la regla general del artº119 de la Ley Fiscal Federal 1932, se preveía que se respetaría el precio contabilizado cuando la transacción entre productora y distribuidora se hubiera producido como si fueran empresas independientes, considerando que el precio habría sido determinado de forma justa entre empresas independientes o por motivos que no fueran fiscales. En caso negativo se acudiría a un método fraccionario de distribución

2º. En el capítulo III, al ocuparse de los requisitos contables refería el concepto de precios razonables en operaciones entre empresas relacionadas, exigiéndoles que no fueran artificiales ni injustos.

⁷⁶¹ "As long as the inter-company transactions are carried on under the same circumstances and conditions and on the same terms as they would be between two entirely separate and independent persons, dealing with each other in an open market, and in a manner which is graphically described as at "arm's length".

⁷⁶² Por compras dentro y ventas fuera o viceversa.

3°. En el capítulo IV, al abordar los métodos de imputación de rentas en las empresas extranjeras, Carroll aludía continuamente al concepto de *arm's length*, tanto al estudiar el método de contabilidad separada como al estudiar los métodos empíricos en los distintos países, así como al ocuparse de los métodos fraccionarios. Pues bien, comenzando por la exposición del método de contabilidad separada, Carroll advertía de la forma prioritaria de proceder en el Reino Unido cuando el beneficio de una sucursal era irrazonablemente bajo, esto es, se procedía a determinar el precio correcto de venta mediante la comparación con el de las ventas que realizase la empresa extranjera a otras empresas independientes en el Reino Unido en condiciones normales de ese mercado particular. Para cuando existían dificultades en encontrar un precio de mercado independiente, se arbitrabán mecanismos para encontrar el precio de venta real o aproximado del producto en el Reino Unido, lo que permitiría determinar el precio intermedio de facturación de la empresa a la sucursal teniendo en cuenta el costo de fabricación. También en Irlanda, cuando se trataba de transacciones internas y ante la dificultad que encontraba la Administración tributaria para obtener una idea clara del precio, se acudía a los mismos mecanismos previstos en el Reino Unido. En Estados Unidos, en el caso de las empresas extranjeras manufactureras y mercantiles, se fijaba el beneficio obtenido en Estados Unidos en consideración al precio que la empresa de fabricación (*independent factory price*) vendiera a un distribuidor independiente, asignando al país extranjero los beneficios de fabricación y a Estados Unidos los de las ventas. También en los Países Bajos se preveía, en el supuesto de empresas extranjeras que operasen con establecimientos locales en su territorio y para cuando no fuera satisfactoria la contabilidad, la posibilidad de acudir a la comparación con los precios de facturación por la venta de productos similares entre empresas independientes. De nuevo al exponer el régimen en Japón se contemplaba que como método de comprobación utilizado por la Administración para verificar la corrección de las cuentas estaba la comparación con precios en un mercado independiente de mercancías similares en operaciones entre empresas independientes. O cuando Carroll refería la aplicación de las cuentas separadas por países de Europa del Norte, Este y Sureste, apreciando que, si para la Administración no eran satisfactorias las cuentas separadas de una empresa extranjera, podía acudir entre otros mecanismos de corrección a los precios de venta de compradores independientes. En lo relativo al examen de los métodos empíricos tampoco faltaron las referencias al concepto del principio de *arm's length*. Así lo encontramos al referir cómo Alemania adoptaba una previsión para cuando fuera necesario acudir a la posibilidad de comparación con los beneficios de las empresas similares independientes. También cuando detalla el funcionamiento del método fraccionario en Estados Unidos refiere en varias oportunidades que se contemplaba dicha metodología para cuando no era posible determinar el precio de fabricación independiente o cuando la contabilidad del contribuyente no reflejaba una distribución justa.

4°. En el capítulo V Carroll destacó que el problema de distribución en el caso de empresa extranjera con sucursal local desaparecía o se minimizaba cuando el centro de administración coincidía con el centro operativo principal de la empresa, si la empresa fabricaba en el centro principal y vendía a terceros independientes en otros países, o vendía a un precio de fabricación independiente.

5°. En el capítulo VI se describió el concepto de *arm's length* conforme tenemos anteriormente recogido y, además, al clasificar los métodos utilizados para atajar las prácticas de desplazamientos de bases imponibles entre empresa extranjera y filial local consideraba aplicables tres mecanismos: el reajuste tomando como referencia lo que habría ocurrido si se hubiera tratado de dos empresas independientes, la valoración de la matriz como agente y, por último, la valoración como una unidad económica.

6°. En el capítulo VII, dedicado a las empresas extranjeras centradas en la actividad industrial y comercial, se incluyeron repetidas referencias al *independent factory price* recogido en el artº682 de las *Regulations 77* de Estados Unidos, que igualmente era acogido por Irlanda en relación a las ventas de mercancías fabricadas en el extranjero. Con idéntica ocasión, al reseñar el régimen holandés, apreciaba que la autoridad fiscal procedía a verificar que el precio de compra por parte del establecimiento local era correcto por comparación con el que habría regido entre partes independientes. En relación con los establecimientos de fabricación volvía nuevamente a tomar protagonismo el *arm's length* como criterio aceptado por las autoridades fiscales de Canadá y Grecia en distintos supuestos.

7°. En el capítulo IX aparecía bajo una nueva variante el *independent production Price*.

8°. En el capítulo XII las referencias al *arm's length* eran innumerables.

En definitiva, el Informe, en una visión premonitoria, ya avanzaba los problemas de la distribución de beneficios, jalonados por las complejas estructuras que iban adoptando las MNEs en sus procesos de actividad con filiales y sucursales en distintos países. Como posibles causas de los problemas identificaba:

- los problemas de tipo estructural u organizativos entre los que citaba:
 - ✓ el que no todas las empresas adoptaban el criterio de una contabilidad separada, facilitándose los desplazamientos perniciosos cuando no se adoptaba el mentado criterio;
 - ✓ el hecho de que había empresas con oficina central de supervisión de actividades, las cuales prestaban servicios a los centros situados en otros países;
 - ✓ el que los gastos de un determinado centro (por ejemplo, publicitarios) podrían estar beneficiando a otros centros;
- los problemas de las autoridades fiscales para desarrollar su labor, ya que no disponían de la información necesaria de los centros no localizados en el

territorio de su competencia, por lo que en caso de que la empresa no siguiese el criterio de una contabilidad separada fidedigna se generarían evidentes problemas, máxime cuando las autoridades de cada país eran propensas a atribuir a los centros localizados en su territorio la mayor porción de ingresos posibles.

El Informe también adivinaba las controversias derivadas de la contabilidad, dedicándoles el capítulo III. Allí se nos ponía de manifiesto la insuficiencia de las cuentas contables cuando una empresa extranjera operaba en otro país mediante sucursales o afiliadas. Expositivamente, el Informe, antes de exponer las particularidades que se presentaban en los distintos países objeto del estudio, apuntaba las causas apreciadas del problema:

- la sucursal o filial normalmente no reflejaba en sus cuentas la realidad financiera y económica de la empresa;
- las normas de los Estados estaban enfocadas exclusivamente a la contabilidad de las empresas que operaban en su territorio;
- no había criterios legales que debieran seguirse para que las cuentas reflejasen la realidad;
- la carga de la prueba de lo que debía de excluirse de tributación en un Estado recaía en el contribuyente, teniendo que acreditar que se había respetado el *arm's length* en las transacciones entre entidades relacionadas.

Igualmente, el Informe en su capítulo IV contenía un análisis pormenorizado de los métodos aplicados por los distintos países para la distribución de las rentas. Los métodos apuntados por el profesor Carroll se agruparon en tres apartados:

a) el método de la contabilidad separada, consistente en determinar los ingresos conforme a las cuentas del establecimiento local de la empresa. Dicho método suponía para la administración una doble verificación:

- ✓ la realidad de las cuentas;
- ✓ el examen de las relaciones del establecimiento con otras sucursales o filiales de la misma matriz, y entre otras cosas la verificación del precio contabilizado de los bienes transferidos y servicios prestado entre ellas.

Se trataba de un método seguido por los países de mayor experiencia en la fiscalidad de las rentas y que contaban con contables de mayor experiencia.

Este método se había extendido por la influencia del Reino Unido y Estados Unidos.

Pero no se trataba de una panacea resolutoria de todos los problemas, surgiendo problemas a causa de las disfunciones de gestión, ya que el contable tenía que determinar los precios de transferencia mientras eran otras personas de la empresa quienes organizaban las exportaciones

b) los métodos empíricos que solían ser subsidiarios del anterior, entrando en funcionamiento en el caso de que las cuentas no reflejasen la realidad, y que operaban determinando los ingresos por comparación de la empresa con otras similares o teniendo en consideración el volumen de negocios, activos y otros factores determinables.

Los métodos empíricos eran variados y bastante diferenciados, aunque en esencia siempre trataban de estimar los ingresos conforme a los mejores datos disponibles, para lo cual normalmente se acudía a la comparación con los resultados de una empresa extranjera o nacional que se dedicara al mismo tipo de actividad.

En las empresas comerciales e industriales se solía usar el método empírico del porcentaje del volumen del negocio, reseñándose como posibles metodologías frecuentes de cálculo adoptadas la de la ratio $\frac{\text{beneficios netos}}{\text{ingresos brutos}}$ de empresas similares o la ratio $\frac{\text{beneficio bruto} - \text{gastos de establecimiento}}{\text{ingresos brutos}}$ de empresas similares, tomando como gastos de establecimiento (alquiler, salarios, etc.). Aunque también podía acudir a calcular el beneficio a través del capital invertido en el establecimiento y asumir como beneficio el interés de mercado del mismo.

Los métodos empíricos con carácter subsidiario de las cuentas separadas eran admitidos en el Reino Unido, otros países de la Commonwealth (Irlanda, Indias Británicas, Canadá o Sudáfrica), Estados Unidos, en países europeos como Francia (donde la desconfianza en las cuentas se encontraba muy arraigada y la práctica del método del porcentaje era frecuente) o en menor medida en otros países como Bélgica, Italia, Polonia, Luxemburgo, Rumanía, Latvia, Alemania o Grecia. Donde no era utilizado o muy excepcionalmente era en Holanda e Indias Holandesas o Japón.

c) el método de reparto fraccionario, que no tenía carácter subsidiario, por lo que pese a tratarse de un método empírico se trataba separadamente. Operaba determinando los ingresos y gastos de un establecimiento mediante la aplicación a los ingresos netos totales una ratio de ciertos factores (activos, facturación, nóminas o porcentaje fijo) Para ello se dividía el ingreso neto total de una empresa (o de dos o más de sus departamentos) en una proporción determinada con el fin de determinar la renta gravable de un establecimiento en un país.

Este método presentaba dos variantes. El método de reparto fraccionario ilimitado, caracterizado porque el ingreso neto total considerado era el de la empresa independientemente de la fuente o las transacciones que lo producían. Donde mayor acogida había tenido este método era en España, Francia, Suiza, Indias Holandesas e Indias Británicas

El método reparto fraccionario limitado, por el contrario, atendía al ingreso neto total de fuentes concretas (p. ej. fabricación y venta) o por conveniencia. A su vez presentaba tres modalidades:

- ✓ la canadiense, en la que solo se tenían en cuenta para el prorrateo los ingresos que tenían relación directa con la actividad del establecimiento en Canadá, de manera que cuando una empresa fabricaba fuera y vendía en Canadá, si el precio que mostraba la contabilidad era injusto se acudía al prorrateo

$$\frac{\text{ventas en Canadá}}{\text{ventas totales pero solo en relación con la rama del establecimiento}} ;$$

- ✓ la austriaca, en la que ante la insatisfacción de las cuentas separadas se preveía el poder acudir al prorrateo que tenía diferentes formas de respuesta según las particularidades concurrentes. Así, entre otras, para las empresas extranjeras se establecía un mínimo que debía tributar en Austria calculado sobre la base de un porcentaje sobre los beneficios derivados de la actividad conjunta de la empresa (establecimiento situado en Austria y de centro situados en el exterior). El porcentaje se concretaba en 1/3 de los ingresos si la fabricación tenía lugar en el extranjero y las ventas en el interior. Si en lugar de fabricación en el extranjero se trataba de compras en el extranjero para vender en Austria el porcentaje ascendía a 1/2. Si la producción era en Austria y las ventas en el extranjero el porcentaje se fijaba en 2/3;
- ✓ la americana, donde se autorizaba acudir al prorrateo en tres supuestos:
 - productos fabricados fuera y vendidos dentro, o viceversa, siempre que no se hubiese respetado el *arm's length* o el contribuyente no hubiese solicitado valoración conforme a sus libros contables;
 - empresas navieras extranjeras si era de países con los que no hubiera acuerdos para la exención recíproca y el contribuyente no hubiera solicitado deducciones conforme a sus libros contables;
 - compañías extranjeras de seguros de vida que tributaban en Estados Unidos solo una parte del ingreso neto total.

La preponderancia de un método sobre otro variaba en función de cada país, aunque el método preferente sin lugar a duda era el de las cuentas separadas en la mayoría de los países, salvo España y Suiza que optaban por el método fraccionario como método primario, al igual que algunos estados de Estados Unidos.

El informe concluía dejando diseñadas las pautas de un régimen general e ideal para la distribución de las rentas evitando la doble imposición, en el centro del cual se situaba como principio básico el principio de responsabilidad fiscal por el domicilio fiscal o por la fuente de los ingresos, debiéndose de abandonar otros criterios y debiéndose adoptar para ello una definición uniforme de domicilio fiscal, proponiendo para las personas jurídicas el del Comité de Experto de 1928 y para las personas físicas el dado por la vivienda permanente y, en caso de más de una vivienda, por el tiempo gastado en cada una o por acuerdo entre las administraciones. Dicho lo cual, el Estado del domicilio o de la fuente tenía que otorgar concesiones para evitar la doble imposición, sin que fuera

posible hacer una clasificación de los mecanismos, aunque es obvio que pasaba por permitir deducciones respecto de la carga fiscal soportada en el extranjero.

III.2.1.7 Informe de la Quinta Sesión del Comité Fiscal al Consejo de junio de 1935.

A consecuencia de las sesiones tenidas lugar en junio de 1935 resultó un texto revisado de borrador de Convenio de distribución de los beneficios de empresas internacionales que presentaba como novedades la regulación de las empresas financieras y bancarias (artºII.2 y III), el extender su ámbito a las empresas marítimas y de navegación (artº V) y los procedimientos de resolución de disputas en la aplicación e interpretación.

El anterior artº3 quedó en el mismo ordinal y con la misma redacción, si bien se estructuró cada párrafo en apartados separados. El artº5 pasó a quedar dispuesto en el artºVI. En consecuencia, cuanto dijimos ya al tratar dichos preceptos en el apartado anterior resulta plenamente aplicable aquí.

III.2.1.8 Informe de la Sexta Sesión del Comité Fiscal al Consejo de octubre de 1936.

En este periodo de sesiones el Comité se ocupó fundamentalmente del problema de la evasión fiscal, una de cuyas principales causas se encontraba en la doble imposición internacional. La propuesta de solución formulada por el Comité consistía en que los Estados contratantes de un Convenio deberían imponer a las empresas o personas que pagasen rendimientos del capital mobiliario la obligación de comunicar a su Estado todos los pagos realizados en su territorio a un no residente, y ese Estado informaría al Estado de la residencia. La citada solución se ciñó a los rendimientos del capital mobiliario porque se consideró que era en relación con los ingresos provenientes de bienes muebles donde se producía una mayor facilidad para el fraude fiscal. Como apéndice II del Informe aparecía un borrador preliminar de Convenio para la distribución de capital y bienes entre Estados con fines fiscales, compuesto por tres artículos que establecían como criterio eje para la imputación de la potestad fiscal la competencia del Estado del domicilio fiscal de la empresa, con la excepción de los bienes situados y el capital invertido en otro Estado o cuando se tratase de bienes o capital de establecimientos permanentes. En el caso de patentes, marcas, derechos de autor y bienes intangibles similares se establecía que tributarían exclusivamente donde estuviese situado el centro de gestión real. En cuanto a la metodología de reparto para los establecimientos permanentes se preveía la contabilidad separada con los ajustes que fueran precisos.

Por último, el Comité cambió de punto de vista respecto de las empresas de seguro, a las que consideró que le eran aplicables los principios previstos para las empresas comerciales, disponiendo en el apéndice I la modificación del texto revisado del

Convenio de distribución de ingresos mediante la modificación del artº III en su párrafo 4.

III.2.1.9 Informe de la Séptima Sesión del Comité Fiscal al Consejo de octubre 1937.

Los méritos de este Informe se redujeron a profundizar en el estudio de la evasión fiscal y la invocación del deseo de que los Estados fueran adoptando en sus sistemas internos las consideraciones que a lo largo de los distintos informes, a lo largo de los años, se habían venido consiguiendo. En cuanto a la evasión fiscal el Comité confirmaba como mejor mecanismo de solución el intercambio de información, pero para ello había que estudiar los distintos sistemas que podrían poner en funcionamiento las Administraciones de los distintos países.

III.2.1.10 Informe de la Octava Sesión del Comité Fiscal al Consejo de octubre 1938.

Tras la consulta evacuada a los distintos países sobre el procedimiento de intercambio de información, el Comité en su octava sesión concluyó:

- a) que existían mecanismos muy distintos para combatir la evasión fiscal y la doble imposición, por lo que no se podían extraer conclusiones generales mediante la comparación de los distintos sistemas fiscales, ya que cada uno respondía a circunstancias económica, sociales y posibilidades administrativas concretas;
- b) que los gobiernos no pretendían cambiar su Derecho interno para suministrar información a otros Estados, ni recabar información de sus nacionales para fiscos extranjeros;
- c) que a la vista de cuanto antecede el Comité consideraba que los Convenios bilaterales eran la única solución posible a nivel internacional y estudiaría los principios que debían proponerse para evitar la doble imposición.

III.2.1.11 Informe de la Novena Sesión del Comité Fiscal al Consejo de Estado de junio 1939.

En el Informe de 1939 de la novena sesión el Comité se ocupó de recoger una serie de principios técnicos de fiscalidad, así como una serie de apreciaciones sobre las imbricaciones entre la política fiscal y las fluctuaciones económicas, pero no trató directamente cuestiones referentes al *arm's length*.

III.2.1.12 Informe de la Décima Sesión del Comité Fiscal al Consejo de marzo de 1946.

Como resultado de los trabajos del Comité Fiscal en su sesión décima aparecieron tres borradores de Modelo Bilateral de Convenio sobre la doble imposición y la evasión fiscal con los que se trató de actualizar el Modelo de 1928 a las nuevas necesidades y a la experiencia de los convenios celebrados todos los años anteriores. Cada borrador presentó dos variantes, la de Méjico y la de Londres. El primer borrador se centró en la prevención de la doble imposición en la renta y el patrimonio, el segundo borrador se ocupó de la prevención de la doble imposición en herencias y sucesiones, y el tercer borrador en la asistencia administrativa mutua para la valoración y recaudación en renta, patrimonio, herencias y sucesiones. Como escribe MARTÍNEZ⁷⁶³, la trascendencia de los Convenios Modelo de Londres y Méjico reside en constituir los antecedentes en los que se inspirarían, posteriormente, los futuros modelos de la OCDE y de la ONU, que tan amplia repercusión internacional han alcanzado. Mientras el Convenio Modelo de la OCDE se referirá siempre al de Londres, el de la ONU, por el contrario, seguirá las líneas de actuación de las que fue pionero el Convenio Modelo de Méjico. SERRANO ANTÓN⁷⁶⁴ señala que hasta los textos de 1943 y 1946 no se aprecia un verdadero cambio en la estructura y contenido, aunque tampoco fueron admitidos unánimemente por los países por presentar deficiencias en algunas cuestiones fundamentales de fiscalidad internacional.

Nosotros aquí solo vamos a referirnos muy brevemente al Borrador de Modelo de Convenio de prevención de la doble imposición en la renta y el patrimonio, tratándonos de centrar en los extremos que afectan a la materia objeto de nuestro trabajo.

El ámbito subjetivo del Modelo vino constreñido a los contribuyentes de un Estado contratante, ya fueran nacionales o extranjeros del Estado en cuestión. Por contribuyente de un Estado habría de entenderse la persona física o empresa con domicilio fiscal en el Estado contratante. En el caso de persona física, para definir el domicilio fiscal se recogía la fórmula tradicional acogida por el Comité Fiscal: el lugar donde tuviera su residencia habitual o vivienda permanente. En el caso de tener el domicilio fiscal en dos Estados contratantes habría que estar a la residencia principal atendiendo a la duración, regularidad, frecuencia de las estancias, lugar donde estuviera la familia, y la proximidad al lugar donde se desarrollara la ocupación. El artº VI.3 del Modelo de Convenio de Londres y el artºVII.2 del Modelo de Convenio de Méjico especificaron como límite de referencia ciento ochenta y tres días al año. En el caso de las entidades la definición del domicilio difería, de manera que para el Modelo de Londres el domicilio venía determinado por el lugar donde se ubicase su centro de administración, mientras que en el de Méjico el domicilio se definía por el lugar de la constitución de la entidad.

⁷⁶³ MARTÍNEZ, J.C. (1986).

⁷⁶⁴ SERRANO ANTÓN, F. (2003).

En los artículos II al XII los borradores determinaron las condiciones en que las distintas clases de rentas podían ser gravadas en un país cuando se tuviese la residencia o domicilio fiscal en otro país contratante. En la variante de Méjico se seguía el principio de que las rentas podían ser gravadas por un Estado cuando tuvieran su fuente localizada en el mismo. En la variante de Londres se seguía el mismo principio como regla general, aunque se abandonaba con relación a los intereses, dividendos, royalties, rentas vitalicias y pensiones privadas.

Las rentas procedentes de empresas industriales, comerciales, agricultura, o cualquiera otra remunerada, fueron reguladas en el artºIV de ambos Modelos de Convenio y en los artºIV a VIII del Protocolo también de ambos. Pese a todo, los criterios de atribución eran distintos, porque mientras que en el Modelo de Méjico se determinó que una empresa tributaría en un Estado extranjero si allí desarrollaba su actividad, siempre que no se tratara de transacciones aisladas u ocasionales; en el Modelo de Londres se acogió la exigencia de que la empresa en el Estado extranjero tuviera un establecimiento permanente. En favor del criterio del Modelo de Méjico se encontraba el que si se exigía la tenencia de un establecimiento permanente el Estado podría estar perdiendo ingresos y, además, se podría incentivar que se realizasen actividades evitando los requisitos para la consideración de tenencia de establecimiento permanente. En favor del Modelo de Londres se barajó el dato de que la mayoría de los convenios celebrados y entonces vigentes habían acogido el criterio del establecimiento permanente. En cuanto al concepto de establecimiento permanente coincidían en los artº V de los Protocolos de ambos modelos. A la hora de deslindar el concepto de establecimiento permanente, ambos Modelos acudieron a la técnica de señalar una serie de supuestos que quedaban incluidos y la diferenciación con el agente autónomo o independiente. En cuanto a los supuestos contemplados se enumeraban:

- la inclusión de la oficina principal, sucursales, minas, pozos de petróleo, plantaciones, factorías, tiendas, almacenes, oficinas, agencias, instalaciones y otros lugares fijos de negocio que tuvieran carácter productivo;
- e igualmente se daba acogida a los supuestos de un área de construcción cuando iba a ser utilizada al menos un año o hubiera estado en existencia durante un año.

En cuanto a la consideración como agente autónomo diferenciado del establecimiento permanente, se acudía a los tres elementos que en los Modelos de Convenio anteriores ya se recogían (tenencia de poder, tener un contrato de empleo y celebrar transacciones habitualmente en nombre de la empresa a cambio de una remuneración, tenencia habitual de un depósito de mercancías en stocks para la venta).

Se dejaban excluidos de la consideración de establecimiento permanente a los corredores (aunque prestaran sus servicios con continuidad), los agentes comisionistas, los viajantes comerciales de empresas y las filiales de una empresa en otro Estado.

Llegamos así a la cuestión de cómo resolver el problema de una empresa que tuviera establecimiento permanente en otro Estado contratante, lo que constituye el primer ámbito donde los Modelos recogían con todo su vigor el concepto de *arm's length*. El

artºIV.3 del Modelo del Convenio en sus dos variantes tomó como régimen básico el de las empresas dedicadas a la actividad industrial, comercial o agrícola, disponiendo que cada Estado gravaría la parte de rentas producidas en su territorio. El artº VI del Protocolo añadió que la distribución de ingresos se realizaría a cada establecimiento permanente conforme al ingreso empresarial neto que se esperaría si fuese una empresa independiente dedicada a la misma o similar actividad, bajo las mismas o similares condiciones. Ese ingreso empresarial neto se calcularía conforme a las cuentas contables separadas y tributaría con arreglo a la legislación o acuerdos del Estado donde se situase el establecimiento permanente. En la determinación de los ingresos netos se tendría en cuenta una parte proporcional de los gastos generales de la oficina central que serían deducidos por el establecimiento permanente.

Ahora bien, seguía diciéndonos el artºVI.1.B de los Protocolos que las autoridades fiscales del Estado contratante podrían realizar los ajustes necesarios para restablecer los precios reflejados en la contabilidad a criterios de *arm's length* en los supuestos en que se apreciaran en la contabilidad errores, omisiones o se hicieran necesarios por cualquier otra circunstancia para que se respetase dicho principio.

Es más, el texto dio acogida a los ajustes bilaterales al añadir que cuando las cuentas de un establecimiento permanente sufrieran ajustes por parte de las autoridades de un Estado contratante, habría que efectuar una rectificación correlativa en las cuentas del establecimiento en el otro Estado contratante involucrado en la transacción.

Con carácter subsidiario al método de cuentas separadas se preveía la determinación presuntiva de las rentas mediante un método empírico consistente en un porcentaje de los ingresos brutos del establecimiento (artºVI.1.C de los Protocolos). La posibilidad de acudir al método presuntivo se abría cuando concurriera alguna de las siguientes circunstancias:

- la empresa y el establecimiento no llevaran contabilidades separadas;
- si llevando contabilidades separadas la misma no se correspondiese con los usos normales del mercado en el Estado;
- si la administración fiscal no pudiera llevar a cabo los ajustes en caso de errores, omisiones, o si había necesidad de restablecer los precios reflejados en la contabilidad a criterios de *arm's length*;
- si el contribuyente estuviera de acuerdo.

La legitimación para acudir al método presuntivo correspondía a la autoridad fiscal.

El porcentaje aplicable se determinaría en concordancia con la naturaleza de la transacción o transacciones en las que se encontraba involucrado el establecimiento permanente y por comparación con otras empresas similares que operasen en el Estado.

Con carácter subsidiario de segundo grado, el artºVI.1.D de los Protocolos recogía que, cuando no fuese posible la aplicación de los métodos anteriormente expuestos, resultaría aplicable un método fraccionario de distribución, conforme al cual los ingresos netos del establecimiento permanente se podrían determinar mediante el método fraccionario, consistente en la aplicación a los ingresos totales de la empresa correspondientes a la

actividad en la que participara el establecimiento permanente de una ratio que tuviera en cuenta una serie de factores como los ingresos brutos, activos empleados, horas de trabajo u otros, buscando siempre aproximarse cuanto fuera posible a las cuentas separadas.

El artºVI, en sus apartados 3 y 4, establecía particularidades en los métodos que resultarían aplicables para determinar los ingresos netos del establecimiento permanente en caso de que no fuese posible la determinación conforme a los métodos acabados de exponer.

Para el caso de las empresas cuya actividad fuera las materias primas agrícolas, de minería u otros productos o materiales naturales, el artºIV.4 del Modelo de Convenio disponía que la facultad de gravar sus ingresos correspondería al Estado contratante donde se hubiera producido el producto o material conforme a los precios que habría entre empresas independientes o conforme a la cotización del mercado mundial.

El segundo ámbito donde apareció recogido el principio de *arm's length* fue al abordar el régimen de las empresas asociadas, al que se dedicó el artº VII de los Protocolos de ambos borradores. El mentado artículo entendía que existían empresas asociadas en dos supuestos distintos:

cuando una empresa de un Estado contratante tenía una participación dominante en la administración o capital de otra empresa de otro Estado contratante

cuando dos empresas de dos Estados contratantes eran controladas o propiedad de los mismos intereses

Pues bien, cuando dos empresas asociadas mantenían relaciones comerciales o financieras en condiciones diferentes a las que hubieran existido si se tratase de empresas independientes, los beneficios o pérdidas desplazados de una a otra se reasignarían a la empresa que hubieran correspondido originariamente, sin perjuicio del derecho a recurrir de la referida empresa.

III.2.2 Su etapa en la OCDE.

III.2.2.1 La Organización para la Cooperación Económica Europea (OECE) como antecedente de la OCDE.

El 16 de abril de 1948 fue firmado el Convenio para la Cooperación Económica Europea con el propósito de crear una organización permanente que se ocupase de canalizar el programa de recuperación europeo⁷⁶⁵.

A través de los convenios bilaterales sobre doble imposición internacional celebrados y revisados durante la etapa de la Sociedad de las Naciones se había producido un gran

⁷⁶⁵ La OECE nace tras la Segunda Guerra Mundial como institución para la ayuda y desarrollo europeo mediante la ejecución del Plan Marshall. CULBERTSON, R.E.; MICHAEL C.D. y BAILEY, D.B. (2005)

avance en la materia, pero las insuficiencias quedaban marcadas por diversos factores⁷⁶⁶. El alcance de los convenios bilaterales era limitado, tanto por la existencia de un nutrido número de países que no habían participado en ninguno como por el ámbito objetivo limitado de los convenios celebrados. Por otro lado, habían venido surgiendo nuevas necesidades a la vista de la complejidad implícita en las relaciones comerciales entre países cada vez más frecuentes y como consecuencia de la creciente mutua interdependencia. Además, las reglas para evitar la doble imposición internacional no eran uniformes. Por si fuera poco, resultaba que el tratamiento fiscal que recibían los contribuyentes con negocios en varios Estados era más desfavorable que el que recibía una persona operante en un solo Estado. Ante todo ello, la solución ideal hubiera sido una armonización fiscal de los distintos sistemas fiscales legislativos, pero las evidentes dificultades que ello planteaba inclinaban a resolver los problemas de una manera menos ambiciosa.

En 1956 el Consejo de la OEEC adoptaba la resolución nombrando un Comité Fiscal que se ocupase del estudio de las cuestiones relativas a la doble imposición, cuya línea básica y fundamental de trabajo venía constituida por el establecimiento de una línea uniforme de conducta aceptable por todos los Estados miembros con respecto a todas las cuestiones normalmente relacionadas con la doble imposición internacional.

Fruto de ello, entre 1958 y 1961 el Comité Fiscal emitió cuatro informes provisionales, un primer Informe en mayo de 1958, un segundo Informe en julio de 1959, un tercer Informe en 1960 y un cuarto Informe en 1961.

De todos ellos, es el tercer Informe del Comité Fiscal el que más nos interesa para nuestro propósito de estudio, ya que en los otros tres no se contuvo referencia conceptual alguna al principio de *arm's length*, aunque abordaron distintas problemáticas relativas a la eliminación de la doble imposición internacional. En los dos primeros informes el Comité Fiscal había propuesto un conjunto de artículos para ser incorporados en los Convenios de Doble Imposición⁷⁶⁷. A su vez el Consejo a través de su Recomendación de 3 de julio de 1959 instruyó al Comité Fiscal para que informase sobre las medidas adoptadas por los países para favorecer la celebración de convenios bilaterales, así como de los borradores de los nuevos artículos consensuados adaptados a las nuevas circunstancias. Resultado de todo ello fue la propuesta de un conjunto de diecinueve artículos que constituyeron las bases del borrador de Modelo de Convenio y que suponía el acuerdo del Comité Fiscal sobre cinco nuevos artículos respecto de los catorce recogidos en la Recomendación de 3 de julio de 1959, a saber:

- artº XV y XVI sobre distribución de beneficios en el caso de establecimientos permanentes y empresas asociadas;
- artº XVII sobre tributación de los ingresos no expresamente mencionados en el Convenio;
- artº XVIII sobre el ámbito personal del Convenio;

⁷⁶⁶ Así se recoge en *el Informe 1977 del Comité Fiscal de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico*, al Modelo de Convenio de Doble Imposición sobre la Renta y el Patrimonio.

⁷⁶⁷ El segundo informe llegó a proponer diez artículos para el borrador de Modelo de Convenio.

– artº XIX sobre extensión territorial del Convenio.

Pues bien, fue en materia de establecimientos permanentes y de empresas asociadas donde se contuvieron las alusiones conceptuales al principio de *arm's length*.

Así en el artº XV dedicado a los establecimientos permanentes se trató de resolver la problemática de la distribución de beneficios⁷⁶⁸ de una empresa que operaba en varios Estados contratantes, tomando como criterio de resolución la necesidad de que hubiera un establecimiento permanente en su territorio para que un Estado pudiera gravar los beneficios de una empresa extranjera de otro Estado contratante. En definitiva, suponía la consideración de que una empresa de un Estado contratante no podía ser gravada en otro Estado contratante porque se consideraba que no participaba en la vida económica del otro Estado, salvo que tuviera establecimiento permanente y, en ese caso, exclusivamente podrían ser gravados los beneficios atribuibles al establecimiento permanente⁷⁶⁹.

Sobre el concepto de establecimiento permanente ya se había llegado a un acuerdo por el Comité Fiscal que había quedado recogido en el Primer Informe de 1958, en cuyo Anexo, artºII, se clarificaban ciertos extremos sobre el concepto contenido en el Modelo de Londres y México. El precepto en sus párrafos 1, 2 y 4 persiguió dar una idea clara de lo que debía ser entendido como establecimiento permanente atendiendo a criterios inclusivos, a cuyo efecto nos proporcionaba una definición, una lista de supuestos concretos que quedaban incluidos en el concepto y los rasgos caracterizadores definatorios.

a) El incluir una definición constituía una novedad, ya que el artºV del Protocolo de los Modelos de Londres y México no contenía ninguna. Se nos dice que por establecimiento permanente se entiende un lugar fijo de negocio en el que es desarrollado total o parcialmente el mismo. Como se puede apreciar, se ha elevado a rango de definición la cláusula de cierre del listado de supuestos inclusivos que aparecía en el apartado 1 del texto del artº V de los Modelos de Londres y México.

b) Como rasgos definatorios del concepto se señalaron⁷⁷⁰:

- ✓ el actuar en nombre de una empresa de otro Estado contratante y que no se tratase de un agente independiente;
- ✓ tener potestad para celebrar contratos en nombre de la empresa, exceptuando contratos de compraventa de bienes o mercancías para la empresa;
- ✓ habitualidad.

⁷⁶⁸ Pero no de todas las rentas, sino de las industriales y comerciales (industrial and comercial profits).

⁷⁶⁹ A este respecto se originaron distintas polémicas doctrinales a favor y en contra.

⁷⁷⁰ La esencia de los rasgos caracterizadores se mantuvo, pero de la casuística desaparecían algunos supuestos, de forma que no se alude explícitamente al supuesto de tenencia habitual de mercancía en depósito o stock para la venta, como tampoco se referencia el estar vinculado por contrato de trabajo o la celebración habitual de contratos en representación de la empresa a cambio de una remuneración.

c) La lista de supuestos concretos incluidos en el concepto sufrió ligeras modificaciones refiriendo:

- el lugar de administración⁷⁷¹;
- una sucursal;
- una oficina;
- una fábrica;
- un taller;
- una mina, cantera u otro lugar de extracción de recursos naturales⁷⁷²;
- una obra o proyecto de construcción o ensamblaje que existiera durante más de doce meses.

Por otra parte, siguiendo la misma técnica reguladora que ya había precedido en los borradores de Modelos en los apartados 3, 5 y 6 se nos ilustraba sobre una serie de supuestos que no debían ser considerados establecimientos permanentes:

a) El tener un lugar fijo en Estado extranjero con bienes o mercancías si solo era para almacenar, exponer o entregar bienes o mercancías, o únicamente para simple stockage, o para ser procesados por otra empresa, o cuando el lugar fijo fuera solamente para comprar bienes o mercancías o recoger información o cuando tuvieran como finalidad hacer publicidad, facilitar información, realizar investigaciones científicas o actividades similares de carácter preparatorio o auxiliar. Como se puede apreciar, el énfasis se colocaba en todos los supuestos en que la finalidad de la actividad fuera única.

b) En segundo lugar, quedaban excluidos los corredores, comisionistas generales o cualquier otro agente de carácter independiente, cuando esas personas actuaran en el curso ordinario de sus negocios⁷⁷³

c) En tercer lugar, el hecho de que una sociedad residente en un Estado contratante controlase o fuera controlada por otra empresa residente en el otro Estado contratante no significaba que fuera establecimiento permanente⁷⁷⁴.

Fijado el concepto de establecimiento permanente hay que descender al mecanismo para la distribución de beneficios una vez que se aprecie la concurrencia del mismo. Al efecto, el artº XV, apartado 2, dispuso como regla general que al establecimiento permanente se le atribuirían los beneficios que fueran esperados si se tratase de una empresa distinta y separada dedicada a las mismas actividades o a actividades similares en condiciones iguales o similares y, además, se relacionara de manera totalmente independiente con la empresa de la que fuera un establecimiento permanente.

Dicho régimen era matizado con dos precisiones:

⁷⁷¹ En el nuevo borrador de artículo se alude a “*place of management*” frente a “*head office*” que se señalaba antes.

⁷⁷² Frente al texto anterior “*mines and oil-wells, plantations*”, el nuevo era más amplio y actualizado.

⁷⁷³ Constituye el equivalente al apartado 3 del artºV de los Protocolos de los Modelos de Londres y México.

⁷⁷⁴ Como se aprecia, la redacción del antiguo apartado 8 había cambiado.

- respecto a las deducciones se señalaba que al establecimiento permanente le resultarían aplicables los gastos que hubieren resultado necesarios para el mismo, incluidos los generales o de administración, aunque los mismos hubieran sido soportados por la empresa en otro Estado contratante;
- el método de determinación de los beneficios que se aplicase sería mantenido de forma continuada, salvo que existiera causa suficiente que justificase otra cosa.

Como excepción a la anterior regla general se preveía que cuando en un Estado contratante constituyese costumbre la distribución de beneficios conforme al criterio del prorrateo de los beneficios de la empresa, se respetaría tal método; sin embargo, el resultado debería ser acorde con el principio de separación. De ello pueden extraerse diversas consideraciones:

- el método del prorrateo se consideraba como residual de la regla general de las cuentas separadas, y solo se contemplaba su admisión en caso de que hubiera venido siendo la costumbre en un Estado contratante;
- el método del prorrateo operaba asumiendo que todas las partes de la empresa habían contribuido a la obtención del beneficio y, por tanto, debía prorratearse entre los distintos países los beneficios;
- a la hora de la distribución, conforme nos enseñan los comentarios del artículo, existían tres formas principales, cada una con variantes: la que atendía a los criterios basados en los ingresos⁷⁷⁵, las que lo hacían fijándose en los gastos⁷⁷⁶ o las que se basaban en la estructura del capital⁷⁷⁷. Unas eran más precisas que otras, pero la preferencia dependía de las circunstancias, aunque siempre era preferible el que se acercase más a los resultados que darían las cuentas separadas. Por otra parte, con relación al cálculo de los beneficios totales de la empresa habría que estar a los mecanismos de cada país para determinarlos.

El artºXVI se dedicó al régimen de las empresas asociadas, las cuales, siguiendo la estela del artº VII de los Protocolos de los Modelos de Convenio Bilateral de Méjico y Londres, fueron conceptuadas bajo dos hipótesis:

- cuando una empresa de un Estado contratante participaba directa o indirectamente en la administración, control o capital de una empresa de otro Estado contratante;
- cuando las mismas personas participaban directa o indirectamente en la administración, control o capital en una empresa de un Estado contratante y en la empresa de otro Estado contratante.

El mecanismo de resolución para los desplazamientos de los beneficios o pérdidas de una empresa a otra como consecuencia de las condiciones en que se celebraban las

⁷⁷⁵ Se basan en el volumen de negocio o de comisión.

⁷⁷⁶ Los salarios.

⁷⁷⁷ capital del establecimiento permanente
capital total de la empresa

operaciones era el de la reformulación de las cuentas conforme a como habría resultado si se hubiera respetado el principio de *arm's length*, considerándose apropiado la previsión de sanciones para tal tipo de comportamiento.

No podemos concluir este apartado sin hacer referencia a que en el Informe de 1961 el Comité introdujo un artº XXV sobre el procedimiento de mutuo acuerdo, a virtud del cual los contribuyentes podrían someter la cuestión a la autoridad fiscal doméstica cuando pensaran que podían estar sufriendo doble imposición infractora del convenio. La autoridad fiscal doméstica trataría de resolver unilateralmente la cuestión pero, si no lo lograra, podía acudir a un procedimiento de mutuo acuerdo con la otra autoridad fiscal envuelta en el problema.

III.2.2.2 La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) .

III.2.2.2.A) Breve introducción.

La OECE fue sucedida por la OCDE, surgida el 14 de diciembre de 1960 del Convenio firmado entre todos los países que ya formaban parte de la OEEC, más Canadá y EE. UU.

La OCDE ha venido actuando en cuanto a nosotros nos incumbe en tres áreas diferenciadas: el Modelo de Convenio de Doble Imposición, las Directrices sobre inversiones Extranjeras y MNEs, y los Precios de Transferencia.

a) En lo que respecta al Modelo de Convenio de Doble Imposición nuestra atención se va a centrar fundamentalmente en los artículos 7 y 9. En el primero se contiene el régimen aplicable a la tributación de una empresa que opera en distintos Estados mediante la utilización de establecimiento permanente, estableciéndose los criterios y reglas de distribución de los beneficios, si bien el concepto de qué debe entenderse por establecimiento permanente aparece recogido en el artículo 5. En el segundo, artº9, se acoge el régimen por el que se regulan las transacciones entre empresas asociadas y las reglas de distribución de los beneficios entre las mismas. Junto al texto propio de los artículos se contienen en los textos del Modelo los Comentarios a los mismos, a través de los cuales se establecen pautas interpretativas y de aclaración. Durante el transcurso de los años el texto de los artículos ha sufrido algunos cambios que vamos a analizar. Pero donde auténticamente se han experimentado permanentes modificaciones y adiciones ha sido en el ámbito de los Comentarios. Desde luego estos últimos no tienen carácter vinculante, como se encarga de ponernos de manifiesto la introducción que precede a los Modelos de Convenio, ni formarán parte de los convenios que se firmen entre países, pero su valor y trascendencia es indiscutible para el desarrollo del Derecho fiscal internacional⁷⁷⁸. No obstante,

⁷⁷⁸ Sobre estos extremos volveremos en profundidad en el capítulo IV de este trabajo.

las discrepancias que puedan tener determinados países con las redacciones con que se han ido dotando los comentarios constan recogidas bajo dos fórmulas diferentes, la de las observaciones y la de las reservas. Las observaciones suponen indicaciones por parte de los países que las formulan en cuanto a las disposiciones de aplicación contenidas en los comentarios y que significan su no adhesión a la interpretación oficial dada a la norma mediante los comentarios. Las reservas representan la conservación del derecho a la “*última palabra*” por parte del Estado que las introduce a decidir durante las negociaciones llevadas a cabo para alcanzar un convenio si toman y acogen las disposiciones de los comentarios sobre los que recae la reserva, pudiendo decidir libremente. En relación de reciprocidad, el otro Estado incurso en las negociaciones no tendrá por qué atenerse a las disposiciones sobre las que versa la reserva. En el presente estudio no analizaremos las observaciones ni las reservas, por exceder del propósito de nuestros objetivos.

Los cambios y distintas redacciones a lo largo de los años del Modelo de Convenio de la OCDE en la materia que nos ocupa, ya sea en el articulado (artº7 y 9), ya sea en sus Comentarios, han venido introducidos esencialmente por los siguientes documentos:

- i. El Borrador⁷⁷⁹ de Convenio adoptado por el Consejo de la OCDE el 30 de julio de 1963.
- ii. El Modelo de Convenio adoptado por el Consejo de la OCDE el 11 de abril de 1977.
- iii. El Informe titulado “*La Tributación de las Rentas Derivadas de los Contratos de Leasing de los Contenedores*” adoptado por el Consejo el 13 septiembre de 1983.
- iv. El Informe titulado “*La Tributación de las Rentas Derivadas de los Contratos de Leasing y de los Equipos Industriales, Comerciales y Científicos*” adoptado por el Consejo el 13 de septiembre de 1983.
- v. El Informe titulado “*La Revisión del Modelo de Convenio*” adoptado por el Consejo el 23 de julio de 1992.
- vi. El Informe titulado “*Actualización al 1994 del Modelo de Convenio Fiscal*” adoptado por el Consejo el 31 de marzo de 1994, sobre las bases del Anexo III de otro Informe titulado “*Imputación de Rentas a los Establecimientos Permanentes*” adoptado por el Consejo el 26 de noviembre de 1993.
- vii. El Informe titulado “*Actualización al 1995 del Modelo de Convenio Fiscal*” adoptado por el Consejo el 21 de septiembre de 1995.
- viii. El Informe titulado “*Actualización al 2000 del Modelo de Convenio Fiscal*” adoptado por el Consejo el 29 de abril de 2000.
- ix. El Informe titulado “*Actualización al 2002 del Modelo de Convenio Fiscal*” adoptado por el Consejo el 28 de enero de 2003.

⁷⁷⁹ Aunque esta es la traducción más generalizada al castellano, en nuestra opinión sería más correcta la de Proyecto de Convenio. La dicción original es la de “*The draft Convention*”.

- x. El Informe titulado “*Actualización al 2008 del Modelo de Convenio Fiscal*” adoptado por el Consejo el 17 de julio de 2008.
 - xi. El Informe titulado “*Actualización al 2010 del Modelo de Convenio Fiscal*” adoptado por el Consejo el 22 de julio de 2010.
 - xii. El Informe de “*Actualización al 2014 del Modelo de Convenio Fiscal*” adoptado por el Consejo el 15 julio de 2014.
 - xiii. El Informe de “*Actualización al 2017 del Modelo de Convenio Fiscal*”, adoptado por el Consejo el 21 noviembre de 2017.
- b) En el área de las Directrices sobre Inversiones Extranjeras y MNEs.
- i. La Declaración sobre Inversiones Internacionales y MNEs de 1976.
 - ii. Las diversas modificaciones posteriores, dando lugar a las versiones de 13 junio 1979, 17 mayo 1984, 5 junio 1991, 27 junio 2000 y 25 mayo 2011
- c) En el área de Precios de Transferencia:
- i. El Informe *sobre Precios de Transferencia* y MNEs de 1979.
 - ii. El Informe *sobre Precios de Transferencia* y MNEs de 1984.
 - iii. El *Informe sobre Subcapitalización y Fiscalidad de Artistas, Deportistas y Personas del Espectáculo* de 1987.
 - iv. Las Directrices sobre Precios de Transferencia para Multinacionales y Autoridades Fiscales de 1995 que vinieron a ser revisadas y actualizadas por:
 - el Informe *sobre Derechos Intangibles y Servicios*, adoptado por el Consejo el 11 de abril 1996 y que afectó a los capítulos VI y VII de las Directrices de 1995.
 - el *Informe sobre los Acuerdos de Reparto de Costes*, adoptado por el Consejo el 24 de julio de 1997 y que modificó el capítulo VIII de las Directrices de 1995.
 - el Informe *sobre las Líneas Rectoras de los Procedimientos de Seguimiento de la Aplicación de las Directrices de la OCDE en Materia de Precios de Transferencia y la Implicación del Mundo Empresarial*, adoptado por el Consejo el 23 de octubre de 1997 y que fue incorporado en los anexos de las Directrices de 1995.
 - el Informe *sobre los Principios para la Conclusión de Acuerdos Previos en Materia de Precios de Transferencia en el Marco de Procedimientos Amistosos*, adoptado por el Consejo el 28 de octubre de 1999 y que igualmente fue incorporado en los Anexos de las Directrices de 1995.
 - las actualizaciones del Prefacio, Prólogo y del Capítulo IV de las Directrices de 1995, adoptadas por el Consejo el 16 julio 2009

- el Informe *sobre Cuestiones de Precios de Transferencia en la Reestructuración de Empresas*, aprobado por el Comité de Asuntos Fiscales el 22 de junio de 2010 y que quedó recogido en el Capítulo IX de las Directrices.
- la revisión de los Capítulos I a III de las Directrices aprobada por el Consejo el 22 julio 2010
- la actualización del Prefacio, Prólogo, Glosario, de los Capítulos IV a VIII y de los Anexos de las Directrices, aprobada por el Consejo el 22 julio 2010.
- la revisión de la Sección E sobre Regímenes de Protección en el Capítulo IV, y la inclusión de un nuevo Anexo a ese mismo Capítulo aprobado por el Consejo el 16 de mayo de 2013.
- la revisión de los Capítulos I, II, V a VIII con la incorporación del Informe sobre las Acciones 8 a 10 del Proyecto sobre la Erosión de las Bases Imponibles y el Traslado de Beneficios (BEPS), aprobado por el Consejo el 1 octubre de 2015
- la revisión del Capítulo IX aprobada por el Consejo el 3 abril de 2017
- la actualización del Prefacio, el Prólogo, el Glosario, de los Capítulos I a IV y de los Anexos, aprobada por el Comité de Asuntos fiscales el 19 de mayo de 2017.
- La actualización de la Sección C, del Capítulo II de la Parte III, correspondiente al Profist Split Method, aprobada por el Comité de Asuntos fiscales el 4 de junio de 2018.
- La actualización publicada mientras procedemos a cerrar la redacción del presente trabajo, aprobada por el Comité de Asuntos fiscales el 7 enero de 2022.

A mayor abundamiento, el Comité Fiscal de la OCDE ha venido trabajando en otros ámbitos que inciden de manera directa en la aplicación de las Directrices. Es el caso, como destaca CALDERÓN CARRERO⁷⁸⁰, de las prácticas fiscales perniciosas, inicialmente recogido en el Informe “*sobre Competencia Fiscal Perjudicial: Un problema Mundial*” de 1998 en cuyo párrafo 71 se recogía cuándo el apartarse del principio de plena competencia constituye o puede constituir una práctica fiscal perniciosa.

⁷⁸⁰ CALDERÓN CARRERO, J.M. (2005).

III.2.2.2.B) Evolución en el ámbito de los Modelos de los Convenios de Doble Imposición.

α.– El borrador de Convenio de Doble Imposición sobre la renta y el patrimonio de 1963.

El Comité Fiscal continuó su trabajo y, como culminación a los cuatro informes previos ya referenciados adoptó seis nuevos artículos que, unidos a los veinticinco ya existentes, dieron lugar al “*Proyecto de Convenio para evitar la doble imposición en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio*”.

Como señala RIBES⁷⁸¹, aunque se le califica de borrador, en puridad nos encontramos ante un verdadero Modelo de Convenio en tanto que sirve de referente a tener en cuenta por los Estados miembros a la hora de celebrar acuerdos bilaterales sobre la materia. Su falta de carácter vinculante se vio suplida por la Recomendación del Consejo de 30 de julio de 1963, mediante la que se incentivaba a los Estados miembros a seguir el borrador tanto en los nuevos convenios que se celebrasen como en la revisión de los antiguos.

Al ocuparse de los establecimientos permanentes, el artº5 reproduce fielmente el texto que ya encontrábamos en el informe de 1958 sobre el concepto, elementos caracterizadores y supuestos a incluir y a excluir en la consideración de una entidad como tal. Por su parte, el artº7 es el equivalente al artºXV propuesto por el tercer informe de 1960. La dicción de ambos preceptos es idéntica salvo en dos apreciaciones:

- en el apartado 2 se cambia el término “*quite independently*” por el término “*wholly independently*” (completamente independiente), con lo que no se hace sino reforzar la idea de totalidad y completitud de la independencia
- el artº5 añade un apartado 7 en el que se prevé que otros artículos del convenio puedan tratar de una manera distinta a como hace el artº5 la distribución de beneficios en el caso de establecimiento permanente, y por aplicación de la especialidad se otorga prevalencia al régimen que se contuviera en aquellos preceptos.

Por tanto, se respetó la prevalencia del principio de *arm’s length* como regla de aplicación general, y solo se admitía el método del prorrateo, como ya se previó en 1960, en el supuesto de constituir costumbre en un Estado contratante, eso sí, siempre que el resultado fuera respetuoso con el *arm’s length*. Igualmente se reprodujo la necesidad de la permanencia de la aplicación del método de distribución en ejercicios subsiguientes (salvo causa justificada).

Se establecían tres verificaciones independientes a la hora de aplicar el régimen:

- un primer requisito lo constituía la necesidad de la existencia de un establecimiento permanente, ya que en otro caso el Estado contratante no

⁷⁸¹ RIBES RIBES, A. (2003).

podría gravar las rentas de la empresa extranjera de otro Estado contratante. El fundamento de la regulación descansaba en que es a partir de tener un establecimiento permanente cuando la empresa participaba de la riqueza del país.

- en segundo lugar, una vez verificada la existencia de establecimiento permanente habría que proceder a determinar las rentas gravables por el Estado contratante en que se encontraba. Para ello, el precepto contenía dos órdenes de cuestiones:
 - ✓ se establecía la separación de la fuente de las rentas, de manera que solo las rentas atribuibles al establecimiento permanente serían gravadas en el Estado contratante donde se situase el mismo (segunda verificación), sin que pudiera alcanzar sus facultades impositivas a otras rentas distintas de la empresa. En contra de este criterio se esgrimió que podía favorecer la evasión fiscal, estableciendo centros en otros Estados cuando realmente no producía allí beneficios de ningún tipo, u otros que facilitasen desplazamientos de rentas. A favor se consideró que era un mecanismo más simple y eficiente desde el punto de vista administrativo, más acorde con la complejidad de las transacciones llevadas a cabo por las empresas internacionales;
 - ✓ se procedería posteriormente a distribuir las rentas entre la empresa y el establecimiento permanente (tercera verificación), para lo cual el precepto contenía diversas regulaciones.

La doctrina, haciéndose eco de lo dispuesto en los comentarios al artº7, destaca que en el mismo se contenían las primeras directivas sobre la aplicación del principio del *arm's length*. Así, la contabilidad resultante de las cuentas separadas, en caso de existir, debían constituir el punto de partida, incluso cuando las autoridades fiscales considerasen necesarios ajustes, en cuyo caso los ajustes necesarios en la reconstrucción de la contabilidad habrían de efectuarse conforme al precio de mercado o *arm's length*. Excepcionalmente, bien porque existieran razones especiales que lo justificasen, o bien porque no existiera un mercado abierto, se podría acudir subsidiariamente a métodos distintos del *arm's length*. Igualmente, se preveía que se podía acudir al método del prorrateo en caso de que hubiera venido siendo la costumbre en el Estado contratante, incluso cuando el resultado al que se llegase fuera distinto al que se hubiera obtenido mediante las cuentas separadas, siempre que ese resultado fuera acorde con el principio de *arm's length*. Los comentarios al artº7 vinieron a reiterar lo que ya tenemos expuesto que aparecía recogido en el tercer informe de 1959 sobre las principales formas del método del prorrateo y la preferencia –siempre dependiente de las circunstancias concretas –, inclinándose por aquel cuyos resultados se acercasen más a las cuentas separadas. En el caso de las empresas de seguro el método aconsejado era la distribución conforme a

$$\frac{\text{primas recibidas por el establecimiento permanente}}{\text{ingresos totales de la empresa}}$$

En el caso de las entidades bancarias y financieras el criterio aconsejado era el del capital circulante.

En cuanto al régimen de las empresas asociadas pasó a estar contemplado en el artº9. Los criterios de vinculación acogidos para la estimación de concurrencia del supuesto permanecieron siendo los mismos ya previstos en el tercer informe de 1960. También se dio la misma solución a la distribución de beneficios en caso de que se mantuvieran relaciones comerciales en condiciones que difiriesen de las que serían acordadas por empresas independientes, siendo procedente la redistribución conforme a los que hubieran sido obtenidos por empresas independientes y tributar en consecuencia. Por tanto, no era presupuesto suficiente para la redistribución el que se tratase de empresas asociadas, sino que se hacía preciso que no se hubieren respetado las condiciones de *arm's length*.

Por el contrario, frente al texto del Modelo de México y Londres (artºVII del Protocolo) permanecieron tal cual ya se contempló en el Informe de 1960:

- el cambio de la expresión “*shall*” por “*may*” con relación a que los beneficios procederían a imputar a la empresa que correspondería de haberse tratado de una transacción entre empresas independientes. Consecuentemente pasó de tener la consideración de un mandato u obligación a ser una facultad o potestad;
- a la hora de determinar los criterios de vinculación la expresión “*dominant*” definitivamente quedaba relegada y sustituida por la de control y, así mismo, quedaba acogida la terminología de participación “*directa o indirecta*”;
- la supresión de los ajustes correlativos.

Por otra parte, la referencia a los ajustes contables desapareció del artº9 y pasó a los comentarios del citado precepto: “*El art.9 [...] determina que en el cálculo de beneficios las autoridades fiscales podrán modificar la contabilidad de dichas empresas siempre y cuando, debido a las relaciones especiales que existen entre ambas, la contabilidad no refleje el beneficio que debería haber tributado en el Estado que efectúa el ajuste según el principio de empresa separada. No está autorizada la revisión de la contabilidad de empresas asociadas si las operaciones realizadas entre ambas empresas han tenido lugar en condiciones de mercado abierto*”.

Pero la aparición de la influencia del *arm's length* no se limitó a lo ya expuesto, sino que en el artº11.6 (ingresos procedentes de intereses) y artº 12.4 (ingresos procedentes de derechos de autor) también se contemplaron los efectos del concepto de empresas independientes tal como ya había sido introducido en el cuarto Informe de 1961. Para el supuesto de los intereses, el apartado 6 del artº 11 rompió con el criterio de atribución de la soberanía fiscal al Estado donde se recibían los pagos en el caso de que existieran relaciones especiales entre el pagador y el beneficiario, o entre ambos y cualquier otra persona, siempre que el interés que se pagase excediera del que se habría pagado de no existir tales relaciones, de suerte que el exceso tributaría en cada Estado conforme a su normativa. En el caso del apartado 4 del artº12, se exceptionaba al criterio general de tributación de los derechos de autor en el Estado de recepción cuando el precio pagado,

debido a las relaciones especiales entre la empresa pagadora y receptora, excediera del importe que se pagaría entre empresas independientes, por lo que al exceso se le aplicaría el régimen fiscal que merezca en cada país.

Por último, en lo que se refiere al procedimiento de mutuo acuerdo como mecanismo resolutorio de la doble imposición, el mismo fue incorporado al borrador de 1963, al igual que sucedía con el régimen de distribución de rentas en el caso de los establecimientos permanentes y las empresas asociadas, casi en idéntica forma según aprecia LEPARD⁷⁸².

β.- El Modelo de CDI sobre la renta y el patrimonio de 1977.

β.1) Encuadre.

En 1967 se iniciaron los trabajos del Comité Fiscal para la revisión del proyecto de 1963. Para ello, como destaca MESSERE⁷⁸³, se tomaron en consideración, entre otras consideraciones, la experiencia ganada por los países miembros en el logro de nuevos convenios o en la aplicación de los existentes y las nuevas formas complejas de organización adoptadas por las empresas en su actividad internacional.

Debe precisarse en este punto que en 1971 el Comité Fiscal cambió su nombre al de Comité de Asuntos Fiscales, pasando a ser el centro prioritario de sus objetivos de estudio los flujos internacionales de capital, la clasificación de los ingresos fiscales y la trascendencia internacional del impuesto de sociedades, abarcando éste último la fiscalidad de los dividendos, las amortizaciones y el tratamiento fiscal de las multinacionales (tanto en lo referente a la elusión fiscal como a los precios de transferencia).

Fruto de los trabajos del Comité de Asuntos Fiscales vio la luz el nuevo MCDI de 1977, cuyo texto del articulado en esencia no contenía diferencias importantes con relación al de 1963, pero sí eran apreciables importantes adiciones y precisiones en los Comentarios.

β.2) Establecimientos permanentes.

El artº5 volvió a ser dedicado al concepto de establecimiento permanente.

El artº7 volvió a ser dedicado a la distribución de beneficios en el caso de la empresa que desarrolla su actividad en diferentes Estados mediante establecimiento permanente⁷⁸⁴. Al respecto hemos de destacar:

⁷⁸² LEPARD, B.D. (1999).

⁷⁸³ MESSERE, K. (1975).

⁷⁸⁴ Los comentarios estructuralmente se dividieron en cuatro partes:

– I) Comentarios preliminares que comprende los párrafos 1 y 2

- a) se continuó con el principio del establecimiento permanente para poder gravar los beneficios de una empresa extranjera;
- b) se continuó limitando que en caso de la existencia de establecimiento permanente solamente se gravarían en el Estado contratante donde se situase los beneficios atribuibles al establecimiento permanente (principio de la fuente separada). Luego no tributaban los beneficios que pudieran ser obtenidos por una empresa extranjera por cauces distintos del establecimiento permanente;
- c) se siguió estableciendo como regla general de distribución de los beneficios la de la contabilidad separada en la que se reflejasen transacciones a precio de mercado (principio de *arm's length*);
- d) como método subsidiario y para cuando en un Estado contratante existiera la costumbre de métodos de prorrateo, se mantuvo que éstos podrían aplicarse para imputar beneficios al establecimiento permanente, pero, como ya se recogía anteriormente, siempre que los resultados fueran conformes con el principio de *arm's length*;
- e) el régimen especial previsto en otros artículos del Convenio para algún caso particular prevalecería sobre el régimen del artº 7 (principio de especialidad);
- f) la vocación de permanencia del método de distribución de beneficios que se aplicase.

Sin embargo, ni en el articulado ni en los Comentarios aparecía la denominación de *arm's length* como tal.

Lo que sí se contenía era una conceptualización del mismo, en relación a los establecimientos permanentes, como criterio para el cálculo de los beneficios imputables a un establecimiento permanente, por el que estos serían los que el establecimiento habría obtenido si en lugar de tratar con su sede central hubiese tratado con una empresa totalmente distinta, en condiciones y precios usuales de mercado.

Se precisó la extensión que con carácter general tendría el ámbito de su aplicación, pudiéndose modificar por los Estados contratantes en el supuesto concreto en que así lo considerasen necesario. Ese ámbito comprendería:

- las operaciones entre establecimiento permanente–sede central;
- las operaciones entre establecimiento permanente y otro establecimiento permanente de la empresa;

-
- II) Comentarios sobre las disposiciones del artículo que abarca los parágrafos 3 al 40 distribuidos de la siguiente manera:
 - ✓ al apartado 1 del artículo se dedican los parágrafos 3 al 9
 - ✓ al apartado 2 del artículo se dedican los parágrafos 10 al 14
 - ✓ al apartado 3 del artículo se dedican los parágrafos 15 al 23
 - ✓ al apartado 4 del artículo se dedican los parágrafos 24 al 27
 - ✓ al apartado 5 del artículo se dedican los parágrafos 28 y 29
 - ✓ al apartado 6 del artículo se dedica el párrafo 30
 - ✓ al apartado 7 del artículo se dedican los parágrafos 31 al 35
 - Observaciones que abarcan los parágrafos 36 al 38
 - Reservas donde se incluyen los parágrafos 39 y 40

- las operaciones entre establecimiento permanente y sociedades filiales y sus establecimientos permanentes.

En cuanto a la metodología de aplicación se partía de la regla general de que los beneficios coincidirían con los que apareciesen en la contabilidad del establecimiento permanente, constituyendo el punto de partida. Para ello era necesario la concurrencia de dos requisitos indispensables: a) que el establecimiento permanente tuviera una contabilidad separada y b) que la contabilidad fuese adecuada o real.

Pese a todo, había supuestos en que se hacían precisos ajustes a la contabilidad separada, ya fuera porque no era la adecuada, o porque aun siéndolo no estuviese conforme con el criterio de *arm's length*, o ya fuera porque no reflejase la realidad de las operaciones. En dichos supuestos se harían precisos ajustes:

a) en el caso de que la contabilidad no fuera adecuada o siéndolo no fuera conforme al *arm's length*, la administración fiscal debería partir de la contabilidad existente, ya que se entendía que siempre era necesario partir de datos reales y no de beneficios hipotéticos, y proceder a sustituir los precios que aparecían en la contabilidad por los habituales de mercado para mercancías idénticas o análogas vendidas en idénticas o análogas condiciones. Sin embargo, podían presentarse situaciones en que la labor rectificativa no fuera fácil:

- ✓ cuando hubiera que tener en cuenta circunstancias excepcionales concurrentes que justificasen los precios contabilizados, aunque difiriesen del *arm's length*. Sería el caso por ejemplo en que el precio viniera justificado por las cantidades o los plazos de entrega, o cuando se tratase del lanzamiento de un producto;
- ✓ cuando se tratara de mercancías especiales que no tuvieran comparables en el mercado, en cuyo caso habría que acudir a otros medios de cálculo de los beneficios.

b) en el caso de que la contabilidad no fuera real, la administración fiscal habría de proceder a establecer unas nuevas cuentas o rectificar las existentes, debiendo utilizar para ello los precios de mercado.

Nada nuevo respecto a lo que ya tenemos comentado del tercer informe de 1960 y el borrador de 1963 se contenía sobre los métodos aplicables distintos a la contabilidad separada, por lo que nos remitimos a lo que ya tenemos dicho.

Nos queda reparar en cómo debía procederse para la concreción de los beneficios. Se consideró que no era necesario definirlos en el Convenio, debiéndose entender en un sentido amplio, comprensivo de todas las rentas obtenidas de la explotación de una empresa. Al ser conceptuados de una manera tan amplia se producía el problema de que entrasen en conflicto con rentas reguladas en otros artículos del Convenio, lo cual se solucionaría a través del principio de especialidad. En consecuencia, el régimen del artº7 se aplicaría solamente a rentas no encuadradas en artículos dedicados a rentas especiales, por lo que quedaban excluidas de su ámbito los dividendos (salvo supuesto

artº10 párrafo 4⁷⁸⁵), intereses (salvo supuesto artº11 párrafo 4⁷⁸⁶), cánones (salvo supuesto artº13 párrafo 3⁷⁸⁷) y otras rentas (en el supuesto del artº21 párrafo 2⁷⁸⁸). Australia y Nueva Zelanda se reservaron la facultad de incluir una disposición conforme a la cual, cuando la información de que dispusiera la autoridad fiscal del Estado competente fuera inadecuada para determinar los beneficios del establecimiento permanente, podrían determinarse los beneficios conforme a las disposiciones contenidas en el artº7. Así mismo, Nueva Zelanda se reservó el derecho a excluir del ámbito de este artículo los beneficios de actividades de seguro. Por su parte, EE. UU. se reservó la facultad de aplicar el párrafo 2 no solo en relación con la sede central, sino también cuando concurrieran vinculaciones (persona que controlase la empresa, o cuando fuera controlada por la empresa, o cuando estuvieran bajo el mismo control).

Por último, a la hora de determinar la base gravable, no solamente había que atender a los ingresos, sino también a los gastos deducibles, que ya en el artºVI del Protocolo de los Modelos de México y Londres se analizaban, al igual que en el artº7.3 del Borrador de 1963. Los Comentarios al Convenio especificaban que el párrafo 3 del artº7 era crucial para determinar la aplicación del *arm's length* a los gastos que debían detrarse de los beneficios, dando cabida entre los mismos exclusivamente a los que se hubieran generado para los fines del establecimiento permanente, cualquiera que fuera el lugar en el que se hubieran producido. Habría de distinguirse entre gastos ordinarios y extraordinarios.

En el caso de los primeros, se calcularían cuáles eran los que correspondían al establecimiento permanente por medios convencionales, así cuando se tratase de los gastos generales de administración y dirección podía atenderse al coeficiente resultante de

$$\frac{\text{cifra de negocios del establ. permanente}}{\text{cifra de negocios del conjunto de la empresa}}$$

⁷⁸⁵ Siguiendo la previsión ya contenida en el artº10.4 de 1963, pero con ciertas matizaciones, se prevé la posibilidad de que los dividendos se rijan por lo dispuesto en el régimen general del artº7 y no por la especial del artº10. Efectivamente, si bien la regla general del régimen especial de los dividendos será la de tributación en el Estado donde sea residente la sociedad que los recibe, con la excepción en el caso de que el receptor de los dividendos sea el beneficiario efectivo dentro de ciertas limitaciones cuantitativas, se prevé que no se aplicará el régimen del artº10 (y será aplicado el del artº7 o el del artº14, según proceda) en el supuesto de que el beneficiario de los dividendos tenga establecimiento permanente (donde ejerza actividad industrial o comercial) o base fija (en que preste servicios) en el Estado contratante en el que sea residente la entidad pagadora, y exista vinculación entre la participación que genera los dividendos y el establecimiento o base.

⁷⁸⁶ La redacción del párrafo 4 del artº 11 es idéntica a la del mismo párrafo del artº10. El régimen especial dispuesto en el artº11, párrafo 1 y 2, para los intereses tampoco será aplicable, debiendo estarse al régimen general del artº7 o del artº14, según proceda, cuando el receptor de los intereses tenga establecimiento permanente o base fija en el Estado contratante en el que sea residente la entidad pagadora y exista vinculación del crédito del que proceden los intereses con el establecimiento o base.

⁷⁸⁷ La redacción del párrafo 3 del artº 12 es idéntica a la del mismo párrafo del artº10 y 11, si bien referido exclusivamente al supuesto del párrafo 1 del artº12.

⁷⁸⁸ Con dición idéntica se excepciona del régimen especial que se contiene en el artº21.1 los supuestos en que el beneficiario de las rentas tenga establecimiento permanente o base fija en el Estado contratante de la entidad.

Resultaba condición indispensable para la deducción el que el establecimiento permanente no estuviera obligado al reembolso de los mismos.

En el caso de los gastos extraordinarios había que distinguir tres supuestos distintos:

- pagos del establecimiento permanente a la sede central como consecuencia de préstamos o licencias (intereses, cánones, etc.): la regla general sería considerar que no eran deducibles, cualquiera que fuera la dirección en que se producía el pago. Solo excepcionalmente, cuando tales pagos pudieran tener la consideración de actividad ordinaria podrían ser deducibles, como sucedía en los intereses pagados por anticipos entre diversas partes de la empresa o los intereses pagados a terceros si estaban vinculados a la actividad del establecimiento permanente en la parte en que lo estuvieran;
- servicios auxiliares prestados por el establecimiento permanente en nombre de la central o viceversa: es obvio que los gastos en que hubiera incurrido el establecimiento permanente serían deducibles, el problema surgía en torno a si además debía de cargarse una comisión, tal como haría si se tratasen empresas independientes. La solución que se propugnaba era la de la negación de la deducibilidad por razones de eficiencia administrativa, al no estar contemplada normalmente la comisión en las cuentas del establecimiento permanente y por la dificultad en el cálculo;
- gastos que supusieran el hecho de que existía una parte de la empresa que era la que llevaba el peso de la administración de la totalidad de la empresa, o incluso llevara la administración en exclusiva. Aunque desde el punto de vista del principio de entidad separada sería aceptable la deducción por tales gastos, por razones prácticas se prefería la solución de que no había obligación de respetar una deducción correspondiente a los gastos de gestión en el país en el que estuviera situado el establecimiento permanente. En el caso de que ello arrastrase problemas de doble imposición por diferencia de criterio entre el país donde se producía el beneficio de gestión y el país donde se producía el gasto de gestión, habría de ser el país donde se encontrase la sede central de la empresa el que debería tomar la iniciativa y realizar los ajustes necesarios para evitar la doble imposición.

β.3) Empresas asociadas.

A la regulación de las relaciones entre empresas asociadas continuó dedicándose el art^o9 del MCDI OCDE, que pasó a constar de dos párrafos. En dicho precepto se contiene una regla sui generis de las denominadas reglas distributivas de la soberanía fiscal de los Estados contratantes, puesto que se trata, no de un conflicto entre el Estado de residencia y el Estado de la fuente, sino entre dos Estados de residencia, y del gravamen de dos empresas vinculadas con personalidad jurídica propia (SALA GALVÁN⁷⁸⁹).

⁷⁸⁹ SALA GALVÁN, G, (2014).

En el apartado primero se incluyó lo que se disponía en la totalidad del artº9 precedente, respetándose la misma dicción. De forma que para entrar en funcionamiento el tratamiento de las empresas asociadas seguían requiriéndose tres presupuestos:

- se tratase de operaciones o transacciones comerciales o financieras entre empresas vinculadas, estableciéndose los mismos supuestos de vinculación que ya determinaba el proyecto de 1963 (requisito de vinculación);
- las condiciones de las operaciones o transacciones no fueran las que concurrirían en circunstancias normales de un “*mercado libre*” (principio de *arm’s length*);
- a consecuencia de las condiciones en que se han celebrado las operaciones, los beneficios obtenidos por una de las empresas no han sido los que se hubieran producido caso de no existir tales condiciones.

DE LA VILLA GIL⁷⁹⁰ escribió que los supuestos de vinculación recogidos por el artº9.1 se reconducían a las relaciones entre “*sociedad matriz–sociedades filiales*” y entre sociedades sometidas a un control común, lo que constituía una postura intermedia entre la teoría orgánica⁷⁹¹ y la teoría antiorgánica⁷⁹², en lo que abunda FERNÁNDEZ PÉREZ⁷⁹³ al precisar que la OCDE admitía la independencia de la filial pero la vinculaba a la matriz con la finalidad de preservar el principio de *arm’s length* en materia de precios de transferencia. No obstante, el concepto de vinculación de la OCDE prescindía de las polémicas doctrinales en torno a las distinciones entre empresas vinculadas y grupos de empresas, así como precisiones sobre el grado de control que se requería para apreciar su existencia, quizá consciente de que en los ordenamientos internos podía haber gran disparidad de criterios al respecto. Como quiera que fuera, lo cierto es que apreciamos una excesiva amplitud del concepto de vinculación que podía propiciar la apreciación de la concurrencia de este en supuestos muy dudosos. Aunque como el presupuesto de la vinculación no suponía automáticamente la entrada en funcionamiento del párrafo 1, sino que se requería además que la transacción concreta de que se tratase no respetara el principio de *arm’s length*, el resultado previsible final era equilibrado.

Llaman la atención los calificativos utilizados para referir las condiciones, “*aceptadas*” o “*impuestas*”, que difiriesen de las que hubieran acordado empresas independientes. DE LA VILLA GIL apunta que la diferencia pudiera estar en que el término impuestas, con su matiz de obligatoriedad, encajaba más en las condiciones existentes en las relaciones dentro del grupo de sociedades, mientras que el término aceptadas sería más acorde con otro tipo de vínculos asociativos menos imperativos.

Conviene dejar sentadas dos precisiones que acertadamente apunta SALA GALVÁN relativas al régimen del artº9.1 que comentamos:

⁷⁹⁰ DE LA VILLA GIL, J.M. (1982).

⁷⁹¹ Una sociedad dominada por otra, si su poder de decisión está atribuido a ésta, constituye un órgano de la misma

⁷⁹² Esta teoría acepta la independencia total de la filial.

⁷⁹³ FERNÁNDEZ PÉREZ R. (1980).

- la primera, que la facultad de la Administración tributaria de realizar estos ajustes no derivaría del artº9.1 o del CDI que hubieran adoptado los Estados implicados, sino del Derecho interno de cada Estado, lo cual era significado por la propia dicción del precepto “*los beneficios que una de las empresas habría obtenido de no existir estas condiciones ... pueden ser incluidos en los beneficios de esta empresa y sometidos a imposición en consecuencia*”;
- la segunda, que el precepto restringía el contenido del Derecho interno de los Estados, por cuanto el régimen habría de respetar el principio de *arm’s length*.

De otro lado, la OCDE añadió un segundo párrafo en el que se preveían los ajustes por doble imposición económica originada por la rectificación de la contabilidad en aplicación de lo previsto en el párrafo 1. Para que entrase en funcionamiento dicha previsión tenían que concurrir dos presupuestos:

- primero, que un Estado A contratante, a consecuencia de la aplicación del régimen previsto en el párrafo 1 sometiera a tributación los beneficios de una empresa de ese Estado y, a la vez, otra empresa de otro Estado B tributase ya por esos mismos beneficios en este segundo Estado (supuesto de doble imposición);
- segundo, que los beneficios correspondiesen en realidad a la empresa del Estado B contratante si las condiciones convenidas por las dos empresas hubieran sido las mismas en las que hubiesen convenido dos empresas independientes (principio de *arm’s length*).

La solución que proponía el precepto es que el Estado B contratante procedería al ajuste correspondiente por el montante del impuesto que hubiera recibido por dichos beneficios. En definitiva, lo que contemplaba el párrafo 2 era una suerte de ajuste correlativo, ya que, si la empresa del Estado A había realizado un primer ajuste, era obvio que se producía un problema de doble imposición (dos sujetos tributarían por los mismos beneficios) si no se ajustaba la imposición en el Estado B. Ahora bien, no bastaba para que el Estado B pudiera aplicar el ajuste correlativo el riesgo de la doble imposición, sino que se precisaba, además, que los beneficios corregidos por el Estado A sobrepasasen los que hubieran correspondido a la empresa del Estado A en condiciones de plena concurrencia. Por tanto, el ajuste correlativo venía condicionado por el hecho de que el ajuste primario del Estado estuviera justificado por el principio de *arm’s length* y, además, solo podría alcanzar el importe para que los beneficios se adecuasen al *arm’s length*.

Los comentarios del artículo nos prevenían sobre la naturaleza de los ajustes a los que se refería el párrafo 2, advirtiendo que no se trataba de un ajuste secundario genuino⁷⁹⁴, porque la situación resultante tras los ajustes no sería idéntica a la que se hubiera producido si se hubieran realizado las transacciones en condiciones de *arm’s length*, ya que en caso de que dos empresas asociadas A y B, realizasen una transacción que no

⁷⁹⁴ En aquellos momentos la doctrina no delimitaba con precisión conceptual entre ajuste bilateral o correlativo y ajuste secundario. Nos remitimos a cuanto diremos a la hora de tratar el régimen de las operaciones vinculadas en nuestro país y el juego del principio del *arm’s length*.

fuera a precio de mercado, y el Estado A ajustase los beneficios de la empresa A conforme a la previsión del párrafo 1 del artº9 y el Estado B lo hiciese de los beneficios de la empresa B conforme a la previsión del párrafo 2, la realidad no mutaría por ello y, los beneficios excedidos sobre el *arm's length* continuarían en la empresa B. O, dicho de otro modo, lo que se nos está diciendo es que los ajustes en cuestión eran meramente fiscales, porque de hecho los beneficios quedarían residenciados en la empresa en la que en realidad se contabilizaron. Pero ello no quiere decir que los ajustes secundarios genuinos se descartasen, de manera que eran permitidos en la medida en que la legislación interna de los Estados contratantes lo permitiese.

En cuanto a la metodología para realizar el ajuste no se preveía ninguno, ni en el precepto ni en los comentarios, aunque cabían dos posibilidades: desgravarse en el Estado B lo pagado por la asociada en el Estado A, o reducir los beneficios en el Estado B tomando en consideración los que hubieran tributado en el Estado A. Como se aprecia lo que sí estaba claro era que sería un ajuste de signo contrario a lo sucedido en el otro Estado.

Aunque el Convenio no señalaba un plazo para que el Estado B pudiera realizar el ajuste, sí coincidió la doctrina en estimar que sería aconsejable. Transcurrido el plazo, el Estado B quedaría liberado de ajuste alguno.

γ.- El Modelo de Convenio Fiscal sobre la renta y el patrimonio de 1992.

γ.1) Encuadre.

Los cambios sufridos en el Modelo de Convenio de 1992 fueron sustancialmente escasos, al punto que DE JUAN PEÑALOSA⁷⁹⁵ escribe que el texto del Convenio Modelo de 1992 es el mismo que el Modelo de 1977, una veintena de palabras no permiten hablar de un Modelo nuevo en lo que se refiere al texto como tal. Sí fue resaltado el cambio en la denominación, dejando de incluirse el concepto de doble imposición que aparecían en el proyecto de 1963 y en el Convenio Modelo de 1977. Se apuntaron como razones de dicho cambio el deseo de que el título fuera más corto y, sobre todo, por razón de que el contenido no versa solamente sobre la doble imposición (CAVESTANY⁷⁹⁶). Aunque, la novedad vino de la mano de la decisión del Comité de Asuntos Fiscales adoptada en 1991 de abandonar el concepto de convenio estático y acogiendo el de Convenio Modelo dinámico que permitiría actualizaciones y modificaciones periódicas y puntuales, sin la necesidad de revisiones completas. Por lo tanto, con el Modelo de Convenio de 1992 comenzó la primera etapa de un proceso de revisión continua y puestas al día.

⁷⁹⁵ DE JUAN PEÑALOSA J. L. (1993).

⁷⁹⁶ CAVESTANY MANZANEDO, M.A. (1993).

γ.2) Establecimientos permanentes.

Los artículos 5 y 7 continuaron siendo dedicados al régimen de la distribución de las rentas en los supuestos de empresas que operan en más de un Estado por intermedio de establecimiento permanente. Los mismos no sufrieron alteración alguna.

En cuanto a los Comentarios se apreciaron dos modificaciones:

- En los comentarios al apartado 1, donde por intermedio del párrafo 4 se añadieron precisiones relativas a los problemas que pudieran derivar de las actividades espaciales, estimando que no se producirían problemas de doble imposición ya que los Estados no consideran extensión de su soberanía el espacio, pero si llegaran a plantearse problemas de doble imposición deberían poderse resolver con las reglas que definen los derechos del Estado de residencia y los del Estado de la fuente. Al ser ocupado el párrafo 4 por este nuevo contenido, el anterior párrafo 4 del MCDI OCDE 1977 pasó a ocupar el párrafo 5, y así sucesivamente sucede con todos los párrafos a consecuencia del descabalgamiento al haberse introducido el nuevo párrafo 4.
- En los comentarios al apartado 7 del artículo 7, donde se introdujo un nuevo párrafo 37 por el que se recuerda la modificación del concepto de royalties que aparecía en artº12 del borrador de 1963, al objeto de dejar incluidos en el régimen del artº7 las rentas de los leasings de los equipos industriales, comerciales y científicos, así como de los containers.

γ.3) Empresas asociadas.

Las empresas asociadas siguieron siendo reguladas en el artº9 del Modelo de Convenio, distribuyéndose el mismo en dos párrafos que abordaban las mismas cuestiones y regulación que en la anterior redacción.

En los Comentarios se realizaron modificaciones tanto en los párrafos relativos al apartado 1 como en los relativos al apartado 2.

Los párrafos correspondientes al apartado 1 pasaron a ser cuatro, en lugar de uno, versando sobre el siguiente contenido:

- En el párrafo 2 se abordó la subcapitalización y concretamente la interacción entre el Convenio y las normas nacionales de subcapitalización, reiterándose la remisión al Informe del Comité de Asuntos Fiscales de 1987. En concreto se señaló que se respetarían las normas internas en relación a los beneficios del prestatario (si se adecúan al principio de *arm's length* o de condiciones normales de mercado), igualmente se decía que el principio de *arm's length* debería ser respetado para la consideración de las inversiones entre empresas asociadas como préstamo o fondos propios, así como al tipo de interés y, finalmente, los beneficios, tanto por la aplicación de las normas

nacionales de subcapitalización como de las normas convencionales, habrían de ser conformes a los que corresponderían en un mercado de plena concurrencia. En el caso de España sería abandonada la técnica de la subcapitalización mediante el Decreto 12/2012 como consecuencia de la doctrina sentada por la STJUE Lankhorst–Hohorst de 2002, así como por las SS de 17 marzo y 2 noviembre de 2011, conforme a las cuales la cláusula de antisubcapitalización no podrían ser utilizadas en el caso de convenios con cláusula de no discriminación. Se pasó, como apunta GARCÍA NOVOA⁷⁹⁷, de la consideración de situaciones de endeudamiento excesivo a situaciones objetivas de exceso de intereses, pagados tanto a entidades vinculadas como a no vinculadas.

- En el párrafo 3 se contuvo una segunda remisión relativa a los bienes, tecnología, marcas comerciales y servicios transferidos entre empresas asociadas, transacciones que han sido estudiadas en el informe de 1979 sobre “Precios de Transferencia y MNEs” donde se acoge el principio de *arm’s length* y las metodologías que conlleva a la hora de determinar los precios correctos. Se ha dicho que el Informe de 1979 pasó a constituir parte de los comentarios
- En el párrafo 4 se señaló que las normas procedimentales especiales (v.gr. carga de la prueba, presunciones, etc) que se establecieran por las legislaciones nacionales con relación a transacciones entre empresas asociadas serían respetadas en cuanto que fueran conformes al principio de *arm’s length*.

Los párrafos dedicados a los comentarios del apartado 2 del artículo 9 pasaron a ser los números 5 al 11, aunque las únicas novedades vendrían dadas por el especial énfasis al procedimiento amistoso del artº25, al que se realizaron varias remisiones explícitas: en cuanto a la solución de la compatibilidad de las normas procedimentales especiales nacionales y el convenio (párrafo 4), en la determinación del plazo en que puede llevarse a cabo el ajuste correlativo (párrafo 10) y, finalmente, para la determinación de la cuantía y naturaleza del ajuste apropiado (párrafo 11).

δ. Modelo de Convenio de CDI versión de 1998.

En esta versión se recogieron todas las puestas al día que había venido sufriendo el Modelo de CDI desde 1992. Aquí se incluyeron, por tanto, las modificaciones introducidas por los Informes de Actualización de 1994 y 1995 anteriormente referidos.

Los artículos 7 y 9 fueron mantenidos en su redacción sin ninguna modificación en esta nueva versión del Modelo de CDI. Donde sí se procedieron a introducir modificaciones fue en los comentarios a dichos artículos, las cuales repasamos brevemente en lo esencial a continuación.

⁷⁹⁷ GARCÍA NOVOA, C. (2013)

δ.1) Modificaciones de los Comentarios al artº7.

En las observaciones preliminares se produjo una innovación respecto de la versión de 1992 en el párrafo 2, al dar especial protagonismo al procedimiento amistoso previsto en el artº25 para resolver los problemas de doble tributación o de no tributación. Se trataba de superar los inconvenientes surgidos con las interpretaciones unilaterales por parte de los Estados contratantes de los principios básicos que el propio Modelo establece.

En cuanto al apartado 1 del artículo 7 no se introdujeron novedades⁷⁹⁸, dedicándosele nuevamente los párrafos 3 al 10 de los Comentarios.

En cuanto al apartado 2 del artículo 7 se le dedicaron los párrafos 11 al 15 y en ellos se aprecian ciertos cambios que procedemos a reseñar.

- En el párrafo 11 se pasó a contener expresamente la denominación de principio de *arm's length*, cuando anteriormente solamente se incluía conceptualmente, pero no se le atribuía tal denominación. El concepto o definición se mantenía, es decir, como las condiciones y precios de mercado de las transacciones conforme habrían sido acordadas entre empresas independientes. E igualmente en la nueva redacción se precisaba que el principio de *arm's length* era el que se recogía en el artº9. No obstante, para cuando se entendiera necesaria por los Estados contratantes una regulación más detallada, se otorgaba la posibilidad de que los Estados consensuasen el contenido del apartado 2 del artículo o adoptasen la redacción alternativa que los Comentarios proponían.
- El párrafo 12 sufrió una modificación de contenido y estructural. Estructuralmente se descompuso en tres párrafos ordenados como 12, 12.1 y 12.3.
 - i.- El párrafo 12 mantuvo en gran parte el contenido del anterior párrafo 12, reiterando que el punto de partida era la contabilidad del establecimiento permanente cuando llevase contabilidad separada, incluso cuando fueran necesarios ajustes.
 - ii.- El párrafo 12.1 precisó que habría de prestarse fiabilidad a la contabilidad basada en acuerdos entre la oficina central y sus establecimientos permanentes cuando la contabilidad de ambas se preparase de forma simétrica en base a tales acuerdos y éstos reflejasen las funciones realizadas por las distintas partes de la empresa. A tal efecto se entendería que se habían preparado simétricamente cuando los valores dados a las operaciones y los métodos de imputación de los beneficios o gastos en los libros del establecimiento y la oficina central tuvieran una correspondencia exacta monetaria o funcionalmente. No podrían tomarse en consideración cuando los acuerdos internos en que se plasmasen las operaciones fueran artificiales.

⁷⁹⁸ En el párrafo 4 se aprecian solo algunos cambios de redacción.

iii.- El párrafo 12.2 no constituía ninguna novedad, sino que en el mismo se reproducía lo que ya se nos decía en la última parte del párrafo 11 anterior.

- El párrafo 15 también sufrió modificación. Estructuralmente pasó a tener cinco apartados: el 15, el 15.1, 15.2, 15.3 y 15.4. En dichos párrafos los Comentarios se ocuparon del tema de los beneficios derivados de la transferencia de activos entre partes distintas de una empresa situadas en distintos Estados contratantes abordando distintos problemas:

i.-el momento de producción de los beneficios: A este respecto se dispuso que se entendería devengado el impuesto en el extranjero al momento de la realización de la transacción, aunque en realidad no se hicieran efectivos hasta un periodo posterior, creándose la disfunción entre la tributación en el Estado del establecimiento permanente y en el Estado de la oficina central;

ii.- cuando se tratase de transferencias entre partes de la Banca internacional, como los préstamos o los créditos de dudoso cobro, en cuyo caso toma plena vigencia el principio de *arm's length*, serían solamente admitidas a efectos fiscales las transferencias que se hubiesen realizado entre empresas independientes por razones comerciales válidas⁷⁹⁹. Así mismo, se admitió la existencia de posibles mercados de transferencias de préstamos, dichas transferencias serían admitidas, pero a valor normal de mercado, con ciertas desgravaciones al computar los beneficios del establecimiento permanente. Si se trataba de transferencias de créditos de dudoso cobro habría que distinguir entre:

- ✓ transferencias realizadas entre partes del banco que no fueran la oficina central, en cuyo caso se deslindaban a su vez dos supuestos:
 - cuando hubiera una valoración inadecuada por una apreciación equivocada de la solvencia del deudor, recomendándose en tal caso que el establecimiento permanente transmitente limitase la desgravación por la pérdida sufrida⁸⁰⁰ por el banco en su conjunto y el Estado de la parte receptora del crédito no computase las plusvalías que pudieran generarse con posterioridad,
 - y cuando el precio de la transferencia apreciara correctamente la solvencia del deudor, para cuyo caso el establecimiento transmitente debería admitir la desgravación por el valor al

⁷⁹⁹ El problema se suscita por las pérdidas generadas entre el valor del crédito al momento de su otorgamiento y el precio de la transferencia. Todo ello unido a las revalorizaciones que pudiera sufrir con posterioridad a la transferencia.

momento de la transferencia, no por el que posteriormente pudiera llegar a tener el crédito.

- ✓ Si la transferencia se realizase desde un establecimiento permanente a la oficina central, como quiera que en el Estado de la oficina central la empresa tributaría por sus beneficios mundiales y sería aplicable al establecimiento permanente una desgravación proporcional al tiempo en que tuvo el préstamo

En cuanto al apartado 3 sufrieron sustanciales cambios los párrafos 17 al 20, ambos incluidos.

- El párrafo 17 se organizó en la nueva redacción en un párrafo genérico 17 seguido de siete subapartados (del 17.1 al 17.7) en los que se estudiaron diferentes cuestiones entre las que debemos detenernos en las siguientes:

- ✓ Se trataron las aparentes interferencias entre el principio de *arm's length* del párrafo 2 y la deducción de gastos referida en el párrafo 3. En primer lugar, se apuntó el porqué de dichas interferencias, señalándose que podría pensarse en que existe contradicción entre la exigencia de la distribución de beneficios conforme a lo que resultaría si se hubiese tratado de empresas independientes y separadas (párrafo 2) y la aplicación de los costes efectivos impuestos por el párrafo 3. Sin embargo, la contradicción era solo aparente, puesto que el párrafo 3 venía a dar respuesta al problema de que la determinación de los beneficios conllevaba la deducción de los gastos, mientras que el párrafo 2 venía referido a la cuantificación de los gastos, no a cuáles debían ser tomados en consideración. En segundo lugar, a la hora de considerar cuáles eran los gastos deducibles habría que atender a los que sirvieran para los fines del establecimiento permanente conforme a los principios de empresa separada e independiente. Esto es, se trataba de deslindar cuáles eran las transacciones (ventas de bienes o prestación de servicios) que, si la empresa las transfiriera a un tercero, este les cargaría un precio que sería un gasto, y cuánto sería lo que se cargaría. En tercer lugar, se puntualizó que existían una serie de casos especialmente conflictivos, como eran las transferencias de bienes o servicios que no se podían adquirir de un tercero, y aquellas transacciones en las que las empresas independientes se ponían habitualmente de acuerdo para repartirse los costes. La solución vendría dada por la consideración de si se incurrió en los gastos para la realización de una función que tuviera por objeto directo la venta de bienes o servicios y la realización de beneficios a través del establecimiento permanente, en cuyo caso se admitiría la deducción. En cambio, cuando el gasto tuviera como finalidad optimizar los costes generales o aumentar ventas de forma general no cabría la deducción.

- ✓ Consideración especial mereció el reparto de los costes de producción de los derechos intangibles (parágrafo 17.4). El problema se consideraba singular y diferenciado del supuesto de las empresas asociadas, puesto que aquí las distintas partes de la empresa compartían una misma personalidad jurídica. Además, atribuir costes de desarrollo de intangibles a una sola parte de la empresa era especialmente dificultoso. Por tanto, el criterio de reparto recomendado sería el de imputación a todas las partes que vayan a utilizarlos y atendiendo además al coste efectivo sin adicionar ningún plus o beneficio.
 - ✓ También se reparó en la especialidad de los servicios (parágrafos 17.5, 17.6 y 17.7), apuntando que deberían repartirse conforme al coste efectivo o por el coste efectivo incrementado por un margen representativo del beneficio. De manera que cuando la actividad de la empresa o de una parte de la misma consistiera en la prestación de tales servicios a las demás partes existiría un precio estándar al que habría que estar. Si era el establecimiento permanente el que prestase tales servicios a la empresa la deducción sería por el coste efectivo más un margen de beneficio como si se tratase de un tercero independiente. Por último, si no era ninguno de los dos casos anteriores y la prestación de los servicios formase parte general de la administración general se produciría la deducción conforme al mero coste efectivo, sin incremento alguno.
- Terminaban los comentarios del apartado 3 ocupándose de los intereses de los préstamos pagados por el establecimiento permanente a la oficina central, considerando que las soluciones aportadas en los comentarios anteriores eran irrealizables o muy dificultosas. Ello se incardinó en el parágrafo 18, distribuido en uno general y tres subapartados.
- Se consideró que el problema surgía desde el punto de vista jurídico y económico. Desde el primer aspecto, porque al tener las distintas partes de una empresa una personalidad jurídica única, el cargar intereses encajaba mal con un movimiento de capital en un sentido u otro y la obligatoriedad del reembolso. Desde el punto de vista económico porque tales aportaciones tendrían la consideración de fondos propios y, por ende, incompatibles con intereses. Además, podían encerrarse problemas de subcapitalización. La solución que aportaron los Comentarios, a los que ahora nos referimos, fue la de aplicar como regla general la no deducción, que era más acorde con el criterio de atender a la estructura adecuada del capital para las funciones y organización, si bien habría excepciones en el caso de las empresas financieras en cuanto se refiriera a los anticipos y conceptos similares (no capital)–
- parágrafo 19–

- Sí queremos, cuando menos, dejar apuntadas las remisiones que se contuvieron en los comentarios del apartado 3 a cuatro documentos complementarios y que referimos en otros apartados de este trabajo:
 - i.- El Informe del Comité de Asuntos Fiscales de 1993 *sobre la determinación de las rentas del establecimiento permanente*;
 - ii.- El Estudio *Precios de Transferencia y MNEs. Tres cuestiones fiscales* de 1984
 - iii.- El Informe *sobre Atribución de rentas al establecimiento permanente* de 1993
 - iv.- El Informe *sobre Subcapitalización. Tributación de los profesionales del espectáculo, artistas y deportistas de 1987*.

δ.2) Modificaciones de los Comentarios al artº9.

Se añadió un párrafo introductorio y común para los dos apartados del artículo, en el que tras reseñar los dos criterios de vinculación que determinarían la condición de empresas asociadas (sociedades matrices y sus filiales, así como sociedades sometidas a control común), procedía a realizar una remisión a las Directrices de los Precios de Transferencia⁸⁰¹ al considerar que en las mismas se contenían los principios y directrices para la aplicación del *arm's length*. La trascendencia a nuestros efectos del párrafo 1 es indiscutible. Primero porque de forma directa y preclara dio una acogida especialmente intensa al principio de *arm's length*, al que en escasas líneas aludía expresamente hasta tres veces. Segundo, porque confirió especial relevancia interpretativa a las Directrices sobre Precios de Transferencia como guía a la hora de resolver cuantas cuestiones se podían plantear en aquellas transacciones en que no se hubiera respetado el principio de empresas separadas e independientes. Y, en tercer lugar, porque elevó al artº9 como la declaración autorizada y formal del principio de *arm's length*.

En cuanto al apartado 1 del artículo ahora se le dedicaban tres párrafos (del 2 al 4). Sin embargo, no se contenían novedades, simplemente se hizo un cambio en la estructura de los comentarios. Así, el párrafo 2 pasó a ser el equivalente al anterior párrafo 1, con muy ligeros cambios en la redacción que en nada afectaban al contenido. El párrafo 3 sería el equivalente al párrafo 2 anterior. El párrafo 4 siguió manteniendo el mismo contenido que el anterior. Por último, el párrafo 3 antiguo pasó a estar integrado en el párrafo 1 actual, con ligeros cambios para adecuar la redacción. No podemos dejar de llamar la atención sobre la ambivalencia de los comentarios, porque en la anterior redacción los párrafos 2, 3 y 4 se sistematizaban dentro de los comentarios del apartado 2 del artículo, no del apartado 1. Sin embargo, en la redacción de 1998 pasaban a formar parte de los comentarios del apartado 1, cuando conforme tenemos señalado el texto del artículo no varió de una redacción a otra.

⁸⁰¹ Directrices sobre Precios de Transferencia para MNEs y Administraciones Fiscales.

Por lo que se refiere a los comentarios del apartado 2 continuaron sin variación de ningún tipo.

ε.– Versiones posteriores: versiones de 2000, 2003 y 2005.

En los particulares que a nuestra materia afectan, resultó que en la versión abreviada del año 2000 el articulado del Modelo de Convenio no sufrió modificación alguna y en los comentarios exclusivamente se introdujo al artº7 un nuevo apartado 2.1 que era consecuencia de la supresión del artº14. Tras este cambio, las rentas procedentes de servicios profesionales y otras actividades de carácter independiente empezaron a tener el mismo tratamiento que los beneficios industriales, desapareciendo la distinción entre establecimiento permanente y base fija de actividad.

En la versión abreviada del año 2003, en la materia que nos concierne, tampoco son apreciables modificaciones, ni en el articulado ni en los comentarios⁸⁰². Idéntica suerte corrió la posterior versión abreviada del Modelo de CDI de 2005.

ζ.– Modelo de Convenio de CDI versión de 2008.

Si bien el articulado no sufriría modificaciones hasta el 2010, la primera modificación de calado que sufrieron los comentarios fue tras mucho tiempo en el año 2008, mediante la puesta al día aprobada por el Consejo el 17 de julio de 2008.

La doctrina apunta que las modificaciones del artº7 y sus comentarios fue gradual y puede dividirse en dos fases. Una primera fase, la de la versión de 2008, que es de tránsito y se limitó a introducir modificaciones en los comentarios de la versión de 2005, pero que no supuso incurrir en contradicciones con las redacciones e interpretaciones anteriores. Una segunda fase, la versión de 2010, que supuso una nueva interpretación del artº7.⁸⁰³

ζ.1) Modificaciones de los comentarios del artº7, hacia un estatuto definitivo de los Establecimientos Permanentes.

Los comentarios preliminares fueron engrosados con ocho párrafos numerados del 1 al 8, desapareciendo el párrafo 2.1, cuyo contenido pasó a ser reenumerado como párrafo 8. De los mismos debemos destacar:

- Bajo el párrafo 2 se procedió a realizar un compendio de partes de los anteriores párrafos 2 (frases primera y segunda), 3 (frases tercera, cuarta, quinta y sexta) y del 4 (frase penúltima), viniendo a reconocerse que el tratamiento fiscal de los establecimientos permanentes y las empresas

⁸⁰² Nótese que no entramos a los apartados de observaciones y reservas, donde sí hubo alteraciones.

⁸⁰³ En este sentido SALASSA BOIX, R. (2014).

asociadas no era algo nuevo, apareciendo incluido en convenios anteriores y posteriores a la Liga de las Naciones.

- El párrafo 3 procedía del anterior párrafo 2 (frases tercera, cuarta y quinta) con alguna ligera modificación de redacción.
- El párrafo 4 refería la falta de unanimidad de interpretación, con los posibles riesgos de doble imposición o de no imposición, y procedió a retomar la última frase del párrafo 2 al recomendar el que se consiguieran métodos sobre los que existieran acuerdos entre los países o se abrieran las puertas al procedimiento amistoso previsto en el artº25.
- En los párrafos 5, 6 y 7 se destacaron los esfuerzos de la OCDE para el esclarecimiento de la aplicación e interpretación de las reglas contenidas en el artículo 7, mencionando entre los mismos las modificaciones incorporadas al Modelo de Convenio de 1977, el Informe de 1984 sobre La Fiscalidad de las Empresas Bancarias Multinacionales y el Informe de 1987 sobre la Distribución de Beneficios a los Establecimientos Permanentes. Sin embargo, como quiera que en la práctica continuaba la falta de unanimidad, continuaron los esfuerzos por acercar los distintos posicionamientos de los países, materializándose en dos importantes documentos: las Directrices sobre Precios de Transferencia para MNEs y Administraciones Fiscales de 1995 y el informe de Atribución de Beneficios a los Establecimientos Permanentes de 2008. En el Informe de 2008 se abordó la distribución de beneficios de los establecimientos permanentes en general y de los establecimientos permanentes de los bancos, de las empresas de mercado global y seguros, afectando su contenido a los comentarios del artº7.

Los comentarios al apartado 1, a consecuencia de la incorporación de los nuevos párrafos a los comentarios preliminares, sufrieron un desplazamiento en su numeración ordinal y quedaron reducidos a cinco párrafos (del 9 al 13). De tales párrafos, el 9 provenía del anterior párrafo 3, el 10 del anterior 5 con cambios de redacción y el 13 del anterior 10.1. Además, dejaron de existir los ordinales 10.1, 12.1 y 12.2. Por tanto, de las novedades debemos comentar:

- En el párrafo 10, al analizar que el límite a la tributación del establecimiento permanente en el Estado donde se sitúa, se señaló que no alcanzaría a los beneficios de la empresa obtenidos en dicho país si no eran imputables al establecimiento permanente, aclarando que esto no siempre fue así, y en épocas anteriores predominaba el enfoque de los países que consideraban la fuerza de atracción de la soberanía fiscal sobre todas las rentas obtenidas por la empresa en el país desde el momento en que disponía de un establecimiento permanente. Hoy, sin embargo, ha sido abandonado dicho criterio en Derecho fiscal internacional, propiciado en gran medida por la complejidad de las relaciones comerciales y la proliferación de empresas con actividades en múltiples países a través de establecimientos permanentes separados y, además, porque así se consigue una mayor eficiencia administrativa fiscal y se favorece el cumplimiento.

- En el párrafo 11, se aclaró que la primera y segunda parte de la segunda frase del apartado 1 no se contradecían, viniendo la primera parte a establecer que la soberanía fiscal del Estado solo se extendía a los beneficios imputables al establecimiento permanente y la segunda parte procedía a determinar el significado de los beneficios imputables, de suerte que debía entenderse que el establecimiento permanente podía tener beneficios mientras la empresa no los tenía y viceversa.
- En el párrafo 12 se advirtió del riesgo de doble imposición en el caso de que el Estado en que se situara el establecimiento permanente no respetase el referido límite y pretendiese hacer tributar beneficios que no fueran imputables al establecimiento permanente.

Los comentarios al apartado 2 se extendieron desde el párrafo 14 al 26. Entre los mismos se observa:

- como párrafos reenumerados y que ya se encontraban contenidos en párrafos anteriores apareció el párrafo 14 que se correspondía con las primeras cuatro frases del anterior párrafo 11; así mismo, el párrafo 16 procedía en gran parte del anterior párrafo 12 aunque con cambios de redacción y adiciones; el párrafo 19 procedía del anterior párrafo 12.1, si bien, con algunas modificaciones; el párrafo 21 procedía del anterior párrafo 15 con modificaciones; y, el párrafo 22 procedía del anterior párrafo 15.1,
- la supresión de los párrafos 15.1,15.2, 15.3, 15.4, 17.1, 17.2, 17.3, 17.4, 17.5, 17.6, 17.7, 18.1, 18.2, 18,3 aunque el contenido de algunos de ellos no desaparecía del nuevo texto, sino que se reenumeraron. Fue el caso de los párrafos 15.1, 17.1, 17.2, 17.3, 17.4, 17.5, 17.6, 17.7 que se transformaron correlativamente en los párrafos 22, 31, 32, 33, 34, 35, 36 y 37⁸⁰⁴.
- como párrafos de nueva redacción nos encontramos con el 15, 17, 18, 20 y del 23 al 26, de los que cabe destacar:
 - i.- el párrafo 15, como continuación al párrafo 14 (que recordemos se corresponde con el anterior párrafo 11 y aparecía de lleno dedicado al principio de *arm's length* como regla para repartir beneficios en el caso de empresas con establecimiento permanente), aclaraba que el *arm's length* habría de ser aplicado por cada Estado contratante, aunque ello, por motivo de las diferencias entre los derechos internos, no supondría que existiera correspondencia entre la cantidad de beneficios gravables en el Estado de la fuente y las rentas tomadas en consideración para el otorgamiento de las exenciones que al amparo del artº 23 A ó 23 B el otro Estado contratante tendría que otorgar;

⁸⁰⁴ Aunque en esta versión del año 2008 los párrafos 31, 32, 33, 34, 35, 36 y 37 aparecieron como comentarios del apartado 3.

ii.- el párrafo 17, como continuación al párrafo 16 (que recordemos se corresponde en gran parte con el anterior párrafo 12⁸⁰⁵) y el párrafo 18 vinieron a señalar:

- ✓ la utilización del enfoque o metodología de las dos fases, previsto en el Informe sobre la Atribución de Beneficios a los Establecimientos Permanentes, para realizar los ajustes que se hicieran precisos con el fin de determinar los beneficios que habría tenido el Establecimiento permanente en caso de que hubiera sido una entidad separada y distinta, envuelta en la misma o similar actividad, en la misma o similares condiciones y operando completamente independiente, lo que permitiría determinar los beneficios imputables al establecimiento permanente por toda su actividad, comprendiendo:
 - transacciones con otras empresas independientes;
 - transacciones con empresas asociadas;
 - transacciones con otras partes de la empresa;
- ✓ las dos fases consistirían:
 - una primera de identificación de la actividad llevada a cabo a través del establecimiento permanente mediante un análisis funcional y factual de las actividades económicas y responsabilidades del establecimiento permanente en relación con las de la totalidad de la empresa, con especial atención a las de aquellas partes de la empresa que mantenían relaciones con el establecimiento permanente;
 - una segunda de determinación de los precios de las transacciones con el establecimiento permanente mediante la aplicación por analogía de los principios en que se sostiene el *arm's length*⁸⁰⁶ previsto para las transacciones entre empresas asociadas, para lo cual se atendería a las funciones desarrolladas, los activos usados y los riesgos asumidos;

iii.- el párrafo 20 vino a reforzar lo que ya se encontraba dicho en el párrafo 16, es decir, que la contabilidad y la documentación actualizada debían de constituir el punto de partida para la imputación de beneficios al establecimiento permanente, siempre que cumplieran los requisitos de fiabilidad⁸⁰⁷. No obstante, ya recogía, como precedente de las obligaciones de documentación, el que se animaba a los

⁸⁰⁵ Donde se predica que el punto de partida es la contabilidad del establecimiento permanente cuando lleve contabilidad separada, incluso cuando sean necesarios ajustes.

⁸⁰⁶ Contenidos en las Directrices de Precios de Transferencia para MNEs y Administraciones Fiscales 1995

⁸⁰⁷ Son estudiados en la sección D-2 de la Parte I del Informe de Atribución de Beneficios a los Establecimientos Permanentes

contribuyentes a documentar las operaciones en aras a evitar futuras controversias.

Los comentarios del apartado 3 del artículo pasaron a comprender los párrafos 27 al 51. Estructuralmente se caracterizaron por lo siguiente:

- el párrafo 27 procedía del párrafo 16 anterior;
- el párrafo 28 se correspondía con la primera frase del párrafo 17 anterior;
- el párrafo 29 se correspondía con el resto del párrafo 17 anterior;
- los párrafos 31,32,33,34,35,36 y 37 se correspondían correlativamente con los párrafos 17.1 al 17.7 anteriores, con alguna adecuación de redacción como la referencia contenida en el párrafo 32 que ahora se hacía al Informe de Atribución de Beneficios a los Establecimientos Permanentes;
- el párrafo 38 se correspondía, salvo una ligera modificación en la redacción en su inicio, al párrafo 21 anterior;
- el párrafo 39 casaba con el párrafo 22 anterior;
- el párrafo 40 coincidía con el párrafo 23 anterior;
- como párrafos de nuevo contenido se incorporaron el 30 y del 41 al 50, ambos inclusivos.

Como nuevas consideraciones contenidas en los comentarios se contuvieron:

- en relación con los gastos se precisó que el apartado 3 solo procedía a atribuir qué gastos eran imputables al establecimiento permanente con la finalidad de determinar los beneficios, pero ello no implicaba que tales gastos fueran fiscalmente deducibles o no, pues para ello habría que estar al ordenamiento interno del Estado contratante, aunque con las limitaciones derivadas del principio de no discriminación;
- los párrafos 41 al 50 se dedicaron a los intereses que por préstamos internos tuviera que atender el establecimiento permanente a la oficina principal. Desde luego el tema no era nuevo y ya en los párrafos 18, 18.1, 18.2 y 18.3 se contenía gran parte de lo que en esta revisión del texto se recogía de una forma más detallada y con la actualización correspondiente a consecuencia del Informe de Atribución de Beneficios a los Establecimientos Permanentes 2008. Así, se parte de la regla general del no reconocimiento fiscal del pago de dichos intereses por las mismas razones desde el punto de vista jurídico y económico ya expuestos líneas más arriba en este trabajo, con la única excepción del caso especial de las empresas financieras. Frente a dicha regla general surgía el problema de los intereses relativos al endeudamiento en que realmente sí hubiera incurrido la empresa. Estos intereses no podían ser negados, pero comportaban el problema de la elección del criterio al que atender para determinar la parte que corresponde a la empresa y la que corresponda al establecimiento permanente. Ante esta problemática y la búsqueda de una solución, los comentarios (en la redacción de referencia) indicaron:

- ✓ la falta de utilidad del enfoque del prorrateo directo o indirecto que se contenía en los comentarios anteriores a 1994
- ✓ la solución que se eligiera tenía que procurar el que conforme al principio de *arm's length* se atribuyera al establecimiento permanente un capital sin intereses, y una cantidad de intereses suficiente para soportar sus funciones, sus activos y los riesgos de desempeño de la actividad. Por tanto, habría de atenderse a la estructura del capital y las funciones.
- ✓ ahora bien, se consideraba la posibilidad de distintos enfoques para atribuir el capital necesario conforme al *arm's length*. Cada enfoque tenía sus ventajas e inconvenientes.
- ✓ como consecuencia de no existir un único enfoque de solución surgían riesgos de doble imposición, ya que el Estado del establecimiento permanente y el Estado de la empresa podían adoptar distintos enfoques. Para salvar dicho inconveniente se apuntaron como vías de solución:
 - la aceptación por la mayoría de los países de la OCDE del enfoque adoptado por el Derecho interno del Estado en que se situase el establecimiento permanente siempre que se cumplieran dos condiciones: primera, que las diferencias del capital atribuido tuvieran como causa el conflicto entre los dos Derechos internos; y, segunda, que existiera acuerdo de que dicho enfoque era un enfoque autorizado y acorde al *arm's length*;
 - mediante la interpretación del artº7 y 23 del MCIDI o a través del procedimiento de mutuo acuerdo del artº25 del mismo texto;
- ✓ en cuanto a los problemas de los intereses internos entre diferentes partes de una empresa financiera se contenía una remisión a las partes II y III del Informe de Atribución de Beneficios a los Establecimientos Permanentes. Igualmente, se contiene una remisión a la parte IV en lo referente a la atribución de activos de inversión en la actividad aseguradora.

Los comentarios del apartado 4 del artículo se extendieron desde el párrafo 52 al 55. Estructuralmente hemos de señalar que procedían correlativamente de los párrafos 25 al 29 anteriores.

Los comentarios del apartado 5 del artículo abarcaron los párrafos 56 y 57 que venían a corresponderse con los párrafos 29 y 30 anteriores.

Los comentarios del apartado 6 del artículo se ciñeron al párrafo 58 que coincidía con el párrafo 31 anterior.

Los comentarios del apartado 7 del artículo procedieron a iniciarse en el párrafo 59, llegando hasta el 64 y se correspondían correlativamente con los párrafos 32 al 37 anteriores.

Los párrafos 65 y ss se dedicaron a las observaciones y reservas.

ζ.2) Modificaciones de los comentarios del artº9.

Los comentarios al artº9 se mantuvieron con la misma redacción, salvo las meras remisiones contenidas en los párrafos 10 y 11 a determinados párrafos de comentarios de otros artículos del texto del convenio que lógicamente se renumeraron para adecuarlos a las modificaciones que en aquellos sí se habían introducido.

η.– Modelo de Convenio de CDI versión de 2010.

El 22 de julio de 2010 el Consejo de la OCDE aprobó la nueva puesta al día del texto del Modelo de CDI y las novedades fueron numerosas en el articulado y en los comentarios.

η.1) Encuadre.

El 21 de mayo de 2010 era hecho público el borrador de la octava puesta al día del MCDI. El 22 de julio de ese mismo año se publicaron las actualizaciones definitivas.

En lo que se respecta al articulado propiamente dicho del texto del MCDI, únicamente se procedió a modificar el artº7, que es precisamente uno de los preceptos en los que venimos deteniéndonos. La modificación del precepto, tal como vamos a ver, fue importante. En lo atinente a los comentarios las modificaciones tuvieron mayor amplitud, afectando a los de diversos artículos, si bien en la materia que venimos analizando solamente afectarían a los comentarios del artículo 7.

η.2) Modificaciones al artº7.

El apartado 1 del artículo recibió distintas modificaciones:

- de distribuirse su contenido en siete apartados pasó a tener tan sólo cuatro apartados;
- la primera frase del mismo sufrió una leve modificación de redacción en el encabezamiento, pasando de figurar como “*the profits*” (los beneficios) a “*profits*”, aunque en castellano dicha variación sea inapreciable al traducirse en todo caso el sustantivo precedido por el artículo determinado plural;
- en la segunda frase se cambió la redacción señalándose que los beneficios atribuibles al establecimiento permanente, con arreglo a lo previsto en el apartado 2, podrían ser gravados en el Estado en que se situase el establecimiento permanente. Por tanto, las modificaciones fueron dos:

- ✓ por una parte, ya no se hace referencia a los beneficios de la empresa que pudieran ser tomados en consideración para ser gravados con una limitación máxima cuantitativa. Esto pudiera hacer pensar que se había cambiado el criterio, aunque como entiende SALASSA BOIX “*la disposición permanece intacta ya que en realidad se dice lo mismo pero invirtiendo la frase*”;
- ✓ por otra parte, para definir los beneficios que se considerarían atribuibles al establecimiento permanente apareció una remisión al apartado 2 que antes no existía.

La redacción es distinta, pero en esencia no difiere de la contenida anteriormente, como lo acredita que los comentarios pertinentes al apartado 1 apenas sufrieron alteraciones.

El apartado 2 del artículo podemos dividirlo en tres partes a efectos de compararlo con el anterior apartado 2:

- la primera parte se limitó a determinar el ámbito al que se refería el verdadero contenido del apartado 2, esto es, a los beneficios imputables al establecimiento permanente a los efectos del apartado 1 y del artículo 23A y 23B. En la redacción anterior no se contenía referencia alguna ni al apartado 1 ni a los artículos 23A ó 23B, aunque se condicionaba el contenido del apartado 2 a las previsiones del apartado 3;
- la segunda parte recogió lo que ya se decía en la redacción anterior, es decir, el principio del *arm's length* como criterio para determinar los beneficios atribuibles al establecimiento permanente;
- la tercera parte profundizó en el alcance que debía tener el principio del *arm's length* en su aplicación y que anteriormente no era aludido, especificándose que habrían de tenerse en cuenta las funciones, los activos utilizados y los riesgos asumidos tanto por la empresa como por el establecimiento permanente.

El apartado 3 del artículo 7 fue de total nueva redacción y vino a regular el problema de la doble imposición que surgía a consecuencia de los ajustes que se practicasen al aplicar el *arm's length* en la atribución de los beneficios al establecimiento permanente.

El apartado 4 del artículo 7 fue una mera reproducción del apartado 7 anterior.

η.3) Modificaciones de los comentarios del artº7, hacia un estatuto definitivo de los establecimientos permanentes.

a) Los comentarios preliminares fueron incrementados con un ordinal más, quedando comprendidos en los párrafos 1 al 9, si bien el 4 parcialmente venía a coincidir con los párrafos 4 y 5 anteriores y el antiguo párrafo 6 apareció distribuido entre los nuevos párrafos 5 y 6. En los mismos se abordaron las siguientes cuestiones:

- en primer lugar, se procedía a encuadrar el artº7 bajo el principio de subsidiariedad, que expresamente recoge el apartado 4 del texto del artículo;
- en segundo lugar, delimitaba dos condiciones para que un Estado contratante pudiera ejercer la potestad tributaria sobre una empresa:
 - ✓ el que la empresa tuviera un establecimiento permanente situado en dicho Estado contratante;
 - ✓ y que el establecimiento permanente tuviera atribuidas rentas, que era de lo que genuinamente se ocupaba el artº7;
- en tercer lugar, fijaba los principios sobre los que se asentaba la atribución de beneficios al establecimiento permanente: el principio de *arm's length* y de entidad separada;
- por último, estos párrafos realizaban un breve análisis de los antecedentes de estos principios y de los esfuerzos de la OCDE para solucionar los problemas causados por las divergencias interpretativas que se planteaban en su aplicación. De manera que se comenzaba con la cita de que estos principios ya aparecían en numerosos convenios y modelos alcanzados bajo los auspicios de la Sociedad de las Naciones, por lo que la OCDE los recogió con ligeras modificaciones y aclaraciones. Sin embargo, habían constituido una constante preocupación del Comité Fiscal marcada por distintos hitos entre los que se enumeraban:
 - ✓ El Modelo de Convenio de 1977;
 - ✓ El *Informe sobre la Tributación de las MNEs del Sector Bancario* de 1984;
 - ✓ El *Informe sobre la Atribución de Beneficios a los Establecimientos Permanentes* de 1993, que originaron diversos cambios en los comentarios del artº7;
 - ✓ Las Directrices aplicables en materia de precios de transferencia a MNEs y Administraciones tributarias;
 - ✓ El *Informe sobre la Atribución de Beneficios a los Establecimientos Permanentes* de 2008 que ocasionó una primera revisión de los comentarios;
 - ✓ La revisión del *Informe sobre la Atribución de Beneficios a los Establecimientos Permanentes* de 2010, que con idénticas conclusiones e interpretaciones a las contenidas en el Informe de 2008 dio lugar a la modificación del texto del artículo y a nuevas modificaciones de los comentarios.

b) Los comentarios del apartado 1 quedaron comprendidos en los párrafos 10 al 14. Excepto el párrafo 13, los demás párrafos son una mera reformulación de lo que ya se contenía en la versión de los comentarios anteriores, de suerte que:

- los párrafos 9 y 10 de 2008 pasaron a estar contenidos con redacción bastante similar en los párrafos 10, 11 y 12;
- el párrafo 13 de 2008 pasó a figurar como contenido del párrafo 14.

c) Los comentarios del apartado 2 comprenderían en esta nueva versión los párrafos 15 al 43 y sobre su contenido cabe destacar:

- c.1) se mantenía que el principio de *arm's length* era la regla básica en la determinación de los beneficios atribuibles al establecimiento permanente, aunque ya no se contenía una mención nominal al mismo como sí sucedía en el anterior párrafo 14.
- c.2) el concepto acogido del principio de *arm's length* era el mismo que ya apareció en anteriores versiones en el propio texto de la norma, aunque se apostilló la novedad que en esta versión recogía el apartado 2, esto es, que habrían de tenerse en cuenta las funciones desarrolladas, los activos dedicados y los riesgos asumidos.
- c.3) en cuanto al ámbito de aplicación se aclaraba que esta regla se aplicaría a las transacciones entre el establecimiento permanente y otras partes de la empresa:
 - ✓ además, se precisaba que, aunque se contenía esa referencia específica del ámbito del apartado, ello no significaba que el apartado no se aplicase a otros ámbitos, como el de las transacciones entre un establecimiento permanente y otras empresas asociadas si ello afectaba a la atribución de beneficios al establecimiento permanente (párrafo 24);
 - ✓ como consecuencia de ser ese el ámbito normal de actuación, estas operaciones requerían mayor atención, porque eran operaciones que no tenían consecuencias jurídicas para el conjunto de la empresa, lo que repercutiría en la documentación de las mismas (párrafo 25). No se trataba de un aumento de los deberes de documentación, pero se animaba a una pormenorizada documentación que justificase la singularidad de la operación para evitar futuras controversias fiscales. Las autoridades deberían dar valor a la documentación cuando cumpliera con tres presupuestos: ser coherente con la naturaleza de la operación, no diferir la operación documentada de la que hubieran celebrado empresas independientes comparables (o si difiriese no impedir a la Administración tributaria determinar el precio de transferencia adecuado) y que la operación documentada no contraviniera a los principios en que se basaba el criterio autorizado por la OCDE (párrafo 26);
- c.4) por lo que respecta a la caracterización del método de atribución de beneficios se nos precisaba que era una construcción teórica o ficción, siendo subrayables tres aspectos al respecto:
 - ✓ Presupuestos sobre los que descansaba (párrafo 16):
 - tomar al establecimiento permanente como una empresa distinta e independiente, cuando en la realidad no lo es;
 - el principio de *arm's length* propiamente dicho.

- ✓ Límite: ahora bien, como consecuencia de la ficción para atribuir beneficios al establecimiento permanente y tratarlo como empresa independiente no se podía modificar la naturaleza de las rentas que pudiera obtener la empresa y que tuvieran su correspondiente consideración conforme a otros artículos del MCDI (párrafo 28)
 - ✓ Ampliación del ámbito de la ficción: el párrafo 29 contemplaba la posibilidad de que la ficción teórica de la empresa separada e independiente jugase no solo a los efectos del artº7, 23A y 23B, sino que se aplicase a las relaciones entre los Establecimiento Permanente y las filiales, como podría suceder con los gastos pagados por la filial a la matriz a los efectos de lo dispuesto en los artº6 y 11 del MCDI.
- c.5) en lo que concierne a la doble imposición se contenían diversas precisiones:
- ✓ a la pregunta de qué Estado debía solucionar la doble imposición propiciada por la situación de que el Estado contratante en el que la empresa tuviera un establecimiento permanente pretendiese gravar los beneficios atribuibles al establecimiento permanente, se contestaba diciendo que debía ser el Estado de la empresa el que debía eliminar la posibilidad de que se produjera la doble imposición (párrafo 18);
 - ✓ como vías de solución (párrafo 27) se apuntaba que el Estado de la empresa debía acudir, o bien al mecanismo del artº 23A (dejar exentos los beneficios del establecimiento permanente), o bien del artº 23B (conceder un crédito tributario respecto del impuesto exigido por el otro Estado);
- c.6) en lo tocante al mecanismo de llevar a cabo la determinación de los beneficios atribuibles indicaba:
- ✓ no se trataba de atribuir los beneficios globales de la empresa al Establecimiento Permanente, sino de atribuir al Establecimiento Permanente los beneficios como si se tratase de una empresa separada e independiente, razón por la cual podía suceder que la empresa no tuviera beneficios y el Establecimiento Permanente sí, o al contrario (párrafo 17)
 - ✓ a tal efecto se contenía una remisión al Informe de *Atribución de Beneficios al Establecimiento Permanente* de 2010, del que aquí vamos a destacar dos cuestiones:
 - se consideraba que había que incluir entre los beneficios del Establecimiento Permanente los correspondientes a las transacciones con empresas independientes, a las transacciones con empresas asociadas y a las transacciones con otras partes de la empresa;
 - Fases del cálculo:

- 1ª.- análisis funcional y factual (parágrafo 21);
- 2ª.- fijación de un precio de plena competencia a las transacciones con empresas asociadas siguiendo las pautas de las Directrices sobre precios de transferencia que se aplican por analogía (parágrafo 22);

- c.7) en lo referente a la intervención de los Derechos internos en la fiscalidad de los establecimientos permanentes (parágrafos 30 a 34) se señalaba:
 - ✓ que una vez calculado el beneficio atribuible al establecimiento permanente, sería el Derecho interno de cada Estado contratante el que determinase si debían tributar en su territorio y en qué medida, respetando siempre las disposiciones del Convenio;
 - ✓ que cada Estado regularía qué gastos y en qué condiciones y cuantía eran deducibles;
 - ✓ que el único límite era el respeto a los límites derivados de la propia regulación del propio Convenio. A tales efectos tenía suma trascendencia lo dispuesto en el apartado 3 del artº24, donde se estimaba que los gastos del establecimiento permanente deberían deducirse en las mismas condiciones aplicables a una empresa de ese Estado;
- c.8) en cuanto al supuesto del artº5, apartado 3 (los lugares fijos de negocios por una obra o un proyecto de construcción o instalación –parágrafos 35,36,37–) se apreciaba que planteaba problemas específicos, fundamentalmente cuando otras partes de la empresa, o empresas asociadas, suministraran bienes (porque no conllevarían beneficios atribuibles al establecimiento permanente) o prestaran servicios relacionados con la obra (porque tales servicios no serían realizados en el Estado del establecimiento permanente). Tales problemas habrían de solucionarse atendiendo a que al establecimiento permanente solo se considerarían imputables los beneficios de la empresa derivados de la actividad del establecimiento permanente;
- c.9) por lo que respecta a los gastos deducibles por el establecimiento permanente (parágrafos 38,39 y 40) se subrayaban las diferencias con el régimen del apartado 3 en su versión anterior:
 - ✓ así antes se atribuían al establecimiento permanente los gastos directos o indirectos en que se incurriese para desarrollar su actividad, ya hubieran tenido lugar en el Estado donde se situaba o en otro. Pero, además, se defendía que había un límite cuantitativo puesto que la deducción no podía ser superior al coste real, lo que en el caso de los gastos de administración se cumplía sin reparo al evaluarse por el criterio de los costes efectivos;
 - ✓ en la nueva versión se suprime el apartado 3 del artº7 porque ya no se entiende correcto el límite del coste real, sino que debe cumplirse con el principio de *arm's length*, cualquiera que sea la cuantía;

- c.10) en cuanto a la metodología de determinación de beneficios atribuibles se dejó debida justificación de los cambios operados, suprimiendo distintos apartados del artº7:
 - ✓ en lo atinente al método de atribución sobre la base de reparto de los beneficios totales (parágrafo 41), se suprimió el apartado 4 de la anterior versión del artº7, ya que dicho método se aplicaba excepcionalmente y no garantizaba el respeto del principio de *arm's length*;
 - ✓ se suprimió la no atribución de beneficios al establecimiento permanente cuando su actividad se limitase a la adquisición de bienes o servicios prevista en el apartado 5 del artº7 en su versión anterior, al no considerarla ajustada al principio de *arm's length*, y ello en base a dos reflexiones:
 - cuando el establecimiento permanente no se limitara en exclusiva a la adquisición de bienes o servicios, lo coherente sería atribuirle beneficios por la totalidad de su actividad, ya que si fuera una empresa independiente los tendría por la mera actividad de compra;
 - el no atribuir beneficios al Establecimiento Permanente igualmente conllevaría la no atribución de gastos deducibles, lo cual comportaba graves problemas administrativos;
 - ✓ se suprimió la continuidad en el tiempo del método aplicable de atribución (antiguo apartado 6 del artº7) por ser incoherente con los nuevos planteamientos

Los comentarios del apartado 3, comprendían del parágrafo 44 al 70, en ellos se abordaban las vías de solución a los problemas de doble imposición que podían surgir cuando el Estado de la empresa y el Estado del establecimiento permanente no realizasen la misma atribución de beneficios al establecimiento permanente.

Las discrepancias podían surgir desde distintas perspectivas, fundamentalmente en la consideración de si se trataba de una operación interna o no, o en la cuantificación de cuál fuera el precio acorde con el *arm's length*. Los escenarios que podían presentarse eran dos:

- que uno de los Estados no determinase los beneficios atribuibles conforme al apartado 2 del artº7, aunque el contribuyente sí lo hiciese: entonces los mecanismos de solución a los que podía acudir el contribuyente, tanto si quien no se adecuaba al apartado 2 era el Estado del establecimiento permanente como cuando lo fuera el Estado de la empresa, serían, o el procedimiento amistoso previsto en el artº25 (incluso el arbitraje), o los que preveyera el Derecho interno de su país;
- que el contribuyente no determinase los beneficios atribuibles conforme al apartado 2 del artº7: en este supuesto los Estados procederían a realizar

ajustes, de manera que un Estado realizase un ajuste y el otro realizase un ajuste recíproco. Ahora bien, ¿qué sucedería cuando no se pudiesen realizar los ajustes, ya fuera porque la legislación interna no lo permitiera, ya fuera porque los Estados no contemplaran incentivos, o porque los Estados realizaran distintas interpretaciones? Las soluciones a la doble imposición podían ser:

- ✓ cuando el Estado de la empresa hubiera realizado un ajuste que fuera conforme con lo dispuesto en el apartado 2 (o sea, que hubiera aplicado el principio de *arm's length*), el apartado 3 exigía al Estado del establecimiento permanente que realizase un ajuste correlativo en la carga impositiva, de manera que no se produjera doble imposición sobre los beneficios que eran gravables en ambos Estados;
- ✓ pero si el Estado del establecimiento permanente no estuviera de acuerdo en que el ajuste realizado por el Estado de la empresa fuera conforme con el apartado 2 habría que recurrir al procedimiento amistoso del artº25.

La coherencia apreciable entre el apartado 3 y el artº9.2 era total:

- a) desde la óptica de la reciprocidad por cuanto el ajuste correlativo se correspondía con el ajuste practicado en el otro Estado;
- b) por cuanto no se obligaba automáticamente al ajuste correlativo, de manera que, si se consideraba que el ajuste inicial era acorde con el *arm's length*, entonces se aplicaba el apartado 3;
- c) no se especificaba el método a seguir en el ajuste correlativo, pudiéndose utilizar diferentes mecanismos correctores;
- d) en el apartado 3 no se planteaban los ajustes secundarios, siendo recogidos en el apartado 8 del artº9. Ambos preceptos actuaban en ámbitos distintos y no se interferían por ello (principio de subsidiariedad del artº7);
- e) ni el artº9 ni el artº7 regulaban un plazo desde que tuvo lugar la operación para practicar el ajuste correlativo, aunque nada impedía que los Estados contratantes pudiesen establecer un régimen para ello;
- f) en ambos se preveía el cauce del procedimiento amistoso cuando no existía acuerdo en la cuantía o en la naturaleza del ajuste, el cual lo podía poner en funcionamiento cualquier parte interesada.

Por último, los comentarios se ocupaban de aclarar ciertos límites del apartado 3:

- a) el ajuste correlativo se efectuaría únicamente en la medida que fuera necesaria para eliminar la doble imposición, no más;
- b) solo operaba en la determinación de la atribución de beneficios al Establecimiento Permanente (rentas y gastos imputables), pero no en la determinación de la base imponible que un Estado considerase gravable (rentas gravables y gastos deducibles);

c) No afectaba al cálculo de la exención(artº23A) o del crédito (artº23B).

Para cerrar los comentarios al apartado 3, los párrafos 68 al 70 proponían una alternativa para eliminar la doble imposición en el supuesto de que hubiera que realizar un ajuste correlativo, con independencia de si el ajuste inicial del otro Estado era conforme o no con el principio de *arm's length*. La alternativa consistía en un procedimiento amistoso caracterizado por:

- a) el carácter obligatorio de eliminar la doble imposición mediante el procedimiento amistoso;
- b) la aplicación del *arm's length* a la hora de determinar el precio de la transacción o el método que debía aplicar el Estado que realizase el ajuste.

Los comentarios del apartado 4 comprendían del párrafo 71 al 77. De los mismos nos interesa dejar sentado:

- a) el término beneficios utilizado en el convenio era amplio, dando cabida a todos los rendimientos generados por la actividad de una empresa, aunque los Estados podían acordar aclaraciones y definiciones de lo que se entendía por beneficios a los que resultase aplicable el artº7;
- b) el ámbito de aplicación del artº7 sería:
 - ✓ las rentas empresariales que no estuvieran comprendidas en otros artículos del convenio;
 - ✓ las rentas que en virtud del apartado 4 de los artículos 10 y 11, del apartado 3 del artículo 12 y del apartado 2 del artículo 21, entrasen en el ámbito del artículo 7;
 - ✓ en versiones anteriores quedaron fuera del ámbito los cánones y las rentas procedentes de servicios profesionales y otras actividades independientes.

η.4) Modificaciones de los comentarios del artº9.

En lo que respecta al artº9 los comentarios mantuvieron la misma redacción.

θ.– Modelo de Convenio de CDI versión de 2014.

θ.1) Encuadre.

La revisión del MCDI, aprobada por el Comité de Asuntos fiscales el 26 junio 2014 y por el Consejo de la OCDE el 15 de julio del mismo año, constituyó la novena puesta al día desde que el sistema de actualizaciones se implantara en 1992. Pese a que el Comité estuvo trabajando durante tres años en esta revisión, se decidió no incluir en la misma bastantes puntos de lo que se ha dado en conocer como Plan de Acción BEPS y que había ocupado gran parte de la atención del mismo en ese periodo, lo que le valió las

críticas desde amplios sectores doctrinales que no alcanzaron a entender que no se incorporaran las acciones BEPS en precios de transferencia o la nueva definición de ESTABLECIMIENTO PERMANENTE virtual en lo que respecta a la materia objeto del presente trabajo.

Las disposiciones legales revisadas se ciñeron a los artículos 10, 11 y 12. Por tanto, no afectaron a los textos de los artículos 7 y 9, que son los que aquí nos interesan.

0.2) Modificaciones de los comentarios del artº7, hacia un estatuto definitivo de los Establecimientos Permanentes.

En esta versión los ordinales dedicados a los comentarios de los distintos apartados del artº7 vinieron a coincidir con los de la versión 2010, salvo:

- algunas precisiones meramente terminológicas en los párrafos 35 y 36 de los comentarios al apartado 2 y en el párrafo 68 de los comentarios al apartado 3.
- se añadió el párrafo 75.1 de los comentarios al apartado 4 referente a los ingresos correspondientes a los bonos y licencias por emisiones de gases que producen el calentamiento global.

0.3) Modificaciones de los comentarios del artº9.

En esta nueva versión no padecieron modificación alguna.

ı.– Modelo de Convenio de CDI versión de 2017

ı.1) Contextualización de la revisión de 2017.

Tras todas las revisiones precedentes, como consecuencia del Proyecto BEPS, el 21 de noviembre de 2017 el Consejo daba luz verde al informe de actualización del MCDI⁸⁰⁸, lo que suponía la décima versión desde que en 1992 se adoptó el modelo conocido como “ambulatorio”.

Sin embargo, las acciones BEPS que particularmente demandaron la necesidad de la revisión fueron las acciones 2, 6, 7 y 14. Por tanto, las acciones 8–10, que son las que directamente inciden en la materia objeto de nuestro estudio, no vinieron a reclamar modificación alguna de calado.

⁸⁰⁸ Report “The 2017 Update to the Model Tax Convention” adoptado por el Consejo el 21 noviembre 2017. <https://www.oecd.org/ctp/treaties/2017-update-model-tax-convention.pdf>

Efectivamente, en la materia que nos ocupa las modificaciones fueron menores, lo que representó la confirmación por parte de la OCDE del reconocimiento a la validez y eficacia del denostado principio de *arm's length*.

Los textos de los artº7 y 9 permanecieron inalterados y fueron algunos párrafos de sus comentarios los que sí fueron afectados por modificaciones menores que obedecieron más a razones de adecuación y consonancia —de las referencias, remisiones y enlaces conceptuales— con las modificaciones padecidas por otros artículos y sus comentarios, que a un verdadero propósito de modificación del contenido.

1.2) Modificaciones de los comentarios del artº7.

Excluidos los párrafos afectantes a las reservas y observaciones⁸⁰⁹, solo los párrafos 59.1 y 62 contienen novedades relevantes⁸¹⁰.

El párrafo 59.1 viene dedicado a los problemas de doble imposición suscitados por ajustes realizados por el contribuyente sobre los beneficios atribuibles a un establecimiento permanente, cuando hayan sido realizados con posterioridad a la declaración fiscal y persiguiendo la adecuación al principio de *arm's length*.

Los condicionantes que se aprecian para que se produzca el supuesto son cuatro:

- ajustes realizados por el contribuyente;
- ajustes realizados con posterioridad a la declaración fiscal;
- ajustes realizados de buena fe y persiguiendo la adecuación al *arm's length*;
- se produzca doble imposición a consecuencia de los ajustes, ya que pueden ser contemplados en el Estado donde se localiza el establecimiento permanente pero no en el otro Estado.

Para solucionar tal tipo de situaciones se propone acudir al procedimiento amistoso previsto en el artº25, previo periodo de consulta, de forma que se llegue a fijar las cantidades del ajuste acorde con el *arm's length* y que no se produzca situación de doble imposición.

El párrafo 62 se ocupa del plazo para la admisibilidad de la procedencia de los ajustes correlativos correspondientes a supuestos de asignación de beneficios a establecimientos permanentes. Partiendo de que los apartados 2 y 3 del artº9 del MCDI no se ocupan del problema y dejan a los Estados contratantes la posibilidad de fijar un plazo para los ajustes relativos a empresas asociadas, ahora se considera pertinente comentar que cuando se trate de establecimientos permanentes podrá incluirse en el artº 7 un párrafo 5, cuya redacción se propone, en donde se contemple un plazo límite desde la finalización del ejercicio fiscal en que se produjo el ajuste en la asignación de beneficios, dejando a salvo del plazo las situaciones de fraude, negligencia grave o dolo.

⁸⁰⁹ Se suprimieron los párrafos 79, 80 y 81. Recibieron una nueva redacción los párrafos 89, 96, 99 y 100.

⁸¹⁰ Las modificaciones de los párrafos 14 y 43 se reducen prácticamente a cambiar referencias y algunos tiempos verbales.

1.3) Modificaciones de los comentarios del artº9.

En lo concerniente a los comentarios del artº 9 únicamente dos son los párrafos afectados por las novedades suscitadas por el Proyecto BEPS y ambos correspondientes a los comentarios al apartado 2 del artº 9.

Por una parte, se introduce un nuevo párrafo 6.1 anteriormente inexistente y que viene a ser el equivalente en clave de empresas asociadas al párrafo 59.1 del artº7 acabado de comentar para los establecimientos permanentes.

Por otra parte, se añade una última parte al párrafo 10 en el que con total paralelismo a la nueva redacción del párrafo 62 del artº7 se contiene la posibilidad de fijar un plazo límite para la realización de los ajustes correlativos, proponiendo una cláusula en idénticos términos a la contenida en el párrafo 62 en materia de establecimientos permanentes.

III.2.2.2.C) Evolución en el área de las Directrices sobre Inversiones Extranjeras y MNEs.

Expuesta la situación del *arm's length* en el MCDI OCDE pasamos a ocuparnos de lo sucedido en las Directrices sobre Inversiones Extranjeras y Empresas Multinacionales.

En los inicios de los años setenta concurren dos factores que iban a acarrear novedades en el seno del Comité Fiscal de la OCDE:

- por una parte, la creciente preocupación del Comité Fiscal ante la complejidad de las formas de organización que las empresas venían adoptando en los últimos tiempos en sus actividades internacionales;
- por otra parte, EE. UU. pasó a tratar de dar una trascendencia internacional a las Regulaciones del Tesoro de 1968.

En este contexto se entendió que ya no era suficiente con los trabajos y estudios llevados a cabo en el seno de la OCDE sobre los convenios de doble imposición. Se asistía al nacimiento de una nueva etapa en la fiscalidad internacional que iba a quedar de manifiesto por dos circunstancias. La primera, porque el órgano dejó de llamarse Comité Fiscal y pasó a denominarse Comité de Asuntos Fiscales. Pero no se trató de una mera cuestión nominal, sino que el cambio de denominación obedeció (y ahí se reflejaba la segunda circunstancia) a algo más profundo: la expansión de los objetivos que iban a constituir su preocupación. Desde entonces, el Comité de Asuntos Fiscales también incluiría con carácter prioritario entre la problemática fiscal en la que se centraría la de los precios de transferencia y la evasión fiscal.

Los documentos en que fueron fructificando los estudios y esfuerzos del Comité de Asuntos Fiscales no vinieron abordando con carácter exclusivo alguna de las materias

relacionadas, aunque, ciertamente, tenían repercusiones directas en los distintos ámbitos que aquí por razones sistemáticas hemos organizado en tres grandes apartados, atendiendo a la preponderancia que tenían determinados objetivos, que son precisamente los que utilizamos para el encasillamiento en un apartado u otro.

α.– Declaración sobre Inversiones Internacionales y MNEs 1976.

El 21 de junio de 1976 vio la luz la Declaración y Decisiones sobre Inversiones Internacionales y MNEs donde se recomendaba a las MNEs que operasen en los Estados o desde los Estados que se adhirieran a la observancia de las directrices contenidas inicialmente en el anexo I⁸¹¹.

La declaración sufrió diversas modificaciones posteriores dando lugar a las versiones de 13 junio 1979, 17 mayo 1984, 5 junio 1991, 27 junio 2000, 25 mayo 2011. En la versión del año 2000 se incluyeron unos comentarios⁸¹² que con diversas modificaciones se mantuvieron en ulteriores versiones. Dichos comentarios corrían a cargo del Comité de Inversión y se entendía que no formaban parte de la Declaración.

Dos cuestiones hay que destacar a nuestros efectos de las directrices contenidas en la Declaración en sus distintas versiones:

⁸¹¹ En la primera versión la Declaración se distribuyó:

- La Declaración propiamente dicha, que se componía de distintos epígrafes:
 - ✓ Las Directrices, si bien se contenía una remisión al texto de las mismas que se incorporaba como Anexo I.
 - ✓ El principio de tratamiento nacional.
 - ✓ El principio de minimización de los requisitos en conflicto.
 - ✓ Incentivos y desincentivos a la inversión internacional.
 - ✓ Procedimiento de consultas entre Estados.
 - ✓ Previsión de futuras revisiones de la Declaración.
- Anexo 1 dedicado a las Directrices propiamente dichas y que se dividía en:
 - ✓ Preámbulo.
 - ✓ I.– Conceptos y Principios.
 - ✓ II.– Políticas Generales.
 - ✓ III.– Transparencia.
 - ✓ IV.– Derechos Humanos.
 - ✓ V.– Empleo y relaciones industriales.
 - ✓ VI.– Medio ambiente.
 - ✓ VII.– Lucha contra el soborno y la extorsión.
 - ✓ VIII.– Derechos de los consumidores.
 - ✓ IX.– Ciencia y Tecnología.
 - ✓ X.– Competencia.
 - ✓ XI.– Tributación.
- Anexo 2 dedicado a los requisitos en conflicto impuestos a las MNEs

⁸¹² La Declaración pasó a estar distribuida en los siguientes apartados:

- La Declaración propiamente dicha.
- Parte I: Las Directrices que pasaron a contener exclusivamente diez apartados al desaparecer el IV y ser reenumerados los subsiguientes. En la versión de 2011 de nuevo se recuperaría el apartado IV.
- Parte II: Procedimiento de Implementación de las Directrices.
- Parte III: Comentarios.

a) La naturaleza de las Directrices viene determinada por varios elementos, conforme nos indica el preámbulo y el apartado I (rubricado Conceptos y Principios):

- ✓ Son recomendaciones de los gobiernos dirigidas a las empresas
- ✓ Se trata de principios y estándares de buena conducta coherentes con los ordenamientos y los estándares internacionales
- ✓ No tienen carácter vinculante y, por tanto, no son exigibles legalmente, aunque en algunos casos pueden venir cubiertas por ordenamientos nacionales u obligaciones internacionales. En la versión 2011 se añadió que los países que se adhirieran a la Declaración adquirirían el compromiso vinculante de implementar las Directrices⁸¹³
- ✓ En ningún caso vienen a sustituir las normas de Derecho nacionales, constituyendo la primera obligación de las empresas el cumplir con las obligaciones de los ordenamientos nacionales. En caso de conflicto entre las normas nacionales y las Directrices, según añadió la versión de 2011, las empresas deben procurar encontrar soluciones que sean respetuosas con las Directrices y a la vez no infrinjan los Derechos nacionales⁸¹⁴.

b) En el ámbito fiscal, al cual se dedicó en todo momento el apartado XI, se advierte que las multinacionales tienen que ser respetuosas con el espíritu y la letra de las normativas fiscales nacionales cumpliendo con las obligaciones fiscales que se impongan, lo cual no significa que tengan que hacer pagos excesivos, pero sí que se facilite a la administración la información necesaria para la determinación de los valores de las operaciones en que intervengan y que sean respetuosas con el principio de *arm's length*. Hay por tanto diversos elementos que se toman en consideración en las Directrices y sus comentarios:

- ✓ El respeto no solo de la letra sino del espíritu de la norma fiscal, aunque con el límite del entendimiento que ello no conlleva en ningún caso el tener que tributar más de lo debido
- ✓ Se determina el deber de facilitar la información fiscal requerida o relevante como un código de buena conducta de las empresas, así como el deber de colaboración con las autoridades fiscales.
- ✓ Las empresas deben incorporar a su sistema de administración de riesgos y gobernanza los cumplimientos de las obligaciones fiscales en jurisdicciones extranjeras

⁸¹³ “However, the countries adhering to the Guidelines make a binding commitment to implement them in accordance with the Decision of the OECD Council on the OECD Guidelines for Multinational Enterprises. Furthermore, matters covered by the Guidelines may also be the subject of national law and international commitments” (Apartado Preámbulo, párrafo 1)

⁸¹⁴ “However, in countries where domestic laws and regulations conflict with the principles and standards of the Guidelines, enterprises should seek ways to honour such principles and standards to the fullest extent which does not place them in violation of domestic law.” (Apartado I, párrafo 2)

- ✓ El *arm's length* se acoge como el estándar internacional para determinar los beneficios entre empresas asociadas y con una correcta aplicación del mismo se evitan problemas de una incorrecta distribución de beneficios y de doble imposición. De la aplicación del principio de *arm's length* se infieren dos consecuencias:
 - que tiene limitaciones, presentando en ocasiones grandes dificultades aplicativas y destacándose que no es una ciencia exacta;
 - que conlleva un importante deber de información por parte de las multinacionales, necesario para la elección del método correcto de valoración.

Por lo demás, se contiene una remisión expresa a las Directrices sobre los Precios de Transferencia y a las Recomendaciones del Consejo, donde se contienen las pautas que se vienen fijando para la correcta aplicación del principio de *arm's length*. Respecto a la Recomendación adoptada en 2008 se destaca (en la actualización 2011) que se ocupó de la atribución de beneficios en el caso de los establecimientos permanentes conforme al *arm's length*, lo que constituye el segundo gran ámbito de la materia.

III.2.2.2.D) Evolución en el área de los Precios de Transferencia.

α.– Los distintos textos emanados por la OCDE relativos a los Precios de Transferencia desde 1979. La importancia de las Directrices.

Ya hemos advertido que estamos procediendo a realizar una sistematización de los documentos emanados por los distintos órganos de la OCDE que afectan al ámbito que nos ocupa, aunque ello no significa que en la práctica aborden en exclusiva una única materia, antes bien, suele suceder lo contrario, pero sí que de acuerdo a nuestro criterio podemos encasillarlos en un orden u otro por razones de preponderancia o esencialidad y, sobre todo, porque la clasificación coadyuva a un entendimiento más fluido de la evolución de la materia en el pensamiento fiscal y en el posicionamiento de organismos donde se encuentran representados un grupo principalísimo de gobiernos con sus enfoques sobre las cuestiones fiscales internacionales, con sus sincronías, sus distorsiones y siempre con la voluntad de armonizar y aunar posicionamientos.

SALA GALVAN⁸¹⁵ nos ilustra sobre los motivos por los que entiende que la OCDE procedió a elaborar estos documentos, especificando:

- la falta de exhaustividad de los regímenes internos en materia de precios de transferencia, apreciándose:

⁸¹⁵ SALA GALVÁN, G. (2003).

- ✓ que durante años no se había evolucionado en la regulación de la materia, sin que se aprecien cambios sustanciales entre el Informe Carroll y el Congreso de la IFA 1971
 - ✓ que en los países donde se había adoptado el principio de *arm's length* se acudía en la práctica por parte de las autoridades fiscales y judiciales a criterios resolutivos muy variados, dada la falta de concreción de los métodos aceptados como aplicables para resolver las controversias
- la necesidad de armonizar del régimen de los precios de transferencia ante el panorama descrito.
 - la indeterminación del MCDI sobre la forma de llevarse a cabo los ajustes necesarios y los métodos de determinación del precio de mercado.

α.1) El Informe sobre Precios de Transferencia y MNEs 1979.

En enero de 1979 era adoptado por el Comité de Asuntos Fiscales el Informe *sobre precios de transferencia y MNEs*, siendo posteriormente, el 16 de mayo de ese mismo año, aprobado para su publicación por el Consejo junto con las Recomendaciones contenidas en el Anexo.

La OCDE había tomado plena consciencia de la importancia de la internacionalización económica caracterizada por la gran significación cobrada por las empresas MNEs en los últimos años y por la normalidad en su seno de las transacciones entre los miembros del grupo.

Como principales objetivos del Informe se marcaron el establecer las consideraciones y describir las prácticas generalmente reconocidas para determinar los precios de transferencia, así como establecer un enfoque común sobre conceptos claves y terminología. No se trataba de establecer un estatuto detallado de los precios de transferencia, sino de identificar los problemas y las consideraciones a tomar en cuenta, así como describir los métodos y prácticas aceptables desde un punto de vista fiscal⁸¹⁶.

Como destinatarios del informe se señalaron a las autoridades fiscales y a las MNEs. A las primeras, porque cuando no se respetaba el *arm's length* en las transacciones internacionales se producían desplazamientos de beneficios de una jurisdicción a otra, lo que distorsionaba las políticas fiscales y las potestades impositivas de los Estados. Para solucionar tales distorsiones existía consenso sobre que habría de acudirse al principio de *arm's length* para determinar los beneficios que debían tributar en cada país en las transacciones internacionales entre empresas asociadas, consenso que se había puesto de manifiesto en el ámbito de la OCDE (como ponía de manifiesto el Modelo de CDI 1977 en su artº9.1), en el de Naciones Unidas (conforme aparecía en el séptimo Informe del Grupo de expertos sobre Tratados Fiscales entre países desarrollados y en vías de

⁸¹⁶ En este sentido se pronunció el Ad Hoc Group of Experts on International Cooperation in Tax Matters Tenth meeting (2001), Secretaría de Naciones Unidas, “*Transfer Pricing History C C C C State of the Art C Perspectives*”

desarrollo), en los distintos modernos convenios bilaterales entre países miembros de la OCDE y otros países, y en los posicionamientos de numerosos gobiernos de países desarrollados o en vías de desarrollo. La consagración del *arm's length* en el contexto internacional estaba culminada. Sin embargo, se advertía que no se debía confundir el problema que el *arm's length* trataba de resolver con los problemas del fraude fiscal y de la evasión fiscal, aunque a veces aquél se usara para corregir estos últimos. E igualmente hemos dicho que fueron destinatarias del Informe las MNEs, en cuanto que el Informe proporcionaría un enfoque comúnmente aceptado por las distintas autoridades fiscales de distintos países que ayudarían a resolver conflictos de doble imposición entre otros.

El Informe se estructuró en una introducción y cinco capítulos. En el primer capítulo se contuvieron las reglas generales sobre la aplicación del principio de *arm's length*, ocupando una parte esencial el examen de los métodos de determinación del precio coherente con el *arm's length*. Los capítulos segundo y siguientes se dedicaron a las particularidades que afloran en los distintos tipos de transacciones internacionales, ocupándose el capítulo II de las transacciones de mercancías, el capítulo III de las transacciones de tecnología y marcas registradas, el capítulo IV de las transacciones de servicios intragrupo y el capítulo V de los préstamos.

Desde el mismo prefacio se procedió a dejar planteada la problemática que aborda el principio de *arm's length*, conteniendo una auténtica descripción del concepto, a saber: la divergencia considerable que se puede apreciar entre los precios de muchas de las transacciones que celebra una multinacional con miembros de su grupo y los precios que hubieran sido acordados entre partes independientes, envueltas en iguales o similares transacciones, bajo las mismas o similares condiciones en un mercado abierto.

α.2) El Informe sobre precios de transferencia y MNEs 1984.

Entre las recomendaciones que el Consejo incluyó al aprobar el Informe del Comité de Asuntos Fiscales de 1979 se encontraba la necesidad de continuar con los trabajos en materia de precios de transferencia y valoraciones de los beneficios fiscales de las empresas asociadas y, precisamente parte de los programas de trabajo desarrollados en los años subsiguientes, fructificó en el Informe sobre precios de transferencia y MNEs de 1984, si bien el mismo aglutinó tres partes netamente diferenciadas que surgieron en momentos separados. Así, en octubre de 1982 apareció la parte dedicada a los Precios de Transferencia, Ajustes Correlativos y el Procedimiento de Mutuo Acuerdo. Las otras dos partes tuvieron que esperar hasta junio de 1984 para ver la luz, viniendo una dedicada a La Fiscalidad en Empresas Bancarias Multinacionales y la otra a La Distribución de los Costes de Administración General y Servicios.

El Informe de 1984 fue presentado como complemento del Informe de 1979.

Estructuralmente se organizó en tres partes separadas:

- a) La primera comprendía una introducción y cinco capítulos:

- i.– el capítulo I se dedicó a la localización del problema al que los ajustes correlativos vienen a dar solución;
- ii.– el capítulo II se ocupó de revisar la experiencia hasta entonces de las autoridades fiscales de los países miembros en los ajustes correlativos (artº9.2 MCDI) y los procedimientos de mutuo acuerdo (artº25 MCDI) como mecanismos resolutorios de problemas de doble imposición;
- iii.– el capítulo III se destinó a profundizar en la posibilidad de llegar a acuerdos de ajustes correlativos obligatorios junto a un procedimiento de arbitraje igualmente obligatorio;
- iv.– el capítulo IV se acercó a las posibles mejoras de los ajustes correlativos y de los procedimientos de arbitraje como vías existentes para evitar la doble imposición, estudiándose sus ventajas, inconvenientes y posibles medidas de mejora;
- v.– en el capítulo V se dejaron reseñadas las conclusiones de cuanto se contenía en los anteriores capítulos.

b) la segunda parte se repartió en tres capítulos:

- i.– en el capítulo I se describió la distinta tipología de operaciones bancarias y las formas organizativas de las entidades financieras;
- ii.– en el capítulo II se acometió el examen de las empresas bancarias y financieras que operasen a través de filiales, determinando la aplicabilidad del *arm's length*, destacando la repercusión de la distinción entre préstamo y aportaciones societarias y analizando el tratamiento que deben recibir los intereses en las operaciones de préstamo y los demás tipos de transacciones para que sean acordes con el *arm's length*;
- iii.–en el capítulo III se analizaron las operaciones de empresas bancarias y financieras que operasen mediante sucursales, estudiando los problemas de los intereses recibidos o pagados en relación con los fondos que se transfirieran entre la sucursal local y el resto del banco en otro país, así como los problemas de la inversión de capital, los efectos de la transferencia de negocio entre dos partes de la empresa y los efectos de los Derechos nacionales sobre las operaciones de sucursales y filiales en los países donde se situasen.

c) la tercera parte igualmente se dispuso en tres capítulos tras una introducción:

- i.– el capítulo I afrontó los aspectos de disconformidad de las multinacionales con el Informe de 1979 en los relativo a los servicios intragrupo;
- ii.– en el capítulo II se analizaron los conocidos costes de los socios, delimitando los distintos enfoques de atribuir los mismos dentro del marco del artº9 MCDI y descendiendo a los métodos directos e indirectos de atribución de costes;
- iii.– en el capítulo III se reflexionó sobre la cuantificación de los costes.

α.3) El Informe sobre subcapitalización y fiscalidad de Artistas, Deportistas y Personas del Espectáculo 1987.

En octubre de 1987 el Comité de Asuntos Fiscales publicó el Informe que lleva por título el que aparece en la rúbrica del presente apartado. En el mismo se examinó las implicaciones para la fiscalidad internacional del diferente tratamiento que presentaban los préstamos y las aportaciones de capital a las compañías. El Informe procedió a afectar directamente a los parágrafos 183 a 191 del Informe de 1979. Como consecuencia directa de este Informe se verían afectados los comentarios al artº9.1 MCDI en su versión de 1992, sobre la cual ya hemos reparado.

Este Informe vino a afrontar la polémica existente sobre si el principio de *arm's length* debía alcanzar los problemas de subcapitalización y, por tanto, si entraba dentro de la esfera de las previsiones del artº9.1 MCDI. Por un amplio sector doctrinal se vino considerando que el término “*condiciones*” utilizado por el precepto comprendía los tipos de interés que debían de pagarse en las operaciones de préstamo entre empresas asociadas, mas durante bastante tiempo no existió consenso sobre si dentro de su esfera quedaba también comprendida la cantidad de préstamo que deberían otorgarse entre sí las empresas asociadas ⁸¹⁷.

α.4) Directrices sobre Precios de Transferencia para Multinacionales y Autoridades Fiscales 1995.

En junio de 1994 la OCDE publicó un borrador parcial de revisión del Informe de 1979 en el que se contenía la consolidación del *arm's length* como pilar básico en la determinación de los precios de transferencia. En esos momentos, en EE. UU. se dictaba la sentencia que resolvía el caso *Barclays Bank v. Franchise Board of California* en el que se estimó que el método de distribución formularia aplicado en el Estado de California no era contrario a la Constitución estadounidense, argumentándose que una práctica internacional no tiene fuerza para vincular al Tribunal Supremo, quedando preservadas las facultades fiscales de cada Estado federal. Para llegar a tal conclusión se partió del presupuesto de que la política fiscal internacional era competencia del Congreso, no del ejecutivo, y escapaba de la jurisdicción del propio Tribunal. Así las cosas, el hecho de que el Congreso no hubiera negado explícitamente el régimen formulario mantenido por varios Estados se entendió como tolerancia máxima con los regímenes fiscales de los distintos Estados. Además, se añadió que el método formulario era tan válido como el *arm's length* para evitar la doble tributación. En julio de ese mismo año 1994, como veremos, se publicaban en EE. UU. las reglamentaciones del artº482 en su versión final.

En 1995 se presenta el primer texto de las Directrices como una revisión al Informe de 1979, siendo aprobado el texto por el Comité de Asuntos Fiscales el 27 de junio de 1995

⁸¹⁷En ese sentido: BECKER, H. (1990); DE HOSSON, F.C. & MICHIELSE, G.M.M. (1989); MICHIELSE, G.M.M. (1994); WITTENDORFF, J. (2009).

y por el Consejo el 13 de julio siguiente. Sin embargo, desde su nacimiento el texto nace con una vocación dinámica (que era expresamente advertida), sujeto a revisión y a las modificaciones necesarias a medida que el desarrollo del Derecho Tributario internacional lo requiriese.

El texto fue el resultado de los trabajos llevados a cabo desde 1992 por el Grupo de Trabajo nº6 para adecuar los Informes de 1979 y 1984 al desarrollo del comercio internacional y a los desarrollos tecnológicos, así como para dar respuesta a los alineamientos contenidos en el Libro Blanco de EE. UU. sobre el que nos detendremos más adelante. ELLIOT⁸¹⁸ señala que en dichos grupos de trabajo se trataba de desarrollar unas directrices más claras para la aplicación del principio de *arm's length*, aceptable por las autoridades fiscales y los contribuyentes, así como para minimizar los conflictos, debiendo precisarse qué métodos eran aceptables y cuáles no, y en qué circunstancias.

Como es constatable en el texto, en 1995 ya no se habla de informe sobre precios de transferencia, sino de Directrices, de donde se deduce por la doctrina –como apunta HAMAEEKERS⁸¹⁹– un intento de arrojar mayor claridad sobre la neutralidad con que debía afrontarse el análisis de los precios de transferencia, sin que los mismos fueran confundidos con los problemas de fraude o elusión fiscal, aun cuando las políticas sobre precios de transferencia pudieran ser usadas para esos fines.

Por otra parte, las Directrices 1995 fueron interpretadas como un posicionamiento tajante de la comunidad fiscal internacional frente a posturas individualistas que pudieran arrastrar a una guerra fiscal global (en este sentido HORNER⁸²⁰), demostrando un nuevo consenso internacional que suponía un paso significativo hacia la minimización de conflictos y la evitación de supuestos de doble imposición.

Las Directrices se estructuraron en cinco capítulos dedicados a las siguientes materias: principio de *arm's length* (capítulo I), los métodos tradicionales (capítulo II), otros métodos (capítulo III), procedimientos administrativos destinados a evitar y resolver las controversias en materia de precios de transferencia (capítulo IV) y, por último, documentación (capítulo V).

α.5) Revisiones Posteriores a 1995 de las Directrices sobre Precios de Transferencia para Multinacionales y Autoridades Fiscales: 1996, 1997, 1998 y 1999.

Como consecuencia de su vocación dinámica, las Directrices sufrieron en los años inmediatamente posteriores a 1995 sucesivas modificaciones, ya se tratase de modificaciones propiamente dichas del texto existente, ya fuera mediante la incorporación de nuevos capítulos o apartados que se fueron añadiendo a consecuencia

⁸¹⁸ ELLIOT, J. (1995), J.

⁸¹⁹ HAMAEEKERS, H. (2000).

⁸²⁰ HORNER, F.M. (1996): “*this action sent an unequivocal message to the international community: Cancel all plans for a global tax war*”.

de los distintos Informes emanados por el Comité de Asuntos Fiscales. Así, en 1996 y con el objetivo de abordar de una manera diferenciada los temas relacionados con intangibles y servicios intragrupo se procedió al añadido de dos capítulos numerados como VI y VII en los que se incorporó el *Informe sobre Derechos Intangibles y Servicios* aprobado por el Consejo el 11 de abril de 1996⁸²¹. En octubre de 1997, para implementar las indicaciones contenidas en el *Informe sobre Acuerdos de Reparto de Costes*⁸²², se añadió el capítulo VIII. En febrero de 1998 se añadió un Anexo tras la recomendación de cierre intitulada “*Lineamientos de los procedimientos de seguimiento de las Directrices sobre precios de transferencia de la OCDE y la implicación del mundo empresarial*”⁸²³. En 1999 se incorporarían a los anexos las guías derivadas del *Informe sobre los Principios para la Conclusión de Acuerdos Previos en Materia de Precios de Transferencia en el Marco de Procedimientos Amistosos*⁸²⁴.

En cuanto a las modificaciones propiamente dichas, en este periodo se produjo la actualización del capítulo IV⁸²⁵ así como del prefacio y del prólogo⁸²⁶.

α.6) Directrices sobre Precios de Transferencia para Multinacionales y Autoridades Fiscales 2010.

En septiembre de 2009 la OCDE publicó un borrador de informe en el que se proponía la revisión de los capítulos I–III de las Directrices de 1995. En la propuesta se contenía una revisión de la comparabilidad y el uso de los métodos transaccionales de los beneficios. El 22 de julio de 2010 se aprobó por el Consejo el Informe final, en el que se recogían las propuestas del borrador junto con varias enmiendas, constituyendo la mayor corrección a este cuerpo normativo desde su creación. En esas mismas fechas se aprobó otro Informe que vino a añadir el capítulo IX a las Directrices titulado “*Aspectos de los Precios de Transferencia en el Caso de la Reestructuración de Negocios*”⁸²⁷.

Las Directrices conforme al resultado que supuso la incorporación de los dos Informes dio lugar a la versión de las Directrices 2010, cuyas principales novedades fueron:

- estructuralmente podemos dejar apuntadas las siguientes modificaciones:

⁸²¹ Informe sobre derechos intangibles y servicios adoptado por el Comité de Asuntos Fiscales el 23 Enero de 1996 [DAFFE/CFA(96)2] y aprobado por el Consejo el 11 abril 1996 [C(96)46].

⁸²² Informe sobre acuerdos de reparto de costes aprobado por el Comité de Asuntos Fiscales el 24 julio de 1997 [DAFFE/CFA(97)27] y adoptado por el Consejo el 24 de julio de 1997 [C(97)144].

⁸²³ El procedimiento de seguimiento debe ser permanente y abarcar todos los aspectos cubiertos por las Directrices con un énfasis especial en la utilización de los métodos del beneficio de la operación.

⁸²⁴ Informe sobre los principios para la conclusión de acuerdos previos en materia de precios de transferencia en el marco de procedimientos amistosos aprobado por el Comité de Asuntos Fiscales el 30 junio 1999 [DAFFE/CFA(99)31] y adoptado por el Consejo el 28 octubre 1999[C(99)138]

⁸²⁵ Aprobada por el Comité de Asuntos Fiscales el 6 junio 2008 [DAFFE/CFA(2008)30/REV1] y por el Consejo el 16 julio 2009[C(2009)88].

⁸²⁶ Aprobada por el Comité de Asuntos Fiscales el 22 junio 2009 [DAFFE/CFA(2009)15/REV1] y por el Consejo el 16 julio 2009[C(2009)88].

⁸²⁷ Informe sobre Informe sobre cuestiones de precios de transferencia en la reestructuración de empresas aprobado por el Comité de Asuntos Fiscales el [DAFFE/CFA(2010)46] y adoptado por el Consejo el [C(2010)99].

- i.- los capítulos II y III fueron revisados y modificados pasando a formar un solo capítulo, el II.;
 - ii.- un nuevo capítulo III sobre comparabilidad fue añadido;
 - iii.- también fue nuevo el capítulo X;
 - iv.- los capítulos IV–VIII no sufrieron modificaciones sustanciales;
 - v.- la estructura interna de los capítulos también fue modificada;
- en cuanto al contenido de los nuevos capítulos I y III se apreciaron cuatro cambios sustanciales respecto al texto de 1995:
 - i.- desaparece la preferencia de los métodos de valoración tradicionales frente a los transaccionales o del beneficio;
 - ii.- se profundiza en el análisis de los métodos del beneficio;
 - iii.- se remodela el análisis de comparabilidad para el que se dispone que comprende diez pasos;
 - iv.- se profundiza en el rango de competencia.

α.7) Las Directrices 2017.

La siguiente revisión del texto de las Directrices sobre Precios de Transferencia se produciría con motivos del Proyecto BEPS y su implementación. Su estudio queda íntegramente remitido al capítulo VI del presente trabajo, donde nos ocuparemos pormenorizadamente de las novedades introducidas.

α.8) Las Directrices 2022.

El texto de 2017 sufrió diversas actualizaciones en diversas materias que analizaremos en el capítulo VI. Como colofón al proceso dinámico de actualización, el 7 de enero de 2022 el Comité de Asuntos Fiscales ha procedido a publicar un nuevo texto de las Directrices que vienen en esencia a suponer un texto consolidado donde se incorporan las novedades que se han ido emanando, así como una adecuación de consideraciones terminológicas que pretenden dar mayor consistencia al texto, como se puede apreciar en:

- en el Prólogo el párrafo 19 se adecúa en las remisiones;
- en el glosario se incorpora como última referencia la definición de contribuciones únicas y de alto valor⁸²⁸, así como se actualizan las definiciones del método del reparto del resultado (PSM), el análisis de contribución y el análisis residual;
- se deja de utilizar el término país que se sustituye por el de jurisdicción

⁸²⁸ “Contributions (for instance functions performed o assets used or contributed) will be Unique and evaluable where (i) they are not comparable to contributions made by uncontrolled parties in comparable circumstances, and (ii) they represent a key source of potential economic benefits in the business operations”

–

β.– El valor jurídico de las Directrices y otras normas internacionales fiscales. Problemas del soft law.

La siguiente cuestión a estudiar en nuestra exposición versa sobre el valor jurídico de las Directrices y otras normas internacionales como el MCDI y sus Comentarios. Sin embargo, por razones de economía expositiva nos remitimos a cuanto exponemos al respecto en el capítulo IV de este trabajo donde abordamos ampliamente el tema.

γ.– El principio de *arm's length*.

Para completar el examen evolutivo de las Directrices en aquellos aspectos más sustanciales de la configuración del *arm's length* hemos de descender al análisis individualizado de los mismos. Con dicho propósito procedemos a continuación a estudiar evolutivamente los siguientes aspectos sustanciales:

- la conceptualización del *arm's length*;
- los ajustes primarios, correlativos y secundarios;
- la elección del método valorativo, describiendo el funcionamiento de los métodos del Precio Libre Comparable (CUP), Coste Incrementado (C+), Reventa, de la División del Beneficio (PSM) y el del margen neto transaccional (TNMM);
- el análisis comparativo y funcional;
- la prelación de métodos;
- el rango de *arm's length*.

No obstante, quede advertido que el examen de cuanto se desprende de la revisión llevada a cabo en 2017 queda postergado al capítulo VI.

γ.1) Informe de 1979.

Ya en el párrafo 2, dentro del prefacio del Informe de 1979 se contenía una definición de lo que se entiende por *arm's length*, pero lo hacía en sentido negativo, al señalar cuando se consideraba que tal principio en una transacción no era respetado:

“[Cuando] divergen considerablemente de los precios que hubieran sido acordados entre partes independientes envueltas en iguales o similares transacciones bajo las mismas o similares condiciones en un mercado abierto”

Tomando como punto de partida tal aserto, el Informe pasaba a realizar una serie de apreciaciones que posteriormente, en los distintos documentos que se fueron publicando por la OCDE, con mayores o menores matizaciones, se fueron manteniendo, entre ellas:

- la exclusión de la evasión y el fraude fiscal como objetivos perseguidos con el régimen de los precios de transferencia⁸²⁹, por lo que la necesidad de realizar ajustes ninguna relación guardaba con la intención de las partes o las obligaciones contractuales;
- el rechazo de la presunción de que por tratarse de transacciones entre entidades asociadas necesariamente se transgredía el principio de *arm's length*⁸³⁰, observándose que podían existir motivos gerenciales a los que obedecieran las condiciones de las transacciones;
- el reconocimiento de la dificultad y complejidad que se presentaba en la aplicación del *arm's length* cuando existiera falta de comparables⁸³¹. Las transacciones de bienes entre empresas asociadas se consideraban más propensas a presentar dificultades en encontrar comparables⁸³² por múltiples motivos, entre los que cabían ser destacados el que normalmente la venta de bienes entre asociadas llevaba aparejada el suministro de servicios técnicos, de gestión y otros, o así mismo el que se trataba de transacciones que conllevaban una serie de singularidades al tratarse de contratos de larga temporada de compra y suministro;
- la apreciación de que el no respetar el *arm's length* producía distorsiones fiscales a consecuencia de los desplazamientos de bases fiscales que tal situación provocaba;
- la existencia de un consenso internacional general sobre la aceptación del *arm's length*⁸³³.

No obstante lo anterior, por un sector doctrinal, con base en diversos párrafos del Informe, se estimó la realidad de una tendencia creciente a distanciarse del concepto tradicional del *arm's length*, por la fuerte dosis de ficción o artificio que tal concepto suponía y que ya había sido objeto de diversas críticas a lo largo de los años. En este sentido LE GALL⁸³⁴ ya resaltó la existencia de dicha tendencia fijándose para ello en que el Informe admitía en diversos casos un precio distinto al de mercado y, además, era innegable el acercamiento al concepto de precio normal atendiendo a las circunstancias y hechos, como eran el caso de las *start-ups* y de los supuestos de penetración en el mercado⁸³⁵.

γ.2) Informe de 1984.

El Informe de 1984 –a diferencia del Informe de 1979 que planteaba los precios de transferencia desde el *arm's length* tal cual aparecía recogido en el artº9 del MCDI– se enfrentó más bien a cuestiones de precios de transferencia en el contexto de tópicos

⁸²⁹ Parágrafo 3

⁸³⁰ Parágrafo 38

⁸³¹ Parágrafo 6

⁸³² Parágrafo 38

⁸³³ Parágrafo 3

⁸³⁴ LE GALL, J.P. (1994)

⁸³⁵ En este sentido CELESTIN, L. C. (2000).

específicos (ANGUITA MORERA⁸³⁶), como señalaría el párrafo 13 del prefacio de las Directrices de 1995.

Debemos reparar en que la OCDE en este Informe consideró que las multinacionales bancarias precisaban de una atención especial por entender, en definitiva, que en las mismas concurrían unas particularidades singulares que SADIQ⁸³⁷ concreta en tres apartados:

- a) la diferencia de tratamiento entre sucursales y filiales de una multinacional bancaria es especial, aunque se reconoce que esa distinción es inmaterial cuando el régimen fiscal refleja la realidad económica;
- b) los servicios que presta una entidad bancaria son únicos (intermediario financiero), recibiendo depósitos de clientes bajo una estructura para producir beneficios;
- c) la estructura organizativa que presentan las entidades bancarias es también única, estando impulsadas por los gobiernos, multinacionales y otras instituciones de grandes dimensiones, por lo que la internacionalización de los bancos se produce para proteger a sus clientes (tesis de la expansión defensiva) e internalizar la información asimétrica (teoría de la internalización).

Pero, aunque el Informe apreciaba dichas singularidades, la OCDE no previó consideraciones fiscales especiales o la necesidad de diferentes normas fiscales internacionales para las multinacionales bancarias, al estimar que se podían alcanzar precios coherentes con el *arm's length* en las transacciones en que interviniesen multinacionales bancarias siguiendo las pautas previstas en general para cualquier multinacional. Precisamente por ello, en el presente trabajo no consideramos necesario en profundizar en el contenido del Informe de 1984, por cuanto no sería sino redundar en cuanto ya analizamos con carácter general para las transacciones internas de cualquier multinacional.

γ.3) Directrices de 1995.

En las Directrices de 1995 por primera vez se señaló explícitamente que el artº9.1 MCDI constituía la declaración autorizada del principio de *arm's length*⁸³⁸. En consecuencia, había un salto cualitativo, pues hasta ese momento únicamente se había dicho que estaba subyacente en el artº9.1⁸³⁹ y que eran equivalentes. Pero desde luego, esto no supone que el principio de *arm's length* fuera, ni mucho menos, desconocido hasta entonces en los documentos legales, sino que el posicionamiento adoptado en

⁸³⁶ ANGUITA MORERA, A. (2012).

⁸³⁷ SADIQ, K. (2004).

⁸³⁸ Párrafo 1.6 Directrices 1995.

⁸³⁹ Párrafo 3 del Informe 1979

1995 suponía la reafirmación de lo ya dicho en el Informe de 1979, quedando patente la postura de la OCDE frente a las continuas polémicas sobre su viabilidad (HORNER⁸⁴⁰).

Como principales aspectos tratados en el Informe de 1995 se pueden puntualizar:

a) El *arm's length* se instrumentaba en la práctica como un mecanismo que permitía a los Estados el realizar ajustes adecuados en la asignación de beneficios a las empresas asociadas para establecer las condiciones de *arm's length* (parágrafo 17), permitiendo rectificar la contabilidad de las mismas con el fin de que reflejasen los beneficios imponibles reales obtenidos en cada Estado (artº9.1).

b) La administración fiscal no debía partir automáticamente de que por tratarse de una transacción entre empresas asociadas las mismas manipulaban el precio⁸⁴¹, debiendo tenerse presente que desde el punto de vista gerencial existían motivos suficientes para entender que las empresas, aunque se tratase de operaciones entre asociadas, perseguirían el máximo beneficio y, por tanto, funcionarían a precios de plena competencia⁸⁴². En contraposición, las evidencias de existencia de duras negociaciones entre partes de una multinacional para llegar a un acuerdo no constituían prueba de que se respetó el *arm's length*.

c) En la determinación del precio de la transacción entre asociadas era irrelevante la intención que hubieran tenido, porque el objetivo perseguido con el *arm's length* no era evitar el fraude o la evasión fiscal⁸⁴³.

d) Determinar un precio de transferencia acorde con el *arm's length* era una tarea compleja, ante la falta de comparables que se presentaba en diversas situaciones como las transacciones muy singulares o en aquellas en las que las empresas independientes no entrarían⁸⁴⁴. Se llegaba a afirmar que la problemática de los precios de transferencia “*no constituye una ciencia exacta*”⁸⁴⁵.

e) El no respetar el *arm's length* al determinar el precio de las transacciones entre asociadas distorsionaba los ingresos que tenía que recibir el fisco y las responsabilidades de las partes asociadas, aunque no son las únicas causas que podían provocar distorsiones (prácticas de dumping, conflictos entre legislaciones de aduanas, control de cambios, etc.)⁸⁴⁶.

f) El fundamento esencial del *arm's length* se situaba en el tratamiento paritario de las empresas independientes y las empresas dependientes⁸⁴⁷.

⁸⁴⁰ HORNER, F.C.C(1996).

⁸⁴¹ Parágrafo 1.2

⁸⁴² Parágrafo 1.5

⁸⁴³ Parágrafo 1.2

⁸⁴⁴ Parágrafo 1.10

⁸⁴⁵ Parágrafo 1.45

⁸⁴⁶ Parágrafos 1.3 y 1.4

⁸⁴⁷ Parágrafo 1.7

γ.4) Directrices de 2010.

El apartado “A”, del capítulo I, titulado “Introducción”, en el que se exponían las pautas y consideraciones generales sobre la configuración conceptual del *arm’s length*, continuó sin ningún cambio respecto del contenido de la versión ofrecida en 1995. Basta verificar los párrafos 1.1 al 1.5 para comprobar que son idénticos. Solamente en la versión en castellano existían ligerísimos cambios producto del trabajo de los traductores.

Donde ya sí se apreciaban modificaciones era en el apartado “B” (“*Declaración del principio de plena competencia*”) del mencionado capítulo I. Estructuralmente el apartado “B” se siguió subdividiendo en dos subapartados, uno primero dedicado al artº9 del MCDI OCDE y uno segundo en el que se aclaraban las razones del porqué existía consenso internacional sobre el mantenimiento del principio de *arm’s length* como criterio válido para la determinación del precio válido en las transacciones entre empresas asociadas. Aun así, el contenido de ambos subapartados era distinto. Empecemos por el subapartado B.1. del que podemos señalar:

- en primer lugar, pasaba a contener los párrafos 1.6 al 1.13, mientras que en el texto anterior solo llegaba hasta el párrafo 1.12;
- en segundo lugar, se seguía refiriendo que el artº 9.1 constituía la declaración formal del principio de *arm’s length*, pero se introducía un matiz al precisar que constituía la base de la negociación de los CDI. Antes solo se señalaba que constituía el fundamento de los CDI, no que fuera la base de la negociación de los mismos. En nuestra opinión ello significaba la enfatización aún más –si cabía– del principio de *arm’s length*;
- en tercer lugar, continuaba la identificación del principio de *arm’s length* con el enfoque de entidades separadas y su contraposición al enfoque de la entidad unitaria;
- en cuarto lugar, se subrayaba la importancia del análisis de comparabilidad en la aplicación del principio de *arm’s length*, como quedaba evidenciado por:
 - ✓ el añadido en el párrafo 1.6 de una aclaración en la que se especificaba que la esencia del *arm’s length* era el análisis de comparabilidad, cuyo estudio se pasó a contener en el apartado D del capítulo I (inexistente en la anterior versión) y el nuevo capítulo III;
 - ✓ la introducción del párrafo 1.7 en el que se indicaban dos cuestiones:
 - la importancia de encontrar el equilibrio entre la fiabilidad del análisis de comparabilidad y la carga de gestión que ello podía generar para contribuyentes y AATT;
 - la base del análisis de comparabilidad estribaba en el artº9 MCDI en cuanto preveía la necesidad de la comparación de las condiciones de la transacción y la cuantificación vía ajustes que se pudieran hacer precisos;

- en quinto lugar, en los párrafos 1.8 al 1.13 se reseñaban las ventajas e inconvenientes que presentaba el principio de *arm's length* en términos muy similares a como aparecían en la anterior versión:

- ✓ entre las ventajas apreciables se enumeraban:

- el principio de *arm's length* suponía trato igualitario a empresas dependientes e independientes
- el principio de *arm's length* facilitaba el crecimiento del comercio y de las inversiones internacionales
- el principio de *arm's length* funcionaba muy eficazmente en la mayoría de los casos
- el principio de *arm's length* resultaba aplicable en el plano de los indicadores financieros (márgenes incrementados sobre costes, margen bruto o beneficio neto)

- ✓ entre los inconvenientes que podía presentar:

- su dificultad de aplicación en empresas altamente integradas, intangibles únicos o prestación de servicios especializados. Estos problemas podrían ser resueltos aplicando el método de distribución del resultado cuando fuera apropiado;
- su ineficacia en las economías de escala o empresas muy integradas;
- su inoperancia ante operaciones en que se veían involucradas empresas asociadas en las que no entrarían empresas independientes;
- podía suponer una carga administrativa excesiva para las Administraciones tributarias y los contribuyentes, en especial cuando se tuvieran que comparar numerosas operaciones.

En lo que concierne al subapartado B.2 se mantuvo la misma redacción, si bien se reenumeraban los párrafos de su contenido a consecuencia de la variación sufrida por el subapartado B.1. Así se argumentaba en favor de respetar el consenso internacional existente en torno al principio de *arm's length*:

- constituir la aproximación más cercana al funcionamiento del mercado libre, pese a las dificultades que puede presentar su aplicación, consiguiendo niveles apropiados en la asignación de rentas;
- su abandono conllevaría el aumento del riesgo de doble imposición;
- el desarrollado nivel de experiencia adquirido en la aplicación del principio de *arm's length* lo que facilita el entendimiento entre las distintas jurisdicciones fiscales.

En las Directrices 2017 no se presentarían modificaciones en los apartados de referencia.

δ.- Los Ajustes.

δ.1) Los ajustes primarios.

δ.1.1.- Breve introducción.

El término ajustes se utiliza en diversas acepciones en el contexto de las transacciones entre entidades relacionadas. Una de ellas es el de ajustes de comparabilidad, con la que se hace referencia a aquellas modificaciones o correcciones que se realizan sobre lo que se denomina como comparable. Por comparable nos referimos a la operación que se toma de referencia, celebrada entre dos entidades independientes y que, por tanto, se ha celebrado en condiciones de *arm's length* (identifiquémosla como operación indubitada). La operación indubitada se procederá a cotejar con la operación celebrada por las entidades relacionadas (operación dubitada) para verificar si se ha celebrado en condiciones de *arm's length* o no. Aunque para poder realizar la comparación, previamente, dado que se usarán para la comparación operaciones indubitadas que no guardan una perfecta identidad con la operación dubitada, habrá que realizar sobre aquellos ajustes de comparabilidad, de manera que la comparación no conduzca a resultados distorsionados.

Otra acepción distinta es la de ajustes valorativos, comprendiéndose bajo la mencionada categoría tanto los ajustes primarios como los correlativos. En este sentido, escribe NAVARRO IBARROLA⁸⁴⁸ que el principio de *arm's length* se estructura como una autorización a la modificación “*de los beneficios obtenidos por entidades vinculadas para equipararlos a los que habrían obtenido partes independientes en condiciones similares*”, “*en el marco del análisis de comparabilidad, traducidos en última instancia en la realización de ajustes primarios de valoración*”. Para el autor citado, los ajustes primarios suponen una consideración de tres elementos:

- la correcta identificación que debe ser llevada a cabo en una doble vertiente, esto es, de la operación vinculada y de las condiciones de la operación independiente. El error en cualquiera de las dos vertientes viciaría el proceso;
- un análisis de comparabilidad, el cual es identificado por el autor con la búsqueda de comparables y su contraste con la operación vinculada;
- por último, la realización de un ajuste primario valorativo que repercutirá en la base imponible de la entidad inspeccionada.

Estos ajustes primarios aparecen en diversas ocasiones relacionados en el Informe de 1979. Así, cuando en el párrafo 3 se alude a la necesidad de los ajustes en orden a adecuar el precio real de la transacción al precio de *arm's length*. O igualmente, a título también ilustrativo, podemos citar el párrafo 15, cuando refiere expresamente la procedencia de los ajustes en el caso de que la autoridad fiscal estime que el precio de la

⁸⁴⁸ NAVARRO IBARROLA, A. (2016).

operación vinculada no ha respetado el *arm's length*, matizando que en la estimación de si ha sido respetado hay que atender no a una perfecta identidad, sino a una “*substancial*” identidad, a si tales condiciones “*razonable y consistentemente*” hubieran sido las mismas a las que habrían contratado partes independientes.

Las Directrices de 1995 también se ocuparon de los ajustes primarios, no así el Informe de 1984 que se centró exclusivamente en los ajustes correlativos en su primera parte, y solo alude a los ajustes primarios en cuanto precisa para exponer su enfoque sobre los ajustes correlativos. El ajuste primario se define allí como el que se realiza por una Administración tributaria de una primera jurisdicción en virtud de la aplicación del principio de plena competencia a operaciones en las que está involucrada una empresa asociada de una segunda jurisdicción tributaria.

Distintos de los ajustes primarios son los ajustes correlativos o bilaterales. Las Directrices de 1995 conceptúan el ajuste secundario como el que se realiza sobre la deuda tributaria de la empresa asociada establecida en una segunda jurisdicción fiscal, efectuado por la Administración tributaria de esa jurisdicción para tener en cuenta el ajuste primario realizado por la Administración tributaria de la primera jurisdicción, y ello con el fin de obtener un reparto coherente de los beneficios entre los dos países.

En una categoría distinta se sitúan los ajustes secundarios que, a diferencia de los dos anteriores, no son ajustes valorativos sino de calificación. Hasta las Directrices de 1995 no se ocuparían los textos de la OCDE de estos. Nos remitimos a cuanto diremos posteriormente al respecto.

Así conceptuados, una vez detectada la divergencia entre el precio acordado entre partes relacionadas y el precio en condiciones de *arm's length*, los ajustes son la consecuencia inmediata, como mecanismos de corrección de las desviaciones y que permitirán a cada una de las jurisdicciones fiscales implicadas en la transacción el conseguir una recaudación adecuada. En este sentido, los ajustes se sitúan en un peldaño distinto y posterior al análisis de comparabilidad, ya que previamente habrá de determinarse la existencia de la divergencia, para posteriormente modificar o corregir. A nivel teórico parece claro que comparabilidad y ajustes corresponden a diferentes estadios, pero en la práctica el distingo no es tan nítido, por cuanto en el análisis de comparabilidad, a la par que se identifica un comparable se estará procediendo a la cuantificación de las divergencias entre la transacción celebrada y la que se toma como indubitada.

Una última acepción que aparece en las Directrices bajo la explícita denominación de ajuste es la que aparece referida como ajuste compensatorio o aquel que realiza el propio contribuyente antes de la presentación de la declaración declarando un precio de transferencia a efectos tributarios y que, según el contribuyente, corresponde a un precio de plena competencia en el marco de una operación vinculada, aunque dicho precio difiera del importe realmente cargado entre las empresas asociadas.

Dicho todo lo anterior, hemos de añadir que doctrinalmente se utiliza el término ajuste bajo distintos prismas de análisis. Así, a efectos ilustrativos, podemos citar la utilización

que realiza BULLEN⁸⁴⁹ con basamento en el párrafo 1.65 de las Directrices 1995⁸⁵⁰ para aludir a lo que denomina ajustes de reestructuración, que serían previos a los ajustes ordinarios en sus tres modalidades, y tienen por objeto o una sustitución total de la transacción ignorando la real, o una sustitución parcial de determinadas condiciones para adecuarla a como sería si la hubieran celebrado empresas independientes.

Para concluir estas líneas introductorias se hace preciso reseñar que el hablar de ajustes significa adentrarse en el análisis del artº 9 del MCDI porque, ya sea en su versión del borrador de 1963, en la que únicamente se contenía lo que hoy en día constituye el apartado 1, ya sea en su versión de 1977, cuando se introdujo el apartado 2, contiene la base normativa internacional para el ajuste primario (apartado 1)) y el correlativo (apartado 2).

δ.1.2.– Finalidad del artº9.1 MCDI.

La doctrina no se muestra unánime a la hora de determinar cuál es la finalidad del apartado 1 del artº9. Por un lado, pareciera que la finalidad se centra en evitar la doble imposición, como *prima facie* se infiere de los comentarios al artº25⁸⁵¹, de su ubicación en el texto del MCDI y de su interrelación con los artº 7.1 y artº8. Empero, autores que en una primera reflexión sostienen la mentada finalidad, posteriormente, concluyen que realmente la evitación de la doble imposición económica no se consigue con el apartado 1 del artículo 9, porque para evitarla no basta con un ajuste primario, sino que el mismo habrá de ir seguido de un ajuste bilateral y este aparece recogido en el apartado 2 (en este sentido KOFLER⁸⁵²).

A dicha finalidad, que a priori no debiera presentar discusión, algunos autores entienden que debe añadirse la prevención de la evasión y elusión fiscal, parecer del que discrepa WITTENDORFF⁸⁵³, tanto por razones históricas⁸⁵⁴ como porque los convenios solo restringen los derechos a gravar de los Estados que sean parte, sin que se puedan expandir sus efectos, como sí sucedería si la finalidad fuera el eludir la evasión y elusión fiscal. A dichas razones puede añadirse el decidido pronunciamiento contenido en diversos textos de la OCDE. En este sentido se puede señalar el texto del Informe de 1979, en cuyo párrafo 3, determina expresamente que los problemas de los precios de transferencia no deben confundirse con los problemas del fraude y evasión fiscal⁸⁵⁵. En

⁸⁴⁹ BULLEN, A. (2010).

⁸⁵⁰ Dicho párrafo se mantuvo como tal en 2010, pero cambió en la versión de 2017.

⁸⁵¹ Párrafo 11 del MCDI tras la modificación de 17 julio 2008: “*el mero hecho de insertar el artículo 9, limitado al apartado 1, –que por lo general solamente confirma reglas más o menos similares existentes en las legislaciones internas– es indicativo de que la intención de los Estados contratantes era la de que la doble imposición económica estuviera cubierta por el Convenio*”

⁸⁵² KOFLER, G. (2015).

⁸⁵³ WITTENDORFF, J. (2009).

⁸⁵⁴ El artículo ha venido siendo incorporado como regla de distribución de los beneficios al Modelo de Convenio para prevenir la Doble Imposición y no al Modelo de Convenio de Asistencia Administrativa para Evitar la Evasión Fiscal.

⁸⁵⁵ Si bien este argumento no está exento de fisuras, como se constata en el párrafo 4.70 de las Directrices de 1995: “*en un sentido amplio, la finalidad de los convenios fiscales es evitar la doble*

definitiva, la finalidad de frenar la evasión fiscal corresponde a los Derechos domésticos, no a los convenios.

También en ocasiones se añade como finalidad secundaria del precepto el conseguir una distribución internacional equitativa de los derechos impositivos.

δ.1.3.– Artº9.1 MCDI–v– Derecho interno de un Estado parte.

Los países de la OCDE no se ponen de acuerdo sobre la interacción del régimen interno de los Estados que son parte de un convenio bilateral que ha seguido el MCDI y el régimen dispuesto en el artº 9.1 del MCDI, hasta el punto de que en los propios comentarios del texto queda constancia de dicha preocupación. En 1992, el Congreso del IFA procedió a estudiar el tema surgiendo disparidad de pareceres sobre la naturaleza o carácter que tenía el artº9.1 del MCDI. En consecuencia, hemos de detenernos aquí en tratar de aclarar cuál es el verdadero contenido del artº 9.1, para una vez delimitado analizar su carácter y alcance.

Para comenzar, hay que partir de que el artº9 del MCDI encierra particularidades propias frente al resto de los preceptos del texto. Diversos argumentos lo avalan:

a) Fijémonos en primer lugar, como hace BULLEN⁸⁵⁶, en que el MCDI, como regla general se limita a distribuir la facultad impositiva adoptando distintos criterios atendiendo al tipo de rentas de que se trate, pero no procede a determinar reglas de cuantificación. Mas el artº 9.1 difiere de forma sustancial de esa regla general, por cuanto mediante la imposición del principio de *arm's length* procede a determinar una regla que directamente incide en la cuantificación del impuesto que el contribuyente habrá de pagar. Ese principio conviene matizarlo para evitar malentendidos con dos precisiones:

- ✓ no significa que se restrinjan las facultades soberanas de un Estado parte a cuantificar el impuesto que un contribuyente tiene que pagar en relación con un determinado tipo de rentas;
- ✓ el artº9.1 no persigue una determinada cuantificación impositiva, sino únicamente evitar que por la existencia de comunidad de intereses entre dos entidades se distorsionen los beneficios por los que habrán de tributar en la jurisdicción fiscal correspondiente.

b) En segundo lugar, la finalidad del artº 9.1 es la evitación de la doble imposición económica, no la jurídica.

c) En tercer lugar, el artº9.1 no distribuye beneficios atendiendo a criterios de fuente–*versus*–residencia, sino que toma a los Estados parte como lugar de

imposición y prevenir el fraude y la evasión fiscal con respecto a los impuestos sobre la renta y el capital"

⁸⁵⁶ BULLEN, A. (2010).

residencia de una de las empresas asociadas (en tal sentido NAVARRO IBARROLA⁸⁵⁷).

d) A tales diferencias añade WITTENDORFF⁸⁵⁸ una cuarta, el que el artº 9 no se fija en una categoría de ingresos/rentas específicas, sino que viene referido a todas.

e) Como quinta singularidad del artº 9 cabe señalar que funciona como complemento de los artº 7 y 8, ya que estos se ocupan de la asignación del derecho a gravar los beneficios, y el artº 9 de cuantificar la cantidad de beneficios que en el caso de operaciones vinculadas tiene derecho el Estado de residencia a gravar. Ahora bien, el artº7 se ocupa de la tributación de unos beneficios de un solo contribuyente (la personalidad jurídica es única), el artº9, por el contrario, lo hace de los beneficios de dos entidades asociadas pero independientes (personalidad jurídica distinta), de manera que el artº9 previene la doble imposición económica y el artº7 la doble imposición jurídica. El matiz es importante, porque de ahí deriva el que el artº9 no entra en conflicto con el Derecho doméstico.

En segundo lugar, debe dejarse constancia de que la regla de oro sobre la que descansa la relación entre el ordenamiento fiscal interno de un país y los convenios en los que sea parte, radica en que la potestad impositiva emana de su soberanía y, en consecuencia, de su Derecho interno. Por tanto, los Convenios de Doble Imposición vienen a suponer una restricción o delegación de dicha facultad originaria. Escribe VOGEL⁸⁵⁹ que los CDI *“ni autorizan, ni localizan la potestad de gravamen [...] los Estados disponen de la potestad originaria de gravamen, reconocidas por sus normas constitucionales y por el Derecho internacional público”*. Por tanto, los CDI no es que no atribuyan potestad de gravamen a los Estados, sino que la restringen, y ello sobre la base y fundamento de que la potestad tributaria reside en el Derecho interno. CASERO BARRÓN⁸⁶⁰ señala que mediante las reglas contenidas en un CDI se llega a limitar la aplicación de la legislación interna mediante el acuerdo de distribución de jurisdicción soberana tributaria que han realizado los Estados mediante un tratado internacional. Es decir, mediante la firma de un tratado internacional, los Estados signatarios deciden limitar sus potestades soberanas de un modo recíproco en aquellos supuestos en los que se estima que ambas potestades soberanas pueden llegar a aplicarse sobre un determinado supuesto de manifestación de renta.

Hechas las anteriores apreciaciones, se plantea la cuestión de si los ajustes derivarían de la potestad tributaria emanada del Derecho interno o de lo preceptuado en el artº9 del MCDI. Las posturas doctrinales no son pacíficas al respecto:

a) para un sector queda fuera de toda duda que los ajustes constituyen una facultad que deriva del Derecho interno. Dicha tesis encuentra sustento en

⁸⁵⁷ NAVARRO IBARROLA, A. (2016).

⁸⁵⁸ WITTENDORF, J. (2009).

⁸⁵⁹ VOGEL, K. (1997).

⁸⁶⁰ CASERO BARRÓN, R. (1999).

resoluciones judiciales como la representada por la sentencia de 3 de marzo de 1980 del Tribunal Fiscal Federal Alemán⁸⁶¹, o en documentos institucionales como el Informe de 1998 de la OCDE⁸⁶² cuando recoge que el artº9 no contiene una obligación de invocar y aplicar el *arm's length*;

b) para otro sector es el Derecho convencional el que habilita la realización de ajustes con independencia del Derecho interno. Se barajan diversos elementos de prueba en favor de tal afirmación. Por ejemplo, se puede citar el posicionamiento de la Administración tributaria australiana, quien incluso existiendo resoluciones judiciales⁸⁶³ que manifestaban lo contrario, entendió que lo dicho en las resoluciones judiciales no era vinculante, sino que tenía el mero carácter de observación, y que los CDI sobre beneficios empresariales o empresas asociadas contienen un mandato independiente para la realización de ajustes en precios de transferencia. En nuestro país también han recaído diversas resoluciones judiciales que han acogido dicha visión, pudiéndose citar la STS 17 julio 2012 en el caso BICC, a la que siguieron otras resoluciones.

La posición mayoritaria se adscribe al primer posicionamiento. Así GARCÍA PRATS⁸⁶⁴ mantiene que el convenio en ningún caso constituye la base legal para la realización de dichos ajustes, puesto que el reconocimiento de dichas facultades debe contenerse en la normativa interna, aunque en la concepción de dicho autor existen algunas sombras en cuanto refiere que supone una autorización o habilitación para que, incluso vigente el convenio, el Estado contratante pueda realizar los ajustes que estime convenientes de acuerdo con el criterio *at arm's length*. “*El convenio sólo reconoce o habilita para la práctica de dichos ajustes, en la medida, y solo en la medida en que en la legislación interna del Estado contratante se encuentre la base legal o normativa para la realización de dicho ajuste*”. CALDERÓN CARRERO y MARTÍN JIMÉNEZ⁸⁶⁵ igualmente sostienen que el artº9.1 no puede ser la base exclusiva y autónoma para la realización del ajuste. NAVARRO IBARROLA⁸⁶⁶, con gran claridad, expone que el art. 9.1 no va destinado a la Administración tributaria que pretende llevar a cabo un ajuste autónomo, sino al legislador de los Estados contratantes para que decida sobre si es conveniente que en el Derecho interno exista una regla de precios de transferencia que habilite la realización de ajustes. A nivel internacional autores como LEHNER⁸⁶⁷, VOGEL⁸⁶⁸ o WITTENDORFF⁸⁶⁹ se apuntan a este enfoque sin fisuras. Nos encontramos ante un precepto *no self-executing* y del que no deriva la facultad de realización de ajustes (por eso se predica que no tiene naturaleza habilitante), de ahí que

⁸⁶¹ Federal Tax Court decisions of 3 March 1980, I R 186/76 (BStBl 1980 II, 531), and 21 January 1981, I R 153/77 (BStBl 1981 II, 517).

⁸⁶² OECD, Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue (OECD: Paris, 1998), par. 71.

⁸⁶³ Roche Products Pty Ltd v Commissioner of Taxation, (2008, Tribunal Administrativo de Apelaciones, Australia), Australia Pty Ltd v. Commissioner of Taxation (2011, Tribunal Federal, Australia)

⁸⁶⁴ GARCÍA PRATS, F.A. (2005 b y 2010).

⁸⁶⁵ CALDERÓN CARRERO, J.M. y MARTÍN JIMÉNEZ, A. (2012)

⁸⁶⁶ NAVARRO IBARROLA, A. (2017 b).

⁸⁶⁷ LEHNER, M. (2011).

⁸⁶⁸ VOGEL, K. (1997).

⁸⁶⁹ WITTENDORFF, J. (2010).

en los propios comentarios se recoja que en el supuesto de que un convenido de doble imposición no recogiera la norma contenida en el artº9.1, ello no impediría que se realizaran ajustes conforme a lo dispuesto por el Derecho interno de un país y, a sensu contrario, si la legislación interna no regula el régimen de los ajustes, no cabría realizar ajustes bajo el paraguas de lo previsto en el artº9.1.

Sobre lo que no existe duda es que los ajustes que se realicen tendrán una limitación, esto es, que con los mismos habrá de perseguirse la adecuación de la transacción al principio de plena competencia. Por tanto, si la facultad de ajustar emana del Derecho interno, el artº9.1 supondrá una limitación a la potestad impositiva de los Estados, por cuanto los ajustes habrán de perseguir aproximarse en la mayor medida posible al *arm's length*. Es lo que NAVARRO IBARROLA⁸⁷⁰ expresa como que el artº9.1 restringe la realización de ajustes transaccionales contrarios al principio de plena competencia. Y como nos enseña CASERO BARRÓN⁸⁷¹, la limitación que impone el artº9.1 es la que da sentido a que cuando la normativa doméstica contenga un régimen de realización de ajustes el artº9.1 no quede como algo superfluo.

Como tercera cuestión se plantea si el artº9.1 contiene un mandato obligatorio o es de naturaleza meramente ilustrativa, en el entendido de que la diferencia estriba en si impone la aplicación en todo caso del *arm's length* o caben otros criterios de valoración. En el Congreso del IFA de 1992 hubo posturas encontradas. Así, frente a las posturas de los representantes de Alemania (DEBATIN) y Estados Unidos que mantuvieron la negación del carácter obligatorio, los representantes de las delegaciones de otros países adoptaron la posición contraria. No obstante, la doctrina más autorizada (capitaneada por WITTENDORFF⁸⁷²) se decanta por el carácter obligatorio bajo los dictados de ciertos argumentos:

- a) la utilización del término “podrá” (*may*) en el texto del artículo no puede servir para justificar una interpretación en favor de la naturaleza meramente ilustrativa y, desde luego, el cambio del término “shall” por “may” en 1963 no tuvo como intención el consagrar una naturaleza no obligatoria. Ese cambio terminológico se debió más bien a que la finalidad del convenio es preventiva de la doble tributación, por lo que la nueva terminología es más apropiada. A mayor abundamiento, una interpretación gramatical del artº9.1 conduce sin género de dudas a entender la imposición del respeto al *arm's length* como una obligación convencional;
- b) lo contrario supondría contradecir directamente el principio de efectividad de las normas que consagra el artº 31.1 del Convenio de Viena sobre el Derecho sobre los Tratados, porque el convenio desde que es ratificado pasa a formar parte del ordenamiento del Estado parte;
- c) la no obligatoriedad conllevaría convertir en algo superfluo lo dispuesto en el art 9.1, puesto que, si no tiene carácter obligatorio, no haría falta un precepto

⁸⁷⁰ NAVARRO IBARROLA, A. (2016)

⁸⁷¹ CASERO BARRÓN, R. (1999).

⁸⁷² WITTENDORF, J. (2009).

como el que alberga el artº9.1 para habilitar al Estado de un residente a realizar ajustes;

d) el artº9.1 no es una necesidad a consecuencia de la regulación contenida en el artº 9.2, y ello por la simple razón de que hasta 1977 no existió el apartado 2;

e) porque si nadie discute la naturaleza obligatoria del artº7 que establece el principio de *arm's length* para los establecimientos permanentes, tampoco se puede discutir la del artº9.1, pues ambos preceptos participan de la misma naturaleza. El contexto en que se sitúan el artº7 y 9 sirve igualmente de rechazo del mero carácter ilustrativo, puesto que ambos preceptos se ocupan de la distribución/atribución de beneficios y en ambos se establece el principio de *arm's length* como guía, fundamento y limitación de la valoración. No faltan voces discordantes, como ejemplifica GARCÍA PRATS⁸⁷³, para quien el artº7.2 contiene unos criterios obligatorios y el artº9.1 se limita a facultar la aplicación de la normativa interna siempre que la misma se adecúe al *arm's length*, de suerte que el artº7.1 se aplicaría incluso en el caso de que la norma interna nacional contuviera una previsión disconforme con el *arm's length*, mientras que el artº 9.1 en tal caso no sería aplicable;

f) los comentarios al artº9 también respaldan el carácter obligatorio, y desde 1963 los mismos dejan claro que los ajustes se encuentran habilitados por la aplicación del *arm's length*, son una consecuencia de este.

En cuarto lugar, por parte de la doctrina alemana (DEBATIN⁸⁷⁴) se inició el debate de cuáles serían los efectos del artº9.1 sobre los Derechos internos cuando estos contemplaran ajustes que escaparan del ámbito subjetivo del artº9.1. EL MCDI no contiene una regulación específica del problema, por lo que cuando un ordenamiento interno contemple ajustes para un ámbito subjetivo más amplio que el previsto por el artº9.1 se plantea la duda de si deben aplicarse las exigencias previstas en el artº9.1. Como es fácilmente colegible, la cuestión se centra en si la Autoridad tributaria de un Estado contratante puede realizar ajustes para adecuar una transacción al *arm's length* cuando por ejemplo se trate de entidades independientes. DEBATIN partía de la consideración de que el objeto de los tratados fiscales no es proteger a los residentes de un Estado frente a los ajustes determinados por el Derecho doméstico del Estado de residencia, por lo que como quiera que el artº9.1 no impone⁸⁷⁵ a los Estados contratantes el realizar ajustes, concluía que el artº9.1 no excluía los ajustes que el Derecho interno determinase, aunque cayeran fuera de su ámbito. En definitiva, la referida línea doctrinal entendía que el artº 9.1 no desplegab sus efectos sobre los ajustes dispuestos por el Derecho interno que quedasen fuera del ámbito del artº9.1. Dicha visión no fue compartida por todos, y hubo autores como BECKER⁸⁷⁶ que apoyaron la tesis opuesta, considerando que de lo contrario la existencia del artº9.1 se haría superflua, por tanto, la

⁸⁷³ GARCÍA PRATS, F.A. (1996).

⁸⁷⁴ DEBATIN, H. (1969).

⁸⁷⁵ El autor defiende el carácter meramente ilustrativo del artº9.1

⁸⁷⁶ Citado por WITTENDORF, J. (2009).

eficacia se extiende tanto a los ajustes que caen dentro del ámbito subjetivo del artº9.1 como a los que no. La línea doctrinal mayoritaria se decantó por el primer enfoque, aunque en nuestro país encontramos autores que defienden la expansión de los efectos del artº9.1 a los ajustes internos que caigan fuera del ámbito del precepto convencional. Es el caso de GARCÍA PRATS⁸⁷⁷ quien para ello parte de una concepción del artº9.1 radicalmente diferente, al considerarlo como norma habilitante y que autoriza los ajustes.

En quinto lugar, hemos de precisar que el artº9.1 no condiciona cuáles deban ser, ni cómo tengan que ser, los mecanismos de la norma doméstica por las que se rijan los ajustes primarios previstos en el ordenamiento de un Estado. La libertad al respecto, como precisa GARCÍA PRATS⁸⁷⁸, es total: sobre las normas procedimentales, establecimiento de presunciones, régimen de carga de la prueba, ficciones, normas valorativas, exigencias de información, etc.

δ.1.4.– Los ajustes primarios en los documentos sobre precios de transferencia de la OCDE.

El Informe de 1979 en su prólogo, párrafo 3, predica que el principio de *arm's length* aparece asumido en el artº9.1 MCDI y del mismo deriva la necesidad de realizar ajustes al precio real. En el párrafo 23, dentro del capítulo I, nuevamente aparecen referidos los ajustes como una consecuencia de la aplicación del *arm's length*. En el párrafo 31 se trae a colación el artº9.1, que se transcribe en su integridad, señalando que constituye una norma de relevancia para las materias de las que se ocupa el Informe.

El texto de 1995, en su párrafo 1.2 advierte que los ajustes fiscales son independientes de la finalidad que se persiguió con las condiciones bajo las que se celebró la transacción y despliegan efectos meramente a nivel fiscal, sin afectar a las condiciones contractuales. Se trata por consiguiente de ajustes netamente fiscales. En el párrafo 1.3 igualmente se contemplan los ajustes como mecanismo corrector de las distorsiones que se produzcan en las transacciones entre empresas asociadas en que no se respeten las condiciones del *arm's length*. Aunque donde resulta indudable que el principio de *arm's length* cobra toda su consagración, como ya dijimos, es en el párrafo 1.6, por cuanto constituye la primera vez en que se señala que la declaración oficial del *arm's length* se encuentra recogida en el artº9.1 del MCDI. Además, se le pretende dar tal protagonismo que hasta es transcrito el párrafo 1 del artículo en su literalidad, para a renglón seguido expresar que la adecuación al principio de *arm's length* se conseguirá mediante el mecanismo de “ajustar beneficios”. Pese a todo, el párrafo 1.6 no alude expresamente a los ajustes primarios.

Por lo demás, la referencia a los ajustes primarios es muy escueta, y solo se alude a los mismos en relación con el procedimiento amistoso (párrafo 4.47), los ajustes

⁸⁷⁷ GARCÍA PRATS, F.A. (2005 a).

⁸⁷⁸ GARCÍA PRATS, F.A. (2010).

correlativos o los ajustes secundarios (4.67) y los ajustes compensatorios (parágrafo 4.38).

Otro tanto sucede en el texto de las Directrices de 2010. Así, en el parágrafo 17 del prólogo se alude a los ajustes primarios, pero con ocasión de referir los presupuestos para poder acometer un ajuste correlativo. En su glosario se reitera la misma definición de los ajustes primarios que ya se contenía en el texto de 1995. El parágrafo 1.2, 1.3 y 1.6 realizan las mismas referencias que aparecía en los mismos párrafos en 1995. Sin embargo, referencias explícitas a los ajustes primarios solo se contienen en las siguientes ocasiones:

- en el parágrafo 4.17⁸⁷⁹ donde la materia tratada es la carga de la prueba de la corrección del ajuste primario para que proceda el ajuste correlativo;
- en los párrafos 4.32, 4.35, 4.36, 4.38, 4.39⁸⁸⁰ y el 4.47, que tienen por objeto los ajustes correlativos;
- en los párrafos 4.64 y 4.65⁸⁸¹ ubicados en el análisis del procedimiento amistoso;
- y, por último, en los párrafos concernientes a los ajustes secundarios (4.66, 4.67, 4.70, 4.72, 4.73, 4.75 y 4.76⁸⁸²).
-

δ.2.–Los ajustes correlativos.

δ.2.1.– Breve introducción.

Ya nos extendimos de manera profusa sobre los ajustes correlativos, al estudiar la evolución del art^o9 y sus comentarios a lo largo de las distintas redacciones del MCDI de la OCDE, a donde nos remitimos. No obstante, conviene dejar constancia aquí de algunas consideraciones conceptuales básicas en la configuración realizada por el MCDI de los ajustes correlativos antes de adentrarnos en el examen del proceso evolutivo a través de los distintos textos de la OCDE sobre precios de transferencia:

a) Conforme dijimos, el ajuste correlativo surge como una necesidad de evitar la doble imposición económica que resultaría tras la realización de un ajuste primario, habiendo sido incorporado al art^o9 mediante su apartado 2 en la versión de 1977. Sin embargo, el presupuesto de la doble imposición (que funciona como condición necesaria y concurrirá siempre que se efectúe un ajuste primario) no es suficiente, haciéndose preciso, además, por una parte, que el ajuste realizado por el primer Estado haya supuesto una atribución de beneficios acorde con una situación de *arm's length* (justificación en sí misma, según terminología de los comentarios al art^o9) y, por otra parte, que el ajuste correlativo solo alcance hasta

⁸⁷⁹ En las Directrices 2017 se mantiene en el mismo ordinal el contenido del parágrafo.

⁸⁸⁰ En la versión de 2017 se mantuvieron los mismos párrafos

⁸⁸¹ 4.66 y 4.67 en la versión de 2017.

⁸⁸² 4.68, 4.69, 4.72, 4.74, 4.75, 4.77 y 4.78 respectivamente en las Directrices 2017.

la cantidad que se sea coherente con el *arm's length* (justificación en su importe). Es por ello por lo que los comentarios al apartado 2 determinan que el ajuste correlativo no opera automáticamente por el simple hecho de que se haya realizado un ajuste primario⁸⁸³.

b) Los ajustes previstos en el apartado 2 del artº9 no son ajustes secundarios o de calificación, sino que se trata de ajustes valorativos, con independencia de que ello no quiere decir que el artº9 impida los ajustes secundarios.

c) No se determina ninguna metodología de cómo debe procederse a la realización del ajuste correlativo.

d) El artº9 no afronta el problema de si debe existir un plazo para la realización del ajuste correlativo, sin perjuicio de que los Estados pueden consensuarlo cuando celebren un CDI.

e) Por último, el párrafo 8⁸⁸⁴ de los comentarios del MCDI alude a que para llevar a efecto el ajuste correlativo, las autoridades competentes podrán consultarse

Item más, quede también precisado, con carácter previo, que la doctrina acostumbra a tratar los ajustes correlativos junto con los procedimientos de mutuo acuerdo o amistoso, llegando al punto que cuando estudiamos la materia se intuyera un cierto grado de confusión de dos cuestiones que, al menos, a priori y conceptualmente son cosas distintas. No es baladí la precisión acabada de realizar, bastando para su verificación traer a colación lo afirmado por COSÍN OCHAITA⁸⁸⁵ al valorar que el ajuste correlativo es una “*etapa del procedimiento amistoso cuyo objetivo es mitigar o eliminar la doble imposición en aquellos casos en que una Administración incrementa el beneficio de una empresa en relación con las transacciones celebradas con una empresa asociada situada en una jurisdicción distinta*”. Otro tanto sucede con las afirmaciones de CAMPO AZPIAZU⁸⁸⁶ al señalar que “*para realizar este ajuste, los propios Comentarios al Modelo de Convenio de la OCDE prevén la posibilidad de que los Estados mantengan contactos entre ellos para poder llegar a entender los términos exactos del ajuste*”. Pero no solo en el MCDI existe esta asociación, sino que en los propios textos de la OCDE, como puede verificarse en la primera parte del Informe de 1984, se tratan ambas cuestiones a la par.

δ.2.2.– Informe 1979.

En el Informe de 1979 el Comité de Asuntos Fiscales consideró que los trabajos no se encontraban lo suficientemente avanzados para pronunciarse sobre los ajustes correlativos, debiendo postergarse a un informe posterior el análisis de estos, así como

⁸⁸³ Párrafo 3 de los Comentarios al artº9, versión 1977.

⁸⁸⁴ Versión 1977 del MCDI

⁸⁸⁵ COSÍN OCHAITA, R. (2011).

⁸⁸⁶ DEL CAMPO AZPIAZU, C. (2011).

de los planteamientos sobre la adecuación de la redacción del art9.2 MCDI a las nuevas necesidades. No obstante lo cual, el Comité Asesor de Industria y Negocios (BIAC) recomendó que el análisis fuera concluido a la mayor brevedad. Pese a todo, en el párrafo 8 del prólogo se refiere que de los ajustes correlativos se ocupa el apartado 2 del artº9.

δ.2.3.– Informe de 1984.

1.– El informe de 1984 comienza con la consideración de que los ajustes primarios producen una situación en la que se corre un alto riesgo de doble imposición económica en dos supuestos:

- cuando al precio de transferencia de una transacción entre asociadas situadas en distintos países se le realice un ajuste por motivos fiscales por uno de los Estados envueltos en la transacción;
- cuando los ingresos de una multinacional y que son asignados por un Estado a una de las partes que forma parte de la multinacional (la cual está situada en ese Estado), a la vez son asignados por el otro Estado a otra parte que también está integrada en la multinacional pero que se sitúa en este otro Estado.

Sin embargo, la doble imposición no concurrirá en los supuestos descritos cuando:

- la transacción tenga lugar a través de una tercera sociedad interpuesta que opere en un paraíso fiscal donde no hay impuesto sobre la renta o beneficios, en cuyo caso el ajuste solo produciría el aumento de la tributación en el Estado que lo realice;
- en uno de los dos países de la transacción haya una desgravación o exención fiscal sobre unas rentas que en principio en los dos Estados estaban gravadas;
- se realiza un ajuste correlativo al ajuste primario.

2.– El Informe proclama en su párrafo 7 el *arm's length* como el mejor mecanismo para evitar cualquier riesgo de doble imposición y la necesidad de realizar ajustes, proponiendo que las transferencias sean realizadas a precio coherente con el *arm's length* y, aunque los redactores del Informe son conscientes de que el determinar el precio de *arm's length* presenta dificultades y esfuerzos, animan a que se siga porque dichos esfuerzos se verán compensados con la reducción del número de supuestos en que las autoridades fiscales consideren necesaria la realización de ajustes y favorecerá la convergencia de opiniones entre países. Parecidas consideraciones ya aparecían recogidas en el MCDI de 1977 y en el párrafo 15 del Informe de 1979.

3.– Las discrepancias entre las autoridades fiscales de distintos países pueden venir motivadas con relación a tres aspectos distintos:

- a) la necesidad de practicarse ajuste o no;
- b) la cantidad por la que debe practicarse el ajuste;
- c) la procedencia del ajuste correlativo o no.

En las discrepancias influyen múltiples factores, como pueden ser la existencia de comparables o las diferencias entre los sistemas fiscales de los Estados.

4.– El Informe de 1984 continúa delimitando el ámbito subjetivo de los ajustes, precisando al respecto que:

- los ajustes correlativos se preocupan tanto de los ajustes hechos a la subsidiaria y las consecuencias que tiene para la matriz, como de los ajustes hechos a la matriz u otras asociadas y las consecuencias que tienen para las demás asociadas;
- aunque el Informe no se ocupa de los establecimientos permanentes se considera que las soluciones que se aportan pueden resultarles aplicables *mutatis mutandis*.

5.– El Informe, en su capítulo II de la primera parte, analiza la experiencia adquirida sobre los procedimientos disponibles para evitar o aliviar la doble imposición a consecuencia de un ajuste realizado por un país, concluyendo que no siempre era necesario el acudir a las autoridades fiscales del otro Estado. Lo normal sería que se solucionase mediante el Derecho doméstico, o por las disposiciones de un tratado bilateral correspondientes al artº 9.2 MCDI, o por algún otro mecanismo.

Ciertamente los ajustes correlativos introducidos por el artº9.2 del MCDI en su versión 1977⁸⁸⁷ constituyen un mecanismo de solución a la doble imposición. El artº 9.2 aparece formulado bajo una triple consideración:

- primero delimita el problema de la doble imposición que viene a resolver: si un Estado contratante (A) somete a imposición –a consecuencia de un ajuste primario– como beneficios de una empresa(A’), de ese Estado (A), beneficios por los que otra empresa asociada (B’), del otro Estado contratante (B), ha tributado en ese otro Estado (B). Mismos beneficios, doble tributación derivada de un ajuste primario;
- en segundo lugar, condiciona o establece los límites de funcionamiento de su mecanismo: que dichos beneficios corresponderían a la empresa (A’) del primer Estado contratante (A), si las condiciones convenidas por las dos empresas hubieran sido las mismas que hubiesen convenido dos empresas independientes;
- en tercer lugar, establece la solución: el practicar un ajuste correlativo consistente en que el segundo Estado (B) proceda al ajuste correspondiente al montante del impuesto que ha recibido por dichos beneficios.

Sin embargo, como precisa GARCÍA PRATS⁸⁸⁸, a nivel teórico el que un país realice un ajuste primario para adecuar un precio al *arm's length* puede producir, aunque no

⁸⁸⁷ Posteriormente, devinieron nuevos cambios del MCDI mediante el Informe de 2007 de “Mejora del Proceso de Resolución de Controversias Relacionadas con los Convenios para Evitar la Doble Imposición” que tuvo como antecedente el Informe de “Propuestas para Mejorar los Mecanismos de Resolución de Controversias Relacionadas con los Convenios para Evitar la Doble Imposición” publicado en febrero de 2006, en el que se recogieron los trabajos posteriores a 2004 y una propuesta de modificación del MCDI,

necesariamente, un supuesto de doble imposición en caso de que no se realice parejamente un ajuste correlativo. En un supuesto teórico de armonización internacional de las bases fiscales un ajuste primario exigirá un ajuste correlativo. Pero como en muchos casos no hay correlación entre la normativa fiscal de los distintos Estados, esta falta de correlación puede provocar el que un ajuste primario no llegue a generar doble imposición. Es más, pueden producirse situaciones de doble imposición (o de no imposición) por causas totalmente ajenas a un ajuste primario, y en tal caso un ajuste solo produciría agravamiento de la situación. Piénsese en una transacción entre las entidades relacionadas A y B, y que lo que constituye ingreso para A no sea gasto para B, estaremos ante un supuesto de doble imposición. Por el contrario, cuando se considere un gasto para B y no un ingreso para A estaremos ante un supuesto de no imposición.

6.– En teoría estos ajustes correlativos no debieran conllevar problemas en su aplicación para conseguir que las transacciones entre empresas asociadas se adecúen al *arm's length*, pero la práctica indica lo contrario, siendo identificadas las siguientes flaquezas:

- a) el ajuste correlativo solo será obligatorio si, y en la medida que, las autoridades competentes estén de acuerdo con el ajuste del precio realizado por las autoridades del primer Estado. El artº 9.3 prevé que solo será debido el ajuste correlativo cuando el Estado B considere que es necesario para que la transacción respete el *arm's length*; pero no obliga a un ajuste automático correlativo. El Comité en este Informe considera que los Estados contratantes en un tratado bilateral podrán descender a detalles de cómo resolver el tema, pero estos pueden entrar en conflicto con el *arm's length*, por lo que el Comité no recomienda este tipo de soluciones, ni cambiar el artº 9;
- b) el artº 9.2 no contiene regulación del ajuste secundario, aunque los comentarios señalan que no son rechazados y lo puede autorizar el Derecho interno;
- c) el artº 9.2 tampoco regula si el ajuste correlativo tiene un plazo para hacerse;
- d) hay varios países que han hecho reservas al artº 9.2.

7.– Tras el Informe de 1979 las multinacionales ya habían reaccionado exigiendo la obligatoriedad de los ajustes correlativos. En algunos convenios bilaterales se incluyó la cláusula de obligatoriedad de los ajustes correlativos siempre que el ajuste primario hubiera sido conforme con el *arm's length*. Por la OCDE se reaccionó recomendando en 1984 el vigilar los sistemas de recursos y el sistema judicial de los países más relevantes, así como otras instituciones domésticas para proteger de las arbitrariedades en los ajustes, porque la obligatoriedad del sistema de ajustes correlativos no elimina el riesgo de vicios. Pero al mismo tiempo se era consciente de que esto no era garantía suficiente, por lo que se apuntaron otras dos posibles alternativas:

- a) obligar a las autoridades fiscales a realizar ajustes correlativos, pero solo en la medida que se puede acordar el resultado;

⁸⁸⁸ GARCÍA PRATS, F.A. (2005 a).

b) en caso de imposibilidad de acuerdo, acudir a un arbitraje supranacional por parte de ambas autoridades fiscales.

8.– Como otra vía de solución a la doble imposición se sugirió el procedimiento de mutuo acuerdo o amistoso, indicándose como preferente el procedimiento del artº 25 MCDI. Sin embargo, en todo momento se era consciente de las limitaciones que el procedimiento amistoso presentaba. De un lado, por cuanto el procedimiento amistoso no imponía la obligación de llegar a un acuerdo para los Estados y el Comité consideró que 1984 no era todavía el momento para recomendar la obligatoriedad. De otro lado, y vinculada a la anterior situación, por la inseguridad que se despertaba sobre el resultado y el largo período que conllevaba la tramitación. Pese a dichas limitaciones el Comité consideraba que el procedimiento del artº 25 era útil y muy eficaz, si bien suponía supeditar la imperatividad del ajuste correlativo a la efectividad del procedimiento amistoso.

Conviene aclarar que el procedimiento amistoso o de mutuo acuerdo no se configuró como un procedimiento que estuviese pensado en exclusiva para resolver las cuestiones relativas a los ajustes correlativos, sino que era un procedimiento excepcional para dar solución a las controversias que pudieran surgir en la aplicación del Convenio.

La legitimación para suscitar el inicio del procedimiento podía corresponder al contribuyente cuando considerase que la imposición con que se le gravaba –o se le pretendiese gravar– por un Estado parte contradecía el contenido del Convenio, cobrando ahí especial relevancia el respeto al arm's length, o podía no implicar la intervención del contribuyente y ser suscitado directamente por un Estado en dos supuestos: cuando surgieran dificultades o dudas en la interpretación y aplicación del Convenio o cuando se plantearan casos de doble imposición no contemplados en el Convenio (parágrafos 2 y 3 de los comentarios al artº25).

El plazo para iniciar el procedimiento amistoso se fijaba en tres años, tomando como días a quo la primera notificación de la medida de la que se pudiera derivar la imposición contraria al Convenio, aunque los Estados podían llegar a pactar plazos más largos. El cómputo del plazo debería realizarse de la manera más favorable para el contribuyente.

δ.2.4.– Directrices de 1995.

Las Directrices de 1995 dedicaron los parágrafos 4.32 a 4.49 en exclusiva al régimen de los ajustes correlativos, si bien es cierto que las referencias y consideraciones sobre los mismos aparecieron dispersas a través de la práctica totalidad del texto.

En el régimen previsto se contienen reafirmaciones de cuanto ya constaba desde 1984, así como diversas aclaraciones:

a) el ajuste secundario o correlativo es de signo contrario al ajuste primario (parágrafo 4.32);

- b) el mecanismo por el que se llega al ajuste correlativo será normalmente el procedimiento amistoso del artº25 del MCDI (párrafo 4.33);
- c) el ajuste correlativo sería operativo con independencia de que no estuviera incorporado el artº9.2 a un convenio de DI, como consecuencia de la aplicación del *arm's length* (párrafo 4.33);
- d) el ajuste correlativo no es obligatorio, lo que es plenamente acorde con la no obligación de alcanzar un acuerdo en el procedimiento amistoso;
- e) aunque la práctica normal del ajuste secundario corresponda al Estado B, no siempre tiene que ser así, pudiendo ser realizado por el propio Estado que realizó el ajuste primario (GARCÍA PRATS⁸⁸⁹).

δ.2.5.– *Directrices 2010.*

A parte de la definición contenida en el glosario, la cual no varía de la ya vertida en el texto de 1995, y algunas referencias dispersas por el texto⁸⁹⁰, es en el capítulo IV donde se contienen las recomendaciones y directrices relativas a los ajustes correlativos. Ello significa que se conceptúan como un mecanismo de evitar y resolver controversias referentes a los precios de transferencia, como se infiere de la propia intitulación del capítulo y expresamente se nos dice en el párrafo 4.3: “*este capítulo explica varios procedimientos administrativos para resolver las controversias debidas a los ajustes de los precios de transferencia y para evitar la doble imposición*”. Más concretamente, dentro del capítulo IV, es la sección C la que aborda los ajustes correlativos del artº9.2 del MCDI junto con el procedimiento amistoso del artº 25 del mismo texto y, dentro de la sección C, será la subsección C2, comprensiva de los párrafos 4.32 al 4.39, la que específicamente se ocupe de los ajustes correlativos. Otras subsecciones de la sección C tratan los ajustes correlativos, pero no con carácter exclusivo.

Las principales cuestiones en las que se detiene la subsección C2 son:

- a) A la hora de describir el proceso modificadorio en que consiste el ajuste correlativo las Directrices proceden directamente a remitirnos al contenido del artº 9.2 MCDI;
- b) En consonancia con lo que advertíamos al tratar los ajustes correlativos, se precisa que el ajuste correlativo “*puede desarrollarse*” como un procedimiento amistoso. La redacción es clara, porque puede desarrollarse como un procedimiento amistoso, pero pueden suceder circunstancias por las que no

⁸⁸⁹ GARCÍA PRATS, F.A. (2005 a).

⁸⁹⁰ En el prólogo párrafos 12 y 17. El párrafo 12 alude a que las transacciones transnacionales de empresas asociadas encierran complejidad ya que en el supuesto de que se realice un ajuste en una de las empresas en una jurisdicción habrá que realizar un ajuste correlativo en la otra empresa, so pena de correr el riesgo de producir doble imposición en caso contrario. El párrafo 17 ilustra sobre el carácter no automático del ajuste correlativo y los presupuestos que tienen que concurrir, conforme ya hemos estudiado. O con ocasión de tratar los diferentes métodos de valoración, como sucede en párrafo 2.67, o en el 2.147

sucedan así, como será el caso en que no existan discrepancias entre los Estados. Otra cosa será que en la inmensa mayoría de los casos se inicie un proceso de intercambio de información y opiniones entre los Estados involucrados, pero ello no transforma que conceptualmente nos encontremos ante dos cuestiones o mecanismos distintos. De ahí entendemos que el texto precise que sea en el ámbito de la práctica donde se identifica con el proceso amistoso. Al menos en hipótesis cabría que un Estado unilateralmente aceptase el ajuste primario por considerarlo adecuado con el principio de *arm's length* en sí mismo y en cuantía;

c) La doble imposición generada por un ajuste primario puede evitarse o reducirse mediante dos posibilidades:

- ✓ un ajuste correlativo;
- ✓ la aceptación por el Estado que efectuó el ajuste primario de reducir o eliminar el ajuste primario, haciendo innecesario el ajuste correlativo;

d) Los ajustes correlativos no persiguen incrementar los beneficios de un grupo empresarial por encima de los beneficios que habría obtenido actuando en condiciones de *arm's length*;

e) ¿El procedimiento amistoso es siempre el cauce aplicable para proceder al ajuste correlativo? A tal cuestión se responde afirmativamente bajo el condicionante de que el CDI incorpore una determinación análoga al artº9.2. Pero si la condición no se cumple las posturas de los Estados varían, siendo la postura mayoritaria la de estimar que el procedimiento será el del artº 25 aunque no se hubiera incluido una disposición como la que recoge el artº9.2, siendo así expresado por los párrafos 11 y 12 de los comentarios al MCDI;

f) El Estado B para realizar el ajuste correlativo cuenta con dos vías posibles: calcular de nuevo la base imponible de la empresa asociada residente en su jurisdicción para contemplar lo pagado por la otra empresa asociada en el otro Estado a consecuencia del ajuste primario, o concediendo a la empresa asociada una reducción en el impuesto. Esta previsión ya estaba contenida en los comentarios del artº9.2;

g) Se reitera que el ajuste correlativo no es obligatorio, no operando automáticamente, dado el carácter no obligatorio de llegar a un acuerdo en el procedimiento amistoso.

h) La imputación temporal de los resultados del ajuste con carácter preferente debiera atribuirse al ejercicio fiscal en que aconteció la transacción objeto de consideración y, solo excepcionalmente, cuando el lapso entre la mencionada fecha y la de la resolución definitiva que ponga fin al procedimiento (por conformidad del contribuyente o por sentencia judicial) comprobador sea lo suficientemente importante habría de atenderse a esta última. Ello facilitaría la aceptación del ajuste

Por último, las Directrices de 2010 proceden a realizar una valoración de los ajustes y de los procedimientos amistosos como mecanismos resolutorios de las controversias, apuntando las ventajas, inconvenientes y vías de mejora.

δ.3.–Los ajustes secundarios

1.– El concepto oficial de ajuste secundario aparece recogido por primera vez en el glosario de las Directrices de 1995, donde se define como el “*ajuste que resulta de la aplicación de un impuesto a una operación secundaria*”. Habremos de ir al concepto de operación secundaria que se nos define como la “*operación presunta a la que proceden determinados países en virtud de su legislación interna después de haber propuesto un ajuste primario a fin de realizar un reparto efectivo de los beneficios compatible con este ajuste primario. Las operaciones secundarias pueden tomar la forma de dividendos presuntos, de aportaciones presuntas de capital o de préstamos presuntos.*” Con especial claridad nos ilustra sobre el concepto MARTÍNEZ–CARRASCO PIGNATELLI⁸⁹¹ al escribir que consiste en “*calificar fiscalmente –de manera separada y conforme a unos criterios o reglas determinadas–, la renta que resulte de la diferencia que existiera entre el valor normal de mercado que se haya calculado y el valor de la operación que las partes vinculadas hubieren convenido*”. CALDERÓN CARRERO y MARTÍN JIMÉNEZ⁸⁹² añaden en la misma dirección que el ajuste secundario “*se plantea normalmente en relación con la calificación fiscal del exceso de renta que figura en la contabilidad de una entidad vinculada en relación con la que se considera que procedido de haberse obtenido y pagado en condiciones de plena competencia de acuerdo con el ajuste primario realizado por las autoridades fiscales de un determinado país. Por tanto, el ajuste secundario procedería realizarlo por las autoridades fiscales de un determinado Estado, eventualmente únicamente sobre la persona o entidad vinculada que ha recibido un beneficio en exceso de acuerdo con lo establecido en un ajuste primario realizado por una Administración tributaria*”

2.– Su necesidad es obvia. Realizado el ajuste por el que se adecúa el precio de una transacción al precio de *arm's length*, con ello no se alcanza a enmendar el hecho de que la empresa asociada haya transferido en la realidad a la otra entidad vinculada una cantidad que difiere de la de *arm's length*. De ahí que como apunta COSÍN OCHAITA⁸⁹³ “*demonstrado que el pago por el precio de la transacción de un bien o por la prestación de un servicio, queda por calificar el motivo por el que se paga el sobreprecio por la transferencia*”. El ajuste correlativo impide la doble imposición, pero la tributación global de los sujetos vinculados como nos explica CASADEVALL⁸⁹⁴ no incluye sólo el Impuesto de Sociedades sobre su respectivo beneficio, sino también la tributación adicional sobre los beneficios distribuidos, en la

⁸⁹¹ MARTÍNEZ–CARRASCO PIGNATELLI, J.M. (2009).

⁸⁹² CALDERÓN CARRERO, J.M. y MARTÍN JIMÉNEZ, A. J. (2009a).

⁸⁹³ COSÍN OCHAITA, R. (2007)

⁸⁹⁴ CASADEVALL, J.J. (2007).

medida en que la deducción por doble imposición interna de dividendos no elimine totalmente esa doble imposición

3.– Pues bien, ese ajuste al que ahora nos referimos recibe distintas denominaciones. En EE. UU. se le denomina “*conforming adjustment*”, en otros países se le conoce como transacción secundaria o constructiva. También es frecuente referirse a los ajustes secundarios como ajustes calificativos.

4.– En su trasfondo los ajustes secundarios vienen a reconocer la prevalencia del fondo sobre la forma (LÓPEZ–HERMOSO AGIUS⁸⁹⁵).

5.– Tres son los elementos que se nos presentan definitorios del ajuste secundario por las Directrices de 1995:

a) El ajuste secundario se presenta como un ajuste que es consecuencia de haberse realizado un ajuste primario y, por ende, se pone en funcionamiento en un momento posterior a éste, de ahí que por parte de las Directrices 1995 se utilice el término “después”. De ello se infiere que, si se retira el ajuste primario, el ajuste secundario no entrará en funcionamiento.

b) Mediante el ajuste secundario se presume que la operación/transacción realizada en realidad es diferente a la que se presenta. De ahí que haya que hacer tributar a la operación real. La estructura ciertamente nos recuerda a la simulación y el tratamiento de la simulación, como analizaremos cuando reparemos en el principio de calificación en nuestro ordenamiento jurídico.

c) La calificación que haya que darle a la operación presunta se hará conforme al Derecho interno, pudiendo revestir tres formas: dividendos presuntos, aportaciones presuntas de capital o préstamos presuntos.

6.– Conceptuado en tales términos ninguna duda cabe de que el ajuste secundario habrá de recaer sobre la entidad que recibió un beneficio considerado excesivo tras la práctica del ajuste primario, y en el ámbito objetivo versará sobre el exceso de renta que aparece en la contabilidad.

7.– A nivel de la doctrina española profundizaremos en los ajustes secundarios cuando tratemos el principio de calificación en el capítulo V de este trabajo.

8.– El artº9 del MCDI no se ocupa de los ajustes secundarios, Sin embargo, ello no quiere decir que los impida cuando la norma doméstica los prevea. Así lo señalan expresamente los comentarios al texto de 1977, parágrafo 6. Además, se precisa sobre los mismos:

a) no son ajustes correlativos o bilaterales;

b) de los ajustes secundarios no se ocupa el apartado 2 del artº9, lo cual volverá a ser reiterado en el parágrafo 4.70 de las Directrices de 1995;

⁸⁹⁵ LÓPEZ HERMOSO AGIUS, J.C. (2010).

c) su finalidad es lograr que tras su realización la situación sea idéntica a la que se habría producido si las empresas hubieran actuado con arreglo al principio de *arm's length*;

d) el mecanismo de actuación del ajuste secundario dependerá de las circunstancias especiales del caso individual que se trate.

La doctrina⁸⁹⁶ advierte que la falta de previsión de reglas sobre los ajustes secundarios en un CDI traerá que en caso de que se practique se producirá un problema de doble imposición económica, de lo cual se harían eco las Directrices de 1995 en su párrafo 4.69. Este riesgo de doble imposición vendrá originado por las recalificaciones como dividendos presuntos, ya que generará una retención en la fuente, siempre que el otro Estado no conceda crédito o desgravación fiscal en virtud de lo dispuesto en el artº 23 MCDI de la OCDE. De ahí que las propias Directrices recomienden que *“las Administraciones Tributarias cuando los ajustes secundarios se consideren necesarios, procedan a los ajustes de tal manera que los riesgos de doble imposición que podrían resultar sean reducidos al mínimo, salvo cuando el comportamiento del contribuyente denote una intención de disfrazar un dividendo con la finalidad de evitar la retención en la fuente.”*⁸⁹⁷. En términos muy similares se expresaban los comentarios del artº9.2 MCDI en su versión 1995. Para tratar de prevenir el riesgo las Directrices exponen una vía de solución: *“algunos países que practican los ajustes secundarios ofrecen al contribuyente que ha recibido el ajuste primario otra opción: el contribuyente podrá evitar el ajuste secundario haciendo repatriar el exceso de beneficios del grupo multinacional, del que forma parte, a fin de acomodar sus cuentas con el ajuste primario”*. De lo dicho se desprende que la OCDE considera esta especie de ajustes compensatorios más adecuados que los ajustes secundarios, ya que no podemos olvidar que es propósito del CDI el evitar la doble imposición y considera que la repatriación voluntaria del exceso de beneficios lo consigue de una manera más eficiente. Como mecanismos de repatriación se citan: abriendo cuentas a pagar, pago de dividendos cuando es entre matriz y filial, el pago de un precio de transferencia adicional o el reembolso de una parte del precio. El párrafo 4.73 añade que cuando la repatriación implica la reclasificación de un pago como dividendos, el importe hasta la cifra del ajuste primario no se incluirá en la renta de la entidad beneficiaria, porque ya habrá supuesto una disminución de sus ingresos, no pudiendo disfrutar de deducción fiscal por dividendos, ni de la exención del dividendo por la meritada cantidad o del crédito por la retención en la fuente. Las cuentas a cobrar se enumeran en el párrafo 4.72⁸⁹⁸ y se acometen en el 4.74, dotándolas del mismo tratamiento dispensado a los préstamos, por lo que la recalificación conllevará la consideración de intereses y devolución de principal.

⁸⁹⁶ COSÍN OCHAITA, R. (2007) apunta en el capítulo 5 de su obra que *“en la mayoría de los casos, los ajustes secundarios producen doble imposición, salvo que el otro país proporcione un crédito fiscal correlativo o alguna otra forma de desgravación o deducción fiscal en relación a la carga impositiva adicional que resulta del ajuste secundario”*. WITTENDORFF, J. (2010) añade que *“the absence of treaty rules on secondary adjustment can itself result in economic double taxation”*.

⁸⁹⁷ Párrafo 4.71 Directrices 2010

⁸⁹⁸ Directrices 2010

9.– Las Directrices de 1995 dedican a los ajustes secundarios los párrafos 4.67 al 4.77 dentro de la subsección “V”, dentro de la sección “C” del capítulo IV, con una sistemática a nuestro parecer deficiente, por cuanto la sección “C”, como hemos tenido ya oportunidad de indicar, aparece rubricada bajo el título “*El ajuste correlativo y el procedimiento amistoso: artículos 9 y 25 del MCDI de la OCDE*”. La única razón que justifica tal encuadramiento sería el tratamiento que confiere a los mismos, en cuanto son tratados en sentido negativo como ajustes no–correlativos y a los que no está referido el artº9.2 del MCDI, y bajo tal perspectiva delimitan el concepto de los ajustes correlativos que sí son a los que corresponde la sección “C”.

10.– Las Directrices de 2010 acometen los ajustes secundarios con la misma sistemática en el capítulo IV, Sección C, subsección “C5”, comprendiendo los párrafos 4.66 al 4.76. Excepto por el descabalgamiento en la numeración de los párrafos, en todo lo demás viene a coincidir el texto de 1995 y 2010. Otro tanto sucede en la versión 2017, donde los ajustes secundarios ocupan los párrafos 4.68 al 4.78, de la subsección “C5”

11.– Las fórmulas que se prevén de recalificación son:

a) La recalificación como dividendos presuntos:

✓ Supuesto:

Operación vinculada:

A filial de B;

A paga por una transacción: 10 unidades.

Operación de *arm’s length*

El precio de la transacción: 5 unidades.

✓ Ajuste primario:

Se reducirá el gasto de A en 5 Unidades, quedando modificada su base imponible con un incremento de 5 unidades.

✓ Ajuste correlativo:

Se disminuirán los ingresos de B en 5 unidades, quedando modificada su base imponible con un decremento de 5 unidades.

✓ Ajuste secundario:

Se recalifica como pago de dividendo de A a B: 5 unidades;

✓ Consecuencia:

El Estado de A procedería a practicar una retención en la fuente sobre una base de 5 unidades

En esta situación, el parágrafo 4.68⁸⁹⁹ previene que la retención en la fuente no es deducible por la empresa B en el Estado B si el Estado B no considera que se trate de una recepción de dividendos.

b) La recalificación como préstamos presuntos:

✓ Supuesto:

Operación vinculada:

A filial de B;

A paga por una transacción: 10 unidades.

Operación de *arm's length*

El precio de la transacción: 5 unidades.

✓ Ajuste primario:

Se reducirá el gasto de A en 5 Unidades, quedando modificada su base imponible con un incremento de 5 unidades.

✓ Ajuste correlativo:

Se disminuirán los ingresos de B en 5 unidades, quedando modificada su base imponible con un decremento de 5 unidades.

✓ Ajuste secundario:

Se recalifica como préstamo de A a B: 5 unidades.

✓ Consecuencia:

se presume que se pagan intereses retributivos que por aplicación del *arm's length* será el de mercado (en cuanto a tipo y cadencia) y que hay obligación de devolución del préstamo. Los efectos no serán solo para el ejercicio del ajuste, sino además para todos aquellos hasta que se considere realizada la devolución del préstamo.

c) La recalificación como aportaciones presuntas.

Se trata del mecanismo contrario a los préstamos, ya que se puede enmascarar bajo la fórmula de préstamo lo que en la realidad constituye una aportación de socio. La diferencia fundamental estará en que en las aportaciones de socios a fondos propios ni conllevan la obligación de devolución ni el pago de intereses.

Pese a que el texto de las Directrices exclusivamente alude a la recalificación bajo alguna de las tipologías enumeradas, se interpreta que no es una enumeración cerrada, dado que descansa sobre los regímenes jurídicos internos y las soluciones que pueden adoptar los países pueden ser variadas, precisamente por ello el parágrafo 4.66 previene que la recalificación estará en función de las particularidades del caso concreto y de los Derechos internos.

⁸⁹⁹ Directrices 2010

12.– Un problema adicional a considerar es si el ajuste secundario opera cuando el ajuste primario se realiza a la baja y no al alza. Veamos, las Directrices nos hablan del ajuste secundario ante la transferencia de exceso de utilidades o beneficios⁹⁰⁰ que se corrigen primariamente a la baja disminuyendo el precio convenido para ajustarlo al de mercado (inferior). Pero puede suceder que la cesión o transferencia pudiera ser gratuita, en cuyo caso la corrección primaria será al alza, incrementando el precio que habría de haber recibido la receptora. CALVO VÉRGEZ⁹⁰¹ entiende que el ajuste secundario no vendría a corregir dicha situación, y debe considerarse que solo cuando el ajuste primario y correlativo proceden a corregir los excesos de beneficios cabría hablar de la procedencia del ajuste secundario. Adicionalmente el citado autor, con apoyo en CALDERÓN CARRERO y MARTÍN JIMÉNEZ⁹⁰², estima que en el supuesto de que la Administración tributaria no reconozca una transacción (teoría del *disregard*), no procedería la práctica del ajuste secundario, ya que no se produciría el ajuste primario previo necesario. En contra de dicha opinión se muestra NAVARRO IBARROLA⁹⁰³, cuando tras parafrasear a estos últimos autores⁹⁰⁴ concluye que *“El desacierto del planteamiento citado reside en la confusión del ámbito de actuación de ambas figuras. El ajuste transaccional se refiere exclusivamente al plano del ajuste de comparabilidad y por consiguiente al cálculo del ajuste primario (valorativo) que corresponda, mientras que el ajuste secundario incidirá sobre la calificación de dicha renta.”*

13.– Las Directrices previenen de las dificultades que conllevan los ajustes secundarios, lo que favorece que existan países que no los admiten. Entre las dificultades que entrañan se sitúa el que cuando la aplicación del ajuste secundario se produzca entre dos sociedades al mismo nivel dentro de un grupo se puede generar la aplicación de recalificaciones en cadena hasta llegar a la matriz por un efecto dominó. Además, los socios minoritarios podrían verse tratados de la misma manera que los mayoritarios, calificándose sus recepciones como dividendos cuando en realidad no serían vinculados y no reciben excesos.

14.– Igualmente, las Directrices tratan la problemática de si los ajustes secundarios conllevan ajustes contables o se limitan al ámbito fiscal. Nos ocuparemos en profundidad de este extremo en relación con nuestro país en el capítulo V. El párrafo 4.75 se limita a hacer depender la solución que se adopte en función de la recalificación que se trate y de la norma interna del país de la repatriación.

15.– Por último, las Directrices realizan una ferviente recomendación del procedimiento amistoso para solucionar las fricciones que puedan surgir en la aplicación de los ajustes secundarios.

⁹⁰⁰ Parágrafo 4.66 y 4.67 de las Directrices 2010

⁹⁰¹ CALVO VÉRGEZ, J. (2011).

⁹⁰² CALDERÓN CARRERO, J. y MARTÍN JIMÉNEZ, A. (2009 a)

⁹⁰³ NAVARRO IBARROLA, A. (2016).

⁹⁰⁴ CALDERÓN CARRERO, J. y MARTÍN JIMÉNEZ, A. (2009a), p.40–41 donde se indica que *“allí donde la administración recaracteriza la operación [efectúa un ajuste transaccional, se entiende] sería extraño que se llevara a cabo un ajuste secundario dado que la propia recalificación de la operación debería pivotar sobre las operaciones y flujos de tesorería realizados de manera que se estableciera la correcta tributación de los mismos”*.

ε.– La elección del método.

ε.1) Introducción

Con carácter previo hemos de efectuar algunas consideraciones sistemáticas para un correcto entendimiento del planteamiento que realiza la OCDE, unas de orden sistemático y otras en relación con la incardinación conceptual de los métodos de distribución y valoración.

Comenzando por las de orden sistemático, hemos de reparar en que desde el texto de las Directrices de 1995 los métodos son analizados en un capítulo aparte y diferenciado del genuinamente dedicado al capítulo de consideraciones sobre el *arm's length*. Así, en el texto de 1995 a los métodos se destinaron los capítulos II y III (rubricados “*Métodos Transaccionales Tradicionales*” y “*Otros Métodos*” respectivamente), mientras que a las consideraciones generales lo fue el capítulo I (“*El Arm's Length*”). Otro tanto sucedió en el texto de 2010 y en el texto actual de 2017⁹⁰⁵, en los que con la misma estructura ordinal el capítulo II apareció asignado a la “*Metodología para la determinación de los precios de transferencia*”, comprendiendo tanto el estudio de los “*Métodos tradicionales basados en las operaciones*”⁹⁰⁶ como los “*Métodos basados en los resultados de las operaciones*”, siendo el capítulo I el que se ocupa del “*Principio de plena competencia*”. En cambio, esto no era así en el Informe de 1979, por cuanto allí en el capítulo I “*Resumen de Problemas*”, en su primera parte encabezada como “*El principio de Arm's Length*” se tratan introductoriamente en sus párrafos 11 al 14 el método del precio libre comparable, el método del coste incrementado, el método del precio de reventa, otros métodos y los llamados métodos globales. Quiere ello decir que la vinculación entre el concepto de *arm's length* y los métodos es muy estrecha, y aunque sistemáticamente a medida que se ha ido depurando el tratamiento de los precios de transferencia se ha ido dando a cada cuestión un compartimento propio, se trata de meras razones expositivas y de claridad. Con ello queremos poner de manifiesto el que, a nuestro entender, en un estudio del principio de *arm's length* como el que pretendemos que sean estas líneas, no alcanzaríamos una completitud si prescindieramos de unas nociones sobre los métodos.

Por otra parte, y desde el texto de 1995 las Directrices han seguido la misma organización sistemática de estudio. En primer lugar, acometen los métodos tradicionales, siguiendo siempre idéntica sucesión de tratamiento: el método del precio libre comparable, del precio de reventa y del coste incrementado. A su vez los apartados dentro de cada método se organizan en torno a unas consideraciones conceptuales previas, para posteriormente pasar a exponer algunos ejemplos de aplicación. En

⁹⁰⁶ La traducción al castellano no se corresponde exactamente con la terminología de la versión en inglés, por cuanto la literalidad sería métodos transaccionales tradicionales (Traditiona Transaction Methods).

segundo lugar, en la parte dedicada a los métodos no tradicionales, se dividen los párrafos en distintos apartados (y en su caso subapartados) que han venido variando en los distintos textos, aunque con un patrón común de abordar sucesivamente consideraciones conceptuales generales, fortalezas y debilidades y guías orientadoras de aplicación.

Cuando hablamos de métodos o criterios, al final siempre estaremos hablando de distintos mecanismos que se utilizan y que permiten conseguir una distribución más adecuada de los beneficios entre dos partes de una empresa tomando el término empresa en un sentido lato que engloba distintos niveles, a saber:

- a) empresas asociadas entre sí;
- b) distintas partes entre sí, ya se trate entre filiales o sucursales (relaciones horizontales) o ya lo fuere entre filiales o sucursales con la matriz, pero situadas siempre en distintas jurisdicciones fiscales.

Son siempre mecánicas que conducen a la distribución y asignación. En este sentido se pronuncia NAVARRO IBARROLA⁹⁰⁷ cuando, con apoyo en el propio texto de las Directrices, caracteriza el *arm's length* como una herramienta para la preservación de bases imponibles que carece de objetivo concreto más allá de servir como pauta para atribuir rentas a miembros vinculados, estando plenamente alineado con el proceso BEPS. No obstante lo anterior, desde la óptica pragmática bien pudiera entenderse que hay que diferenciar entre métodos de asignación/distribución y métodos valorativos propiamente dichos. Ello sucede porque desde el punto de vista práctico existen dos momentos operativos diferenciados, a saber: por una parte, la valoración de los bienes o servicios objeto de la transacción, lo que nos permitirá cuantificar el beneficio; por otra parte, la distribución o asignación de los beneficios cuantificados. Sin embargo, en una concepción teleológica de los métodos, todos conducen a lo mismo: el poder determinar los beneficios de cada parte envuelta en la transacción y que sirven para determinar la base tributaria por la que pagará en la jurisdicción fiscal bajo la que se encuentre obligada a tributar. A la vista de ello, la primera diferenciación que hay que dejar apuntada es la de métodos de distribución y métodos de valoración. Aunque conceptualmente la diferenciación entre unos y otros no ofrece dificultades, *a posteriori* sí que se presentan. A dichas dificultades ha contribuido la no neta diferenciación en que incide la doctrina (y en no pocas ocasiones) al incluir entre los métodos valorativos criterios de auténtica distribución, o viceversa. Baste como ejemplo la contraposición que vamos a ver entre el método de la contabilidad separada y el método formulario, por cuanto la contabilidad separada encuentra una fuerte dosis de identificación (rectius, aproximación) con el principio de *arm's length*⁹⁰⁸ y por ello conlleva implícitamente una metodología valorativa; mientras que el método formulario es por esencia un mecanismo de distribución. Otro ejemplo es el párrafo 14 del Informe de 1979,

⁹⁰⁷ NAVARRO IBARROLA, A. (2016).

⁹⁰⁸ En este sentido, v.gr. TRAPÉ VILADOMAT, M. (2007) cuando escribe: “*Este principio de entidad independiente o separada, separate entity approach, constituye el pilar sobre el que se desarrolla el principio de libre competencia*”. Igualmente SADIQ, K. (2004) escribe: “*The arm's length standard is based on what is referred to as the separate accounting or separate entity approach*”.

cuando al tratar los distintos métodos directamente enfrenta los métodos acordes con el *arm's length* (entre los que enumera el precio libre comparable, de reventa, etc.) y los métodos no acordes con el *arm's length*, entre éstos últimos directamente alude a los métodos formularios de distribución de beneficios entre filiales. Nos congratula el que LEPARD ya en el año 1999 apreciase este mismo distingo cuando escribía

“This broad, umbrella concept of an “arm’s length standard” is distinguishable from the “arm’s length method.” The term “arm’s length method” refers to a particular method for implementing the arm’s length standard. The arm’s length method focuses on the prices of individual transactions between a corporation and related corporations. Transfer prices are respected as reflecting true income so long as these prices are comparable to the prices that would have been paid by unrelated corporations dealing with one another at “arm’s length.”

Las divisiones o clasificaciones entre los distintos métodos valorativos varían entre las que se efectúan desde la óptica económica–contable y las que se realizan desde el enfoque jurídico de la materia.

En el enfoque económico y contable del problema ya nos hemos detenido profusamente en el capítulo segundo (apartado 2.4.2.d) apreciando cómo se diferencia esencialmente entre métodos de los precios basados en los costes y métodos basados en los precios de mercado. Ésta es la distinción que encontramos en estudios como el realizado por YOUNG⁹⁰⁹ o EL–SEGINI⁹¹⁰, con amplia cita de autores al respecto. En el primer grupo quedarían incardinados el método de los costes reales, el método de los costes estándares, el método de los costes estándares incrementados y el método marginal o de costes variables. El precio de *arm's length* vendría a quedar identificado con el método basado en los precios de mercado cuando el mercado es perfectamente competitivo. Por ello debe distinguirse dentro de los precios de mercado dos categorías: precios de mercado sin ajustes y precios de mercado con ajustes. Los primeros son los que genuinamente se identifican con el *arm's length*. Los segundos se distancian del *arm's length*, pero es una realidad económica indiscutible en las transacciones internas que los centros receptores no suelen aceptar el precio de mercado sin ajustes, por cuanto existen una serie de costes que no se pueden tomar en consideración (costes de ventas, publicidad, volumen de ventas, etc.). A dichas dos categorías habría que añadir los precios negociados.

BERTRAM⁹¹¹ agrupó los métodos en dos categorías: métodos basados en la transacción (entre los que incardina el CUP –Comparable Uncontrolled Price–, el RP–Resale Price– y el C+ –Cost plus–) y métodos basados en el beneficio (entre los que sitúa el PSM –Profit Split Method– y el CPM –Comparable Price Method–).

Para un análisis más pormenorizado nos remitimos al capítulo segundo.

⁹⁰⁹ YOUNG, A. (1974).

⁹¹⁰ EL–SEGINI S.A. (1992).

⁹¹¹ BERTRAM, H.M. (1999).

El enfoque jurídico toma en consideración otros criterios diferenciadores que pasamos a analizar.

La primera distinción históricamente realizada fue entre el método de las cuentas separadas y el método de la cuenta unitaria. Desde el informe de 12 de abril de 1927, a través del artº5 del borrador de modelo de convenio para la prevención de la doble imposición, ya se preveía la aplicación del método de la contabilidad separada para proceder a una correcta asignación de beneficios al establecimiento permanente. Aunque en la redacción dada al mentado artículo en 1928 desapareció esa referencia. En otros apartados (fundamentalmente en el apartado 3.2.1) del presente trabajo hemos ido analizando con suficiente detalle la evolución que fue sufriendo a través del tiempo el método de las cuentas separadas, remitiéndonos a lo allí expuesto en aras a evitar inútiles reiteraciones. Conforme al método de las cuentas separadas se ha venido entendiendo que la forma idónea y satisfactoria de distribuir los beneficios, tanto en el supuesto de las empresas asociadas como en el de los establecimientos permanentes, es mediante la llevanza de una contabilidad propia y separada por cada una de las partes de la empresa, siempre que dicha contabilidad se corresponda con la realidad. Por el contrario, la contabilidad unitaria significa que la empresa y todas sus partes tienen una única contabilidad, lo que acarrea indudables problemas a la hora de asignación de beneficios a cada parte situada en una jurisdicción fiscal distinta. El método unitario también se ha dado a conocer como método formulario de distribución de beneficios por cuanto calcula los beneficios de las distintas sucursales o partes de una empresa o grupo empresarial como si las sucursales o partes fueran distintas e independientes empresas que contratan a *arm's length*, pero tomando al grupo o empresa como una unidad. Tanto las operaciones nacionales e internacionales son tomadas en consideración, ahora bien, las transacciones internas entre las distintas partes son excluidas para evitar doble contabilización de ingresos y gastos.

Otros autores contraponen el método de las cuentas separadas a los métodos empíricos. Ya en el informe Carroll⁹¹² aparecía recogida tal clasificación al distinguir tres tipologías de métodos con ocasión de estudiar los métodos generales de asignación de rentas en el caso de empresas extranjeras:

a) La metodología de la contabilidad separada de la que se predicaba que significaba determinar los ingresos conforme a las cuentas del establecimiento local, implicando tanto la verificación de la realidad de las cuentas como el análisis de las relaciones del establecimiento local con otras sucursales o filiales de la misma matriz, lo que suponía entre otras cosas el análisis del precio facturado de los bienes vendidos o servicios prestados.

b) Los métodos empíricos (más tarde conocidos como métodos presuntivos) de los que se destacaba su carácter subsidiario al constatarse que solían utilizarse por las autoridades fiscales cuando las cuentas no reflejaban la realidad, pudiendo consistir, ora en la comparación de la empresa en cuestión con otras similares, ora en la consideración de determinados factores (volumen de negocios, activos u

⁹¹² En el capítulo IV del volumen IV

otros fácilmente determinables). En esta última variante recibía también la denominación de método del porcentaje.

c) El método del reparto formulario (aplicados en Suiza y en España), y que es considerado como un método empírico pero que se solía tratar por separado, al ser un método primario y no subsidiario, consistiendo en la determinación del ingreso de un establecimiento mediante la aplicación a los ingresos netos totales de una empresa (o de dos o más de sus departamentos) una ratio de ciertos factores (normalmente activos, aunque también podría ser facturación, o nóminas o un porcentaje fijo). Dentro del mismo se distinguía entre métodos limitados, que son aquellos en que el ingreso neto total considerado es el de fuentes concretas (p.ej. fabricación y venta), y métodos ilimitados, que son los que toman en consideración el ingreso neto total de la empresa independientemente de la fuente o las transacciones que lo producen.

El criterio distintivo reside en una perspectiva diferente a la de la clasificación primeramente referida. Lo importante para esta clasificación tripartita radica en si la determinación de los beneficios se realiza directamente o de una forma indirecta o estimativa, de manera que en la metodología de la contabilidad separada se acude directamente a determinar los ingresos conforme a las cuentas contables de la empresa, razón por la cual también se le conoce como método directo y, por el contrario, en los métodos empíricos se proceden a determinar los ingresos de forma indirecta a través de distintos mecanismos que varían según el método, por ello también se les conoce como métodos indirectos.

Para estas dos primeras clasificaciones el método de las cuentas separadas suele no aparecer diferenciado del principio de *arm's length*, identificándose en gran número de ocasiones por los autores ambos conceptos. Véase por ejemplo en este sentido a LEPARD⁹¹³. Ciertamente ello supone tomar el todo por la parte y supone un uso no demasiado acertado desde el punto de vista técnico. Ya que el hecho de que un criterio/método se aproxime en gran manera a las exigencias del principio de *arm's length* no significa que sean identificables. Se trata de una acepción que incurre en el defecto de confundir el principio con la metodología más idónea de aplicación de la misma.

Los métodos empíricos o indirectos varían muchos unos de otros, consistiendo en una estimación de los ingresos conforme a los mejores datos disponibles.

LEPARD⁹¹⁴ diferencia entre el método del *arm's length* (obviamente se está refiriendo al método de las cuentas separadas), el método clásico del prorrateo formulario y, en medio de ambos, los demás que entrarían dentro de la categoría de métodos empíricos.

ELLIOT⁹¹⁵ distingue entre métodos basados en la transacción que se identifican con los métodos tradicionales y métodos basados en el beneficio de la transacción. Dentro de

⁹¹³ LEPARD, B.D. (1999)

⁹¹⁴ LEPARD, B.D. (1999).

⁹¹⁵ ELLIOT, J., 1998.

los métodos basados en el beneficio se sitúan el método de los beneficios comparables (CPM: Comparable Profits Method) que es el antecedente del TNMM beneficio (TNMM: Transactional Net Margin Method), y el PSM (PSM: Profit Split Method).

Dentro de los métodos empíricos nos encontraremos a su vez con dos grandes grupos: los métodos tradicionales y los métodos transaccionales⁹¹⁶. Entre los primeros acostumbra la doctrina a incluir el método del precio libre comparable (CUP: Comparable Uncontrolled Price), el método del precio de reventa (PR) y el método del coste incrementado (CI ó C+). Los segundos son también denominados métodos del beneficio de la transacción o métodos formularios de prorrateo y dentro de los mismos se incluyen el método de la división del beneficio (PSM: Profit Split Method) y el método del margen neto del beneficio.

Desde otro punto de vista, los métodos se clasifican en dos grupos: los métodos del margen bruto que serían los métodos tradicionales, y los métodos del margen neto que serían los métodos transaccionales.

El Informe de 1979 clasifica los métodos en dos grupos:

- a) métodos acordes con el principio de *arm's length*, entre los que estima: el método del precio libre comparable (CUP: Comparable Uncontrolled Price), el método del precio de reventa (PR), el método del coste incrementado (CI ó C+) y otros métodos (tanto una mezcla de los anteriores como otros que no relaciona);
- b) métodos no acordes con el principio de *arm's length* y, por tanto, no aceptados, entre los que expresamente se incluyen los métodos globales (también conocidos como métodos directos de distribución del beneficio) y los métodos formularios de distribución entre filiales, advirtiéndose en sus parágrafos 14–15 del riesgo de doble imposición que pueden sufrir las multinacionales en caso de que las autoridades fiscales actúen descoordinadamente o apliquen métodos formularios, salvo en supuestos excepcionales y por intermedio de acuerdos entre dos países para su uso.

La tercera parte del Informe de 1984, en sus capítulos II y III destinados a la cuantificación de los gastos generales o de administración intragrupo atribuibles a las distintas partes de la empresa, vino a mantener los siguientes pronunciamientos:

- a) sobre el ámbito de los costes de los socios: hay que aclarar sobre lo dispuesto en el Informe de 1979 que deben distinguirse los costes de los socios (que sí serán atribuibles a los socios) de los costes en que se incurre para hacer que el conglomerado que supone la multinacional sea más rentable que la suma de las diferentes partes (que no serían atribuibles)

⁹¹⁶ Esta denominación no hay que confundirla con la utilizada por los distintos textos de las Directrices cuando en su versión en inglés contraponen *traditional transaction methods* y *transactional profit methods*. Todos estos métodos se basan a la postre en uno u otro aspecto de la operación/transacción. En la distinción de referencia los métodos tradicionales son los *traditional transaction methods* y los métodos transaccionales son los métodos basados en el resultado.

b) enfoques posibles: caben dos enfoques muy distintos y que encajarían dentro de las recomendaciones de la OCDE. Para unos, los costes de socio deben ser soportados como regla general por las subsidiarias, que son quienes se benefician de los mismos, a excepción de aquellos costes que por su naturaleza o función deban ser soportados por la matriz. Para otros, la regla general debe ser que sean soportados por la matriz, y solo excepcionalmente por las subsidiarias cuando sea posible identificarlos y cuantificarlos con un grado razonable de certeza con relación a un periodo de tiempo. El criterio se podría adoptar por alguna de las tres vías siguientes: específicamente en el contenido del artº9 cuando se celebrasen convenios bilaterales, en acuerdos adoptados por las autoridades fiscales por un periodo determinado de tiempo, o en sede de un procedimiento de mutuo acuerdo.

c) métodos de atribución de los costes a la matriz y a las demás partes del grupo: partiendo de la regla general de que los costes sí son distribuibles, se admitían dos métodos:

- ✓ El método directo consistente en cargar directamente los servicios individuales prestados, lo que guarda una perfecta coherencia con el *arm's length*, porque si los servicios son prestados a terceros independientes y se cargan costes por los mismos no hay motivo que justifique que en el caso de las asociadas no se realice dicho cargo. No obstante, para que exista esa coherencia se requiere que la cantidad cargada sea acorde con el precio de mercado. Presenta como ventajas el que consigue la máxima correspondencia entre la realidad económica y los principios fiscales, además de ser el mecanismo mayormente aceptado por las autoridades fiscales
- ✓ El método indirecto consistente en la distribución prorrateada o estimada. Dentro del mismo se contempla:
 - el método del coste repartido;
 - el método del cost-funding;
 - el método del margen en el precio.

Desde la versión de 1995 las Directrices contraponen dos categorías de métodos, si bien con alguna matización terminológica: métodos tradicionales basados en las operaciones y métodos basados en los resultados de las operaciones. En la primera categoría se incluyen el método del precio libre comprable, del precio de reventa y del coste incrementado. En la segunda categoría aparecen comprendidos el método de la división del beneficio y el método del margen neto transaccional(operacional).

El estudio en profundidad de las particularidades de cada uno de los métodos y de cuantos aspectos son incluidos en los textos de las distintas versiones de las Directrices supera con creces el propósito y objeto del presente trabajo, aunque el mismo quedaría incompleto sin una referencia expresa a los mismos. Por ello, y con el citado acotamiento, a continuación, pasaremos a analizar en qué consiste cada uno de los métodos expuestos.

ε.2) Breve estudio de los distintos métodos de valoración.

ε.2.1.–MÉTODO DEL PRECIO LIBRE COMPARABLE (COMPARABLE UNCONTROLLED PRICE METHOD ,“CUP”).–

a) Concepto.

El Método del Precio Libre Comparable consiste en comparar el precio de un bien o servicio entre partes vinculadas con el precio del bien o servicio entre partes independientes. Si de dicha comparación se desprende que el precio de la operación vinculada difiere del precio de la operación libre se estimará que no se respetó el precio de *arm's length* y habrá de ser sustituido.

En las Directrices de 1995 se recogió en su glosario la definición oficial del mismo como el “método de precios de transferencia que consiste en comparar el precio de los activos o servicios transferidos en una operación vinculada con el precio facturado de los activos o servicios transferidos en el marco de una operación no vinculada en circunstancias comparables”. Esta definición permanecería inalterada hasta el texto actual de 2017.

Esta metodología es la más directa para llegar al *arm's length* y ha sido durante mucho tiempo la preferida.

En el Informe de 1979 le fueron dedicados específicamente diversos párrafos. Es el caso del párrafo 11 del capítulo I (en sede de las consideraciones generales sobre el *arm's length*) o de los párrafos 48 a 55 del capítulo II (relativo a las transacciones de bienes), sin perjuicio de diversas apreciaciones relativas al mismo a lo largo de todo el texto.

A partir de las Directrices de 1995 el método CUP pasó a ser tratado en el capítulo II⁹¹⁷ de las distintas versiones, aunque las referencias y matizaciones surgen en múltiples lugares del texto. La numeración de los párrafos fue variando de un texto a otro, si bien se distribuyeron siempre en dos apartados, unos dedicados a los aspectos generales y otros a ejemplos clarificadores. Así, en 1995 fueron los párrafos 2.6 al 2.13⁹¹⁸ quienes trataron con especificidad este método. Por su parte, la versión de 2010 le destinó los párrafos números 2.13 al 2.20⁹¹⁹. En el texto de 2017 son los párrafos 2.14 al 2.26 los encargados de presentar los elementos configuradores del método⁹²⁰.

⁹¹⁷ Aunque este capítulo en las distintas versiones sufrió modificaciones en cuanto al ámbito de su contenido, desde 1995 siempre dio acogida al tratamiento de los métodos tradicionales.

⁹¹⁸ En esta versión los párrafos 2.6 al 2.9 fueron los destinados a los aspectos generales y los párrafos 2.10 al 2.13 a los ejemplos.

⁹¹⁹ Presentando bajo los párrafos 2.13 al 2.16 los aspectos generales y del 2.17 al 2.26 los ejemplos.

⁹²⁰ En esta ocasión los aspectos generales aparecen en los párrafos 2.14 al 2.22 y los ejemplos en los párrafos 2.23 al 2.26.

Para que una operación pueda tomarse como comparable habrá de cumplir al menos con uno de los siguientes dos presupuestos⁹²¹:

- a) que no exista ninguna diferencia entre las dos operaciones, o si existe que no influya significativamente en el valor normal de mercado. Es el supuesto del comparable ideal o perfecto;
- b) si existen diferencias habrán de realizarse los ajustes pertinentes sobre aquellos aspectos que repercutan relevantemente en el resultado. La dificultad que pueda surgir en la práctica de estos ajustes no debe significar automáticamente el descarte del método, pudiendo ser complementado con otros métodos y viniendo condicionada su puesta en práctica por la consecución de unos datos que puedan ser utilizados convenientemente.

La exigencia de estos presupuestos será reproducida en el régimen de cada uno de los métodos tradicionales.

Los comparables podrán ser internos⁹²² o externos, exigiéndose que al menos una de las partes sea independiente.

En la legislación estadounidense también se incorpora este método en la lista que incluye la Section 482-3 del CFR, destacándose que es el más fiable cuando resulta aplicable conforme a la regla del mejor método, aunque subraya que este método depende de que la comparabilidad sea muy alta o pueden ser realizados los ajustes necesarios. Como factores que pueden afectar a la comparabilidad se enumeran:

- a) la calidad del producto;
- b) las condiciones contractuales;
- c) el nivel del mercado;
- d) el ámbito geográfico del mercado;
- e) el tiempo de la transacción;
- f) si la transacción conlleva intangibles;
- g) riesgos del tipo de cambio de moneda;
- h) alternativas existentes para el comprador y el vendedor.

El Informe de 1979 en su párrafo 48 ya advertía que los factores que podían afectar al precio y, por ende, a la comparabilidad, eran “*numerosos*”, enumerando:

- a) La comparabilidad económica de los mercados en cuanto que los mismos podían presentar particularidades geográficas o nacionales, o por las diferencias de las estructuras económicas y sociales, o por situaciones de empresas dominantes.

⁹²¹ Párrafo 2.8 del texto de 1995. Párrafo 2.14 del texto de 1995. Párrafo 2.15 texto de 2017.

⁹²² Párrafo 48 del Informe de 1979.

b) La necesidad de que se tratase de productos que se situasen en el mismo punto de la cadena productiva o fueran identificables y cuantificables las diferencias.

c) Las características de los bienes o servicios objeto de la transacción, de forma que cuanto mayor similitud presentasen, mayor fiabilidad, de ahí que la estandarización se entendiese que contribuía favorablemente en la comparabilidad.

d) La aceptación por el consumidor del producto, de ahí que en el precio pudieran influir la patente, la marca, los nombres comerciales, el empaquetamiento, o particularidades significativas de calidad, diseño o estilo.

e) Circunstancias comerciales como el volumen de venta, el tiempo de la transacción, las condiciones contractuales, los costes de transporte, distribución y marketing, así como las condiciones de pago o las fluctuaciones de cambio.

f) Los servicios e intangibles que el vendedor incorporase a los bienes o servicios.

En los textos de 1995⁹²³ , 2010⁹²⁴ y 2017⁹²⁵ se puntualiza que además de la comparabilidad del producto habrá que atender a cada uno de los factores que determinan la comparabilidad, realizando una remisión a cada uno de los factores intervinientes en el análisis de comparabilidad contenido en el capítulo I.

Por último, hemos de dejar señalado que en todos los textos se incluye que cuando se presenten dificultades en la comparabilidad podrá procederse a la realización de los correspondientes ajustes (hasta ahí nada nuevo añaden a la técnica de la comparabilidad). A ello se añaden dos puntualizaciones⁹²⁶, y en esto sí que constituyen una guía en la aplicación de la metodología valorativa:

a) el criterio de flexibilidad a la hora de la realización de los ajustes, de manera que en la medida de lo posible (“debe hacerse todo lo posible”) se permita la utilización del CUP;

b) la posibilidad de complementar el método CUP con otros medios apropiados.

β) Ámbito.

El método es idóneo cuando existan comparables internos, por cuanto será más fácil que concurra la equiparabilidad entre las operaciones.

Igualmente, es adecuado cuando exista un mercado externo y organizado del producto, por cuanto en dicho supuesto es más fácil identificar operaciones comparables (por ej.

⁹²³ Parágrafo 2.9.

⁹²⁴ Parágrafo 2.16.

⁹²⁵ Parágrafo 2.17.

⁹²⁶ Parágrafo 55 Informe de 1979. Parágrafo 2.9 texto de 1995, parágrafo 2.16 texto de 2010 y parágrafo 2.17 texto de 2017.

en el mercado de materias primas). ARNOLD y MCLNTYRE⁹²⁷ estiman que es el método más usado para bienes vendidos en mercado público de materias primas como cereales, o cuando se trata de petróleo y algunos metales, destacando su utilidad para bienes manufacturados que no dependan sustancialmente del *know-how* o de marcas. Las Directrices también aprecian la idoneidad del método para los productos que denomina básicos transferidos entre empresas asociadas⁹²⁸.

γ) Fortalezas.

Como fortaleza de este método destacada por la doctrina se señala el constituir la manera más directa y fiable⁹²⁹ de aplicar el principio de *arm's length* cuando hay comparables. El Informe de 1979 en su parágrafo 11 ya advertía que se trataba del más adecuado y fácil de usar cuando existen comparables.

δ) Inconvenientes.

Por el contrario, entre los inconvenientes que presenta esta metodología se destacan:

- a) el requerir un grado de comparabilidad muy alto⁹³⁰, de manera que si se precisan muchos ajustes para poder llevar a cabo la comparabilidad el método pierde fiabilidad;
- b) el ser altamente sensible a las variaciones o diferencias en las características de los productos o servicios;
- c) la escasez de comparables idóneos, lo que determina como destacaban SCHWARTZ et al.⁹³¹ que sea más fácil la aplicación de este método en la teoría que en la práctica, puesto que conlleva la revisión de numerosas facturas, siendo muy difícil el encontrar comparables perfectos.

ε.2.2.–PRECIO DE REVENTA (RESALE PRICE, “PR”)

α) Concepto.

A lo largo de los distintos textos de la OCDE se fue dedicando atención a dicho método. Así, en 1979 se vertieron diversas consideraciones, fundamentalmente en el parágrafo 12 (capítulo I), y en los párrafos 56 al 62 (capítulo II, sección II). En 1995 se recogió

⁹²⁷ ARNOLD, B.J. y MCLNTYRE, M.J. (2002).

⁹²⁸ Parágrafo 2.18, 2.19 y 2.20 texto de 2017. Por productos básicos se entiende los productos físicos cuyo precio de cotización sirve como referencia a los operadores independientes del sector para fijar los precios en operaciones no vinculadas.

⁹²⁹ Parágrafo 2.7 del texto de 1995. Parágrafo 2.14 del texto de 2010. Parágrafo 2.15 del texto de 2017.

⁹³⁰ El parágrafo 2.8 de texto de 1995, 2.15 del texto de 2010 y 2.16 del texto de 2017 advierten de la dificultad de encontrar comparables.

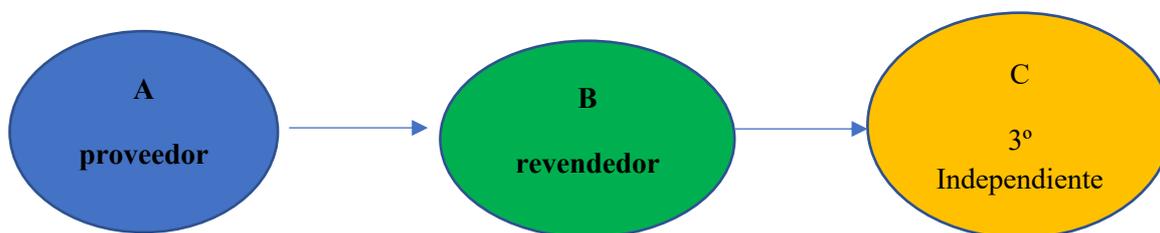
⁹³¹ SCHWARTZ M., ZIMMERMAN, P., PETERSON, J. & SEICKEL, S. (1995).

como uno de los tres métodos tradicionales, ocupándose de su análisis los parágrafos 2.14 al 2.31 del capítulo II⁹³².

En el glosario de las Directrices de 1995 aparece conceptualizado como el “método de precio de transferencia basado en el precio al que se vende un producto a una empresa independiente previamente adquirido a una empresa asociada. Del precio de reventa se resta el margen del precio de reventa. El resultado obtenido, una vez deducido el margen del precio de reventa, puede considerarse (tras el ajuste para tener en cuenta otros costes asociados a la adquisición del producto, por ejemplo, los derechos de aduana), como un precio de plena competencia de la transmisión inicial del activo entre las empresas asociadas.” La misma definición fue recogida en el glosario del texto de 2010, en el que aparecieron como parágrafos que analizaban específicamente el método del precio de reventa los números 2.21 al 2.38. Otro tanto aconteció en el texto 2017 siendo tratado en los parágrafos 2.27 al 2.44.

El método del precio de reventa consiste en sustraer del precio de venta(reventa) a parte independiente el margen bruto adecuado para obtener el precio de compra en condiciones de libre competencia. En definitiva, como apuntaba ya el Informe de 1979, mientras que el CUP compara precios, el RPM comparará márgenes de beneficio por reventa.

Obviamente se está refiriendo a una operación en cadena en la que intervienen tres partes:



a) la operación entre “A” y “B” es la transacción entre vinculadas, en la que “A” vende a “B”;

b) la operación entre “B” y “C” es la transacción independiente, en la que el precio por el que vende “B” a “C” es el Precio de Reventa.

Matemáticamente lo expresaríamos de la siguiente manera:

$$VM = \text{Precio de Reventa} - \text{Margen}$$

donde:

VM=: Valor de Mercado o precio de *arm's length*

⁹³² Como ya tenemos señalado cuando abordamos el CUP, los parágrafos de los métodos tradicionales se organizan desde 1995 en dos apartados diferenciados: consideraciones generales y ejemplos.

Precio de Reventa= Precio de Reventa a tercero independiente

Margen Revendedor:

$$\text{Margen Revendedor} = \text{Precio de Adquisición} - \text{Gastos}$$

Para determinar el margen bruto de reventa se puede acudir a comparables internos, esto es, a los márgenes brutos obtenidos por el revendedor en productos adquiridos y después revendidos a un tercero independiente⁹³³. Pero igualmente se pueden tomar comparables externos.

Los gastos a deducir comprenderán el precio de adquisición al proveedor, más los costes de venta y gastos de explotación (según las funciones desarrolladas) junto con un beneficio apropiado.

El margen del Precio de Reventa (MPR) aplicado se calculará conforme a la siguiente fórmula:

$$\text{MPR} = \frac{\text{Precio Reventa} - \text{Costes de Adquisición}}{\text{Precio de Reventa}}$$

Para que una operación pueda tomarse como comparable en la aplicación de esta metodología habrá de cumplir al menos con uno de los dos presupuestos siguientes⁹³⁴:

- a) que entre las dos operaciones no exista ninguna diferencia que influya materialmente en el margen del beneficio por la reventa en una situación de mercado perfecto;
- b) que sí existan diferencias, pero en tal supuesto habrán de realizarse los ajustes pertinentes en los aspectos que repercutan de forma relevante en el resultado.

En la utilización de este método hay factores particulares que pueden influir especialmente en la comparabilidad, o que precisarían en caso de concurrir los correspondientes ajustes. Nos referimos a:

⁹³³ Así lo determinan el párrafo 2.15 del texto de 1995, el párrafo 2.22 del texto de 2010 y el párrafo 2.28 del texto de 2017. El Informe de 1979 aludía a los comparables internos y externos en el párrafo 62.

⁹³⁴ Párrafo 2.16 del texto de 1995, 2.23 del texto de 2010 y 2.29 del texto de 2017

a) las funciones que pueda haber asumido el revendedor⁹³⁵: no es igual que actúe como comisionista a que actúe en nombre propio, porque los riesgos asumidos son distintos y la remuneración que deba tener esa asunción será distinta. Ciertamente el margen de beneficio no puede ser igual en un caso que en otro, de hecho, en las comisiones el beneficio se traducirá en un porcentaje sobre el precio⁹³⁶;

b) si el revendedor utiliza en su actividad activos valiosos y posiblemente únicos la comparabilidad se verá dificultada sobremanera⁹³⁷;

c) si la actividad de reventa lo es de un conjunto de productos, no hará falta el examen de producto por producto cuando se trate de actividades que encierran funciones y riesgos similares.

Este método fija su atención no en la comparabilidad de los productos, sino en otras características como las funciones desarrolladas, el riesgo asumido, las circunstancias económicas, etc.⁹³⁸El fundamento operativo de esta metodología se encuentra en que a idénticas funciones debiera de aplicarse el mismo precio de mercado, lo cual es completamente diferente a lo que sucede con los productos a los que atiende el método CUP, por cuanto productos similares no tienen por qué tener el mismo precio si no son sustituibles unos por otros.⁹³⁹

El CFR estadounidense también lo acoge en la Section 482.3, destacando que se trata de medir el valor de las funciones desarrolladas por el revendedor.

β) Ámbito.

Este método es adecuado en el supuesto de encontrarnos ante la distribución y comercialización en que el proveedor inicial y el revendedor o distribuidor intermedio sean entidades asociadas y, además, el revendedor o distribuidor añadan poco o ningún valor antes de venderlo a tercero independiente, como pudiera suceder en meras labores de empaquetado, etiquetado o un ensamblaje menor⁹⁴⁰. Cuanto mayor sea el valor añadido por el distribuidor, menos adecuado resultará el método⁹⁴¹. También dejará de ser un método adecuado cuando el revendedor/distribuidor contribuya a la creación o conservación de activos intangibles asociados al producto objeto de reventa (por

⁹³⁵ El Texto de 1979 señala tanto las funciones como los riesgos asumidos por el revendedor (parágrafo 59) En el texto de 1995 bajo la denominación de funciones se alude a los activos y riesgos involucrados en la actividad (parágrafo 2.20). En cambio, en el Informe de 1979 se diferencia entre funciones y riesgos (parágrafo 59). En 2010 en el parágrafo 2.28 y en 2017 en el parágrafo 2.34 se adopta la misma terminología que en 1995.

⁹³⁶ Al respecto véase parágrafo 2.15 texto de 1995, 2.22 de 2010 ó 2.28 de 2017.

⁹³⁷ Parágrafo 2.18 in fine texto de 1995, parágrafo 2.25 in fine texto de 2010, parágrafo 2.31 in fine 2017

⁹³⁸ Parágrafo 2.19 texto de 1995, 2.26 del texto de 2010 o 2.32 del texto de 2017

⁹³⁹ Parágrafo 2.16 texto de 1995, parágrafo 2.24 texto de 2010, parágrafo 2.30 texto de 2017.

⁹⁴⁰ En tal sentido nos ilustra la Section 1.482.3.c) (1) del CFR. Sin embargo, el parágrafo 59 del Informe de 1979 especificaba distintas actividades comerciales sustanciales que justificaban diferentes márgenes de beneficios, como la desestiba, el empaquetado, la publicidad, el almacenaje, el transporte, la distribución y la entrega de productos, así como asumir los riesgos económicos.

⁹⁴¹ Parágrafos 2.25 del texto de 1995, 2.29 del texto de 2010, 2.35 del texto de 2017.

ejemplo, una marca o nombre comercial), porque en definitiva ello será un valor añadido al producto. Igualmente, cuanto más tiempo transcurra entre la compra y la reventa, mayores factores de distorsión del valor podrán influir⁹⁴².

γ) Fortalezas.

Como fortalezas de este método las Directrices nos ilustran con las siguientes:

- a) requerir menor grado de comparabilidad de productos que el CUP, puesto que presta mayor atención a las funciones, aunque ello no signifique que nos debamos de olvidar de los productos⁹⁴³, ya que cuanto mayor sea la comparabilidad de los productos o servicios mejor será el resultado⁹⁴⁴;
- b) como consecuencia de lo anterior, las diferencias de las características de los productos no tienen el nivel de efecto negativo que tienen en el CUP, al no incidir de una manera tan decisiva en el margen de beneficio del precio de reventa⁹⁴⁵.

δ) Debilidades.

Las debilidades que se le atribuyen vienen marcadas por el riesgo de que el margen de beneficio del comparable se encuentre afectado por alguno de los siguientes factores:

- a) cuando en la cadena de distribución se incorporan partes domiciliadas en jurisdicciones de baja tributación, en cuyo caso debe prestarse atención no solo al precio de reventa sino al precio de compra⁹⁴⁶;
- b) los márgenes de beneficio pueden venir muy determinados por el hecho de que el revendedor tenga el derecho de exclusividad, en cuyo caso hay que ser especialmente cauteloso⁹⁴⁷;
- c) los márgenes de beneficio bruto se ven afectados por la eficiencia en la administración, ya que la misma afecta a la rentabilidad, no a los precios de bienes y servicios, lo cual es especialmente sensible en el supuesto de comparables externos⁹⁴⁸;

⁹⁴² Parágrafo 58 del Informe de 1979, parágrafo 2.23 del texto de 1995, parágrafo 2.30 del texto de 2010 ó parágrafo 2.36 del texto de 2017.

⁹⁴³ El texto de 1979 advertía en el parágrafo 59 que aun en el supuesto en que el revendedor realizase pequeñas funciones, podría ser razonable que mereciera un margen de beneficio ajustado a causa de la especialización requerida o los riesgos asumidos, si bien habría que ser especialmente vigilantes de que se encontrasen realmente soportados. El texto de 1995 en el parágrafo 2.24 volvió a reiterarlo y los mismos sucede en el parágrafo 2.25 de 2010 o el 2.31 de 2017.

⁹⁴⁴ Parágrafo 2.18 del texto de 1995, parágrafo 2.25 texto de 2010, parágrafo 2.31 texto de 2017.

⁹⁴⁵ Parágrafo 2.16 in fine y 2.17 del texto de 1995, 2.23 in fine y 2.24 del texto de 2010, 2.29 in fine y 2.30 del texto de 2017.

⁹⁴⁶ Parágrafo 60 del Informe de 1979, parágrafo 2.26 del texto de 1995.

⁹⁴⁷ Parágrafo 61 del Informe de 1979, parágrafo 2.27 del texto de 1995, parágrafo 2.34 de 2010, parágrafo 2.40 de 2017.

⁹⁴⁸ Parágrafo 2.20 del texto de 1995, 2.27 del texto de 2010, 2.33 del texto de 2017.

- d) la dificultad que se presenta cuando el revendedor añade valor sustancial⁹⁴⁹;
- f) se pueden presentar diferencias en los criterios de contabilización de gastos correspondientes a funciones, de manera que según el criterio contable seguido por una empresa quedaría afectado el margen del beneficio y, por el simple hecho de que en el comparable se haya seguido otro criterio de contabilización, se producirían divergencias sobre el margen del beneficio que no obedecen a una realidad⁹⁵⁰.

ε.2.3.–PRECIO DEL COSTE INCREMENTADO (COST PLUS METHOD, C+)

a) Concepto.

El método del Coste Incrementado ha venido siendo acogido en los distintos textos emanados por la OCDE sobre precios de transferencia. Así, en 1979 apareció previsto en el capítulo I en el párrafo 12, junto al método del Precio de Reventa, para cuando no era factible la utilización del CUP y, por otra parte, en el capítulo II dedicado a los bienes, sección II, se abordaron las pautas a seguir en la aplicación de este método en los párrafos 63 al 69. En el texto de 1995 las indicaciones se incardinaron en los párrafos 2.32 al 2.48, dentro del capítulo II dedicado a los métodos transaccionales tradicionales. En 2010, siguiendo la misma incardinación que en 1995, pasó a abarcar los párrafos 2.39 a 2.55. Por último, en 2017 se dio plena continuidad al lugar de su ubicación, si bien serían los párrafos 2.45 al 2.61 los que se centraron en el método del que estamos ahora ocupándonos.

El método del Coste Incrementado consiste en añadir al coste de producción (del bien o servicio transmitido por una empresa a su empresa asociada) un margen bruto sobre estos costes con el que se retribuya adecuadamente al proveedor/fabricante.

Las Directrices de 1995 lo conceptúan con la siguiente redacción: “*Método del precio de transferencia que utiliza los costes incurridos por el proveedor de activos (o de servicios) en el marco de una operación vinculada. Se añade a estos costes un margen del coste incrementado apropiado para obtener un beneficio adecuado, dadas las funciones realizadas (teniendo presente los activos utilizados y los riesgos asumidos) y las condiciones de mercado. Puede considerarse como un precio de plena competencia de la operación vinculada inicial el resultado obtenido, una vez sumado el margen del coste incrementado a los costes citados*”. Esta misma definición es la que se continuó en posteriores textos y sigue apareciendo en la versión 2017.

⁹⁴⁹ Párrafo 2.25 del texto de 1995, alude a que cuando el revendedor en el desarrollo de sus funciones utilice activos muy valiosos o únicos (un intangible de su propiedad o fórmulas organizativas), la comparabilidad con una transacción no vinculada puede verse comprometida. Idem párrafo 2.29 del texto de 2010 ó 2.35 texto de 2017.

⁹⁵⁰ Párrafo 2.28 del texto de 1995, 2.35 del texto de 2010 y 2.41 del texto de 2017.

Matemáticamente lo podríamos expresar así:

$$VM = CP + MBC$$

Donde

- a. VM=: Valor de Mercado
- b. CP=: Coste producción
- c. MBC=: Margen Bruto Sobre Costes:

$$MBC = \frac{\text{Precio de Venta} - \text{Costes Produccion}}{\text{Costes Producción}}$$

Para esta metodología resulta ideal el uso de comparables internos siempre que existan, pero también admite comparables externos⁹⁵¹.

Los requisitos para poder tomar una operación como comparable son los mismos que ya hemos analizado en los dos métodos anteriores⁹⁵², resultando aplicables los principios ya expuestos al tratar el método de precio de reventa a la hora de determinar la comparabilidad de una operación no vinculada. Habrá que dar singular relevancia a aquellos factores que puedan influir de manera significativa en el margen sobre el coste del precio. Cuando existan diferencias que afecten significativamente al incremento del coste sobre el precio se harán preciso los correspondientes ajustes, quedando pendiente la fiabilidad del método de la viabilidad de dichos ajustes y de la corrección de los mismos.

La §1-482.3 (d) IRC estadounidense enumera el CPM entre los métodos que admite y lo define⁹⁵³ como el método que mide un precio de mercado añadiendo un beneficio bruto adecuado a los costes de producción del bien en los que incurre el contribuyente envuelto en la operación vinculada. El beneficio bruto adecuado se calcula del siguiente modo:

$$\text{Beneficio Bruto Adecuado} = \text{Costes} \times \text{Margen Beneficio Bruto}$$

⁹⁵¹Parágrafo 69 del Informe de 1979. Parágrafo 2.33 texto de 1995. Parágrafo 2.40 texto de 2010. Parágrafo 2.46 texto de 2017.

⁹⁵²Parágrafo 2.34 del texto de 1995. Parágrafo 2.41 del texto de 2010. Parágrafo 2.47 del texto de 2017.

⁹⁵³ “The cost plus method measures an arm’s length price by adding the appropriate gross profit to the controlled taxpayer’s costs of producing the property involved in the controlled transaction”.

Para la comparabilidad, además de los factores generales que todos los métodos deben tomar en consideración⁹⁵⁴ se especifica que habrá de atenderse particularmente a las similitudes de las funciones desarrolladas, los riesgos soportados, los términos contractuales y los ajustes contables que se hayan hecho necesarios por las diferencias existentes. Los comparables internos serán preferibles a los externos.

β) Ámbito.

Este método es el idóneo⁹⁵⁵ para las transacciones de ventas de productos semiterminados, además de cuando las partes asociadas hayan alcanzado acuerdos de explotación en común⁹⁵⁶, o en el caso de prestaciones de servicios. Resulta adecuado cuando la transacción es ordinaria y no intervienen intangibles de valor apreciable.

γ) Ventajas.

Dos son las características que se destacan a favor de la presente metodología valorativa:

- a) en primer lugar, el que al igual que en el caso del MPR requiere menos comparabilidad de las características de los productos que el CUP, al prestarse mayor atención a las funciones⁹⁵⁷, pudiéndose aplicar a la comparabilidad los mismos principios determinados para el MPR;
- b) en segundo lugar, el que las diferencias de productos no repercuten significativamente en el margen del beneficio.

δ) Inconvenientes.

Entre los inconvenientes sobre esta metodología son citados los siguientes:

- a) La dificultad en la determinación de los costes⁹⁵⁸, ya que existen variadas situaciones en las que no existe correlación entre el precio y los costes. Por ejemplo, cuando se venda por debajo de costes por circunstancias ajenas al vínculo, como pudiera ser por lanzamiento de un producto, o costes I+D muy elevados porque se haya incurrido en un descubrimiento muy costoso, o cuando se comparan costes de una empresa que utiliza activos propios con los de otra que utiliza activos arrendados. Como consecuencia de esa variedad de situaciones se concluye que no se puede establecer una regla general para todos los casos,

⁹⁵⁴ §1-482.1(d)

⁹⁵⁵ A este respecto léase el párrafo 65 del Informe de 1979. Posteriormente se recoge en los párrafos 2.32 del texto de 1995, 2.39 del texto de 2010, 2.45 del texto de 2017.

⁹⁵⁶ El Informe de 1979 especificaba aún más, ejemplificando con tres supuestos de acuerdos: los de instalaciones comunes, de suministro y compra a largo plazo o cuando la filial desarrolla funciones de subcontratista.

⁹⁵⁷ Párrafo 2.34 del texto de 1995, 2.41 del texto de 2010, 2.47 del texto de 2017.

⁹⁵⁸ Párrafo 2.36 texto de 1995. Párrafo 2.43 del texto de 2010. Párrafo 2.49 del texto de 2017.

pero lo que sí habrá que respetar es la aplicación de los mismos criterios en la cuantificación de los costes en la operación vinculada y el comparable⁹⁵⁹;

b) La dificultad en la determinación de la base de los costes y la falta de homogeneidad de la base de los costes en la operación comparable y en la operación vinculada⁹⁶⁰, lo que conlleva que deba atenderse a:

- ✓ Los niveles y tipos de gastos asociados a las funciones desarrolladas y riesgos asumidos por las entidades en la operación comparable y en la operación vinculada. Puede suceder que existan divergencias y, en consecuencia, se hagan precisos ajustes:
 - ya sea porque se realicen funciones distintas por las entidades vinculadas y no vinculadas que repercuten en los costes;
 - ya sea porque se realicen funciones adicionales que obviamente tendrán un coste;
 - e incluso porque el nivel de eficiencia sea diferente en una empresa que en otra.

En estos casos es aconsejable complementar el método con otros métodos secundarios.

No serán precisos ajustes cuando los gastos sean consecuencia de distintos niveles de eficiencias de las empresas, como sucederá con las diferencias en gastos de administración, generales y de supervisión.

- ✓ El análisis de las funciones llevadas a cabo por el proveedor/fabricante puede abarcar desde la simple fabricación bajo contrato (en este caso el riesgo es mínimo), al proceso de fabricación completa (asumiendo riesgos de aprovisionamiento, producción, comercialización, I+D).

c) Requerir una gran homogeneidad en los criterios de contabilización⁹⁶¹ y que en caso contrario deberán realizarse los ajustes necesarios. Como pautas de contabilización se indican:

- ✓ los márgenes brutos⁹⁶² deberán medirse de forma que se permita la comparación, para ello habrá de vigilarse que los costes utilizados en la operación vinculada y la comparable son los mismos;

⁹⁵⁹ Parágrafo 68 del Informe de 1979 in fine. Parágrafo 2.45 del texto de 1995. Parágrafo 2.52 del texto de 2010. Parágrafo 2.58 del texto de 2017. El Informe de 1979 en su parágrafo 64 advertía que en la vida real se pueden presentar situaciones en las que no existan beneficios, situación que no siempre es contemplada por el CPM.

⁹⁶⁰ Parágrafos 2.37 y 2.38 texto de 1995. Parágrafos 2.44 y 2.45 texto de 2010. Parágrafos 2.50 y 2.51 texto de 2017.

⁹⁶¹ Parágrafo 66 del Informe de 1979. Parágrafos 2.39 al 2.42 del texto de 1995. Parágrafos 2.46 al 2.49 del texto de 2010. Parágrafos 2.52 al 2.55 del texto de 2017.

⁹⁶² El Beneficio bruto es simplemente el resultado de restar a las ventas totales el coste de esas ventas, mientras que, al beneficio neto, además de los costes de las ventas también se le restan los impuestos, los intereses, la depreciación y los gastos generales de la empresa. Por lo tanto, la relación entre el beneficio bruto y el beneficio neto es la siguiente:

- ✓ en la aplicación de este método habrá que atender a los márgenes brutos, no a los márgenes netos. La diferencia radica en que para la cuantificación del margen bruto solo se atiende a los costes directos e indirectos, para la determinación del margen neto además se tienen en consideración los gastos de explotación⁹⁶³. De ello se infieren diversas consecuencias:
 - a veces deberán tomarse en consideración determinados gastos de explotación, pero ello significará que nos aproximaremos al margen neto y, por tanto, disminuirá la fiabilidad de este método. Cuanto más nos alejemos del margen bruto genuino, más nos aproximaremos al método del margen neto y nos alejaremos del método del coste incrementado;
 - se presentarán problemas cuando en distintos países existan criterios distintos para encasillar bajo una u otra tipología los costes y gastos;
 - ✓ existen costes especiales que merecen pautas de comportamiento particulares:
 - los costes históricos: como regla general deberán atribuirse a las distintas unidades de producción, pero en determinadas situaciones puede resultar conveniente promediarlos: porque varíen en un periodo, porque sea conveniente promediarlos entre grupos de productos o líneas de productos, o cuando fluctúa el volumen de la actividad, o cuando se producen diferentes productos simultáneamente
 - los costes marginales⁹⁶⁴ y costes de reposición: como regla general no serán tomados en consideración para el margen bruto, pero excepcionalmente sí cuando la operación constituya la transmisión de una producción marginal.
- c) Los costes que se pueden tomar en consideración exclusivamente pueden ser los costes del proveedor de bienes o servicios⁹⁶⁵, lo que acarrea el problema de que hay gastos que hay que distribuir o que han sido soportados en exclusiva por el comprador. Para estos últimos supuestos se propone como solución el proceder a la distribución atendiendo a las funciones, activos utilizados y riesgos asumidos. En el caso de que se traten de gastos generales se distribuirán con arreglo a la facturación, el número de trabajadores, el coste o cualquier otro criterio razonable.

Beneficio Neto = Beneficio Bruto – Impuestos – Intereses – Depreciación – Gastos Generales

⁹⁶³ Parágrafos 2.39, 2.40 y 2.41 del texto de 1995. Parágrafos 2.46, 2.47 y 2.48 del texto de 2010. Parágrafos 2.53 y 2.54 del texto de 2017.

⁹⁶⁴ Sobre ellos nuevamente incide el parágrafo 2.44 texto de 1995, 2.51 del texto de 2010 o 2.57 del texto de 2017.

⁹⁶⁵ Parágrafo 67 del Informe de 1979. Parágrafo 2.43 texto de 1995. Parágrafo 2.50 texto de 2010. Parágrafo 2.56 del texto de 2017.

ε.2.4.– MÉTODO DE LA DIVISIÓN DEL BENEFICIO (PROFIT SPLIT METHOD, PSM).

α) Concepto.

Pese a las distintas metodologías tratadas hasta aquí, surgen ocasiones en que las circunstancias particulares del caso las hacen insuficientes o no válidas, de ahí que desde el Informe de 1979, en sus párrafos 13 y 70, se contemplase la posibilidad de acudir a otros métodos de valoración, bien se tratase de una mezcla de los anteriores métodos o de un método distinto. Precisamente por ello el párrafo 75 venía aclarando que los métodos referidos en el Informe no tenían carácter exhaustivo, pudiéndose acudir a otros enfoques o técnicas, aludiéndose sin grandes profundidades, en los párrafos 71 al 74, a la comparación de beneficios atendiendo a los resultados generales de las empresas, o a la distribución de los ingresos netos (bien en proporción a su contribución al beneficio final, bien comparando el rendimiento/retorno del capital invertido). En el texto de 1995 cambia por completo la ubicación y se procede a asignar un capítulo íntegro, el III, a los métodos que no son los tradicionales, distribuyéndose en tres secciones: una primera introductoria, una segunda de análisis de los métodos de la división del beneficio o distribución del resultado (abarcando los párrafos 3.5 al 3.25) y del margen neto operacional (comprensiva de los párrafos 3.26 al 3.48) y, por último, una tercera dedicada a la justificación de la no admisibilidad de los métodos globales formularios. Con una sistemática parecida se cerraron los textos de 2010 y 2017, si bien en lugar de asignarse un capítulo en exclusiva a los métodos basados en el resultado de las operaciones, sería el capítulo II compartido tanto para los métodos tradicionales como para los métodos del resultado, siendo los párrafos 2.108 al 2.145 (2.114 al 2.151 en el texto de 2017) los que se ocuparían del método de la división del resultado y los párrafos 2.58 al 2.107(2.64 al 2.113 en el texto de 2017) los encargados de recoger las pautas sobre el método del margen neto, todo ello complementado con unas consideraciones introductorias y otras conclusivas.

El método de la división del beneficio aparece conceptualizado en el glosario de las Directrices de 1995 como un “*método basado en el resultado de la operación que consiste en identificar el beneficio conjunto que se ha de distribuir entre las empresas asociadas como consecuencia de una operación vinculada (o de operaciones vinculadas que resulte adecuado agregar siguiendo los principios del Capítulo III) para dividirlo a continuación entre ellas, sobre la base de un criterio económicamente válido, que se aproxime a la distribución de beneficios prevista y materializada en un acuerdo suscrito en condiciones de plena competencia*”. Esta misma definición perdura en los textos de 2010 y 2017.

Esta metodología persigue eliminar los efectos sobre los beneficios de las condiciones especiales acordadas o impuestas en las transacciones de partes relacionadas mediante

la aplicación de la herramienta otorgada por el principio de *arm's length* como criterio que debe presidir la distribución de los resultados⁹⁶⁶.

El Método de la división del beneficio o distribución del resultado se descompone en dos fases fundamentales⁹⁶⁷. Una primera en la que se procede al cálculo del beneficio que ha de distribuirse entre las empresas vinculadas. Una segunda consistente en asignar a cada empresa asociada que ha participado en la transacción o transacciones controladas una parte del beneficio común en función de un parámetro previamente seleccionado conforme habrían efectuado empresas independientes⁹⁶⁸. JONES RODRÍGUEZ⁹⁶⁹ aprecia en el proceso tres pasos, añadiendo entre los dos acabados de mencionar uno intermedio consistente en el análisis funcional e informe del mercado sobre porcentajes de reparto entre empresas independientes.

Por tanto, la primera cuestión en la que debemos detenernos es en cómo se procederá a determinar los beneficios o resultados que posteriormente habrá que distribuir. A este respecto se especifican tres cuestiones fundamentales:

- a) por resultados/beneficios deberán entenderse los resultados conjuntos;
- b) dentro del concepto resultados no habrán de tomarse únicamente en consideración los beneficios, sino también las pérdidas;
- c) los cálculos de los beneficios se realizarán conforme a las siguientes pautas⁹⁷⁰:
 - i) la identificación e individualización de los resultados conjuntos que corresponden únicamente a la actividad o actividades vinculadas, para lo cual habrá que proceder a realizar tres niveles de identificación: objetivo o de las operaciones a las que se va a aplicar el método, subjetivo o de las partes que intervienen en la operación vinculada que se trate (especialmente relevante cuando una empresa realiza operaciones vinculadas con varias empresas) y, por último, de agregación;
 - ii) homogeneización de los criterios contables aplicados por las distintas partes implicadas, y si así no fuera, por las divergencias entre los distintos ordenamientos nacionales. Se puede acudir para determinar el resultado a la contabilidad financiera o a la contabilidad de costes cuando los datos sean fiables, comprobables y estén lo suficientemente desagregados (por líneas de producto, o por departamento);
 - iii) las distribuciones pueden basarse en resultados reales o previsiones, por lo que en este último caso la Administración tributaria deberá tener en cuenta que no se conocían los beneficios reales al momento

⁹⁶⁶ Parágrafo 3.5 del texto de 1995, 2.108 del texto de 2010, 2.114 del texto de 2017.

⁹⁶⁷ Parágrafo 3.5 del texto de 1995, 2.108 del texto de 2010 y 2.114 del 2017.

⁹⁶⁸ Parágrafo 3.5 del texto de 1995.

⁹⁶⁹ JONES RODRÍGUEZ, L. (2011).

⁹⁷⁰ Parágrafo 2.108 en relación con los párrafos 2.124 a 2.131 del texto de 2010.

de llegarse al acuerdo de distribución. Para la Administración tributaria no presentará ninguna dificultad verificar la corrección de los resultados cuando las condiciones de las operaciones vinculadas se hayan determinado sobre la misma base, pero cuando ello no suceda tendrá que atender a los resultados reales; aunque con el cuidado de no incurrir en análisis retrospectivo, para lo que habrá de tomarse en consideración la información de la que disponían las empresas al momento de efectuar las operaciones;

- iv) por resultados conjunto se entenderán (como regla general) los resultados de explotación (deducidos los gastos), aunque excepcionalmente pueda estar justificado el tomar los beneficios brutos para después, una vez distribuidos, aplicar los gastos en que haya incurrido cada empresa, debiéndose guardar especial cuidado cuando se proceda de esta última forma a que exista coherencia de los beneficios brutos y de los gastos atribuidos a cada empresa con las actividades y riesgos de cada empresa.

La segunda cuestión que analizar es la de cómo llevar a cabo el reparto de los beneficios. A tal efecto, los textos de las Directrices en la redacción de 2010 y 2017 no siguen la mejor sistemática que se hubiera podido alcanzar, de suerte que se contiene un apartado dedicado a los criterios de distribución⁹⁷¹, para seguidamente intercalar un apartado dedicado a la determinación de los resultados y, posteriormente, volver a la distribución de los resultados⁹⁷². En el primer apartado, dedicado a los criterios de distribución de los resultados, se nos previene desde el inicio de la existencia de distintos enfoques, de los cuales se analizan los dos fundamentales, pero que no son exclusivos ni excluyentes entre sí⁹⁷³:

a) El enfoque del análisis de las aportaciones, bajo el cual se contemplan dos reglas para la realización de la distribución de los resultados:

- ✓ Una regla básica: si existen comparables se distribuirán los resultados conjuntos entre las empresas vinculadas que hayan participado respetando la distribución que hubieran realizado empresas independientes
- ✓ en defecto de comparables, la distribución se hará de la siguiente forma:

$$\textit{Beneficio asignable} = \frac{\textit{Beneficio Total}}{N} \times \% \textit{ contribución}$$

⁹⁷¹ El C.3.2 en el caso del texto de 2010, comprensivo de los párrafos 2.118 al 2.123, y el mismo apartado, pero comprensivo de los párrafos 2.124 al 2.129, en el texto de 2017.

⁹⁷² El C.3.4, párrafos 2.132 y ss en el texto de 2010, párrafos 2.138 y ss en el texto de 2017.

⁹⁷³ Párrafo 3.15 del texto de 1995, 2.118 del texto de 2010, 2.124 del texto de 2017.

donde:

- Beneficio Asignable=: beneficio asignable a cada parte o valor relativo de la aportación
 - Beneficio Total=: beneficio de explotación (neto). Excepcionalmente podría tomarse el beneficio bruto, para luego imputar los gastos a cada empresa según sean los que hayan tenido
 - N=: Número de empresas vinculadas participantes en la transacción
 - % contribución=: índice que represente las funciones desarrolladas y riesgos asumidos por cada empresa
- ✓ en defecto de poder determinarse el valor relativo de la aportación, se procederá mediante la comparación de la naturaleza e intensidad de la aportación realizada por cada parte

b) El enfoque del análisis residual que puede presentar diversas variantes, aunque todas se descomponen en dos fases.

En la forma básica, en la primera fase se procede a atribuir a cada parte una atribución de plena competencia coherente con la aportación que haya realizado, calculada aplicando un método tradicional. A tal efecto no se tendrá en consideración el beneficio generado por una aportación única y valiosa. En la segunda fase se distribuye el resultado residual atendiendo a los hechos y circunstancias que concurren conforme a las indicaciones que en breve analizaremos.

Como variante de la forma básica se contempla que se podría distribuir reproduciendo el resultado que hubiera derivado de los acuerdos entre empresas independientes. Así, en la primera fase la atribución correspondiente a cada parte vendría determinada por el precio más bajo al que estaría dispuesto a vender una parte independiente en similares circunstancias y el precio más alto al que estaría dispuesto a comprar un comprador independiente en similares circunstancias. La diferencia entre el precio más alto y más bajo sería el resultado residual que en la segunda fase se distribuiría sobre el análisis de los hechos y circunstancias que hubieran sido tomados en consideración por empresas independientes.

Otra variación vendría constituida por la toma en consideración de los descuentos de precio de los flujos de caja, propio de los inicios de actividad.

En el segundo apartado, intitulado “*Cómo distribuir los resultados conjuntos*”, las Directrices abordan cuestiones sobre los datos que podrán ser utilizados y los criterios (o claves) de atribución. Los datos podrán ser los datos de operaciones no vinculadas comparables, o cuando no se disponga de los mismos (o no sean fiables) se podrá acudir a los datos internos o a ambos. Los criterios utilizables dependerán de las circunstancias de cada caso, siendo frecuente la utilización de más de uno, aunque se requiere que sean razonablemente independientes (apoyarse en datos objetivos y no en datos relacionados

con la remuneración de operaciones vinculadas). Los criterios podrán consistir en una cifra fija fijada en atención a la distribución que realizan empresas independientes comparables o en una cifra variable, si bien también se pueden adoptar otros criterios. Se nos ilustra sobre distintas posibilidades en las que los criterios se pueden concretar:

a) atendiendo a los activos o el capital utilizados, que se presenta como idóneo en los siguientes supuestos:

- ✓ cuando la relación de los activos intangibles, o tangibles, o el capital empleado, con la generación de valor es muy estrecha;
- ✓ cuando cada parte de la operación aporta unos intangibles muy valiosos y únicos;

b) una especialidad del criterio anterior consistirá en atribuir a cada parte que participa en la operación el mismo porcentaje de rendimiento por el capital invertido;

c) atendiendo a los costes o gastos en que cada parte interviniente ha incurrido, cuya idoneidad se predica para los supuestos en que hay una correlación estrecha entre los costes relativos incurridos y el valor relativo añadido.

La distribución de los resultados conjuntos entre las empresas asociadas se efectuará sobre la base de una distribución que desde el punto de vista económico se aproxime a la que hubieran acordado empresas independientes (principio de *arm's length*). Como pautas comunes a la determinación del resultado conjunto y de los factores de distribución se apuntan⁹⁷⁴:

- a) deberán ser coherentes con el análisis funcional de la operación vinculada que se revisa;
- b) deberán ser coherentes con los que hubieran acordado empresas independientes;
- c) deberán ser coherentes con los criterios de distribución utilizados;
- d) deberán ser susceptibles de medición fiable;
- e) con relación al elemento temporal se precisa que lo normal es que los acuerdos y criterios de distribución sean fijados a priori a su entrada en vigencia y, además, los criterios deberán ser homogéneos durante el tiempo de la vigencia de los acuerdos, incluidos los ejercicios en que se produzcan pérdidas, salvo que aparezca justificado que empresas independientes en dichas circunstancias hubieran alcanzado otros acuerdos.

β) Ámbito⁹⁷⁵.

Es un método especialmente indicado para los supuestos en que exista un grado de integración muy alto entre operaciones, resultando difícil de separar y evaluar independientemente.

⁹⁷⁴ Parágrafo 3.11 y ss. del texto de 1995, 2.116 y 2.117 del texto de 2010, 2.122 y 2.123 del texto de 2017.

⁹⁷⁵ Parágrafo 3.5 del texto de 1995, 2.109 del texto de 2010, 2.115 del texto de 2017.

Así mismo, resulta indicado cuando cada parte vinculada es titular de intangibles muy valiosos o únicos.

γ) Ventajas.

Se apuntan las siguientes:

a) el texto de 1995 destacaba como primera virtud el hecho de que el método no depende directamente de la existencia de comparables, por lo que resulta muy útil en los supuestos en que no existan los mismos⁹⁷⁶. En el texto de 2010 se modifica esta referencia, matizándose la utilidad de los datos comparables a la hora de determinar la distribución de resultados, por cuanto que –aunque pueden resultar convenientes– en caso de ausencia de estos se podrán distribuir atendiendo a las funciones de cada parte, lo que en definitiva redundaría en que no se trate de un método directamente dependiente de la existencia de comparables⁹⁷⁷.

b) Este método es un método bilateral que analiza ambas partes intervinientes en la operación vinculada, por lo cual constituye la solución óptima en aquellos casos en que no es posible separar las aportaciones y funciones realizadas por cada parte a causa del nivel de integración que presenta la operación⁹⁷⁸

c) Igualmente es idóneo cuando se aportan intangibles valiosos y únicos⁹⁷⁹ por dos posibles razones:

- ✓ – porque en caso de que fueran independientes tratarían de compartir resultados en función de sus aportaciones;
- ✓ – o porque la información sobre comparables fiables puede ser insuficiente para otro método.

d) Este método destaca por su flexibilidad, permitiendo tener en cuenta las circunstancias específicas y posiblemente únicas de una multinacional⁹⁸⁰ que no aparecen en operaciones entre empresas independientes;

e) Este método corrige el que se atribuya inapropiadamente resultados superiores a una de las partes, puesto que permite examinar a ambas partes de la transacción⁹⁸¹;

f) Es un método que se usa en los APAs (acuerdos previos de valoración).

δ) Inconvenientes.

Como inconvenientes se indican:

⁹⁷⁶ Parágrafo 3.6 del texto de 1995.

⁹⁷⁷ Parágrafos 2.110 y 2.111 del texto de 2010 y parágrafos 2.116 y 2.117 del texto de 2017.

⁹⁷⁸ Parágrafo 3.05 del texto de 1995, 2.109 texto de 2010, 2.115 del texto de 2017.

⁹⁷⁹ Parágrafo 2.109 del texto de 2010, 2.115 del texto de 2017.

⁹⁸⁰ Parágrafo 3.6 del texto de 1995, 2.112 texto de 2010, 2.118 del texto de 2017.

⁹⁸¹ Parágrafo 3.7 del texto de 1995, 2.113 texto de 2010, 2.119 del texto de 2017.

- a) al ser un método que se aleja de la necesidad de comparables corre distintos riesgos que derivan precisamente de ese alejamiento, así en primer lugar se advierte del peligro de incurrir en subjetividades⁹⁸²;
- b) al examinarse a ambas partes (es un método bilateral), pueden surgir disfunciones porque se trate de entidades situadas en distintas jurisdicciones;
- c) el que existan dificultades a la hora de acceder a la información concerniente a filiales extranjeras⁹⁸³;
- d) la problemática relativa a las diferencias de criterios contables seguidos en cada país, sin que exista uniformidad⁹⁸⁴;
- e) la dificultad de disociación entre los costes y gastos correspondientes a la operación vinculada y los que no lo son⁹⁸⁵;
- f) los resultados a distribuir serán normalmente los resultados futuros previsibles (no los reales), por lo que la Administración tributaria deberá prestar atención en la información que no estaba disponible al momento de establecerse los acuerdos

ε .2.5.– MÉTODO DEL MARGEN NETO TRANSACCIONAL (TNMM)

α) Concepto.

El segundo método contemplado dentro de los transaccionales es el método del margen neto transaccional. El texto de las Directrices lo ubican sistemáticamente de distinto modo, puesto que en 1995 su tratamiento siguió al método de la división del resultado mientras que en los textos de 2010 y 2017 antecedió a dicho método. Igualmente debe precisarse que se trata del método sobre el que el texto de las Directrices de 1995 sufre mayores cambios en las redacciones posteriores.

En el glosario de las Directrices 1995 aparece conceptualizado como el “*Método del beneficio que examina, con relación a una base apropiada (por ejemplo, los costes, las ventas o los activos), el margen de beneficio neto que un contribuyente obtiene como consecuencia de una operación vinculada (o de operaciones que deben agregarse en virtud de los principios del Capítulo I).*”

Advierte SUÁREZ MOSQUERA⁹⁸⁶ que se trata de determinar un porcentaje determinado por un numerador, que va a ser la cifra de beneficio, y un denominador a elegir entre la cifra de ventas, los costes, el valor de los activos u otra magnitud que se considere más adecuada. Para el numerador se suele utilizar el beneficio definido en

⁹⁸² Parágrafo 3.8 del texto de 1995.

⁹⁸³ Parágrafo 3.9 del texto de 1995, 2.114 del texto de 2010, 2.120 del texto de 2017.

⁹⁸⁴ Parágrafo 3.9 del texto de 1995, 2.114 del texto de 2010, 2.120 del texto de 2017.

⁹⁸⁵ Parágrafo 3.9 del texto de 1995, 2.114 del texto de 2010, 2.120 del texto de 2017.

⁹⁸⁶ SUÁREZ MOSQUERA, C. (2015).

nuestro modelo de cuentas de resultados como resultado de explotación, depurado en los resultados de las enajenaciones de activos no corrientes y gastos excepcionales, equivalente al EBIT (beneficio antes de intereses y de impuestos). Para el denominador podemos elegir según convenga:

- la cifra de ventas;
- los costes;
- la cifra de activos;
- otros índices.

La determinación del margen del beneficio neto se llevará a cabo de forma similar a como se procede en el método del coste incrementado y del precio de reventa, lo que quiere decir⁹⁸⁷:

- a) si existen comparables internos se tomará como referencia el margen del beneficio neto que obtiene el contribuyente en operaciones libres con otros operadores en el mercado libre;
- b) subsidiariamente, en caso de ausencia de comparables internos, se acudirá a comparables externos.

Se hará preciso realizar un análisis de comparabilidad y, en su caso, los correspondientes ajustes a fin de conseguir resultados fiables. El análisis de comparabilidad, así mismo, se hace preciso porque es necesario para determinar cuál sea el método de valoración más adecuado. A efectos de la comparabilidad el método del margen del beneficio neto presenta problemas a la hora de encontrar comparables externos sobre los factores que afectan.

Por su parte, las Directrices nos señalan que para la determinación del beneficio neto (numerador):

- solo se tendrán en consideración los ingresos y gastos relacionados directa o indirectamente con la operación vinculada, razón por la cual se hará preciso tener la información financiera en cierto grado de segmentación que permita discernir⁹⁸⁸;
- se excluirán los ingresos y gastos no relacionados con la explotación, tales como intereses, impuestos sobre los ingresos o elementos extraordinarios, salvo cuando las circunstancias particulares del caso aconsejen que deban ser tomados en consideración. Entre los elementos extraordinarios se suscita la problemática sobre las pérdidas y ganancias por el cambio de moneda, los intereses cuando la actividad comercial ordinaria es la financiera, las particularidades de contabilización de ciertos elementos (costes de depreciación, amortizaciones, opciones de compra sobre acciones, costes de pensiones), o los costes de inicio y de cese de actividad⁹⁸⁹.

⁹⁸⁷ Parágrafo 3.26 de 1995, 2.58 de 2010, 2.64 del texto de 2017.

⁹⁸⁸ Parágrafo 3.42 del texto de 1995, 2.77 y 2.78 de 2010; 2.83 y 2.84 de 2017.

⁹⁸⁹ Parágrafo 2.80 al 2.85 del texto de 2010; del 2.86 al 2.91 del texto de 2017.

En cuanto a la selección del indicador del beneficio neto o magnitud de ponderación (denominador) se procede a señalar unas pautas generales para posteriormente analizar alguno de los indicadores más habituales. Como pautas generales deberán de tenerse presentes:

- la elección del indicador tiene que ser coherente con el análisis de comparabilidad, debiendo reflejar la atribución de riesgos y las funciones desarrolladas por la *tested party*;
- el indicador habrá de ser razonablemente independiente de la operación vinculada;
- el indicador deberá poderse calcular de forma fiable y coherente.

En cuanto a los indicadores del beneficio neto se proceden a realizar observaciones sobre las ventas, los costes, los activos, la ratio Berry u otros indicadores. No se trata de un listado cerrado, pudiéndose elegir, atendiendo a las circunstancias del caso concreto, aquellas magnitudes que sean relevantes porque provean un indicador razonable del valor añadido por la *tested party* y, además, representen información comparable fiable⁹⁹⁰. La selección del indicador más apropiado se hará siguiendo las mismas pautas expuestas para la selección del método valorativo⁹⁹¹.

a) El indicador de las ventas⁹⁹²:

- Matemáticamente los expresaríamos así:
$$\frac{\textit{beneficio neto}}{\textit{ventas}}$$
- Las ventas que figuran en el denominador serán las reventas a clientes independientes, no incluyendo por regla general las que procedan de adquisiciones a partes independientes (por cuanto no formarían parte de la operación vinculada)⁹⁹³.
- Pueden surgir problemas relativos a la contabilización de:
 - ✓ las bonificaciones y descuentos a clientes (¿cómo se contabilizan, como menos ingresos o como más gastos?);
 - ✓ las ganancias o pérdidas provocados por cambios de moneda (v.gr. las ganancias podrían contabilizarse como más ingresos o menos gastos).

La solución vendrá dada por aplicar los mismos criterios en ambas partes.

b) El indicador de los costes de referencia⁹⁹⁴:

- Matemáticamente lo expresaríamos así:
$$\frac{\textit{beneficio neto}}{\textit{costes}}$$

⁹⁹⁰ Parágrafo 2.99 del texto de 2010, 2.105 del texto de 2017.

⁹⁹¹ Parágrafo 2.76 del texto de 2010, 2.82 del texto de 2017.

⁹⁹² Parágrafos 2.90 y 2.91 del texto de 2010, 2.96 y 2.97 del texto de 2017.

⁹⁹³ Excepcionalmente podrán incluirse cuando la operación vinculada no afecte significativamente a la comparación o si el disociarlas distorsiona significativamente el resultado.

⁹⁹⁴ Parágrafos 2.92 al 2.96 del texto de 2010, 2.98 al 2.102 del texto de 2017.

- Este indicador resulta aconsejable cuando los costes constituyan un indicador importante de las funciones desarrolladas, los activos utilizados y los riesgos asumidos.
- En los costes, como regla general solo se incluirán los costes completos (directos o indirectos más los costes generales de administración) relacionados con la operación vinculada o aquellos correspondientes a las operaciones agregadas conforme a los criterios generales, por lo que se requiere un nivel apropiado de segmentación.
- Surgen problemas de distinta índole:
 - ✓ si se pueden tomar en consideración costes que no repercuten en un beneficio concreto, para lo cual habrá que atender al principio de *arm's length* para verificar qué hubieran hecho empresas independientes;
 - ✓ si debe atenderse a los costes reales, los costes presupuestados o los costes estándar. Cada uno presenta ventajas e inconvenientes:
 - los costes reales desincentivan el ahorro frente a los costes presupuestados que lo incentivan;
 - los costes presupuestados si difieren significativamente de los reales no es normal que sean adoptados por empresas independientes;
 - en cuanto a los costes estándar habrá que estar atento a si empresas independientes hubieran adoptado los mismos.

c) El indicador del rendimiento de los activos⁹⁹⁵:

- Matemáticamente los expresaríamos así:

$$\frac{\text{beneficio neto}}{\text{activos}}$$
- La utilización de este indicador es apropiada para aquellos casos en que los activos sean mejor indicador que las ventas o los costes, lo que sucede en ciertas actividades de fabricación, o en actividades de fuerte utilización de activos o en las actividades financieras en las que predomina la utilización del capital;
- Los activos a tomar en consideración serán los activos de explotación comprensivos de los activos fijos tangibles (terrenos y edificios, fábricas y equipamientos), los activos intangibles de explotación (patentes, *know-how*) y los activos de capital circulante (existencias y cuentas por cobrar– menos las cuentas por pagar–);
- En este caso surgen problemas sobre cómo valorar los activos:
 - ✓ si se acude al valor contable, por las distorsiones que pueden aparecer al comparar empresas que han amortizado sus activos con empresas que todavía no los tienen amortizados, o al comparar empresas que

⁹⁹⁵ Parágrafos 2. 97 y 2.98 del texto de 2010, 2.103 y 2.104 del texto de 2017.

utilizan intangibles adquiridos de empresas que desarrollan sus propios intangibles;

- ✓ si se acude al valor de mercado se podrán mitigar las distorsiones anteriores, pero surgirán otras como las representadas por aquellos supuestos en que la valoración de mercado sea incierta y haya que acudir a valoraciones muy costosas;
- ✓ se pueden acudir a otros valores para tratar de solucionar los problemas, como el valor contable ajustado u otras opciones. Se elija el valor que se elija siempre habrá que hacerlo guiado por el criterio de la medida más fiable, teniendo en cuenta el volumen, la complejidad y el coste de valoración

d) La ratio Berry⁹⁹⁶:

- Matemáticamente podemos expresarlo como
$$\frac{\text{beneficio bruto}}{\text{gastos operativos}}$$
- Por beneficio bruto se entenderán los beneficios sin deducción de gastos de explotación, pero sí de los intereses y rentas extraordinarias
- En los gastos de explotación pueden incluirse o no las amortizaciones y depreciaciones en función del grado de incidencia que tengan
- Este indicador es idóneo en distintos supuestos:
 - ✓ para la actividad de intermediación (empresa que compra a empresa asociada y vende a otra empresa asociada), porque en tales supuestos no existen comparables;
 - ✓ cuando el método del coste incrementado requiere ajustes y no se pueden identificar los costes concretos que requieren el ajuste⁹⁹⁷;
 - ✓ cuando existan diferencias de las funciones desarrolladas por las partes objeto de comparación⁹⁹⁸.
- Para que este indicador sea aplicable se precisan tres requisitos:
 - ✓ el valor de las funciones desarrolladas en la operación vinculada sea proporcional a los gastos de explotación
 - ✓ el valor de las funciones desarrolladas en la operación vinculada no esté sensiblemente afectado por el valor de los productos distribuidos (no sea proporcional a las ventas);
 - ✓ el contribuyente no lleve a cabo ninguna otra actividad importante que deba remunerarse mediante otro método.
 - ✓

⁹⁹⁶ Parágrafos 2.100 al 2.102 del texto de 2010, 2.106 al 2.108 del texto de 2017.

⁹⁹⁷ Parágrafo 2.105 del texto de 2010, 2.111 del texto de 2017.

⁹⁹⁸ Parágrafo 2.106 del texto de 2010, 2.112 del texto de 2017.

β) Ámbito⁹⁹⁹.

No es un método aplicable cuando cada una de las partes intervinientes realice aportaciones únicas y muy valiosas. Para tales hipótesis el método adecuado será el de distribución del resultado. En cambio, si será aplicable cuando sea solo una parte quien realice aportaciones únicas. Cuando las aportaciones son valiosas, pero no únicas, pueden resultar aplicables tanto este método como los métodos tradicionales. El que no existan aportaciones únicas y muy valiosas no implica necesariamente la adecuación del método.

γ) Ventajas.

Las ventajas destacables de este método son:

- a) los indicadores del beneficio neto soportan mejor las diferencias entre las operaciones comparables que los métodos que se basan en el precio;
- b) los indicadores del beneficio neto son más tolerantes con las diferencias funcionales de las empresas comparables que el margen del beneficio bruto. Las diferencias funcionales afectarán a que se tenga un rango muy amplio de margen del beneficio bruto, pero el margen del beneficio neto apenas sufrirá variaciones;
- c) solo se hace necesario analizar una de las empresas asociadas (*tested party*);
- d) no es necesario homogeneizar la contabilidad de las empresas participantes en la actividad.

δ) Inconvenientes.

Los indicadores del beneficio neto reaccionan de distinta manera ante determinados factores a como lo hacen los precios y el beneficio bruto, por lo que las inexactitudes habrá que solucionarlas, proponiéndose como fórmulas de solución la amplitud del rango de los precios de competencia¹⁰⁰⁰, o la realización de los ajustes necesarios¹⁰⁰¹, o bien desaconsejando este método cuando no sean salvables haciéndose más idóneos entonces los métodos tradicionales. Las Directrices descienden al análisis de algunos de dichos factores, entre los que se enumeran:

- a) las diferencias de productos influyen directamente sobre los precios, pero su incidencia es menor sobre el beneficio neto;
- b) las diferencias de funciones influyen directamente sobre el beneficio bruto, pero la incidencia es menor sobre el beneficio neto;
- c) los gastos de explotación inciden directamente sobre el beneficio neto y no sobre el margen bruto o los precios;

⁹⁹⁹ Parágrafos 2.59, 2.60 y 2.61 del texto de 2010; 2.65, 2.66 y 2.67 del texto de 2017.

¹⁰⁰⁰ Parágrafo 2.73 del texto de 2010, 2.79 del texto de 2017.

¹⁰⁰¹ Parágrafo 2.74 del texto de 2010, 2.80 del texto de 2017.

d) los costes fijos y variables influyen más sobre el beneficio neto que sobre el beneficio bruto o el beneficio bruto incrementado;

e) las fuerzas que operan en el sector (riesgo de penetración de nuevas empresas, posición competitiva, eficiencia en la gestión y estrategias, riesgo de productos sustitutivos, variaciones en la estructura de costes).

ε.3) Prelación de métodos entre los admitidos.

Quizás la mayor polémica doctrinal en materia de precios de transferencia haya venido siendo siempre la elección del método, cuestión donde se ponen de manifiesto los intereses de los Estados en pos de favorecer su recaudación tributaria. Es por ello que, dada la preponderancia económica de EE.UU., a la par que de sus multinacionales, las regulaciones fiscales de EE.UU. en la materia han constituido a lo largo de los años punto clave y de referencia ineludible para el resto de la comunidad fiscal internacional.

La OCDE a través de su informe de 1979¹⁰⁰² vino a dejar sentado que cuanto más próximo sea el método a una estimación real de la transacción, más fácil será obtener la coherencia del precio determinado con el principio de *arm's length*. Mientras que, si nos vamos alejando de esa estimación real, iremos encontrando mayores dificultades en la cosecución de un precio acorde con el *arm's length* que nos permita una correcta asignación de beneficios. Precisamente por tal razón se recomendaban unas preferencias en la elección del método. Ello tampoco suponía ninguna novedad, pues conforme al análisis que tenemos realizado, el criterio de valoración preferido vino siendo el de la contabilidad separada, y solo se acudiría a otros métodos en caso de que la misma no reflejara la realidad de la operación.

Como métodos principales que se aceptan se encuentran los denominados métodos clásicos o tradicionales, teniendo carácter preferente el método CUP (Comparable

¹⁰⁰² En el Informe de 1979, en el capítulo I, rubricado “*Resumen de Problemas*”, aparecen las primeras referencias genéricas a los distintos métodos en su primer apartado, que no en vano se titula “*The Arm's length Principle*”. Así el método del precio libre comparable se conceptúa como el método genuino para apreciar el cumplimiento del *arm's length*, ya sea mediante comparables internos o externos. Además, para cuando no fuera posible determinar el precio de mercado mediante dicha metodología si se ha respetado el *arm's length*, se prevé que se podrán usar otros métodos. Los métodos del coste incrementado o del precio de reventa aparecen como los mecanismos válidos para determinar cuál sea el precio de *arm's length* en aquellos supuestos en que no existan comparables que permitan la aplicación del CUP. Así mismo, se prevé la posibilidad de acudir a otros métodos de valoración, pero lo que no se admite, y expresamente se rechaza, son aquellas metodologías que se alejen y no sean respetuosas con el *arm's length*.

Otro tanto sucede en la sección II del capítulo II del Informe de 1979. Dicha sección se la titula “*Methods of Ascertainig an Arm's Length Price*”, por lo que ya desde su encabezamiento se nos advierte que se trata de métodos que persiguen en todo momento alcanzar una valoración de *arm's length*. Y sigue la mentada sección II listando cuáles son las metodologías que se admiten por entenderse que persiguen la determinación de precios de *arm's length*, aludiendo al CUP como el más idóneo. Posteriormente, en el Informe se analizan las particularidades y dificultades que se pueden presentar en la aplicación y en todo momento se encuentra conceptualizado que las soluciones que se alcancen y se vayan adoptando tienen que estar encaminadas a la consecución de la determinación del precio que en una operación no vinculada se hubiera alcanzado entre empresas independientes en circunstancias similares. Lo mismo vuelve a suceder al analizar el método del precio de reventa y del coste incrementado.

Uncontrolled Price¹⁰⁰³) y subsidiarios el método del coste incrementado y del precio de reventa, que serían atendibles cuando no existan comparables o los que existan no sean satisfactorios. A su vez, se aceptan “otros métodos” con carácter subsidiario a todos los anteriores cuando por las dificultades resulten inviables, aunque no se especifican cuáles tendrían cabida, pudiendo ser, bien mixtos de los anteriores, bien de otro tipo, siempre que proporcionen una cifra aceptable. Por su parte, los métodos globales y formularios de distribución son rechazados por ser contrarios al artº7 y 9 MCDI conduciendo a soluciones arbitrarias.

En el Informe 1984, con relación a los servicios intragrupo, siguiendo lo ya dispuesto en el párrafo 160 del informe de 1979, se señala que con carácter preferente, cuando sea posible el método directo, habrá que acudir al precio de mercado libre y si no fuera posible (por falta de comparable o porque no sea indicativo) se podrá acudir a un método basado en los costes, el cual podrá incluir o no un margen de beneficio, pero que siempre reflejará los costes relevantes directos e indirectos. Cuando solo sea factible el método indirecto no siempre será necesario tomar en consideración un margen de beneficio, aunque la Directrices analizan determinadas circunstancias en que sí es preciso.

Las Directrices 1995¹⁰⁰⁴ vinieron a establecer una jerarquía en los métodos utilizables para la determinación del precio de transferencia. En la cúspide de dicha relación

¹⁰⁰³ Párrafo 11 del Informe de 1979.

¹⁰⁰⁴ En el texto de 1995 de las Directrices la sistemática cambia y ya no se tratan los métodos en el capítulo I dedicado al principio de *arm's length*, sino en el capítulo II y III. Ahora bien, desde la introducción contenida en ambos capítulos se advierte que se trata de metodología de aplicación del *arm's length* (párrafo 2.1 en sede de los métodos tradicionales) o de aproximación a las condiciones de *arm's length* (párrafo 3.1 en sede de los métodos de los resultados). Ya abordando los métodos tradicionales, las Directrices acuden a la cita explícita del artº9.1 del MCDI para expresar que, cuando las condiciones de las relaciones comerciales o financieras entre empresas vinculadas difieren de las que habrían alcanzado empresas independientes, se autoriza a la Administración tributaria para rectificar las cuentas cuando no muestran los beneficios gravables reales surgidos en el Estado en cuestión. Los enfoques posibles para proceder a determinar el valor de mercado son dos: a) el directo, consistente en la comparación de los precios de la operación vinculada con los que habrían acordado empresas independientes, y b) el indirecto, cuando no se encuentran comparables directos. A la hora de introducir los métodos del beneficio o resultado, el texto de 1995, fiel a su criterio de preferencia en la elegibilidad de los métodos, considera que estos métodos no son tan certeros como los tradicionales y por ello precisa que constituyen una aproximación al *arm's length* en aquellos supuestos en que los métodos tradicionales no resulten aplicables, para terminar la introducción apreciando que las demás variedades de métodos, aunque a priori no son rechazados, solo serán admitidos en cuanto sean consistentes con el enfoque autorizado de las Directrices y que no es otro que el marcado por el principio de *arm's length*. Precisamente por ello, los que no son admisibles y se rechazan sin ambages (como ya hizo el Informe de 1979) son los métodos formularios globales.

Cuando las Directrices de 1995 descienden a estudiar los distintos métodos, igualmente se aprecia que se encuentran empapados por la presencia y guía del principio de *arm's length*. Así, se subraya el carácter de preferencia del CUP, por ser la metodología que mejor representa el enfoque directo. Fruto de esa predilección, cuando se detienen en los presupuestos necesarios que deben reunir los comparables, se abunda en que los ajustes necesarios para salvar las diferencias se deberán realizar con los esfuerzos precisos para que resulte aplicable el CUP de una forma fiable (párrafo 2.9).

Como es fácilmente observable, aunque la repetición de los presupuestos necesarios para la comparabilidad aparecerá en el análisis de los otros métodos, la redacción varía sustancialmente a la hora de insistir en la consecución de comparables vía ajustes, de manera que cuando se aluden con ocasión del método del precio de reventa se apunta que para esa metodología los ajustes necesarios son mínimos (par.2.16) y en sede del método del coste incrementado (par.2.34) se realiza una remisión al método del

jerárquica se sitúan los métodos tradicionales, donde se incluyen el CUP, PRM y el C+, y entre los tres, el método preferido es el CUP. En el párrafo 1.68 se señala que “*No one method is suitable in every possible situation and the applicability need not be disproved*” y se sigue diciendo en el párrafo 1.69 “*While in some cases the choice of a method may not be straightforward and more than one method may initially be considered, generally it will be possible to select one method that is apt to provide the best estimation of an arm’s length price.*”. En tales manifestaciones la doctrina ha querido ver un acercamiento muy próximo a la regla del mejor método americano (BERTRAM¹⁰⁰⁵, WITTENDORFF¹⁰⁰⁶), al que también se le ha denominado regla del método apropiado (GODE¹⁰⁰⁷).

Las Directrices de 2010 dedican la parte I del capítulo II a la selección del método más adecuado, iniciándose en el párrafo 2.1 y terminando en el párrafo 2.11. El contenido se divide a su vez en dos secciones: una relativa a las pautas generales y otra a la utilización de más de un método. La gran novedad aportada por la nueva redacción se encuentra en el párrafo 2.3 cuando abandonando los posicionamientos anteriores dejan de ser preferentes los métodos tradicionales y se dispone que existen situaciones donde los métodos transaccionales son considerados más apropiados que los métodos tradicionales. Definitivamente era acogido el sistema estadounidense de la “*best method rule*”. Ahora ya no existiría jerarquía alguna ni mucho menos un método adecuado a una determinada tipología de casos, sino que en todo caso habría que buscar el método más fiable atendiendo a los hechos y circunstancias específicas concurrentes. Por tanto, cobran especial relevancia el nivel de comparabilidad y la calidad de la información.

A la hora de la elección habrán de ser tenidas muy presentes las ventajas e inconvenientes que para cada metodología recogen las Directrices. Así, a nivel genérico se detalla:

- los métodos tradicionales son los más directos, por lo que cuando el grado de comparabilidad sea adecuado serán preferentes a los métodos transaccionales. Como es fácilmente apreciable, todavía quedaba una fuerte rémora del sistema de selección hasta 2010 vigente.
- si entre los métodos tradicionales el método del precio libre comparable era adecuado sería deseable que fuera el aplicado preferentemente;

precio de reventa. Por lo demás, las remisiones y llamadas al principio de *arm’s length* son continuadas, tanto en el análisis de comparabilidad y las particularidades que con cada método tradicional se pueden presentar como en las soluciones que se apuntan a los distintos problemas que se aprecian que pueden surgir en la aplicación de los métodos. Los métodos del resultado se admiten en cuanto se considera que el beneficio es un indicador mediante el que se puede apreciar si se ha respetado el *arm’s length* en una operación vinculada mediante su comparación con el beneficio en una operación independiente en similares circunstancias, pero sin perder de vista que el enfoque directo o más próximo al enfoque directo viene representado por los métodos tradicionales. Los métodos del beneficio solamente intervendrán cuando por las circunstancias resulten inadecuados los tradicionales, haciéndose hincapié en que para poder acudir a los mismos habrá que haber agotado las posibilidades de alcanzar ajustes fiables que hagan aplicables los métodos tradicionales.

¹⁰⁰⁵ BERTRAM, H.M. (1999).

¹⁰⁰⁶ WITTENDORFF, J. (2010).

¹⁰⁰⁷ GODE, H., OCDE.

- pero puede haber circunstancias en las que sean más adecuados los métodos transaccionales, especificándose algunos ejemplos de ello y estableciéndose ciertas limitaciones en la aplicación de los métodos del recultado:
 - ✓ en cuanto a las limitaciones se señalan dos:
 - siempre que el método elegido sea compatible con el principio de *arm's length*;
 - la aplicación del método nunca puede generar una sobreimposición porque los beneficios de la empresa sean inferiores a la media, o una infraimposición porque los beneficios sean superiores a la media.
 - ✓ en cuanto a los ejemplos citados se contienen tres:
 - cuando una de las partes realice aportaciones de activos valiosos y únicos a la transacción;
 - cuando las partes lleven a cabo actividades muy integradas;
 - cuando no se dispone de información pública y fiable de terceros con relación al margen bruto, o cuando la información sea muy escasa. La ausencia de información no es igual a la mera dificultad en obtener la información, no bastando esta última para justificar el acudir a un método transaccional;
- la determinación del método más adecuado no llevará al extremo de tener que pobarse que los otros métodos resultan inadecuados;
- las multinacionales son libres para proceder a aplicar con carácter residual otro método distinto a alguno de los cinco descritos en las Directrices, condicionando la aplicabilidad a una serie de requisitos:
 - ✓ que no resulte aplicable alguno de los métodos descritos, de ahí que la admisión sea esencialmente de carácter residual;
 - ✓ que el método elegido satisfaga el principio de *arm's length*;
 - ✓ que quede debidamente documentada la justificación del porqué se ha acudido a aplicar el método elegido;
- no se considera exigible la utilización de más de un método, pero excepcionalmente en casos complicados puede resultar aconsejable.

En las Directrices de 2017 no se contiene cambio alguno en esta materia, salvo algunas reenumeraciones de remisiones a parágrafos que se hacían precisas para acondicionar la redacción a la totalidad del texto.

ε.4) El rechazo de métodos globales o formularios.

Ya hemos dejado suficiente evidencia de que la OCDE desde el primer momento adoptó un posicionamiento contrario a los métodos formularios o de entidad separada o métodos globales.

Así aparecía recogido en el párrafo 14 del Informe de 1979 cuando recogía: “Los métodos globales o directos de reparto de beneficios, bien fijando los precios de transferencia por referencia a fórmulas preestablecidas de reparto de beneficios entre las empresas asociadas ...no sería compatible, en efecto, con las normas de los artº 7 y 9 del MCDP” , puesto que considera que tales métodos son arbitrarios al no considerar factores relevantes (condiciones del mercado, condiciones particulares de las empresas asociadas, la propia asignación de recursos), o realizar distribuciones en proporción a los costes, o a los resultados o a los empleados o una fórmula mixta, por lo que para corregir dicha arbitrariedad se harían necesarios una gran cantidad de información que además de compleja resultaría muy difícil de conseguir. De otra manera se correría el grave riesgo de repartir beneficios sin que se correspondan con datos económicos reales o atribuirlos a quien en la realidad tiene pérdidas.

En el Informe de 1995 se reitera el rechazo al método del reparto global según una fórmula preestablecida dedicándole el apartado C del capítulo III. Lo primero sobre lo que hemos de llamar la atención es la precisión con que aparece en esta versión la denominación identificatoria, frente al amplio espectro de nombres que se le asignaba en 1979. En segundo lugar, sorprende la extensión y profusión de detalles que se contienen para algo que en definitiva se viene a rechazar por considerar que contradice abiertamente el *arm's length*. Nótese que se incorporan los párrafos 3.58 al 3.74 dispuestos en tres apartados diferenciados: antecedentes y descripción, comparación con el *arm's length* y rechazo. En tercer lugar, se deslindan estos métodos de otros con los que no pueden ser confundidos, como los métodos transaccionales del beneficio (en aquellos existen fórmulas predeterminadas, en estos se trata de una comparación de beneficios) o la fórmula acordada en un procedimiento amistoso entre Estados o cualquier otro método bilateral. En cuarto lugar, se nos precisan las fases que conllevaría su aplicación: primero determinar la unidad gravable, segundo determinar con precisión los beneficios globales y tercero establecer la fórmula aplicable para repartir los beneficios globales. En quinto lugar, se realiza un examen minucioso de las desventajas que presenta y que propician la decantación por el *arm's length* enumerándose:

a) la dificultad de aplicar el método formulario de forma que proteja contra la doble imposición y, a la vez, garantice una única imposición a consecuencia:

- ✓ los posibles desacuerdos de los distintos países por qué factores se incluyen en la fórmula;
- ✓ las complicaciones en el terreno político y administrativo requiriendo un nivel de cooperación internacional que difícilmente cabría esperar en el ámbito de la fiscalidad internacional;

b) la arbitrariedad que suponen las fórmulas predeterminadas, como ya recogía el Informe de 1979, las cuales no tienen en cuenta las condiciones de mercado, las circunstancias particulares de las distintas empresas ni el reparto de recursos efectuado por los propios directivos;

- c) la dificultad que supone en el tratamiento de las fluctuaciones de los tipos de cambio;
- d) los elevados costes que conlleva el cumplimiento de las exigencias tributarias documentales, ya que la información se obtiene del grupo, pero ante la autoridad fiscal de cada país hay que presentarla cumpliendo sus exigencias;
- e) las dificultades en la determinación de las ventas de cada miembro y en la valoración de los activos, especialmente en la valoración de los activos intangibles;
- f) la imposibilidad, desde un punto de vista práctico, de reconocer diferencias geográficas sustanciales, o de reconocer las distintas eficiencias empresariales ni otros factores específicos de una empresa o de un subgrupo dentro del grupo multinacional que legítimamente desempeña una función en la determinación del reparto de la utilidad entre empresas situadas en distintas jurisdicciones fiscales, ya que funciona sobre bases fiscales consolidadas;
- g) las interrogantes que suscita acerca de la oportunidad de aplicar una retención en la fuente a los no residentes para los pagos transfronterizos entre miembros de un mismo grupo y exigiría además el abandono de cierto número de reglas incorporadas en los Convenios Fiscales bilaterales de doble imposición, puesto que no contempla la posibilidad de realización de operaciones intragrupo;
- h) el hecho de que a la postre el método formulario supone el considerar el principio de entidad separada, aunque sea parcialmente, por cuanto supone diferenciar entre una parte del grupo sujeta al reparto global y el resto del grupo multinacional al que se le sigue aplicando el criterio de entidad separada.

Ahora bien, como apunta CASERO BARRÓN¹⁰⁰⁸, el rechazo del método formulario es teórico, no práctico. Así en el parágrafo 3.75 explícitamente se nos dice que “*debe rechazarse [como] la alternativa teórica al principio de plena competencia*”, pero no que en determinados supuestos ante la inoperatividad de otra metodología no pueda acudirse al método formulario. En nuestra opinión, más claro era aún el texto de 1979 en su párrafo 14 cuando contemplaba la posibilidad de acudir al mismo, pero con carácter muy residual, en situaciones bilaterales concretas en que los Estados en cuestión estén de acuerdo y se disponga de la información necesaria.

En las Directrices de 2010 y 2017 se procede a tratar dentro del capítulo I dedicado el principio de *arm's length* la no admisibilidad del método del reparto del beneficio global conforme a una fórmula preestablecida. Como es fácilmente constatable, la sistemática cambia respecto al texto de 1995, de manera que las consideraciones sobre la no admisibilidad del método de distribución global formulario ya no aparecían ubicadas dentro del capítulo también dedicado a los métodos no tradicionales. Sin embargo, salvo por su ubicación, no existen diferencias entre las tres versiones, pudiéndose verificar cómo se contienen las siguientes apreciaciones:

¹⁰⁰⁸ CASERO BARRÓN, R. (1999).

a) se conceptúa como una distribución de los resultados globales consolidados de un grupo multinacional entre las empresas asociadas situadas en distintos países por medio de una fórmula predeterminada y automática;

b) el método formulario comporta tres elementos esenciales:

- ✓ determinación subjetiva de las unidades gravables (filiales y sucursales de la multinacional que conformarían la entidad sujeta a imposición);
- ✓ determinación objetiva de los resultados globales;
- ✓ determinación de la fórmula de distribución, normalmente basada en una combinación de costes, activos, salarios y ventas.

c) el método formulario no ha sido considerado en las relaciones internacionales, aunque sí ha sido admitido por alguna jurisdicción fiscal a nivel local;

d) el método formulario hay que deslindarlo de figuras que pudieran aparentemente parecerse:

- ✓ es distinto a los métodos del reparto del beneficio (PSM y TNMM) que sí son admitidos por cuanto proceden al reparto mediante un análisis de comparabilidad de los beneficios de las empresas asociadas con aquellos que empresas independientes comparables hubieran tratado de conseguir en circunstancias comparables, mientras que el método del reparto del beneficio global mediante un mecanismo preestablecido formulario se limita a aplicar una fórmula para realizar la distribución;
- ✓ y es distinto a la aplicación de una fórmula acordada por las Administraciones tributarias envueltas en la transacción vinculada junto con el contribuyente y que hubiera sido determinada tras un análisis de las circunstancias y particularidades, como puede suceder en los APA's o en los acuerdos amistosos u otros mecanismos análogos.

e) como ventajas del *arm's length* frente al método formulario global se detallan:

- ✓ la dificultad de aplicar el método formulario, dado el alto riesgo de doble imposición que el mismo conlleva, ya que supondría el que existiera acuerdo de los países sobre:
 - la aplicación del método;
 - la forma de determinar la base imponible del grupo;
 - un sistema contable común;
 - los factores que intervienen para repartir la base imponible, así como los mecanismos de cuantificarlos y ponderarlos;

- ✓ aunque existiera acuerdo sobre la aplicación del método, existirían desacuerdos sobre los demás extremos, ya que cada país trataría de aplicar lo que le resulte más favorable a su recaudación;
- ✓ el método formulario no corregiría los riesgos de desplazamientos de bases imponibles hacia jurisdicciones de baja tributación no serían corregidos por el método formulario;
- ✓ el método formulario exigiría una coordinación de los distintos países, pues de lo contrario se corre el riesgo de que los beneficios de un mismo miembro del grupo empresarial queden sujetos a diferentes tratamientos según los países donde tengan que tributar;

f) el método formulario puede llevar a soluciones arbitrarias y que no guarden relaciones con las condiciones del mercado, realizando distribuciones que no tengan en consideración las funciones desarrolladas, los activos empleados, los riesgos asumidos y las eficiencias;

g) el comportamiento del método formulario ante las fluctuaciones del cambio monetario no toma en consideración las particularidades del contribuyente del mismo modo que lo hace el *arm's length*;

h) el método formulario puede conllevar unos costes de cumplimiento y de exigencia de datos muy superior a lo que resulta de la aplicación del *arm's length*;

i) el método formulario conlleva dificultades en la determinación de las ventas de cada miembro y en la valoración de los activos, especialmente los activos intangibles, por la existencia de diversos criterios contables y múltiples unidades monetarias en los distintos países que no han sido considerados;

j) el método formulario conlleva tomar en consideración la base consolidada del grupo empresarial y no toma a la entidad independiente con sus particularidades (diferencias geográficas, eficiencias empresariales, u otros factores específicos);

k) el método formulario imposibilitaría las retenciones en la fuente en las operaciones intragrupo al tomar en consideración la base consolidada;

l) el método formulario impide valorar operaciones entre el grupo sujeto al reparto del beneficio global y el resto del grupo multinacional, por lo que o incluye a todos los miembros del grupo multinacional (con las dificultades que supondría para una sola Administración tributaria analizar la totalidad de la información de una gran multinacional) o se haría preciso la aplicación del método formulario (para el grupo sujeto al reparto formulario) y el resto del grupo al que se le aplicaría el *arm's length*.

ζ.– El análisis comparativo y funcional

ζ.1) Introducción.

La aplicación del principio de *arm's length* conlleva un análisis comparativo entre una operación vinculada y una operación no vinculada. Así lo predica el arº9.1 MCDI cuando exige que habrán de compararse las condiciones impuestas o aceptadas entre empresas asociadas con las condiciones que habrían alcanzado empresas independientes de haber realizado la misma operación. Se puede afirmar sin riesgo a equivocarnos que la comparabilidad es una cuestión esencial e implícita en el concepto del *arm's length*, necesaria para su determinación y aplicación. Incluso en los supuestos en que se llegue a la conclusión de que las entidades vinculadas respetaron el *arm's length* en su transacción se hace preciso acudir a comparar y, por tanto, realizar un análisis comparativo. No en vano las Directrices de 1995 en su párrafo 1.15 afirman que la aplicación del principio de plena competencia está “*basado en la comparación de las condiciones de una operación controlada con las condiciones en las operaciones entre empresas independientes*”.

Las Directrices de 1995 en su glosario describen el análisis comparativo como la “*comparación de una operación vinculada con una o varias no vinculada(s). Estos dos tipos de operaciones son comparables si no existe diferencia alguna capaz de afectar de forma importante al factor que se ha examinado en la metodología (por ejemplo, el precio o el margen) o si es posible efectuar ajustes necesarios bastante precisos que eliminen los efectos sustanciales de cualquier diferencia*”.

Para que la comparación sea viable, las características de las situaciones que se someten a comparación deben guardar una identidad, o cuando menos una similitud, o dicho de otra manera, deben de tratarse de situaciones suficientemente comparables. En un mundo ideal, la comparación perfecta acontecerá cuando exista una identidad entre ambas situaciones. Sin embargo, en la realidad difícilmente se encontrarán situaciones idénticas, por lo que habrá que acudir a comparables en que no exista identidad, aunque sí habrán de darse las condiciones que permitan la comparación. Habremos de estar ante operaciones equiparables. Para hacer posible la comparación entre situaciones no idénticas habrá que prever mecanismos que permitan eliminar las distorsiones que supondrían las diferencias, estos mecanismos son los ajustes de comparabilidad. Cuanto más nos acerquemos al supuesto ideal de identidad, más fiable será la comparación. Cuanto más nos alejemos, menor será la fiabilidad y se harán necesarios mayores ajustes que permiten la comparación.

La comparabilidad va mucho más allá de una comparación del precio o de los márgenes de beneficio, se trata de comparar las condiciones.

En la comparabilidad, conforme señala TRAPÉ VILADOMAT¹⁰⁰⁹, se aprecian tres momentos distintos: identificación de los factores más relevantes de la transacción

¹⁰⁰⁹ TRAPÉ VILADOMAT, M. (2007).

objeto de controversia, identificación de las condiciones que deben concurrir en las transacciones que se toman de referencia y, por último, la elección del método de valoración más adecuado. Las Directrices 2010 nos dirán en su parágrafo 3.1 que comprende: el análisis de las condiciones de la operación vinculada, la identificación de potenciales comparables para verificar si cumplen las condiciones del artº9.1 MCDI y la selección del método para determinar el precio. Por tanto, el análisis de comparabilidad no se puede identificar con la búsqueda de comparables, aunque la búsqueda de comparables constituye una parte muy importante del mismo.

Aunque existe una gran variedad de fuentes de las que se pueden obtener los comparables, se acostumbra a diferenciar entre comparables internos y externos. Los primeros vienen constituidos por transacciones celebradas entre un miembro del grupo de las empresas vinculadas y una empresa independiente. Los segundos comprenden las transacciones en las que hayan participado exclusivamente entidades independientes. Los comparables internos suelen ofrecer mayor fiabilidad que los externos por diversas circunstancias¹⁰¹⁰:

- las similitudes son mayores;
- la información disponible sobre las mismas es mayor;
- un comparable interno es suficiente para defender la coherencia de una transacción vinculada con el *arm's length*, mientras que se harán precisos varios comparables externos para sostener dicha coherencia.

El riesgo vendrá de aquellos supuestos en que se vislumbre que el comparable interno ha sido un comparable intencionado o buscado ad hoc para ser utilizado como comparable

Estos son a grandes rasgos los problemas de los que se ocupa la comparabilidad y sobre los que exponemos en las líneas siguientes los pronunciamientos adoptados por la OCDE en sus distintos documentos sobre precios de transferencia.

ζ.2) Informe 1979.

El Informe de 1979 dedicó el parágrafo 17 del capítulo I al análisis funcional, al que conceptúa como el análisis de las distintas funciones que realiza cada una de las distintas empresas que componen la empresa multinacional. Dicho análisis estima que es pertinente cualquiera que sea el método valorativo usado, de ahí que se incardine dentro de las consideraciones generales relativas a los métodos. Sin embargo, se aprecia una falta de depuración técnica en la aplicación del *arm's length*, pues todavía no se matiza el análisis funcional como un factor de comparabilidad. Entre los elementos a considerar en el análisis funcional se citan:

- la estructura y organización de la multinacional;
- los riesgos y responsabilidades asumidos por cada parte;

¹⁰¹⁰ PriceWaterHouseCoopers 1999–2000.

- la calidad con que realizan las partes funciones, puesto que no es lo mismo como principal (asume casi todas las responsabilidades y riesgos) que como agente (riesgos limitados).

Sin embargo, es con ocasión de tratar las transacciones de bienes tangibles (capítulo II) cuando se enfrenta a cuestiones directamente relacionadas con el análisis comparativo, incardinándolo al tratar el método CUP. Como factores a tomar en consideración se enumeran:

- que se trate de mercados económicamente comparables. Generalmente los mercados de un país a otro cambiarán por ser diferentes las estructuras económicas y sociales, o por la situación geográfica, o por los hábitos de los consumidores, e incluso por las políticas de los países. Una situación de monopolio influye determinantemente;
- los productos deben encontrarse en el mismo punto en la cadena entre el productor al consumidor, y si no lo están habrá de ser fácilmente cuantificable lo que representa en el precio cada punto;
- los productos deben ser físicamente lo más parecido posibles;
- otros factores a tener en cuenta para la comparabilidad serán:
 - ✓ el volumen o cantidad de la transacción;
 - ✓ el tiempo de la transacción;
 - ✓ los términos de la transacción: tiempo de los pagos, etc.
 - ✓ los costes de transporte, empaquetado, comercialización, garantías, etc.

En el caso de aplicación del RPM no se comparan precios, sino que la comparación es de márgenes, interviniendo al efecto con trascendencia las funciones y riesgos asumidos por la entidad asociada que revende.

En la comparabilidad se considera que influyen las estrategias empresariales, enumerándose algunas de ellas como:

- el suministro de mercancías sin pagar a cambio o pagando menos de lo normal, pudiendo obedecer a múltiples razones;
- hay circunstancias que pueden justificar pérdidas que no tienen nada que ver con que los precios de las transacciones sean fijados inadecuadamente;
- *start up* y penetración en el mercado;
- intervención gubernamental.

ζ.3) Directrices 1995.

Las Directrices de 1995 incorporan un examen profundo del análisis de comparabilidad al que ha contribuido la experiencia adquirida en los años precedentes por las Administraciones tributarias y las empresas. La comparabilidad aparece como un concepto central en la aplicación del *arm's length* constituyendo su base (párrafo 1.17)

Como aprecia HAMAEEKERS¹⁰¹¹ en este punto las Directrices siguen la estructura de las reglamentaciones de EE. UU., pero en su mayoría son cuestiones nuevas que no aparecían en el Informe de 1979.

El análisis de comparabilidad persigue identificar comparables similares que permitan conocer el valor o precio al que se habría celebrado la transacción si se tratase de empresas independientes en similares condiciones. Así se dice en el párrafo 1.15

“La aplicación del principio de precio de plena competencia está generalmente basado en la comparación de las condiciones de una operación controlada con las condiciones en las operaciones entre empresas independientes. A estos fines, las características económicas relevantes de la situación que se está comparando, deben ser suficientemente comparables. Que sea comparable significa que ninguna de las diferencias, si las hubiere, entre las situaciones que se quieren comparar, podrían afectar sustancialmente la determinación del precio o el margen, o que ajustes razonables puedan ser efectuados para eliminar el efecto de tales diferencias; resulta necesario un entendimiento del modo en que las empresas independientes evalúan las operaciones que van a encarar en la determinación del grado de comparabilidad”

Por tanto, para la comparabilidad se hace necesario:

- que no existan diferencias entre la operación intragrupo y una operación de mercado abierto que pudiese afectar materialmente el precio (o el margen); o
- que puedan ser hechos ajustes razonablemente exactos, a fin de eliminar tales diferencias.

Las Directrices de 1995 admiten por tanto el uso de comparables inexactos, como también lo hacen las regulaciones estadounidenses en su apartado §482, aunque habrán de ser similares. Se habla por tanto de una flexibilización del régimen de aplicación del *arm's length* (SALA GALVAN¹⁰¹²) que se pone de manifiesto en dos facetas: por un lado, en la posibilidad de usar como comparables transacciones independientes, aunque presenten diferencias sustanciales, siempre que las mismas se puedan anular mediante ajustes razonablemente exactos, apareciendo así en escena los comparables inexactos; por otro lado, la posibilidad de utilización de más de un método cuando no sea posible con uno solo el conseguir un resultado fiable coherente con el *arm's length*.

Como apunta la doctrina, en caso de ser inexacto el comparable quedará afectada la probabilidad de la identificación, así como la fiabilidad y adecuación de los datos que se obtengan (SWARTZ¹⁰¹³). Si un comparable inexacto no admite ajustes no podrá ser tomado en consideración.

En cuanto a los factores atendibles para determinar la comparabilidad se enumeran cinco:

¹⁰¹¹ HAMAEEKERS, H. (2000).

¹⁰¹² SALA GALVAN, G. (2003).

¹⁰¹³ SWARTZ, M., ZIMMERMAN, P., PETERSON, J. AND SEICKEL, S (1995).

1.– Las características de los bienes y de los servicios (características físicas, calidad, disponibilidad etc.) Estos serán más determinantes cuando se comparen precios que cuando se comparen márgenes de beneficios. En los bienes materiales serán dignos de atención las características físicas, sus cualidades y fiabilidad, así como la disponibilidad y el volumen de la oferta; en los servicios la naturaleza y alcance; en intangibles el contenido de la operación, el tipo de activo, la duración y el grado de protección y los beneficios anticipados derivados de la utilización del activo (parágrafo 1.19)

2.– Análisis funcional (la retribución en relación con la función prestada, los activos utilizados, los riesgos asumidos por cada empresa). El parágrafo 1.20 determina que “*en las relaciones comerciales entre dos empresas independientes, la remuneración reflejará las funciones desempeñadas por cada empresa (teniendo en cuenta los activos utilizados y los riesgos asumidos)*”. Se trata por tanto de tres aspectos interrelacionados que hay que tratar en el análisis funcional:

- identificar las funciones desempeñadas por cada una de las empresas asociadas intervinientes en la transacción, para posteriormente compararlas con las funciones que son asumidas por empresas independientes en el mercado libre. En este particular resultan suficientemente ilustrativas las funciones que las reglamentaciones estadounidenses¹⁰¹⁴ detallan:

- investigación y desarrollo;
- diseño e ingeniería del producto;
- manufactura, producción y proceso de ingeniería;
- fabricación, extracción y ensamblaje;
- gestión de compras y suministros;
- comercialización y distribución, incluyendo gestión de stocks, de garantías y actividad publicitaria;
- transporte y almacenaje;
- administración, servicios legales, contabilidad, servicios financieros, créditos y cobros, formación y gestión del personal;

- considerar los activos utilizados o que se utilizarán en el desempeño de las funciones por cada empresa asociada y la naturaleza de los mismos. Es lo que las reglamentaciones estadounidenses denominan los recursos empleados relacionados con las funciones desarrolladas;
- la valoración de los riesgos asumidos por cada una de las partes, en especial los del propio mercado, de pérdidas asociadas a la inversión en inmovilizado, el éxito o fracaso de la inversión en I+D, los riesgos financieros o los riesgos crediticios. Para constatar la corrección de la distribución de riesgos hay que verificar la coherencia con la sustancia económica de la operación.

¹⁰¹⁴ Treas. Reg. § 1.482–1(d)(3)(i)

3.– Los términos contractuales (responsabilidades, riesgos y beneficios). Serán preferibles las condiciones que constan por escrito, de lo contrario se deducirán de la sustancia económica de la operación. Habrá de analizarse si los comportamientos de las partes coetáneos y posteriores son coherentes con los términos contractuales.

4.– Las circunstancias económicas. Los precios de mercado varían según las circunstancias económicas de cada mercado, incluso para los mismos productos o servicios. Las circunstancias que influyen en las características del mercado son muy variadas (geográficas, tamaño, grado de competencia, disponibilidad, etc.).

5.– Las estrategias de negocio (esquemas de penetración en mercados etc.) En la versión de 1995 aparece un estudio mucho más detallado de las influencias de las estrategias empresariales que el que aparecía en 1979, incluyendo una lista completa, aunque no exhaustiva.

ζ.4) Directrices de 2010.

En las Directrices de 2010 se dedica el capítulo III al análisis de comparabilidad incorporándose importantes novedades.

La versión de 2010 vino manteniendo los cinco factores de comparabilidad, aunque añade algunas nuevas pautas de las que muy brevemente destacamos:

1.– En cuanto a las características de los bienes y de los servicios se añaden dos párrafos adicionales que se concretan en el 1.40 y el 1.41. En los mismos se vienen a señalar dos cuestiones: la primera, que las características de los bienes y de los servicios intervienen con distinta influencia en la comparabilidad dependiendo del método de valoración utilizado, siendo mayor cuando se trata de los métodos tradicionales que los métodos del beneficio y, sobre todo, donde mayor incidencia presentan es en el método del precio libre comparado; la segunda, que los métodos del resultado atienden más a las funciones desarrolladas que a las características de los bienes y servicios. Ahora bien, todo ello con reservas, sin que quepa extrapolar las citadas apreciaciones a que por el método utilizado se pueda llegar a desprestigiar las características de los bienes y de los servicios para la comparabilidad.

2.– En cuanto al análisis funcional se ha procedido a un examen particular y muy extenso de la función de los riesgos en el nuevo capítulo IX dedicado a las reestructuraciones, aunque muchas de las consideraciones que allí se exponen son plenamente aplicables en el análisis funcional en general. Así, se refiere el estar a los términos contractuales sobre la distribución de riesgos siempre que se corresponda con la realidad; el seguir las indicaciones que se dan sobre el concepto del control sobre el riesgo como referencia; o la significación económica del riesgo. Se advierte que el análisis funcional no presenta la vinculación que sucedía en el caso anterior con el método de valoración utilizado.

También se nos advierte que la tendencia a incrementar el número de comparables no sustituye la calidad y fiabilidad del análisis funcional.

3.– En cuanto a las cláusulas contractuales, el párrafo 1.54 de la versión 2010 aprecia la tendencia cada vez más frecuente a no presentar un análisis de las cláusulas contractuales del comparable, lo cual puede llegar a ser determinante para rechazar el comparable.

4.– En cuanto a las circunstancias económicas el párrafo 1.55 mantiene el mismo contenido del párrafo 1.30, enumerando las circunstancias relativas al mercado que pueden influir en la determinación de los precios. En los párrafos 1.56 al 1.58 se mencionan tres circunstancias a tener en cuenta a la hora de determinar la comparabilidad y tomar comparables:

- los ciclos económicos, comerciales o del producto;
- el mercado geográfico, ya que un mercado regional (de más de un país) acostumbra a tener rasgos homogéneos;
- el análisis multipaís cuando una MNE actúe en diversos países que tengan situaciones económicas homogéneas.

5.– En cuanto a las estrategias mercantiles no se incorporan cambios respecto del anterior texto. En la numeración de aspectos a valorar que pueden incidir en estrategias mercantiles que justifiquen un precio se indican a título de ejemplo I+D de un producto, el grado de diversificación, la aversión al riesgo, la valoración de posibles cambios políticos, incidencia de normas laborales o afectantes al sector, o la duración de acuerdos. De especial relevancia pueden resultar a la hora de la comparabilidad las estrategias de penetración en un mercado, o el marco temporal en que puedan estar aplicándose estrategias de penetración o de aumento de cuota. Para evaluar la realidad de dichas estrategias habrán de ser considerados diversos factores, como la coherencia de las distintas partes con las mismas, como por ejemplo si van acompañadas de esfuerzos de comercialización y publicidad, etc. El criterio determinante vendrá dado por la estimación de si empresas independientes incurrirían en dichos costes en función de las expectativas de beneficios esperados.

La gran novedad fue la introducción de un proceso tipo de análisis de comparabilidad compuesto por diez fases. No se trata de un proceso obligatorio, siendo admisible cualquier proceso que se siga siempre que conduzca a comparables fiables, si bien se entiende que constituye una buena práctica el seguirlo. Los pasos que se determinan son:

Paso 1: Análisis del conjunto de las circunstancias del contribuyente, señalándose que es esencial, consistiendo en el análisis del sector y de los factores económicos, de la competencia y de la regulación, así como de los elementos que afecten al contribuyente y su entorno.

Paso 2: Determinación de los años incluidos en el análisis

Paso 3: Revisión de la transacción vinculada para identificar los factores relevantes que van a influir en la selección y aplicación del mejor método, así como en la selección de la parte de la transacción que va a ser objeto de examen, la determinación del indicador financiero que será analizado, la selección de los comparables y, cuando sea necesario, los ajustes que se hagan preciso.

Es con ocasión de este paso donde las Directrices tratan ahora las consideraciones sobre las operaciones separadas y combinadas o las correspondientes a las compensaciones intencionadas, cuestiones ambas de las que nos ocuparemos en otros apartados de esta exposición a los que nos remitimos.

Es en este momento del análisis de comparabilidad en el que hay que decidir que parte de las dos implicadas en la transacción controlada va a ser objeto de examen.

Paso 4: Revisión de los comparables internos si los hubiera, destacándose la mayor idoneidad de los mismos por las razones ya expuestas anteriormente. Sin embargo, se enfatiza que no todos los comparables internos son válidos, por cuanto deberán satisfacer los cinco factores de comparabilidad y, en caso de divergencias, deberán practicarse los ajustes pertinentes.

Paso 5: Determinación de las fuentes de información disponibles sobre comparables externos. Se nos advierte de que se prefieren los comparables internos a los externos, de manera que a estos se acude ante la ausencia de aquellos, así como que debe primar la calidad sobre la cantidad de comparables. Lo normal es que los comparables externos sean obtenidos de bases de datos comerciales, y aunque con las debidas cautelas estas son fiables, es indudable que presentan limitaciones:

- no todos los países disponen de las mismas;
- hay países que disponen de las mismas, pero no se incluyen en las mismas todas las sociedades;
- el nivel de detalle no siempre es igual;
- no suelen contener información segmentada, sino agregada.

Los comparables secretos a los que solo pueda acceder la Administración tributaria no son admisibles.

Paso 6: Selección del método más adecuado atendiendo a las circunstancias y condiciones concurrentes y, según el método seleccionado, determinación del indicador financiero.

Paso 7: Identificación de comparables potenciales. Se trata de uno de los pasos más críticos en el análisis de comparabilidad. El proceso debe ser transparente, sistemático y verificable. Lo primero que se debe hacer es la identificación de empresas independientes comparables que realicen transacciones similares, para lo cual existen dos vías, sin que exista preferencia a priori por ninguna de las dos:

- ✓ de adición: realizando un listado de las empresas que se crea que realizan las mismas transacciones, para posteriormente recopilar información de las transacciones que llevan a cabo para verificar que pueden utilizarse como comparables;
- ✓ de deducción: seleccionando en una base de datos todas las empresas que operan en el mismo sector de actividad, realizan funciones similares y no presentan características económicas muy dispares. Posteriormente se procede a depurar mediante la aplicación de distintos criterios. Este proceso no resulta aplicable con todos los métodos y en todos los casos.

Los criterios de depuración de datos en la identificación de comparables potenciales pueden ser cuantitativos o cualitativos. Entre los cuantitativos cabe incluir:

- ✓ criterios referentes al tamaño de la empresa;
- ✓ criterios referentes a distintas ratios¹⁰¹⁵ cuando se trata de intangibles;
- ✓ criterios relativos a la importancia que tengan las exportaciones, si es el caso;
- ✓ criterios relacionados con el valor de las existencias;
- ✓ criterios especiales que permitan excluir empresas, como por ej. estar en concurso de acreedores, estar comenzando la actividad, etc.

Paso 8: Determinación y aplicación de los ajustes de comparabilidad para que sean fiables, aunque los mismos solo se realizarán cuando sean necesarios, y se entiende que lo son si, y solo si, aumentan la fiabilidad de los resultados. Los ajustes pueden ser de diversos tipos, entre ellos se sitúan:

- a) los ajustes contables que tienen por objeto eliminar las diferencias de contabilización que puedan existir entre la operación vinculada y el comparable
- b) los ajustes de capital circulante con el objeto de corregir las diferencias en las cuentas por cobrar, cuentas por pagar y en los inventarios

Paso 9: Interpretación y uso de los datos recabados y determinación de la retribución de plena competencia

Paso 10: Documentación del proceso y elaboración de procesos de revisión si sobrevinieran cambios, de manera que la información quede disponible de forma totalmente transparente para que la Administración pueda verificar el cumplimiento del *arm's length* y la manera en que se ha procedido para ello.

Las novedades que presentan las Directrices de 2017 serán estudiadas en el último capítulo de este trabajo.

¹⁰¹⁵ $\frac{\text{valor neto de intangibles}}{\text{valor neto total de activos}}$, $\frac{I+D}{\text{ventas}}$

η.- El rango de *arm's length* como elemento de ajuste que permite la comparabilidad.

Como consecuencia de la aplicación del método o los métodos más adecuados, es posible que no se obtenga un único resultado que sea coherente con el *arm's length*, en tal caso las Directrices prevén un rango de cifras en el que cualquiera sería, relativamente, igual de fiable¹⁰¹⁶.

El rango se conceptúa en el glosario de las Directrices como los “*precios aceptables para definir si las condiciones de una operación vinculada son de plena competencia y que resultan, o bien de la aplicación del mismo método de precios de transferencia a múltiples datos comparables, o bien de la aplicación de diferentes métodos de precios de transferencia*”.

η.1) Directrices 1995.

Ya dejamos indicada la parquedad del Informe de 1979 sobre el análisis de la comparabilidad, donde no se contiene ninguna referencia al alcance del *arm's length*.

En cambio, el texto de las Directrices 1995 sí se adentra a estudiar el rango.

El punto de partida se sitúa en aquellos casos en que la comparabilidad no alcanza a determinar un precio exacto y único (parágrafo 1.45), por lo que se presentan distintos posibles precios de transferencia que podrían satisfacer el principio de *arm's length*. Los supuestos en los que puede suceder son varios:

- cuando las empresas independientes no establezcan siempre y exactamente el mismo precio para la misma transacción, aun cuando cada precio por definición al tratarse de independientes es conforme con el *arm's length*;
- cuando el propio método que se utilice dé lugar a variaciones que constituyen únicamente una aproximación a las condiciones que se hubiesen establecido entre partes independientes.
- cuando se utiliza más de un método y se obtiene una gama de resultados (parágrafo 1.46). En el caso de la obtención de distintos rangos porque cada método arroje un rango distinto, los distintos rangos pueden ayudar a determinar un rango de plena competencia. No existe regla general sobre cómo usar los distintos rangos obtenidos, porque habrá que reparar en el caso concreto y dependerá de la fiabilidad del método utilizado y de la calidad de la información de que se dispuso para la aplicación del método. Como posibilidades de uso de los distintos rangos se apunta la superposición de los mismos para llegar a un único rango, o la utilización para determinar el método más adecuado descartando otros.

¹⁰¹⁶ Parágrafo 1.45 Directrices 1995

Ello es consecuencia, como advierten las Directrices, de que los precios de transferencia no constituyen una ciencia exacta.

Por otra parte, pueden presentarse distintas situaciones:

a) en relación con la confección del rango:

- ✓ si las cifras del rango tienen el mismo grado de comparabilidad: no son necesarios ajustes;
- ✓ si las cifras del rango no tienen el mismo grado de comparabilidad: se harán precisos ajustes sobre el punto del rango que mejor refleje las condiciones de *arm's length*;

b) en relación con la determinación de si las condiciones esenciales de la operación controlada quedan dentro del rango o no. Por lo que podremos enfrentarnos a dos escenarios distintos:

- ✓ que la Administración tributaria estima que sí lo tienen, en cuyo caso no se harán precisos ajustes y cualquier cifra que quede dentro del abanico de posibilidades que constituye el rango sería acorde con el *arm's length* (parágrafo 1.48), por lo que se deja necesariamente un margen de interpretación en la determinación concreta y exacta del precio (parágrafo 1.45), debiéndose decidir por el punto del mismo que refleje mejor los hechos y circunstancias de una determinada operación. Y ello sin perjuicio de que, si existe mucha diferencia entre dos puntos de un rango, las razones puedan estar en la falta de fiabilidad de los datos usados o en que los ajustes realizados no hayan sido suficientes;
- ✓ que la Administración tributaria considere que las condiciones esenciales no quedan dentro del rango, en cuyo caso habrá de procederse a otorgar al contribuyente la oportunidad de demostrar que las condiciones de la operación son conformes con el *arm's length* y quedan dentro del rango.

Hay por tanto diferencias sustanciales entre las reglamentaciones de EE. UU. y las Directrices (FEINSCHREIBER)¹⁰¹⁷:

a) porque para aquellas las desviaciones significativas de valor dentro del rango pueden determinar una falta completa de comparabilidad;

b) además, porque las Directrices por el momento no contemplaban la aplicación de métodos estadísticos como el rango intercuartil para evitar desviaciones inadecuadas, simplemente se nos dice (parágrafo 1.47) que en caso de desviaciones importantes puede ser necesario un análisis más detenido de esos puntos con el objeto de evaluar su idoneidad para ser incluidos en el rango de plena competencia;

¹⁰¹⁷ FEINSCHREIBER, R. (2004).

c) mientras las regulaciones estadounidenses prevén que los precios que entren dentro del rango serán ajustados para que alcancen el punto medio, las Directrices vienen a considerar que cualquier punto dentro del rango cumple con el *arm's length*.

La utilización del rango será especialmente ventajosa en el caso del método del margen neto de la operación.

η.2) Directrices de 2010.

En 2010 el tratamiento del rango de plena competencia pasa del capítulo I al capítulo III, párrafos 3.55 al 3.66, estructurado en tres apartados: aspectos generales, selección del punto más apropiado del rango y resultados extremos (problemas de comparabilidad).

Como cuestiones en las que podemos reparar deben enumerarse:

- a) no todas las operaciones comparables sirven para determinar el rango, debiendo descartarse aquellas que tengan un menor grado de comparabilidad;
- b) cuando, pese a la depuración de operaciones comparables, el rango presente defectos de comparabilidad (derivados del proceso de selección o de limitaciones que no puedan subsanarse mediante ajustes) y no sean posibles ajustes, se podrá acudir a herramientas estadísticas de tendencia central. Quedaban así introducidas las herramientas estadísticas propias del sistema estadounidense. Sin duda alguna constituye la principal novedad en las nuevas pautas sobre el rango

El uso de las herramientas estadísticas queda aún más concretado cuando se analiza la selección del punto más adecuado dentro del rango una vez definido éste. Ya que en el caso de que la Administración entienda que las condiciones relevantes de la operación quedan fuera de la transacción y el contribuyente no consiga acreditar que las condiciones de la operación entran dentro del intervalo, la Administración habrá de determinar el punto del intervalo más correcto pudiendo suceder:

- que los resultados del intervalo sean muy fiables y relativamente iguales, en cuyo caso cualquier punto del rango será conforme al *arm's length*;
- que contengan defectos y limitaciones los datos del rango, en cuyo caso será cuando haya que acudir a las herramientas estadísticas. Sin embargo, hay autores que van más allá y entienden que se podrá acudir a las herramientas estadísticas incluso cuando nos encontremos ante un rango perfecto (ENTRENA MORATIEL¹⁰¹⁸).

Hemos por tanto de referirnos a las herramientas estadísticas a las que se acude con mayor asiduidad. En primer lugar, hay que advertir que la enunciación contenida en el texto es meramente indicativa, como se intuye de la propia terminología usada:

¹⁰¹⁸ ENTRENA MORATIEL, B. (2010).

“herramientas estadísticas” o cuando se señala “por ejemplo”. La generalidad que se advierte en la expresión “herramientas estadísticas” no deja lugar a dudas y, la expresión “por ejemplo” lo confirma. En segundo lugar, la exigencia que se impone a las herramientas que se utilicen es que sean de tendencia central, esto es, que permitan determinar dentro del rango los valores que más se acerquen al *arm’s length*. Detengámonos en algunas de dichas herramientas siguiendo a JONES RODRÍGUEZ¹⁰¹⁹, quien agrupa las herramientas en dos grupos:

a) las que son genuinamente de tendencia central:

- ✓ la media aritmética: se obtiene dividiendo la suma de los valores de las observaciones de un grupo entre el número de observaciones;
- ✓ la media ponderada: el valor de cada observación se pondera con algún índice que representa su importancia relativa;
- ✓ la mediana: es el valor que deja el mismo número de datos de la distribución antes y después de él, es decir, en un conjunto de observaciones el 50 por 100 de los datos serán menores o iguales que la mediana y el 50 por 100 serán mayores que ella. Cuando el conjunto de observaciones presenta una distribución asimétrica, la mediana resulta más descriptiva de la tendencia central que la media aritmética.

b) otras que sin ser de tendencia central ofrecen información sobre las características de un conjunto de datos:

- ✓ percentiles: son los 99 valores de la variable que dividen a la distribución, ordenada crecientemente, en 100 partes iguales, de modo que en cada una de ellas se encuentra el 1% de los datos (SARRIÓN GAVILÁN¹⁰²⁰);
- ✓ cuartiles: los cuartiles son también medidas de posicionamiento al igual que los percentiles, y sirven para dividir la distribución, ordenada crecientemente, en cuatro partes iguales.

Para el cálculo de todas las herramientas mencionadas arriba se deben diferenciar dos casos: que la muestra sea de datos agrupados o no agrupados. Para el supuesto de los no agrupados se procedería de la siguiente forma:

a) Media aritmética

$$\bar{x} = \frac{x_1 + \dots + x_N}{N}$$

b) Media ponderada

$$\bar{x} = \frac{p_1 \cdot x_1 + \dots + p_N \cdot x_N}{p_1 + \dots + p_N}$$

c) Mediana

¹⁰¹⁹ JONES RODRÍGUEZ, L. (2011).

¹⁰²⁰ SARRIÓN GAVILÁN, M.D. (2014).

$$Mediana = \begin{cases} \frac{x_{N+1}}{2}, & \text{si } N \text{ impar} \\ \frac{\frac{x_N}{2} + \frac{x_{N+1}}{2}}{2}, & \text{si } N \text{ par} \end{cases}$$

d) Percentiles (j-ésimo percentil)

$$P_j = \frac{N \cdot j}{100}$$

e) Cuartiles: *En este caso simplemente hay que tener en cuenta que el primer cuartil (Q_1) se corresponde con el percentil 25, el segundo (Q_2) con el percentil 50 y el tercero (Q_3) con el percentil 75.*

Y para el caso agrupado en el que se tiene que la muestra, ordenada, viene dividida en K distintos intervalos o clases, los cálculos son:

a) Media aritmética

$$\bar{x} = \frac{f_1 \cdot c_1 + \dots + f_k c_k}{N}$$

b) Media ponderada

c) Mediana

$$Mediana = \begin{cases} L_k^s, & \text{si } F_k = \frac{N}{2} \\ L_{med}^{inf} + \frac{\frac{N}{2} - F_{med-1}}{f_{med}} a_{med}^{inf}, & \text{caso contrario} \end{cases}$$

d) Percentiles (j-ésimo percentil)

$$P_j = L_{med}^{inf} + \frac{\frac{j \cdot N}{100} - F_{med-1}}{f_{med}} a_{med}^{inf}$$

e) Cuartiles: En este caso se establece la misma relación con los percentiles que se veía en el caso no agrupado.

dónde se tiene que:

- ✓ N =: tamaño de la muestra
- ✓ K =: número total de intervalos
- ✓ f_k =: frecuencia absoluta del intervalo k-ésimo
- ✓ F_k =: frecuencia absoluta acumulada del intervalo k-ésimo
- ✓ c_k =: marca de clase del intervalo k-ésimo
- ✓ L_k^s =: límite superior del intervalo k-ésimo
- ✓ L_k^{inf} =: límite inferior del intervalo k-ésimo
- ✓ L_{med}^{inf} =: límite inferior del primer intervalo cuya frecuencia acumulada es mayor que $N/2$
- ✓ f_{med} =: frecuencia del intervalo primero con frecuencia acumulada mayor que $N/2$

- ✓ F_{med} =: frecuencia acumulada del intervalo primero con frecuencia acumulada mayor que $N/2$
- ✓ $a_{med}^{inf} = L_{med+1}^{inf} - L_{med}^{inf}$

y el rango intercuartílico (IQR) es una estimación estadística de la dispersión de una distribución de datos. El IQR consiste en la diferencia entre el cuartil tercero (Q_3) y cuartil primero (Q_1), consiguiéndose así eliminar los valores extremadamente alejados y viene a subsanar la insensibilidad de la mediana a las irregularidades en los extremos. Cuanto mayor sea el IQR la dispersión será mayor, por lo que será más apropiado el usar la mediana y el IQR que la media aritmética y la desviación típica

$$IRQ = (Q_3) - (Q_1)$$

Estas técnicas estadísticas son recurrentes cada vez con más frecuencia en la práctica, lo cual no debe hacernos desviarnos de su verdadero propósito y utilidad, de manera que:

- a) el uso de las herramientas estadísticas no puede sustituir el análisis de comparabilidad, debiendo considerarse una metodología subsidiaria para cuando existan defectos de comparabilidad pero que no pueden identificarse ni cuantificarse;
- b) su utilidad es reducida cuando las desviaciones sean importantes.

Ante los resultados de cifras extremas, ya sean beneficios o pérdidas, se recomienda la exclusión de los mismos en la comparabilidad, si no es posible identificar las circunstancias determinantes de la desviación y su corrección mediante el correspondiente ajuste, ya que en definitiva suponen un defecto en la comparabilidad.

No se prohíbe tomar como comparables empresas que sean deficitarias, pero siendo conscientes con que en relaciones de *arm's length* estas no serían mantenidas en el tiempo, habrá que ser más cautelosos en el análisis de comparabilidad y verificar que las causas de las pérdidas no son anormales.

η.3) Directrices de 2010.

En las Directrices de 2017 se repiten las mismas pautas en la subsección “A7”, de la sección “A”, del capítulo III.

θ.– Otros aspectos a considerar en la aplicación del principio de *arm's length*.

θ.1) La identificación de la operación realmente efectuada.

El párrafo 23 del Informe de 1979 ya recogía que como punto de partida debería de atenderse a las transacciones reales efectuadas, y solo excepcionalmente se podrían ignorar o sustituir a efectos fiscales. El hecho de que una transacción sea celebrada entre

entidades relacionadas no debe ser causa suficiente para que merezcan un trato distinto al que tendrían si hubieran sido acordadas por partes independientes.

En las Directrices de 1995 se dedican los párrafos 1.36 al 1.41 a establecer las pautas a seguir, volviendo a reiterar la regla general de respetar la operación tal cual ha sido configurada por las entidades relacionadas y, solo excepcionalmente, a efectos fiscales cabe a la autoridad fiscal separarse de la misma. Como supuestos excepcionales se contemplan dos:

- a) cuando la sustancia económica no se corresponda con la forma;
- b) cuando, coincidiendo la forma y el fondo de la operación, los acuerdos relativos a la misma, valorados globalmente, difieran de los que hubieran sido adoptados por empresas independientes que actúan de modo racional desde un punto de vista comercial y su estructuración real impida que la Administración tributaria determine el precio de transferencia apropiado.

Para HORNER¹⁰²¹ la diferencia entre 1979 y 1995 es patente. Mientras que en aquella primera época se dejaba a la Administración tributaria una amplia posibilidad de interpretación que permitía reestructurar la operación cuando las partes relacionadas se hubieran separado del *arm's length*, en 1995 se restringe tal posibilidad a los dos supuestos excepcionales acabados de citar.

Quizás el trabajo más extenso y detallado de la materia, al menos que conozcamos, es el de BULLEN¹⁰²², quien conceptúa los ajustes de reestructuración de operaciones controladas como una categoría autónoma de ajustes que contrapone a la tipología tradicional de ajustes primarios, correlativos o bilaterales y secundarios. Para el autor este tipo de ajustes encierra dos fases: en una primera se verifica si se puede reestructurar la operación vinculada o no y, en una segunda, se analizará:

- a) si en la primera fase fue reestructurada la operación, será ésta último (y no la original) la que se tomará para determinar el precio de *arm's length*;
- b) si no pudo ser reestructurada y ha sido ignorada la operación real por la Administración tributaria, se procederá a sustituir la operación original por la que la Administración tributaria considere adecuada al caso y se procederá a aplicar el principio de *arm's length* a la operación sustitutoria.

En cuanto a los aspectos sobre los que pueden incidir los ajustes de reestructuración, BULLEN se plantea:

- a) si pueden afectar solamente a las condiciones de la transacción y qué debe entenderse por condiciones. El autor concluye que hay que descartar que se restrinja a un tipo de condiciones como pudieran ser las condiciones relativas al precio o a los aspectos accidentales (no sustanciales) de un negocio;

¹⁰²¹ HORNER, F.M. (1996).

¹⁰²² BULLEN, A. (2010)

b) si puede realizarse el ajuste de más de una condición de una vez, a lo que contesta que la expresión en plural del término condiciones permite deducir que sí;

c) si los ajustes de condiciones autorizan el ajuste de relaciones comerciales o financieras. En este caso el autor considera que el diferenciar entre ajuste de condiciones y ajuste de relaciones comerciales o financieras es inadecuada, rechazando la doctrina de la desconexión que sería la que sustentaría la diferenciación;

d) si el artº9.1 soporta el que en el proceso de aplicación del *arm's length* haya que seguir dos fases, a lo que contesta afirmativamente;

e) si el artº9 autoriza que como consecuencia de la reestructuración pueda resultar la creación de rentas, en el sentido de que los beneficios del conjunto de las empresas asociadas intervinientes sean superior o inferior después de la reestructuración. En este caso el autor interpreta que ni la reestructuración causa necesariamente incremento de rentas (para ello está el ajuste correlativo), ni el contenido del artº9 impide que pueda haber incremento de rentas.

Además, debe observarse que el carácter residual y excepcional de que se dota la facultad de reestructuración conforme al párrafo 1.64 y 1.65 de las Directrices 2010 deviene en la imposibilidad de entender que la reestructuración suponga limitar el artº9.1. En las Directrices 2017 será en los párrafos 1.119 al 1.128 donde se contengan las pautas sobre el reconocimiento de la operación de forma precisa como segundo aspecto en la definición de la operación vinculada.

0.2) Operaciones separadas y combinadas.

El Informe de 1979 se ocupó de este tema en el párrafo 19 en el que se expone que se presenta frecuentemente la situación en la que una empresa asociada dentro de una multinacional realiza un paquete de transacciones o acuerdos con otra empresa relacionada del grupo por un único precio, sin diferenciar entre los distintos tipos de transacciones englobadas. Ante tal situación se recomienda que se proceda al análisis del paquete de acuerdos tomando los distintos elementos separadamente, y tratar el paquete y sus elementos como si fuera un acuerdo conjunto entre empresas no relacionadas.

Las Directrices de 1995 dedican a la materia los párrafos 1.42 a 1.44 y en los mismos se establece que la regla general para la operativa del *arm's length* es la aplicación operación por operación. Frente a dicha regla se pueden presentar dos situaciones que aconsejen considerar el paquete de operaciones: una, cuando las operaciones estén muy estrechamente ligadas, por lo que el desagregarlas distorsionaría la determinación del valor; otra, cuando las operaciones sean tan continuas que sea más razonable el valorarlas conjuntamente.

Las Directrices de 2010 tratan este aspecto dentro de uno de los pasos del proceso tipo para llevar a cabo el análisis de comparabilidad, en especial cuando se refiere a la revisión de la transacción vinculada, reiterando que la regla general es la de la operación separada. La novedad viene constituida por el párrafo 3.10 en el que se identifican como supuestos de operaciones combinadas la estrategia empresarial conocida como cartera de productos, lo que acarrea que en un conjunto de productos existan productos que produzcan pérdidas, pero ello no implique prácticas contrarias al *arm's length*, aunque la admisión de estas prácticas de pérdidas estarán sujetas a las reservas con que siempre son admitidas (ni pueden ser generales ni dilatadas en el tiempo).

En el texto de 2017 se reproduce el tenor de los párrafos 3.9 al 3.12 de 2010, con tan solo las modificaciones correspondientes a las remisiones a otros párrafos de las Directrices que aparecen acomodadas a los nuevos ordinales.

0.3) Utilización de datos de una serie de años.

Otro de los aspectos importantes en la comparabilidad es la determinación del ámbito temporal de la información a tomar en consideración. Las Directrices de 1995, en sus párrafos 1.49 a 1.51, destacan las ventajas que presenta el tomar los datos de varios años antes que los de un solo ejercicio. A este respecto, la consideración de varios años anteriores a la celebración de la operación enriquecerá la información y ayudará a establecer la comparabilidad de la transacción controvertida con transacciones entre independientes. Además, permitirá conocer los ciclos económicos relevantes y los ciclos de vida de productos de empresas comparables.

Donde sí se realizan reservas es respecto del análisis retrospectivo, advirtiendo que tomar datos e información de años posteriores a la transacción objeto de controversia puede resultar ventajoso, pero deben ser usados con cautela.

Por su parte, las Directrices de 2010 dedican la sección “B” del capítulo III a profundizar en las pautas relativas al marco temporal de la comparabilidad, comprendiendo a su vez cinco subsecciones que engloban desde el párrafo 3.67 al 3.79. En dichos párrafos se analiza la tensión entre dos circunstancias contradictorias que concurren sobre la temporalidad de la información:

- a) por una parte, la falta, o mejor sería decir, la dificultad de obtención de información de comparables contemporáneos a la operación vinculada objeto de examen y,
- b) por otra parte, la mayor idoneidad de la misma para llevar a cabo la comparabilidad, dada su mayor similitud.

En todo caso, frente a los distintos problemas que se analizan, siempre debe tenerse presente que la regla rectora en la elección de la información será el tratar de aproximarse en la mayor medida posible a la información que describa y configure el comportamiento que habrían tenido empresas independientes. Veamos algunas de las controversias abordadas y las recomendaciones que se efectúan para cada una de ellas:

a) sobre la conveniencia de la utilización de información anterior o posterior a la transacción:

- ✓ en relación a la información histórica que se acostumbra a recopilar para justificar que se celebró la transacción respetando el *arm's length*, es indudable su importancia, pero nunca puede por sí sola justificar el cumplimiento del *arm's length*, ya que empresas independientes nunca basarían su comportamiento en antecedentes históricos;
- ✓ por tanto, como consecuencia de la anterior consideración, reviste especial trascendencia la información posterior a la transacción;
- ✓ el dilema entre la elección de información posterior o anterior puede plantear problemas de doble imposición si resulta que una de las entidades que es parte de la transacción se inclina por la información previa y la otra por la posterior;

b) sobre la conveniencia o no de tener en cuenta los acontecimientos futuros que fueran imprevisibles al momento de celebrarse la transacción: las Directrices contestan que la incertidumbre no justifica por sí misma un ajuste a *posteriori* sin atender a qué es lo que hubieran hecho partes independientes;

c) sobre la conveniencia o no de la utilización de los datos plurianuales: las Directrices reconocen la utilidad de tal tipo de datos como una evidencia, especialmente en los métodos del resultado y para conocer los comportamientos de los ciclos económicos, pero sin que se pueda establecer un deber de tener que tomarlos necesariamente en consideración;

d) en cuanto a los datos relativos a ejercicios posteriores, se vuelve a reiterar lo que ya recogían las Directrices de 1995 y hemos reseñado sobre la información retrospectiva *ut supra*.

Las Directrices 2017 dedican los mismos párrafos y con idéntico contenido a esta misma materia.

0.4) Compensaciones intencionadas (*set-offs*).

El informe de 1979 dedicó a las compensaciones intencionadas los párrafos 20 a 22, conceptuándolas como las compensaciones de ingresos y pagos acordadas entre sí por empresas asociadas, de manera que solo se podía tomar en consideración a efectos de responsabilidad fiscal el resultado neto.

Este tipo de acuerdos no es inaceptable, porque empresas independientes pueden adoptarlos, aunque no es lo normal, ya que las empresas independientes se mostrarán reacias a participar en acuerdos en los que no se pueden concretar los beneficios que pueda obtener cada empresa por adelantado. En definitiva, había que evaluar si empresas independientes habrían alcanzado acuerdo en el caso concreto sobre las compensaciones en cuestión.

En las Directrices de 1995 aparecen recogidas en los párrafos 1.60 al 1.64. Tras reiterar el concepto de compensaciones intencionadas, y su admisibilidad, aunque no su frecuencia, se termina señalando que la operatividad de las compensaciones no altera el régimen del principio de *arm's length*, el cual deberá ser respetado en las distintas operaciones que se compensen. Se advierte que puede hacerse necesario el examen de cada operación individualizada (compensación) para verificar que cumple cada una con el principio de *arm's length*.

En las Directrices de 2010 se vuelve a tratar las mismas, al igual que sucede con las operaciones separadas y combinadas, dentro de uno de los pasos del proceso tipo para llevar a cabo el análisis de comparabilidad. A las mismas se dedican los párrafos 3.13 a 3.17, que no presentan cambios respecto del texto anterior, salvo los cambios de ubicación y la acomodación de las remisiones que contiene. En 2017 continuaron los mismos párrafos dedicados a la temática de referencia sin cambio alguno.

0.5) Pérdidas.

El Informe de 1979 ya analizaba en el párrafo 28 las pérdidas continuadas, señalando como principio general que las empresas independientes no sostendrían a largo plazo una situación de pérdidas, aunque podían concurrir circunstancias extraordinarias que la justificase. Sería el supuesto de un mercado incipiente o un mercado débil. En caso de que las pérdidas se prolongasen, las autoridades fiscales podrían verificar que no estuvieran siendo utilizadas para desviar beneficios de unas empresas a otras.

En las Directrices de 1995 las pérdidas son tratadas en los párrafos 1.52 a 1.54 y se vuelve a reiterar la excepcionalidad de las pérdidas continuadas, ya que no serían coherentes con el *arm's length*. Solo excepcionalmente, y por periodos razonables, pueden estar justificadas.

En las Directrices de 2010 son los párrafos 1.70 a 1.72 los que se ocupan de las pérdidas, sin que incorporen cambio de ningún tipo respecto a lo que ya nos decía el texto anterior. En 2017 pasaron a ser los párrafos 1.129 al 1.131, de la subsección D.3, del capítulo I, aunque el contenido se mantuvo sin variaciones.

1.- El procedimiento de mutuo acuerdo.

El procedimiento de mutuo acuerdo o amistoso aparece introducido a través del artº25 del MCDI OCDE como mecanismo para solucionar las controversias que puedan surgir en la correcta aplicación del convenio.

El párrafo 8 de los comentarios al MCDI en su versión de 1977 señalaba que en caso de ausencia de acuerdo entre las autoridades Estatales estas procederían a consultarse para tratar de llegar a una solución. Realmente el texto de los comentarios no contemplaba que se procediese a la consulta en todo caso, sino en el supuesto de que las

autoridades no estuviesen de acuerdo en el importe o la naturaleza del ajuste. Sin embargo, la doctrina ha visto en la remisión un verdadero mecanismo de proceder en la realización del ajuste correlativo. Así CAMPO AZPIAZU¹⁰²³ parece apreciarlo cuando afirma que *“para realizar este ajuste, los propios Comentarios al Modelo de Convenio de la OCDE prevén la posibilidad de que los Estados mantengan contactos entre ellos para poder llegar a entender los términos exactos del ajuste”*. En el mismo sentido TRAPÉ VILADOMAT¹⁰²⁴ reconoce que no es pacífica la relación entre el artº 9 y 25 del MCDI OCDE, pero *“la opinión mayoritaria que suscribimos plenamente y que goza del apoyo de los Comentarios al artº 25 sostiene que la resolución de los conflictos de doble imposición económica generados por un ajuste está cubierta por el artº 25 a pesar de no incluir el apartado segundo del artº 9”*.

Se trata de un mecanismo excepcional previsto para solucionar conflictos derivados de la incorrecta aplicación del Convenio, con independencia de los mecanismos que prevean las legislaciones domésticas. Para GARCÍA PRATS¹⁰²⁵ la principal crítica que merece es la falta de obligatoriedad, apareciendo configurado como un régimen de resolución facultativa en el que no existe obligación de alcanzar una resolución, simplemente de iniciar el procedimiento y de negociar.

Sobre el procedimiento de mutuo acuerdo ya nos hemos detenido anteriormente con ocasión de los ajustes correlativos, a todo lo cual nos remitimos.

κ.– Operaciones financieras.

DURÁN RODRÍGUEZ¹⁰²⁶ haciéndose eco de la NRV 9ª del PGC conceptúa los instrumentos financieros como aquellos contratos que dan lugar a un activo financiero en una compañía y, simultáneamente, a un pasivo financiero o a un instrumento de patrimonio en otra empresa. De los múltiples instrumentos financieros apreciables, los que mayor incidencia pueden tener en los precios de transferencia serán los instrumentos de activo o pasivo de naturaleza estrictamente financiera, tanto por su importancia cuantitativa como por el impacto sobre las bases imponibles.

κ.1) Informe 1979.

El informe 1979 en el capítulo sobre los préstamos (capítulo 5) dejó claro que no se ocupaba de los préstamos entre empresas envueltas en actividades bancarias o financieras. Lo cual no era óbice para ocuparse de los préstamos intragrupo, dada la importancia cada vez mayor que tenían en las políticas financieras de las

¹⁰²³ CAMPO AZPIAZU, C. (2011).

¹⁰²⁴ TRAPÉ VILADOMAT, M. (2007).

¹⁰²⁵ GARCÍA PRATS, F. A. (2005a).

¹⁰²⁶ DURÁN RODRÍGUEZ, V. (2011).

multinacionales y la creciente preocupación fiscal sobre las mismas desde una doble consideración:

- a) porque los costes fiscales de los préstamos intragrupo suelen ser menores que los del capital o aportaciones a fondos propios;
- b) porque conllevan problemas de delimitación de competencia entre dos jurisdicciones fiscales.

Tres cuestiones entrelazadas fueron tratadas por el Informe:

- a) El problema de la distinción entre préstamo y capital.

A tal efecto se consideraba que las aportaciones intragrupo en forma de capital suponían que la retribución o compensación a las mismas deberían ser tratadas como reparto de dividendos, mientras que si se trataba de préstamos se generarían pagos de intereses. Estos flujos podían ser de la matriz a las subsidiarias, pero ningún inconveniente se estimaba que pudiera presentarse ante operaciones en sentido inverso.

A la hora de distinguir entre unos y otros eran apreciables varios posicionamientos:

- ✓ El de los países que adoptaban un criterio flexible, y consideraban necesario reparar en cada caso (test de criterios múltiples), donde a su vez se podían deslindar dos posturas:
 - aquellos países que, sin distinguir entre compañías residentes y no residentes, estimaban que bastaba constatar si concurrían una serie de factores o reglas que permitiesen determinar si se trataba de capital o préstamo. Entre dichos factores se recogían:
 - si había promesa incondicional escrita de pagar una cantidad fija a fecha concreta;
 - si era un crédito subordinado a otros acreedores;
 - si el crédito era convertible en acciones u obligaciones;
 - los derechos de los acreedores en el caso de falta de pago;
 - la intención de las partes de crear una relación acreedor–deudor;
 - la ratio $\frac{\text{préstamo}}{\text{capital}}$: dependiendo del tipo de empresa se consideraba que se encontraba dentro o fuera de la ratio y tendría una consideración u otra;
 - aquellos países que, con un criterio pragmático, sin diferenciar entre residentes y no residentes, consideraban necesario verificar todas las circunstancias concurrentes en cada caso.
- ✓ El de los países no flexibles y que adoptaban un test de criterio simple con el que rápidamente podían determinar si se estaba ante un préstamo o capital (normalmente criterios numéricos o cuantitativos).

Se recomendaba un criterio flexible que atendiese a las circunstancias especiales.

b) La cuestión de si se debían cargarse intereses o no.

La regla general contemplada en el Informe de 1979 consistía en que cuando se tratase de préstamos se pagasen intereses conforme serían cargados en circunstancias similares en una transacción entre partes no vinculadas (parágrafo 192). Aun cuando se consideraban admisibles situaciones especiales que podían justificar el que no se cargasen intereses, como así sucedería si se tratase de préstamos entre empresas independientes, ya se tratase de créditos comerciales, o de préstamos en situaciones especiales (*start-up*) o situaciones de dificultades financieras.

c) La interrogante sobre el tipo de interés que debería cargarse.

A ello se responde que debería cargarse el mismo tipo que sería aplicado si se tratase de empresas independientes al momento en el que surge la deuda, pudiendo las autoridades fiscales intervenir realizando los correspondientes ajustes cuando se apreciase que el interés no fuera coherente con el *arm's length*, sin que cupieran reglas generales sobre el tipo aplicable dadas las especialidades que podían concurrir y debían tomarse en consideración:

- ✓ cantidad y plazo;
- ✓ finalidad del préstamo;
- ✓ moneda;
- ✓ riesgos de cambio en una moneda concreta;
- ✓ la seguridad que implique.

κ.2) Informe 1984.

El informe de 1979 presentó una serie de carencias que vinieron a ser cubiertas por el Informe de 1984. Aquel no se ocupaba de los préstamos entre empresas bancarias o financieras, ni explícitamente de las sucursales, ni analizó las especialidades entre las transferencias entre empresas asociadas y las transferencias internas, al igual que tampoco trató las particularidades en este ámbito de los establecimientos permanentes. Además, el Informe de 1984 afrontaba las especialidades de las transacciones financieras que en el ámbito bancario y financiero internacional habían venido apareciendo y precisaban de nuevas respuestas o aclaraciones.

a) En cuanto a las empresas bancarias que operasen a través de filiales.

El informe procedía a realizar tres matizaciones:

- que eran extrapolables las consideraciones contenidas en el Informe de 1979 para las empresas bancarias y financieras que operasen por intermedio de filiales, siéndoles aplicable el principio de *arm's length* a los préstamos (diferenciación préstamos– capital) y a los tipos de interés (deben cargarse y

su cuantía). Las únicas especialidades de relevancia vendrían marcadas por el hecho de que el tipo de interés en la actividad financiera se encontraría muy objetivada por referencias a indicadores del mercado interbancario, la importancia del método CUP y la facilidad de encontrar comparables.

- Que cuando se tratase de otro tipo de transacciones (diferentes a los préstamos) habría que tomar en consideración los comentarios del artº9 y cuanto se contenía en el Informe de 1979, en especial a lo referente a la prestación de servicios intragrupo.
- Que no se presentaban aspectos diferenciadores frente a la doble imposición de otro tipo de empresa, por lo que remitía a cuanto se decidiera en la primera parte del Informe de 1984 respecto a los ajustes correlativos y al procedimiento de mutuo acuerdo.

b) En cuanto a empresas bancarias que operasen a través de sucursales.

El Informe procedía a estudiar diversos aspectos que podemos resumir del siguiente modo:

- la atribución de beneficios al establecimiento permanente se debería de realizar en la manera que dispone el artº7 MCDI OCDE siguiendo las siguientes pautas:
 - ✓ se aplicaría el *arm's length*, de manera que los beneficios atribuidos fueran los que se atribuirían a una entidad independiente y distinta envuelta en la misma actividad, bajo las mismas o similares condiciones.
 - ✓ se consideraba que el apartado 2 del artº7 contenía el criterio de entidades separadas
 - ✓ se estimaba que el apartado 3 del artº7 relacionaba los gastos que podrían ser admitidos para la determinación de los beneficios, precisando que serían acogidos:
 - tanto los gastos incurridos directamente por el establecimiento permanente como aquellos otros en los que hubiera incurrido la matriz y otras sucursales para los propósitos del establecimiento permanente;
 - también podían incluirse:
 - ✓ los gastos específicos en los que se hubiere incurrido por razón del establecimiento permanente;
 - ✓ la fracción de gastos generales de administración y gestión incurridos para la empresa en su totalidad;
 - ✓ se juzgaba que el apartado 4 del artº7 admitía con carácter subsidiario el método del prorrateo sobre la base de los beneficios totales de la empresa para determinar los beneficios asignables al establecimiento permanente

- los intereses deberían recibir el siguiente tratamiento:
 - ✓ el establecimiento permanente de un banco tenía que soportar los intereses en que incurriesen la matriz u otras sucursales en razón de que los fondos realmente provenían de terceros y se habían puesto a disposición del establecimiento permanente;
 - ✓ como excepción a la regla general que gobierna en operaciones intragrupo, cuando se tratara de pagos de intereses en el seno de una entidad financiera sí tendrían la consideración de gasto deducible. Para la determinación de los intereses deducibles el Informe apreciaba dos criterios posibles:
 - método de la trazabilidad: conforme al mismo solo serían deducibles los intereses correspondientes al dinero del préstamo recibido, requiriendo la identificación de la fuente, con las dificultades que ello conlleva;
 - método de la fungibilidad: conforme al mismo, todo el dinero que recibiera un banco de sus depositantes se confundía y resultaba inidentificable, por lo que pasaba a correr en su totalidad la misma suerte;
 - ✓ la mayoría de los países estaban de acuerdo en que el artº 7 establecía que el método de empresa separada era el preferente para asignar los beneficios a un establecimiento permanente, por el contrario, el método de prorrateo de los beneficios totales de la empresa sobre la base del párrafo 4 del artº 7 era subsidiario y para casos excepcionales. Entre las razones técnicas que acreditaban la preferencia del método de entidades separadas se citaban:
 - porque el párrafo 23 del Comentario explícitamente refería a los párrafos 2 y 3 del art7;
 - porque el párrafo 23 del Comentario explícitamente señalaba que perseguía llegar a los beneficios del establecimiento permanente sobre la base de la “empresa separada”, y no sobre la base de la empresa única criterio al que se refería el párrafo 4 del artº7;
 - el párrafo 23 formaba parte de la sección del comentario que se ocupa del párrafo 3 del artº7.

Cuando la contabilidad permitía asignar y distribuir a cada parte de la empresa los beneficios y gastos con precisión, el criterio más adecuado y preferible sería el de la entidad separada. En caso contrario habría que aplicar un método de coeficientes apropiado o un método adecuado (*appropriate coefficients or suitable criteria*)

κ.3) Documentos posteriores.

Con posterioridad al Informe de 1984 las novedades que incidieron en las operaciones financieras no provinieron de los textos de la OCDE en el ámbito directo de los precios de transferencia, sino de otras fuentes entre las que hay que enumerar:

- a) en 1987 el Informe *sobre Distribución de Beneficios a los Establecimientos Permanentes*;
- b) igualmente, en 1987 el Informe *sobre Subcapitalización y Fiscalidad de Artistas, Deportistas y Personas del Espectáculo*;
- c) en 1988 el Informe *sobre Atribución de Beneficios a los Establecimientos Permanentes*.

Las Directrices sobre Precios de Transferencia de 1995 no dedicaron ningún apartado específico que representara especialidades en la aplicación del *arm's length* en materia de operaciones financieras. Tampoco lo hicieron las Directrices en su redacción de 2010. Habría que esperar a febrero de 2020 para que viera la luz la *Guía de Precios de Transferencia sobre Transacciones Financieras*, siendo la primera vez que las Directrices incorporaron las pautas a seguir en el supuesto de tal tipo de transacciones. De cuanto allí se dispone nos ocuparemos en el capítulo final de este trabajo.

III.3.3 Su desarrollo en EE.UU.

Ya hemos expuesto la importancia y trascendencia que sobre la materia ha venido teniendo durante años el régimen de precios de transferencia de EE. UU. a causa, en primer lugar, del relieve en general de su economía dentro del panorama económico internacional y, en segundo lugar, por la significación en particular de las MNEs americanas. De ahí que merezca en nuestro estudio evolutivo un apartado especial el examen de la configuración del *arm's length* en el sistema fiscal estadounidense.

III.3.3.1 Periodo anterior a las Regulaciones de 1968.

Los orígenes del artículo 482 del Código Fiscal¹⁰²⁷americano, según nos enseña FISH¹⁰²⁸ y el documento "*Internal Revenue Cumulative Bulletin 1988 [2]*"¹⁰²⁹, se sitúan en la *War Revenue Act* de 1917 en la que se facultaba a la autoridad fiscal a requerir a las empresas asociadas una declaración fiscal que permitiera repartir los ingresos y gastos, e incluso excepcionalmente la propia autoridad fiscal podía confeccionar la declaración consolidada. Esta facultad para proceder a la distribución de las rentas se

¹⁰²⁷ Internal Revenue Code (IRC)

¹⁰²⁸ FISH, H. (1995).

¹⁰²⁹ Internal Revenue Cumulative Bulletin 1988, del Treasury Department, Internal Revenue Service, T 22.23.

mantuvo en la *Revenue Act* de 1921 y pasó al artº45 (§45) del *Revenue Act* de 1928 que constituye el antecedente directo del posterior artº482 (§482). El artº45 confería al Comisionado¹⁰³⁰ la facultad para averiguar la verdadera responsabilidad fiscal en orden a la consecución de dos objetivos, evitar la elusión fiscal y asegurar que en las declaraciones se reflejaran los auténticos ingresos. Estos objetivos seguirían destacándose como fundamentos del posterior artº482.

En 1931, mediante la *Revenue Act* de dicha fecha, se introdujo el §112 (k), antecedente directo del posterior §367, con el que se trató de solventar la laguna existente por la que se podía evitar la tributación en Estados Unidos por las ganancias obtenidas en la venta de “*propiedades apreciadas*” cuando la transferencia se realizaba a entidades de jurisdicciones donde no tributaban las ventas de activos, siempre que con anterioridad a la transferencia se hubiese formulado una solicitud de exención en la que se alegara que la transferencia no obedecía a razones fiscales elusivas.

En 1935 la norma reglamentaria introdujo el *arm's length* como mecanismo para poder aplicar la previsión del artº45 de la ley con la siguiente redacción:

“The standard to be applied in every case is that of an uncontrolled taxpayer dealing at arm's length with another uncontrolled taxpayer”

En el IRC de 1954 aparecía ya la sección 482 con la siguiente redacción:

SEC. 482. ALLOCATION OF INCOME AND DEDUCTIONS AMONG TAXPAYERS.

In any case of two or more organizations, trades, or businesses (whether or not incorporated, whether or not organized in the United States, and whether or not affiliated) owned or controlled directly or indirectly by the same interests, the Secretary or his delegate may distribute, apportion, or allocate gross income, deductions, credits, or allowances between or among such organizations, trades, or businesses, if he determines that such distribution, apportionment, or allocation is necessary in order to prevent evasion of taxes or clearly to reflect the income of any of such organizations, trades, or businesses.

En el artículo se apreciaba la extensión propia de la técnica legal americana a la hora de acotar los supuestos que abarcaba el ámbito subjetivo, apreciándose un esfuerzo por englobar a las empresas cualquiera que fuera la forma externa que adoptasen, ya se tratase de empresas constituidas en EE. UU. o no, tuvieran el carácter de afiliadas o no, ya se presentasen como organización empresarial, negocial o comercial. El vínculo, que era lo definitorio, podía ser directo o indirecto, tanto por situación de control (de administración o político) como por situación de titularidad.

En cuanto al ámbito objetivo de los ajustes, siguiendo idéntica técnica legislativa, se realizaba una amplia enumeración: *gross income, deductions, credits or allowances* (ingresos brutos, deducciones, créditos o bonificaciones).

La autorización perseguía proceder a la distribución, asignación o reparto, que en definitiva suponen tres ideas redundantes de un mismo concepto, entre las empresas asociadas.

¹⁰³⁰ El Comisionado es la jefatura de la agencia tributaria estadounidense.

La finalidad perseguida con los ajustes que se autorizan al Secretario del Tesoro quedaba claro que debía ser prevenir la evasión fiscal (debiéndose entender como cualquier esquema fiscal orientado a minimizar la tributación en EE.UU.¹⁰³¹) o reflejar claramente los ingresos de cada empresa asociada. El primer objetivo mal iba a compaginar con los objetivos perseguidos por las recomendaciones de la OCDE, donde se expresaría que el *arm's length* no tenía prima facie finalidad antielusiva.

III.3.3.2 El camino hacia las regulaciones de 1968.

En 1961 el Departamento del Tesoro consideró que la regulación entonces vigente no protegía de la arbitrariedad a la hora de fijación de precios en las transacciones entre empresas asociadas, así como tampoco frente a los desplazamientos de bases fiscales a lugares de menor tributación. La realidad había cambiado, pues hasta el inicio de los años 60 del siglo pasado las pequeñas empresas americanas con filiales en el extranjero habían tenido muy pequeño impacto en el contexto internacional, centrándose la aplicación del artº 482 en el ámbito doméstico. Hasta 1964 el entendimiento general fue que el artº 482 no era aplicado para consolidar las bases, pero en ese año el Tribunal Fiscal usó la disposición de referencia en el caso "*Hamburgers York Road, Inc. v. Comm'r*"¹⁰³². El Congreso reaccionó proponiendo una subsección al artº482 mediante el que pretendía introducir dos modificaciones:

- a) respecto del método: solo cuando los contribuyentes pudieran acreditar que el precio había sido fijado respetando el *arm's length* mediante la aplicación del CUP quedaría cercenada la posibilidad de la autoridad fiscal de acudir a un método formulario que tendría en cuenta las particularidades de la actividad
- b) respecto del reparto: no se atribuirían rentas a empresas extranjeras cuyos activos, personal y otros factores, fueran manifiestamente inadecuados a la actividad desarrollada fuera de Estados Unidos.

El Senado en 1962 no se mostró de acuerdo y el Comité conjunto ese mismo año apoyó el enfoque de que el artº482 ya otorgaba suficientes facultades al Secretario del Tesoro para poder distribuir ingresos y gastos en los supuestos en que estuvieran involucrados ingresos extranjeros, debiendo ser el Tesoro quien en uso de dicha facultad debiera proveer de la regulación reglamentaria necesaria a través de directrices y fórmulas que dieran respuesta a los problemas.

El Tesoro en uso de dichas facultades procedió a actuar en dos ámbitos perfectamente definidos:

¹⁰³¹ En este sentido el pronunciamiento recaído en *Asiatic Petroleum Co. v. Commissioner*, 31 B.T.A. 1152, 1158, aff'd, 79 F.2d 234 (2d Cir.), cert. denied, 296 U.S. 645 (1935) con ocasión de la interpretación que debía realizarse del entonces artº45.

¹⁰³² *Hamburgers York Road, Inc. v. Comm'r*¹⁰³². 41 T. C. 821 (1964); *Aiken Drive-In Theatre Corp. v. U. S.*, 281 F. 2d 7 (4th Cir. 1960)

a) a nivel internacional inició una campaña para influir en otros países en la adopción de similares mecanismos de distribución de beneficios que los que el Tesoro iba a avalar a nivel interno. En este ámbito, en 1965 en una conferencia ante el Instituto Fiscal de América el asistente del secretario del Tesoro explicó las razones de apoyo al *arm's length*, enfatizando que un apoyo unilateral o parcial no era suficiente y que el objetivo era alcanzar un conjunto de reglas de aplicación sobre las que existiese acuerdo, enfatizando el problema de la carencia de un conjunto de reglas a las que atenerse y entendiendo que la nueva regulación de la que se iba a dotar el artº 482 podía servir de punto de partida.

b) a nivel interno, en uso de dichas facultades el Tesoro en 1968 promulgó la regulación reglamentaria de los precios de transferencia (conocidas como Regulaciones de 1968) que tendrían vigencia hasta 1993 y mediante la que se pretendió dar a las empresas no vinculadas un trato paritario al de las empresas asociadas. La regulación de 1968 suponía:

- ✓ la confirmación del principio de *arm's length* como base para los ajustes necesarios en los precios de transferencia, rechazando respaldar el método formulario avalado por el Congreso;
- ✓ por primera vez se trató de regular las particularidades de las distintas actividades de las empresas:

i.–servicios internos:

la aplicación del *arm's length* a los precios de los servicios internos entre asociadas supuso el tomar el precio que sería cargado por los mismos o similares servicios por transacciones independientes entre empresas independientes bajo las mismas circunstancias, tomando en cuenta las más relevantes. Ahora bien, en el caso de ausencia de comparables no se contenían directrices que permitiesen determinar el precio acorde con el *arm's length*

ii.–intangibles:

la aplicación del *arm's length* a las transacciones de bienes intangibles supondría determinar el precio que habría sido pagado por partes independientes por los mismos bienes en las mismas o similares circunstancias. Las Regulaciones de 1968 hacían entonces depender la distribución de los beneficios de comparables internos. En caso de ausencia de comparables o si no fueran adecuados los existentes, sí se preveían doce factores¹⁰³³ que debían de tomarse en consideración para establecer el precio de *arm's length*, aunque sin facilitarse guías sobre la importancia que debía prestársele a cada uno. Así mismo se desarrolló el régimen de la exención de tributación de las transferencias de activos intangibles del §367, estableciéndose una serie de supuestos en los que la solicitud previa de exención debería ser rechazada

¹⁰³³ “including prevailing rates in the industry, offers of competitors, the uniqueness of the property and its legal protection, prospective profits to be generated by the intangible, and required investments necessary to utilize the intangible.”

iii.–tangibles:

se prevén tres métodos valorativos para determinar el precio conforme al *arm's length* y que serían aplicados preferentemente según el orden en que se enuncian: CUP, RP y C+. En caso de que ninguno de los tres métodos sea aplicable se prevé un “cuarto método” subsidiario de los anteriores y que no se especifica en qué consiste, aunque sí se precisa que tiene que ser apropiado o una variación de los anteriores. La concreción del cuarto método vendría dada por vía judicial, si bien en realidad fueron tres submétodos: PSM, margen de retorno/tasa de rentabilidad¹⁰³⁴ y la ratio $\frac{\text{ingresos}}{\text{gastos}}$

- ✓ por otra parte, se rechazaban los *safe havens* basados en métodos del margen de beneficios, o de porcentaje del margen de beneficio o de porcentaje del margen de reducciones.
- ✓ en cuanto a los acuerdos de reparto de costes se incluyó una definición a la par que se disponían unas cuantas reglas cortas, simples y un tanto vagas.

III.3.3.3 Años posteriores a las regulaciones de 1968 hasta 1982.

Como reacción a la nueva regulación reglamentaria de 1968 proliferaron los casos judiciales suscitados por las multinacionales ante la complejidad de la aplicación del régimen establecido y los desacuerdos que surgían con las autoridades fiscales. UNGERMAN¹⁰³⁵ refiere diversos casos paradigmáticos que vinieron a acentuar la insatisfacción del propio IRS con el régimen del artº482. En diversos casos en que no existían comparables, la aplicación del Profit Split resultó contradictoria con las pretensiones del IRS: *Eli Lilly & Co. v. Commissioner*, *G. O. Searle & Co. v. Commissioner* y *Hospital Corporation of America v. Commissioner*. Pero es que en supuestos en que sí existían comparables, también los resultados le fueron adversos:

a) en el caso *United States Steel Corp. v. Commissioner* el Tribunal de apelación vino a sostener que cuando existan comparables que amparen el precio aplicado no puede entrar en funcionamiento la facultad que otorga el artº 482 a la autoridad fiscal, incluso aunque los resultados de la aplicación del comprable pudieran sostener desplazamientos de bases entre entidades asociadas y, además, se precisó que por comparable no puede entenderse la exigencia de idéntico.

b) en el caso *R. T French & Co. v. Commissioner* el Tribunal vino a cerrar las puertas a las facultades de realizar ajustes al IRS conforme a las previsiones del artº482 ante un supuesto en el que simplemente se barajaba por el IRS el enfoque retrospectivo (*hindsight approach*) y la necesidad de actualizar las regalías que se

¹⁰³⁴ En inglés *rate of returns*.

¹⁰³⁵ UNGERMAN, J.O. (1988).

pagaban por la licencia de uso de una patente que se había concedido hacía veinte años por el contribuyente.

En estos años, en el ámbito de la OCDE, se había recogido en el borrador de MCDI de 1963, en el artº9, el *arm's length* como criterio que debía presidir las transacciones entre empresas asociadas, pero pese a los numerosos comentarios suscitados, no sería hasta 1977 cuando formalmente se le diese acogida plena al mismo, aunque como destaca CLARK ¹⁰³⁶ los textos de la OCDE no implementaban los métodos empíricos, siendo el Tesoro de EE. UU. en las modificaciones a las regulaciones del §482.

Destaca LEPARD el papel de EE.UU. en el desarrollo de la codificación del *arm's length*, marcando un hito la publicación en 1971 por STANLEY SURREY y D. TILLINGHAST de su obra coral *General Report, Allocation of Income and Expenses Between Related Entities Under Common Control*. La misma trascendencia le confiere LANGBEIN¹⁰³⁷ al mentado informe cuando refiere que el criterio de la entidad separada se presentó no solo como un método adecuado sino como el único método adecuado, aunque también se puntualizaba en el documento que, si bien era cierto que la inmensa mayoría de países aceptaban el *arm's length* como mecanismo de distribución de los ingresos entre entidades asociadas, contradictoriamente con tal hecho, los países no contenían regulación específica sobre la aplicación y funcionamiento del mismo, apuntándose como posible causa de ello el que los países daban acogida al *arm's length* más por el posicionamiento agresivo de EE.UU. que por propio convencimiento.

Posiblemente fruto de la actitud de EE. UU. ante el *arm's length*, la OCDE en los años setenta siguió su estela, decantándose abiertamente por el principio de *arm's length* y rechazando los métodos formularios.

Mediante la Ley Fiscal de 1976 se volvió a modificar el régimen del §367 aliviándose el rigor para la concesión de la exención mediante solicitud previa, de forma que sería posible el formular la solicitud con posterioridad a la transacción dentro de un plazo y se permitió que los contribuyentes acudieran a instar la revisión judicial de la denegación.

III.3.3.4 Las novedades en los años 1982,1984 y 1986.

Ante el descontento que producían los resultados recaudatorios, en los años 80 asistimos a una serie de novedades, modificaciones e impulsos hacia una revisión del régimen hasta entonces conocido. En 1982, 1984 y 1986, el Congreso procedió respectivamente a promulgar los artículos 936 (h) y 367 (d) del IRC, y a modificar el artº 482 del mismo texto legal. Por si todo ello fuera insuficiente, encargó un estudio y análisis que desembocó en la aparición del texto conocido como el Libro Blanco.

¹⁰³⁶ CLARK, R.G. (1993).

¹⁰³⁷ LANGBEIN, S.I. (2019).

La *Tax Equity and Fiscal Responsibility Act* (TEFRA) introdujo la subsección h en el artículo 936. Hasta 1982 las empresas americanas que operasen con subsidiarias localizadas en Puerto Rico y sus posesiones¹⁰³⁸ disfrutaban de un crédito fiscal. Ello había provocado desplazamientos abusivos a las posesiones, donde la tributación era más baja. El problema en la distribución de beneficios entre las matrices americanas y sus filiales localizadas en las posesiones estaba servido. Ello había venido siendo así desde 1921¹⁰³⁹ cuando para favorecer las economías incipientes de aquellas localizaciones se ideó el dejar exceptuados de tributación en EE. UU. los ingresos obtenidos por residentes de las posesiones y cuya fuente fuera la posesión. Los abusos que tal régimen propició trataron de ser corregidos. Efectivamente, a virtud de la Ley de Reforma Fiscal 1976 se rechazó el régimen del IRC § 931 y se sustituyó por el del §936, de manera que tras el cambio los dividendos disfrutaban de una deducción conforme al § 234, facilitando la repatriación libre de impuestos de los ingresos por transacciones de intangibles.

Considerando insuficiente dicha modificación, el Congreso acudió a la introducción de lo que se daría en llamar el status de la *super royalty*, uno de los regímenes más complejos del Derecho fiscal americano, que se encuentra conformado por:

a) la subsección h del artº 936 introducida en 1982 no es más que, como apuntan WACKER & KARNES¹⁰⁴⁰, una reacción del Congreso al caso *Eli Lilly & Co. v. Commissioner* en el que fue desestimado el posicionamiento del IRS frente a lo que se consideraba coherente con el *arm's length* por el precio a pagar por una licencia de la que disfrutaba una subsidiaria localizada en Puerto Rico. A partir del nuevo régimen existirían límites cuantitativos para las empresas americanas multinacionales que pretendiesen asignar(desplazar) los ingresos de intangibles a sus filiales en las posesiones. Ya solo se admitirían dos métodos de asignación de ingresos provenientes de intangibles vinculados: el reparto de costes y el PSM.

b) El § 367 (d)¹⁰⁴¹ traído por la Ley de Reducción del Déficit de 1984 afronta el problema que surge cuando empresas estadounidenses desarrollaban intangibles en Estados Unidos procediendo a deducirse los grandes gastos que suponía la investigación y desarrollo y, posteriormente, eran utilizados los mismos intangibles por sus filiales manufactureras extranjeras situadas en las posesiones que en realidad eran en las que se producían los beneficios, eludiendo así la

¹⁰³⁸ American Samoa, Guam, Johnston Island, P. Rico, US Virgin Islands y Midway Island.

¹⁰³⁹ La exención empezó en 1900 con la Foraker Act (ley aprobada por el Congreso de EE. UU. para organizar el gobierno civil de P. Rico) en la que se preceptuó:

Art. 14. “[Aplicación de las leyes de los Estados Unidos; leyes de rentas internas exceptuadas]

Las leyes estatutarias de los Estados Unidos, que no sean localmente inaplicables, salvo lo que en contrario dispusiere la presente, tendrán la misma fuerza y validez en Puerto Rico que en los Estados Unidos, excepción hecha de las leyes de rentas internas, las cuales, en virtud de lo dispuesto en la sec. 3, no tendrán fuerza y validez en Puerto Rico.”

El régimen se mantuvo en la Jones Act 1917 permitiéndose a las empresas americanas no tributar en EE. UU. por los beneficios obtenidos en Puerto Rico mientras que no se repatriasen a EE. UU.

¹⁰⁴⁰ WACKER, R. & KARNES, A. (1994).

¹⁰⁴¹ Se introdujo el siguiente texto: “(d) generally, substituting provision providing special rules relating to transfers of intangibles for provision providing special rules relating to transfers of intangibles by possession corporation.”

tributación por las ganancias obtenidas por el intangible. No obstante, el ámbito del §367(d) exclusivamente se ciñó a la transferencia de intangibles libre de impuestos a vinculadas extranjeras en dos supuestos: cuando se tratase de venta de bienes por participaciones en la propia entidad (conceptuadas en el §351) y cuando se tratase de transmisión en supuestos de reestructuración (a las que se refiere el §361, venta a cambio de participaciones, pero, a diferencia del supuesto anterior, en otra sociedad). cuando se trate de ventas a cambio de pagos anuales durante la vida útil dependiendo de su productividad, uso o disposición). Entre las novedades que incorporó el nuevo régimen se encontraba el rechazo de la revisión judicial de las denegaciones de solicitudes previas para quedar libres de tributación, así como la imposibilidad de la solicitud previa en caso de transferencia de bienes por participaciones en la propia sociedad. Pero la novedad más relevante fue el dispensar a la transferencia de intangibles un régimen similar al del §936, considerando que el transferente recibe anualmente las cantidades que reflejen razonablemente las cantidades que se habrían recibido en virtud de un acuerdo de plena competencia que prevé pagos supeditados a la productividad, el uso o la disposición de la propiedad. En el caso de una disposición por parte del transferido inmediatamente después de la transferencia original, el monto correspondiente debe ser reconocido por el transferente original en el momento de la disposición posterior.

c) En 1986 el Congreso americano mostró además su disconformidad con la aplicación que se venía haciendo del artº482, al considerar que la información que se conseguía era deficiente, y ello tanto porque por un lado se daba más importancia al aspecto temporal de disponer en tiempo de la información que al cualitativo de disponer de la información correcta (pese a que ello significase tener que esperar), como porque por otro lado las subsidiarias americanas carecían de información o no la podían obtener de sus matrices extranjeras. AVI-YONAH¹⁰⁴² entiende que se trató de la reacción del Congreso a los casos *Lilly* y *US Steel* que le habían llevado a estimar toda una serie de deficiencias, entre las que cita:

- ✓ el problema de la aplicación del régimen del artº 482 ante la ausencia de comparables;
- ✓ las relaciones entre vinculadas no podían ser tratadas como las relaciones entre no vinculadas, ya que las multinacionales operan como una unidad y los riesgos asumidos por las vinculadas son muy superiores
 - las interpretaciones judiciales del artº482 podían conducir a que los acuerdos entre partes independientes en operaciones aparentemente similares entre partes vinculadas pudieran ser considerados como *safe harbor* para empresas asociadas, aunque

¹⁰⁴² AVI-YONAH, R.S. (1995).

el volumen y el riesgo asumidos fueran muy superiores, o difirieran por otros factores patentes;

- era necesario un nuevo estatuto para la transferencia de intangibles

Como consecuencia de la disconformidad devino la introducción, a través del §367 (d)(2)(A)(ii)¹⁰⁴³ y del §482¹⁰⁴⁴, de la regla conocida como CWI (CWI: *Commensurate With the Income Standard*) para las transacciones de intangibles entre asociadas. Como apuntan GIBSON y BROOKS¹⁰⁴⁵ la intención de esta reforma fue conseguir que el contribuyente estadounidense ajustase anualmente el pago o regalía a una cantidad que reflejase realmente una transacción de *arm's length*, de forma que año tras año se fuera incrementando, y no como sucedía anteriormente en que la cantidad se fijaba al celebrarse la transacción en forma de una prorrata del valor del intangible al momento en que tenía lugar la transacción. También WATSON¹⁰⁴⁶ considera que el objetivo de la regla CWI fue asegurar que cada parte relacionada recibiera o ganara por la transferencia de un intangible lo que hubiera recibido una parte no relacionada de acuerdo con el *arm's length*. Y lo que es más, la regla CWI se basa sólidamente en principios de plena competencia, recomendándose, en caso de no alcanzarse una solución consistente, el llegar a soluciones negociadas. Desde nuestro país NAVARRO IBARROLA¹⁰⁴⁷ escribe que esta modificación permitió la posibilidad de ajustar en cada ejercicio el cálculo de la renta obtenida derivada de un intangible cuando éste generara beneficios más elevados que los previstos al momento de realizar la operación. A tal efecto, se debían analizar funciones, costes y riesgos, de tal manera que la atribución de la renta derivada de la explotación del intangible se efectuase de acuerdo con las aportaciones de cada parte sobre una base periódica. El fundamento, destaca este autor, que se encontraba en el malestar del Congreso de EE. UU. ante el “*constatado fracaso del principio de*” *arm's length* como parámetro para la correcta asignación de beneficios entre entidades de un mismo grupo. Pero no todos los autores se muestran de acuerdo con dicha apreciación, así, el citado AVI-YONAH apunta que el Congreso no pretendía que fuera compatible dicha exigencia con el *arm's length* y para ello se apoya en varios argumentos:

- ✓ el Congreso era consciente de que quien transmite un intangible está mirando por su inversión y recuperar sus costes, no por los factores del *arm's length*;

¹⁰⁴³ Se introdujo el siguiente texto: “*The amounts taken into account under clause (ii) shall be commensurate with the income attributable to the intangible.*”

¹⁰⁴⁴ La siguiente frase fue incorporada al I.R.C. § 482 por la Tax Reform Act of 1986, Pub. L. No. 99-514, § 1231(e)(1), 100 Stat. 2085, 2562-63 (1986): “*In the case of a transfer or license of an intangible property (within the meaning of section 936(h)(3)(B)), the income with respect to such transfer or license shall be commensurate with the income attributable to the intangible.*” [Traducción: “*En el caso de una transferencia (o licencia) de un intangible (en el sentido del artº 936(h)(3)(B)), los ingresos relacionados con tal transferencia o licencia deberán ser adecuados con los ingresos atribuibles al intangible*”]

¹⁰⁴⁵ GIBSON, T. y BROOKS, J. (1987).

¹⁰⁴⁶ WATSON, R. P. (1991).

¹⁰⁴⁷ NAVARRO IBARROLA, A. (2019).

- ✓ el dato de que no se estableciera un régimen de protección de un precio mínimo para cuando se transfiriera un intangible entre partes vinculadas;
- ✓ • porque la norma exigía el pago de un *super royalty* (variable anualmente) a la entidad transmitente de un intangible, aunque existiera un comparable en el que el pago fuera de una cantidad fija.

El CWI venía a ser aplicable tanto a las *inbound transfers* (transferencias de intangibles de la titularidad de subsidiarias extranjeras a empresas estadounidenses) como a las transferencias en sentido inverso (*outbound transfers*) en orden a que reflejaran razonablemente la actividad llevada a cabo por cada una. En definitiva, se trataba de frenar las transferencias de intangibles valiosos hacia jurisdicciones de baja tributación a precios muy bajos, desplazando hacia las mismas los beneficios, al igual que el disminuir beneficios en EE. UU. mediante precios excesivamente altos mediante transferencias en sentido inverso.

La *Tax Reform Act 1986* además trajo modificaciones en el régimen de los acuerdos de reparto de costes, considerándose los mismos válidos siempre que fueran conformes con la buena fe, coherentes con el artº 482 y reflejaran la realidad económica de la actividad que cada parte interviniente desarrollara.

III.3.3.5 El Libro Blanco de 1988.

Pero el Congreso no paró en el establecimiento del régimen del CWI, así, en segundo lugar, debemos recordar que ordenó al IRS que volviera a evaluar la viabilidad del *arm's length* ante las nuevas necesidades y el juego del CWI introducido en el artº482. En respuesta al mismo, en 1988 se publicó el Libro Blanco (*White Paper*, denominado *A Study of Intercompany Pricing under Section 482 of the Code.*) donde se abandonó el concepto tradicional del *arm's length* y se sustituyó por uno más adecuado y flexible según nos refiere AVI-YONAH¹⁰⁴⁸. En el Libro Blanco tras un estudio de la evolución del régimen legal, de las normas reglamentarias, de la jurisprudencia y de la experiencia del IRS en la materia, se llega a la conclusión de que el régimen padecía defectos sustanciales: por una parte, se prestaba demasiada atención a la búsqueda de comparables, por otra las decisiones de los tribunales ponían de manifiesto que el sistema se prestaba al abuso y, desde luego, el cuarto método usado por los tribunales no era satisfactorio. Como propuestas solucionadoras se dejaron señaladas dos metodologías, si bien la segunda presentaba dos variantes:

- a) para cuando existieran comparables el método idóneo defendido era el CUP, si bien en la práctica su aplicación resultaba muy rara ante la profusión de casos en que faltan comparables. Por otra parte, cuando los comparables presentaban divergencias deberían realizarse los ajustes razonables pertinentes. En definitiva, el Libro Blanco diferenciaba entre comparables exactos e inexactos, de ahí que

¹⁰⁴⁸ AVI-YONAH, R.S. (2007).

algunos autores refieran este primer método como el de los comparables exactos e inexactos.

b) para cuando no existieran comparables (ni exactos ni inexactos) de transacciones de no vinculadas se sugirieron dos métodos basados en la imputación de rentas adecuada en función de un análisis funcional de la respectiva contribución económica de cada parte a la actividad, rechazando los regímenes de protección (*safe harbor*) por solo aportar un mínimo al contribuyente. Estos dos métodos se darían a conocer como el BALRM (*basic arm's length return Method*). Estos métodos son:

- ✓ el método básico se usa cuando una parte no usa intangibles significantes propios, procediéndose a analizar las funciones económicas¹⁰⁴⁹ de esa parte e identificando su tasa de rentabilidad adecuada por comparación con ratios de rentabilidad de partes independientes desarrollando la misma actividad y asumiendo el mismo riesgo (a este proceso se le denomina *round-trip arrangement*¹⁰⁵⁰). La parte residual de rentas se asignará a la otra

¹⁰⁴⁹ El enfoque BALRM procede a identificar activos y otros factores envueltos en la producción (salarios, equipamiento, trabajadores, *know-how*) usados por las partes vinculadas en su actividad y se les asigna una tasa de retorno/rentabilidad.

¹⁰⁵⁰ Fue KAPLAN quien esquematizó los problemas que se debían afrontar a causa de los precios de transferencia en tres categorías:

a) *income expatriation* (expatriación de rentas)

supuesto:

- sociedad matriz estadounidense manufacturera que es dueña de una filial extranjera
- coste de producción por unidad:2

Comparativa de funcionamiento

	precio venta	beneficio por el que tributa en EEUU
transacción en mercado abierto	10	8
transacción entre asociadas	4	2

La disminución de los beneficios que tributan en EE. UU. representa un 75% En cambio, en la jurisdicción fiscal de la filial, ésta aumenta su tributación:

	precio por el que vende a 3º	beneficio que tributa en el extranjero
Si compró en mercado abierto	10	0
Si compró entre asociadas	10	6

b) *income repatriation*

parte, que será la situada en EE. UU. Se trata por tanto de determinar el valor de la contribución que cada parte asociada aporta en la rentabilidad de la transacción. Por tanto, esta metodología conlleva:

- primero, la identificación de las funciones de todos los aspectos de la relación de las asociadas afectadas por los intangibles que son objeto de transferencia;
 - segundo, la asignación de un valor a cada función identificada desarrollada por la filial que recibe el intangible;
 - tercero, la asignación a la matriz de la renta residual correspondiente a la titularidad del intangible;
- ✓ el profit Split method se usa cuando ambas partes desarrollan funciones económicas complejas, soportan riesgos significativos y usan intangibles por ellos desarrollados. También se denomina este mecanismo como BALRM plus o BALRM con profit split. En su aplicación se procede a un desdoblamiento del tratamiento:
- a los activos mesurables se le aplica el método básico;
 - a la parte residual se aplicaría el PSM, asignando una parte de los ingresos adecuada al valor de los intangibles de cada parte

Por tanto, el BALRM en sus dos variantes descansaba en dos pilares:

- a) un análisis funcional del beneficio de los componentes, lo cual no se alejaba de los posicionamientos de la OCDE que veía en la rentabilidad una medida de

supuesto:

- “X” matriz extranjera suministradora dueña de “Y” una filial estadounidense que ensambla
- precio de unidades suministradas por “X” a “Y”
real:10
entre asociadas: 14
- precio al que vende “Y”:15
- beneficio por el que tributa “X” en el extranjero:

	precio 10	precio 14
Beneficio X	8	12

- beneficio por el que tributa “Y” en EE. UU.:

	precio 10	precio 14
Beneficio Y	5	1

c) *round trip transfer*

Supuesto:

- objeto de la transferencia: intangibles
- “X” matriz estadounidense que cede licencia a “Y” filial extranjera
- “Y” vende el producto elaborado con el intangible a “X”, o a otra asociada, o a un 3º

Diferencias con los otros supuestos:

- “Y” no se beneficia de un valor añadido a un producto fabricado por “X”;
- cuando “Y” vende el producto elaborado a “X” (o a otra asociada) lo hace a precio de mercado;
- “X” e “Y” desconocen el valor del intangible al momento en que se transfirió.

valorar la adecuación al *arm's length*, como sucedía en el párrafo 17 del Informe de 1979;

b) los ajustes periódicos.

El enfoque sostenido por el Libro Blanco había cambiado respecto del considerado hasta entonces. Ahora se entendía que se trataba de un enfoque basado en el precio de mercado, pero partiendo de la existencia de una equivalencia entre las rentas asignables a una entidad y las cantidades de retorno/rentabilidad de cada factor de producción en una industria competitiva, donde los factores de producción son móviles y competitivos. Las rentas atribuibles a cada parte vinculada se determinarían midiendo los factores de producción y computando la rentabilidad que tendría cada uno en el mercado. El enfoque tradicional del *arm's length* miraba a los precios que se obtendrían en el mercado libre, ahora la propuesta contenida en el informe miraba a la rentabilidad de los factores. Ambos enfoques son consistentes con el *arm's length* en opinión del Informe, por cuanto usan la información de partes no relacionadas operando en un mercado abierto para determinar el precio de plena competencia.

III.3.3.6 Las propuestas de regulaciones de 1992.

En 1992 por parte del Departamento del Tesoro y del IRS se realizaron unas propuestas de regulaciones con las que se pretendía mejorar la situación frente a las decisiones judiciales adversas al fisco y ayudar a la implementación de la CWI. En las mismas se adoptó la decisión de apartarse de las directrices contenidas en el Libro Blanco y abandonando la idea de implementar el BARM ante las dificultades apreciadas en obtener la información necesaria para su aplicación. A cambio se proponen tres mecanismos que en cierta medida no suponen un apartamiento total de las propuestas del Libro Blanco:

a) el *matching transaction method* (MTM o método de la operación combinada) que guardaba grandes similitudes con el método de comparables exactos del Libro Blanco

b) el *comparable adjustable transaction method* (CATM o método de la operación comparable ajustable) que seguía al método de comparables inexactos

c) el Comparable Profit Interval (CPIM) que sería de aplicación subsidiario a los anteriores. La aplicación de este método requería seis tareas:

- i. la identificación de la parte asociada a analizar;
- ii. la determinación de las clasificaciones de negocio apropiadas;
- iii. el cálculo de las rentas operativas mediante el empleo de indicadores del beneficio;
- iv. el cálculo de un intervalo de beneficio comparable aislando los datos más uniformes de transacciones libres;

- v. determinar el punto más adecuado dentro del intervalo, si es necesario;
- vi. determinar un precio de transferencia basado en el CPI.

En la medida en que el método se basaba en datos de transacciones entre no asociadas era coherente con el *arm's length*. Por otra parte, se valoró positivamente que venía arrojar certidumbre en supuestos complejos en los que con anterioridad no había regulaciones claras. No obstante, su aplicación conllevaba el desarrollo de un mecanismo complejo y la necesidad de disponer de abundante información.

La OCDE mostró su preocupación ante estas reglamentaciones y organizó un grupo de trabajo especial para estudiarlas, en el que participó EE. UU. como observador, publicando sus conclusiones en 1993 que como refiere HAMAEEKERS¹⁰⁵¹ se reconducen a dos principalmente:

- a) el apartamiento del principio de *arm's length* de la regla CWI en la medida en que el valor se haga depender de información que no se tenga al momento de celebrar la transacción;
- b) la imposibilidad del uso del CPI, el cual solo se consideraba viable como método subsidiario o bien para controlar el resultado de otros métodos.

III.3.3.7 Las Regulaciones Provisionales de 1993.

El 21 de abril 1993 entraron en vigor las que se dieron en llamar regulaciones provisionales, las cuales venían a dar una solución a las críticas que habían recibido las propuestas de 1992. Con ellas se trató de inyectar objetividad en el régimen de los precios de transferencia en EE.UU., a la vez que la implementación de las recomendaciones contenidas en el Libro Blanco. Como medios para conseguirlo se dispuso un detallado régimen de métodos valorativos, un nuevo régimen de acuerdos de reparto de costes, se introdujeron reglas de *buy-in* y *buy-out* y se profundizó en los requisitos de documentación (WAKER et al.)¹⁰⁵² El más importante desafío que acometieron las regulaciones provisionales fue la incorporación del CPM (Comparable Profits Method), el cual se aplicaría tanto a tangibles como a intangibles y se basaba en la determinación de un rango aceptable de niveles de beneficios que satisficiera el *arm's length* del artº 482. Como diferencias más apreciables con el régimen anterior del artº482, según apuntan los autores que en este momento seguimos, cabe considerar:

- se abandonaba el enfoque de los comparables por el análisis de los beneficios;
- se disponía la sujeción de las ventas controladas de tangibles al CWI;
- se sometían las ventas controladas de tangibles e intangibles a una misma metodología de valoración, superando los problemas que había antes cuando solo era aplicable el CWI a las operaciones de intangibles. Ya no había que ir

¹⁰⁵¹ HAMAEEKERS, H. (2000).

¹⁰⁵² WACKER, R., KARNES, A. & HAHN, R. (1993).

operación por operación, según su naturaleza, aplicando una metodología diferente.

Con el CPM se perseguía definir un rango de beneficios que habría sido ganado por un contribuyente vinculado en transferencias controladas transfronterizas de bienes tangibles e intangibles si el precio de transferencia se hubiera fijado conforme a las ratios prevalentes en el mercado libre. Las regulaciones provisionales no definían qué se consideraban transferencias controladas, pero sí lo habían hecho las propuestas de 1992, considerando tales aquellas que acaecían entre miembros de un grupo de contribuyentes vinculados, y tomando como transferencia un concepto amplio que incluía la cesión de licencias, las ventas, vincular a un destino, préstamos, contribuciones o cualquier manera por la que se ponga en disposición del receptor.

Para la construcción del rango el IRS aplicaba ratios financieras (deducidas de transacciones similares entre partes independientes que realizaran operaciones similares a las que efectuasen las partes vinculadas) a los datos financieros de la parte vinculada.

La operatividad del CPM englobaba cinco tareas:

- primera: la selección de una parte de las vinculadas (*tested party*), que normalmente sería aquella parte que desarrolla la más simples y fáciles operaciones, no necesitándose que fuera el contribuyente conecedor al que se inspeccionaba;
- segunda: determinar las partes comparables adecuadas, a las que se les exigiría similitud, aunque se admitía la diversidad funcional y de productos, lo cual conllevaría los correspondientes ajustes de comparabilidad. Como factores determinantes de la comparabilidad se podían tomar las funciones desarrolladas, los riesgos asumidos, los términos contractuales, las condiciones económicas o la propiedad de bienes y servicios;
- tercera: ajustar los datos de la parte vinculada elegida y de las partes comparables para asegurar la fiabilidad y consistencia de los indicadores de nivel de rentabilidad, así como conseguir datos cualitativamente que no distorsionen la comparabilidad;
- cuarta: determinar los indicadores de nivel de rentabilidad. Se estimaban como posibles tres indicadores:
 - ✓ tasa de retorno del capital empleado¹⁰⁵³;
 - ✓ ratios financieras¹⁰⁵⁴;

¹⁰⁵³ $\frac{\text{beneficios operativos}}{\text{activos de explotacion}}$

donde:

- beneficios operativos= beneficios brutos–gastos operativos [Temp. Treas. Reg. § 1.482–5T(f)(4) (1993)]
Por tanto, los beneficios operativos:
 - ✓ incluyen: todos los ingresos derivados del segmento que está siendo testado;
 - ✓ y excluye: intereses y dividendos ganados por la parte comparable, las ganancias extraordinarias y pérdidas por operaciones no corrientes
- activos de explotación=valor de activos corrientes+valor activos fijos [Temp. Treas. Reg. § 1.482–5T(f)(6) (1993)].

- ✓ otros¹⁰⁵⁵.
- quinta: construir el rango de *arm's length*. El rango del CPM podía determinarse de dos formas dependiendo de los ajustes:
 - ✓ si eran hechos ajustes a los beneficios operativos y a los activos de cualquiera de las partes comparables: el rango se calcularía incluyendo todos los beneficios operativos calculados, aplicando un único indicador de nivel a los datos de las dos partes comparables;
 - ✓ si no se habían hecho ajustes y los productos no fueran suficientemente similares: normalmente el rango vendría dado por el intercuartil desde el 25% al 75% de los beneficios operativos del indicador de nivel.

Pero el CPM era solo un método de los ocho métodos que recogían las regulaciones provisionales, cinco para la transferencia de tangibles¹⁰⁵⁶ y tres para la de intangibles¹⁰⁵⁷. A parte se preveía un sexto método¹⁰⁵⁸ para bienes tangibles o intangibles. Estos métodos no presentaban diferencias radicales con los métodos de las anteriores regulaciones. Donde sí se encontraba la novedad era en la forma de la elección del método aplicable. A partir de 1993 ya no se iba a tomar en cuenta una jerarquía de preferencia, sino que el régimen descansaría en la regla del mejor método (*the best method rule*), a virtud de la cual el contribuyente tendría que elegir el método que habilitase la consecución de los resultados más adecuados al *arm's length* dados los hechos y circunstancias de la transacción en cuestión. El contribuyente no tenía que probar que los demás métodos eran inadecuados, solo tenía que probar que el método elegido proporcionaba el resultado más adecuado conforme al *arm's length* para lo cual tendría que tomarse en consideración

- la fiabilidad de los datos;
- el grado de comparabilidad;
- el alcance de los ajustes requeridos.

¹⁰⁵⁴ Se toman los datos de los ingresos y costes o ingresos por ventas para calcular las ratios financieras. Ratios apropiadas lo son:

- a) $\frac{\text{beneficios operativos}}{\text{ventas}}$; pero no se dice cuando esta ratio debe ser usada;
- b) $\frac{\text{beneficios brutos}}{\text{gastos operativos}}$; se usa cuando hay similitud sustancial de los gastos operativos de la *tested party* y de la parte comparable independiente.

¹⁰⁵⁵ Se pueden usar si ofrecen una seguridad razonable de que los resultados de los niveles de los indicadores se producen en condiciones de *arm's length*, y siempre con carácter subsidiario a los anteriores.

¹⁰⁵⁶ Temp. Treas. Reg. § 1.482-3T(a), 58 Fed. Reg. 5263, 5282 (1993) prescribe el CUP, RP, C+, CPM y otros métodos

¹⁰⁵⁷ Temp. Treas. Reg. § 1.482-4T(a), 58 Fed. Reg. at 5287 prescribe la aplicación del CUP, CPM y otros métodos

¹⁰⁵⁸ Prop. Treas. Reg. § 1.482-6T, 58 Fed. Reg. 5310, 5313-16 (1993): temporary profit split method.

El IRS tendería a demostrar que el método elegido no era el que proporcionaba el resultado más satisfactorio conforme al *arm's length* o que el método elegido proporcionaba resultados insatisfactorios.

En este contexto el CPM podía ser usado normalmente en las transacciones controladas, salvo que las partes vinculadas usaran intangibles valiosos no ordinarios, si esos intangibles fueron desarrollados internamente o fueron adquiridos en una transacción libre en la que se siguieran asumiendo riesgos significativos y se siguieran teniendo derechos a beneficios económicos importantes.

III.3.3.8 Las Regulaciones Finales de 1994

En 1994 sobrevinieron las conocidas regulaciones finales, que entraron en vigor en octubre 1994 pero se podían aplicar retroactivamente a cualquier ejercicio fiscal abierto, que simplemente aclaraban y complementaban las reglamentaciones de 1993 según precisa el propio texto.

Debemos reparar en diversos aspectos contenidos en estas reglamentaciones.

a.– El *arm's length*.

Se entiende que concurre cuando los resultados de la transacción son consistentes con los resultados que habrían obtenido partes independientes en la misma transacción en las mismas circunstancias. No obstante, se reconoce la dificultad de que existan idénticas operaciones entre partes no vinculadas, por ello a lo que hay que acudir es al concepto de comparabilidad y no de identidad.

b.– Métodos.

b.1.– Regla del mejor método.

Dicha regla supone la elección por el contribuyente, entre los métodos admisibles, aquel que bajo los hechos y circunstancias concurrentes proporciona la medida más fiable de acuerdo con el *arm's length*¹⁰⁵⁹. Aquí se ha visto por ¹⁰⁶⁰ el surgimiento de un nuevo concepto del *arm's length*, donde la necesidad de usar comparables desaparece, porque si un método, sin acudir a comparables, alcanza el mismo resultado que se habría alcanzado utilizando comparables, se considera compatible con el *arm's length* y puede ser aplicado.

Como factores a tomar en consideración para determinar el mejor método debe atenderse a:

- v. el grado de comparabilidad entre la transacción controlada y la no controlada;
- vi. la calidad de los datos usados.

¹⁰⁵⁹ "provides the most reliable measure of an arm's length result"

¹⁰⁶⁰ AVI-YONAH, R.S. (2007).

El IRS aplicará el principio de la prevalencia de la sustancia analizando si los resultados del método caen dentro del *arm's length*, con independencia del método usado.

Uno de los mecanismos para verificar que los resultados son fiables es comparar con los resultados obtenidos bajo diferentes métodos. Si los resultados entre dos métodos varían, se pueden analizar con arreglo a otros métodos y si dos de estos métodos confirman el resultado del anterior, se tomarán como fiables los resultados del previo.

OGUM y KIM¹⁰⁶¹ consideran que la regla del mejor método no era discutible si se cumplía con los siguientes requisitos:

- i. la elección del método se elige conforme a la buena fe;
- ii. la elección se encuentra debidamente documentada;
- iii. el resultado que se obtiene con el método seleccionado es razonable.

Sin embargo, en la medida que la norma estima que se puede descartar un método si otro presenta una medida más fiable de *arm's length*, interviene en dicha valoración una fuerte dosis de subjetividad, por lo que lejos de eliminarse las controversias, con esta regla se alimentarán las mismas.

b.2 Métodos admisibles.

Para bienes tangibles el reglamento especifica cinco métodos y uno adicional de cierre:

- 1. Comparable uncontrolled price method (método del precio comparable no controlado).
- 2. Resale price method (método del precio de reventa).
- 3. Cost plus method (método del coste incrementado).
- 4. Comparable profits method (método comparable del beneficio).
- 5. Profit split method (método de división del beneficio); que a su vez presenta dos variedades, método del reparto del beneficio comparable y el método del beneficio residual.
- 6. Unspecified methods (métodos no especificados).

Para bienes intangibles se prevén tres métodos específicos y uno de cierre:

- 1. El método de la operación comparable no controlada (CUT) –muy similar al método del precio de operaciones comparables no controladas (CUP).
- 2. El método del beneficio comparable (CPM).
- 3. El método del beneficio dividido.
- 4. Métodos no especificados.

Todos los métodos deberán ser aplicados de acuerdo con la regla del mejor método, el análisis de comparabilidad y el alcance del *arm's length*.

c.– Análisis de comparabilidad.

La comparabilidad es regulada con bastante detalle en las regulaciones. No se exige que se trate de operaciones idénticas, pero sí que sean suficientemente similares.

¹⁰⁶¹ OGUM & KIM (1995).

Cuando haya diferencias significativas se harán precisos ajustes y en caso de no poderse realizar ajustes la fiabilidad de la comparabilidad disminuye. Los ajustes que traen causa de motivos económicos se consideran más válidos y fiables que los motivados por el valor de mercado.

Como factores de comparabilidad se recogen:

- las funciones de la empresa vinculada y la no vinculada;
- los términos contractuales de una transacción y otra, atendiendo entre otras a la forma de pago, condiciones de pago, volumen, garantías proporcionadas, concesión de crédito. Se dará preponderancia a la sustancia sobre la forma, teniendo gran importancia al respecto el comportamiento de las partes, con independencia de lo que digan los términos contractuales, aunque si los términos contractuales aparecen por escrito suelen ser respetados por la autoridad fiscal;
- los riesgos asumidos por las partes de la transacción, siendo respetados si son coherentes con la sustancia de la transacción;
- las condiciones económicas de la transacción, donde se comprenden entre otras las consideraciones del mercado geográfico (el área geográfica de los comparables sea similar), nivel de mercado, cuotas de mercado, grado de competitividad, condiciones económicas de la industria en concreto de que se trate;
- los bienes o servicios;
- las condiciones especiales que pueden afectar al grado de comparabilidad, como pueden ser las estrategias encaminadas a aumentar las cuotas de mercado, los efectos de dos o más transacciones interrelacionadas o los datos de uno o varios años anteriores o posteriores a la transacción.

d.– Rango de *arm's length*.

Se trata de la determinación de un valor máximo y mínimo, de forma que si el precio de la transacción entra dentro del intervalo definido por dichos valores se considera que es coherente con el *arm's length* y no puede ser objeto de ajustes.

Para la determinación del rango puede aplicarse un solo método seleccionado (será lo ordinario) según la regla del mejor método, pero también puede extraerse de diferentes métodos si es que ello resulta apropiado de acuerdo con la regla del mejor método.

El rango del intercuartil es el más usado, por lo que los valores un 75% por encima del mínimo o un 75 por debajo del máximo se consideran ajustados al *arm's length*.

Si el valor queda fuera del rango, la autoridad fiscal puede realizar ajustes con independencia de cuál haya sido la intención del contribuyente al determinar dicho precio a la transacción.

e.– Acuerdos de Repartos de Costes.

Se contiene en el reglamento una detallada regulación de los mismos.

III.3.3.9 Las principales modificaciones posteriores.

En los años posteriores, como destaca AVI-YONAH¹⁰⁶², el foco de atención cambió, y tanto los contribuyentes como la autoridad fiscal se han venido fijando en los programas APA y en los acuerdos de reparto de costes.

Uno de los aspectos en que se centraron repetidas veces las modificaciones fue el de los acuerdos de reparto de costes, donde en los años 1995, 2003, 2005 y 2009 se introdujeron distintas novedades en el régimen.

En 1995 se publicaron las regulaciones finales sobre acuerdos de reparto de costes

En el año 2003 se añadió la regulación de los costes asociados con las *stock options*.

En el año 2009 el IRS realizó una importante propuesta de nuevas regulaciones que afectaban fundamentalmente a los acuerdos de reparto de costes. Las áreas afectadas serían:

- nuevas instrucciones sobre el cálculo de los pagos *buy-in* (los que realiza quien ingresa en un acuerdo por la actividad precedente), o por transferencia a la plataforma de partes que contribuyen;
- define cómo se determina el reparto de costes de desarrollo de un intangible en relación con el desarrollo continuo;
- se concretan nuevos requisitos de documentación y contabilización.

Otro de los aspectos en los que se realizaron diversas revisiones ha sido el de los servicios intragrupo. Así en el año 2006 vieron la luz unas regulaciones provisionales y en el año 2009 las definitivas.

Con efectos a partir del año 2016 el IRS publicó una nuevas Regulaciones Provisionales afectantes al artº482 y que al menos formalmente solo tenían el propósito de coordinación del régimen de los precios de transferencia.

- a) El nuevo § 1.482-1T(f)(2)(i)(A) recordaba que la aplicación del *arm's length* debe ser consistente con el valor y la sustancia económica por encima de la forma y caracterización de los acuerdos
- b) el § 1.482-1T(f)(2)(i)(B) previó la consideración como una única transacción a efectos del *arm's length* de aquellas que fueran agregadas o de difícil separación
- c) el § 1.482-1T(f)(2)(i)(C) reclamaba la atención sobre las sinergias como elemento a tener en consideración en la determinación del valor, aunque las sinergias no aparecen recogidas expresamente como un intangible.

Pero cuando de verdad se iba a producir una modificación sustancial sería en la era TRUMP, cuando el 22 diciembre de 2017 se aprobaba la *Tax Cuts and Jobs Act* (“TCJA”), posteriormente consolidada en la Consolidated Appropriations Act 2018. La doctrina considera que las modificaciones de 2017 supusieron una reforma integral del

¹⁰⁶² AVI-YONAH, R.S. (2012).

sistema tributario estadounidense, entre cuyas manifestaciones más relevantes se encuentran:

a) el tipo impositivo del Impuesto sobre Sociedades se rebajó con efectos desde el 2018 del 35% al 21%;

b) en materia de precios de transferencia se produjeron fundamentalmente dos cambios:

- ✓ se expandió el concepto de intangibles incluyendo explícitamente, primero en la Sec. 936(h)(3)(B)¹⁰⁶³, y después en Sec. 367(d)(4), del IRC los “goodwill, going concern value, or workforce in place”¹⁰⁶⁴. Es una reacción al caso de 2017 Amazon.com v. Commissioner y que fue favorable a Amazon, y contra el que tras la modificación fue recurrido y confirmado¹⁰⁶⁵;
- ✓ igualmente, en relación a los intangibles se procedió a modificar las facultades de la AT en el caso de transferencia de intangibles agregados junto con otros bienes o servicios¹⁰⁶⁶;

c) en materia de lucha contra la erosión y desplazamiento de las bases imponibles EEUU emigró desde un sistema basado en el gravamen de las rentas

¹⁰⁶³ *DEFINITION OF INTANGIBLE ASSET.—Section 936(h)(3)(B) is amended—*

(1) by striking “or” at the end of clause (v),

(2) by striking clause (vi) and inserting the following:

“(vi) any goodwill, going concern value, or workforce in place (including its composition and terms and conditions (contractual or otherwise) of its employment); or

“(vii) any other item the value or potential value of which is not attributable to tangible property or the services of any individual.”

¹⁰⁶⁴ Quedó redactado de la siguiente manera en 2018:

(4) Intangible property

For purposes of this subsection, the term “intangible property” means any—

(A) patent, invention, formula, process, design, pattern, or know-how,

(B) copyright, literary, musical, or artistic composition,

(C) trademark, trade name, or brand name,

(D) franchise, license, or contract,

(E) method, program, system, procedure, campaign, survey, study, forecast, estimate, customer list, or technical data,

(F) goodwill, going concern value, or workforce in place (including its composition and terms and conditions (contractual or otherwise) of its employment), or

(G) other item the value or potential value of which is not attributable to tangible property or the services of any individual.

¹⁰⁶⁵ La Corte Fiscal americana en su sentencia de 23 de marzo de 2017 concluyó:

- que el régimen de los precios de transferencia no incluía en la definición de intangibles (Treas. Reg. Section 1.482-7A) a los activos empresariales residuales (formación y experiencia del personal - *workforce in place*-) o las denominadas opciones de crecimiento (entre las que se incluye la empresa en funcionamiento “*going concern value*” o el fondo de comercio “*goodwill*”);

-que con independencia de si se define o no como intangible, cualquier cosa de valor que se a disposición entre partes relacionadas debe pagarse en la compra.

Dicha sentencia fue confirmada por el Tribunal de Apelación del Circuito Noveno de 16 agosto 2019.

¹⁰⁶⁶ Section 367(d)(2) is amended by adding at the end the following new subparagraph:

“(D) REGULATORY AUTHORITY.—For purposes of the last sentence of subparagraph (A), the Secretary shall require— “(i) the valuation of transfers of intangible property, including intangible property transferred with other property or services, on an aggregate basis, or “(ii) the valuation of such a transfer on the basis of the realistic alternatives to such a transfer,

if the Secretary determines that such basis is the most reliable means of valuation of such transfers.”

mundiales a un sistema territorial a cuyo efecto se dispusieron tres instrumentos diferenciados:

- ✓ el régimen de transparencia fiscal (CFC) fue afectado mediante el establecimiento de lo que se han dado a conocer como rentas GILTI (Global Intangible Low-Taxed Income)¹⁰⁶⁷ que persiguen evitar la erosión de las bases imponibles de las MNEs mediante la utilización de intangibles para desplazar los beneficios a jurisdicciones de baja tributación. Con dicho mecanismo se trató de que tributaran en EE. UU. las rentas GILTI obtenidas en el extranjero a través de empresas CFC controladas, cuando la tributación en la jurisdicción extranjera fuera inferior al 21%. La obligación fiscal de tributación en EE. UU. recaería en el socio o los socios estadounidenses cuando tuvieran el control de la compañía CFC en la proporción estipulada¹⁰⁶⁸, aunque únicamente serían responsables aquellos que participaran con más del 10%. Concurriendo los presupuestos, las rentas GILTI se someterían a una tributación que oscilaría entre el 10,5% y el 13,125%;
- ✓ el Impuesto “*Base Erosion Anti-abuse Tax*” (BEAT)¹⁰⁶⁹ estructurado como impuesto de mínimos fijado en el 10% de los ingresos fiscales modificados menos la tributación por el impuesto regular, sin que pueda arrojar un resultado negativo;
- ✓ el Impuesto *Foreign-Derived Intangible Income* (FDII) por el que se establece una tributación reducida (13,125%) de los ingresos obtenidos por una empresa estadounidense derivados de las exportaciones basadas en intangibles IP.

En enero de 2021 se produjo la publicación de las regulaciones finales correspondientes al artº 163(j) del IRC afectando entre otras materias al régimen CFC, el régimen de los ajustes negativos y las cláusulas antiabuso. Igualmente, en mayo de 2021 la Administración Biden contempla para alinearse a las políticas fiscales de la OCDE en materia BEPS las reformas del régimen GILTI¹⁰⁷⁰ y FDII, así como se sustituiría el régimen BEAT por lo que se denomina SHIELD (stopping harmful inversions and ending low-tax developments)¹⁰⁷¹. En septiembre de 2021 la AT estadounidense sacó a la luz su plan directriz en materia de precios de transferencia¹⁰⁷² donde se prevén renovaciones en cuatro áreas:

- a) modificaciones a los artº 482 y 367;
- b) clarificación del perímetro subjetivo, sobre todo en el caso de transacciones financieras;

¹⁰⁶⁷ Artº 951A del IRC

¹⁰⁶⁸ 50% del capital o de los votos pertenecieran a socios estadounidenses (Artº 957 IRC)

¹⁰⁶⁹ Artº 59A, IRC. El ámbito subjetivo acoge a las empresas MNEs con ingresos brutos iguales o superiores a 500 millones de dólares

¹⁰⁷⁰ El tipo impositivo propuesto para las rentas GILTI se situaría en el 16,56%.

¹⁰⁷¹ En esencia se trataría de la eliminación de deducciones fiscales por el pago a entidad vinculada situada en jurisdicción de baja tributación

¹⁰⁷² 2021-22 Priority Guidance Plan

- c) clarificación de ciertos aspectos atinentes al arm's length que afectarían a la regla del mejor método y su coordinación con los métodos específicos para las deferentes categorías de transacciones, así como a los ajustes periódicos;
- d) el proceso de los APAs.

III.3.4 Naciones Unidas y otros Organismos Internacionales.

A parte de la OCDE han existido otros ámbitos en los que ha calado la preocupación por la doble imposición en la comunidad internacional. Testimonio de ello vienen a darnoslo el Modelo de CDI de Naciones Unidas sobre la doble tributación entre países desarrollados y países en desarrollo y el Modelo Tipo para evitar la doble tributación entre los países miembros y otros Estados ajenos a la Comunidad Andina.

III.3.4.1 La Convención Modelo de las Naciones Unidas sobre la doble tributación entre países desarrollados y países en desarrollo (MC ONU).

La Organización de Naciones Unidas ha venido preocupándose a través de la Asamblea, el Consejo Económico y Social y la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Comercio y Desarrollo de la problemática del papel que tienen los flujos de capitales privados y las inversiones extranjeras en el proceso de desarrollo de los países en desarrollo. Fruto de dicha preocupación y los trabajos realizados en el ámbito en el que nos movemos, la ONU ha ido emanando a lo largo de los años una serie de documentos que podemos agrupar en torno a dos ejes centrales, la doble imposición y los precios de transferencia.

En lo que toca a la doble imposición, el Consejo Económico y Social encomendó a un grupo de especialistas el que se ocupara del estudio de la prevención de la doble imposición con el objetivo preferente de salvar los inconvenientes que representaba para la llegada de inversiones extranjeras a los países en desarrollo, y adicionalmente para eliminar la discriminación entre los contribuyentes en el plano internacional, así como para conseguir la seguridad jurídica-fiscal y mejorar la cooperación entre las autoridades fiscales de los distintos países. A tal efecto se creó en 1968 un Grupo de Expertos sobre Convenios Fiscales entre Estado Desarrollados y en Desarrollo (más tarde denominado en 1980 Grupo ad hoc de Expertos sobre la Cooperación Internacional en Cuestiones de Tributación y en el 2005 vuelto a renombrar como Comité de Expertos sobre Cooperación Internacional en Materia de Tributación), el cual tras su quinta reunión entendió que era urgente el preparar una guía sobre la distribución de ingresos y gastos de las MNEs. Para la elaboración de la mencionada guía deberían tomarse como referencias las reglamentaciones estadounidenses de 1968, los Congresos de la IFA de 1969 y 1971 y los trabajos de la OCDE. Los trabajos de este Grupo de Expertos cristalizaron en la presentación en 1979 del Manual para la negociación de acuerdos bilaterales entre ambos tipos de países y en el año 1980 vio la luz la primera versión de la *Convención Modelo sobre la Tributación entre Países Desarrollados y*

Países en Desarrollo. El Grupo ad hoc, consciente de las realidades cambiantes y, sobre todo los cambios que iban introduciéndose por la OCDE en su modelo, entendió necesarias la revisión y actualización del texto, por lo que continuaron los trabajos y reuniones que propiciaron la aparición de nuevas versiones. Así se sucedieron nuevas versiones en 2001, 2012, 2017 y del Manual apareció una nueva versión en 2003 y otra en 2016.

Este MC ONU nace con la vocación de ser un complemento del modelo OCDE adaptado a las particularidades y exigencias de países desarrollados y países en desarrollo, tomando la misma estructura en cuanto a capítulos y artículos, así como presenta grandes similitudes de redacción incluso en los comentarios. La nota diferenciadora se encuentra en que, en términos generales, como destaca DEL CAMPO AZPIAZU¹⁰⁷³ haciéndose eco del párrafo 3 de la introducción¹⁰⁷⁴, presta mayor relevancia a los Derechos de los Estados de la fuente, trasluciendo con ello un deseo de favorecer a los países en desarrollo puesto que son fundamentalmente países de fuente y no de residencia. Por el contrario, el MCDI OCDE tiende a considerar la tributación conforme al criterio de la residencia. Por ello se ha dicho que este MC no acoge la igualdad entre los Estados, buscando superar los desequilibrios (MORENO ARANGÜENA¹⁰⁷⁵). También se ha escrito que el MCDI OCDE favorece a los países exportadores de capital sobre los países importadores de capital, por cuanto su estructura es apropiada si el flujo del Comercio e inversiones entre los dos países es razonablemente igual y si el país de residencia grava los ingresos exentos en el país fuente. Sin embargo, el Modelo de la OCDE puede no ser apropiado para los tratados suscritos por los países importadores de capital neto (ARNOLD¹⁰⁷⁶).

El MC ONU dedica a las operaciones entre empresas vinculadas el mismo numeral de artículo que el MCDI OCDE, esto es, el artº9. Dicho artículo se compone de tres apartados (uno más que el de la OCDE), de los cuales el 1º y el 2º coinciden plenamente con el del MCDI OCDE. La variación viene dada por el apartado 3º, en el cual se contiene una excepción a la aplicación del apartado 2º, disponiendo que no será aplicable cuando haya habido un procedimiento judicial, administrativo o de otra índole en el que haya recaído una resolución final en la que se sancione por fraude, negligencia grave o incumplimiento doloso a una de las empresas parte de la transacción vinculada.

En los comentarios al artº9 se realizan diversas consideraciones dignas de dejar aquí constancia:

- a) Se destaca que la consagración del principio de *arm's length* presupone que en el régimen doméstico de la mayoría de los países se da acogida al mismo.
- b) En cuanto a la aplicación del principio de *arm's length* se contiene una expresa remisión a las Directrices de la OCDE.

¹⁰⁷³ DEL CAMPO AZPIAZU, C. (2007).

¹⁰⁷⁴ De la versión 2012 y 2017

¹⁰⁷⁵ MORENO ARANGÜENA, F.A. (2014).

¹⁰⁷⁶ ARNOLD, B.J. (2014).

En 2011 el Grupo de Expertos propuso la modificación de los comentarios del artº9 en cuanto contenía una remisión a las Directrices de la OCDE. Por una parte, se encontraban los partidarios de quienes consideraban que las Directrices solo servían como criterios orientadores no vinculantes, por lo que en consecuencia debería suprimirse la remisión a las Directrices. Sin embargo, por el sector doctrinal mayoritario en tal posicionamiento se consideraba que había un velado ataque al principio de *arm's length* por lo que fruto de dicho debate se llegó a una solución consensuada en la que se concedió ciertos placeres a los detractores del enfoque OCDE, de manera que:

- i. en favor de los partidarios de eliminar la remisión a las Directrices se incluyó una aclaración consistente en precisar que las opiniones expresadas por el anterior Grupo de Expertos en la Convención Modelo de las Naciones Unidas de 2001 no habían sido examinadas plenamente por el Comité y se postergó su examen para después de que se terminara de elaborar el *Manual de las Naciones Unidas sobre Precios de Transferencia*;
- ii. en favor del sector mayoritario se acordó dejar constancia de la existencia de un consenso absoluto sobre que el principio de *arm's length* constituye el fundamento del artº9.

c) En relación con los ajustes correlativos del apartado 2º del artículo 9 en el seno del Grupo de Expertos se produjeron polémicas sobre su redacción y carácter obligatorio o no. Los detractores de la redacción de la OCDE consideraban que dicho apartado podría perjudicar sobremanera a los países en desarrollo y disuadir de la celebración de convenios, pero al final se impuso la redacción de la OCDE al considerar que en caso contrario se abrirían las puertas a la doble imposición que era precisamente lo que se pretendía evitar.

d) El apartado 3º del artº9 fue introducido en 1999 y vino a exonerar de la obligación del ajuste correlativo contemplado en el apartado 2º cuando en relación con el ajuste primario contemplado en el apartado 1º una de las entidades involucradas es sancionada por resolución firme judicial, administrativa o de otra índole por comportamiento negligente, doloso o fraude. Algunos miembros apuntaron que la aplicación de la excepción debería de ser excepcional y no de manera automática, pero ninguna matización se reflejó en el texto.

En 2014 el Comité de Expertos propuso la supresión de la remisión a las Directrices de la OCDE y eludir cualquier referencia a las mismas en los comentarios del artº9.

En 2017 apareció la última puesta al día del texto del MC y en el que se toma la referencia de la versión 2014 del MCDI OCDE. La redacción del artº9 permaneció inalterada pero quienes sí sufrieron ciertas modificaciones fueron los comentarios que pasaron de ocupar ocho párrafos a ocupar nueve, distribuyéndose de la siguiente manera: los cuatro primeros se dedican a las consideraciones generales(frente a los tres que ocuparon en la versión 2012), los párrafos 5 y 6 al apartado 1º del artículo (en el

2012 eran los párrafos 4 y 5), los párrafos 7 y 8 al apartado 2º del artículo (en 2012 eran los párrafos 6 y 7) y el párrafo 9 al apartado 3º del artículo (en 2012 era el párrafo 8). Los párrafos dedicados a las consideraciones generales sufren modificaciones en su redacción:

- el párrafo 1 contiene una redacción abreviada del anterior, desapareciendo la transcripción que se hacía del párrafo 1 de los Comentarios de las Directrices y que pasa ahora a formar parte del párrafo 3, por lo que se trata de un mero cambio estructural. Dicho párrafo 1 deja expresado que el artº9 del MC ONU reproduce el artº9 del MCDI OCDE salvo en la novedad del apartado 3, así como que ambos modelos acogen plenamente el principio de *arm's length* como base para la distribución de los beneficios en las operaciones entre empresas asociadas;
- el párrafo 2 es reproducción fiel del ya existente en 2012 y en el mismo se recoge que la acogida que se realiza del *arm's length* presupone que en el régimen doméstico de la mayoría de los países se da acogida al mismo;
- el párrafo 3 y 4 proceden a transcribir el párrafo 1 de los comentarios MCDI OCDE, aunque se añade que junto al papel de las Directrices de la OCDE para la aplicación del *arm's length* hay que colocar el *Manual Práctico sobre Precios de Transferencia* preparado por el Comité

Como se puede apreciar, los cambios son menores y continúa recogiéndose la influencia de los textos de la OCDE.

En el resto de los párrafos, salvo el descabalgamiento ordinal, no se realizó ninguna modificación.

El otro eje mencionado de los trabajos del Consejo Económico y Social es el de los precios de Transferencia. La adopción del principio de *arm's length* por parte de la OCDE y la ONU en el artº9 de sus MC como criterio para determinar la correcta distribución de beneficios en las operaciones extrafronterizas dentro de una empresa multinacional a través del análisis de comparabilidad con operaciones entre entidades no asociadas conlleva una serie de desafíos para los países en desarrollos propiciados porque muchas veces no se encuentran comparables (al estar involucrados activos intangibles únicos y de muy difícil valoración o elementos muy complejos raramente encontrables en otros mercados) o simplemente hallarlos resulta muy costoso o requiere de expertos con gran especialización que los analicen. Para afrontar dichos desafíos el Comité de Expertos de Cooperación Internacional en Asuntos Tributarios de las Naciones Unidas dedicó grandes esfuerzos y en el año 2012 adoptó el *Manual Práctico de las Naciones Unidas sobre Precios de Transferencia*, su publicación tuvo lugar en 2013. En dicho Manual se valora el principio de *arm's length* como el enfoque óptimo para minimizar los riesgos de doble tributación (favoreciendo el clima para la inversión de capital) y la correcta distribución de beneficios entre distintas jurisdicciones. La edición de 2013 fue revisada en 2017, fecha en la que vio la luz la segunda edición.

La estructura del texto de 2013 y 2017 varía sustancialmente. En 2013 el Manual aparecía distribuido en diez capítulos ¹⁰⁷⁷ desarrollados tras una introducción, más dos apéndices y un glosario. En 2017 el Manual se organiza en cuatro partes ¹⁰⁷⁸ tras una introducción. Desde su introducción el texto de 2017 deja sentado que la actualización del texto de 2013 se realizó bajo el mandato de reflejar la aplicación del artº9 MC ONU y el principio de *arm's length* incorporado en él. El texto vuelve a recoger la introducción al texto de 2013, reproduciendo nuevamente la misma valoración del *arm's length* que ya tenemos comentada. En el glosario aparece definido el *arm's length* como un “estándar internacional que compara los precios de transferencia cobrados entre entidades relacionadas con el precio de transacciones similares realizadas entre entidades independientes en condiciones de plena competencia, pudiéndose realizar un ajuste en la medida en que los beneficios de una parte relacionada difieran de las que se acordarían entre entidades independientes en circunstancias similares”. Sin embargo, el artº9 no usa expresamente al *arm's length*, aunque es aceptado por la mayoría de los países y encapsula el enfoque adoptado por el artº9. La Parte B recoge las directrices a seguir en la aplicación del *arm's length* de las cuales muy brevemente recogemos las siguientes:

- a) se basa en la comparación con operaciones entre entidades independientes, pudiendo necesitar los comparables ajustes para subsanar las distorsiones que acarrearían las diferencias ¹⁰⁷⁹. Los comparables pueden ser internos o externos.
- b) uno de los argumentos en favor del *arm's length* es su neutralidad geográfica dando el mismo trato a los beneficios procedentes de diferentes jurisdicciones
- c) aunque la formulación conceptual del principio de *arm's length* es sencilla, su aplicación reviste gran complejidad (identificación de comparables, ajustes, valoración de los comparables, desafío de intangibles únicos, la multiplicidad de factores que pueden influir en los precios)
- d) operaciones internas entre asociadas no es sinónimo de manipulación de los beneficios, como tampoco lo es que se hagan necesarios ajustes en los comparables
- e) cada vez van surgiendo más adeptos a los métodos formularios contrarios al *arm's length*, como es el caso de algunos estados de Estados Unidos, varios cantones suizos, determinadas provincias canadienses o el posicionamiento de Brasil o el mismísimo enfoque CCTB en el seno de la Unión Europea.
- f) La aplicación del *arm's length* conlleva los siguientes pasos

¹⁰⁷⁷ 1.– Introducción a los Precios de Transferencia; 2.– Marco empresarial; 3.– Entorno legal general; 4.– Establecimiento de precios de transferencia en países en desarrollo; 5.– Análisis de comparabilidad; 6.– Métodos de precios de transferencia; 7.– Documentación; 8.– Auditoría y evaluación de riesgos; 9.– Evitación de disputas y resoluciones, y 10.– Prácticas nacionales.

¹⁰⁷⁸ Parte A Precios de Transferencia en un entorno global; Parte B Criterios adoptados y consideraciones políticas; Parte C Implementación práctica de un régimen de precios de transferencia ; Parte D Prácticas en países .

¹⁰⁷⁹ Parágrafos B.1.4.4 y 1.4.5

- ✓ análisis comparable;
- ✓ evaluación de las transacciones;
- ✓ evaluación de operaciones separadas y combinadas;
- ✓ uso de un rango o de un punto de un rango;
- ✓ uso de datos de varios años;
- ✓ pérdidas;
- ✓ asignación de ahorros y rentas;
- ✓ compensaciones;
- ✓ valores de aduana.

g) Los métodos de valoración. – No existe un método adecuado para cada caso y el contribuyente deberá elegir el método que mejor se adecúa al *arm's length*. Se aceptan fundamentalmente seis métodos, los tres métodos tradicionales, los dos del beneficio, y además se añade como sexto método el denominado sexto método o commodity rule aplicable a las transacciones de productos básicos y que se encuentra extendido por varios países en desarrollo para llegar al precio de mercado de importación y transacciones de exportación de productos básicos como cereales, aceite y semillas oleaginosas, petróleo y gas, minería y pesca. Ahora bien, no constituyen una lista cerrada, pudiéndose acudir a métodos inespecíficos cuando las circunstancias lo requieran y se encuentre justificada su aplicación.

En el año 2021 apareció la tercera edición del Manual que nuevamente en su parte introductoria indic que la actualización se acomete bajo el respeto al principio de *arm's length*¹⁰⁸⁰. Aunque la práctica totalidad del precio se encuentra inmerso en el enfoque del análisis desde la perspectiva del *arm's length*, es en su Parte B, sección 2.4, donde se exponen las pautas rectoras en la aplicación del mismo, sin que se presenten modificaciones sustanciales respecto del texto anterior.

III.3.4.2 El Modelo Tipo para evitar la evitar la doble tributación entre los países miembros y otros Estados ajenos a la Comunidad Andina

Además de la OCDE y ONU existen otros ámbitos que se han ocupado de la doble tributación, es el caso de América Latina en cuyo seno surgió la denominada Comunidad Andina que se encargó de la elaboración de un MC propio que se ocupase de las particularidades de los países latinoamericanos que la conformaban. El Modelo fue creado en 1971 para ser usado como una alternativa al MCDI OCDE y al de la ONU por los países parte del Pacto Andino. Posteriormente se amplió el ámbito subjetivo al que resultaría aplicable el MC englobando los convenios celebrados entre los países de

¹⁰⁸⁰ “based on the following principles:

3/4 That it reflects the operation of Article 9 of the United Nations Model Convention, and the Arm's Length Principle embodied in it, and is consistent with relevant Commentaries of the United Nations Model;”

la Comunidad Andina y terceros países, aunque en la práctica el éxito de esta ampliación de ámbito ha sido nulo.

III.3.5 El principio de *arm's length* en el seno de la U.E. y su evolución al hilo del proceso armonizador.

III.3.5.1 Significado del proceso armonizador en la imposición directa y su fundamento.

La armonización surge como uno de los mecanismos para combatir la eliminación de las distorsiones fiscales existentes en el ámbito de la U.E., entendiendo por distorsiones fiscales el fenómeno de las discriminaciones de origen fiscal que altera las condiciones de concurrencia de un mercado, de tal suerte que se provocan modificaciones apreciables en las corrientes normales del tráfico de bienes, personas, servicios y capitales (FUENTES QUINTANA¹⁰⁸¹). Ante dichas distorsiones podría actuarse, conforme apunta APARICIO PÉREZ¹⁰⁸², de tres maneras diferentes: igualación, aproximación y diferenciación. La igualación consistiría en la adopción de medidas fiscales que condujeran a impuestos iguales e idénticos tipos impositivos. La aproximación radicaría en un acercamiento progresivo en el tiempo de los diferentes impuestos. La diferenciación persigue alcanzar los objetivos de la Unión Europea mediante el ajuste de las estructuras fiscales, mediante políticas de coordinación que evitarían las distorsiones respetando la diversidad de sistemas fiscales y manteniendo intactas las soberanías nacionales, con las dificultades que ello conllevaría en la práctica. La igualación es idónea para la unión política, la diferenciación para un sistema federal, siendo en consecuencia la aproximación el método más adecuado para la Unión Europea. La aproximación se produciría solo respecto de los elementos tributarios necesarios para la consecución de los objetivos del mercado único y únicamente en la medida en que fuera necesario. Efectivamente, el mecanismo por el que la U.E. ha optado es diferente y mucho más ambicioso al de la diferenciación, consistiendo en la armonización fiscal, conceptuada por MATA SIERRA¹⁰⁸³ como “*el proceso de aproximación que con carácter progresivo e irreversible es llevado a cabo por la CEE respecto a los sistemas fiscales de los Estados que la componen, con la finalidad de suprimir cualquier distorsión o discriminación de origen fiscal*” y así conseguir un mercado único. Entre las razones que avalan dicha opción se encuentran según recogen CORDÓN EZQUERRO y GUTIÉRREZ LOUSA¹⁰⁸⁴:

- se favorecen las transacciones mercantiles y la movilidad de las mercancías al desaparecer los derechos arancelarios;
- se estimulan los factores de producción y la competitividad empresarial;

¹⁰⁸¹ FUENTES QUINTANA, E. (1961).

¹⁰⁸² APARICIO PÉREZ, A. (2006).

¹⁰⁸³ MATA SIERRA, M^a T. (1993).

¹⁰⁸⁴ CORDÓN EZQUERRO, T. y GUTIÉRREZ LOUSA, M. (2006).

- obliga a reorganizar los sistemas fiscales nacionales con arreglo a criterios de neutralidad eliminando las discriminaciones.

Para determinar la base normativa en que se fundamenta la armonización conviene partir de la distinción, en aras a la claridad y como hacen el profesor FALCÓN Y TELLA y ALMUDÍ CID¹⁰⁸⁵, entre Derecho originario y Derecho derivado de la Unión Europea, entendiendo por aquél al conjunto de disposiciones contenidas en los Tratados de la Unión que inciden de un modo u otro en los sistemas tributarios nacionales, e identificando a este último con las disposiciones en materia fiscal emanadas por las instituciones de la Unión Europea. La política de armonización se manifestará en el Derecho derivado en cuanto exigirá actos concretos y progresivos de las instituciones que persigan alcanzar los objetivos y marco general fijados por el Derecho originario.

En el Derecho originario, el artículo 2 del TCE determina como misión de la Comunidad *“promover, mediante el establecimiento de un mercado común y la progresiva aproximación de las políticas económicas de los Estados miembros, un desarrollo armonioso de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, una expansión continua y equilibrada, una estabilidad creciente, una elevación acelerada del nivel de vida y relaciones más estrechas entre los Estados que la integran.”*¹⁰⁸⁶ A tal efecto, en el artº 3 del mismo texto legal se determinan las acciones que habrán de llevarse a cabo. Entre las mismas, bajo el apartado h), se contempla *“la aproximación de las legislaciones nacionales en la medida necesaria para el funcionamiento del mercado común”*.

No obstante, como señala GARCÍA PRATS¹⁰⁸⁷, el proceso de integración previsto por el Tratado de Roma no recoge la necesidad de armonizar la estructura de la imposición directa en los diferentes Estados miembros (no aparece como objetivo ni en el preámbulo ni en el artº2, así como tampoco entre las actividades a desarrollar enumeradas en el artº3 del mismo texto), salvo en aquellos supuestos previstos en el artº 100 del Tratado de Roma ¹⁰⁸⁸ (posterior artº94 en redacción Tratado de Amsterdam y 115 del TFUE actual) en que se trate de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros *“que incidan directamente en el establecimiento o funcionamiento del mercado común”*. Siendo precisamente ese artº 94 el que la doctrina admite como el fundamento de la acción armonizadora (MARÍN FERNÁNDEZ y GRAU RUIZ¹⁰⁸⁹). A parte de dicho precepto, las normas del TUE que versan sobre la imposición directa son muy escasas: el artº58 TCE¹⁰⁹⁰ (posterior artº 65

¹⁰⁸⁵ FALCÓN Y TELLA, R. y ALMUDÍ CID, J.M. (2007).

¹⁰⁸⁶ En el Tratado de Maastricht fue sustituido por *“promover, mediante el establecimiento de un mercado común y de una unión económica y monetaria y mediante la realización de las políticas y acciones comunes contempladas en los artº3 y 3A, un desarrollo armonioso y equilibrado de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, un crecimiento sostenible y no inflacionista que respete el medio ambiente, un alto grado de convergencia de los resultados económicos, un alto nivel de empleo y de protección social, la elevación del nivel y calidad de vida, la cohesión económica y social y la solidaridad entre los Estados miembros”*

¹⁰⁸⁷ GARCÍA PRATS F. A. (2005 a).

¹⁰⁸⁸ En el Tratado de Maastricht se sustituyó la expresión mercado común por mercado interior.

¹⁰⁸⁹ MARÍN FERNÁNDEZ, J. y GRAU RUIZ, A. (1997).

¹⁰⁹⁰ Artº73D del Tratado de Roma en la redacción dada por el Tratado de Maastricht.

TFUE) referente al veto a la normativa nacional tributaria que diferencie en el tratamiento al contribuyente atendiendo a su residencia o al lugar de inversión de su capital cuando la citada distinción conlleve discriminación arbitraria o restricción encubierta a la libre circulación de capitales o pagos; el artº293 TCE¹⁰⁹¹ en el que se prevé la posibilidad de negociaciones entre Estados para evitar la doble imposición dentro de la Unión Europea que pueda afectar a sus nacionales.

Por el contrario, las exigencias de armonización se limitan a la imposición indirecta conforme predica el artº 93 del TCE ¹⁰⁹², aunque no suponía la unificación sino conseguir la reducción de las diferencias entre los distintos sistemas fiscales nacionales como una de las herramientas para lograr un mercado interior único. Por ello se afirma con razón por CUENCA GARCÍA et al.¹⁰⁹³ que la armonización no es un fin en sí mismo, sino un instrumento de consolidación del mercado interior.

No obstante todo lo anterior, esta diferenciación entre tratamiento que recibe la imposición directa e indirecta debe ser matizada, porque conforme predica AGULLÓ AGÜERO¹⁰⁹⁴ existe una importante diferencia entre la imposición directa e indirecta, pero esa diferencia no radica en las “*posibilidades de armonización*”, sino en que “*sólo para la segunda existe un Derecho comunitario originario que le es directa, específica e inmediatamente aplicable, mientras que la primera—la imposición directa—, por el contrario, solo podrá verse afectada por un eventual Derecho comunitario derivado. Las posibilidades de armonización de la imposición directa y de la imposición indirecta, sin embargo son teóricamente las mismas*”.

En el Derecho derivado, y como consecuencia del posicionamiento adoptado por el Derecho originario, se ha producido una falta de cristalización de la armonización. ALMUDÍ CID¹⁰⁹⁵ apunta como motivos principales que han inducido a tal situación:

- a) el principio de subsidiariedad (artº 5.3 TUE), en virtud del cual los Estados conservan la competencia normativa, limitándose la acción europea a hacer compatibles entre sí y con los objetivos del Tratado los distintos sistemas tributarios nacionales;
- b) la regla de la unanimidad, en virtud de la cual en materia de fiscalidad directa e indirecta se requiere que el Consejo adopte decisiones mediante el voto unánime de sus miembros para adoptar normas de naturaleza jurídica vinculante.

No obstante, por otra parte, constituye una necesidad para la obtención de un mercado único la homogenización del tratamiento de las sociedades, lo que conlleva que abarque tanto el ámbito contable como el fiscal. Como reseña MARZINOTTO et al.¹⁰⁹⁶ para que la Unión Económica y Monetaria (U.E.M.) tenga éxito, los Estados miembros no sólo tienen que cumplir con las disciplinas del presupuesto, sino también deben profundizar

¹⁰⁹¹ Artº 220 del Tratado de Roma en su redacción originaria.

¹⁰⁹² Tras la redacción dada por el Tratado de Amsterdam; actual artº113 TFUE.

¹⁰⁹³ CUENCA GARCÍA, E., NAVARRO PABSDORF, M., MIHI RAMÍREZ, A, y BARRILAO, P.E. (2012).

¹⁰⁹⁴ AGULLÓ AGÜERO, A. (1986).

¹⁰⁹⁵ ALMUDÍ CID, J.M. (2003).

¹⁰⁹⁶ MARZINOTTO, B., SAPIR A. & WOLFF G. B. (2011).

y fortalecer la coordinación de políticas económicas, especialmente en el ámbito de la fiscalidad. Esta necesidad ya era puesta de manifiesto por NEUMARK en su informe de 1962 cuando precisaba que la fiscalidad a nivel de la Unión Europea se movía entre dos fuertes tensiones: una, la necesaria creación de una convergencia de los distintos sistemas fiscales patrios en función de la consecución de un mercado único; otra, la limitación que ello supondría para las soberanías nacionales y las transferencias de competencias que conllevaría. Se trata, como escriben FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ y ÁLVAREZ GARCÍA ¹⁰⁹⁷, de la consideración de la armonización fiscal como uno de los elementos de la aproximación de las legislaciones nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea (U.E.) para el logro de los objetivos políticos y económicos que ésta tiene planteados mediante la homogeneización de los sistemas fiscales nacionales con el objetivo de eliminar las distorsiones tributarias que impiden la consecución del mercado interior común. De ahí que la propia Comisión Europea¹⁰⁹⁸ señalara que *“la armonización fiscal perseguida por las Comunidades –entendida como una aproximación de las legislaciones y no su unificación– debe llevar a la creación de un espacio comunitario sin fronteras interiores, en el que puedan libremente circular personas, mercancías, servicios y capitales”*, apostillando que la política fiscal comunitaria no pretende recaudar impuestos comunitarios, sino que su objetivo es crear un mercado interior operativo. Se trata, como nos enseña el profesor CASADO OLLERO et al.¹⁰⁹⁹, de la utilización del instituto tributario no como un mecanismo de financiación, sino como instrumento cuyo manejo es preciso coordinar (vía armonización) en el interés del mercado común, quedando situada la armonización en el plano de la función extrafiscal de los tributos, tanto en sentido negativo (la armonización elimina las distorsiones que producen los impuestos en el funcionamiento del Mercado Interior Común), como en sentido positivo (orienta la fiscalidad de los Estados Miembros hacia objetivos comunes de la Unión Europea).

Con las limitaciones acabadas de reseñar, la Unión Europea ha venido trabajando en la armonización desde hace años y, entre dichos trabajos, siguiendo la estela de la OCDE, se encuentran los esfuerzos por la unificación del régimen legal dado a las transacciones vinculadas transnacionales. Aunque se hace preciso recordar las palabras de ESTEVE PARDO¹¹⁰⁰ cuando señalaba que a priori no se hacía posible el establecer el estadio que debería alcanzar la armonización en materia de imposición directa, debiendo estarse a las necesidades que surjan para el correcto funcionamiento del Mecado Interior Común.

En los momentos iniciales del proceso de homogeneización no se abordaron cuestiones directamente relacionadas con los precios de transferencia. Habría que esperar a los años 90 del siglo pasado para que a partir de entonces fueran apareciendo iniciativas, trabajos y documentos (normativos o no) que ya sí se ocuparon de una forma más cercana de las operaciones entre empresas asociadas, manifestándose principalmente en dos ámbitos en los que procederemos a detenernos al hilo del estudio de la evolución

¹⁰⁹⁷ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, E.y ÁLVAREZ GARCÍA, S. (2003).

¹⁰⁹⁸ Comisión Europea (1991).

¹⁰⁹⁹ CASADO OLLERO, G., SÁNCHEZ GALIANA, J.A.y RUFÍAN LIZANA, M^a. D., (1987).

¹¹⁰⁰ ESTEVE PARDO, M^a. L. (1996 a).

cronológica: el Foro Conjunto sobre precios de transferencia y las conocidas en nuestro país como BICCIS.

III.3.5.2 Hitos relevantes en el proceso armonizador de la imposición directa. Los trabajos del Foro Conjunto de la Unión Europea sobre Precios de Transferencia.

La doctrina aprecia la existencia de distintas etapas en el proceso armonizador, aunque según el criterio al que se atienda pueden estimarse las mismas. RUBIO GUERRERO y BARROSO CASTILLO¹¹⁰¹ consideran tres etapas distintas. La primera comprendería hasta la Directiva sobre la libre circulación de capitales. La segunda llegaría hasta la presentación del denominado “Paquete Fiscal”. Y la tercera época llegaría hasta nuestros días. CUENCA GARCÍA et al.¹¹⁰² estiman que existen etapas claramente marcadas por los problemas que se consideraron básicos en cada momento. Por nuestra parte, aquí procederemos a una exposición atendiendo no a la evolución cronológica “*per se*”, sino que organizamos el discurso en seis apartados en los que nos detendremos en el camino seguido en las distintas materias que son relevantes al objeto de nuestro estudio. Los dos primeros apartados se ocuparán de introducirnos en los esfuerzos que se fueron realizando en los treinta primeros años de existencia de la Comunidad Europea. En el primer apartado nos centraremos brevemente en los pasos iniciales dados en la armonización (cronológicamente abarcaría desde el nacimiento de la Comunidad Europea hasta finales de los años 80 del siglo pasado). Se trata de una época que podríamos calificar como programática, en cuanto fundamentalmente se establecieron las líneas de actuación y orientación a seguir en el proceso armonizador, pero en la que no hubo grandes logros, quedando reducido a la aplicación generalizada del IVA desde 1973 y sobre base uniforme desde 1979 (CUENCA GARCÍA y LÓPEZ RODRÍGUEZ¹¹⁰³). En el segundo apartado nos referiremos a lo acontecido en los años 90 del siglo pasado, años que quedaron marcados por tres cuestiones fundamentales: el Convenio de Arbitraje, el Informe Ruding y la aparición del Código de Conducta sobre la fiscalidad de las empresas. En el tercer y cuarto apartado analizaremos los dos ejes centrales (con anterioridad a la época BEPS) que han conducido el proceso armonizador en la materia objeto de nuestro estudio: el Foro Conjunto sobre Precios de Transferencia y el camino seguido hacia la base común consolidada.

¹¹⁰¹ RUBIO GUERRERO, J.J. y BARROSO CASTILLO, B. (2002).

¹¹⁰² CUENCA GARCÍA, E. et alia (2012)

¹¹⁰³ CUENCA GARCÍA, E. y LÓPEZ RODRÍGUEZ, J. (2010).

III.3.5.2 A). – Los inicios de la armonización.

Los primeros avances hacia la homogenización se iniciaron con los conocidos informes Timbergen (1953)¹¹⁰⁴ y Neumark (1962)¹¹⁰⁵, fruto del cumplimiento por la Comisión del mandato contenido en el artº93. El Informe Neumark planificó tres etapas en el proceso armonizador que en lo que aquí interesa conllevaba una primera fase en la cual se preveía preparar la reforma de los Impuestos sobre Sociedades nacionales y establecer un Convenio Multilateral para evitar la doble imposición, en la segunda fase entraría en vigor el Impuesto de Sociedades ya armonizado, se iniciaría la armonización del Impuesto sobre la Renta y se concluiría el Convenio Multilateral sobre doble imposición, y en la tercera fase se procedería entre otras cuestiones a concluir las armonizaciones no alcanzadas.

A los anteriores informes les sucedieron toda una lista de trabajos afectantes a distintas materias (en materia de IVA el informe Deringer¹¹⁰⁶, Informe Roche que vino junto con el Informe Deringer a complementar las propuestas del Informe Neumark en impuestos sobre consumos específicos, en materia de sociedades los Informes Segré¹¹⁰⁷, Van den Tempel¹¹⁰⁸ y Werner¹¹⁰⁹), así como fueron apareciendo diversas Directivas (en 1967 en materia de IVA, en 1969 en materia de impuestos indirectos relativos a concentración de capitales) y se fueron concretando las siguientes propuestas de Directivas persiguiendo la neutralidad en la toma de decisiones económicas, favorecer la competitividad de las empresas y eliminar las dobles imposiciones:

- en 1969 la propuesta de Directiva sobre el régimen fiscal común aplicable a fusiones, escisiones y aportaciones de activos entre sociedades de Estados miembros diferentes y la propuesta de Directiva sobre el régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales ubicadas en estados miembros diferentes;
- en 1975 la propuesta de Directiva sobre la armonización de los sistemas del Impuesto sobre Sociedades y de retención en origen¹¹¹⁰;

¹¹⁰⁴ En este informe se encuentran los orígenes de la adopción del IVA como posible solución a efectos de la construcción de un mercado interior.

¹¹⁰⁵ Así se conoce al Informe del Comité Fiscal y Financiero del 7 Y 8 de julio de 1962, en el cual se formulaban las siguientes propuestas: la unificación del Impuesto sobre la cifra de negocios mediante la introducción de un impuesto del tipo del IVA, la unificación del Impuesto de Sociedades, la armonización del impuesto sobre dividendos e intereses, supresión de la doble imposición y la mejora del control fiscal mediante el intercambio de puntos de vista.

¹¹⁰⁶ En el mismo se proclamaba que la noción de mercado común no implica únicamente iguales condiciones en origen, sino que un mercado común solamente puede funcionar si las mercancías podían cruzar libremente las fronteras.

¹¹⁰⁷ Informe sobre el Desarrollo del Mercado Europeo de Capitales.

¹¹⁰⁸ Informe sobre la armonización de la estructura de la imposición sobre sociedades.

¹¹⁰⁹ Este informe trazó las líneas básicas de lo que nos permitimos calificar como un boceto que tardaría todavía más de una década en fructificar. Proponía un plan de tres etapas para alcanzar la unión monetaria europea en un periodo de 10 años y concretaba como objetivos a alcanzar el libre movimiento de capitales, la convertibilidad de las monedas y el establecimiento de un sistema de tasas de cambio fijas, y se mencionaba la posibilidad de llegar a una moneda única.

¹¹¹⁰ En dicha propuesta se proponía la aproximación de los tipos impositivos entre el 45 % y el 55 %

- en 1976 la propuesta de Directiva relativa a a la eliminación de las dobles imposiciones en caso de corrección de los beneficios entre empresas asociadas;
- en 1978 la propuesta de Directiva sobre la extensión a los organismos de inversión colectiva de la Directiva de 1975 sobre armonización de los sistemas del Impuesto sobre Sociedades y los regímenes de retención en la fuente sobre los dividendos.

En 1977 se aprobó la Directiva 77/779/CEE, de 19 de diciembre de 1977, sobre asistencia mutua de las autoridades competentes de los Estados miembros en el ámbito de los impuestos directos.

En 1980 vio la luz el Informe Burke¹¹¹¹ en el que se recogió una vez más la necesidad de la armonización para la consecución de un mercado común con libre circulación de personas, bienes, servicios y capitales, así como para garantizar la libre competencia¹¹¹²

En 1984 tuvo lugar la propuesta de Directiva sobre la armonización de las legislaciones de los Estados miembros respecto al régimen fiscal de compensación de pérdidas de las empresas.

En 1985 la Comisión presentó el primer Libro Blanco para la realización del mercado interior en el que se recogió la necesidad de eliminar las barreras físicas, técnicas y fiscales para la consecución de un auténtico mercado interior , si bien en su parte tercera (dedicada a y rubricada bajo la denominación de “*la eliminación de las barreras fiscales*”) no se encuentran referencias a la armonización de la fiscalidad de las empresas, aunque sí se encuentran en la parte segunda (capítulo VI) como vía para la consecución de la cooperación industrial. Igualmente, este mismo año se aprobó la segunda disposición normativa europea en imposición directa, el Reglamento 2137/85, de 25 de julio, relativo al establecimiento de una agrupación europea de interés económico donde se establece la obligación a los Estados miembros de aplicar su Derecho fiscal nacional a los beneficios obtenidos por la agrupación.

III.3.5.2.B). – Los años 90: el Convenio Europeo de Arbitraje, el Informe Ruding y el Código de Conducta.

Reconociendo la falta de éxito en el progreso de las iniciativas anteriormente mencionadas, la Comunicación de la Comisión sobre la fiscalidad de las empresas en 1990 [SEC (90)601] sugirió que, siempre respetando el principio de subsidiariedad, todas las iniciativas se definieran a través de un proceso consultivo con los Estados miembros. Sobre esa base y a raíz de las propuestas de la Comisión presentadas a finales de los años 60, se adoptaron finalmente tres medidas que inciden en la fiscalidad directa:

¹¹¹¹ Informe de la Comisión al Consejo sobre las perspectivas de convergencia de los sistemas fiscales en la Comunidad

¹¹¹² ESTEVE, M^a. L. (1 996 a).

a) La Directiva 90/434/CEE, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros.

b) La Directiva 90/435/CEE, relativa al régimen fiscal común aplicable a sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes.

c) El Convenio 90/436/CEE relativo a la supresión de la doble imposición en caso de corrección de los beneficios de empresas asociadas, y que también es conocido como Convenio Europeo de Arbitraje.

De dicho Convenio debemos subrayar a los efectos del presente trabajo dos artículos, los artículos 1 y el 4.

En el artº1 se determina el ámbito del Convenio señalándose que se aplicará cuando los beneficios de una empresa de un Estado contratante por los que se tribute en dicho Estado se incluyan entre los beneficios de otra empresa de otro Estado contratante que tribute por los mismos en este otro Estado. Pero no solo resultará aplicable a los beneficios, sino también a las pérdidas de cualquiera de las empresas, aunque no se aclara qué se entiende ni por beneficios ni por pérdidas, entrando en juego las diferencias de las normativas contables de cada Derecho doméstico. Por tanto, el Convenio contempla exclusivamente supuestos de doble imposición económica internacional.

En el artº4.1 constatamos que se establece el principio de *arm's length* siguiendo casi literalmente el contenido del artº9.1 MCDI OCDE, de manera que se establecen los mismos presupuestos para su funcionamiento:

- la vinculación entre empresas, determinándose los mismos criterios rectores en uno y otro modelo para considerar la existencia del vínculo;
- el acordarse transacciones en condiciones que no respetan aquellas por las que se registrarían las transacciones entre empresas independientes;
- corrección de los beneficios resultantes mediante la atribución de los beneficios que habrían resultado de haberse celebrado en condiciones libres de mercado, tributando en consecuencia.

No obstante, nada se dice sobre los ajustes correlativos en los que sí se detiene el apartado 2 del artº9 del MCDI OCDE.

El principio de *arm's length* vuelve a aparecer al tratar el supuesto de la tributación de los establecimientos permanentes, siguiendo así la tradición de los modelos de convenio sobre doble imposición conforme tenemos expuesto. A tal efecto el artº 1.2 aclara que a los establecimientos permanentes se les dispensará por el Estado en el que se encuentren situados el mismo tratamiento que a una empresa independiente y el artº4.2 añade que en las relaciones vinculadas entre el establecimiento permanente y su matriz se le atribuirán al establecimiento permanente los mismos beneficios que hubiera obtenido si se hubiere tratado de una transacción entre partes independientes, por lo que es evidente el paralelismo con el artº7.2 del MCDI OCDE.

En 1991, la fallida propuesta de Directiva sobre pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades matrices y filiales dejó testimonio una vez más de la tensión entre los deseos de la Comisión y el posicionamiento de los EE.MM. Habría que esperar siete años a que se retomase la materia en el “Paquete Monti”.

En 1992 vio la luz el Informe Ruding, donde se estudiaron las diferencias existentes en el impuesto de sociedades de los distintos Estados miembros que fueran susceptibles de crear distorsiones en el funcionamiento del mercado interior, así como las medidas que se podrían adoptar para corregir tales distorsiones. El Informe apareció estructurado en diez capítulos cuyo contenido fundamental según destacan DIÉGUEZ SOTO et al.¹¹¹³ fue:

- en el segundo capítulo se identificaban los potenciales papeles a desempeñar por el impuesto sobre sociedades;
- en el capítulo tercero se ponían de manifiesto las diferencias sustanciales de los impuestos que gravan a las sociedades en los distintos países miembros;
- en los capítulos cuarto y quinto se analizaban las distorsiones provocadas por las diferencias entre los sistemas nacionales, clasificando las distorsiones en objetivas y subjetivas. Las objetivas se referían a las normas fiscales que repercuten en cargas fiscales que inciden en la rentabilidad de una inversión y no cabe duda de la existencia de diferencias de cargas fiscales y la discriminación a la inversión extranjera. Así en el capítulo cuarto se analizaba si existía equidad intracomunitaria sobre la base de los principios de no discriminación y reciprocidad. Las subjetivas aludían a la percepción por el hombre de negocios de las diferencias fiscales como un factor determinante en la toma de decisiones. A tal efecto en el capítulo quinto se contenían unos formularios para realizar un análisis empírico;
- en el capítulo sexto se analizaban desde la óptica de los principios de simplicidad y certeza las distorsiones provocadas por las diferencias en las bases imponibles;
- en los capítulos séptimo y octavo se examinaba hasta qué punto las fuerzas del mercado y la competencia fiscal podían subsanar las distorsiones existentes
- en el capítulo noveno se analizaban los sistemas impositivos en tres países federales no comunitarios: Suiza, Canadá y EE. UU.;
- en el capítulo décimo el documento planteaba una serie de recomendaciones estructuradas en un programa de tres fases, de manera que en la primera fase deberían ser acometidas las distorsiones más acentuadas¹¹¹⁴, en a segunda se

¹¹¹³ DIÉGUEZ SOTO, J., GARCÍA TORRES, M^a D., GONZÁLEZ GARCÍA, V. (1993).

¹¹¹⁴ Las cuales se pueden agrupar en cuatro áreas:

- las encaminadas a eludir la doble imposición internacional inciden en tres áreas:
 - ✓ supresión de las retenciones en los países de origen en intereses y royalties, así como en los dividendos, cuando sea conocido el domicilio del beneficiario y, una retención del 30% en la fuente cuando no sea conocido el domicilio
 - ✓ Mejorar la red de tratados bilaterales
 - ✓ Coordinar la política fiscal de los Estados miembros

redactaría un borrador de Directiva que permitiese a la matriz la compensación de pérdidas de las filiales y se proponía un tipo impositivo máximo del 40% y, en la tercera fase se pretendía la uniformidad entre la normativa fiscal y contable, al igual que la implantación de un único sistema fiscal tendente a eliminación de los riesgos de doble imposición. La Comisión no adoptaría todas las recomendaciones.

En 1994 aparecieron dos recomendaciones emanadas por la Comisión en las que fueron acometidas las particularidades de las PYMEs: la Recomendación 94/390/CE relativa al régimen fiscal de las pequeñas y medianas empresas y la Recomendación 94/1069/CE sobre la transmisión de las pequeñas y medianas empresas.

En 1996 apareció la Comunicación¹¹¹⁵ de la Comisión rubricada “*La Fiscalidad en la Unión Europea*” en la que se advertía de las consecuencias que provoca la falta de coordinación, destacando entre las mismas las distorsiones fiscales, pero igualmente se señalaba que contribuía al desempleo y a la erosión de las bases imponibles, por cuanto ante las políticas fiscales agresivas los Estados reaccionan acentuando el gravamen sobre las rentas del trabajo, lo que incide en el empleo y en la distribución de la renta.

El proceso armonizador recibiría nuevos impulsos durante el año 1997. Por una parte, durante el mes de septiembre, el ECOFIN debatió un paquete de medidas fiscales en torno a un Código de Conducta sobre la fiscalidad de las empresas, medidas a adoptar para evitar las distorsiones respecto a las rentas del capital y medidas para la eliminación de las retenciones sobre los pagos transfronterizos de intereses y cánones entre empresas. Por otra parte, y como continuación de dicho debate, se aprobarían por la Comisión tres Comunicaciones: la Comunicación de 22 de octubre de 1996 denominada “*La fiscalidad en la Unión Europea: Informe sobre la evolución de los sistemas tributarios*”¹¹¹⁶; la Comunicación de 1 de octubre de 1997 titulada “*Hacia la coordinación de la fiscalidad en la Unión Europea, paquete de medidas para hacer frente a la competencia fiscal perniciosa*”¹¹¹⁷; y la Comunicación de 5 de noviembre de 1997, “*Paquete de medidas para hacer frente a la competencia fiscal perniciosa en la Unión Europea*”¹¹¹⁸. Las citadas Comunicaciones fueron aprobadas por el Consejo ECOFIN en diciembre de 1997, siendo conocidas como “*Paquete Monti*” de medidas fiscales que albergó en su seno un Código de conducta en la fiscalidad de las empresas, una propuesta de Directiva para armonizar la imposición de las rentas del capital procedentes del ahorro y una propuesta de Directiva de armonización sobre el pago de intereses y cánones entre empresas¹¹¹⁹.

-
- las dirigidas a evitar una excesiva presión fiscal en operaciones con el exterior, las cuales abarcarían los precios de transferencia, los precios de los servicios intragrupo y el reparto de gastos de la matriz.
 - las que actúan sobre la armonización de las bases imponibles y el tipo impositivo
 - las demás

¹¹¹⁵ SEC (96) 487 final

¹¹¹⁶ COM (96) 546 final

¹¹¹⁷ COM (97) 495 final

¹¹¹⁸ COM (97) 564 final

¹¹¹⁹ Finalmente, en 2003 aparecería la Directiva 2003/49/CE

III.3.5.2.C). – 2001 inicio de la preocupación de la Comisión en sus trabajos por el principio de *arm's length* y por la problemática de las operaciones transfronterizas ante la diversidad de sistemas fiscales.

En el año 2001 aparecieron diversos estudios y comunicaciones en materia fiscal. Así el 23 de mayo de ese año la Comisión Europea emitió la Comunicación¹¹²⁰ “*Política fiscal en la Unión Europea – Prioridades para los próximos años*” en la que se identificaban los objetivos generales¹¹²¹ y varias prioridades específicas en relación con los impuestos directos e indirectos¹¹²²; en el mismo se concluía, como nos indica ROMERO¹¹²³, que los sistemas tributarios nacionales no estaban preparados para afrontar los retos de la globalización y de la integración económica.

El 23 de octubre de 2001 apareció la Comunicación denominada “*Hacia un mercado interior sin obstáculos fiscales. Una estrategia destinada a dotar a las empresas de una base imponible consolidada del impuesto sobre sociedades para sus actividades a escala comunitaria*”¹¹²⁴ al que como anexo se le unía un “*Resumen introductorio del estudio de los servicios de la Comisión sobre Fiscalidad de las empresas en el Mercado Interior*”. En la misma fecha aparecía el documento que contenía el estudio completo de la Comisión Europea titulado “*La fiscalidad de las empresas en el Mercado Interior*” en el que se pusieron de manifiesto los principales problemas que surgían en materia de precios de transferencia en el mercado interior, a saber:

- a) La complejidad y costes que supone la aplicación de los distintos métodos para determinar el precio de transferencia “*correcto*” (es decir, según el principio

¹¹²⁰ También conocida como Informe Bolkestein. COM (2001) 260 final

¹¹²¹ En dicho documento se citan:

- la política fiscal debe servir a los ciudadanos y empresas que operen en el Mercado Interior, para lo que se hará preciso:
 - ✓ la eliminación de obstáculos fiscales para el ejercicio de las cuatro libertades del Mercado Interior (libre circulación de personas, mercancías y capitales, y libre prestación de servicios);
 - ✓ la claridad de las consecuencias de las medidas fiscales;
 - ✓ mayor simplicidad y transparencia de los sistemas tributarios;
 - ✓ abordar los problemas de la competencia fiscal perniciosa, aunque cierta competencia fiscal puede ser favorable;
- adoptar las medidas para que los sistemas impositivos contribuyan a una mayor eficacia en el funcionamiento de los mercados de mercancías, servicios y capitales, así como a un mercado laboral con un funcionamiento adecuado, para lo cual se hará necesario eliminar las distorsiones e ineficacias fiscales por las diferencias entre los distintos sistemas, hacerlos más simples y accesibles y asegurar una recaudación más eficaz;
- seguir favoreciendo los esfuerzos para reducir los tipos y ampliar las bases imponibles.

¹¹²² En relación a los impuestos directos y particularmente en el impuesto de sociedades se señalan:

- eliminar la competencia fiscal perniciosa;
- conseguir que dentro de la OCDE las decisiones de la U.E. cobren mayor peso que el que supone la actuación individual de países de la Unión en el seno de la OCDE;
- adaptarse a las necesidades derivadas de la creciente actividad transfronteriza y a las modernas estructuras organizativas, para lo cual se está procediendo a realizar un estudio.

¹¹²³ ROMERO CIVERA, A. (2016).

¹¹²⁴ COM(2001) 582 final.

arm's length) para una determinada transacción dentro del grupo¹¹²⁵. La problemática en la aplicación de la normativa de los precios de transferencia a consecuencia del elevado coste que supone y la complejidad que encierra ante la dificultad de encontrar comparables ante las nuevas tecnologías, los cambios de las estructuras organizativas de las multinacionales y la importancia que han ido cobrando los intangibles¹¹²⁶.

b) La divergencia en la interpretación de las Directrices de la OCDE por los distintos países con sustanciales divergencias en la aplicación de los métodos, creando incertidumbre en las empresas¹¹²⁷ ante las novedades, los cambios de criterios de las autoridades fiscales o la disparidad de criterios.

c) Los costes indirectos que supone el cumplimiento con los requisitos de documentación de las operaciones que cada vez eran mayores por el temor de los Estados a la manipulación de los precios de transferencia¹¹²⁸.

d) Los anteriores problemas favorecen las operaciones internas nacionales frente a las transfronterizas, así como a las grandes multinacionales frente a las empresas pequeñas y medianas.

e) La utilización de políticas de precios de transferencia agresivas, aunque no puede afirmarse que los precios de transferencia tengan como único propósito el desplazamiento de las bases fiscales.

f) Los problemas de doble imposición generada por los ajustes primarios si esos ajustes no son compensados por un ajuste equivalente en el otro o los otros Estados miembros interesados¹¹²⁹.

En la Parte III del citado estudio¹¹³⁰ se dedicó el apartado 5 al análisis de los precios de transferencia quedando constancia:

a) del concepto del *arm's length* como el criterio por el que se debe regir el valor de las operaciones transfronterizas de bienes y servicios entre empresas vinculadas siendo conceptualizado como el valor que habrían adoptado empresas independientes;

b) del fundamento del *arm's length*, el cual descansa en el enfoque de las entidades separadas y la tributación individual de las distintas entidades vinculadas, por lo que cada entidad deberá proveer contabilidad separada a cada uno de los Estados miembros de la Unión en el que permanece activa;

¹¹²⁵ Parágrafo 45.

¹¹²⁶ Se citan como problemas específicos los relativos a:

- cumplir con los requisitos documentales, a veces muy gravosos;
- el riesgo de multas y doble imposición;
- el soportar las mismas cargas fiscales dos veces;
- soportar profundas auditorías por parte de las autoridades fiscales nacionales.

¹¹²⁷ Parágrafo 45.

¹¹²⁸ Parágrafo 45.

¹¹²⁹ Parágrafo 44 y 46.

¹¹³⁰ Titulada “*Company Tax Obstacles to Cross-Border Economic Activity in the Internal Market*”.

c) de la aceptación internacional del principio de *arm's length*, recogido tanto en el artº9 MCDI OCDE como en las Directrices de la OCDE, donde se provee de pautas a seguir por las Administraciones tributarias y contribuyentes;

d) de la necesidad de llevar a cabo el análisis de comparabilidad en la aplicación del *arm's length*, para lo que resultan sumamente importantes los comparables, tanto internos como externos. Ahora bien, la aplicación del *arm's length* no es una ciencia exacta, de ahí que a veces haya que acudir a un rango de precios acordes con el principio de *arm's length*;

e) de la admisión de los cinco métodos de valoración que acogen las Directrices en la aplicación del *arm's length*, dando preferencia a los métodos transaccionales, y constituyendo los métodos de los resultados un resorte al que acudir en último caso.

Pero, aunque en el estudio se señala que el principio de *arm's length* representa un criterio coherente para proceder a la distribución entre los países de beneficios de las empresas, existen ya muchos expertos que se plantean si el mismo es el más adecuado y eficiente, apuntándose como graves inconvenientes que conlleva su aplicación: la producción de resultados incoherentes o sin solución, los altos costes y el planteamiento de potenciales problemas. Como es fácil de apreciar, nuevas brisas empezaban a levantarse en una materia en la que como apunta WEINER¹¹³¹, citando a A. READLER, “diez años antes, bajo Ruding, la palabra fraccionamiento era todavía una palabra del diablo.”

Pues bien, el estudio en su Parte IV vino a aportar soluciones al problema genérico¹¹³² de la existencia de múltiples regímenes fiscales independientes correspondientes al que tiene cada uno de los países miembros, el cual es considerado la principal causa de los obstáculos a las operaciones transfronterizas dentro de la Unión. WEINER¹¹³³ nos ilustra al señalar que la Comisión estimó que cualquier enfoque comprensivo que se adopte debe tener dos fases, una primera consistente en la decisión de crear una base imponible común para toda la Unión Europea y, una segunda, consistente en la distribución o asignación de esa base imponible entre los países miembros.

Cuatro fueron los métodos que apuntó el informe para lograr este enfoque comprensivo, aunque sin carácter exhaustivo. Como rasgos comunes a todos ellos destacan:

- el tipo impositivo que se aplique será el que cada Estado determine para la porción de base que se le asigne, esto garantizará una competencia fiscal positiva, aunque sería deseable el acordar un tipo mínimo o una banda;
- cada método requerirá un mecanismo de asignación o distribución de la base imponible común;
- todos los métodos deberán definir nítidamente lo que se considera grupo a la hora de poder concretar la base imponible consolidada de beneficios y gastos.

¹¹³¹ WEINER, J.M. (2002).

¹¹³² A parte se proponen soluciones específicas a problemas concretos

¹¹³³ WEINER, J. (2002).

Los cuatro métodos o enfoques recogidos fueron:

a) La base fiscal común consolidada (CCBT¹¹³⁴, identificadas en castellano como BICCIS¹¹³⁵): las empresas de la U.E. con operaciones ubicadas en varios Estados miembros calcularían sus ingresos según una nueva base imponible común de la U.E.. Los beneficios se asignarían a todos los Estados miembros utilizando una fórmula común.

b) La tributación conforme a las normas del Estado de origen (HST¹¹³⁶): supone que un Estado o Estados miembro (Estado o Estados de acogida), que recibe (o reciben) inversiones de otro Estado miembro (Estado de origen participante en el sistema), estaría (o estarían) de acuerdo en aceptar las reglas tributarias del Estado de origen para determinar la base imponible en el Estado de acogida. Los beneficios se asignarían a los Estados miembros que participan en el sistema utilizando una fórmula común, aunque el tipo de gravamen seguiría rigiéndose por la normativa de cada Estado y no por la normativa del Estado de origen. El mecanismo se asienta sobre un acuerdo de mutuo reconocimiento por el que resultaría aplicable el sistema de determinación de la base del Estado de acogida cuando tenga la consideración de Estado de residencia.

c) El establecimiento de un impuesto de sociedades europeo (EUCIT): se trataría de una suerte de impuesto federal opcional para las empresas y que podría ser gestionado por una autoridad fiscal única.

d) Una base fiscal armonizada obligatoria: una base imponible única y una nueva normativa fiscal societaria sustituirían los impuestos de sociedades nacionales existentes, aplicándose este nuevo impuesto a todas las empresas que operan en la U.E. Se diferenciaría del EUCIT por su obligatoriedad. Se trataría de la opción con la que se alcanzaría un mayor grado de armonización, al ser su aplicación obligatoria para todas las empresas, pero su implementación no es fácil.

De todos ellos los principales mecanismos serían el CCBT y el HST, los cuales presentan notas comunes y diferenciadoras. Entre las primeras podemos citar:

- en ambos se utiliza una fórmula de reparto para la distribución de los beneficios entre las distintas jurisdicciones;
- en ambos el sujeto pasivo es el grupo;
- en ambos la base imponible objeto de consideración es la consolidada del grupo;
- y, finalmente, en ambos los tipos impositivos son los que rijan en cada jurisdicción.

En cambio, las diferencias estribarían:

¹¹³⁴ Common Consolidated Base Taxation.

¹¹³⁵ Bases Imponibles Consolidadas del Impuesto de Sociedades.

¹¹³⁶ Home State Taxation.

- en el CCBT las normas aplicables al cálculo de la base imponible son únicas y derivan del acuerdo de los Estados miembros al adoptarlas, por tanto, con independencia de la residencia de la empresa matriz del grupo;
- en el HST las normas aplicables provienen de la voluntad individual de cada Estado, por tanto, va a haber una dependencia de la residencia de la empresa matriz y habría múltiples sistemas de determinación (uno por cada Estado residencia). SANZ GADEA¹¹³⁷ puntualiza que requeriría de dos acuerdos políticos: uno de los acuerdos consistiría en el reconocimiento mutuo de los respectivos impuestos sobre beneficios, otro para el establecimiento de la fórmula de reparto.

En el año 2003 la Comisión presentó la Comunicación rubricada “*Un mercado interior sin obstáculos vinculados al Impuesto sobre Sociedades: logros, iniciativas actuales y retos pendientes*”¹¹³⁸ en la que se evalúa la confirmación de la necesidad de superar los obstáculos fiscales a consecuencia de dos fenómenos indiscutibles:

- la globalización económica acrecentada en los últimos tiempos por el incremento de las transacciones electrónicas y de las transacciones transfronterizas ante la cada vez mayor internacionalización de las empresas;
- la imposibilidad de aprovechar las ventajas de un mercado único.

Como único instrumento válido para alcanzar las metas se confirmó por la Comisión la base imponible común consolidada, pese al escepticismo que ante la misma argumentaban distintos Estados.

III.3.5.2.D). – El Código de Conducta sobre la Fiscalidad de las Empresas y la competencia fiscal perniciosa.

Ya hemos visto como en 1997 el Consejo adoptó una Resolución relativa a un Código de Conducta sobre la Fiscalidad de las Empresas, con el objetivo de luchar contra la competencia fiscal perniciosa, formando parte del conocido “*Paquete Monti*”.

El objetivo fundamental de dicho Código (MARULANDA OTÁLVARO¹¹³⁹) es suprimir las medidas fiscales perniciosas existentes en los sistemas fiscales de sus Estados Miembros (*roll-back*) para garantizar un marco de competencia leal en la U.E.; y, además, la abstención en delante de establecer medidas de esta índole (*stand-still*)

LAMPREAVE MÁRQUEZ¹¹⁴⁰ reseña los criterios tomados en consideración en el Código de Conducta a la hora de determinar el carácter pernicioso de un régimen fiscal:

- la estanqueidad o aislamiento del mismo (*ring-fencing*), pudiendo consistir en estanqueidad subjetiva (exclusión de las ventajas a los residentes) u objetiva

¹¹³⁷ SANZ GADEA, E. (2011 a).

¹¹³⁸ COM/2003/0726 final, de 24 de noviembre de 2003

¹¹³⁹ MARULANDA OTÁLVARO, H. (2015).

¹¹⁴⁰ LAMPREAVE MÁRQUEZ, P. (2018).

- (aplicación de las ventajas únicamente a operaciones con no residentes o incluso exigiendo que fuera en divisas extranjeras);
- imposición reducida en comparación con la normal aplicada al resto de entidades;
 - que se otorguen ventajas, aunque no haya actividad económica real, ni presencia económica sustancial;
 - las normas no respeten el *arm's length* en las operaciones entre entidades relacionadas de un grupo de empresas;
 - la carencia de transparencia en las normas.

En marzo de 1998 el Consejo ECOFIN creó el Grupo de trabajo «Código de Conducta» (Fiscalidad de las Empresas), el cual periódicamente ha ido emanando múltiples informes.

En noviembre de 1999, tras el estudio de las medidas perjudiciales iniciado un año antes por el Grupo de Trabajo, los esfuerzos culminaron con la redacción del Informe Primarolo. Su objeto de estudio se centró en el análisis e identificación de las medidas fiscales de los Estados miembros que colisionaban con los criterios del Código de Conducta produciendo distorsiones y situaciones lesivas, es decir, las conocidas como medidas fiscales potencialmente perniciosas. Se trata de aquellas medidas fiscales que “*impliquen un nivel impositivo efectivo considerablemente inferior, incluido el tipo cero, al aplicado habitualmente en el Estado de que se trate*”. Como tales quedaban englobadas no solo las de carácter legal, sino también las reglamentarias o de carácter administrativo.

En cuanto a los mecanismos en que podían consistir, como nos comentan RUIBAL PEREIRA y SERRANO ANTÓN¹¹⁴¹, se detallaron hasta sesenta y seis prácticas que fueron consideradas como potencialmente perniciosas o lesivas encuadrables en las siguientes categorías:

- las medidas que tienden a reducir de modo significativo el nivel efectivo de tributación, incluyendo el tipo de gravamen cero;
- las ventajas fiscales concedidas sólo a los no residentes o con relación a transacciones realizadas con no residentes;
- las medidas de carácter tributario que no tengan ninguna vinculación con el mercado nacional, de tal forma que no afectan a las bases impositivas nacionales (*ring-fencing*);
- la concesión de ventajas fiscales cuando no exista actividad real alguna o presencia económica sustancial dentro del Estado miembro que ofrezca dichas ventajas;
- la determinación de los beneficios de las actividades intragrupo de MNEs, separándose de las normas acordadas en el seno de la OCDE o de otros principios internacionalmente reconocidos, entre los que obviamente se encuentra el principio de *arm's length*;

¹¹⁴¹ RUIBAL PEREIRA, L. y SERRANO ANTÓN, F. (2010).

- la aplicación de medidas fiscales tendentes a la opacidad, en especial, la aplicación por los órganos administrativos de las disposiciones legales con menor rigor y transparencia.

La doctrina mantiene criterios dispares acerca de la naturaleza atribuible al Código de Conducta. Debemos partir de la particularidad de que en la Resolución de diciembre 1997 fueron partes intervinientes el Consejo ECOFIN y los Estados miembros. Esta dualidad se debe a la materia en sí que constituye el contenido: un Código de Conducta fiscal; y, por tanto, donde concurren las competencias de la U.E. con las soberanías nacionales, derivando en una doble vinculación: para los Estados miembros y para la propia U.E.. Aun así, como aprecia PASCUAL GONZÁLEZ¹¹⁴² trayendo a colación el preámbulo de la Resolución de diciembre 1997 *“el Código de conducta es un compromiso político y que, por tanto, no influye en los derechos y obligaciones de los Estados miembros ni en las competencias respectivas de los Estados miembros y de la Comunidad tal y como se derivan del Tratado”*, por lo que desde el punto de vista jurídico carece de obligatoriedad en sentido técnico, lo cual no obsta a que en la práctica y desde la óptica del procedimiento para alcanzar sus conclusiones se encuentre dotado de cierta obligatoriedad que se deja traslucir de la propia redacción de sus disposiciones.

Pero las obligaciones de los Estados miembros no se reducen al roll-back y al stand-still, sino que se establece que *“en la evaluación del carácter pernicioso de dichas medidas, se tendrá en cuenta, entre otros aspectos: (...) 4) si las normas para determinar los beneficios derivados de las actividades internas de los grupos de MNEs no se ajustan a los principios internacionalmente reconocidos, concretamente a las normas acordadas por la OCDE”*, lo que es entendido como reenvío de una norma a otra. Obviamente, con tal obligación se está imponiendo el principio de arm's length que como tenemos visto se encuentra recogido por las Directrices OCDE.

Los efectos del Informe Primarolo fueron muy relevantes, ya que si bien inicialmente hubo diversos Estados miembros que se mostraron reticentes (Bélgica, Luxemburgo, Holanda e Irlanda), se otorgaron una serie de plazos para la desmantelación de las medidas lesivas. Así, merece destacarse el Informe del Grupo de trabajo aprobado por el Consejo ECOFIN en el año 2008 que añadía seis ámbitos más en los que vigilar la no existencia de medidas fiscales perniciosas:

- procedimiento y papel del precedente y la comparación;
- actuación en caso de que las medidas se encuentren evaluadas como ayudas de Estado;
- posición común ante las medidas antiabuso;
- en materia de precios de transferencia respeto de la transparencia e intercambio de información;
- revisión de las prácticas administrativas perjudiciales (*ruling*);
- promocionar el Código respecto de terceros países no miembros.

¹¹⁴² PASCUAL GONZÁLEZ, M. (2001).al

En el año 2009 se creó el subgrupo de trabajo para estudiar las medidas antiabuso, centrándose en dos áreas: los trasvases de resultados internos y externos (*imbound* y *outbound*) y las discordancias entre los ordenamientos.

Los esfuerzos de la Unión Europea en este ámbito se fueron sucediendo en el tiempo, sin que podamos concluir esta sección sin antes citar:

- En 2004 la Comisión adoptó la Comunicación al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la prevención y la lucha contra las prácticas irregulares empresariales y financieras¹¹⁴³.
- En 2009 la Comisión adoptó la Comunicación sobre el fomento de la buena gobernanza en el ámbito fiscal, en la que se conceptúa la buena gobernanza como la plasmación de los principios de transparencia, de intercambio de información y de competencia leal en materia tributaria, propugnando como formas de mejorarla dentro de la U.E.:
 - i. El intercambio de información en el marco de la cooperación administrativa;
 - ii. hacer frente a la competencia perniciosa en el ámbito de la fiscalidad de las empresas mediante un procedimiento de evaluación inter pare;
 - iii. la política sobre ayudas estatales¹¹⁴⁴;
 - iv. las disposiciones y normas en materia de Derecho de sociedades que garantizan la transparencia.

Pero no bastan las medidas adoptadas en el interior de la U.E., sino que se hace preciso combinarlas con acciones destinadas a terceros países.

- En 2011 se propuso la modificación de la Directiva matriz–filial¹¹⁴⁵ para incluir una norma anti–abuso contra la elusión fiscal en aras a evitar que un Estado ofrezca la exención de los intereses cuando sean deducibles en otro Estado, la cual no llegó a fructificar hasta el año 2014¹¹⁴⁶ y con bastantes limitaciones.
- El Informe del Grupo del Código de Conducta *Work Package* 2011 en el que se propone la importancia de la supervisión de las recomendaciones, de la elaboración de nuevas recomendaciones y del examen de las medidas que favorezcan a las multinacionales haciendo un uso abusivo de las mismas. Los logros alcanzados en estas áreas fueron supervisados en los trabajos e informes posteriores del Grupo de trabajo.
- En 2012 la Comisión emanó la Recomendación sobre la planificación fiscal agresiva¹¹⁴⁷.

¹¹⁴³ COM (2004) 611 final

¹¹⁴⁴ (i) Comunicación de la Comisión 98/C 384/03, Diario Oficial C 384 de 10.12.1998 p. 3; (ii) «Informe sobre la aplicación de la Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación de las normas sobre ayudas estatales a las medidas relacionadas con la fiscalidad directa de las empresas», C(2004) 434 de 9.2.2004.

¹¹⁴⁵ 2011/96/UE

¹¹⁴⁶ Directiva 2014/86/UE

¹¹⁴⁷ C/2012/8806 final

A todo lo dicho debe añadirse, como subraya LAMPREAVE MÁRQUEZ que los derroteros de la OCDE no fueron coincidentes con los de la U.E., de manera que en el Informe 1998 la OCDE adoptó cuatro factores claves y ocho complementarios, restando importancia al criterio de la sustancia, llegando a ser eliminado en el Informe de 2001, lo que posteriormente ha venido a ser rectificado en el Plan BEPS (acción quinta).

III.3.5.2.E). – El nacimiento del Foro Conjunto de la U.E. sobre Precios de Transferencia y sus posteriores informes.

En junio de 2002, siguiendo la propuesta contenida en la Comunicación de 2001¹¹⁴⁸ y bajo la presidencia española, fue creado por la Comisión de las Comunidades Europeas el Foro Conjunto de la Unión Europea sobre Precios de Transferencia integrado por un experto de la Administración tributaria de cada Estado miembro y diez expertos del sector empresarial.

TRAPÉ VILADOMAT¹¹⁴⁹ apunta como principal objetivo de este Foro el examinar los problemas prácticos derivados de la aplicación en el seno del mercado único de las normas internas sobre precios de transferencia y en particular aquellos relacionados con la implementación del Convenio de Arbitraje, persiguiendo una mayor uniformidad y la eliminación de la doble imposición derivada de los ajustes. La Comisión vislumbra el mismo como la sede en la que se puedan exponer los dos puntos de vistas enfrentados, por una parte, el de las administraciones fiscales preocupadas por la evasión fiscal y las políticas estatales de competencia fiscal agresiva y, por otra parte, el de las empresas presionadas por los altos costes que conlleva el cumplir con los deberes impuestos por las legislaciones nacionales en la materia. El Consejo apuntaría que el Foro tiene por tarea “*determinar soluciones pragmáticas no legislativas a los problemas prácticos que se plantean en la U.E. para aplicar las Directrices aplicables en materia precios de transferencia de la OCDE*”.

Las conclusiones y recomendaciones del Foro durante sus trabajos de 2002 y 2003 se incluyeron en su primer Informe en el que se presentó un Código de Conducta para el Convenio de Arbitraje, el cual sirvió para que la Comisión emitiese la Comunicación 297 final del 23.4.2004¹¹⁵⁰ donde se acogía la propuesta de Código de Conducta relativo a la supresión de la doble imposición en caso de corrección de los beneficios de empresas asociadas y a determinadas cuestiones vinculadas con el procedimiento de acuerdo amistoso previsto en los convenios para evitar la doble imposición entre los Estados miembros. El Consejo adoptó el Código de Conducta en diciembre de 2004.

¹¹⁴⁸ COM(2001) 582 final, 23.10.2001

¹¹⁴⁹ TRAPÉ VILADOMAT, M. (2005).

¹¹⁵⁰ DO C 122 de 30.4.2004

Dado el éxito conseguido por el Foro en su primer mandato, se prolongó el mismo, lo que le permitió en los años 2004 y 2005 profundizar en diversos aspectos que fructificaron en un nuevo informe en mayo de 2005 (Informe segundo) en el que se analizan:

- a) la documentación sobre los precios de transferencia para las empresas asociadas en la U.E., estudiando los distintos enfoques posibles para conseguir la armonización de la documentación que necesitan las Administraciones tributarias para realizar sus labores de comprobación, la posibilidad de la centralización de la parte común de la documentación del grupo (*masterfile*) y la puesta a disposición de los Estados miembros afectados de la información común armonizada. La Comisión dio plena acogida a la incorporación de las conclusiones y propuestas sobre la documentación de las operaciones vinculadas en el seno de la U.E. en su segunda Comunicación¹¹⁵¹ sobre la materia, invitando al Consejo a adoptar el Código de Conducta relativo a la documentación sobre precios de transferencia;
- b) la utilización de bases de datos para la búsqueda de comparables;
- c) la evaluación de riesgos por parte de las Administraciones y las empresas para determinar el esfuerzo y coste necesarios para establecer, en condiciones concretas, la manera de calcular el precio en una operación vinculada de acuerdo con el *arm's length*, así como los elementos que deben conservarse para acreditar el cumplimiento de dicho criterio;
- d) la conveniencia tras la nueva entrada en funcionamiento del Convenio de Arbitraje (tras la ratificación del Protocolo en noviembre de 2004 por los Estados Miembros) de alcanzar acuerdos sobre los procedimientos de acuerdo amistoso aún pendientes.

Mediante Resolución de 27 de junio de 2006 el Consejo adoptó el Código de Conducta sobre la documentación relacionada con los precios de transferencia exigida de las empresas asociadas en la Unión Europea¹¹⁵².

En el bienio 2006–2007 el Foro Conjunto se centró en los procedimientos aplicables a los Acuerdos Previos sobre precios de transferencia como mecanismo de solución antes de que las administraciones fiscales puedan hacer sus ajustes, determinando en su

¹¹⁵¹ DO C 49 de 28.2.2006

¹¹⁵² La documentación armonizada que debe cumplir un grupo de empresas se compone de dos partes:

- a) el *masterfile*: conjunto de documentos con información común armonizada pertinente para todos los miembros del grupo establecidos en la U.E.. El contenido del *masterfile* debe reflejar la realidad económica de la empresa (descripción general y de su estrategia) ofrecer una descripción general del grupo (descripción de la estructura organizativa, jurídica y operativa, datos identificativos de las empresas asociadas que intervienen establecidas en la U.E.) y de su método de fijación de los precios de transferencia, así como el compromiso de cada contribuyente nacional de proporcionar, previa petición, información complementaria;
- b) documentación específica de cada país: varios conjuntos de documentos armonizados, cada uno de los cuales contiene información relativa a un único país.

Informe tercero las mejores prácticas al respecto. La Comisión en su tercera Comunicación (UE {SEC(2007) 246)¹¹⁵³ invitó al Consejo a aprobar las directrices para los acuerdos previos como mecanismo más idóneo para para aliviar en la U.E. la carga que imponen a los contribuyentes los precios de transferencia, frente a otros como los exámenes fiscales simultáneos de varias Administraciones tributarias, o el dictamen/intermediación de expertos (contemplado en el artº25 MCDI OCDE), o las simples notificaciones o consultas entre las distintas administraciones fiscales.

En el periodo 2007–2009 se emitieron dos Informes por parte del Foro Conjunto:

- el primero sobre imposición de sanciones y precios de transferencia,
- y el segundo sobre interpretación de algunas disposiciones del Convenio de Arbitraje, con respecto al cual se hicieron algunas reservas en lo relativo a la subcapitalización.

La Comisión emitió su Comunicación cuarta en la materia en la que suscribió las conclusiones y sugerencias formuladas por el Foro Conjunto en sus dos informes y a la que mediante anexo unió el Proyecto del Código de Conducta revisado para la aplicación del Convenio de Arbitraje¹¹⁵⁴.

En los años 2009 al 2010 el Foro analizó dos materias distintas en profundidad: a) los problemas derivados de los servicios intragrupo de bajo valor añadido, culminando con la publicación del documento "*Guidelines on low value adding intragroup services*" que

¹¹⁵³ COM(2007) 71 final de 28.2.2007

¹¹⁵⁴ En dicho Proyecto se contemplan las siguientes cuestiones:

- el ámbito objetivo de aplicación del Convenio, comprensivo de los casos triangulares U.E. relativos a los precios de transferencia y las correcciones efectuadas con respecto a los beneficios derivados de relaciones financieras, incluidos los préstamos y las condiciones asociadas a los mismos, y basadas en el principio de plena competencia;
- el ámbito temporal de la aplicación del Convenio, quedando comprendidos los casos en que la solicitud se presente en el plazo oportuno, tras la fecha de entrada en vigor de la adhesión de un nuevo Estado miembro al Convenio, aunque la corrección corresponda a ejercicios fiscales anteriores;
- la exclusión de la aplicación del Convenio en los supuestos en que se hayan impuesto sanciones graves, pero se hace preciso revisar en qué supuestos se imponen sanciones graves, debiendo tener las mismas carácter excepcional;
- para el cómputo del plazo de 3 años para presentar un caso se tomará como dies a quo la primera notificación del acto de liquidación o equivalente que ocasiona o puede ocasionar una doble imposición;
- para el cómputo del plazo de 2 años del artº7 del Convenio se considerará que se ha presentado un caso cuando el contribuyente facilite la documentación que se especifica (la de identificación de las empresas parte, hechos y circunstancias relevantes, identificación de los periodos impositivos afectados, copia de la notificación del acto de liquidación, datos de los recursos administrativos o judiciales presentados, argumentos por los que se considera que no se han respetado los principios del artº4, compromiso de las partes de responder a los requerimientos, cualquier información adicional). El dies a quo para computar el plazo será la última de estas dos fechas: la fecha de notificación del acto de liquidación o la fecha en que la autoridad recibe toda la documentación necesaria para entender presentado el caso;
- régimen del procedimiento amistoso, en el que se destacan dos prioridades: la aplicación del principio de *arm's length* y la consecución en el menor tiempo posible de un acuerdo amistoso.

venían a constituir un complemento del capítulo VII de las Directrices OCDE y, b) los supuestos de doble tributación en los casos triangulares exteriores a la U.E..

a) En lo que respecta a la primera cuestión, eso es, los servicios intragrupo de bajo valor añadido, las recomendaciones contenidas en el documento del Foro fueron adoptadas primeramente por la Comisión en su Comunicación de 25.1.2001¹¹⁵⁵ y posteriormente por el Consejo de Asuntos Económicos y Financieros (ECOFIN) en mayo de 2011.

El Foro se enfrentó en su estudio a los problemas suscitados por la complejización de los servicios intragrupos y la aplicación del *arm's length* propiciada por la globalización de las relaciones comerciales, una materia en el que las Directrices de la OCDE presentan lagunas y se corre el riesgo de que se consagren excesivos recursos en el cumplimiento de los deberes de documentación y auditoría.

Como cuestiones más sustanciales acometidas en la Comunicación deben reseñarse:

- i. La determinación de cuáles se consideran servicios intragrupo de bajo valor añadido.

A estos efectos podemos categorizarlos, siguiendo la sistemática apuntada por MONTES URDÍN¹¹⁵⁶, en siete grupos:

- ✓ los servicios intragrupo relacionados con la tecnología de la información;
- ✓ los servicios intragrupo referentes a los recursos humanos o laborales;
- ✓ los servicios intragrupo relativos a materia de marketing;
- ✓ los servicios intragrupo concernientes a materia y servicios jurídicos o legales;
- ✓ los servicios intragrupo en materias contables y administrativas
- ✓ los servicios técnicos intragrupo;
- ✓ los servicios intragrupo en el ámbito de control de calidad;
- ✓ otros servicios intragrupo relacionados con estrategia y desarrollo en caso de conexión con una filial existente o que vaya a establecerse; seguridad de la empresa; I+D; gestión de bienes inmuebles e instalaciones; servicios logísticos; gestión de inventarios; asesoramiento en estrategias de transporte y distribución; servicios de almacén; compra de servicios y abastecimiento de materias primas; gestión de la reducción de costes; y servicios de envasado.

- ii. Principios que presiden el enfoque adoptado por el Foro y la Comisión.

¹¹⁵⁵ COM(2011) 16 final.

¹¹⁵⁶ MONTES URDÍN, J. (2011).

- ✓ el *arm's length* como criterio rector cuyo cumplimiento debe ser verificado por las Administraciones tributarias y por los contribuyentes;
- ✓ los principios adoptados por las Directrices en la materia como referencia ineludible, entre los que se encuentra el principio de presunción de la buena fe en las actuaciones de las Administraciones tributarias y de las multinacionales y el principio de inclusión de los costes apropiados y la exclusión de los demás;
- ✓ el principio de la deducibilidad de los costes;
- ✓ el principio de que la información pertinente que se ofrezca habrá de ser de buena calidad, concisa y específica, de acuerdo con el caso de que se trate;
- ✓ el principio de la adopción de un enfoque flexible sobre la amplitud y profundidad del examen de evaluación.

iii. Forma de aplicación de los principios.

Se entiende que existen tres formas distintas de realizar la evaluación de este tipo de servicios:

- ✓ el proceder a una auditoría completa, que obviamente supondría un nivel de certeza y seguridad indiscutibles, pero que en cambio requieren una cantidad de recursos desmesurada en su cumplimentación;
- ✓ en el polo opuesto a la auditoría completa se sitúa el proceder mediante relaciones colaborativas entre las Administraciones tributarias y las MNEs a través del diálogo abierto y continuo. Lamentablemente el nivel de acogida en Europa de esta fórmula es escaso;
- ✓ y, en tercer lugar, se sitúa el procedimiento recomendado por el Foro y la Comisión el cual sintéticamente podemos resumir que conlleva:
 - una hipótesis de partida que habrá de irse verificando a lo largo del procedimiento y que exige la concurrencia de tres elementos: primeramente, habrá de tratarse de servicios intragrupo de bajo valor añadido que hayan sido prestados efectivamente y representen un valor económico o comercial para quien los recibe; en segundo lugar, los servicios deberán respetar el *arm's length* y el sistema de gobernanza y de auditoría que cada empresa mantenga; y, por último, habrá de facilitarse información de buena calidad cada vez que se requiera;
 - el ofrecimiento de una exposición: con dicha terminología se alude al documento en el que habrá de contenerse en un marco general la información necesaria para poder verificar que se ha respetado el *arm's length*. El contenido de la exposición habrá de abarcar tres

facetas: permitir comprobar respecto del suministrador del servicio que el servicio ha sido efectivamente prestado y en relación al receptor que el servicio representa un valor económico o comercial; además habrá de justificar si el receptor hubiera sido una entidad independiente si hubiera pagado por el servicio o lo habría realizado él mismo. El alcance de la exposición deberá balancearse entre la necesidad de cumplir con la información requerida (según el caso), el bajo riesgo que suponen este tipo de servicios y los costes que implica la cumplimentación de los deberes de información;

- el ofrecimiento de información detallada complementaria a la exposición cuando no sea suficiente la contenida en la misma, sugiriéndose como extremos sobre los que normalmente se hace preciso informar:
 - la efectividad de la prestación del servicio y que aporta un valor al receptor, respetándose el *arm's length*;
 - analizar los centros de costes;
 - el sistema de facturación de los costes seguido;
 - separar los costes de accionistas en los que en otro caso no se habría incurrido y no ser tomados en consideración;
 - los criterios de reparto de costes seguidos, los cuales deberán ser coherentes y justificados;
 - los servicios a previa solicitud o disponibilidad que en determinados casos pueden estar justificados sus costes;
 - la verificación de que los costes respetan el *arm's length*;
 - justificación de la metodología de valoración elegida;
 - justificación de los márgenes aplicados a los precios;
 - la documentación exigible a la justificación de los costes habrá de adecuarse al principio de gestión prudente de la empresa lo que conlleva que la ausencia de prueba documental no sea suficiente para descartar costes y ciertamente las exigencias documentales dependerá del importe de los costes.

b) La segunda cuestión tratada por el Foro durante este programa de actuación fue el de los denominados casos triangulares exteriores. Sus sugerencias fueron igualmente acogidas por la Comisión en la citada Comunicación de 25.01.2011, apéndice II, “*Enfoques potenciales de los casos triangulares exteriores a la UE*”. La problemática en la que se centra versa sobre la aplicación del *arm's length* en las transacciones entre dos empresas asociadas de un Estado miembro, cuando

existe “otra empresa asociada, de un tercer Estado, [que] ejerce una notable influencia que da lugar a un resultado de precios no ajustado al” *arm’s length*. Las situaciones que se pueden presentar son dos: aquellos en que solo intervienen empresas asociadas situadas dentro de la U.E. (relaciones triangulares interiores) y aquellos en que interviene una empresa asociada domiciliada en un Estado no perteneciente a la U.E. (relaciones triangulares exteriores), siendo este último supuesto el que constituye objeto del estudio del Foro. Tres posibles vías de solucionar el problema son resaltadas en el documento:

- la mejora (mediante la incorporación del artº25.5 del MCDI OCDE) y ampliación de la red de convenios de doble imposición;
- la aplicación de los acuerdos previos (APP) no solo para los conflictos posteriores al acuerdo, sino también retroactivamente a los que estuvieren pendientes de resolución, así como la incorporación del artº25.3 del MCDI OCDE con un enfoque triangular y la aplicabilidad del Convenio de arbitraje a un tercer Estado;
- la aplicación flexible de algunos procedimientos relacionados con el procedimiento amistoso, como dotar de mayor relevancia al papel del contribuyente, coordinar la actuación de las administraciones fiscales de los Estados de la U.E. implicados para iniciar y mantener los contactos con las autoridades del tercer Estado o ampliar los plazos.

Durante los años 2010 al 2012 el Foro realizó dos informes, uno concerniente a las cuestiones específicas sobre los precios de transferencia en relación con las pequeñas y medianas empresas de la U.E. y otro sobre los acuerdos de reparto de costes. En base a dichos informes la Comisión evacuó la Comunicación de 19.09.2012¹¹⁵⁷.

En cuanto a los precios de transferencia en las transacciones en que intervienen las pequeñas y medianas empresas, el Foro y la Comisión advierten de que se suscitan cuestiones particulares:

- como punto indiscutible de referencia debe partirse de que el *arm’s length* debe regir la materia cualquiera que sea el tamaño de las empresas implicadas;
- en la aplicación del *arm’s length* debe presidir el principio de proporcionalidad que imponga un equilibrio entre la necesidad de las Administraciones tributarias de proceder a una aplicación equitativa de las normas sobre precios de transferencia y la cargas que pueden tener que soportar las PYMEs;
- la dificultad añadida que normalmente existe en la aplicación del *arm’s length* en este ámbito ante la escasez de comparables y la mayor gravosidad de los costes para una PYME en la realización del análisis de comparabilidad y cumplir con los deberes de documentación.

Como mecanismos que pueden paliar tales inconvenientes se indican: el reforzar las actuaciones previas a la auditoría (fluidez en las comunicaciones AT–PYMEs,

¹¹⁵⁷ COM(2012) 516 final.

accesibilidad a la información por parte de las PYMEs, fomentar la formación de las PYMEs, ofrecer seguridad jurídica previa a las transacciones) la simplificación y uniformidad en los requisitos documentales a cumplimentar por los contribuyentes y , por último, incentivar la resolución de conflictos mediante la no dilación de los procedimientos, la adopción de soluciones unilaterales que eviten la doble tributación causada por los ajustes y promover la colaboración directa entre las AATT implicadas.

En lo referente a los ARC el Foro y la Comisión se ocupan de determinar la forma más eficaz que tiene un verificador para concluir que se ha aplicado el principio de plena competencia en relación con los ARC sobre servicios que no generan activos intangibles.

En 2014 la Comisión aprobó la COM(2014) 315 final en la que se analizan las posibles sinergias entre el debate sobre el Plan de Acción BEPS que estaba teniendo lugar a escala internacional y las discusiones entabladas dentro de la Unión con el fin de lograr soluciones viables en el territorio de la U.E.. No obstante, los trabajos del Foro siempre han venido siendo coherentes con el BEPS, de manera que los proyectos y actividades entorno al seguimiento del funcionamiento del Convenio de Arbitraje, así como la revisión del Código de Conducta de aplicación¹¹⁵⁸, pueden ayudar a esclarecer los mecanismos de resolución de controversias (acción 14 del plan BEPS); por otro lado, la revisión del Código de Conducta sobre la documentación de las operaciones vinculadas transfronterizas pueden beneficiar al análisis de la acción 13. La COM(2014) 315 final se ocupa de tres cuestiones distintas: los ajustes secundarios, la gestión de riesgo en precios de transferencia y los ajustes compensatorios.

a) En primer lugar, en lo tocante a los ajustes secundarios en aquellos casos en que la operación secundaria tiene lugar entre entidades residentes/establecidas en la U.E. y el alto riesgo de doble imposición que plantean a causa los dispares regímenes existentes en los distintos países miembros. Como líneas básicas más destacables contenidas en el informe podemos señalar:

- i. se parte del concepto de ajustes secundarios o de calificación contenido en las Directrices OCDE, así como de las pautas para evitar la doble imposición expuestas en las Directrices y en el MCDI OCDE;
- ii. para evitar el riesgo de doble imposición, y condicionado a aquellos supuestos en los que el contribuyente no haya tratado de disimular dividendos, se proponen dos medidas en consonancia con las que ya se advertían en las Directrices y MCDI OCDE:

—cuando se trate de Estados en los que no es obligatorio el ajuste secundario: evitar el aplicarlos;

¹¹⁵⁸ DO C 322 de 30.12.2009.

- cuando sí sean obligatorios: prever medios para evitar la doble imposición;
- iii. como calificaciones más beneficiosas para evitar la doble imposición se recomienda la caracterización como dividendos presuntos o aportaciones presuntas de fondos propios, restringiendo la consideración de préstamos presuntos exclusivamente a aquellos casos en que sea posible la repatriación;
 - iv. excepto Francia y Bulgaria, los demás países que contemplan la aplicación de ajustes secundarios en su normativa consideran que resultan aplicables los artº 4 y 5 de la Directiva relativa a las sociedades matrices y filiales, a virtud de los cuales la calificación de rentas como dividendos o aportaciones presuntos no dan lugar a retenciones en origen;
 - v. siguiendo la estela de las Directrices OCDE¹¹⁵⁹ y del Manual OCDE sobre procedimientos amistosos de 2007¹¹⁶⁰ se contempla como alternativa al ajuste secundario el que los excesos de fondos indebidamente pagados o cobrados por una de las partes envueltas en el precio de transferencia puedan subsanarse mediante el mecanismo de la repatriación de fondos. La repatriación de fondos puede tener lugar en el seno de un procedimiento amistoso o en una fase temprana de auditoría. Cuando sucede en un procedimiento amistoso se aconseja que se utilicen como fórmulas de repatriación el reembolso directo o la compensación de cuentas, se sea flexible en el plazo (pueden llegar a necesitarse 90 días), no se practique retención en el Estado de origen del pago ni se sujete a gravamen en el Estado de destino y, por último, que no se apliquen intereses;
 - vi. en el capítulo del régimen sancionador se sugiere que no sean aplicadas cuando se practiquen ajustes secundarios;
 - vii. por último, se sugiere que los contribuyentes, cuando se trate de Estados que no consideren aplicable el Convenio de Arbitraje para solucionar los problemas de doble imposición suscitados por los ajustes secundarios, formulen dos solicitudes separadas, una para el Convenio de Arbitraje y otra para el procedimiento amistoso conforme al artº25 MCDI OCDE.

b) La segunda cuestión de la que se ocupó la COM(2014) 315 Final fue la gestión del riesgo en materia de los precios de transferencia. A este respecto se trataron diversos aspectos:

¹¹⁵⁹ párrafos 4.72 y ss.

¹¹⁶⁰ Párrafo 4.76.

- i. el *arm's length* se toma en una doble dimensión desde la óptica de los riesgos: por un lado, el riesgo que supone el no respetar el *arm's length* en la fijación del precio en transacciones entre entidades asociadas; pero por otro, y esto constituye una novedad conceptual, el riesgo que supone la asignación no eficiente de los recursos disponibles para la fijación de los precios acordes con el *arm's length*;
- ii. se fijan como pautas a tomar en consideración:
 - la adopción de un enfoque colaborativo entre las AATT y los contribuyentes, basado en la confianza y el diálogo. A tal fin habrá de verificarse la disposición colaborativa de los contribuyentes mediante el análisis de sus antecedentes (comportamiento en procedimientos amistosos previos) y nivel de cumplimiento del Código de Conducta sobre la documentación;
 - la identificación de los aspectos que entrañen mayores riesgos y prestar especial atención a las necesidades de la PYMES;
 - privilegiar la asignación de recursos en los aspectos que comporten mayores riesgos y determinar objetivos concretos y adecuados al caso para acometer las acciones que consuman recursos;
 - habilitar instrumentos jurídicos para hacer frente a las situaciones que supongan riesgo elevado;
- iii. se indican los criterios a seguir en las fases seguidas normalmente en un expediente de precios de transferencia:
 - en la fase inicial anterior a la auditoría, en la cual se selecciona el contribuyente y se evalúa si es candidato a la realización de una auditoría posterior, se recomienda: las AATT habrán de disponer de un volumen de información adecuado que permita la comprensión de los hechos y circunstancias, respetando en las solicitudes de información un equilibrio entre las necesidades de la AT y la carga que supone para los contribuyentes; habrán de establecerse unos criterios específicos que permitan evaluar el riesgo y sería deseable que las AATT dispongan de un marco organizativo (equipos especializados) para llevar a cabo la evaluación; establecer un marco colaborativo entre las AATT y los contribuyentes; el intercambio de información entre las AATT.
 - en la fase de auditoría se recomienda la existencia de un procedimiento determinado y un proyecto de trabajo que incorporen tanto las necesidades de AATT como de los contribuyentes implicados, presididos por tratar de conseguir una

comprensión mutua de las circunstancias y hechos, la cooperación y el equilibrio entre las exigencias de información y la carga que supongan. En lo referente a la documentación habrán de seguirse las prescripciones del DPT 2006 UE¹¹⁶¹, añadiendo que a la hora de observar los deberes documentales habrán de tomarse en consideración aspectos cuantitativos (a menor cuantía económica menores exigencias), aspectos cualitativos (a menor riesgo menor exigencia documental), aspectos temporales (en operaciones duraderas por más de un año y sin variación de circunstancias menores exigencias documentales), simplificación (en especial en servicios intragrupo de bajo valor añadido y acuerdos de reparto de costes sobre servicios que no generen activos intangibles). Se apoya la idoneidad de las auditorías simultáneas sobre la base de la Directiva 2011/16/UE sobre cooperación administrativa.

– en la fase de resolución (entendida como los procedimientos a los que hay que acudir en caso de no existir acuerdo en la fase de auditoría) habrá que estar al régimen del Convenio de Arbitraje (CA) y el Código de Conducta previsto para los Estados miembros, aunque no se descarta el acudir a otros procedimientos.

c) En tercer lugar, la COM(2014) 315 Final se ocupó de los ajustes compensatorios. Tres son los apartados incluidos en la Comunicación en cuanto a ajustes compensatorios:

i. El concepto de ajustes compensatorios.

Una vez más se acude al concepto recogido en las Directrices OCDE y se reproduce: *“ajuste en el cual el contribuyente declara un precio de transferencia a efectos tributarios que, en su opinión, constituye un precio de plena competencia en el marco de una operación vinculada, aunque dicho precio difiera del importe realmente cargado entre las empresas asociadas. Este ajuste se realiza antes de la presentación de la declaración”*.

Este tipo de ajustes acontecen cuando las empresas han estado aplicando métodos no tradicionales, a fin de corregir al final del ejercicio las

¹¹⁶¹ Resolución del Consejo y de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo de 27 de junio de 2006 relativa a un Código de Conducta sobre la documentación relacionada con los precios de transferencia exigida de las empresas asociadas en la Unión Europea (DPT UE) (2006/C 176/01).

posibles desviaciones del resultado provisional y así poder cumplir con el precio coherente con el *arm's length*.

Sin embargo, el posicionamiento de los Estados miembros sobre los mismos es muy dispar, de ahí que el propio Foro advierta de las limitaciones de sus consideraciones, puntualizando que mediante su informe en esta materia no trata de dejar sentados unos principios categóricos, sino exclusivamente apuntar unas posibles soluciones. Además, la admisión de ajustes compensatorios no significaría excluir la posibilidad por parte de las AATT de realizar ajustes en un momento ulterior y, en todo caso, los ajustes compensatorios que se contemplan en el informe solo son los efectuados en la contabilidad del contribuyente y explicados en su documentación.

ii. Los problemas que suscitan los ajustes compensatorios.

–por el posicionamiento de los Estados sobre el momento de la fijación del precio de *arm's length*, distinguiéndose entre los Estados que estiman que debe fijarse al momento de celebración de la operación (*ex ante*) y aquellos que consideran que puede o debe fijarse o confirmarse posteriormente, ya sea al cierre del ejercicio ya sea al momento de la presentación de la declaración (*ex post*). Si los Estados implicados tienen un enfoque *ex post*, los ajustes compensatorios pueden derivar en problemas de doble imposición o de doble no imposición respecto a distintos aspectos:

- momento de la realización del ajuste compensatorio;
- la información de referencia;
- el signo del ajuste: habrán de ser positivo o negativo o caben ambos;
- precio de referencia a tomar en consideración.

Si cada Estado implicado tiene un enfoque distinto se genera el problema de si tiene cabida o no un ajuste compensatorio.

iii. Las condiciones para la aceptación de los ajustes compensatorios practicados por el contribuyente:

- el precio fijado para la transacción tiene que ser simétrico, es decir, las empresas vinculadas que participaron en la transacción deben aplicar el mismo precio;
- se establecen unos requisitos que deben cumplir los ajustes, pero que actúan como condicionantes máximos, de forma que si los Estados afectados establecen un régimen de condicionantes inferiores, será

aplicable este régimen último, y no el prescrito por la Comunicación. Estos requisitos son:

- El contribuyente debe realizar esfuerzos antes de celebrar la operación para que ésta se adecúe al *arm's length*, y los mismos deben documentarse.
- El contribuyente debe realizar el ajuste de manera simétrica en la contabilidad de los dos Estados miembros implicados.
- El contribuyente debe aplicar el criterio a lo largo del tiempo.
- El ajuste debe practicarse antes de presentar la declaración fiscal.
- El contribuyente debe poder justificar el porqué las provisiones no se corresponden con el resultado final en caso de que alguno de los Estados implicados lo requiera.
- El ajuste debe permitir fijar el precio en el punto más adecuado al *arm's length* dentro del rango.

Pese a los evidentes avances conseguidos por el Foro, la Decisión 2011/C 24/03 de la Comisión establecía la desaparición del mismo el 31 de marzo de 2015. Ello motivó que mediante la Decisión 2015/C 28/05 se acordase dejar sin efecto la citada previsión y, además, se crease un renovado Foro Conjunto cuyos cometidos quedaban fijados:

- un espacio de debate de los expertos de las empresas, la sociedad civil y las administraciones fiscales nacionales en la materia;
- asesorar a la Comisión en la materia;
- ayudar a la Comisión en la búsqueda de soluciones.

En octubre de 2016 veía la luz el Informe sobre el uso de comparables¹¹⁶² en el que se puntualiza:

a) En la búsqueda de comparables las AATT y los contribuyentes deben estar sometidos y respetar el principio de transparencia y proporcionalidad. La transparencia significa para el contribuyente que debe tener justificados y documentados los pasos dados y para las AATT el que suministren la información relevante. La transparencia significa además que cualquier revisor pueda analizar el proceso de búsqueda de comparables y conocer la documentación y justificación del criterio de búsqueda y selección, los criterios rechazados y los ajustes realizados.

La proporcionalidad hace referencia a que las cargas en la búsqueda sean razonables, debiendo ser conducida la búsqueda por criterios de calidad y consistencia en todo el proceso.

¹¹⁶² JTPF/007/2016/FINAL, Report on the Use of Comparables in the EU.

La información de los datos puede ser conseguida de numerosas fuentes, desde bases de datos comerciales a información interna de las propias entidades (estatutos, datos comerciales, datos de los departamentos de compra y ventas, o cualquier información relevante). Haciéndose eco de lo ya dicho en las Directrices se admite tanto el enfoque deductivo como el aditivo

b) Los comparables internos son admitidos, sin que exista preferencia respecto de los comparables externos, pudiéndose usar ambos. Sin embargo, son dignas de destacar las ventajas que los comparables internos conllevan en cuanto ahorro en costes y ajustes, lo que los hace especialmente indicados en el ámbito de las Pymes y en las pequeñas transacciones.

c) Los comparables externos también son admitidos, aunque requieren que se disponga de suficiente información para que su uso sea fiable, recomendándose que los criterios de búsqueda que se elijan sean varios, pudiéndose elegir comparables CUP disponibles aplicando el enfoque aditivo o cuando se trate de otra entidad vinculada del mismo grupo que la empresa testada. La selección de los comparables externos normalmente conllevará el siguiente proceso:

- ✓ fijar el alcance del análisis de la búsqueda y dejarlo documentado para asegurar la objetividad, lo que conllevará la determinación del enfoque, la determinación de la parte testada, la determinación de los factores de comparabilidad, la elección de la base de datos, la concreción del tiempo inicial de la toma de datos y seleccionar datos de varios años
- ✓ el análisis cuantitativo que supone la selección de los modelos que se toman de las bases de datos consultadas (aplicando códigos del tipo de actividad, u otros criterios de búsqueda) y la aplicación del criterio de selección;
- ✓ el análisis cualitativo.

d) Posteriormente se procederá a procesar e interpretar los comparables externos seleccionados, teniendo especial relevancia el uso del rango de comparabilidad establecido mediante herramientas estadísticas y la consideración de datos de varios años;

e) Los ajustes de comparabilidad se realizarán teniendo en cuenta que los comparables inadecuados serán directamente rechazados y que solo se practicarán ajustes cuando se mejore la comparabilidad;

f) En determinadas ocasiones puede ser conveniente el utilizar comparables regionales o paneuropeos, especialmente porque no se encuentren comparables locales o porque las circunstancias económicas aconsejen la elección de comparables regionales por tratarse de un mercado en el que actúe una multinacional.

El pasado mes de octubre 2020, el Foro Europeo de Precios de Transferencia, grupo asesor de la Comisión Europea en esta materia, en el marco de coordinación

administrativa basado en la actual Directiva 2011/16/UE, sentó las bases para mejorar la eficacia en la coordinación de las inspecciones simultáneas en el entorno de los Países UE.

La idea es reducir el margen de los distintos enfoques en regularización fiscal basado en distintas interpretaciones de los hechos y del principio de plena competencia, de modo que se puedan alcanzar mayores niveles de seguridad jurídica y se reduzcan las controversias fiscales internacionales.

III.3.5.2.F). – La BICCIS.

F.1) Antecedentes.

A lo largo de las líneas anteriores ya hemos tenido ocasión de referir los orígenes y la evolución de los posicionamientos de la U.E. en materia de armonización en el impuesto de sociedades, recordemos cuanto ha quedado dicho respecto del Informe Neumark (1962) y del Informe Bolkestein (2001), encontrándose precisamente en este último (en palabras de SANZ GADEA¹¹⁶³) el soporte intelectual de la BICCIS. De todas formas, debieron de pasar los años, porque como reseña TORREGROSA CARNÉ¹¹⁶⁴ hasta prácticamente la Comunicación de la Comisión de 25 de octubre de 2005¹¹⁶⁵ pesaron más los inconvenientes que suponía el adoptar políticas afectantes al impuesto de sociedades (principio de subsidiariedad, autonomía de las ya suficientemente pertrechadas soberanías nacionales con el proceso de unificación monetaria y depresión de las regiones menos favorecidas y que por entonces venían siendo incentivadas por sus Estados) que la necesidad de avanzar en una Unión Europea más competitiva sobre la base de un mercado único real, y es en esa Comunicación en la que se insiste ya abiertamente en la conveniencia de una base imponible consolidada. En el mismo sentido el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo del año 2003¹¹⁶⁶ subrayaba que hasta ese momento, el debate en materia de impuestos se había centrado excesivamente en los tipos impositivos, cuando los mismos representan el elemento fiscal más conflictivo desde el punto de vista político haciendo aconsejable que primero los esfuerzos se centrasen en el estudio de las diferencias existentes en el cálculo de las bases impositivas, para ya después en una fase posterior proponer normas comunes que aproximasen los métodos de cálculo y, en una tercera fase, cuando la diferencia entre los ingresos fiscales se explique fundamentalmente por los distintos tipos impositivos, podrá debatirse la conveniencia de establecer niveles mínimos.

¹¹⁶³ SANZ GADEA, E.(2011a).

¹¹⁶⁴ TORREGROSA CARNÉ, M^a D. (2016).

¹¹⁶⁵ COM (2005) 532 final, de 25 de octubre de 2005 sobre Contribución de las políticas fiscal y aduanera a la estrategia de Lisboa.

¹¹⁶⁶ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema «La fiscalidad en la U.E.: principios comunes, convergencia de normas fiscales y posibilidad de votación por mayoría cualificada» (2004/C 80/33).

Para acometer esta empresa se creó a finales de 2004 un grupo de trabajo¹¹⁶⁷ que pronto se subdividiría en diversos subgrupos con cometidos específicos de estudio cada uno. En 2007 el grupo publicó las conclusiones obtenidas en sus estudios, incluyendo entre sus propuestas un sistema fiscal societario basado en una base imponible consolidada común.

En 2008 se produjo un intento de presentar un proyecto de Directiva que quedó abortado ante la firme oposición mostrada por Irlanda temerosa de que ello constituyera el primer eslabón de la cadena para atar la libertad de establecimiento de los tipos impositivos.

F.2) el Proyecto de Directiva de 2011.

Fruto de los trabajos del Grupo el 16 de marzo de 2011 fue publicado el primer borrador de la Directiva BICCIS¹¹⁶⁸.

El proyecto BICCIS tiene por objeto el superar las dificultades que representa para las empresas que operan en más de un Estado miembro la existencia de grandes diferencias entre los distintos sistemas fiscales domésticos. Así, se ha dicho que las diferencias de los tipos impositivos efectivos tienen influencia en la competitividad internacional de las empresas establecidas en la U.E., incentivando el que las empresas elijan localizaciones fiscalmente favorables pese a que no se trate de las jurisdicciones que habrían elegido desde el punto de vista de la eficiencia económica de sus recursos. Las diferencias impositivas compensan sobradamente ese déficit de eficiencia económica. Esas diferencias provocan distorsiones en las decisiones en las inversiones en un mercado teóricamente único como reacción a las discriminaciones entre sujetos pasivos residentes y no residentes, conllevan consecuencias indeseadas en la estructura económica y legal de las multinacionales al quedar condicionadas, acarrear costes administrativos ante los que se muestran especialmente sensibles las PYMES, originan inseguridad jurídica y entorpecen la transparencia fiscal por la que deben regirse los Estados en materia de incentivos a la inversión (De ahí que se plantee la necesidad de un mecanismo corrector que neutralice las diferencias de los tipos impositivos efectivos aun en el supuesto de mantenerse los tipos nominales nacionales. POZA CID y PRIETO CUADRADO ¹¹⁶⁹ identifican como objetivos que vendría a solucionar la BICCIS los siguientes:

- Elevados costes de cumplimiento con las distintas normativas en los EE.MM.
- Problemas para la compensación transfronteriza de pérdidas (Sentencia del Tribunal Europeo de Justicia en el asunto Marks & Spencer¹).
- Alto coste y problemas para el cumplimiento con el sistema de precios de transferencia.
- Alto coste de las operaciones de reestructuración.

¹¹⁶⁷ Common Consolidated Corporate Tax Base Working Group (CCCTB WG).

¹¹⁶⁸ (COM(2011) 121 final).

¹¹⁶⁹ POZA CID, R. y PRIETO CUADRADO, M^a I. (2011).

- Problemas derivados de los Convenios para evitar la Doble Imposición, ya que no hay una red completa de Convenios entre los EE.MM de la U.E. y hay diferencias muy importantes entre los existentes.

MARTÍNEZ JIMÉNEZ¹¹⁷⁰ acota como objetivos de la propuesta BICCIS:

- intentar reducir la incidencia de la planificación fiscal internacional agresiva en la recaudación de los Estados miembros;
- equiparar la tributación efectiva entre las compañías transfronterizas con la tributación efectiva de las empresas nacionales, presentes en una sola jurisdicción tributaria;
- conseguir una justicia tributaria justa entre los distintos contribuyentes europeos, o dicho de otro modo, que la tributación de los contribuyentes de los distintos impuestos sobre sociedades se adapte a su capacidad económica y, por tanto, tenga una carga tributaria justa;
- obtener una simplificación del complejo régimen de imposición internacional que somete a los contribuyentes con carácter transnacional, dentro de la U.E.;
- eliminar los efectos generados por la globalización y la planificación fiscal agresiva que genera situaciones de no imposición, a la par de acabar con todos los casos de doble imposición en materia de fiscalidad directa sobre las sociedades europeas;
- generar las situaciones económicas necesarias que posibiliten un aumento de los incentivos para invertir dentro de las fronteras de la Unión;
- y, por último, reducir las cargas administrativas que afrontan los contribuyentes transnacionales y reducir los costes administrativos de las Agencias tributarias en perseguir.

Como ya hemos dejado expuesto, la Comisión inicialmente se planteó cuatro opciones posibles dentro de un enfoque global, para concluir decantándose por el sistema BICCIS.

En el Proyecto de Directiva 2011 el régimen BICCIS supone un conjunto de normas único para todos los EE.MM, conforme al cual todas las empresas a las que resultara aplicable tendrían que seguirlo en un triple aspecto:

- por una parte, en el cálculo y determinación de la base imponible de las entidades que caen en su ámbito;
- por otra parte, en la forma en que debe procederse a la consolidación de los resultados de los grupos de sociedades;
- y, por último, en la distribución de la base imponible consolidada entre cada uno de los Estados miembros admisibles.

Como características más relevantes al objeto del presente estudio conviene dejar constancia de las siguientes:

- a) Es un régimen facultativo al que podrían acogerse las empresas que lo considerasen conveniente, tratando con ello de paliar los costes que conllevaría

¹¹⁷⁰ MARTÍNEZ JIMÉNEZ F.J. (2019).

su aplicación cuando no les convenga por no realizar operaciones transfronterizas o tratarse de PYMES. Pero la opcionalidad presenta limitaciones: tras el transcurso de un plazo transitorio inicial sí se convertiría en obligatorio y la aplicación de la regla “*all in–all out*”¹¹⁷¹

b) El régimen no prevé la armonización de los tipos de gravamen, pudiendo cada Estado seguir aplicando su propio tipo

c) No existen limitaciones a la aplicación del régimen por criterio de tamaño de la empresa, quedando dentro del ámbito de su aplicación las sociedades constituidas conforme a la legislación de un Estado miembro en que concurren dos presupuestos:

- ✓ La adopción de una de las formas previstas en el Anexo I del proyecto de Directiva
- ✓ La sujeción a uno de los impuestos de sociedades recogido en el Anexo II del mismo texto

Así mismo será aplicable a los establecimientos permanentes de una entidad no perteneciente a EM, cuando el mismo se localice dentro del territorio de la U.E. y tenga una forma análoga a las previstas en el Anexo I y en relación a un impuesto de sociedades de los reseñados en el Anexo II

d) Las empresas que se acogiesen al régimen podrían consolidar todas las pérdidas y ganancias producidas en la U.E.

e) Las normas BICCIS no afectan a las normas de contabilidad de los países

Implicaría que las empresas se beneficiarían, entre otras cosas, de un sistema de ventanilla única a la que dirigirse para solicitar devoluciones de impuestos

f) El sistema de distribución propuesto supone un drástico cambio, rompiendo con el principio de *arm's length* y optando por un enfoque de reparto formulario que supondría abandonar el enfoque de entidades separadas.

F.3) Principales puntos de crítica que ha recibido la propuesta de Directiva BICCIS.

Pese a todo, el Proyecto encontró exclusivamente el apoyo de Alemania, España, Italia y Suecia, quedando paralizado.

MÜLLER¹¹⁷² sintetiza los aspectos de crítica del proyecto de 2011 ilustrándonos sobre los siguientes:

- a consecuencia de tratarse de un sistema opcional se generaría una duplicidad de regímenes del Impuesto y los consiguientes costes que ello acarrearía;

¹¹⁷¹ No cabe aplicar el régimen a ciertas empresas del grupo y a otras no.

¹¹⁷² MÜLLER, A. (2011)

- el excesivo peso específico del factor trabajo en la fórmula de reparto, así como la exclusión de entre los elementos del activo el inmovilizado inmaterial y financiero, la utilización del criterio de ventas en destino y los criterios residuales que se proponían;
- la no regulación de los tipos de gravamen;
- los problemas de los precios de transferencia no eran solucionados, sino meramente trasladados;
- propiciaba el mal uso de la planificación fiscal;
- ausencia de la previsión de un sistema de arbitraje;
- desigualdades en la recaudación, además de disminución de la misma.
-

F.4) 2016 la reactivación de la propuesta BICCIS.

En el año 2015 La Comisión pretendió la reactivación de la estrategia BICCIS dando a conocer su Comunicación sobre “*un sistema de imposición de las sociedades justo y eficaz en la Unión Europea: cinco ámbitos de actuación fundamentales*”¹¹⁷³. De dicha Comunicación debemos comentar:

- Se identifican como nuevos desafíos que merecen una respuesta en política fiscal:
 - ✓ los sistemas fiscales tradicionales gravan las rentas empresariales a nivel nacional, pero no se ajustan al contexto económico globalizado, móvil y digital, así como a las nuevas estructuras empresariales;
 - ✓ falta de equidad ante las planificaciones fiscales agresivas desarrolladas fundamentalmente por las multinacionales desplazando sus bases imponibles hacia regímenes fiscales más beneficiosos;
 - ✓ riesgo de doble imposición o de doble no imposición ante sistemas fiscales complejos, opacos y dispares;
 - ✓ el déficit del principio de *arm's length* ante estructuras empresariales centralizadas, la preponderancia de las operaciones transnacionales y un mercado donde han aumentado exponencialmente las transacciones de intangibles;
 - ✓ la insuficiencia del Código de Conducta empresarial para abordar los problemas de competencia fiscal.
- Ámbitos de actuación para superar los retos:
 - ✓ la adopción del sistema BICCIS, con el que se conseguirían reducir la complejidad y los costes de cumplimiento, luchar contra los desplazamientos de los beneficios y contra las prácticas abusivas, así como defender al mercado interior frente a la planificación fiscal agresiva;

¹¹⁷³ {SWD(2015) 121 final}.

- ✓ garantizar la imposición allí donde se generan los beneficios, donde cobran especial importancia diversos aspectos e instrumentos:
 - la BICCIS debiéndose mejorar diversas cuestiones internacionales relacionadas con el proyecto BEPS¹¹⁷⁴ ;
 - mejorar el marco de los precios de transferencia en la U.E., planteándose la ineficiencia del *arm's length* en la economía moderna y la necesidad de adaptar el proyecto BEPS a las particularidades de la U.E.;
 - la vinculación de los regímenes preferenciales al lugar donde se genera el valor, de manera que se evite la disociación entre lugar donde las empresas localicen su propiedad industrial y el lugar donde se desarrolla el I+D;
 - ✓ otras medidas adicionales que mejoren el régimen fiscal de las empresas como permitir la compensación transfronteriza de pérdidas, mejorar la resolución de litigios en casos de doble imposición;
 - ✓ mejora de la transparencia fiscal;
 - ✓ mejora de la colaboración y coordinación entre las Administraciones Tributarias mediante una utilización adecuada de los mecanismos existentes y la reforma del Código de Conducta sobre la Fiscalidad de las Empresas y de la Plataforma de Buena Gobernanza Fiscal.
- Novedades que representa la nueva propuesta de BICCIS:
- ✓ Implantación mediante un proceso de dos fases conectadas entre sí:
 - En la primera fase la Comisión propuso la implantación de una Base Imponible Común del Impuesto sobre Sociedades¹¹⁷⁵(BICIS), esto es, una base homogeneizada y común
 - En la segunda fase la Comisión planteó la adopción de una Base Imponible Consolidada Común del Impuesto de Sociedades¹¹⁷⁶(BICCIS¹¹⁷⁷) con la que se pretende conseguir la consolidación de la base imponible y posterior distribución mediante una fórmula de reparto
 - Se abandona el régimen opcional y se configura uno mixto, obligatorio para las entidades que en las que concurren unos requisitos y voluntario para quienes no estando incluidas en los presupuestos opten por el régimen.

¹¹⁷⁴ Entre otros la redefinición de los establecimientos permanentes, la mejora de la normativa sobre las sociedades extranjeras controladas, la adopción de medidas para garantizar la imposición efectiva sobre los beneficios, modernizar los criterios del Código de Conducta y evitar la doble no imposición.

¹¹⁷⁵ Propuesta de Directiva COM (2016) 685 final.

¹¹⁷⁶ Propuesta de Directiva COM (2016) 683 final.

¹¹⁷⁷ También conocida como BICCIS2

- Se deja de incentivar el endeudamiento mediante bonificaciones al crecimiento e inversión, se fomenta la inversión en I+D mediante la superdeducción por los costes incurridos en dicha área y se permite provisionalmente la compensación de pérdidas en aras a favorecer la transición de la primera a la segunda fase.
-

F.5) últimas propuestas en la materia.

En 2017 el Consejo vino a mostrar ciertas discrepancias respecto a las propuestas de la Comisión, de manera que:

- volvía al sistema de un único conjunto de normas, desapareciendo la diferenciación BICIS–BICCIS;
- el sistema sería obligatorio para empresas con una facturación por encima de los 750 millones de euros y voluntario para el resto;
- el tipo impositivo continuaría siendo una prerrogativa de los EE.MM.

En marzo de 2018 se formularon dos propuestas de Directivas ante las limitaciones que presentaba el régimen BICCIS, la propuesta de Directiva por la que se establecen normas relativas a la fiscalidad de las empresas con una presencia digital significativa¹¹⁷⁸ y la propuesta de Directiva relativa al sistema común del impuesto sobre los servicios digitales que grava los ingresos procedentes de la prestación de determinados servicios digitales ¹¹⁷⁹. Entre las causas esgrimidas para la necesidad de estas propuestas se enumeran en los propios textos:

- – porque la BICCIS tiene un alcance limitado al ser su aplicación obligatoria solo para grandes multinacionales;
- – porque resulta insuficiente el concepto de establecimiento permanente;
- – porque la fórmula de reparto de la base consolidada no se adecúa a las actividades digitales de una sociedad, debiéndose incluir un nexo imponible.

Además, en marzo de 2018 el Parlamento europeo emitió primeramente un informe comprensivo de 65 enmiendas al texto de la propuesta de Directiva del Consejo¹¹⁸⁰ y, posteriormente, aprobó la propuesta, aunque realizando diversas apreciaciones que deberían ser tomadas en cuenta para la continuación de los trabajos legislativos necesarios al entender que se requerían cambios sustanciales:

- Mediante la Directiva BICCIS se conseguiría dotar a las autoridades de mecanismos para luchar contra la evasión fiscal y la planificación fiscal agresiva, consiguiendo que las rentas tributasen donde se generan y las empresas tienen un establecimiento permanente¹¹⁸¹;

¹¹⁷⁸ 2018/0072 (CNS).

¹¹⁷⁹ 2018/0073 (CNS).

¹¹⁸⁰ Propuesta de Directiva COM (2016) 68

¹¹⁸¹ En la exposición de motivos de la propuesta BICCIS 2016 se recoge:

- La importancia de que la Directiva BICIS y la Directiva BICCIS entrasen en vigor al mismo tiempo y no en dos fases
- En cuanto al ámbito de aplicación la Directiva se aplicaría a sociedades constituidas con arreglo a la legislación de un Estado miembro, incluidos sus establecimientos permanentes y sus establecimientos permanentes digitales, cuando se cumplan unas condiciones determinadas
- La sociedad residente tributará por todas las rentas que obtenga, ya fueran generadas dentro o fuera del Estado miembro en que reside. La sociedad no residente solo tributará por las rentas generadas en el Estado miembro donde tiene establecimiento permanente, aunque fuera digital.
- La determinación de la base imponible se llevará a cabo como si todos los miembros del grupo fueran una sola entidad. Si el resultado de la consolidación es una base imponible negativa se podrá compensar en los 5 años siguientes.

F.6) el principio de *arm's length* en las propuestas de Directiva BIC(C)IS.

La propuesta de Directiva BICIS dedica el capítulo VIII a las operaciones entre empresas asociadas. En el artº56 se perfila el perímetro de vinculación por el que se consideran que las empresas son asociadas y en el artº 57 se da acogida doble al principio de *arm's length*:

- en el apartado 1 en cuanto a las empresas asociadas, señalando que “*cuando se acuerden o se impongan condiciones en las relaciones entre empresas asociadas que sean diferentes de las que se habrían acordado entre empresas independientes, cualquier renta que habría obtenido el contribuyente y que no haya obtenido debido a esas condiciones*” se procederá al correspondiente ajuste fiscal en su renta y tributará conforme a lo que resulte y,
- en el apartado 2 en cuanto a los establecimientos permanentes “*la renta imputable a un establecimiento permanente es la que este esperaría conseguir, en particular en sus tratos con otras partes del mismo contribuyente, si fuera una empresa separada e independiente que ejerciera actividades idénticas o similares, en condiciones idénticas o similares, teniendo en cuenta las funciones desempeñadas, los activos utilizados y los riesgos asumidos por el contribuyente a través del establecimiento permanente y a través de otras partes del mismo contribuyente*”.

Por su parte el artº56 en su apartado segundo delimita las empresas que se consideran vinculadas atendiendo a un triple criterio:

“constituye un instrumento eficaz para la asignación de ingresos al lugar donde se genera el valor, mediante una fórmula basada en tres factores con la misma ponderación (activos, mano de obra y ventas). Dichos factores están vinculados al lugar donde la sociedad obtiene sus beneficios, por lo que su resiliencia frente a las prácticas de planificación fiscal agresiva es mayor que la de otros métodos de atribución de beneficios más generalizados, basados en los precios de transferencia.”

- la participación en la gestión por tener influencia significativa en la gestión de la empresa, o
- la participación en el control, directa o indirectamente, por tener más del 20 % del derecho de voto o
- la participación en el capital por tener más del 20% del mismo.

A estos efectos se entenderán como una única persona física a los cónyuges y sus ascendientes o descendientes directos.

La gestión, control o participación en el capital especificados deberá recaer en un no contribuyente, o en un contribuyente que no pertenezca al grupo. También se considerará que existe vinculación cuando se trate de un contribuyente y un no contribuyente (o de dos o más contribuyentes que no pertenezcan al grupo) en los que existan las mismas personas en la gestión, o en el control, o en la participación directa o indirecta del capital.

Además de todo lo anterior, se considera que existe vinculación entre un contribuyente y un establecimiento permanente en un Estado no miembro de la U.E.

Como apunta MARTÍNEZ JIMÉNEZ¹¹⁸² no se contempla la posibilidad de un ajuste correlativo y ello supone el que el régimen que se prevé es a todas luces insuficiente en la lucha contra la planificación fiscal internacional agresiva, igualmente se echa en falta un modelo para la determinación del precio de mercado, la previsión de ajuste secundario, los APA y un criterio lógico y racional que atienda a la naturaleza de las operaciones derivando en una aplicación de ajuste a cualquier operación entre entidades pertenecientes al grupo al considerarlas asociadas.

F.7) Aspectos más relevantes de la propuesta de BICCIS 2.

a) Ámbito de actuación.

El artº2 de la propuesta establece que la Directiva se aplicará a las sociedades constituidas en virtud de la legislación de un Estado miembro y a sus establecimientos permanentes en otros Estados miembros, cuando cumplan todas las condiciones siguientes

- una forma societaria
- sujetas al Impuesto sobre Sociedades
- pertenezcan a un grupo consolidado a efectos de contabilidad financiera cuyos ingresos totales superen los 750 millones de euros durante el ejercicio financiero anterior;
- cumplan las condiciones para ser consideradas como una sociedad matriz o filial o que dispongan de establecimientos permanentes en otros Estados miembros.

¹¹⁸² MARTÍNEZ JIMÉNEZ, F. J. (2019).

Si no se pertenece a grupo consolidado, pero sí se cumplen el resto de las condiciones se permitirá optar por la aplicación de la normativa de la Directiva durante un periodo de 5 ejercicios.

b) Concepto de Grupo.

El artº6 propone un concepto de grupo societario a efectos de la aplicación de la Directiva que supere las diferencias existentes entre los distintos ordenamientos. Se entenderá que forman grupo:

- una sociedad residente
 - ✓ y todos sus establecimientos permanentes situados en un Estado miembro;
 - ✓ y todas sus filiales consolidables¹¹⁸³ residentes fiscalmente en un Estado miembro, así como los establecimientos permanentes de las filiales situados en un Estado miembro;
 - ✓ que sea filial consolidable de un no contribuyente localizado en un tercer país;
- una sociedad no residente junto con:
 - ✓ sus establecimientos permanentes situados en Estados miembros;
 - ✓ sus filiales consolidables residentes en Estados miembros;
 - ✓ los establecimientos permanentes de sus filiales consolidables cuando estén situados en Estados miembros.

c) Sobre qué aspectos versa la unificación.

Siguiendo a la exposición realizada por VILLELLAS CIUDAD¹¹⁸⁴ la unificación se hace preciso para superar las diferencias de los distintos sistemas tributarios nacionales y comprende:

- diversos conceptos tributarios a cuyo fin en ambas propuestas de Directiva de 2016 se incluyeron sendos preceptos en los que se recogían toda una lista de definiciones.
- normas que permitan la determinación de la base imponible de una forma unificada en todos los Estados que versan sobre ingresos y gastos, periodificación y cuantificación, amortización del inmovilizado y compensación de pérdidas. Como consecuencia de ello derivará la homogeneización de la información. Por tanto, la base imponible no parte de los resultados contables de las empresas que conforman el grupo, ya que los sistemas contables nacionales difieren de un país a otro.
- La armonización de la relación de los grupos con las AATT, previéndose que serían las sociedades matrices las que se relacionarían con la AT de su residencia, convirtiéndose en la Administración de referencia. De esta forma

¹¹⁸³ Sociedades sobre las que la matriz tenga más del 50% de los derechos de voto y un derecho de propiedad superior al 75% del capital de la filial o a más del 75% de los derechos a participar en beneficios.

¹¹⁸⁴ VILLELLAS CIUDAD, C. (2019).

se producirá una homogeneización de las obligaciones fiscales, reduciéndose los costes administrativos tanto para las entidades como para las AATT.

e) Fórmula de reparto.

Determinada la base imponible consolidada del grupo fiscal habrá que proceder a atribuir las rentas a los distintos componentes del mismo, el cual se realizará mediante un reparto formulario.

La fórmula de reparto propuesta, siguiendo el modelo de Massachussetts, se basa en tres factores: ventas¹¹⁸⁵, activos¹¹⁸⁶ y trabajo¹¹⁸⁷. La ponderación de los factores será la misma a la hora de determinar la cuota de cada miembro del grupo. SÁNCHEZ SÁNCHEZ¹¹⁸⁸ puntualiza que no obstante se observan diferencias con el modelo de EE. UU.:

- la configuración de los factores es distinta, así el factor trabajo en la propuesta europea atiende a los salarios y al número de trabajadores, mientras que en el modelo estadounidense únicamente toma en consideración los salarios;
- los Estados miembros de la U.E. no podrán conferir distinto peso específico a los factores, como sí sucede en EE. UU., por cuanto se aprecia que ello constituiría una vía abierta a los desplazamientos de las bases imponibles a conveniencia y a la planificación fiscal agresiva.

Posteriormente, el Parlamento en 2018 añadiría un cuarto factor¹¹⁸⁹.

No obstante, se prevé que, si mediante la aplicación de la fórmula no se llega a una distribución equitativa, se podrá aplicar un método alternativo cuando previamente haya sido aprobado siguiendo el cauce previsto al efecto con intervención de las distintas AT implicadas.

La fórmula de reparto se especificaba en el artº28 de la BICCIS:

$$BI(A) = \left[\frac{1}{3} \cdot \frac{Ventas A}{Ventas grupo} + \frac{1}{3} \cdot \left(\frac{1}{2} \cdot \frac{Salarios A}{Salarios grupo} + \frac{1}{2} \cdot \frac{n^{\circ} empleados A}{n^{\circ} empleados grupo} \right) + \frac{1}{3} \cdot \frac{Activos A}{Activos del grupo} \right] \cdot BICCIS$$

¹¹⁸⁵ Por ventas se entiende conforme al artº37.2 BICCIS:

“Por «ventas» se entenderá el producto de todas las ventas de bienes y las prestaciones de servicios, una vez aplicados los eventuales descuentos y devoluciones, sin incluir el impuesto sobre el valor añadido ni otros impuestos y derechos. No se incluirán en el factor ventas los ingresos intereses, cánones o productos de la enajenación de inmovilizado objeto de exención, salvo que se trate de ingresos obtenidos en el ejercicio ordinario de la actividad comercial o empresarial. Tampoco se incluirán en el factor ventas las ventas de bienes o las prestaciones de servicios realizadas en el interior del grupo”.

¹¹⁸⁶ Artº34 BICCIS:

“El factor activos consistirá en el valor medio de todos los elementos del inmovilizado material, poseídos u objeto de arrendamiento o arrendamiento financiero por un miembro del grupo, como numerador, y el valor medio de todos los elementos del inmovilizado material, poseídos u objeto de arrendamiento o arrendamiento financiero por el grupo, como denominador”.

¹¹⁸⁷ Artº33.4 BICCIS:

“El término «salarios» incluirá todos los costes de los salarios, remuneraciones, gratificaciones y demás tipos de compensación de los trabajadores, incluidos los costes conexos en concepto de pensiones y seguridad social a cargo del empleador, así como los gastos del empleador correspondientes al coste de las personas mencionadas en el apartado 3”.

¹¹⁸⁸ SÁNCHEZ SÁNCHEZ, A. (2018)

¹¹⁸⁹ a recopilación y el uso de datos personales con fines comerciales (factor de datos) para garantizar que la BICCIS también se aplique a las actividades digitales

Como consecuencia de las críticas recibidas y la incorporación del cuarto factor (datos) en el año 2018 en las consideraciones efectuadas por el Parlamento la fórmula quedaría:

$$BI(A) = \left[\frac{1}{4} \cdot \frac{Ventas A}{Ventas grupo} + \frac{1}{4} \cdot \left(\frac{1}{2} \cdot \frac{Salarios A}{Salarios grupo} + \frac{1}{2} \cdot \frac{n^{\circ} empleados A}{n^{\circ} empleados grupo} \right) + \frac{1}{4} \cdot \frac{Activos A}{Activos del grupo} + \frac{1}{4} \cdot \left(\frac{1}{2} \cdot \frac{Datos recogidos A}{Datos recogidos grupo} + \frac{1}{2} \cdot \frac{Datos explotados A}{Datos explotados grupo} \right) \right] \cdot BICCIS$$

F.8) Aspectos criticados de la BICCIS.

SÁCNHEZ SÁNCHEZ sugiere como principales debilidades que presentaría el régimen BICCIS:

- su no aplicación a todos los grupos empresariales, sino a los de un determinado tamaño, por lo que coexistiría con el régimen ordinario de los precios de transferencia, lo que podría inducir a que las empresas se decantasen por nuevas formas de organización que les permitiese aplicar el régimen a conveniencia-
- se utilizaría la localización de los factores de la fórmula en la forma deseada para lograr desarrollar una planificación fiscal agresiva. Por ejemplo, el número de trabajadores a tener en cuenta sería el que figurase al final del año, por lo que sería suficiente con realizar despidos en los días previos para conseguir la manipulación del factor trabajo.
- La posible manipulación del perímetro subjetivo de lo que se considera incluido y excluido del grupo consolidado para lograr desplazamientos de bases imponibles, con los consiguientes problemas para las AATT de vigilar las transacciones que se llevarían a cabo de empresas con otras que formalmente no forman parte del grupo con el único propósito de desplazamientos artificiales hacia jurisdicciones de tributación más favorable.

A las anteriores debilidades se pueden añadir junto a VILLELLAS CIUDAD:

- El que organizaciones internacionales y países se han pronunciado califican a las BICCIS de mecanismo arbitrario e incapaz de representar las características particulares de las economías para las que está desarrollada.
- Se critica que para el factor “*activos*”, se deban excluir los activos intangibles y financieros, tan importantes en las economías de los países más avanzados tecnológicamente, desconsiderando las advertencias que el propio texto en su exposición de motivos cuando enfatiza que no se trata de una exclusión caprichosa sino motivada por el carácter fluctuante y el riesgo de que se eluda el sistema mediante la manipulación de tales activos.
- Igualmente se critica por parte de los países cuyas economías descansan en gran medida en las exportaciones que se tomen en consideración las ventas en destino y no en origen.

- Otro tanto sucede con el factor trabajo, defendido por los países de economías más débiles y niveles salariales más bajos y denostado por aquellos otros que lo consideran como factor manipulable y distorsionador.

F.9) El abandono de la propuesta de Directiva BICCIS: la Comunicación sobre “*La fiscalidad de las empresas para el siglo XXI*”.

El 18 de mayo de 2021 la Comisión Europea publicó la Comunicación sobre “*La fiscalidad de las empresas para el siglo XXI*”, donde en su Acción 5 se contiene la propuesta “*Empresas en Europa: Marco para el impuesto sobre sociedades*” (BEFIT) viene finalmente a sustituir a la propuesta BICCIS que supondrá en apreciación de la Comisión Europea, “*en contraste con el primer pilar, en que las normas actuales y la reasignación de los beneficios a partir de una fórmula actuarían en paralelo, con el nuevo marco para el impuesto sobre sociedades la fórmula de reparto sustituiría las normas actuales de reasignación de la base imponible dentro del mercado único para las empresas incluidas en su ámbito de aplicación*”.

CAPÍTULO IV.-

EL PRINCIPIO DE *ARM'S LENGTH* COMO FUENTE DE DERECHO. ¿ES EL PRINCIPIO DE *ARM'S LENGTH* UN PRINCIPIO GENERAL DEL DERECHO? DEL FALSO AMIGO A LA HIPÓSTASIS TRIBUTARIA¹¹⁹⁰

¹¹⁹⁰ Tomamos la terminología de los profesores parisinos J. C. MARTÍNEZ y CABALLERO GUZMÁN, N. (2015).

En el presente capítulo vamos a estudiar la naturaleza del principio de *arm's length*. Para ello vamos a analizar si se trata de un principio general del Derecho, de un estándar jurídico, de *soft law* o de una costumbre internacional.

IV.1. – El principio de *Arm's Length* como principio general del Derecho.

IV.1.1 Apreciaciones generales.

IV.1.1.1 Introducción.

La primera idea que asalta a cualquier operador jurídico que afronte el análisis conceptual del principio de *arm's length* es la interrogante de si nos encontramos ante un verdadero principio general del Derecho, por cuanto en la denominación es claro que se contiene el término principio y, *prima facie*, parece razonable considerar que ello obedece a que participa de la naturaleza de estos. Sin embargo, las denominaciones no siempre son coherentes con lo que dicen aludir, y no son pocos los casos que en el ámbito jurídico nos pueden dar muestra de ello.

Aquí, en este capítulo, vamos a tratar de desentrañar si el principio de *arm's length* es un principio general del Derecho o no lo es. Para adentrarnos en tal tarea debemos perfilar, si quiera someramente, qué son los principios generales del Derecho y cuáles son sus características más notables, para en último lugar verificar si el principio de *arm's length* supera la prueba.

En caso de que no supere el test al que lo sometemos, o de que surjan dudas suficientemente significativas, habremos de proceder a abordar si su naturaleza se aproxima de una forma más consistente a otros institutos jurídicos.

Sobre este particular, la literatura jurídica existente es muy escasa y no contiene un análisis de calado, mucho menos aún a nivel de la doctrina española. Este extremo destaca por paradójico en base a tres razones distintas:

- porque constituye una tradición en el estudio del Derecho, al investigar cualquier institución jurídica, el encarar su naturaleza;
- porque habiéndose dedicado auténticos ríos de tinta a los precios de transferencia en la literatura jurídico-económica y tributaria internacional, no se comprende muy bien que la naturaleza jurídica de su piedra angular (el principio de *arm's length*) no haya despertado suficientemente el apetito intelectual para satisfacer lo que constituye siempre uno de los pilares en la configuración de cualquier instituto jurídico y que, desde luego, en nuestra opinión el caso lo requiere;

- porque asistiendo en los momentos actuales a una crisis del principio de *arm's length* nos parece, por mérito propio, que tanto las opiniones detractoras como las que lo avalan deberían siempre partir de una configuración totalmente precisa del instituto.

En definitiva, en el presente capítulo procederemos a estudiar la esencia del principio de *arm's length*, porque la aprehensión del conocimiento de lo que una cosa es no constituye un acto único¹¹⁹¹, sino que primeramente debe procederse a contestar el qué es (aproximación a una definición, a la que hemos dedicado el primer capítulo), para después responder a la cuestión de cuál es su esencia o naturaleza¹¹⁹².

IV.1.1.2. – Confusión terminológica en la denominación principio general del Derecho y algunas precisiones.

Ya el profesor Gustavo BUENO¹¹⁹³ advertía de la conflictividad de las expresiones de genitivo, porque la expresión *timor Romae* qué quiere significar ¿Que Roma tiene temor o que se teme a Roma? Pues bien, en la terminología “*principio general del Derecho*” se encierra la ambigüedad propia del genitivo utilizado, de ahí que PÉREZ LUÑO¹¹⁹⁴ aprecie que puede aludir a que el Derecho tiene principios propios, o a que los principios actúan sobre el Derecho, e incluso a ambos supuestos. Esa ambigüedad propicia el que exista una oposición entre la denominación principio general del Derecho y su verdadero significado difícilmente encontrable en otra categoría jurídica. Se hace preciso, pues, reparar en la disparidad analizando los términos comprendidos en la denominación.

Por “*principio*” se sugiere la idea de inicio, origen, causa de algo. Sin embargo, en el lenguaje jurídico con la expresión principio del Derecho la mayor parte de las veces se alude al resultado o consecuencia de algo, pudiendo provenir:

- de actos del legislador, quien define los principios como normas tácitas inducibles mediante la generalización y abstracción a partir de las normas escritas, a la par que los determina como fuentes del Derecho;
- de actos del juez, quien los define a través de la interpretación de las normas;
- de construcciones doctrinales en el estudio del ordenamiento jurídico;
- de la costumbre como expresión de la reiteración;
- e incluso de las convicciones morales.

Debemos también advertir que hay autores que distinguen entre principios y principios generales del Derecho. Los principios generales del Derecho hacen referencia al ámbito de las fuentes del Derecho; en cambio con los meros principios se alude a principios fundadores o principios programáticos de un ordenamiento. GANSHOV VAN

¹¹⁹¹ “*Ratio humana venatur rerum essentias*”.

¹¹⁹² El estudio de la cosa desde el punto de vista de su género propio y de su especie que señalaban los escolásticos.

¹¹⁹³ ALONSO DE LOS RÍOS, C. (1995).

¹¹⁹⁴ PÉREZ LUÑO, A.E. (1997).

DER MEERSH¹¹⁹⁵ afirma que “*mientras el principio general del Derecho es inseparable del carácter de generalidad de la norma, el principio es inseparable del carácter fundamental de la norma que expresa*”.

DE CASTRO¹¹⁹⁶ fue más lejos y propugnó que los principios generales del Derecho han de ser tenidos en cuenta “*antes, en y después de la ley y de la costumbre*”, porque no actúan en defecto, ni la enumeración contenida en el entonces artº6 CC (hoy artº 1.6) tiene carácter jerárquico, sino meramente enunciativo, por cuanto los principios generales del Derecho no pueden estar sometidos a un orden escalonado al ser “*los inspiradores de todo el ordenamiento jurídico*”.

El término “*general*” se define por la RAE como el adjetivo que califica de común a todos o muchos, dando una idea de universalidad o absoluto. No obstante, como vienen siendo entendidos, los principios generales del Derecho no se restringen a los principios universales y absolutos, o de lo contrario solamente tendrían la consideración de tales los grandes principios del Derecho natural.

Por último “*del Derecho*” hace referencia al ámbito sobre el que actúan, no del que proceden. No todos los principios generales del Derecho gozan del carácter de “*juridicidad*”, pues como perfila RODRÍGUEZ BOENTE¹¹⁹⁷ dentro de la categoría de principios generales del Derecho se incluyen tanto los principios intra–sistemáticos (deducidos o inducidos del ordenamiento jurídico) como los principios extra–sistemáticos que no proceden del ordenamiento jurídico.

IV.1.1.3. –Origen de la importancia de los principios generales del Derecho.

Nos enseña PERELMAN¹¹⁹⁸ que en la evolución de los principios generales del Derecho hay que considerar un punto de inflexión marcado por el fin de la Segunda Guerra Mundial. Con anterioridad a la misma se seguía el modelo iuspositivista, dogmático y legalista forjado durante el s. XIX a instancia de la escuela exegetica, histórica y de IHERING, que sería completada en el s. XX por KELSEN. El núcleo de dicho pensamiento radicaba, como aprecia TIMM HIDALGO¹¹⁹⁹, en el ensalzamiento extremo de la ley emanada por el legislador como única autoridad legítima. La ley tiene un valor en sí misma y solo en virtud de ella se podrían limitar los derechos y las libertades, que son para todos, gracias a su generalidad y abstracción. El Derecho positivo lo es todo y todo el Derecho está constituido por la ley. Tras la Segunda Guerra Mundial y como lógica reacción al uso del positivismo realizado por el Tercer Reich cobró fuerza una nueva corriente jurídica de pensamiento que acarrearía la crisis del iuspositivismo y que quedaría puesta de relieve en el proceso de Nuremberg al

¹¹⁹⁵ GANSHOV VAN DER MEERSH, W. (1975).

¹¹⁹⁶ DE CASTRO Y BRAVO, F. (1949).

¹¹⁹⁷ RODRÍGUEZ BOENTE, S.E. (2008).

¹¹⁹⁸ PERELMAN, C. (1979).

¹¹⁹⁹ TIMM HIDALGO, A. K. (2014).

enjuiciarse las conductas de los jueces alemanes que aplicaron las leyes del Estado nazi. Como diría SPAEMANN¹²⁰⁰ el Derecho entendido en sentido iuspositivista estricto quedó demostrado que quedaba relegado a meros "*edictos de tolerancia revocables*".

Una de las características de este nuevo modo de entender el Derecho era el acudir constantemente a los principios generales del Derecho. En los años 50 esta tendencia vino representada por los posicionamientos de ESSER y VIEHBEG.

IV.1.1.4. –El protagonismo de los principios generales del Derecho.

Estricto sensu la reacción frente al positivismo jurídico se inició con el surgimiento del pensamiento antiformalista a finales del s. XIX y principios del s. XX, que tuvo como principales manifestaciones:

- la Escuela Científica francesa, donde destacaron autores como PLANIOL, THALLER o GÉNY su más ferviente emprendedor. Los citados autores no llegaron a caracterizar los principios generales del Derecho como fuente del Derecho, aunque sí añadieron la costumbre y la tradición (manifestada en la jurisprudencia y la doctrina) entre las mismas. Ante las lagunas de la ley, se hace preciso acudir al método de la libre investigación. La ley es la primera fuente del Derecho, pero resulta en muchas ocasiones insuficiente, entonces el juez y el intérprete doctrinal habrán de aplicar la investigación libre. Libre porque se sustrae de la fuente formal emanada por la autoridad. Investigación porque no puede encontrar bases sólidas más que en los elementos objetivos que solo la ciencia puede revelar. Escibía GÉNY¹²⁰¹ que "*al indicar como primera y necesaria dirección de la libre indagación del jurisconsulto, intérprete del Derecho positivo, los principios revelados a la conciencia y presentes como de intuición a la razón humana, no ignoro que me expongo al reproche de resucitar una doctrina anticuada y casi perdida en el olvido: la doctrina del Derecho Natural.*" Se trata de principios de razón y justicia de los que debe socorrerse el juez y la doctrina ante la imposibilidad de adecuar la ley a la gran variedad de situaciones que se presentan;
- la Escuela del Movimiento del Derecho Libre alemana entre cuyos máximos representantes cabe destacar a EHRlich y KANTOROWICZ. Para esta escuela el Derecho es algo libre y vivo, existiendo junto al Derecho procedente del Estado un Derecho de producción social. Las leyes solo suponen la formalización del Derecho, no su creación.
- la Escuela del Realismo Jurídico estadounidense, entre cuyos autores más representativos se situó POUND y su "*doctrina de los precedentes*", según la cual los casos debían ser resueltos de acuerdo con los principios aprehendidos del análisis de la experiencia judicial precedente y no mediante las reglas establecidas arbitrariamente por el poder legislativo.

¹²⁰⁰ SPAEMANN, R (1989).

¹²⁰¹ GÉNY, F. (1861/1959).

Aún habrían de pasar unos años para que los principios jurídicos cobraran un auténtico protagonismo en el panorama jurídico, como se manifestó a través de dos arduas polémicas doctrinales. Por un lado, la ocurrida en los años 70 y 80 en el ámbito norteamericano protagonizada por los profesores de la Universidad de Harvard HART (cuyo pensamiento quedó expuesto fundamentalmente en su obra *“The Concept of Law”*) y DWORKIN, quien pondría enorme empeño en las más severas críticas contra quien fuera su antecesor en la cátedra. En lo que aquí nos concierne, la importancia del enfrentamiento dialéctico se centró en la apreciación de si el Derecho se definía como un mero sistema de normas (*“system of rules”*) o si incluía preferentemente principios (*“principles”*). Por otro lado, ya con anterioridad, en los años 50 y en el ámbito continental, mutatis mutandis, se había producido otro enfrentamiento dialéctico similar entre KELSEN y ESSER.

Para HART, en una concepción iuspositivista, el ordenamiento jurídico se encuentra integrado por normas, primarias y secundarias, olvidándose de los principios. Las normas primarias son las que indican lo que se debe o no se debe hacer. Las reglas secundarias son las relativas a los mecanismos a través de los cuales son creadas, reconocidas, modificadas, y dejan de tener vigencia las normas primarias. En su contra, DWORKIN observa que los operadores jurídicos en la resolución de los casos, especialmente en los difíciles, acuden a estándares que no son reglas, sino principios, directrices y otro tipo de estándares¹²⁰². Para DWORKIN los principios son un *“estándar que debe ser observado no porque avance o asegure una situación económica, política o social considerada deseable, sino porque es un requisito de justicia o equidad o alguna otra dimensión de la moralidad”*¹²⁰³. Por directrices (*policies*) DWORKIN entiende el *“estándar que establece una meta a alcanzar, generalmente una mejora en alguna característica económica, política o social de la comunidad”*¹²⁰⁴.

En Europa, KELSEN¹²⁰⁵, aludiendo a ESSER, escribía que los *“principios no tienen el carácter de normas jurídicas. Si no se separa claramente el concepto de norma jurídica y el concepto de principio jurídico, entonces se borra el límite entre el Derecho positivo, por un lado, y, por el otro, la moral, la política y las costumbres, lo cual sólo puede ser deseable para tales representantes de la ciencia del Derecho, que creen que su tarea consiste no tanto en conocer el Derecho positivo y describirlo objetivamente, sino más bien en justificar o cuestionar su validez desde el punto de vista de la moral y la política”*.

¹²⁰² *“around the fact that when lawyers reason or dispute about legal rights and obligations, particularly in those hard cases when our problems with these concepts seem most acute, they make use of standards that do not function as rules, but operate differently as principles, policies, and other sorts of standards”*, DWORKIN, R. (1977).

¹²⁰³ *“a standard that is to be observed, not because it will advance or secure an economic, political, or social situation deemed desirable, but because it is a requirement of justice or fairness or some other dimension of morality”*.

¹²⁰⁴ *“that kind of standard that sets out a goal to be reached, generally an improvement in some economic, political, or social feature of the community”*.

¹²⁰⁵ KELSEN, H. (1994).

La ciencia jurídica se adentró así, como apunta PRIETO SANCHIS¹²⁰⁶, en una nueva edad de oro de los principios jurídicos.

IV.1.1.5. –El concepto de principio general del Derecho.

Sin pretender adentrarnos en un ámbito propio de otras disciplinas jurídicas, sí queremos dejar apuntadas algunas de las opiniones más relevantes sobre la materia que nos servirán para el propósito que aquí tenemos.

Determinar qué debe entenderse por principio general del Derecho es una de las cuestiones más controvertidas en la literatura jurídica (GARCÍA MAYNEZ¹²⁰⁷)

Prima facie debemos advertir sobre la reduplicada idea de abstracción implícita en el concepto de principio general del Derecho, como subraya JIMÉNEZ CANO¹²⁰⁸. Por una parte, aparece el término principio que ya contiene una extensa dosis de abstracción de por sí. Pero, además, se le califica de general, y solo lo abstracto puede ser general, vigorizando su significación de universalidad.

De otra parte, debe observarse que se utilizan terminologías que no difieren en su significado, aunque sí en su forma. Con ello queremos indicar que principios generales del Derecho y principios jurídicos son expresiones sinónimas, porque el calificativo “*general*” solamente procede a redundar en la misma idea que “*principio*”, y lo mismo acontece con “*jurídico*” y “*del Derecho*”.

Resulta clásica la cita de DEL VECCHIO¹²⁰⁹ y su alusión a los principios generales del Derecho como “*los principios supremos del Derecho in genere, o sea, a aquellos elementos lógicos y éticos del Derecho que, por ser racionales y humanos, son virtualmente comunes a todos los pueblos*”.

Para DWORKIN los principios generales del Derecho son “*exigencias de justicia, equidad u otra dimensión de la moralidad*”¹²¹⁰.

ESSER¹²¹¹ los conceptúa indicando que los principios generales del Derecho se refieren a “*ese ius exterior a la ley*”, y a los que los juristas deben recurrir en orden a cumplir su función resolutoria del caso, tales como “*la naturalis ratio, la naturaleza de la cosa, la aequitas y la llamada lógica jurídica*”.

ALEXY distingue dos tipos de normas, reglas y principios. Los principios son normas que ordenan que sea realizada alguna cosa en la medida de lo posible. Son *mandatos de optimización*, esto es, los principios son normas que ordenan que sea realizada alguna cosa en la medida de lo posible y que pueden ser satisfechas en mayor o menor grado. Los mandatos de optimización admiten diversos grados de cumplimiento, ya que la

¹²⁰⁶ PRIETO SANCHÍS, L. (1992).

¹²⁰⁷ GARCÍA MAYNEZ, E. (1980).

¹²⁰⁸ JIMÉNEZ CANO, R-M. (1999).

¹²⁰⁹ DEL VECCHIO, G. (1933).

¹²¹⁰ DWORKIN, R. (1977).

¹²¹¹ ESSER, J. (1961).

medida cuyo cumplimiento ordena no depende exclusivamente de las posibilidades fácticas sino también de las posibilidades jurídicas. En cambio, las reglas son normas que solamente pueden ser satisfechas o no satisfechas. Las reglas son normas de cumplimiento pleno, solamente dan opción de ser cumplidas o incumplidas.¹²¹²

En la doctrina española tampoco faltan definiciones como las que nos ofrece DE CASTRO¹²¹³, para quien los principios generales del Derecho son “*las ideas fundamentales e informadoras de la organización jurídica de la Nación*”. O por citar alguna otra de fecha más reciente, ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS¹²¹⁴ identifican los principios generales del Derecho con “*las ideas fundamentales sobre la organización jurídica de una comunidad, emanadas de la conciencia social, que cumplen funciones fundamentadora, interpretativa y supletoria respecto de su total ordenamiento jurídico*”.

IV.1.1.6. – ¿Los principios generales del Derecho están relacionados con las fuentes del Derecho o con la integración del ordenamiento jurídico?

Dicho cuanto antecede, la doctrina se plantea la cuestión sobre si los principios jurídicos son fuentes del Derecho o simplemente instrumentos provistos para la integración del ordenamiento mediante un mecanismo interpretativo.

CLAVERO ARÉVALO¹²¹⁵ apuntaba que el concepto de principios generales del Derecho surge más en relación con el problema de las lagunas de la ley que con el de las fuentes del Derecho. Sin embargo, la cuestión de la integración de las lagunas de la ley está íntimamente ligado con el de las fuentes del Derecho. Las contradicciones que de ello se descabalgan son numerosas: todos los medios con los que cuenta el juez para resolver el caso concreto ¿son fuentes del Derecho? El ser fuente del Derecho ¿supone ser norma? Entonces ¿los principios generales del Derecho son normas? ¿Todos los principios generales del Derecho se encuentran positivizados en virtud de lo dispuesto por el artº 1, apartados 4 y 6, del CC?

BOBBIO considera que los principios son junto con la analogía los dos mecanismos de autointegración de que dispone el ordenamiento jurídico. Pero son normas, precisamente las normas más fundamentales del ordenamiento.

DIEZ PICAZO¹²¹⁶, parafraseando a DE CASTRO, entiende que la posición de los principios generales del Derecho era especial, al menos antes de la modificación operada en el Título Preliminar del CC en 1974, porque la enumeración que se realizaba no era jerárquica, sino meramente enumerativa. Sin embargo, después de 1974 el

¹²¹² ALEXY, R. (1988).

¹²¹³ DE CASTRO Y BRAVO, F. (1949).

¹²¹⁴ ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, J. (1990).

¹²¹⁵ CLAVERO ARÉVALO, M. (1952).

¹²¹⁶ DÍEZ PICAZO, L. (1983).

significado de los principios generales pasó a ser doble: de carácter inspirador de todo el ordenamiento jurídico y de carácter supletorio en defecto de la ley y la costumbre.

IV.1.1.7. –Diferencias entre principios jurídicos y normas.

El sector mayoritario doctrinal niega a los principios el carácter de normas jurídicas. En este sentido ESSER¹²¹⁷ señalaba que los principios generales del Derecho no son normas en sentido técnico, en tanto no contengan una indicación vinculante de carácter inmediato. LARENZ¹²¹⁸ precisa que los principios son ideas directivas que todavía no son normas, pero que pueden llegar a serlo y ganar fuerza vinculante con carácter directamente aplicable.

Las diferencias pueden ser enfrentadas, conforme predica RUIZ RUIZ¹²¹⁹, desde dos ópticas distintas: la estructura y las funciones. La estructura analiza el binomio condición (problema o supuesto de hecho) /solución. Cuanto más se acerque un principio a esa estructura más se asemejará a una norma, y viceversa. La función atiende a que se trate de pautas dirigidas a los órganos judiciales para resolver casos y la vinculación que exista para resolver. Cuanta más vinculación suponga, más próximo a una norma estará.

Resulta común en la doctrina el proceder a exponer en este particular la exposición sintética efectuada por KEARNS¹²²⁰ sobre las ideas de DWORKIN al respecto:

¹²¹⁷ ESSER, J. (1961).

¹²¹⁸ LARENZ, K. (1994).

¹²¹⁹ RUIZ RUIZ, R. (2012).

¹²²⁰ KEARNS, T. R. (1973).

R1: Una norma con excepciones no es una regla o es una regla formulada de manera incompleta cuyas "excepciones" pueden (en principio) incorporarse a una declaración más completa de la regla./P1 A los principios no se les puede argumentar contraejemplos rigurosamente

R2 Cada vez que se aplica una regla, entonces da lugar a una decisión particular o resultado concreto /P2 al aplicar los principios siempre se da lugar al mismo resultado

R3 Si dos reglas entran en conflicto, una de ellas no es una regla válida/
P3 si dos principios entran en conflicto, no significa que uno sea inválido

R4 Aunque algunas reglas son funcionalmente más importantes que otras, no tienen una dimensión de peso que resuelva conflictos./P4 los principios sí tienen un peso más que otros y si entran en conflicto prepondera el de mayor peso

R5 las reglas son el resultado de un acto deliberado de creación jurídica/P5 no derivan de un acto particular de un tribunal u órgano legislativo, sino en un sentido de convivencia u oportunidad, que tanto en el foro como en la sociedad se desarrolla con el tiempo

ALEXY¹²²¹ plantea como rasgos caracterizadores de la diferenciación los siguientes:

a) los principios son mandatos de optimización y, por ende, admiten diferentes grados de cumplimiento. Las normas son mandatos definitivos que no admiten grados de cumplimiento. En consecuencia, la diferencia es cualitativa y no cuantitativa;

b) cuando dos normas entran en colisión solo cabe como solución: que se disponga una excepción o que una de las dos normas deje de tener efecto. Cuando dos principios entran en colisión, se aplicará uno por considerarlo que tiene más peso, pero no significa que el principio que no se aplique deje de tener validez por disponerlo una excepción o por declararse inválido;

c) los principios tienen un alto grado de abstracción, mientras que las normas tienen un grado de abstracción relativamente bajo.

JIMÉNEZ CANO¹²²² apunta las diferencias que a continuación se citan:

a) Estructurales

- ✓ los principios tienen una estructura más compleja que las normas;
- ✓ los principios no presuponen un elemento jurídico previo, las normas sí presuponen un elemento jurídico previo;
- ✓ los principios son independientes unos de otros, las normas no son independientes;

¹²²¹ ALEXY, R. (1988).

¹²²² JIMÉNEZ CANO, R. M. (1999).

- ✓ los principios no determinan cuál es la actuación jurídica correcta, las normas sí.

II. Funcionales:

- ✓ los principios son la existencia de lo justo; las normas son la medida de lo justo;
- ✓ las normas son mandatos o imperativos, los principios contienen un deber de hacer algo;
- ✓ las normas son instrumentales, los principios no;

III. Genéticas:

- ✓ las normas proceden de la organización estatal o social; los principios proceden de la propia naturaleza del Derecho;
- ✓ las normas necesitan de una autoridad reconocida que las dote de contenido; los principios son dotados de contenido por las propias relaciones sociales en las que surge el Derecho;

d) aplicativas:

- ✓ las normas solo admiten una aplicación total o su no aplicación; los principios admiten una aplicación parcial;

e) tuitivas:

- ✓ las normas vienen a garantizar situaciones económicas, políticas o sociales, mientras los principios vienen a proteger que impere la justicia;

g) diferencia de validez:

- ✓ el conflicto de colisión de las normas tiene que resolverse dejando de tener validez una de las dos; los principios no pierden validez en caso de colisión;

h) diferencia justificativa:

- ✓ las normas necesitan una justificación; los principios no;

i) exegética:

- ✓ los principios realizan una función interpretativa, pero las normas no.

Ahora bien, no todos los autores muestran acuerdo en esa diferenciación. Así estudiosos tan relevantes como BOBBIO¹²²³ subrayan que los principios jurídicos presentan el carácter de las normas jurídicas. GARCÍA MAYNEZ¹²²⁴ matiza dicha apreciación estimando que la naturaleza normativa se puede predicar de los principios, pero únicamente de aquellos que desempeñan funciones hermenéuticas e integradora. Para este autor los principios generales del Derecho ocupan un lugar en el ordenamiento junto a la analogía y la equidad en los procesos de integración. Ante la inexistencia de

¹²²³ BOBBIO, N. (1991).

¹²²⁴ GARCÍA MAYNEZ, E. (1980).

norma aplicable los jueces realizarán una auténtica función creadora de norma colocándose en situación equivalente a la de un parlamento nacional. El ordenamiento jurídico no se agota en una serie de normas de general observancia. La aplicación de la equidad en los supuestos de lagunas en el Derecho legislado permite conciliar la justicia con la seguridad jurídica, permitiendo alcanzar la coherencia y la unidad armónica del sistema jurídico.

IV.1.1.8. –Características de los principios generales del Derecho.

Siguiendo a PRIETO SANCHÍS¹²²⁵ pueden destacarse:

- a) la fundamentalidad de los principios jurídicos, rasgo en el que coincide con BOBBIO, aunque no se trata de un criterio diferenciador definitivo de las normas puesto que no todos son igual de fundamentales y, además, porque existen normas que también son fundamentales;
- b) por su función los principios se caracterizan por la circunstancia de que generalmente no son normas secundarias, aunque existen principios que sí lo son, por lo que tampoco esta característica sirve de diferenciación definitiva;
- c) por su estructura morfológica, ya que los principios suelen estar dotados de gran generalidad, aunque tampoco ello es un rasgo exclusivo de los principios;
- d) por su comportamiento relacional, en cuanto permite categorizar a una norma como principio cuando exista una norma o grupo de normas respecto de las que se presenta como fundamental.

IV.1.1.9. – Influencia de los principios jurídicos en las fuentes del Derecho.

La preponderancia de los principios jurídicos ha acarreado la crisis del sistema tradicional de las fuentes del Derecho, compuesto por la ley, la costumbre y la jurisprudencia. La cuestión surge desde el momento en que los principios del Derecho son concebidos como una realidad jurídica preexistente a la norma e informadora de todo el ordenamiento. La doctrina se escinde al respecto, puesto que mientras un sector estima que los principios tienen naturaleza extrajurídica, constituyendo ideas informadoras de todo el sistema legal, otro sector admite su naturaleza jurídica puesto que dentro de la categoría de la juridicidad se encuentra no solamente la ley estatal sino también el Derecho natural. Escribe BETTI¹²²⁶ que *"los principios generales del Derecho hay que concebirlos no ya como resultado, recabado a posteriori, de un árido procedimiento de sucesivas abstracciones y generalizaciones, sino como sumas de valoraciones normativas, principios y criterios de valoración que, constituyendo el fundamento del orden jurídico, tienen una función genética respecto a las normas"*

¹²²⁵ PRIETO SANCHÍS, L. (1992).

¹²²⁶ BETTI, E. (1975).

singulares ... La jurisprudencia así entendida es competente para identificar y elaborar aquellos principios generales de Derecho que, ofreciendo directrices y criterios de valoración, no se agotan en simples normas particulares ...".

Desde esta óptica resulta muy discutible el carácter supletorio e integrador de los principios generales del Derecho. Esta fue la visión que expuso el profesor DE CASTRO¹²²⁷ y que hemos parafraseado arriba. Es lo que VIGO¹²²⁸ nos explica al afirmar que, si los principios son aquella juridicidad radical y preexistente, y por ende informadora –positiva o negativamente– de todo el sistema jurídico, resulta muy difícil sostener una aplicación supletoria de los mismos. Cosa distinta sucede en el sistema anglosajón, en el que la jurisprudencia resulta ser la fuente principal del Derecho y en el que los principios generales del Derecho despliegan funciones creativas, interpretativa, e integradora de manera inmediata, conjunta y palpable (LONDOÑO¹²²⁹). ARCE y FLÓREZ VALDÉS¹²³⁰ lo expresa aludiendo a una función fundamentadora por la que los principios serían *superfuente* o *fuentes de las fuentes*, junto a una función de criterio interpretador de la ley y de la costumbre.

Consecuencia de todo ello es que la doctrina acude a salvar las dificultades planteadas por la controversia sobre las funciones que puedan desempeñar los principios generales del Derecho mediante la distinción de diversa tipología. De esta manera DEL VECCHIO¹²³¹ aprecia que junto a los principios generales del Derecho positivo existen otros pertenecientes a la razón jurídica natural y que constituyen un medio supremo de integración en caso de laguna legal. PÉREZ LUÑO¹²³², de forma muy cercana a como lo hace BOBBIO, distingue entre: i) principios como metanormas o reglas orientadoras para el conocimiento, interpretación y aplicación de las restantes normas, ii) en sentido ontológico o principios como fuentes normativas (se aplicarán en defecto de ley o costumbre), y iii) en sentido axiológico, o axiomas éticos que deben inspirar todo el ordenamiento.

IV.1.2. –Principios generales del Derecho en el Derecho Internacional tributario.

Hablar de principios generales del Derecho en el seno del Derecho Tributario supone movernos dentro de cauces muy limitados porque el Derecho Tributario se encuentra presidido por el principio de reserva de ley. De ahí que se diga que la aplicación de estos es nula o muy reducida (LARA BERRIOS¹²³³). Tal aserto, que en términos generales pareciera que no presenta objeciones, merece diversas matizaciones tan pronto descendemos en profundidad a su análisis. Al menos se nos ocurren dos sin

¹²²⁷ DE CASTRO y BRAVO, F. (1949).

¹²²⁸ VIGO, L. R. (2018).

¹²²⁹ LONDOÑO SEPÚLVEDA, N. R. (2007).

¹²³⁰ ARCE y FLÓREZ VALDÉS, J. (1990).

¹²³¹ DEL VECCHIO, G. (2017).

¹²³² PÉREZ LUÑO, A. E. (1997).

¹²³³ LARA BERRIOS, B. (2009).

necesidad de grandes disquisiciones. Por una parte, nos encontramos con la existencia de los que se conocen como principios tributarios constitucionales contemplados fundamentalmente en el artº 31, apartados 1 (generalidad, capacidad económica, justicia, progresividad y no confiscatoriedad) y 3 (principio de reserva de ley) de la Constitución y que vienen a desdecir la negación de los principios tributarios. Aunque rápidamente hay que percatarse que no se trata de genuinos principios generales del Derecho desde el momento en que aparecen expresamente recogidos en la norma suprema del ordenamiento y los principios generales del Derecho suelen caracterizarse genéticamente por no tener reconocimiento expreso en una norma¹²³⁴; si bien y por otra parte sí gozan del rasgo de la generalidad o abstracción tan característicos de los principios generales del Derecho y que les permite adecuarse a multiplicidad de situaciones permitiendo la aplicación del Derecho de una forma razonable. Además, ello representa la ventaja de que al aparecer recogidos en una norma queda superado el inconveniente que supone la reserva de ley en materia tributaria. Por otra parte, hay que distinguir entre sus límites en el Derecho doméstico tributario y el juego y función que puedan tener en el plano internacional en materia tributaria. LÓPEZ ESPADAFOR¹²³⁵ considera que en materia tributaria deben identificarse dos categorías distintas, el Derecho Internacional tributario y el Derecho Internacional General. El primero estaría compuesto por el Derecho Internacional Convencional, cuyo contenido viene dado por los tratados y convenios que directa o indirectamente afectan a la materia tributaria (convenios de doble imposición fundamentalmente), y por el Derecho de la Unión Europea en materia fiscal, donde se engloban tanto el Derecho originario como el Derecho derivado. A su vez LÓPEZ ESPADAFOR, siguiendo a UDINA, CARLI, FERREIRO LAPATZA y SAIZ DE BUJANDA, contrapone el Derecho Internacional Tributario (normas de origen internacional que afectan directa o indirectamente a la materia tributaria) al Derecho Tributario Internacional (normas de origen interno sobre materia tributaria)¹²³⁶. Por su parte el Derecho Internacional General se presentaría conformado por las costumbres y por los principios generales del Derecho, recibiendo dicha denominación por tratarse de normas aplicables a cualquier Estado con independencia de haber prestado su consentimiento o no, como normas consolidadas en el devenir y formación de la Comunidad Internacional. Pues bien, la incidencia de los principios generales del Derecho (al igual que la costumbre) en el Derecho Internacional Tributario “*es bastante reducida, si la comparamos con la amplitud, proliferación y desarrollo de otro tipo de fuentes del Derecho Internacional*”.

No obstante, hay que aclarar que estamos afrontando el estudio del principio de *arm's length* operativo en las operaciones transnacionales entre empresas asociadas, lo que

¹²³⁴ Ello desde luego no sucede siempre, v. gr. piénsese en la buena fe recogida en el artº7.1 CC y aludida continuamente (artº 16.2, artº 18, artº25.2, artº53, artº61, artº 79, etc.) o en la doctrina de los actos propios basada en el art 7.2 CC.

¹²³⁵ LÓPEZ ESPADAFOR, C. M. (2013 b).

¹²³⁶ Hay partidarios de otras acepciones y uso de denominaciones distintas. VOGEL se inclina por entender como Derecho Tributario Internacional aquel que abarca la totalidad de prescripciones jurídicas sobre tributación relativa a hechos que superan los territorios nacionales, mientras que el Derecho Internacional Tributario es el relativo a las normas tributarias entre los sujetos del ordenamiento Internacional.

equivale a decir que nos encontramos en una dimensión internacional de las relaciones. Es más, la internacionalidad del principio de *arm's length*, conforme tenemos visto en reiteradas ocasiones en este trabajo, se asienta en instrumentos normativos o cuasinormativos internacionales: MCDI de la OCDE o las Directrices sobre Precios de Transferencia de la OCDE. Por otra parte, los ordenamientos nacionales que tienen acogido el principio de *arm's length* en su normativa interna lo han hecho como consecuencia de sus compromisos y obligaciones derivados de los tratados y convenciones de los que son parte. Ello denota que el Derecho Internacional Tributario y el Derecho Tributario Internacional no son compartimentos estancos e impermeables, antes bien, como denota LÓPEZ ESPADAFOR las normas de los tratados y convenciones internacionales se convierten en Derecho interno, tal cual expresa el artº96.1 de la CE¹²³⁷, aunque el autor diferencia nítidamente dicho fenómeno del de las normas integradoras del Derecho Internacional General de las que predica “*no se integran en el Derecho interno en el modo en que lo hacen las normas de los tratados internacionales, presentándose aquéllas solamente como un condicionante del Derecho nacional*”.

Además de todo ello, COLLADO YURRITA y PATÓN GARCÍA¹²³⁸ reparan en la existencia de un fenómeno de retroalimentación en cuanto que el TJUE ha ido forjando un cuerpo de principios generales del Derecho a partir de los principios generales de los Estados miembros en las lagunas que presenta el Derecho de la U.E. en sus relaciones públicas y con los administrados, sobre todo ello se aprecia respecto de los principios constitucionales, para una vez incorporados al acervo jurídico de la U.E. ser aplicados y con eficacia tanto para el TJUE como para los Tribunales nacionales.

IV.1.3. –Los principios generales del Derecho y el principio de *arm's length*.

Expuestas las precisiones anteriores nos encontramos en condiciones de categorizar el principio de *arm's length*. Para ello vamos a adoptar distintos puntos de consideración con los que poder abarcar las múltiples aristas que presenta el tema.

Desde la óptica puramente conceptual consideramos que, en gran parte, a la conclusión a la que se llegue va a depender de cómo se haya conceptuado el principio de *arm's length*. Con ello queremos referirnos a que:

- si el principio de *arm's length* es considerado como una norma o estándar que determina cómo debe de actuarse en las operaciones transnacionales, no se aleja mucho de lo que hemos dicho que son principios generales del Derecho;
- ahora bien, si en lugar de partir de la conceptualización expuesta nos fijamos en que se configura únicamente como una serie de pautas sobre cómo deben de

¹²³⁷ “*los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno*”.

¹²³⁸ COLLADO YURRITA, M. A. y PATÓN GARCÍA, G. (2007).

actuar las partes asociadas a la hora de fijar los precios de las transacciones transnacionales que realicen y, se trata, por tanto, de un mecanismo o forma de determinar el valor de bienes o servicios, no podrá considerarse como un principio jurídico.

Desde el punto de vista de las características que presenta el *arm's length* hay que dejar constancia de las siguientes apreciaciones:

a) En primer lugar, el principio de *arm's length* se encuentra dotado de abstracción, porque no contiene un mandato de cuál sea el valor que deba tenerse presente en todo caso o en una generalidad de casos que comporte una serie de rasgos comunes. Antes bien, el principio de *arm's length* aparece configurado por unas pautas a seguir para llegar a determinar cuál sea el valor o precio de mercado. Dichas pautas son lo suficientemente vagas como para que puedan resultar aplicables en todo caso. Consecuentemente, se encuentra dotado de la característica de la abstracción y de la universalidad propios de los principios jurídicos. En este sentido LOBO TORRES¹²³⁹ esgrime que el principio de *arm's length* en tanto que cláusula abierta e indeterminada comparte la naturaleza de los principios jurídicos. La generalidad se refleja en que los métodos y las normas por las que se rigen los precios de transferencia deben ajustarse a la declaración que encierra el *arm's length*. La abstracción se concreta en la necesidad de comparación entre los precios fijados por las empresas asociadas y el valor de mercado. El rasgo de cláusula abierta queda de manifiesto en cuanto que el *arm's length* busca la determinación del precio que sea justo.

b) En segundo lugar, consideramos que el principio de *arm's length* tiene una fundamentalidad limitada, porque no impregna cualquier instituto jurídico tributario de su filosofía o esencia, sino exclusivamente opera en un ámbito restringido: el de las operaciones transnacionales entre entidades asociadas o vinculadas. No obstante, en su ámbito de operatividad sí desarrolla una función fundamentadora que preside, o debe presidir, tanto la valoración de las conductas como la determinación de las pautas que se consideran ajustadas a Derecho.

c) En tercer lugar, ninguna duda presenta el que el principio de *arm's length* tiene carácter primario y no secundario, apareciendo erigido en el eje central sobre el que pivota el régimen de los precios de transferencia.

d) En cuarto lugar, podemos afirmar sin ambages que el principio de *arm's length* tiene un comportamiento relacional.

Quiere ello decir, que excepto el cumplimiento de la característica de la fundamentalidad, que solamente sería cumplida con reservas, el principio de *arm's length* soportaría el encuadre dentro de los principios generales del Derecho. Empero, dichas características no son definitorias de que nos encontremos ante un principio y no ante una norma jurídica. Habremos de proceder a realizar otro análisis verificativo

¹²³⁹ LOBO TORRES, R. (2006).

posterior: ¿qué rasgos de los que hemos expuesto como diferenciadores entre normas y principios cumple/incumple el principio de *arm's length*?

a) Desde el punto de vista de la creación, el principio de *arm's length* conforme tenemos analizado en el presente trabajo, fue producto de una elección de un grupo de expertos ante la disyuntiva entre el enfoque de entidad separada o el enfoque unitario, no de la espontaneidad o del comportamiento social a través de los tiempos. Por tanto, de acorde con esta consideración no estaríamos ante un principio jurídico.

b) El principio de *arm's length* no se configura como mandato imperativo, sino como un deber ser. Al principio de *arm's length* le falta fuerza coercitiva mientras que no sea implementado por los ordenamientos domésticos o regionales, ya sea vía tratados o legislación nacional o regional (caso de la Unión Europea.) En consecuencia, bajo este prisma no puede concedérsele la condición de norma.

c) El principio de *arm's length* no aparece como criterio aplicable supletoriamente de la ley, sino que es el criterio por excelencia que prima y rige en todo el entramado de los precios de transferencia.

d) El principio de *arm's length* no presenta la estructura propia de una norma (supuesto/solución) y que conduzca a una solución única en todo caso. Tan críticamente se muestra este aspecto que dependiendo de qué parte de la transacción se analice se pueden llegar a resultados distintos, e incluso dependiendo de la Administración Tributaria que actúe se pueden generar problemas de doble imposición y hasta de doble no-imposición. Por consiguiente, la doble imposición es uno de los paradigmas que sirven de muestra para observar que el *arm's length* carece categóricamente de la naturaleza de norma, porque no puede considerarse norma lo que puede arrojar resultados diferenciados dependiendo entre otros factores de la autoridad que lo aplique. Otra manifestación adicional de la falta de univocidad de resultado es la admisibilidad del rango dentro del análisis de comparabilidad, denotando que el principio de *arm's length* reviste comportamientos y características que lo alejan de su conceptualización genuina como norma jurídica.

e) El principio de *arm's length* no admite conflicto con otros principios. Ciertamente, como analizamos en otros lugares de este trabajo, el principio de *arm's length* ha sido configurado como el único enfoque válido para resolver el problema del precio adecuado en las operaciones transnacionales entre empresas asociadas o vinculadas. Baste citar el rechazo en el Informe sobre Precios de Transferencia y Empresas Multinacionales de 1979 a los métodos que no sean acordes con el *arm's length*.

No faltan partidarios de la exclusión del *arm's length* de entre los principios por faltarle el rasgo de juridicidad, estimando que pertenece al ámbito económico

(CHAPINOTI¹²⁴⁰), u otros que entienden que le falta la debida carga axiológica para ser considerados principios y más bien encajarían en la categoría de normas en sentido estricto (BARRETO¹²⁴¹), o en el mejor de las hipótesis se trataría de un principio jurídico imperfecto y sustituible.

A todo lo anterior hay que adicionar que el principio de *arm's length* aparece incorporado al MCDI de la OCDE, de la ONU y a los textos de las Directrices de los Precios de Transferencias. El carácter de norma de los mismos será estudiado a continuación, mas en términos generales significa que reviste una codificación o expresión formal que no es rasgo propio con el que quepa distinguir a los principios generales del Derecho. Si bien, y como arriba hemos apuntado, tampoco este extremo es determinante y excluyente.

A la vista de lo expuesto, podemos concluir que el principio de *arm's length* contiene rasgos y características que lo diferencian de lo que la doctrina tradicionalmente viene entendiendo por principios generales del Derecho y las normas estricto sensu, por lo que habremos de explorar la posibilidad de categorizarlo (o no) en un *tertium genus*.

IV.2. –Estándar Jurídico

En este apartado nos vamos a ocupar de las siguientes cuestiones:

- El concepto de estándar jurídico.
- Las diferencias entre conceptos próximos, tratando las diferencias con las normas jurídicas y con los conceptos jurídicos indeterminados.
- Cuál es el grado de especificidad correcto y la determinación de cuando es preferible la norma y cuando el estándar.
- La función unificadora atribuida al *soft law* y a los estándares.
- Los estándares jurídicos del Derecho Internacional Tributario como manifestación del *soft law*, descendiendo al estudio del concepto de *soft law*, así como a la caracterización del MCDI de la OCDE junto a sus Comentarios, las Directrices sobre Precios de Transferencia y el principio de *arm's length* como *soft law*.
- La crisis de los estándares jurídicos.
- Posicionamientos ante la posible consideración del principio de *arm's length* como un estándar jurídico.

IV.2.1. –Concepto.

A la hora de estudiar qué es un estándar jurídico debemos prevenir desde el inicio de la enorme confusión que existe al respecto, habiendo numerosos autores que utilizan el término estándar frente al de principio jurídico. Se trata de un concepto que debe más a

¹²⁴⁰ CHAPINOTI, M.B. (2010).

¹²⁴¹ BARRETO, P.A. (2001).

los sistemas jurídicos anglosajones, basados en el *common law*, que a los sistemas continentales. Recordemos que ya POUND consideraba que el Derecho no era un mero agregado de normas (en sentido estricto), sino que enumeraba como fuentes del ordenamiento jurídico las “*rules*” o normas en sentido estricto¹²⁴² o habitualmente denominadas reglas; los “*principles*” o principios; los “*legal conceptions*” o concepciones legales; las “*doctrines*” o doctrina y, por último, los “*standards*”. En no pocas ocasiones también es utilizado el término estándar indiferenciado del de principio jurídico, en el sentido de comandos o prescripciones genéricas, en oposición a las prescripciones o comandos específicos (reglas o normas), pero no es esa la acepción aquí utilizada ni a la que nos referimos.

El término estándar ciertamente es una palabra inglesa que se ha ido introduciendo en los distintos idiomas, acuñando en castellano el vocablo estándar, sin perjuicio del uso frecuente y habitual del vocablo inglés. Significa tipo, modelo, patrón, referencia, sin características especiales; usual, normal. Etimológicamente deriva de *estandarte*, término que proviene del término franco *standort*, compuesto por *stand* (pararse, estar de pie) y *ort* (punta, lugar), que encuentra su explicación en las banderas que se colocaban en las batallas para indicar el dominio sobre un territorio o lugar. Los anglos de Inglaterra adoptaron el término franco mutándolo a *standard* resultante de la unión de *stand* (pararse, estar de pie) y *hard* (fuerte).

Los “*standards*” surgen en EE. UU. a partir del Derecho de responsabilidad civil y de los actos ilícitos (*law of torts*), como el comportamiento del hombre razonable que pasará a ser invocado como medida de comportamiento. Es un concepto vinculado a la idea de ponderación en la aplicación de la norma al caso concreto.

Fue POUND el primero en analizar los “*standards*”, situando su origen en el Derecho romano y el concepto de equidad aplicado por el pretor cuando intentaba adaptar el Derecho al caso (en lugar de aplicar simplemente las reglas). POUND¹²⁴³ los define en su obra *The Administrative Application of Legal Standards* (1919) como “*medidas de conducta legalmente definidas que deben ser aplicadas bajo la dirección de los tribunales*”. Se trata de elementos dotados de mucha mayor flexibilidad que las normas, lo que les permite adaptarse a las prolijas y variadas circunstancias que se presentan en la realidad cotidiana de los casos.

Los legisladores no pueden prever en una norma todas las circunstancias particulares que puedan concurrir, por lo que inevitablemente se otorga a los jueces un margen de discrecionalidad interpretando las normas y aplicando los principios a la situación específica. Para guiar a los jueces los legisladores pueden optar entre adoptar normas o

¹²⁴² Obsérvese que en la doctrina el término normas aparece utilizado en una doble acepción. Una genérica, en las cuales quedan incluidas las prescripciones, mandatos, recomendaciones, etc., de cualquier tipo o categoría que en conjunto integran y forma la totalidad del ordenamiento jurídico. Otra estricta, en la que el término norma viene aludir a las reglas o elementos emanados de la autoridad legislativa y que contienen obligaciones de comportamiento para una parte (que se contraponen a los derechos que representan para la otra parte).

¹²⁴³ POUND, R. (1919/2010).

estándares¹²⁴⁴. Como señaló HART¹²⁴⁵ los teóricos del Derecho han ido despertando del noble sueño de la doctrina de la jurisprudencia mecánica a medida que han reconocido la existencia de lagunas y de antinomias en los ordenamientos jurídicos y han tomado consciencia de lo vago que resulta en muchos casos el lenguaje por medio del que se expresa el Derecho

Ya Aristóteles en su *Ética a Nicómaco*¹²⁴⁶ contemplaba que la precisión de las normas podía ser contraproducente y que el Derecho inevitablemente debe ser incompleto, por lo que el legislador debe dar guías, para que el juzgador y el intérprete puedan aplicar la norma a las específicas circunstancias del caso.

BENTHAM en su obra *A Fragment on Government* (1776)¹²⁴⁷ da un paso más en la idea de que el Derecho no es completo y señaló que:

- a) el público aprende de las normas generales mientras que los jueces aprenden de los casos individuales con cierta libertad para apartarse de la norma *ex ante*;
- b) la discrecionalidad del juez surge como una consecuencia inevitable, pero no como consecuencia de la indeterminación jurídica, sino que coexiste con normas específicas para dar flexibilidad en la aplicación de las mismas.

A través de la influencia de BENTHAM surge el concepto de que la discrecionalidad judicial no es que sea algo inevitable (lo que podríamos llamar concepto aristotélico o formalista), sino algo deseable. El legislador parece consciente de que la precisión no siempre es útil para regular conductas. Sin principios y estándares no se podrían regular la amplitud de variedad de cosas que ordena un sistema jurídico. Cuanto más precisa se pretenda la regulación, mas situaciones quedarán sin regulación¹²⁴⁸.

IV.2.2 Diferencias de conceptos próximos. Estándar versus Norma y Estándar versus Concepto Jurídico Indeterminado.

IV.2.2.1 Estándar versus Norma.

ROTHMANN¹²⁴⁹ considera que un estándar es un criterio de evaluación de las relaciones jurídicas concretas que expresa una conducta social media y proviene de la ley o de la jurisprudencia. Se diferencia de la norma porque la norma aporta una solución fija para un caso concreto, mientras el estándar busca una línea de conducta, una directiva que debe guiar al juez. Todos los estándares revelan una idea común de racionalidad, o de lealtad y justicia: la buena fe, la diligencia del buen padre de familia, la racionalidad, el prudente arbitrio, etc.

¹²⁴⁴ PARISI, F. (2004).

¹²⁴⁵ HART, H.L.A. (1977).

¹²⁴⁶ ARISTÓTELES (s. IV a.C./2005).

¹²⁴⁷ BENTHAM ESQ, J. (1776)

¹²⁴⁸ ENDYCOTT, T. (2003).

¹²⁴⁹ Enciclopedia Saraiva do Direito, v.70, p.491

FERRERA RUBIO¹²⁵⁰ precisa que el concepto estándar cambia de significado cuando se incorpora al lenguaje jurídico. En el lenguaje coloquial alude a algo básico, a las cosas básicas. Sin embargo, cuando es usado jurídicamente, muta en una significación distinta y se puede entender como "*un modelo de conducta que no crea una obligación por no tener contenido normativo*"; esto solo puede ocurrir a través de la norma que lo incorpora.

Para PARISI¹²⁵¹ el estándar es el criterio legal o social que los juzgadores usan para juzgar acciones bajo circunstancias particulares. Como características de estos se pueden citar:

- a) son circunstanciales, de resultado abierto, dejan al juzgador la determinación específica;
- b) tienen una fuerte dosis de intuitivos, fáciles de entender por la generalidad.

En cambio, la norma no deja al juzgador la determinación; es más específica que un estándar, haciendo decrecer su flexibilidad en perjuicio de la acomodación.

En el pensamiento de SULLIVAN¹²⁵² la clave de la diferenciación está en el grado de discreción que se otorga al responsable de las decisiones.

ATIYAH & SUMMERS¹²⁵³ escriben que los estándares jurídicos contienen el término medio de una conducta social media correcta en relación con el ámbito del Derecho. Cuando en la realidad práctica surgen principios contradictorios que hay que conciliar, los estándares jurídicos actúan como correctivo complementario o supletorio de la norma, acomodándose a las necesidades sociales y buscando su estabilidad a través del punto medio, adaptando el Derecho a las condiciones de la vida, al modo en que lo hace la equidad romano-germánica. A diferencia de las reglas jurídicas y de los principios (de los que son independientes) que han de utilizarse siempre puesto que dan seguridad jurídica, los estándares jurídicos se utilizan cuando es necesario adaptar la legalidad a la justicia, con una función correctora del Derecho existente.

Según BADENES GASSET¹²⁵⁴ el estándar jurídico sustituye la rigidez de la regla por aquella ductilidad que es consecuencia de la expresión, en términos generales, de la conducta normal de una persona en circunstancias regulares, que permite al juez adaptar esta medida a cada caso particular. En definitiva, conduce a una justicia individualizada, permitiendo al juzgador considerar las circunstancias concretas del caso.

SCHAUER¹²⁵⁵ entiende que las normas se caracterizan por ser precisas y *ex ante* del acto. Indican al individuo cuando un acto va a suponer una violación o cumplimiento del Derecho. El legislador tiene que esforzarse en dotar de contenido a la norma antes de que los individuos actúen. Por el contrario, los estándares se fundan en términos vagos y ambiguos, como razonable, excesivo, etc.

¹²⁵⁰ FERREIRA RUBIO, D.M. (1984).

¹²⁵¹ PARISI, F. (2004).

¹²⁵² SULLIVAN, K. M. (1992).

¹²⁵³ ATIYAH P.S. & SUMMERS R.S. (1999).

¹²⁵⁴ BADENES GASSET, R. (2009).

¹²⁵⁵ SCHAUER, F. (2001).

NANCE¹²⁵⁶ indica que las normas suponen una especificación del resultado de la ponderación *ex ante*, con un considerable grado de definición. Los estándares conllevan en su aplicación que la ponderación se produce en función de los factores particulares del caso y, por tanto, *ex post* a que se produzca el evento que determina la aplicación.

PARK¹²⁵⁷ se fija en que las normas y los estándares se diferencian primordialmente por su nivel de especificidad.

IV.2.2.2 Estándar versus Concepto Jurídico Indeterminado.

No siempre resulta precisa la diferenciación entre los conceptos jurídicos indeterminados y los estándares jurídicos. Así, en la literatura especializada, se puede encontrar ejemplos como COSTA MILANESE¹²⁵⁸ para quien los conceptos jurídicos indeterminados pueden ser denominados estándares jurídicos en las versiones anglosajonas y de máximas de experiencia en la versión germana.

Otro sector doctrinal entiende por conceptos jurídicos indeterminados aquellas reglas que tienen un componente impreciso o cláusula abierta que permite realizar una interpretación. La interpretación consistirá en dotar de contenido a la cláusula abierta. Por *estándar* se entiende un concepto básico o esencial que exige una interpretación para ser completado, pero en un sentido totalmente distinto al caso de concepto indeterminado, pues se trata de una interpretación valorativa. El estándar se adecúa a las circunstancias del caso mediante una valoración. El concepto jurídico indeterminado precisa para su aplicación la integración, por tratarse más bien de una cláusula abierta o en blanco.

IV.2.3. ¿Cómo determinar el grado de especificidad correcto? ¿Cuándo es preferible una norma y cuándo un estándar?

De este problema se ha ocupado principalmente la teoría económica y el Derecho, siendo esenciales dos trabajos para su comprensión, el perteneciente a DIVER¹²⁵⁹ y el de EHRLICH y POSNER¹²⁶⁰.

POSNER juzga que una norma aísla uno o varios hechos y los hace conclusivos de responsabilidad legal. Por el contrario, un estándar permite consideraciones de algunos o la mayoría de los hechos. La norma tiene la ventaja de estar definida y determinados los hechos y, a su vez, la desventaja de ser inflexibles, incluso arbitraria y pecar de ser sobre inclusiva u omisiva. Los estándares son flexibles, pero vagos y con un resultado abierto, haciendo los planes de negocio difíciles al no conocerse cuál será la decisión

¹²⁵⁶ NANCE D. A. (2006).

¹²⁵⁷ PARK, J. (2012). En el mismo sentido COENEN, M. (2014).

¹²⁵⁸ COSTA MILANESE, A. C. (2015).

¹²⁵⁹ DIVER, C. S. (1998).

¹²⁶⁰ ERLICH, I. & POSNER, R. A. (1974).

judicial. DIVER puntualiza que ninguna persona razonable piensa que las normas son siempre preferibles a los estándares o al contrario.

KAPLOW¹²⁶¹partiendo de dichas premisas y de la diferenciación entre las normas y los estándares atendiendo a si el contenido del Derecho que suministran es anterior o posterior al acto humano, llega a la evaluación de unos u otros en términos de costes. El autor toma para su conclusión tres puntos de referencia:

- La norma opera con anterioridad al acto y en ella se determina la conducta que es permitida, dejando al aplicador de la norma exclusivamente la concreción de los hechos. En cambio, en el supuesto del estándar se deja al aplicador la concreción tanto de la conducta permitida como de las circunstancias fácticas.
- En la vida de las directrices jurídicas son apreciables tres fases: la promulgación o creación de normas y estándares, la elección de los individuos a los que va dirigida y su necesidad de asesoramiento ante unos y otros, y la aplicación.

Atendiendo a todas estas consideraciones resulta más económico conocer cómo se aplicaría una norma que como se aplicaría un estándar, puesto que cuanto antes sea dado el contenido de un mandato más tardía será la necesidad de predecir el resultado de la aplicación.

De la misma opinión, con ligeras matizaciones, se manifiesta COENEN¹²⁶² cuando afirma que las normas reportan uniformidad, previsibilidad y bajo coste de las decisiones, por el contrario, conllevan resultados rígidos, inflexibles y arbitrarios. Los estándares reportan posibilidad de matizaciones, flexibilidad y decisión específica para el caso, aunque en su contra tienen la incertidumbre, la variabilidad y los altos costes de decisión.

Los criterios de preferencia tienen una indudable trascendencia en el análisis del instituto que analizamos, como veremos cuando nos detengamos en la crisis actual que viene sufriendo el principio de *arm's length*. Porque precisamente entre las razones esgrimidas por quienes se oponen al mismo se barajan los altos costes que dicho instituto conlleva en su aplicación.

Tratando de exponer sistemáticamente los factores de preferencia en que repara la doctrina pasamos a listar como fundamentales los siguientes:

a) por los costes:

- ✓ la norma requiere una determinación por adelantado del contenido, dado el alto grado de especificidad necesario para su formulación; consecuentemente la norma conlleva elevados gastos de investigación para determinar el contenido *ex ante*;
- ✓ el estándar requiere menos especificidad y, por tanto, inferiores gastos a la hora de determinar su contenido, pero por el contrario

¹²⁶¹ KAPLOW, L. (1992).

¹²⁶² COENEN, M. (2014).

supone elevados costes para los asesores legales y juzgadores a la hora de determinar el contenido *ex post*.

b) la especificidad puede plantear problemas de infradimensión y de supradimensión:

- ✓ la supra-dimensión (*overinclusion*) propia de los estándares conlleva el problema de que a la hora de aplicar *ex post* hay que considerar toda una serie de excepciones o causas que justifiquen la no aplicación; por el contrario, el tratar de regular *ex ante* conlleva la dificultad de prever todas las contingencias, por lo que serán preferibles los estándares, aunque no se puede perder de vista que es muy costoso excepcionar caso por caso *ex post*. El problema de la suprainclusión se acentúa en la misma medida que el grado de heterogeneidad de la conducta que se pretende regular, y como señala KAPLOW la heterogeneidad es muy común;

c) los costes de información son mayores en los estándares;

d) el fin o el objetivo:

- ✓ si se pretende disuadir de la realización de una conducta es preferible una norma, al tener un mensaje más fuerte y no estar influida por factores externos;
- ✓ si no se pretende disuadir es preferible un estándar;

e) la frecuencia de la aplicación:

- ✓ si se trata de una directriz o comando que se aplique frecuentemente, los costes de aplicación serán mayores que los costes de promulgación, por lo que se preferirá la norma que el estándar, ya que el coste de promulgación de una norma se produce una sola vez;

f) los costes de formación:

- ✓ la mayor especificidad supone mayores costes de producción (que serían costes fijos) y menores costes de aplicación (que serían variables);
- ✓ una inversión mayor en la formación supone menores costes de aplicación; el estándar supone menores costes de formación, pero mayores costes de aplicación;

g) el coste del asesoramiento legal:

- ✓ es superior en los estándares;

h) el coste total (promulgación, aplicación y otros):

- ✓ todos los costes deben ser tenidos en cuenta a la hora de elegir;

i) beneficios al bienestar social:

- ✓ desde esta perspectiva es preferible la norma, porque aporta mayor certeza, consistencia y predictibilidad para las partes privadas;

j) la necesidad de cambios:

- ✓ las normas requieren de cambios más frecuentes y ello supone costes de formación y asesoramiento, por lo que atendiendo a este factor son preferibles los estándares.

IV.2.4 La función unificadora de los estándares jurídicos y el *soft law*.

La diversidad de los sistemas jurídicos nacionales, fruto del respeto a las soberanías y a la competencia legislativa exclusiva de cada uno, se ha tratado de superar a lo largo de la historia reciente. Así surgió la Liga de las Naciones Unidas en 1919 para preservar la paz mundial y solucionar los conflictos internacionales por medio del arbitraje y la mediación y, tras el fracaso demostrado con la Segunda Guerra Mundial, surgió la ONU. Con posterioridad, en ámbitos regionales más restringidos, a nivel europeo aparecería la Comunidad Económica Europea, transformada más tarde en la Unión Europea (Tratado de Maastricht), asentada sobre tres objetivos de integración: la integración económica y social, la integración en política externa y seguridad y la integración en políticas de inmigración. En Sudamérica surgiría Mercosur.

El mecanismo principal para llevar a cabo la unificación han sido los tratados internacionales, tanto bilaterales como multilaterales, que representan una transferencia de competencia y de soberanía y favorecen en importantes áreas la unificación. En otro lugar de este trabajo analizamos la dimensión del problema de la armonización con profundidad. No obstante, los Estados se muestran reticentes a celebrar tratados internacionales en cuanto suponen cesión de su parcela de soberanía, especialmente en determinadas materias como la tributaria. Es en ese contexto donde el *soft law* y los estándares jurídicos asumen un papel primordial en la integración jurídica a través de la interpretación.

IV.2.5. – La circunstancialidad de encontrarnos en materia de Derecho Internacional y de Derecho Tributario. El *soft law*.

IV.2.5.1. Los estándares como fuente del Derecho Internacional Público

En los últimos 60 años se ha venido produciendo un profundo cambio en las estructuras sociales y económicas de todo tipo a causa de la profunda transformación tecnológica y de las comunicaciones, hechos que han provocado lo que se conoce como el fenómeno de la globalización y de la internacionalización que hemos analizado en el capítulo II de

este trabajo. CALDERÓN CARRERO¹²⁶³ enuncia como principales cambios sufridos por el contexto sobre el que descansan los ordenamientos jurídicos:

- La multiplicación exponencial del número de operaciones económicas internacionales, destacando por su cuantía las consistentes en prestaciones de servicios y cesión de intangibles.
- El hecho de que la mayor parte del comercio internacional tiene lugar entre entidades vinculadas o asociadas.
- Ahora ya no es necesaria sede o localización física en el país de destino para la realización de actividades empresariales en el extranjero.
- Los servicios de telecomunicaciones son prestados por entidades privadas que operan en varios países.
- La mejora sustantiva de las comunicaciones, muchas de las cuales son instantáneas; ello hace surgir una nueva forma de comercio (e-commerce) y facilita las operaciones comerciales tradicionales.
- Los mercados financieros se internacionalizan masivamente y las sociedades dejan de ser participadas principalmente por accionistas nacionales o residentes.
- Los paraísos fiscales emergen y comienzan a plantear graves problemas a los Estados miembros de la OCDE, erosionando la equidad y neutralidad de sus ordenamientos tributarios. Puede decirse que la denominada “*competencia fiscal perniciosa*” es un fenómeno materialmente conectado con la globalización económica.
- La creciente competencia fiscal entre Estados, particularmente en relación con la atracción de capitales y de la inversión y actividad empresarial susceptible de deslocalización.

Como respuesta a tales cambios el Derecho, y especialmente el Derecho Internacional, ha sufrido una transformación en el marco de sus fuentes tradicionales cuyas muestras de expresión pueden sintetizarse así:

- a) Un cambio en la autoridad de la que emanan las normas, desplazándose desde el poder legislativo a otras instancias no genuinas, detectándose limitaciones en los cuatro órdenes expuestos por MCLURE y a los que ya nos referimos en el capítulo II.
- b) El desplazamiento de la preponderancia de las soberanías nacionales por las instancias suprarregionales, quedando evidenciado en múltiples vicisitudes: la existencia de cortes internacionales, autoridades regionales (v. gr. Unión Europea), el aumento de tratados y convenios multilaterales, etc.
- c) El abandono del proteccionismo estatal por la creciente importancia de lo privado en las soluciones de conflictos, como lo demuestra la importancia creciente de organismos y mecanismos de mediación, o por el creciente papel de los tribunales arbitrales, etc.

¹²⁶³ CALDERÓN CARRERO, J.M. (2006).

d) El desplazamiento de la norma legal por la influencia y trascendencia de los principios constitucionales como eje vertebrador de los ordenamientos jurídicos modernos. Asistimos a un debilitamiento acuciado del proceso de codificación que tanta importancia tuvo en otros momentos.

A la vista de esta coyuntura la doctrina no ha dudado en reconocer dos extremos:

- el Derecho Internacional Público es un Derecho en permanente evolución y de esta evolución no se escapan sus fuentes¹²⁶⁴;
- la internacionalización del Derecho Tributario ¹²⁶⁵ conforme preconizaban CAAMAÑO y CALDERÓN CARRERO¹²⁶⁶.

Efectivamente, fruto de dichos cambios ha sido el surgimiento de nuevas tipologías de fuentes distintas a las tradicionales¹²⁶⁷ que han obligado a la doctrina a plantear una reformulación del sistema de fuentes. Ahora ya, como nos enseñan CAAMAÑO ANIDO y CALDERÓN CARRERO, no todas las fuentes se ajustan a los principios impositivos clásicos, ni la autoridad normativa radica en régimen exclusivo en los parlamentos nacionales. Dentro de las fuentes actuales PASTORI¹²⁶⁸ distingue entre las formales (en las que se sitúan los actos unilaterales de los Estados y los actos normativos de las Organizaciones Internacionales) y las no formales. Las no formales se caracterizan por ser más rápidas, más flexibles y adaptables que las formales.

Los estándares se situarían precisamente dentro de las fuentes no formales. Ahora bien, los estándares jurídicos internacionales pueden ser contemplados bajo dos puntos de vistas distintos:

- uno genérico, como comprensivos de todas las interpretaciones sobre el sentido y alcance de las normas, vendrían a servir para determinar la licitud de la conducta de un sujeto bajo las circunstancias particulares del caso;
- otro estricto, como normas de carácter técnico no vinculante, en las que destaca el que se trata de reglas, directrices, lineamientos o especificaciones técnicas contenidas en documentos aprobados por organizaciones de reconocida experticia en cierta materia para el uso común por los actores en sus relaciones internacionales. Y afirma más PASTORI, se trata de “*reglas, guías, o definiciones de métodos, procesos, prácticas, e incluso productos y servicios*”; lo cual permite constatar la cercanía conceptual entre lo que constituyen fuentes no formales y las Directrices sobre los precios de transferencia y el principio de *arm’s length*.

¹²⁶⁴ El fenómeno evolutivo y la superación de las fuentes tradicionales del Derecho Internacional constituye lugar común en la doctrina, en la que podemos destacar a SCHREUER, C. (1977). También RIEDEL, E. (1991).

¹²⁶⁵ Ya hemos referido este fenómeno anteriormente.

¹²⁶⁶ CAAMAÑO ANIDO, M.A. y CALDERÓN CARRERO, J.M. (2002).

¹²⁶⁷ El artº 38 de la Corte Internacional de Justicia enumera como fuentes tradicionales: (i) las convenciones internacionales; (ii) la costumbre internacional; (iii) los principios generales del Derecho; y (iv) las decisiones judiciales y la doctrina de los autores más calificados de las distintas naciones. Pero la mayoría de la doctrina muestra su acuerdo en que la enumeración no constituye una lista cerrada ni exhaustiva.

¹²⁶⁸ PASTORI, A. (2018).

Por esta última vía nos acercamos al concepto de lo que se ha dado en llamar *soft law*, del que los estándares jurídicos internacionales meramente serían una manifestación.

IV.2.5.2. El concepto de *soft law*.

El concepto de *soft law* también se nos presenta confuso y no tiene un significado unívoco, habiendo sido utilizado en muy diferentes acepciones.

Su origen radica en el campo del Derecho Internacional Público y se atribuye al primer presidente de la Corte Europea de Derechos Humanos, Arnold MACNAIR, quien habría utilizado por primera vez el término *soft law* con ocasión de estudiar los tratados internacionales, desde la perspectiva británica, para referirse a aquellos principios abstractos que se volvían operativos a la hora de la interpretación jurídica necesaria para la aplicación de los tratados internacionales (*principios operativos abstractos*). Aunque como todas las primeras veces que suceden las cosas, aquella primera concepción no se correspondió con la que años después quedaría perfilada. Ello es perfectamente entendible si se aprecia el origen británico de dicho pensador y, consecuentemente, sumergido en la cultura del *Common Law*, así como porque, como aprecia DAVARNEJAD¹²⁶⁹, MACNAIR no pretendía “establecer una distinción entre el Derecho y el no-Derecho, ni entre instrumentos vinculantes y los simplemente recomendatorios, ni entre instrumentos jurídicos y no jurídicos”.

También se ha dicho (JENNINGS¹²⁷⁰) que la expresión primigenia podría venir a distinguir entre proposiciones de *lege data* (Derecho vigente) y de *lege ferenda* (modificaciones del Derecho vigente propuestas o deseadas), más que aludir a la dicotomía *soft law* y *hard law*.

Aunque el hecho de adoptarse la terminología de *soft law*, y más que ser adoptada en su inicio verse confirmada con el paso de los años, nos obliga a diferenciar entre lo que se considera *hard law* y *soft law*. Porque, aunque el distingo no parece encontrarse en la creación de esta categoría jurídica, sí se encuentra presente en su configuración posterior. Así, refiriéndonos de nuevo a ALEXY y su distinción dentro del conjunto de normas que componen el ordenamiento jurídico entre reglas y principios, el *soft law* se incardinaría entre los principios, como mandatos de optimización de contenido determinado en su antecedente, pero indeterminado en su consecuente, distanciándose de los mandatos taxativos que caracterizan a las reglas. No faltan voces discrepantes, como la correspondiente a SARMIENTO¹²⁷¹, para quien en una perspectiva empírica, no así ontológicamente, el *soft law* incluiría tanto instrumentos reglas como instrumentos principios.

¹²⁶⁹ DAVARNEJAD, L. (2011).

¹²⁷⁰ JENNINGS, R.Y. (1990).

¹²⁷¹ SARMIENTO, D. (2006).

En la década de los años 70 del siglo pasado DEPUY procedería a reintroducir el término para referirse a las resoluciones de carácter no obligatorio procedentes de Organizaciones Internacionales en materia sobre todo de medio ambiente.

El rasgo con el que la mayor parte de la doctrina suele identificar el *soft law* es con el carácter no vinculante de los instrumentos que lo integran. No obstante, aunque así fuera, se advierte que siempre debe de tratarse de instrumentos con vocación jurídica, aunque carezcan de fuerza vinculante. Es lo que exige DEL TORO¹²⁷² cuando refiere que deberán tener al menos “*cierta relevancia jurídica*”, ya que una cosa es que carezcan de fuerza obligante y otra distinta que no desplieguen efectos jurídicos. GARCÍA ALARCÓN¹²⁷³ también alude a este aspecto cuando señala que el *soft law* no se encuentra dentro de las fuentes tradicionales del Derecho, pero están en el ámbito jurídico. El reducir el sistema de fuentes al previsto en el artº 38 CIJ supondría el encorsetamiento en un concepto estático alejado al proceso evolutivo arriba descrito, cuando el surgimiento del Derecho supone todo un proceso que dista de la creación en un momento concreto e instantáneo. Por tanto, entre el Derecho y el no-Derecho existen zonas grises. ANEIRO PEREIRA¹²⁷⁴ coincide con esta misma opinión al negar que el *soft law* se ubique en el sistema de fuentes tradicionales, al no ser recogido ni en las normas internacionales, ni en las comunitarias ni en las nacionales, por lo que carece de eficacia jurídica directa y *erga omnes*. Aunque sí le reconoce relevancia jurídica en el plano principialista al entender que el *soft law* pretende influir en el Derecho positivo estatal estableciendo un marco conceptual de una determinada materia así como las líneas maestras de una eventual regulación

Sin embargo, conforme tenemos avanzado, la significación actual no es única, habiendo sufrido el propio *soft law* los propios efectos del proceso evolutivo, incluyendo bajo su ropaje poco a poco instrumentos heterogéneos, pudiéndose apuntar cuando menos dos circunstancias acreditativas de dicho extremo:

- frente a aquellos orígenes en que se restringía el concepto a la aplicación de los tratados y convenios internacionales en los que son partes los Estados, han ido incluyéndose instrumentos diversos y que no han sido emanados por parlamentos nacionales (pudiendo provenir de entidades supraestatales o paraestatales);
- frente a versar sobre cuestiones genuinas de Derecho Internacional Público se ha ido extendiendo a instrumentos producidos en cualquiera de los tres ámbitos normativos contemplables (internacional – ya sean estatales ya sean Organizaciones Internacionales–, comunitario –o supraestatales o regionales– y puramente estatal o interno) en materias de variada naturaleza (financiera, fiscal, medioambiental, etc.).

¹²⁷² DEL TORO HUERTA, M. I. (2006).

¹²⁷³ GARCÍA ALARCÓN, G. (2010).

¹²⁷⁴ ANEIRO PEREIRA, J. (2011).

De lo expuesto se desprende que autores como VEGA GARCÍA¹²⁷⁵ apunten que en el entendimiento o utilización del concepto de *soft law* pueden presentarse tres variantes:

- una primera en la que el *soft law* es considerado como una especie de cajón de sastre donde tienen cabida todos los instrumentos no vinculantes jurídicamente, y que surgiría como reacción al encorsetamiento del sistema de fuentes tradicional en el Derecho Internacional¹²⁷⁶;
- una segunda en la que se categoriza bajo el concepto de *soft law* a aquellos instrumentos vagos o imprecisos, pero que a diferencia de la primera acepción sí serían vinculantes. En este contexto las reglas precisas constituirían *hard law*, mientras que las normas generales y los principios del Derecho serían *soft law*;
- una tercera conforme a la cual por *soft law* se alude a aquellos instrumentos que carecen de mecanismos que garanticen el cumplimiento efectivo en caso de controversia.

Al mismo respecto MAZUELOS BELLIDO¹²⁷⁷ menciona tres ámbitos a los que puede referirse el *soft law*:

- las resoluciones no obligatorias de las Organizaciones Internacionales;
- las alternativas a los instrumentos emanados de actores no estatales que no tienen capacidad de crear normas y obligaciones jurídicas;
- los acuerdos interestatales que no vinculan jurídicamente.

De lo que llevamos dicho queda claro que el *soft law*, como no podía ser de otra manera, supone una concepción moderna del sistema de fuentes del Derecho, en el que como expresa BARBERIS¹²⁷⁸ “*el orden Internacional actual no constituye un orden cerrado en el que existe un número determinado de creación de normas jurídicas. Los miembros de la Comunidad Internacional pueden acordar nuevas fórmulas para crear el Derecho de gentes*”. En dicho nuevo orden jurídico se le ha dado plena cabida al *soft law* y a los estándares jurídicos que son meramente una de las distintas manifestaciones que se incluyen dentro de aquel.

Pero no toda la doctrina se muestra de acuerdo con que se otorgue naturaleza jurídica al *soft law* y a los estándares, fijándose para ello en que se trata de instrumentos que carecen de fuerza vinculante, considerando el carácter vinculante una de las notas definitorias del Derecho y sus normas. En este sentido pueden señalarse los posicionamientos de BERNHART¹²⁷⁹ o de WEIL¹²⁸⁰.

En cuanto a las funciones del *soft law* SENEN¹²⁸¹ las organiza en tres facetas:

¹²⁷⁵ VEGA GARCÍA, A. (2014).

¹²⁷⁶ En esta dirección CHINKIN, C.M. (1989).

¹²⁷⁷ MAZUELOS BELLIDO, A. (2004).

¹²⁷⁸ BARBERIS, J. (1994).

¹²⁷⁹ BERNHART, R. (1984).

¹²⁸⁰ WEIL, P. (1983).

¹²⁸¹ SENDEN, L. (2004).

- pre-legislativas, el *soft law* servirá para la elaboración y preparación de la futura legislación del sistema jurídico;
- post-legislativas, el *soft law* servirá para completar e interpretar las normas del sistema jurídico;
- para-legislativas, el *soft law* servirá como alternativa o en sustitución de las normas del sistema jurídico.

Las mismas funciones son enumeradas por SARMIENTO¹²⁸², pero las organiza en cuatro apartados:

- avance del *hard law*;
- alternativa al *hard law*;
- complemento del *hard law*;
- criterio de interpretación del *hard law*.

Por otra parte, debemos referirnos a las formas que suelen revestir los instrumentos de *soft law*. BAXTER¹²⁸³ aprecia que las formas pueden ser infinitas. DEL TORO¹²⁸⁴ referencia como posibles formas que puede adoptar las de resoluciones de organizaciones internacionales, recomendaciones e informes adoptados por organismos internacionales o dentro de conferencias internacionales; programas de acción; textos de tratados que no han entrado en vigor, declaraciones interpretativas de determinados tratados o convenios; disposiciones programáticas o non-self-executing; acuerdos no normativos, acuerdos políticos o gentlemen's agreement, códigos de conducta, directrices, estándares, etc. ANEIROS PEREIRA¹²⁸⁵ se pronuncia en parecidos términos al afirmar que “*las denominaciones utilizadas para referirse a este conjunto de instrumentos son variadas pues, entre otros, se incluyen las Recomendaciones, las Decisiones, las Comunicaciones, las Directrices, los Códigos de Conducta y otras figuras*”.

Por último, hemos de referirnos a las críticas que recibe el *soft law* y que según apunta ANEIROS PEREIRA, parafraseando a CALDERÓN CARRERA y a GARCÍA NOVOA¹²⁸⁶, hacen alusión a dos aspectos. El *soft law* plantea un problema de legitimidad o autoridad, en cuanto que en su formación hay una carencia de participación del órgano donde reside la soberanía nacional, el parlamento, y no se ha seguido el procedimiento de creación normativa previsto. El *soft law* atenta contra el principio de seguridad, máxime en materia tributaria, en cuanto que para regular situaciones impositivas se requiere una norma pública, clara y precisa .

¹²⁸² SARMIENTO, D. (2006).

¹²⁸³ BAXTER, R.R. (1980).

¹²⁸⁴ DEL TORO HUERTA, M. I. (2006).

¹²⁸⁵ ANEIROS PEREIRA, J. (2011).

¹²⁸⁶ GARCÍA NOVOA, C. (2000).

IV.2.5.3 El soft law, los MCDI y las Directrices sobre los Precios de Transferencia y el principio de *arm's length*.

En este apartado, por la temática que nos ocupa (la naturaleza del principio de *arm's length*), vamos a considerar el *soft law* en su versión genuina, esto es, en el sistema normativo internacional y las implicaciones que tiene para los Estados y los ciudadanos de los Estados.

Precisamente CAAMAÑO y CALDERÓN¹²⁸⁷ citan como incidencias de la globalización en el sistema de fuentes del Derecho Tributario el surgimiento de nuevas fuentes como los convenios de doble imposición, la legislación blanda y los principios elaborados por el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE. De todas ellas las que despiertan mayor interés son las *backdoor rules*, en las que quedan incardinadas los Modelos de Convenio de Doble Imposición y sus Comentarios, así como las Directrices sobre Precios de Transferencia o sobre competencia fiscal perniciosa elaboradas por este mismo Comité, las 40 Recomendaciones en materia antiblanqueo del Financial Action Task Force, o las directrices que utiliza el FMI o el Banco Mundial cuando negocian con los diferentes gobiernos estatales el otorgamiento de créditos internacionales. DURÁN ROJO¹²⁸⁸ cita entre los fenómenos de *soft law* vinculados al Derecho Tributario los siguientes: i) el MCDI OCDE y sus Comentarios, ii) las Directrices sobre Precios de Transferencia y c) las Normas Internacionales de Información Financiera elaboradas por el IASB.

En la materia que abordamos cobra especial relevancia lo acabado de apuntar, puesto que el principio de *arm's length* aparece consagrado en el artº 9 MCDI OCDE (al igual que en el de Naciones Unidas) y las Directrices sobre los Precios de Transferencia. Es más, las Directrices son aludidas en los Comentarios en diversas ocasiones¹²⁸⁹, considerando la doctrina que forman parte de estos (VETTEL¹²⁹⁰, CALDERÓN¹²⁹¹, BULLEN¹²⁹², VEGA GARCÍA¹²⁹³) y, por ende, guarda coherencia afirmar que la misma estimación que se confiera a los Comentarios deberá dársele a las Directrices. Item más, resulta que los convenios de doble imposición tienen la consideración de tratados internacionales; por tanto, se trata de normas negociadas por Estados soberanos que tienen como objeto una autolimitación de su soberanía.

Las anteriores circunstancias nos conducen a tener que detenernos en dar respuesta a las siguientes interrogantes:

¹²⁸⁷ CAAMAÑO ANIDO, M. A. y CALDERÓN CARRERO, J. M. (2002).

¹²⁸⁸ DURÁN ROJO, L. (2014).

¹²⁸⁹ En la versión de 2010: el párrafo 29.1 de las observaciones generales de la introducción, en los comentarios al artº7, en el párrafo 1 de los comentarios al artº9, en los comentarios a los artículos 23 A y 23 B o en los comentarios al artº 25. En la versión 2017: párrafo 5 de los comentarios al artº7, en el párrafo 1 de los comentarios al artº9, en el párrafo 31 del anexo al artº 25.

¹²⁹⁰ VETTEL, T. (1996).

¹²⁹¹ CALDERÓN CARRERO, J. M. (2007).

¹²⁹² BULLEN, A. (2010).

¹²⁹³ VEGA GARCÍA, A. (2012).

- ¿el MCDI y sus Comentarios (y por tanto las Directrices sobre Precios de Transferencia) tienen fuerza vinculante?
- ¿qué valor interpretativo tienen el MCDI y sus Comentarios (y por tanto las Directrices sobre Precios de Transferencia)?
-

IV.2.5.3.a) ¿El MCDI y sus Comentarios (y por tanto las Directrices sobre Precios de Transferencia) tienen fuerza vinculante?

IV.2.5.3.a). i. Visión general.

Doctrinalmente existe una ardua polémica en torno a la capacidad normativa de la OCDE y el déficit democrático que el reconocérsela conllevaría. En términos generales, podemos afirmar que la OCDE, que es de quien dimana tanto el MCDI como las Directrices, no tiene potestad normativa directa, aunque sí indirecta en cuanto que sus Miembros adquirieron una serie de compromisos internacionales. Por eso no está demás traer a colación el artº V del Tratado constitutivo¹²⁹⁴ donde se contempla la posibilidad de que la OCDE pueda adoptar decisiones, las cuales sí obligarán a los Estados Miembros, y recomendaciones, que serán sometidas a los EE.MM para que si lo consideran oportuno las implementen en sus ordenamientos¹²⁹⁵. En consecuencia, parece claro que la OCDE puede emanar normas (en su acepción más genérica) vinculantes. Cosa distinta es que, en la práctica, por lo general, no se ha prodigado en la emanación de decisiones y sí en recomendaciones. Y tampoco constituye óbice a tal consideración el régimen de abstenciones en las votaciones y reservas. Buen ejemplo de lo dicho es que, como vamos a ver, en el caso de los MCDI y las Directrices no se trata de decisiones.

¹²⁹⁴ Artículo V

Con el fin de alcanzar sus objetivos la Organización puede:

- a) tomar decisiones que, salvo dispuesto de otra forma, serán obligatorias para todos los miembros;
- b) hacer recomendaciones a los miembros;
- c) concluir acuerdos con sus miembros, con Estados no miembros y con organizaciones internacionales.

Se complementa con la regla 18 de las Reglas de Procedimiento de la Organización en la que se prevé que las recomendaciones se someterán a los EE.MM para la implementación si lo consideran conveniente.

¹²⁹⁵ La OCDE puede emanar cinco tipos de resoluciones:

- a) dos con fuerza vinculante:
 - Las Decisiones que son legalmente vinculantes para todos los Miembros que no se abstengan en el momento de la adopción.
 - Los Acuerdos Internacionales celebrados en el marco de la Organización, que son jurídicamente vinculantes para los países parte en esos acuerdos.
- b) tres sin fuerza vinculante:
 - Las Recomendaciones.
 - Las Declaraciones que son actos solemnes sin vocación alguna de vinculación.
 - Los Arreglos adoptados por algunos EE.MM de la Organización.

La relevancia de los MCDI desde el punto de vista de las fuentes del Derecho Tributario Internacional supone adentrarnos en dos aspectos distintos:

a) Por una parte, la influencia del MCDI en la celebración de tratados, ya que ello entronca de manera directa con la repercusión del MCDI en el sistema de fuentes en la materia, y puede decirse que desde luego han tenido una importante influencia, si bien la versión de la OCDE ha sido más utilizada por los EE.MM en sus tratados, y la versión de la ONU en los tratados entre un EM y un Estado en desarrollo, e igualmente éste último modelo fue especialmente utilizado tras la desintegración de la antigua URSS en los tratados celebrados por los Estados resultantes.

b) Por otra parte, el MCDI se introduce en base a una Recomendación que ya aparecía en el borrador de 1963 mediante la que se incitaba a los EE.MM a seguir el MCDI cuando se celebrasen nuevos tratados o se revisasen los existentes. Posteriormente, el texto de la Recomendación fue sufriendo pequeñas modificaciones¹²⁹⁶ hasta llegar a la redacción definitiva y actualmente vigente adoptada por el Consejo el 23 octubre 1997. Dichas Recomendaciones del Consejo fueron apareciendo anexadas en las distintas versiones MCDI OCDE. En las recomendaciones se ha visto por la doctrina la finalidad de armonizar o aproximar las prácticas, políticas y normativas de los EE.MM. Sin embargo, las recomendaciones de la OCDE carecen de fuerza vinculante en virtud de lo dispuesto en el artº V, apartado b), de su Tratado constitutivo de 1960. Mas dicho extremo no significa que las recomendaciones carezcan de efectos jurídicos; de hecho, son seguidas por los EE.MM y ejercen una gran influencia sobre los comportamientos de Estados terceros¹²⁹⁷. La doctrina señala como rasgos más destacados de la Recomendación:

- ✓ sus destinatarios, por cuanto en sus apartados I y II se dirige a los Gobiernos de los EE.MM y a las AATT de éstos, y en su apartado III instruye al Comité de Asuntos Fiscales. No han faltado autores que con una interpretación forzada (calificación con la que coincidimos con VEGA GARCÍA¹²⁹⁸) han querido concluir que por razón de tal pormenor no puede encuadrarse la Recomendación de manera directa en las recomendaciones del artºV, apartado b), donde únicamente tendrían cabida las dirigidas a los EE.MM (no a sus gobiernos, como así tampoco a sus AATT);
- ✓ el apartado I de la Recomendación, en sus subapartados 2 y 3, expresamente da a los Comentarios el valor de criterio interpretativo del MCDI a través de dos facetas distintas: por parte de los

¹²⁹⁶ Redacciones dadas el 11 abril 1977, 31 marzo de 1994, 21 septiembre 1995.

¹²⁹⁷ En el propio texto de la Recomendación vigente aparecen referenciados los Estados no Miembros hasta en dos ocasiones dejando constancia de la desiderata de que el MCDI y sus Comentarios trascienda a los Estados no Miembros, tanto por la vía de la armonización de la interpretación como en la celebración de nuevos convenios.

¹²⁹⁸ VEGA GARCÍA, A. (2014).

Gobiernos cuando celebren tratados o revisen aquellos de los que son parte, por parte de las AATT cuando apliquen e interpreten las disposiciones del MCDI;

- ✓ por vía del contenido del apartado III se procede a realizar una suerte de delegación en el Comité de Asuntos Fiscales para las revisiones y propuestas de actualización del texto vigente tanto del MCDI como de sus Comentarios. Algún sector doctrinal ha criticado dicho aspecto en cuanto pudiera estar socavando la soberanía nacional en la regulación en materia fiscal y, desde luego, supone una transferencia de la capacidad de modificar los textos.

CUBERO TRUYO y DÍAZ RAVN¹²⁹⁹ parten de la consideración de que los Comentarios forman parte del MCDI y que el MCDI no tiene encaje en el sistema de fuentes previsto por el artº 7 LGT, tratándose de *soft law* carente de fuerza vinculante, pese a lo cual, su importancia en la interpretación y aplicación de la red de convenios de doble imposición se encuentra fuera de toda duda. Pero además de dicha función, los mencionados autores asignan como funciones adicionales que desempeña el MCDI: por una parte, la de servir de punto de partida para la negociación de un convenio entre dos países, facilitando la consecución del acuerdo de una manera más fluida y eficaz; por otra parte, aporta seguridad jurídica a través de la consecución de una deseable armonización entre los distintos convenios. Es más, conforme escribe VEGA GARCÍA, coincidiendo con PISTONE¹³⁰⁰, el MCDI junto con sus Comentarios (y, conforme tenemos visto las Directrices) constituyen la muestra más relevante de *soft law* en la fiscalidad internacional.

IV.2.5.3.a). ii. La visión de la fuerza vinculante de LEPARD desde la teoría de los juegos.

Una visión distinta del tema es la expuesta por LEPARD¹³⁰¹ en el extenso trabajo que dedicó a la materia y en el que partiendo de fundamentos propios de la filosofía del Derecho y la sociología jurídica analiza la autoridad normativa del principio de *arm's length*.

En la primera parte de su exposición LEPARD estudia el concepto de “*autoridad normativa*” y las distintas teorías de las que se puede partir para dicho estudio. A tal efecto partió de la distinción entre persuasión, coerción y autoridad usando los modelos de RAZ¹³⁰² y PERRY¹³⁰³. La persuasión se diferencia de la autoridad en que no tiene un

¹²⁹⁹ CUBERO TRUYO, A.M. y DÍAZ RAVN, N. (2012).

¹³⁰⁰ PISTONE, P. (2008).

¹³⁰¹ LEPARD, B. D. (1999).

¹³⁰² RAZ, J. (1990) en su obra *Pactical Reasons and Norms* entiende que existen razones determinantes para la acción del individuo, pudiendo haber concurrencia de diversas razones que pueden encontrarse en conflicto. De todas esas razones en conflicto triunfa una o un conjunto de ellos que es la que justifica el

efecto desplazador. En la persuasión el sujeto voluntariamente acepta un comportamiento. La coerción fuerza a un sujeto a actuar debido a la amenaza de una sanción. La autoridad no es persuasión. Para que una norma sea autoritativa tiene que producir un desplazamiento en el juicio de valor del sujeto, no basta con que sea persuasiva, o sea, no basta que sean razones de primer orden para que sean normas autoritativas, sino que tiene que concurrir una razón de segundo orden de exclusión. Pero la autoridad no es coerción, porque la coerción no es voluntaria. En este esquema, si el principio de *arm's length* es acogido como una norma autoritativa en los convenios o en el Derecho internacional consuetudinario significará que es una razón de segundo orden excluyente que prevalece sobre razones de primer orden. Las normas autoritativas pueden gozar de autoridad vinculante, en cuyo caso se trata de una norma obligatoria que cuenta con carácter vinculante e impone obligaciones vinculantes. Aunque también pueden gozar de autoridad persuasiva, por lo que no impondrían obligaciones vinculantes ni excluirían razones de primer orden.

Llegados a ese punto el autor se plantea cuáles son las razones para aceptar la autoridad de una norma y su efecto de desplazamiento, distinguiendo entre razones de obediencia y razones de conformidad, si bien la obediencia es un mero supuesto de conformidad. La conformidad puede derivar de una variedad de factores. No obstante, generalmente significará que el actor considera a la conducta contenida en la norma como apoyo instrumental o intrínseco de sus propios valores. LEPARD plantea como principales razones de conformidad de los individuos a las normas autoritativas las siguientes:

- a. Por razón de lo que denomina que la norma autoritativa cumple una serie de reglas secundarias
- b. Porque facilitan la acción colectiva
- c. Por la presencia de sanciones
- d. Por el mayor conocimiento, experiencia o pericia de las autoridades
- e. Por ser miembro de una comunidad
- f. Por principios morales de fidelidad a compromisos y las legítimas expectativas de otros a que se cumplan
- g. Por razones que combinan los anteriores motivos

Expuesto los anteriores antecedentes LEPARD procede a aplicarlos al supuesto en cuestión. Dicha exposición se centra en dos bloques: por un lado, el análisis de la autoridad normativa de las normas internacionales y, por otro, la exploración de la autoridad normativa del *arm's length*.

comportamiento decidido. Hay que diferenciar entre razones de primer orden y razones de segundo orden. Ante el conflicto de razones de primer orden el individuo toma sus decisiones de cómo actuar realizando un balance de las razones a favor o en contra. Las razones de primer orden incluyen los méritos o deméritos para actuar de una determinada forma, los miedos. Las razones de segundo orden serían razones para actuar (razón de segundo orden positiva) o no actuar (razón de segundo orden negativa o excluyente) por una razón de primer orden. Una norma de autoridad es a la vez una razón de primer orden en favor de la acción prescrita en la norma y una razón de segundo orden de exclusión de todas o algunas de las razones a favor o en contra de la acción. RAZ, J. (1990).

¹³⁰³ Es a este autor propiamente a quien corresponde la distinción entre persuasión, coerción y autoridad a partir del modelo de RAZ. En el mismo sentido PERRY, S.R. (1989).

El análisis de la autoridad normativa de las normas internacionales es explicado por LEPARD en dos apartados:

a) Razones para aceptar la autoridad normativa de las normas internacionales. A tal efecto el autor enuncia tres pilares a través de los cuales se puede dar respuesta a la cuestión:

- el principio del respeto de la autonomía de los Estados en la toma de decisiones
- el principio de facilitación de la acción colectiva en favor de la maximización del bienestar de los Estados y de los individuos. La acción colectiva de colaboración entre distintos Estados vendrá a dar respuesta al problema de que cada Estado realice procesos independientes de toma de decisiones sobre una misma acción. Este principio entra en conflicto con el anterior principio. De ahí que la acción colectiva deba conseguirse por la vía de la persuasión o el establecimiento de normas autoritativas conforme a reglas secundarias (en la acepción hartiana).
- principios de naturaleza moral que complementan a los anteriores, como el de la fidelidad a las promesas realizadas, que es donde tiene su fundamento el principio jurídico *pacta sunt servanda*, o el principio de que todos los seres humanos son miembros de una comunidad que debe funcionar en armonía y unión. Los distintos Estados deben actuar como miembros de una comunidad de Estados.

b) Explicación de la autoridad normativa desde la teoría de juegos.

Con este planteamiento LEPARD traslada el marco conceptual de los dilemas sociales al ámbito normativo. Ya en la concepción de OLSON¹³⁰⁴ los dilemas sociales descansan en el enfrentamiento existente entre la racionalidad individual¹³⁰⁵ y el bienestar colectivo. Los grandes grupos, si están compuestos por individuos racionales, no actuarán en favor de los intereses del grupo, sino que los individuos lo harán guiados por la persecución de su propio interés individual. Solo cuando concorra un grado suficiente de interés compartido, se perseguirá además del interés propio el interés conjunto.

Posteriores concepciones consideraron que los límites de la propuesta de OLSON eran demasiado estrechos y que la toma de decisiones podía estar movida por motivos diferentes al propio interés de cada actor.

LEPARD, basándose en los posicionamientos de distintos autores aplica los principales dilemas sociales¹³⁰⁶ al modelo de norma autoritativa. El enfoque desde la teoría de los juegos es bastante sencillo según nos ilustra TESÓN¹³⁰⁷ al

¹³⁰⁴ OLSON M. Jr. (1985).

¹³⁰⁵ Principio de respeto a la autonomía del Estado.

¹³⁰⁶ El concepto de dilema social queda perfilado por aquellas situaciones en las que diversos miembros de un grupo que afrontan una situación de toma de decisión, si se guían por sus intereses particulares, consiguen un resultado peor que el que hubieran conseguido de haber adoptado la decisión ignorando sus intereses.

¹³⁰⁷ TESÓN, F. (1998).

afirmar que el fundamento del Derecho Internacional se encuentra en el consentimiento de los Estados. Los Estados prestan sus consentimientos motivados por el interés. Desde este punto de vista los Estados crean Derecho Internacional en dos etapas: primero identifican temas de interés común y luego prestan consentimiento a aquellas normas que se adecúan mejor a esos intereses. Por tanto, la teoría de los juegos deviene especialmente útil para explicar las relaciones internacionales ante la carencia de un gobierno mundial y actuar los Estados mediante una interacción puramente estratégica. Así:

- ✓ Como primer dilema hay que reparar en el supuesto de armonía, traído a colación por STEIN, y que significaría encontrarnos en un supuesto en que no se hace necesaria una norma autoritativa, ya que estaríamos en una situación en la que no existe conflicto entre los Estados y cada Estado consigue el resultado que pretende con independencia de la acción del otro Estado. Se trata de una situación de cooperación¹³⁰⁸ y en la que los valores de cada Estado son legítimos.
- ✓ El segundo dilema es el de la caza del ciervo¹³⁰⁹ o juego de la seguridad o juego de la coordinación, y fue aplicado por OYE¹³¹⁰ a la teoría de la norma autoritativa. Tampoco en este supuesto se necesita una norma autoritativa, pero aquí la decisión que adopte un Estado sí afecta al otro, aunque ninguno tiene un plan de acciones o estrategia

¹³⁰⁸ MILLER MOYA, L. M. (2007). Este autor determina seis diferencias fundamentales entre coordinación y cooperación:

- a) En la cooperación la deserción o fraude son la estrategia dominante, mientras que en la coordinación ella es la opción mas deseada.
- b) La cooperación supone desviación del principio del propio interés individual como resultado óptimo. Dicha desviación puede obedecer a: motivaciones que van más allá del interés individual (preferencias sociales, normas de reciprocidad, motivos altruistas) o sanciones. La coordinación supone siempre que no existe desviación del interés individual como solución óptima al dilema.
- c) En la cooperación, la deserción o fraude es la decisión que reporta el mayor beneficio. En la coordinación se gana o se pierde conjuntamente.
- d) En la cooperación, los actores adoptan su decisión por razones motivacionales, mientras que en la coordinación los actores toman sus decisiones por el conocimiento cierto de la estrategia que el otro actor adoptará.
- e) En la cooperación, las decisiones que se adopten reportan soluciones inestables, ya que el hecho de que los demás actores estén cooperando no elimina la tentación de desertar o defraudar. En la coordinación, alcanzada la solución del dilema los actores carecen de motivación para desertar. La propia coordinación se fortalece por el hecho de que todos actúen coordinadamente.
- f) En la cooperación, el poder proviene de la acumulación de recursos económicos. En la coordinación el poder proviene del aumento de número de individuos que participan

Como paradigma de los dilemas de cooperación se encuentra el dilema del prisionero. Como más característico de los dilemas de coordinación se encuentra el juego del seguro.

¹³⁰⁹ Un grupo social de individuos cazadores ante el dilema de cazar un ciervo o una liebre. Si todos cooperan conseguirán cazar el ciervo y alcanzar su objetivo óptimo. Si uno decide cazar una liebre puede suceder:

- el ciervo escapará, por lo que él conseguirá la liebre, pero los demás no conseguirán nada.
- el que caza el ciervo obtiene el resultado óptimo, el que que caza la liebre no.

¹³¹⁰ OYE, K.A. (1985).

dominante. Cada Estado cooperará solo si el otro Estado coopera. Solo si los dos Estados cooperan conseguirán el resultado óptimo.

- ✓ En tercer lugar, se enfoca el problema desde la situación en la cual la obtención del mejor resultado por un Estado dependerá de las decisiones del otro Estado. Ello da lugar a la consideración de dos dilemas distintos: dilemas de intereses comunes y dilemas de intereses adversos o contrapuestos.

En los dilemas de intereses comunes nos recuerda TESÓN que los Estados prestarán su consentimiento a tratados y costumbres para cooperar, si sus intereses comunes convergen, pero lo harán mediante compromisos aceptables si sus intereses son contrapuestos. Entre los dilemas de los intereses comunes se encuentra el dilema del prisionero en el que las normas autoritativas son propicias para su resolución, si bien RAZ entiende que es suficiente con el efecto del desplazamiento (no con el meramente preventivo) mientras que ULLMANN–MARGALIT determina que se hace preciso que se trate de normas que conlleven aparejadas sanciones.

Los dilemas de intereses contrapuestos tienen como ejemplo más paradigmático el dilema de coordinación. Los dilemas de coordinación pueden ser puros o no–puros. Los puros se presentan cuando hay dos soluciones óptimas y dos soluciones que ambos actores quieren evitar. Si no existe coordinación, y cada uno actúa independiente y simultáneamente, corren el riesgo de que se de alguno de los resultados no queridos. La solución de equilibrio vendrá dada por un acuerdo entre los actores que se encuentran en conflicto. Dichos acuerdos no suponen una obligación, pero con el tiempo pueden adquirir grado de norma autoritativa, entre las cuales se encontrarían las resoluciones de organizaciones intergubernamentales. Estos acuerdos se caracterizan por no provenir de una autoridad, no haber seguido un proceso determinado en normas secundarias y conllevar sanciones o recompensas no institucionalizadas.

Los no–puros aparecen cuando los actores coinciden en qué resultado o resultados son los peores para sus intereses, pero no en cuál o cuáles son los mejores. Esta situación supone que alguno de los actores se encuentre motivado a desertar.

- ✓ Por último, nos encontramos con los juegos de suma cero, en los que existe una situación de conflicto extremo entre los actores, ya que solo cabe que uno pierda y otro gane. En este contexto carece de sentido plantearse posibilidades de acción colectiva y tampoco hay espacio para la cooperación.

LEPARD agrupa las posiciones doctrinales sobre la autoridad de los tratados internacionales en dos categorías:

a) teorías realistas que consideran que los Estados no deben otorgar autoridad a los tratados, o a lo sumo una mera autoridad persuasiva, pero nunca de desplazamiento. La razón de ello estriba en que los líderes políticos deben tener en consideración para tomar decisiones su propio interés, ya que si se percibe que el tratado va en contra del propio interés del Estado se tenderá a la vulneración del tratado;

b) teorías de la “*Sociedad de Estados*” que reconocen a los tratados el efecto de desplazamiento de acuerdo con sus términos, tal cual requiere la costumbre internacional y la Convención de Viena, al considerar que los Estados forman parte de una comunidad de Estados interdependientes. A la hora de fundamentar los motivos que justifican el efecto del desplazamiento unos teóricos difieren de otros, barajándose entre otros:

- ✓ motivos de cumplimiento de normas secundarias;
- ✓ motivos de prudencia autoorientada;
- ✓ motivos de la consideración del consentimiento en si mismo;
- ✓ motivos de obligación asociativa por participar en una “*sociedad de Estados*”;
- ✓ motivos de principios morales como la fidelidad al compromiso y cumplimiento de las legítimas expectativas de otros Estados.

LEPARD estima que la autoridad de los tratados no se basa en una única clase de motivos, sino que confluyen:

- motivos de respeto a las normas secundarias de Derecho Internacional por razones de prudencia (facilitan la acción colectiva para alcanzar valores radicados en el propio interés) y morales (facilitan la acción colectiva para implementar valores que reflejan el principio de fidelidad al compromiso y el respeto a las legítimas expectativas de los demás Estados de que se cumpla);
- motivos en parte correspondientes al propio consentimiento, pero con los límites que derivan de los principios morales;
- motivos de legitimidad y autoridad, no siendo suficiente para que un tratado obligue razones morales o el respeto a las normas secundarias.

IV.2.5.3.a.iii El examen de la autoridad normativa del *arm's length*.

IV.2.5.3.a.iii.1. Visión de su evolución histórica.

El pensamiento de LEPARD llega a su culmen cuando después de su extensa exposición sobre la teoría de los juegos y los dilemas sociales aplica de todo ello al principio de *arm's length*.

Desde luego la existencia de una norma facilita la acción colectiva para armonizar los métodos de distribución de resultados entre Estados, y ello atendiendo a diferentes causas:

- porque el problema latente en el *arm's length* es más bien un problema de coordinación no puro que un dilema de intereses comunes, por lo que está justificada la necesidad de una norma autoritativa persuasiva y vinculante;
- porque se equivocan aquellos que consideran que el problema no es de coordinación, por lo que el reconocerle autoridad persuasiva ayuda a que los Estados disidentes vengán a reconocerlo;
- porque el enfoque de entidad separada ha venido siendo apoyado por expertos durante muchos años, aunque no debe ser esta la única razón para que se le otorgue autoridad al *arm's length* ya que los Estados tienen grandes incentivos en mantener la norma como una convención. Igualmente, el hecho de que carezca de sanciones no debe ser motivo para rechazar su carácter autoritativo.

Adentrándonos en la evolución histórica del *arm's length* expuesta por LEPARD se pueden establecer los siguientes hitos temporales:

- Durante la época de la Liga de las Naciones:
 - ✓ hasta el Informe Carroll no había un estándar con autoridad persuasiva o vinculante. Se trataba de una visión como un juego de coordinación, puro o no-puro. Y ello porque faltaba una preferencia de los Estados por un método concreto, siendo percibido el problema como una necesidad de coordinación (si un Estado elige un método y otro Estado un método distinto se corre el riesgo de doble imposición);
 - ✓ con el Informe Carroll se da un cambio ya que se apuesta decididamente por el *arm's length*. A partir de entonces los Estados se van decantando por el *arm's length* como el método adecuado;
 - ✓ la primera época del modelo de convenio de doble imposición constiuye un esfuerzo de coordinación no-puro que se refleja en la flexibilidad y en la que se apuesta por los convenios bilaterales. Pero el *arm's length* siguió sin alcanzar autoridad vinculante o persuasiva, salvo para los países que adoptasen el modelo de convenio a través de la expresión “*shall*” dirigida a los Estados firmantes;
 - ✓ el apoyo a la fórmula de los tratados bilaterales y el rechazo de los multilaterales significa un intento de flexibilización y confiar en la persuasión.
- Durante la época de los Modelos de la OCDE y de la ONU el principio de *arm's length* tampoco alcanzarán fuerza vinculante, antes bien, se suavizará la expresión “*shall*” que se cambia por “*may*” respecto de los ajustes que resulten de la aplicación del *arm's length*. Su valor estribará en la persuasión que represente al tratarse de Modelos desarrollados por Estados y especialistas fiscales con amplia experiencia en la materia.

- La posición de EE. UU. es calificada por el autor de referencia como ambivalente, porque si bien es cierto que el Departamento del Tesoro promocionó la adopción del *arm's length* como mecanismo para evitar el abuso en la fijación de los precios de transferencia, por el contrario, el Congreso consideró el método formulario de prorrateo como método más adecuado para combatir tal tipo de abusos. Por otra parte, el especial régimen de la eficacia de los tratados internacionales en que EE. UU.¹³¹¹ es parte¹³¹² coadyuva a que solamente pueda predicarse una eficacia persuasiva del principio de *arm's length*.

IV.2.5.3.a.iii.2. La autoridad persuasiva del *arm's length* como norma recogida en tratados internacionales.

LEPARD tras cuanto antecede llega a propugnar que la autoridad del *arm's length* deriva de la circunstancia de estar incorporado a tratados internacionales y al MCDI OCDE, para a continuación reparar en los siguientes ítems:

- Analiza el artº9.1 MCDI OCDE del que se desprende:
 - que los ajustes iniciales resultantes de la aplicación del *arm's length* constituyen una permisión, no una obligación;
 - del término “*benefits*” utilizado en el artículo se deduce que los métodos empíricos basados en el beneficio (método de comparación de beneficios y método de reparto de beneficios) son coherentes con el *arm's length*. Sin embargo, ante los métodos de prorrateo formulario la mayoría de la doctrina, países y tribunales consideran que no se encuentran permitidos. Los autores que apoyan la permisión de los métodos formularios son minoritarios¹³¹³;
 - el artº9.1 a la luz del significado ordinario de acuerdo con el contexto y del objeto y finalidad dispuestos por el artº 31 de la Convención de Viena no permite conocer si se contiene un permiso autoritativo o una obligación vinculante o persuasiva, por lo que se hace preciso acudir a significados complementarios de interpretación, realizando el autor una exposición de las

¹³¹¹ Se habla de la precariedad del Derecho Internacional en EE. UU. por el particular juego de la Constitución y los tratados en caso de contravención, así como en relación a los tratados non self-executing y su necesidad de implementación antes de poder ser aplicados por los tribunales. Incluso el autor cita abiertamente el posicionamiento de los tribunales estadounidenses de separarse de la Convención de Viena en la interpretación de los tratados de los que EE. UU. es parte.

¹³¹² Cualquier fórmula de prorrateo que adopte la legislación interna de EE. UU. derogará a la contenida a los tratados.

¹³¹³ LEPARD realiza un repaso de los posicionamientos minoritarios clasificándolos en tres grupos:

- Aquellos autores que estiman que el artº 9.1 únicamente alude precio de mercado, pero no a los métodos conforme a los cuales se puede llegar a fijar un precio de *arm's length*, siendo admisible otros métodos distintos al de *arm's length* (WIKHAM, KERESTER).
- Aquellos que entienden que el artº 9.1 es meramente descriptivo, ni siquiera permisivo, pero no establece una obligación vinculante (KAUDER).
- Por último, quienes interpretan que el artº9.1 es solo una autorización para realizar ajustes conforme al *arm's length*, pero no contiene prohibición de ningún tipo (MCDANIEL&AULT).

evidencias que avalarían al *arm's length* tanto como permiso autoritativo, como asimismo obligación vinculante o como obligación persuasiva.

b) Posteriormente procede a reparar en el ajuste correlativo resultante de la aplicación de los apartados 1 y 2 del artº9 y la relación con el artº 25, de donde infiere:

- si se ha realizado un ajuste inicial que sea consistente con el *arm's length* (tanto con el precio como con el método), el Estado no iniciante del ajuste primario tendrá la obligación vinculante a hacer de buena fe un ajuste correlativo igualmente basado en el *arm's length*;
- los Estados están obligados vinculantemente a negociar un acuerdo para evitar que se produzca doble imposición a consecuencia de haberse efectuado un ajuste primario, aunque no tienen obligación de llegar a un acuerdo

c) Por último, se detiene en estudiar las ventajas que presenta la estimación del *arm's length* con autoridad persuasiva:

- porque supone respetar el efecto de desplazamiento que producen los tratados internacionales;
- facilita la coordinación entre los países en aras a la consecución de la evitación de la doble imposición, así como supone sortear el que haya Estados que no perciban que existen problemas de coordinación que son resueltos por el convenio;
- incentiva a los Estados a usar de buena fe el *arm's length* y previene de resultados perniciosos;
- promueve el equilibrio, pero no prohíbe absolutamente el uso de métodos empíricos o del prorrateo formulario;
- el amplio consenso que existe entre los expertos de la OCDE y ONU para el uso del *arm's length* como el más indicado, así como entre los Estados y su incorporación a numerosos tratados.

IV.2.5.3.b. ¿Qué valor interpretativo tienen el MCDI y sus Comentarios (y por tanto las Directrices sobre Precios de Transferencia)?

IV.2.5.3.b.i Encuadre de los problemas planteados en torno al artº3, apartado 2, del MCDI de la OCDE.

Desde otro ángulo, la interacción del MCDI y sus Comentarios (así como de las Directrices) con las fuentes del Derecho Internacional Tributario nos lleva a analizar el valor interpretativo que pueda conferírseles. Las posiciones doctrinales son encontradas. DÍEZ DE VELASCO¹³¹⁴ se aferra al carácter estricto que presentan los artº 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados como únicos criterios interpretativos válidos, no dando cabida a otros criterios. Para este autor, los tratados

¹³¹⁴ DÍEZ DE VELASCO, M. (1988).

internacionales constituyen la principal norma jurídica del ordenamiento internacional y ostentan una naturaleza diferenciada de los Derechos internos nacionales y jerárquicamente superior, generantes de obligaciones propias y que conllevan el que los distintos Estados parte tengan que adecuar y sobre todo interpretar sus ordenamientos internos en forma tal que no contradigan a aquellos, a riesgo de incurrir en responsabilidad intencional en caso de vulneración de las obligaciones de un tratado. En la misma dirección se pronuncia ENGELEN¹³¹⁵, para quien los tratados para evitar la doble imposición son meramente un tipo de tratado internacional más¹³¹⁶.

En el extremo opuesto se sitúan autores como CALDERÓN CARRERO¹³¹⁷, quien observa que los convenios de doble imposición ostentan unas características específicas, que requieren unas reglas de interpretación especiales, entre las cuales prima la prioridad de las propias reglas de interpretación contenidas en el MCDI frente a las disposiciones internas e incluso frente a las contenidas en la Convención de Viena.

Una postura singular es la de BORRÁS RODRÍGUEZ¹³¹⁸, quien defiende una diferenciación de acuerdo con el mecanismo que en los distintos países se utiliza para integrar un tratado, porque si para ello se hace preciso una trasposición a una norma interna se procederá tras la misma a interpretar conforme a los criterios normales de interpretación que rijan en dicho país.

En la concepción de LEPARD la autoridad normativa de los tratados proviene en gran manera de lo que denomina reglas secundarias, las cuales se encuentran en las costumbres de Derecho Internacional y actualmente aparecen codificadas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados. Dichas reglas secundarias quedan plasmadas en el principio de *pacta sunt servanda*, en cuanto consagra la máxima de que los tratados están para ser cumplidos (ex artº 26 Convención de Viena), y las reglas de interpretación dispuestas en los artº 31 y 32 del Convención de Viena.

Ahora bien, el propio MCDI OCDE prevé cómo debe operarse para proceder a la interpretación de sus disposiciones. Efectivamente, el artº3, apartado 2, del MCDI tomó del Tratado entre Estados Unidos y Gran Bretaña relativo al impuesto sobre la renta y a los impuestos sucesorios de 1945 unas reglas a seguir en la interpretación de los CDI y sus Comentarios, los cuales fueron introducidas en el Proyecto de MCDI de 1963 en parecidos términos a como figura redactada en la versión actualmente vigente. El precepto contiene dos reglas que pasarían a ser genuinas de los convenios de doble imposición:

- una general, consistente en que los términos no definidos en el tratado se interpretarán de acuerdo con el contexto;
- una subsidiaria que entraría en funcionamiento en caso de no alcanzarse una interpretación conforme al contexto y que consistiría en acudir a la legislación

¹³¹⁵ ENGELEN, F. (2004).

¹³¹⁶ En similares términos VOGEL, K. (1995).

¹³¹⁷ CALDERÓN CARRERO, J. M. (2004).

¹³¹⁸ BORRÁS RODRÍGUEZ, A. (1979).

interna de los Estados contratantes (*lex fori*, aunque con algunas excepciones que aparecen a lo largo del articulado).

Desde luego, no han faltado críticas por parte de la doctrina especializada. RIBES RIBES¹³¹⁹ puntualiza que mediante la norma citada no se conseguía el efecto pretendido, esto es, una cláusula en la que se diera preferencia a la interpretación resultante del contexto en detrimento de la interpretación derivada del Derecho interno estatal, sino que, antes bien, a la inversa, “*lo que se infiere del tenor literal expuesto parece ser una remisión automática y general a la legislación doméstica, únicamente exceptuada en aquellos casos en los que el contexto requiera una interpretación diferente*”. Por su parte VAN RAAD¹³²⁰ recogiendo el testigo lanzado por LENZ en el Congreso de la IFA de 1960, advierte de los peligros que conlleva el que habría que considerar al artº3, apartado 2, del MCDI¹³²¹ siempre como criterio interpretativo preferente, en donde se establece que para la interpretación de cualquier término no definido en el convenio sólo se puede acudir al contexto del propio convenio; por tal contexto solamente debe entenderse (conforme a los dictados del artº32.1 de la Convención de Viena) el contexto interno del CDI, esto es, su preámbulo, agregados y anexos. GRAGEDA NÚÑEZ¹³²² muestra su desacuerdo con tal parecer, porque con un entendimiento tan restringido del contexto fácilmente se llegaría a la necesidad de tener que acudir a la regla de suplencia, es decir, al significado atribuido al término por la legislación doméstica, lo que

¹³¹⁹ RIBES RIBES, A. (2003).

¹³²⁰ VAN RAAD, K. (1978).

¹³²¹ Versión 1963:

“As regards the application of the Convention by a Contracting State any term not otherwise defined shall, unless the context otherwise requires, have the meaning which it has under the laws of that Contracting State relating to the taxes which are the subject of the Convention”

Versión 1977

“As regards the application of the Convention by a Contracting State any term not defined therein shall, unless the context otherwise requires, have the meaning which it has under the law of that State concerning the taxes to which the Convention applies”

“Para la aplicación del Convenio por un Estado contratante, cualquier expresión no definida en el mismo tendrá, a menos que de su contexto se infiera una interpretación diferente, el significado que se le atribuya por la legislación de este Estado relativa a los impuestos que son objeto del Convenio”

Versión actual:

“As regards the application of the Convention at any time by a Contracting State, any term not defined therein shall, unless the context otherwise requires or the competent authorities agree to a different meaning pursuant to the provisions of Article 25, have the meaning that it has at that time under the law of that State for the purposes of the taxes to which the Convention applies, any meaning under the applicable tax laws of that State prevailing over a meaning given to the term under other laws of that State.

(traducción de quien suscribe)

Para la aplicación del Convenio por un Estado contratante en un momento determinado, cualquier expresión no definida en el mismo tendrá, a menos que su contexto requiera otra cosa o las autoridades competentes acuerden una interpretación diferente de conformidad con lo previsto en el artº 25, el significado que en ese momento le atribuya la legislación de ese Estado relativa a los impuestos que son objeto del Convenio, prevaleciendo el significado atribuido por esa legislación fiscal sobre el que resultaría de otras Leyes de ese Estado.

¹³²² GRAGEDA NÚÑEZ, E. (2010).

supondría la entrada en conflicto de las diferencias contenidas en las dos legislaciones estatales en liza, disipándose la finalidad de uniformidad que preside la propia existencia del MCDI. En la misma línea VAN DER BRUGGEN¹³²³ apuesta por la posibilidad de utilización de elementos interpretativos que no se encuentren contemplados estrictamente en el artº 31.2 de la Convención de Viena¹³²⁴.

De las muchas cuestiones que suscita el apartado 2 de referencia, detengámonos en las siguientes:

- a) ¿Qué significado debe dársele a la expresión “*para la aplicación del Convenio*”?
- b) ¿Qué alcance debe dársele a “*cualquier expresión no definida*”?
- c) ¿Qué debemos entender por “*a menos que de su contexto se infiera una interpretación diferente*”?

IV.2.5.3.b.i.1 ¿Qué significado debe dársele a “*para la aplicación del Convenio*”?

Hay autores que entienden que bajo la acotada expresión se incluye sin distinción tanto la aplicación que hagan las AATT como los tribunales. Por el contrario, otros consideran que se refiere a la aplicación que haga el Estado que se encuentra limitado por el Convenio en la aplicación de su Derecho interno¹³²⁵.

IV.2.5.3.b.i.2 ¿Qué alcance debe dársele a “*cualquier expresión no definida*”?

Esta cuestión genera dos problemas:

- la versión en castellano ha venido utilizando el vocablo “*expresión*”, que en realidad es más extensa que la contenida en la versión en inglés “*term*”. Parece que bajo “*expresión*” (“*term*”) debe incluirse cualquier palabra o concepto (aunque el mismo se exprese con varias palabras);
- cuando formalmente el Derecho interno de un Estado no utilice una expresión idéntica al Convenio, pero sí coincida el concepto, parece que podrá aplicarse

¹³²³ VAN DER BRUGGEN, E. (2003).

¹³²⁴ “2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:

a) Todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;

b) Todo instrumento formulado por una o mas partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por los demás como instrumento referente al tratado.”

¹³²⁵ No lo estará, aplicando el Estado de la fuente, cuando conforme al Convenio le corresponda gravar las rentas y efectivamente ejercita tal derecho. Igualmente, tampoco lo estará, aplicando el Estado de la residencia, cuando conforme al Convenio sea a él a quien le corresponda gravar las rentas y efectivamente las grave.

el mismo cuando así corresponda por resultar de la aplicación del Derecho interno al haber entrado en funcionamiento la regla subsidiaria.

IV.2.5.3.b.i.3 ¿Qué debemos entender por “a menos que de su contexto se infiera una interpretación diferente”?

La cuestión encierra a su vez dos problemas:

- ¿cuándo debe acudir al Derecho interno de un Estado?;
- ¿qué debe entenderse por “*contexto*”?

IV.2.5.3.b. i.3. α ¿Cuándo debe acudir al Derecho interno de un Estado?

En torno a la presente cuestión, los posicionamientos doctrinales son dos. Quienes consideran que en todo caso la regla básica y preferente es acudir al contexto para proceder a interpretar el significado de las expresiones no definidas, y solo residualmente, cuando así no sea posible se podrá acudir al Derecho interno. En segundo lugar, quienes consideran que a pesar de que la entrada en funcionamiento del Derecho interno tiene carácter subsidiario, ello no quiere decir que haya que agotar todas las interpretaciones posibles conforme al contexto, sino que solamente hay que agotar aquellas que sean de calado suficiente.

VOGEL¹³²⁶ señala que lo que se contiene en el apartado 2 del artº 3 es una cláusula general de reenvío o remisión al Derecho interno del Estado parte que aplica el Convenio.

XAVIER¹³²⁷ contempla una visión más restringida que VOGEL, negando el valor de regla subsidiaria del Derecho interno del Estado que aplica el Convenio, estimando las siguientes limitaciones al funcionamiento de la remisión:

- a) en primer lugar, para que la remisión se produzca la expresión controvertida debe no encontrarse definida en el tratado;
- b) en segundo lugar, la remisión no lo es a todo el Derecho interno del Estado que aplique el Convenio, sino solamente a la normativa interna concerniente a los impuestos objeto del Convenio¹³²⁸;
- c) en tercer lugar, la remisión no significa una remisión a los principios generales del Derecho del Derecho interno;

¹³²⁶VOGEL, K. (2005).

¹³²⁷ XAVIER, A. (1993).

¹³²⁸ Este presupuesto desaparecería en la revisión del Modelo de 1995.

d) en cuarto lugar, la remisión queda excluida cuando el contexto requiere una interpretación diferente, esto es, solo entraría en funcionamiento cuando el contexto no requiera o permita una interpretación alternativa.

En definitiva, se contiene un doble condicionamiento que imprescindiblemente debe concurrir para que pueda operar la remisión:

- a) la falta de definición de la expresión en debate;
- b) el contexto no requiera una interpretación diferente.

Porque las otras dos limitaciones que cita XAVIER operarían en un momento posterior, una vez que se ha puesto en funcionamiento la mecánica remisoria por concurrir los dos presupuestos necesarios.

IV.2.5.3.b. i.3. β Acotamiento del significado de la expresión “a menos que de su contexto se infiera una interpretación diferente”

La segunda cuestión, concerniente a la expresión “*a menos que su contexto*” o “*a menos que de su contexto*”, es la que ha despertado mayor interés en la doctrina.

El problema principal se focaliza en qué se entiende por contexto. VAN DER BRUGGEN¹³²⁹, en su artículo ya citado, sistematiza los posicionamientos posibles en los cuatro siguientes:

- a) significado estricto: aquello que se encuentra en la misma oración justo a los lados del término en cuestionamiento;
- b) significado dado por la Convención de Viena al concepto contexto;
- c) una especie de tautología carente de sentido, ya que el propio apartado 2, del artº3, constituiría contexto en el sentido que alude la Convención de Viena;
- d) concederle una significación más lata que la literalmente aludida en el artº 31, apartado 2, de la Convención de Viena.

Acogiendo su acepción lata, como aclara RIBES RIBES, por contexto se entiende “*el conjunto de elementos externos con relación al texto mismo, susceptibles de clarificar su significación*” abarcando la intención de las partes al suscribir el tratado, el propio MCDI y los Comentarios. TOVILLAS MORÁN¹³³⁰ parafraseando a XAVIER coincide en señalar que el contexto está constituido por la intención de las partes contratantes al momento de firmar el contrato, así como por el significado dado a los conceptos por la legislación del otro Estado parte. En definitiva, ello no constituye sino la delimitación que los propios Comentarios al artº3, apartado 2, contiene¹³³¹.

¹³²⁹ VAN DER BRUGGEN, E. (2003).

¹³³⁰ TOVILLAS MORÁN, J.M. (1996).

¹³³¹ Parágrafo 12 en versión 2010:

“El contexto está constituido, en particular, por la intención de los Estados contratantes en el momento de la firma del Convenio, así como por el significado que la legislación del otro

IV.2.5.3.b. i.3. El valor interpretativo del MCDI de la OCDE y sus Comentarios, así como de las Directrices. Posible incardinación en las reglas de los artº 31, 32 y 33 de la Convención de Viena.

Expuesto que el MCDI y sus Comentarios, así como las Directrices sobre Precios de Transferencia, tienen cabida dentro del contexto que viabiliza el artº3, apartado 2, descendemos a estudiar el valor interpretativo que puedan tener.

Ante todo, hay que aclarar que cuando se introdujo en 1963 el apartado 2 del artº3 en el Proyecto MCDI todavía no había aparecido en escena la Convención de Viena que es de fecha de 1969, lo que en buena parte justifica los desajustes que en esta materia se ponen de manifiesto.

A favor del valor interpretativo del MCDI de la OCDE y sus Comentarios se muestra el más amplio sector doctrinal. GARCÍA PRATS¹³³² escribe que la importancia de los MCDI radica en servir de “*guía que fija el punto de partida en la negociación de los convenios fiscales, así como una estructura básica común a todos ellos, que permite, o al menos facilita, una interpretación y aplicación común o al menos coherente por parte de los Estados*”. Para VILLCA POZO¹³³³ no ofrece duda que los Comentarios se han consagrado como la “*interpretación auténtica*” de los convenios, porque pretenden proveer una serie de criterios uniformes para los problemas más comunes que surgen en ámbito de la doble imposición internacional. VOGEL¹³³⁴ enfatiza el valor interpretativo con fundamento en las siguientes razones:

a) porque expresamente así lo recogen las recomendaciones que se fueron incorporando como anexo a las distintas versiones

*“Considering futher the need to encourage the common application and interpretation of the provisions of tax conventions that are based on those of the Model Tax Convention on Income and on Capital”*¹³³⁵

Como se puede observar ya en la recomendación del Consejo de 11 abril 1977 se recogía la función armonizadora “*sobre la base de principios, definiciones, reglas y métodos uniformes*” adoptando una “*interpretación común*”. La

Estado contratante atribuye al término de que se trate (referencia implícita al principio de reciprocidad en que se basa el Convenio)”

Y se mantiene en el parágrafo 12 de la versión de 2017:

“The context is determined in particular by the intention of the Contracting States when signing the Convention as well as the meaning given to the ter in question in the legislation of the other Contracting State (as the implicit reference to the principle of reciprocity on wich the Convention is based)”

¹³³² GARCÍA PRATS, F.A. (2009).

¹³³³ VILLCA POZO, M. (2010).

¹³³⁴ VOGEL, K. (2005).

¹³³⁵ Así reza la versión de 2017.

Considerando igualmente la necesidad de armonizar los convenios bilaterales existentes sobre la base de principios, definiciones, reglas y métodos uniformes y de extender la red existente de tales convenios a todos los países miembros y, cuando sea oportuno, a los países no miembros;

Considerando además la necesidad de fomentar la aplicación e interpretación comunes de las disposiciones de los convenios tributarios basadas en las del Modelo de Convenio tributario sobre la renta y sobre el patrimonio (denominado en lo sucesivo el “Modelo de Convenio tributario”)

recomendación de 23 octubre de 1997 anexada a la versión de dicho año y las posteriores versiones, hasta la actualmente vigente, igualmente procedió a recoger esa doble trascendencia interpretativa del MCIDI y sus Comentarios, en su función armonizadora y uniformizadora de la interpretación;

b) porque el MCIDI y sus Comentarios son el fruto de un arduo trabajo de especialistas y discusiones técnicas;

c) porque en la mayoría de los casos los convenios que se celebran proceden a trasponer el MCIDI o lo hacen con ligerísimas variaciones. En consecuencia, son diferenciables tres posibles situaciones:

- ✓ si se adoptó el MCIDI sin modificaciones es de suponer que hubo un acuerdo entre los Estados contratantes y siguieron la recomendación, luego lo razonable y lógico será estar al texto del MCIDI y sus Comentarios;
- ✓ si se adoptó el MCIDI pero con variaciones, pueden ocurrir a su vez dos situaciones: una primera, consistente en que existiese la voluntad de no adoptar una disposición interpretativa, por lo que en tal caso dicha disposición no podrá ser tomada en consideración; y una segunda, cuando en el texto del convenio celebrado no se adopta la literalidad del MCIDI pero sí el espíritu y contenido del MCIDI y sus Comentarios, en cuyo caso habrá de considerarse que por los Estados firmantes se quiso que la interpretación fuese acorde con el MCIDI y sus Comentarios;
- ✓ si el convenio se distancia del MCIDI y sus Comentarios el valor interpretativo del MCIDI y sus Comentarios será residual o inexistente.

Donde auténticamente surgen divergencias es a la hora de concretar el precepto de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969 utilizado para fundamentar ese valor interpretativo.

CUBERO TRUYO y DÍAZ RAVN ¹³³⁶no dudan en que si los convenios de doble imposición tienen rango de norma internacional deben ser interpretados tomando como criterios hermenéuticos los fijados en el Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en sus artº 31 a 33, lo que supone:

- una regla general de interpretación de buena fe conforme al sentido corriente que deba de atribuirse a sus términos en el contexto del tratado y teniendo en cuenta su objeto y su fin (artº31.1 Convención de Viena);
- unas pautas adicionales que habrán de ser tenidas en cuenta:
 - ✓ el contexto abarca el texto del tratado, su preámbulo y anexos, además de todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre los Estados parte con motivo de la celebración, así

¹³³⁶ CUBERO TRUYO A. M. y DÍAZ RAVN, N, (2012).

como todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración y aceptado por las demás como un instrumento referente al tratado;

✓ también hay que atender a todo acuerdo de las partes acerca de la interpretación o aplicación del tratado, a toda práctica en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de su interpretación, y toda forma pertinente de Derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes;

– con carácter complementario cabe acudir a otros medios interpretativos (trabajos preparatorios y las circunstancias de su celebración).

BULLEN¹³³⁷ analiza el encaje de los convenios que hayan seguido el MCDI en el artº 31.1¹³³⁸ de la Convención de Viena y, en su opinión (apoyándose en autores como SKAAR o VOGEL y PROKISCH entre otros), el problema estriba en qué debe ser entendido por “*objeto y fin*”, considerando que hay que estar al “*objeto y fin*” del convenio en cuestión, no de una disposición en particular del convenio. Esto que puede parecer a priori claro, encierra una gran dificultad práctica, porque no es fácil desentrañar el objeto y fin del convenio ni el objeto y fin son únicos en un Convenio.

Para TOVILLAS MORÁN¹³³⁹, a quien ya hemos citado anteriormente, el MCDI y sus Comentarios deben recibir la consideración de “*trabajos preparatorios*” a la hora de la interpretación de las disposiciones de los convenios, por lo que su encuadre fundamentador habilitante radica en el artº 32 de la Convención de Viena. Por trabajos preparatorios habría que entender cualquier actividad concerniente a la fase anterior o concomitante a la firma del convenio, incluyendo entre otras las notas diplomáticas, los informes, las memorias o los comentarios. En suma, este autor los considera como mecanismos complementarios de interpretación, estimando insuficientes las reglas contenidas en los distintos apartados del artº 31 de la Convención de Viena. La profesora RIBES RIBES se muestra contraria a este planteamiento al estimar que no se trata de acuerdos preparatorios a los efectos del artº31, antes bien, afirma que los Comentarios tienen un carácter general válido para todos los convenios y que son mucho más que un documento complementario de los que refiere el artº32. Para esta autora se trataría de contexto, pero entendiendo el contexto en un sentido más amplio del restringido margen que delimita el artº31.2.

VEGA GARCÍA¹³⁴⁰, quien ha escrito uno de los trabajos más completos sobre la materia y seguimos en este momento, procede a repasar las distintas tesis barajadas por los autores que han analizado este extremo, y a cuya lectura nos remitimos, por cuanto que se quiera ver justificación en el artº 31.1, o en el 31.2.a), o en el 31.2.b), o en el 31.3, o en el 31.4, o en el artº32 de la Convención de Viena, no variará la admisión del valor interpretativo del MCDI y sus Comentarios que es lo que aquí nos preocupa.

¹³³⁷ BULLEN, A. (2010).

¹³³⁸ “*Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los terminos del tratado en el contexto de estos teniendo en cuenta su objeto y fin.*”

¹³³⁹ TOVILLAS MORÁN, J.M. (1996).

¹³⁴⁰ VEGA GARCÍA, A. (2014).

Nos parece sumamente esclarecedora la labor de síntesis que realiza GRAGEDA NÚÑEZ¹³⁴¹ reseñando cinco supuestos posibles:

a) tratados que reproducen las disposiciones del MCDI celebrados entre EE.MM de la OCDE: se entiende que las asumen con la significación y alcance que delimitan el MCDI y los Comentarios;

b) tratados que no reproducen las disposiciones del MCDI celebrados entre EE.MM de la OCDE: en estos casos habría que estar a lo dispuesto en la Convención de Viena y se distinguiría entre:

- ✓ la utilización del MCDI que parece se justificaría por vía del artº 31, apartado 3.c)¹³⁴²;
- ✓ la utilización de los Comentarios en cambio sería por vía de lo dispuesto en su artº 31;

c) tratados celebrados entre Estados no miembros pero que reproducen las disposiciones del MCDI:

- ✓ en estos casos el MCDI no tendrían la consideración de contexto conforme al artº 31, apartado 2, de la Convención de Viena, ya que los Estados no son miembros;
- ✓ en estos casos los Comentarios encontrarían su justificación para la utilización como criterios interpretativos en el apartado 3.c) del artº 31 de la Convención de Viena;

d) tratados entre un Estado miembro y un Estado no miembro y que reproducen las disposiciones del MCDI:

- ✓ en estos casos el MCDI podría considerarse como un instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás partes como instrumento referente al tratado, según lo dispuesto por el artº 31, apartado 2.b) de la Convención de Viena;
- ✓ en estos casos los Comentarios recibirían la misma consideración expuesta para el MCDI;

e) tratados entre Estados no miembros y que no reproducen las disposiciones del MCDI, supuestos que pueden presentarse en dos situaciones distintas:

- ✓ que los Estados no estén de acuerdo con el MCDI y los Comentarios, en cuyo caso habrá de acudirse: en primer lugar al convenio que hubieren firmado; en segundo lugar, en defecto del primer recurso habría que estar a los medios complementarios aludidos en el artº 32 de la Convención de Viena (entre los que no están el MCDI y los Comentarios); en tercer lugar, en caso de no poderse interpretar la expresión o término conforme a los anteriores recursos, se podría

¹³⁴¹ GRAGEDA NÚÑEZ, E. (2010).

¹³⁴² una norma pertinente de Derecho internacional aplicable entre las relaciones entre las partes.

acudir al Derecho interno de los Estados parte y, en último lugar, subsidiariamente a todo lo anterior, se podría regresar si siguiese siendo necesario al MCDI y sus Comentarios;

- ✓ que los Estados estén de acuerdo en la aplicación del MCDI y los Comentarios, en cuyo caso el orden a seguir sería acudir en primer lugar al MCDI y sus Comentarios por entenderlos como trabajos preparatorios y circunstancias de su celebración (artº 31.3.c)), en segundo lugar los acuerdos posteriores o la práctica seguida por los mismos (artº31.3.a) y b)) y, como último recurso, si aún hiciese falta, el Derecho interno de los países.

SANTILLANA DEL BARRIO¹³⁴³ con ocasión de la presentación del MCDI 1977 subrayaba el valor ilustrativo e interpretativo de los Comentarios, explicando y aclarando el significado y alcance de las normas, cuya particular importancia deriva del elevado nivel técnico de sus autores (“*elaborados y aceptados por expertos*”) y teniendo singular importancia en la aplicación de los convenios y principalmente para la resolución de controversias que puedan surgir.

Respecto de las Directrices también se afirma su valor como criterio interpretativo. Se ha dicho que las Directrices vienen a suponer la estandarización internacional del régimen de precios de transferencia dentro del marco de la globalización, a través de las cuales se ha conseguido la armonización de los regímenes fiscales. Para ello se hace indispensable que la interpretación del *soft law* sea igual en todas las jurisdicciones. A tal efecto, conforme predica ANEIROS PEREIRA¹³⁴⁴, deben ser tomadas las siguientes consideraciones:

- la recomendación que realiza el Consejo de la OCDE de que la aplicación del *arm's length* sea uniforme y se eviten interpretaciones unilaterales;
- la creación a nivel de la Unión Europea del Foro Conjunto sobre Precios de Transferencia para la consecución de una interpretación uniforme y una aplicación homogénea;
- a nivel del ordenamiento jurídico español, en la Exposición de Motivos de la Ley 36/2006, se señaló como uno de los objetivos “*adaptar la legislación española en materia de precios de transferencia al contexto internacional, en particular a las Directrices de la OCDE sobre la materia y al Foro europeo sobre precios de transferencia, a cuya luz debe interpretarse la normativa modificada*”. En muy parecidos términos la Exposición de Motivos de la Ley 27/2014 recogió el testigo estableciendo: “*el tratamiento fiscal de las operaciones vinculadas constituye un elemento trascendental internacionalmente, al cual se dedican específicamente tanto la Unión Europea como la OCDE. En este sentido, debe tenerse en cuenta que la interpretación del precepto que regula estas operaciones debe realizarse, precisamente, en concordancia con las Directrices de Precios de*

¹³⁴³ SANTILLANA DEL BARRIO, A. (1978).

¹³⁴⁴ ANEIROS PEREIRA, J. (2011).

Transferencia de la OCDE y con las recomendaciones del Foro Conjunto de Precios de Transferencia de la UE, en la medida en que no contradigan lo expresamente señalado en dicho precepto, o en su normativa de desarrollo”.

BULLEN¹³⁴⁵ apunta que los Comentarios extensos del artº 9 del MCDI son los contenidos en las Directrices, por lo que resulta obvia la consideración que merecen para este autor.

VEGA GARCÍA trata de desentrañar en virtud de qué precepto de la Convención de Viena se fundamenta la función interpretativa de las Directrices y aprecia que no coinciden en este extremo la OCDE y la doctrina. Así, la OCDE en los apartados 30 y 31¹³⁴⁶ del Anexo al artº 25 del MCDI OCDE dedicado al Modelo de acuerdo sobre arbitraje dispone:

- una regla general: los árbitros decidirán de acuerdo con las disposiciones del Convenio que resulten aplicables. El Derecho doméstico será tenido en consideración en la medida que sea necesario para verificar que el Estado parte ha hecho una aplicación correcta de las disposiciones del Convenio;
- también se admitirá el que los árbitros acudan a otras fuentes del Derecho. Así aparecen identificados como problemas frecuentes los que surgen en materia de interpretación de los convenios o en la aplicación del principio de *arm's length*. Los primeros se resolverán a la luz de los artº 31 al 33 de la Convención de Viena, tomando en consideración los Comentarios al MCDI en su última versión. Los segundos se solventarán a la luz de las Directrices;
- no obstante lo anterior, a virtud del artº 32 de la Convención de Viena los árbitros pueden acudir a otros medios complementarios de interpretación.

Por otra parte, la doctrina, plasmada en la opinión de VETTEL¹³⁴⁷ según nos refiere VEGA GARCÍA, entiende que las Directrices no son contexto en el sentido dispuesto por el artº 31.2 de la Convención, aunque podrían tener su encaje en el artº 31.4 (el sentido especial que los Estados parte hayan querido dar a los términos de un tratado) y, en última instancia, las Directrices podrían ser utilizadas en la interpretación de los convenios que hayan acogido el artº9 del MCDI por vía del artº32 (medio complementario de interpretación). VETTEL rechaza el que las Directrices puedan utilizarse a través de la vía del artº31.3 (como un acuerdo ulterior de las partes) por diversas razones, entre las que destacan el que si las Directrices no son vinculantes no pueden participar de la naturaleza de los acuerdos, o la circunstancia de que tal vía no explica la aplicación cuando uno de los Estados parte del Convenio no sea miembro de la OCDE.

¹³⁴⁵ BULLEN, A. (2010).

¹³⁴⁶ Versión de 2017. En esta última versión ha desaparecido el apartado 14 del Modelo de acuerdo sobre arbitraje que se propone en el Anexo al artº 25.

¹³⁴⁷ VETTEL, T. (1996).

IV.2.5.3.c ¿Podrían resultar vinculantes los Comentarios y las Directrices como criterios interpretativos a la luz de la doctrina del estoppel y la aquiescencia?

VEGA GARCÍA nos aclara que es necesario formular la cuestión en los términos adecuados, porque la cuestión no es si los Comentarios pueden ser seguidos como criterios interpretativos, sino si es obligatorio seguirlos. Esto es, el valor de los Comentarios como criterio interpretativo no plantea interrogante alguna, el problema se encuentra en determinar su obligatoriedad.

La doctrina del estoppel (también llamado *promissory estoppel* o *equitable estoppel*) y la aquiescencia viene a ser –dicho sea sintéticamente– la versión en Derecho Internacional de la doctrina de los actos propios. Algunos autores la han traído a colación a propósito del estudio del carácter vinculante de los criterios interpretativos recogidos en los Comentarios y las Directrices sobre Precios de Transferencia.

En contra se pronuncia NOCETE CORREA¹³⁴⁸, para quien inferir su carácter vinculante basándose en su aceptación implícita por aplicación de la teoría de los actos propios cuando el Estado no haya formulado las correspondientes observaciones, supone obviar el papel concedido a la voluntad manifestada por los Estados en el Derecho internacional para asumir obligaciones (sólo mediante tratados internacionales) o para resolver los conflictos que puedan suscitarse (mediante acuerdos amistosos).

En la tesis opuesta se sitúa ENGELEN¹³⁴⁹, quien aprecia que el centro de atención hay que colocarlo en el principio de buena fe en el que tienen especial importancia la aquiescencia, el estoppel y las legítimas expectativas como reglas del Derecho Internacional. Sin embargo, el autor no se muestra categórico, sino que expresa que los Comentarios pueden ser una fuente de obligación legal (*can also be a source of legal obligation*) entre países miembros de la OCDE bajo ciertas circunstancias. Por supuesto no faltan autores que avalan el carácter vinculante del *soft law*, siendo citados por VEGA GARCÍA, entre otros, ABI-SAAB, MÜNCH, GRUCHALLA-WESIERSKI, SCHACHTER, SEIDL-HOHENVELDERN.

Aunque la mayoría de la doctrina se muestra contraria a que pueda deducirse el carácter obligatorio de los Comentarios a la hora de interpretar los convenios en aplicación de la doctrina del stoppel y la aquiescencia. Así, WARD¹³⁵⁰ rechaza el posicionamiento de ENGELEN, por cuanto los Estados no siempre realizan observaciones a los Comentarios, incluso cuando es conocido que están en desacuerdo con los mismos, por lo que no puede inferirse que la falta de observación signifique acuerdo con los Comentarios. Cosa distinta es que, como destaca HOLMES¹³⁵¹, cuando dos Estados suscriben un convenio y acuerdan que los Comentarios servirán para interpretar las disposiciones del convenio.

¹³⁴⁸ NOCETE CORREA, J. (2011).

¹³⁴⁹ ENGELEN, A. F. (2004).

¹³⁵⁰ WARD, D., JONES, J.F. A., DE BROE, L. MAARTEN, J. & GOLDBERG, S.H. (2005).

¹³⁵¹ HOLMES, K. (2007).

A quien suscribe las presentes líneas no le resulta fácil admitir que pueda otorgársele un valor al *soft law* que las partes expresamente no quisieron. Porque si la autoridad del MCDI y sus Comentarios deriva de la Recomendación adoptada por el Consejo y el estatuto legal de las recomendaciones expresamente se encuentra perfilado en el Tratado Constitutivo de la OCDE, nos parece forzado deducir de actos no expresos, que contradicen la voluntad manifestada de los Estados al adherirse al mentado Tratado, una significación distinta. Es más, no es que se infiera el valor de actos contradictorios, es que la contradicción no es real sino recreada, porque si se prestó consentimiento a la facultad de optar, el que en un determinado supuesto o materia se opte no significa más que la elección de esa opción, pero no que la naturaleza opcional mute en obligación.

En cuanto a las Directrices puede aplicársele cuanto acaba de ser dicho para los Comentarios, ya que conforme tenemos dicho las Directrices son una mera prolongación de los Comentarios. VEGA GARCÍA niega además el valor de las Directrices como criterio interpretativo de la normativa doméstica por dos razones fundamentales:

- carece de sentido plantearse la aplicación para operaciones vinculadas domésticas en las que no entra en juego otro Estado miembro;
- los institutos del *stopple* y la *aquiescencia*, como otros procedentes del Derecho Internacional, no tienen siempre una articulación directa en los ordenamientos internos.

En nuestra opinión, el valor de las Directrices, incluso en la aplicación de las normas nacionales de los Estados miembros cuando acogen el principio de *arm's length* a las operaciones vinculadas, no debiera plantear mayores problemas. Es más, lo que pudiera conllevar controversia es que las operaciones entre nacionales recibieran un trato diverso por parte de un Estado, diferenciado del que el que se otorga a operaciones transnacionales.

IV.2.5.3.d ¿A qué texto del MCDI y de los Comentarios, así como de las Directrices, hay que estar en cada momento?

Otra de las cuestiones que se plantea la doctrina es el de la fijación del momento temporal al que hay que atender para concretar la remisión al contexto y subsidiariamente al Derecho estatal contenida en el apartado 2 del artº3 del MCDI OCDE. Porque no es lo mismo el que la remisión sea al contexto o Derecho estatal vigentes al momento de la celebración del Convenio de doble imposición que a los vigentes en el momento de estar realizándose la interpretación. De esta reflexión surgieron dos sectores de pensamiento diferenciado que se identifican como interpretación estática e interpretación dinámica. De acuerdo con la primera, como recogen CUBERO TRUYO y DÍAZ RAVN¹³⁵², prima la seguridad jurídica y los artículos de un convenio deben interpretarse sin tener en cuenta las redacciones del

¹³⁵² CUBERTO TRUYO, A. M. y DÍAZ RAVN, N. (2012).

MCDI y de los Comentarios posteriores a la firma. Conforme a la segunda, sí se tendrán en cuenta las redacciones posteriores en detrimento de la seguridad jurídica y la interpretación habrá de realizarse a la luz de la última versión existente del articulado y de los Comentarios.

Pero la temporalidad se plantea no solo respecto a la versión del MCDI y de sus Comentarios, sino que además surge respecto del Derecho interno cuya aplicación resulte del reenvío contenido en el apartado 2 del artº3.

En cuanto al articulado y los Comentarios, el Comité de Asuntos Fiscales en el párrafo 30 de la Introducción a la versión del MCDI de 1977 ya se decantó por una interpretación dinámica al considerar conveniente que la interpretación de los Convenios existentes se realizara en la medida de lo posible a la luz de los nuevos Comentarios, y ello pese a que las disposiciones de tales Convenios no contuvieran las matizaciones introducidas por el nuevo Modelo. Aunque resultaba ya innegable la prevalencia de la tesis dinámica, la doctrina se escindió en dos posicionamientos:

- aquellos que consideraron que la interpretación dinámica debía imponerse en todo caso;
- aquellos que haciendo uso de la expresión “*en la medida de lo posible*” estimaron que cuando no se tratara de cambios sustanciales y sí de meras aclaraciones, adiciones o ampliaciones, debería aceptarse la interpretación dinámica, pero no en otros supuestos.

En la versión de 1992 del MCDI el Comité de Asuntos Fiscales, a través de los párrafos 33 a 36 de la Introducción, vino a ratificar la tesis dinámica, si bien no procedió a clarificar cuál de las dos tesis mantenidas por la doctrina era la correcta.

En cuanto al Derecho interno, en el Proyecto de 1963 y en la versión de 1977 ni el precepto ni sus comentarios contenían una alusión expresa al criterio con el que debían de resolverse los problemas de temporalidad. La interpretación estática se encontraba con tres problemas en su contra:

- la dificultad que podía presentar en un momento dado el concretar el Derecho interno vigente al momento de la firma del Convenio en cuestión;
- cuál sería el momento temporal idóneo a tomar en consideración, el de la firma del convenio, su ratificación o su entrada en vigor, máxime cuando existen ejemplos de convenios que tardan varios años hasta ser aplicables;
- conllevaría la necesidad de revisarse los textos definitivos de los convenios con cierta frecuencia para ir adaptándolos a la realidad cambiante.

A favor de la tesis estática se encontraba el argumento de que no conllevaba una delegación de facultad unilateral de modificación, puesto que en otro caso bastaría que un Estado modificara los términos precisos que convinieran a sus intereses en su

legislación nacional para obtener indirectamente una modificación de los términos de un convenio vigente.

En la versión 1992, en el párrafo 11 de los Comentarios al artº3, se dió acogida a la interpretación dinámica apostando por la interpretación conforme al Derecho interno vigente al momento de aplicar el Convenio.

Pero habría que esperar a la versión de 1995 para que en el propio articulado del Modelo apareciera recogida la interpretación dinámica bajo la expresión “*el significado que en ese momento se le atribuya*” introducido en el apartado 2 del artº3.

No obstante, cuando parecía que las cosas habían quedado aclaradas, los órganos judiciales y administrativos nacionales fueron tomando posicionamientos no siempre coherentes con el texto de la norma. Así, en el caso español, la Dirección General de Tributos ha adoptado posicionamientos tanto favorables a la interpretación estática como a la interpretación dinámica. CUBERO TRUYO y DÍAZ RAVN citan como ejemplo del primer supuesto la Consulta Vinculante NºV0260–07 y del segundo la Nº V0629–11. Otro tanto sucede en nuestro TS, cuyo criterio sentado en la reciente Sentencia de 3 de marzo de 2020 (recurso de casación 5448/2018) no podemos dejar pasar por alto por su trascendencia. En la misma se señala:

“En ningún caso tal interpretación dinámica podría proyectarse retroactivamente sobre un caso regido por la norma anterior. En ningún caso tal interpretación podría fundarse exclusivamente en comentarios, modelos o pautas interpretativas que no hayan sido explícitamente asumidos por los Estados contratantes en sus CDI, aunque tales criterios puedan orientar a los tribunales cuando el comentario o recomendación pueda coincidir con la resultante de interpretar el propio convenio u otros, o las demás fuentes del ordenamiento; y en ningún caso puede la interpretación adoptada por la Administración y por los Tribunales dar lugar a una situación de doble imposición sin valorar previamente la tributación efectiva acreditada en el otro país firmante del CDI y las posibilidades de evitarla que prevé el propio convenio.”

Por tanto, en opinión de nuestro Alto Tribunal la interpretación dinámica tiene límites y como consecuencia del posicionamiento mantenido por el TS en la sentencia citada:

- se niega el valor interpretativo genérico a los Comentarios del MCDI OCDE¹³⁵³;
- la interpretación dinámica del MCDI y sus Comentarios nunca puede prevalecer sobre el sistema de fuentes de nuestro ordenamiento, conforme al cual los tratados vigentes de los que sea parte España no pueden ser modificados por una interpretación conforme al MCDI o sus Comentarios.

En nuestra opinión, el supuesto analizado por la sentencia se encuentra perfectamente acotado y no pueden extrapolarse sus afirmaciones a la generalidad de los supuestos. Nuestro TS se enfrentaba a un supuesto fáctico en el que existía contradicción frontal

¹³⁵³ Así se puede leer en https://www.garrigues.com/es_ES/noticia/uso-principio-interpretacion-dinamica-convenios-doble-imposicion-tiene-limites, consulta en línea 10 junio 2020.

entre el contenido de un tratado vigente y el contenido del MCDI y sus Comentarios vigente, insalvable por vía interpretativa. Ante tal evento, la sentencia viene a considerar que la redacción del MCDI y sus Comentarios vigente al tiempo de la aplicación de la norma, no puede derogar por incompatibilidad a la norma, salvo que los Estados contratantes del convenio expresamente lo hubieran así admitido en el propio convenio (lo que no sucedía en el caso).

IV.2.6. – ¿Crisis de los estándares?

Concluida la exposición de las especialidades de los estándares y el *soft law* como fuentes del Derecho Internacional Tributario debemos, cuando menos, dejar aludido cuál es el panorama actual en que se encuentran los estándares jurídicos.

No faltan autores que vienen prediciendo el declive de los estándares. Para ellos los avances tecnológicos cambiarán la naturaleza y estructura del Derecho, en concreto dos tipos de tecnologías acarrearán la muerte de los estándares: la tecnología predictiva permitirá disponer de una base de datos enorme que permitirá el diseño de normas *ex ante* para cada contexto que se pueda presentar; y la tecnología de la comunicación permitirá a los ciudadanos decidir con un sí o un no si el comportamiento es legal recibiendo información y directrices instantáneas teniendo en cuenta infinidad de factores. El análisis de costes de elección entre estándares y normas se decantará inexorablemente en favor de las últimas¹³⁵⁴.

Como es fácilmente apreciable, esta reflexión supone adentrarnos en la actual crisis del principio de *arm's length* y que abordaremos extensamente en el capítulo VI de este trabajo, al que nos remitimos.

IV.2.7. – ¿Es el principio de arm's length un estándar jurídico?

A estas alturas, de cuanto llevamos expuesto, pocas dudas ofrece la categorización de las Directrices sobre precios de transferencia como *soft law* y del principio de *arm's length* como una de las formas características de su manifestación, el estándar jurídico tributario internacional.

La OCDE así lo ha venido recogiendo reiteradas veces como puede apreciarse ya en las *Guidelines for Multinational Enterprises* de junio de 1976, en cuyo apartado dedicado a la fiscalidad recogía que las Empresas Multinacionales deben restringir el uso de las facilidades proporcionadas por mecanismos como los precios de transferencia cuando no sean conformes con el estándar de *arm's length*¹³⁵⁵. Posteriormente, también lo hacía en el Informe sobre Precios de Transferencia y Empresas Multinacionales de 1979, en

¹³⁵⁴ CASEY, A.J. & NIBLETT, A., (2015).

¹³⁵⁵ “refrain from making use of the particular facilities available to them, such as transfer pricing which does not conform to an arm's length standard”.

su párrafo 29, al citar que las AATT utilizan y aplican el *arm's length* para proveer de un estándar de comparación entre los valores atribuibles a los bienes importados por empresas asociadas y los valores de bienes similares importados por empresas independientes. Otro tanto ocurre en las Directrices que se han ido sucediendo en materia de precios de transferencia. Así, en la versión de 1995, en el glosario aparecía el *arm's length* como el “estándar internacional acordado por los países miembros de la OCDE” y nuevamente aparecía referida tal naturaleza en su párrafo 1.1. En versiones posteriores se vino manteniendo en parejos términos. En la versión 1998, en la traducción al castellano del glosario se eligió el término “norma” en lugar de “standard”, lo que también sucedió con la traducción del párrafo 1.1 del capítulo I. En cambio, en la versión de 2010 se continuó eligiendo el término “norma” en el glosario, aunque en el párrafo 1.1 ya sí se alude al *arm's length* como el estándar internacional que los países miembros de la OCDE han acordado que sea usado con propósitos fiscales por las MNEs y las AATT en materia de precios de transferencia, reafirmando tal *status*. En la versión de 2017 vuelve a suceder exactamente lo mismo que en 2010, de manera que aparece traducido el párrafo 1.1 del capítulo I refiriendo el *arm's length* como estándar, si bien en el glosario se eligió el término “norma” en lugar de “standard”¹³⁵⁶, que es el que aparece en la versión inglesa tanto para el glosario como para la introducción del capítulo dedicado al *arm's length*.

A nivel doctrinal numerosos autores vienen admitiendo la naturaleza de estándar jurídico, si bien algunos autores dándolo por sentado y sin entrar en el debate de fondo, mientras otros reparan con mayor o menor profundidad en tal naturaleza. Desde luego quienes afrontan el estudio del *arm's length* desde la óptica de la economía no reparan en distinciones entre norma o regla y estándar. Ello se aprecia en voces tan representativas en la materia como EDEN¹³⁵⁷. Desde enfoques más estrictamente jurídicos podemos citar a BAISTROCCHI¹³⁵⁸, quien considera sin ningún género de dudas que se trata de un estándar, aunque ello no exonere de plantear problemas conceptuales. Las reglas determinan y anuncian el contenido del Derecho por adelantado, *ex ante*. Los estándares no dotan de contenido por adelantado, sino vía adjudicación en la aplicación al caso concreto. Por tanto, al ser el principio de *arm's length* un estándar, su significado preciso solo quedará concretado mediante su aplicación al caso concreto, lo que acarrea el problema de que para conocer el contenido jurídico del estándar se hacen precisos casos judiciales resueltos de manera que los contribuyentes puedan saber las guías conforme a las que deben comportarse. FEINSCHREIBER et al¹³⁵⁹ otorga el rango de estándar a las propias Directrices, para posteriormente apreciar que ya desde hace tiempo la OCDE viene reiterando la consideración del *arm's length* como estándar internacional, si bien rechaza su ensalzamiento a valor sacrosanto que rijan la materia. La lista de autores para citar que

¹³⁵⁶ “the international standar that OCDE Member countries have agreed”.

¹³⁵⁷ EDEN, L. (1998) ya en su obra “*Taxing Multinationals: Transfer Pricing and Corporate Income Taxation in North America*”, procede a calificar al *arm's length* como estándar, lo que traslada a siguientes artículos como “*The Arm's–Length Standard in North Amercia*”.

¹³⁵⁸ BAISTROCCHI, E. A. (2005).

¹³⁵⁹ FEINSCHREIBER, R., KENT, M y HOBOKEN, N. J. (2012).

vienen a admitir sin mayores consideraciones la naturaleza de estándar del *arm's length* es prácticamente interminable (SCHÖN¹³⁶⁰, FISH¹³⁶¹, CELESTIN¹³⁶², HAMAEEKERS¹³⁶³). Tampoco faltan autores españoles en este sentido. GÓMEZ REQUENA¹³⁶⁴ conceptúa el *arm's length* como un estándar fiscal internacional. NAVARRO IBARROLA¹³⁶⁵ acogiéndose a la terminología de ALEXY considera que el *arm's length* es una suerte de mandato de optimización. CAÑABATE CLAU¹³⁶⁶, quien aprecia el carácter de *soft law* de las Directrices implementado por mutuo acuerdo de los Estados en el ámbito de las relaciones internacionales y cuya relevancia jurídica se encuentra en constituir principio informador y uniformador, así como canon interpretativo de las normas nacionales e internacionales en el ámbito del *arm's length*. GÓMEZ COTERO¹³⁶⁷ advierte que el *arm's length* es un estándar internacional establecido para resolver los problemas que surgen en la fijación de los precios en materia de precios de transferencia. ROSEMBUJ¹³⁶⁸ matiza que los estándares proveen guía o modelo a las leyes domésticas para su adecuación internacional, destacando su “*generación jurídica*” por cuanto los procesos, instituciones y prácticas crean la atmósfera de un comportamiento debido, aun cuando no sea de obligado cumplimiento.

A nivel judicial también ha venido siendo reconocida la naturaleza de estándar jurídico. Sirva de referencia el pronunciamiento del Tribunal de Apelaciones, Segundo Circuito, estadounidense en *U.S. Steel Corp. v. Commissioner of Internal Revenue* señala que el *arm's length* principle “*se creó para ser un estándar objetivo*”. En nuestro país el Tribunal Constitucional en su Sentencia 145/2013 de 11 de julio:

“También la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos ha adoptado directrices sobre precios de transferencia a empresas multinacionales y Administraciones tributarias aprobadas por el Consejo de la OCDE el 13 de julio de 1995 [C (95)126/Final], cuya última ampliación y actualización se ha producido por resolución del mismo Consejo de 22 de julio de 2010. Tales directrices, al igual que el indicado código de conducta, carecen de valor estrictamente normativo. Sin embargo, han orientado al legislador español con incidencia particular en el apartado 2 del artículo 1 de la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal, que dio nueva redacción a los apartados 2 y 10 del art. 16 del Real Decreto Legislativo 4/2004”

La STS 12 julio 2012, Recurso de Casación núm. 1485/2009, recoge la condición de estándar jurídico internacional del *arm's length*. La Audiencia Nacional se ha prodigado en más ocasiones y hace lo propio en pronunciamientos como los de 11 enero y 29 junio de 2018.

¹³⁶⁰ SCHÖN, W. (2011).

¹³⁶¹ FISH, H. (1995).

¹³⁶² CELESTIN, L. (2000).

¹³⁶³ HAMAEEKERS, H. (2005).

¹³⁶⁴ GÓMEZ REQUENA, J. A. (2018).

¹³⁶⁵ NAVARRO IBARROLA, A. (2016).

¹³⁶⁶ CAÑABATE CLAU, D. (2015).

¹³⁶⁷ GÓMEZ COTERO, J. J. (2017).

¹³⁶⁸ ROSEMBUJ, T. (2013).

IV.3. ¿Es una costumbre internacional?

Pese a lo acabado de exponer en el anterior apartado, nos sentimos obligados a realizar una última reflexión en torno a si el principio de arm's length pudiera tener la consideración de costumbre internacional, por cuanto que, conforme a continuación expondremos, no faltan autores que han querido ver la posibilidad de categorizarlo como tal, por lo que este capítulo quedaría incompleto sin el presente apartado donde consideraremos algunas de las opiniones doctrinales más representativas.

IV.3.1 La costumbre internacional como fuente del Derecho Internacional Tributario.

Al igual que ya señalamos al ocuparnos de los principios generales del Derecho, la costumbre tiene poco espacio en el ámbito de un Derecho Tributario (como también sucede en el Derecho Penal) regido por el principio de seguridad y de reserva de ley¹³⁶⁹. Donde sí muestra un gran vigor es en el Derecho Internacional. Igualmente vimos que la doctrina (donde destaca especialmente el posicionamiento de LÓPEZ ESPADAFOR) en la categoría de Derecho Internacional General ubica tanto los principios generales del Derecho como la costumbre internacional.

El artº 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia recoge entre las fuentes del Derecho Internacional a la costumbre internacional, refiriéndose a ella como “*prueba de una práctica generalmente aceptada como Derecho*”. El citado párrafo ha sido criticado por contener una redacción poco acertada ya que la costumbre no es prueba de una práctica generalmente aceptada como Derecho, sino que sucede junestamente lo contrario, la práctica es la prueba de que existe una costumbre internacional (VERDROSS¹³⁷⁰).

Tradicionalmente la doctrina maneja dos elementos definitorios de la costumbre internacional: un elemento material, consistente en una práctica uniforme y constante (común y reiterada), y un elemento psicológico o espiritual que se plasma en la convicción de los Estados o los sujetos de Derecho internacional de que cuando desarrollan las citadas prácticas lo hagan bajo la convicción de que ejercitan un derecho o cumplen una obligación.

CARRILLO SALCEDO¹³⁷¹ indica que los dos elementos tradicionales no se vienen considerando suficientes por la jurisprudencia internacional, identificando los siguientes elementos conformadores de una práctica como costumbre:

¹³⁶⁹ LÓPEZ ESPADAFOR, C.Mª. (2006).

¹³⁷⁰ VERDROSS, A. (1957).

¹³⁷¹ CARRILLO SALCEDO, J. A. (1991).

a) La aceptación general y clara, la medida en cuestión debe ser conocida y aceptada, aunque sea de forma tácita. Generalidad no quiere decir que sea aceptada por todos los Estados del mundo, pero sí que sea ampliamente practicada.

b) La uniformidad de la práctica.

c) La duración de la práctica debe ser considerable, aunque esta exigencia se ha venido suavizando.

d) La convicción jurídica (opinio juris) que supone la convicción de hallarse ante una obligación jurídica, no bastando la mera reiteración, sino que la conducta debe repetirse en convencimiento de la obligatoriedad.

El artº38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia no concreta un plazo concreto mínimo para considerar una práctica como costumbre, acudiéndose por la doctrina a los asertos contenidos en la Sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 20 febrero 1969, Asunto plataforma continental del Mar del Norte, que por su claridad no merece explicaciones adicionales:

“aun cuando no haya transcurrido un largo periodo de tiempo, haya una participación amplia y representativa de los Estados parte en la Convención (...). Si bien no es necesario que haya pasado un largo período de tiempo para que se forme una nueva regla de Derecho internacional consuetudinario a partir de una regla internacional convencional, es indispensable que en ese lapso, por más breve que sea, la práctica de los Estados, entre los que se comprendan los que están particularmente interesados, haya sido frecuente y prácticamente uniforme en el sentido de la disposición invocada”

En el Proyecto de Conclusiones sobre la identificación del Derecho Internacional Consuetudinario preparado por la Comisión de Derecho Internacional aprobado los días 2 y 3 de agosto de 2018 se recogieron toda una serie de precisiones en las que quedan claramente fijados los elementos y funcionamiento de la costumbre internacional, constituyendo, junto con sus Comentarios, un auténtico tratado sobre el Derecho Internacional consuetudinario. Aquí nos limitamos a recoger esquemáticamente los puntos más esenciales:

a) se determina que la costumbre precisa para su apreciación la concurrencia de los dos consabidos elementos material y espiritual;

b) para la valoración de la concurrencia de los dos elementos hay que tener en cuenta el contexto general, la naturaleza de la norma y las circunstancias propias de cada uno de esos medios. Cada elemento debe ser valorado por separado;

c) en relación con la existencia de la práctica se puntualiza:

- ✓ debe ser una práctica general, o sea, suficientemente extendida y representativa;
- ✓ debe ser constante, y si varía tendrá menor peso;

- ✓ aspecto subjetivo de la práctica: los sujetos de las prácticas serán principalmente los Estados, aunque también pueden serlo las Organizaciones Internacionales. Sin embargo, no se admiten como prácticas consuetudinarias los comportamientos de otros actores, sin perjuicio de la significación que puedan tener a la hora de valorar la práctica de los Estados y de Organizaciones Internacionales;
- ✓ aspecto objetivo de la práctica: las prácticas podrán consistir en comportamientos tenidos lugar en el desarrollo de funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole;
- ✓ aspecto formal de la práctica: las prácticas pueden revestir múltiples formas, pudiendo ser materiales, verbales o incluso la inacción consciente, sin que exista jerarquía entre las distintas formas;
- ✓ aspecto temporal: no se requiere una duración concreta.

d) en cuanto a la *opinio iuris* se expone:

- ✓ conceptualmente significa que la práctica en cuestión ha de seguirse con el convencimiento de la existencia de una obligación jurídica o un derecho. Cuando existe una práctica reiterada pero no concurre la *opinio iuris* no se tratará de una costumbre, sino de un simple uso internacional que podrá llegar a ser algún día una costumbre internacional.
- ✓ Formas de prueba:
 - la prueba de la *opinio iuris* puede revestir múltiples formas, enunciándose como más habituales, aunque no únicas, las siguientes:
 - las declaraciones públicas hechas en nombre de los Estados;
 - las publicaciones oficiales;
 - los dictámenes jurídicos gubernamentales;
 - la correspondencia diplomática;
 - las decisiones de las cortes y tribunales nacionales;
 - las disposiciones de los tratados;
 - el comportamiento en relación con las resoluciones aprobadas por una organización internacional o en una conferencia intergubernamental;
 - la no reacción a lo largo del tiempo también es un elemento de prueba
- ✓ exclusión de la resolución de una Organización Internacional o de una conferencia intergubernamental como fuente válida de creación de una norma consuetudinaria internacional, salvo que se establezca que es una práctica general aceptada en Derecho. Lo que sí se podrá utilizar como elemento de prueba;

- ✓ se consideran medios auxiliares en la determinación de la costumbre:
 - Las decisiones de Cortes y Tribunales Internacionales. Sin embargo, las decisiones de Tribunales nacionales pueden constituir práctica, y también prueba, de la aceptación como Derecho por ese Estado.
 - La doctrina más autorizada de los distintos países

IV.3.2 El principio de *arm's length* como costumbre internacional.

Constituye un clásico de la materia el artículo autoría de THOMAS¹³⁷² en el que desde la perspectiva estadounidense se plantea la interrogante en ciernes, tratando de contestar al enfrentamiento histórico entre el enfoque de entidad separada (o principio de *arm's length*) y el enfoque unitario (o método formulario). Para ello procede a estudiar los presupuestos necesarios para categorizar una práctica como costumbre, de manera que:

- debe tratarse de una práctica consistente y continua, aunque no precisa que sea universal, bastando que la practiquen los países con intereses claramente afectados con el consentimiento tácito de los demás, ni tampoco precisa actualmente que haya solidificado lentamente durante años, pudiendo solidificar instantáneamente en el mundo de las nuevas tecnologías;
- debe ser vinculante, lo que conlleva, por un lado, el que se aprecie un claro reconocimiento de las naciones a la obligación de adherirse y, por otro lado, una alta probabilidad de acciones punitivas en el supuesto de que la práctica sea violada;
- las fuentes normales de evidencia de la costumbre internacional son los tratados internacionales, la actividad de las organizaciones internacionales y otras fuentes varias (decisiones de tribunales nacionales e internacionales, correspondencia diplomática, declaraciones políticas, opinión de consejeros legales oficiales, archivos históricos, la prensa, etc.)

Aplicando lo anterior al *arm's length*, el autor profundiza en sus posibles fuentes de evidencia y si concurren los presupuestos.

Como fuentes de evidencia reseña las que aprecia a nivel internacional y a nivel estadounidense. Así, en el primer nivel, realiza un repaso de lo que se ha denominado visión evolutiva del enfoque de entidades separadas, comenzando con la Liga de las Naciones y la cita del primer modelo de tratado bilateral de 1927 en el que se recogió como regla general el enfoque de entidades separadas, al mismo sucedió en 1928 la propuesta de tres modelos de tratados bilaterales donde se dejaba abierta la posibilidad de la aplicación del método de entidades separadas y, por último, en el Informe Carroll se recogía que el enfoque de entidades separadas era el mayoritariamente acogido por las naciones. La OCDE recogió el testigo y desde las propuestas de modelos de convenios bilaterales de doble imposición de 1963 y 1977 incluyó el principio de *arm's*

¹³⁷² THOMAS, C. (1996).

length en su artº7 en materia de establecimientos permanentes y en su artº9. Otro tanto sucede en el modelo de convenio de doble imposición de la ONU que siguió los pasos marcados por la OCDE en la materia. En cuanto al segundo nivel, en EE. UU. en 1976 quedó promulgado su propio modelo de convenio de doble imposición en el que se acoge el enfoque de entidades separadas en parecidos términos a como ocurre en el modelo de la OCDE, incluso con los mismos numerales de artículos (artº7 y 9). Por otra parte, a la vista del posicionamiento del Congreso de EE. UU. y la práctica de sus tribunales, THOMAS concluye que ni se proclama abiertamente el enfoque de entidades separadas ni se rechaza, siendo acogido, pero dejando suficiente espacio para variaciones¹³⁷³. Por otra parte, en EE. UU. son apreciables otras fuentes mediante las que reacciona al consenso general existente en el resto de los países a favor del enfoque de entidad separada, pudiéndose afirmar que EE. UU. avala en su política fiscal federal dicho enfoque, y así lo avalan diversas declaraciones producidas durante la administración del presidente Carter, Reagan y Bush, además de varias iniciativas legislativas con las que se buscaba la eliminación del método formulario. Durante la administración del presidente Clinton el abogado general en su informe en el caso *Barclays Bank Plc v. Franchise Tax Board* reconoce que el enfoque de entidades separadas y el *arm's length* es el que rige en el Derecho federal y en la práctica internacional.

Sin embargo, cuando THOMAS desciende a los presupuestos, la cosa cambia, ya que aunque considera que no resulta discutible la existencia de la práctica (como evidencian convenios internacionales, la actividad de organizaciones internacionales, los posicionamientos de la mayoría de los Estados y de la Unión Europea, declaraciones y publicaciones gubernamentales, o lo sucedido en el Tribunal Supremo estadounidense, y hasta es reconocido por autores que se muestran poco partidarios del método), no considera que el *arm's length* cumpla claramente con el aspecto de la posibilidad de la generación de acciones punitivas como componente esencial de la fuerza vinculante y, en todo caso, lo que parece estar fuera de duda es que EE.UU se ha mostrado como un objetor persistente¹³⁷⁴.

¹³⁷³ El problema estadounidense deriva de los posicionamientos divergentes de los distintos estados federales. La Constitución de EE. UU. bajo la cláusula de comercio faculta al legislador a regular la fiscalidad de las empresas multinacionales. Pero el Congreso ni ha admitido ni rechazado el método formulario, habiendo tenido que adoptar posicionamiento el Tribunal Supremo en la materia. Así en el caso *Barclays Bank PLC v. Franchise Tax Board* vino a reconocer que ante el comercio internacional EE. UU. actúa como un solo gobierno.

¹³⁷⁴ Con dicha finalidad el autor expone diversos argumentos:

- los tratados internacionales en EE. UU. no vinculan a los Estados federales ni pueden contradecir la Constitución,
- el Congreso no ha emanado una norma que obligue a los Estados federales a la aplicación del *arm's length*,
- el ejemplo del Convenio con el Reino Unido respecto del que el Senado americano señaló que no obligaba a los Estados federales,
- o las posiciones adoptadas por el Tribunal Supremo estadounidense en casos como El Paquete Habana (la costumbre internacional se aplicará cuando no hay tratado, o acto ejecutivo o legislativo o judicial sobre la materia) o el *Barclays*.

WITTENDORFF¹³⁷⁵ parte del aserto expuesto por el profesor VOGEL¹³⁷⁶ de que el Derecho internacional consuetudinario no prohíbe la doble imposición; no estando los Estados obligados a coordinar sus legislaciones internas en aras a evitar que se produzcan situaciones de doble imposición. Ahora bien, ¿sucede lo mismo con el principio de *arm's length*? Para ello el autor desciende a analizar los dos elementos necesarios para la existencia de una costumbre jurídica internacional.

Comenzando por el elemento material, se puede fácilmente constatar que el mismo se encuentra indiscutiblemente cumplido, analizando la existencia de la práctica de modo generalizado y uniforme a cuatro niveles distintos:

- porque basta observar que desde 1933 el principio de *arm's length* ha venido apareciendo incorporado a los distintos modelos de convenio de doble imposición ideados primeramente por la Liga de las Naciones y, posteriormente, por la OCDE, Naciones Unidas y Estados Unidos;
- porque en la mayoría de los convenios de doble imposición celebrado aparece incorporado el principio de *arm's length*;
- porque hay una gran número de países que han incorporado en su Derecho doméstico el principio de *arm's length*;
- porque en el ámbito europeo, por vía del artº4 del Convenio de Arbitraje, los países de la Unión Europea vienen obligados a usar el principio de *arm's length*.

En lo atinente al elemento espiritual (opinio iuris) entran en juego diversas consideraciones en las que hay que reparar:

- los debates sobre el agotamiento del *arm's length* y la propuesta de enfoques alternativos pueden ser utilizados tanto para fundamentar la existencia de una convicción por parte de los Estados como para sostener justamente lo contrario;
- parece que no existen argumentos que permitan pensar que el principio de *arm's length* es algo más que una obligación derivada de aquellos tratados en los que ha sido incorporado, debiendo formar parte de estos para que obliguen a los Estados parte;
- la circunstancia de no haberse conseguido un convenio multilateral;
- existen diversos Estados de Estados Unidos que no han aceptado el enfoque de la entidad separada;
- la propia OCDE nunca se ha referido al principio de *arm's length* como una costumbre internacional ni le ha concedido tal estatus jurídico;
- por consiguiente, en opinión del autor de referencia no puede entenderse cumplido el requisito de la opinio iuris y no puede otorgársele al principio de *arm's length* el estatus de costumbre internacional.

¹³⁷⁵ WITTENDORFF, J. (2010).

¹³⁷⁶ VOGEL, K. (1995)

CAPÍTULO V.-

EL CASO DE ESPAÑA.-

V.1.-Introducción.-

Siendo el objeto de este trabajo el profundizar en los fundamentos y naturaleza del *arm's length*, es claro que no podría ser completa una visión de los mismos sin detenernos en estudiar el posicionamiento ante los precios de transferencia del ordenamiento jurídico de nuestro país.

En la evolución normativa patria pueden distinguirse tres etapas bien diferenciadas:

- a) Primera etapa: antes de la Ley 61/1978.
- b) Segunda etapa: La Ley 61/1978 y modificaciones posteriores.
- c) Tercera etapa: La Ley 43/1995 y modificaciones posteriores que marcan lo que pudiéramos tildar como la era moderna y contemporánea del régimen del *arm's length* en nuestro país. En este período pueden identificarse a su vez unos hitos legislativos principales que marcan el hilo conductor de la evolución:
 - 1º. La Ley 43/1995 junto con su desarrollo y modificaciones posteriores:
 - i. Ley 1/1998.
 - ii. Ley 46/2002.
 - iii. RD Legislativo 4/2004 de 5 de marzo, Texto Refundido LIS.
 - iv. RD 1777/2004 de 30 de julio, RIS.
 - 2º. La Ley 36/2006 de Medidas para la Prevención del Fraude Fiscal y sus modificaciones posteriores, de entre las cuales hay que reparar en:
 - i. El RD 1793/2008 de 3 de noviembre de Modificación del RIS.
 - ii. El RD Ley 6/2010.
 - iii. El RD Ley 13/2010.
 - 3º. La Ley 27/2014 de 27 de noviembre y su desarrollo reglamentario y modificaciones posteriores. V.2 Primera etapa: Antes de la Ley 61/1978.

Antes de la Ley 61/1978 realmente no había un régimen auténtico de precios de transferencia, mucho menos de operaciones vinculadas. Se trataba de normas aisladas de carácter únicamente antielusivo y no valorativo, por lo que difícilmente puede pensarse en que tuviera acogida el valor de mercado, o al menos con el significado y extensión con los que hoy en día lo entendemos. Como principales hitos normativos durante este periodo podemos reseñar:

- a.1) La Disposición 5ª, regla 4ª, apartado b) de la Tarifa III de la Contribución sobre Utilidades de Riqueza Mobiliaria de 1922¹³⁷⁷(conocida como Ley de

¹³⁷⁷Del siguiente tenor: “no se deducirán nunca de los beneficios los intereses exigidos por las empresas matrices extranjeras a sus filiales o sucursales establecidas en el Reino por razón de capitales invertidos por aquéllas en los negocios de éstas, ni por la contribución a los gastos de otro establecimiento, ni por ningún otro concepto análogo que permita reducir el beneficio obtenido en España”.

Utilidades), en la que se vislumbró el primer germen de regulación¹³⁷⁸ de los precios de transferencia, aunque se puede observar que solo contemplaba operaciones de la matriz extranjera que invertía en filial o sucursal española y viceversa¹³⁷⁹, de sociedades españolas en el extranjero mediante establecimiento permanente, pero no entre dos entidades independientes residentes en territorio español¹³⁸⁰, lo cual no sucedería hasta 1978.

La norma contenía una prohibición radical de la realización de deducciones por gastos de las filiales españolas pagados a la matriz extranjera. Tanto el ámbito objetivo como cuantitativo de la prohibición fueron muy amplios, por cuanto la regla prohibía la deducción de todo pago de la naturaleza especificada (intereses, gastos o cualquiera de naturaleza análoga)¹³⁸¹ y, además, porque la no deducibilidad se extendía a la totalidad del gasto, no a una parte del mismo como resultaría de la aplicación del régimen de ajustes propio del sistema de *arm's length* que estaba por venir.

a.2) La Orden Ministerial del Ministerio de Hacienda de 17 de Marzo de 1955 (BOE 26 de Marzo) por la que se dieron normas sobre la forma de computar, a efectos fiscales, el valor real en los casos de enajenación o cesión, en cualquier forma, de elementos patrimoniales de la empresa, viniendo a disponer que entre los ingresos de la empresa se computarían, a los exclusivos efectos previstos en el apartado b) de la regla primera de la disposición quinta de la Tarifa III de Utilidades, los provenientes del incremento de valor, el cual no podría ser inferior al que determinase la diferencia existente entre el atribuido en cuenta al elemento enajenado o cedido y el que realmente tuviese éste en el mercado. Para la determinación del valor real se diferenció entre el caso de los valores mobiliarios y cualquier otro tipo de elemento patrimonial. El valor real de los que no fueran valores mobiliarios se determinaría mediante las reglas previstas en el Reglamento del impuesto de Derechos reales para las liquidaciones. La determinación en el supuesto de los valores mobiliarios dependería de si cotizaban o no. Si se trataba de valores cotizados continuamente, el valor real venía dado por el cambio oficial de cotización del día que tuviese lugar la salida del patrimonio y, en su defecto, el día anterior. Cuando eran valores mobiliarios no cotizados continuamente, a su vez se diferenciaba entre: a) títulos de participación en beneficios sociales, cuyo valor real se concretaría mediante estimación pericial y b) obligaciones o títulos equivalentes, cuyo valor real

¹³⁷⁸ CALVO VÉRGEZ, J. (2011).

¹³⁷⁹ Consecuencia de la participación de la misma personalidad jurídica de la matriz y la sucursal se imponía el sistema de la cifra relativa de negocios, nos comenta ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, C. (1949).

¹³⁸⁰ FERRER VIDAL, D. (2015).

¹³⁸¹ ALBIÑANA cita las Resoluciones del TEAC de 30 de enero y 20 de noviembre de 1934, de 9 de abril de 1935 y 11 de mayo de 1941 para señalar que dentro del ámbito objetivo de la prohibición se incluyeron los cánones pagados por la filial española a su matriz extranjera en razón de la explotación de patentes y marcas cuya titularidad pertenecieran a la matriz, así como los pagos por servicios en concepto de asistencia técnica y supervisión de producción. ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, C. (1949).

vendría dado por el nominal, salvo que hubiera intereses pendientes de pago puesto que en tal situación se hacía necesaria una estimación pericial.

La Orden Ministerial del Ministerio de Hacienda de 17 de julio de 1956 (BOE 31 de julio), aclaratoria de la anterior con referencia a los casos de fusión y absorción de sociedades, vino a disponer que lo dispuesto por la Orden Ministerial de 17 de Marzo de 1955 no sería de aplicación a los incrementos de valor puestos de manifiesto en procesos de fusión de sociedades, y en el caso de absorción tampoco lo serían si hubiesen tenido lugar o lo tuvieran en el periodo de *vacatio legis* que la orden fijaba.

Quiere esto decir que, como ha apuntado ESTEBAN MARINA¹³⁸², “*el criterio de valorar las enajenaciones empresariales a precios de mercado nació por una simple Orden Ministerial y como mera regla interpretativa del apartado b), regla primera, disposición quinta, de la Tarifa III*”.

a.3) La Orden Ministerial de 13 de mayo de 1958 por la que se aprobó la Instrucción provisional para la exacción del Impuesto sobre las rentas de Sociedades y demás Entidades Jurídicas, en la que se vino a reproducir en su Regla 14, rubricada “*conceptos no deducibles*”, apartado b), la prohibición de las deducciones contenida en la Tarifa III de Utilidades.

a.4) Posteriormente, la Ley 41/1964 de 11 de junio, de Reforma del Sistema Tributario, trajo consigo una modificación en el régimen tributario de las sociedades extranjeras. Los factores determinantes de la modificación en esta materia fueron fundamentalmente:

- ✓ El régimen establecido por la Ley de Utilidades había quedado superado por el progreso tenido lugar en las técnicas de evitación de la doble tributación.
- ✓ La incorporación de España a la OCDE.
- ✓ El régimen establecido en los convenios de doble imposición que España había venido celebrando y en vías de celebración.
- ✓ La superación del principio de la cifra relativa de negocios (o principio unitario) por la aplicación del principio de la contabilidad separada.

La norma vino a establecer la sujeción a tributación en España de las sociedades y entidades jurídicas residentes en España¹³⁸³ por sus rentas mundiales (principio de universalidad). Las sociedades residentes en el extranjero serían gravadas únicamente por las rentas o beneficio neto obtenidos en nuestro país (principio de la fuente)¹³⁸⁴, pudiendo suceder que, si concurrían las circunstancias de que la sociedad residente en el extranjero actuase sin intermedio de establecimiento permanente y, además, se tratase de alguno de los supuestos de rentas especiales

¹³⁸² ESTEBAN MARINA, A. (1999).

¹³⁸³ Bien por haberse constituido en España o por tener su domicilio en nuestro país.

¹³⁸⁴ Artº73.1.

en la norma especificados¹³⁸⁵, el impuesto sobre sociedades no podría ser exigido, o, por el contrario, si actuase por intermedio de establecimiento permanente o bien se tratase de rentas obtenidas por entidad residente en el extranjero y que no fuera de las excepcionalmente excluidas, en ambos casos estarían sujetas al citado impuesto. El artº 73.3 derogó el régimen de la cifra relativa de negocios, por lo que comenzaría a aplicarse el régimen de contabilidad separada, o como dice el profesor CALVO VÉRGEZ¹³⁸⁶ “*se atribuirían a los establecimientos permanentes los mismos beneficios que hubieran podido obtener en el supuesto de que se tratase de una empresa distinta y separada que ejerciese con total independencia actividades idénticas o análogas*”. El nuevo régimen se difería a una nueva regulación que debería adoptar el Ministerio de Hacienda.

Pero las manifestaciones del *arm's length* no cesan ahí, sino que debemos reparar en dos normas adicionales contenidas en la Ley 41/1964:

- El artº77, el cual establecía: “*Las cantidades o intereses exigidos por las empresas matrices extranjeras a sus filiales españolas por razón de los capitales invertidos por aquéllas en los negocios de éstas o por contribución a los gastos de otro establecimiento, o por cualquier concepto análogo que permita reducir el beneficio de la filial, se considerarán solamente como gastos deducibles cuando resulte justificada la causa de dichos pagos y las condiciones de éstos puedan presumirse normales, habida cuenta de las especiales relaciones existentes entre el acreedor y el deudor. Tales condiciones habrán de ser, en su caso, acreditadas por el contribuyente. Las discrepancias que se originen en la apreciación de estas circunstancias se dilucidarán por el Jurado tributario.*”

Son varios los comentarios que merece este artículo.

- ✓ En primer lugar, supuso la ruptura con el sistema de prohibición de deducciones arrastrado desde la Tarifa III de las Utilidades, admitiéndose las mismas bajo determinados presupuestos: causa justificada (esto es, no se trate de un artificio irreal) y condiciones de normalidad.
- ✓ En segundo lugar, nuevamente aparecía a través de dicha disposición el carácter antielusivo del régimen legal, orientado a impedir la posible merma en el pago de impuestos cuando hubiera especial relación entre el acreedor (empresa matriz extranjera) y deudor (filial española), estableciéndose como parámetro de admisibilidad la doble condición referida.

¹³⁸⁵ dividendos, intereses o rendimientos análogos (artº 72.2), o se trate de rentas procedentes de bienes inmuebles sujetos a contribución rústica o urbana.

¹³⁸⁶ CALVO VÉRGEZ, J. (2011), Capítulo I.

- ✓ En tercer lugar, es la primera vez que se utiliza por el legislador español el criterio de normalidad, muy próximo al concepto más técnico de mercado.
 - ✓ Y, a mayor abundamiento, en cuarto lugar, debe hacerse notar que la aplicación del régimen se impone con carácter obligatorio cuando la transacción entre dos partes vinculadas suponga una pérdida para la Administración tributaria.
- el artº 73.2, cuando refiriéndose a las sociedades extranjeras regula: *“Cuando dichas sociedades y entidades realicen negocios en España por medio de establecimiento permanente, sus gastos de dirección y los generales de administración serán deducibles a efectos de este impuesto en aquella parte que racionalmente pueda imputarse a dicho establecimiento. Será de la competencia del Jurado tributario la resolución de las discrepancias que sobre cuestiones de hecho se susciten en la aplicación de esta norma.”*

a.5) Un año más tarde el Decreto 3669/1965, de 9 de diciembre en su artº 4 dispuso: *“en particular, tendrán siempre la consideración de beneficio en España aquellas partidas que impliquen, directa o indirectamente, transferencia de beneficios al extranjero, sea valiéndose de aumento o disminución en los precios de compra o venta, de adeudos por participaciones o cánones en ingresos, gastos, producción o conceptos análogos, en contraprestación de asistencia técnica, uso de patentes o marcas, de cargos por intereses, comisiones o de cualquier otro medio que conduzca a reducir el beneficio procedente de operaciones efectuadas en territorio español, y a favor de la propia empresa en sus establecimientos situados fuera del citado territorio, de terceros con ella relacionados, de las filiales que se encuentren bajo su dependencia o de la matriz de la cual dependan”*

a.6) A la anterior normativa sucedió la traída por el Decreto núm. 3359/1967 de 23 de diciembre mediante el que se aprobó el texto refundido de la Ley del Impuesto General sobre Sociedades y demás Entidades Jurídicas. Lo dispuesto en el artº 77 de la Ley 41/1964 pasó a constituir el apartado 16¹³⁸⁷ del nuevo artº17, añadiéndosele la especificación de que habría de entenderse la concurrencia de relación especial *“matriz-filial”* entre dos sociedades cuando, o bien la matriz

¹³⁸⁷ *“Tendrán la consideración de partidas deducibles de los ingresos:....16.Las cantidades o intereses exigidos por las empresas matrices extranjeras a sus filiales españolas por razón de los capitales invertidos por aquéllas en los negocios de éstas o por contribución a los gastos de otro establecimiento o por cualquier concepto análogo que permita reducir el beneficio de la filial, solamente cuando resulte justificada la causa de dichos pagos y las condiciones de éstos puedan presumirse normales, habida cuenta de las especiales relaciones existentes entre el acreedor y el deudor. Tales condiciones habrán de ser acreditadas por el contribuyente.*

A efectos de este Impuesto, se considerará que existe relación de entidad matriz a filial cuando la primera participe, directa o indirectamente, como mínimo, en el 25 por 100 del capital social de la segunda, o cuando, sin mediar dicha circunstancia, una entidad ejerza en otra funciones determinantes del poder de decisión.

También se considerará que existe dicha relación entre las entidades que, según la norma anterior, sean filiales de una misma matriz”.

participe al menos con un 25% en el capital de la filial (criterio económico), o bien la matriz ejerza funciones determinantes en el poder de decisión de la filial, pudiendo aparecer la variante de que dichas circunstancias se predicasen no entre una sociedad matriz y una filial, sino entre dos filiales de una misma matriz.

Por otra parte, el artº15.2 se ocupó de los beneficios provenientes de los incrementos de valor de los efectos u otros elementos del activo, puestos de manifiesto a consecuencia de la enajenación o por cualquier otro medio por el que lucieran en cuentas o se destinasen a alguno de los fines del artº18, reproduciendo el criterio contenido en la OM de 17 marzo de 1955 al estimar que no deberían ser inferiores a la diferencia entre el valor atribuido en cuentas y el que realmente tuviera en el mercado, así como reiterándose la excepción de los incrementos a consecuencia de fusión de sociedades introducida en 1956.

CALVO VÉRGEZ subraya que este régimen venía a introducir una diferenciación dentro de las operaciones vinculadas entre transacciones de la actividad ordinaria (industriales, comerciales, de servicio, ec...) que se ajustaban mediante su no deducción y, las transacciones de la actividad extraordinaria (enajenaciones de activos, cambios societarios, etc.) a las que se les aplicaría el valor de mercado conforme a lo dispuesto por el apartado segundo del artº15.2 de la propia norma respecto a la cuantificación de los beneficios que computan como ingresos en supuestos de incremento del valor.

El otro artículo de la nueva norma que afectó al objeto aquí tratado fue el artº20.1, en cuya primera parte recogía: *“Salvo siempre lo prescrito en los tratados Internacionales, para la determinación de la base imponible de las entidades residentes en el extranjero que realicen negocios en territorio español por medio de establecimiento permanente, serán atribuidos a éste los mismos beneficios que habría podido obtener de tratarse de una empresa distinta y separada que ejerciese con total independencia actividades idénticas o análogas.”* Como puede observarse, el texto definía perfectamente el perfil del *arm's length* para las transacciones entre la matriz extranjera y el establecimiento permanente de la misma situado en España, considerándolas como entidades independientes y autónomas a los efectos de determinar los beneficios del establecimiento permanente y acudiendo al criterio cuantificador del mercado mediante comparabilidad. La segunda parte del artº 20.1, reproduciendo el régimen introducido por el artº4 del Decreto 3669/1965, negaba la deducibilidad de aquellas partidas que implicasen directa o indirectamente transferencia de beneficios al extranjero, ya fuera valiéndose de aumento o disminución en los precios de compra o venta; ya fuera de adeudos por participación o cánones sobre ingresos, gastos, producción o conceptos análogos en contraprestación de asistencia técnica, o de uso de patentes y marcas; ya fuera de cargos por intereses o comisiones y de cualquier otro medio que condujera a reducir el beneficio procedente de operaciones efectuadas en territorio español, tanto a favor de la propia empresa en sus establecimientos permanentes situados fuera del citado

territorio, como de terceros con ella relacionados, así como de las filiales que se encontrasen bajo su dependencia o de la matriz de la cual dependiesen.

En consecuencia, se siguió lo dispuesto en la antigua Tarifa III de la Contribución sobre Utilidades de la Riqueza Mobiliaria, contemplándose solamente los ajustes de las operaciones de filiales españolas con sociedades matrices extranjeras, en la medida en que por utilizar precios convenidos se produjera una transferencia artificiosa de beneficios de España a otro Estado. Obviamente, desde esta perspectiva, la doble imposición que podía producirse era una cuestión a resolver por la Hacienda del otro Estado (STS 26 diciembre 2003).

SALA GALVÁN¹³⁸⁸ ha evaluado el régimen normativo instaurado por toda esta primera normativa acabada de analizar mediante las siguientes consideraciones:

a) el régimen de prohibición de las deducciones de los gastos de las filiales españolas mantenido hasta 1964 resultó demasiado gravoso al no introducir parámetro para medir si los pagos de la filial española eran adecuados o no, además de no contemplarse la posibilidad de la situación inversa consistente en que los beneficios de la filial española se vieran afectados por la reducción o impago de la matriz a la filial española

b) el sistema instaurado en 1964 por el que se autorizaron las deducciones de gastos bajo determinados requisitos supuso la introducción de criterios tremendamente subjetivos para la aceptación de las deducciones generando consiguientemente inseguridad jurídica, lo que se acrecentaba con la competencia de los jurados tributarios para determinar la adecuación a la normalidad.

c) la regulación solo contemplaba en su ámbito subjetivo de aplicación a las transacciones entre filiales españolas y matrices extranjeras, olvidándose de las relaciones entre matrices españolas y filiales extranjeras.

V.3 Segunda etapa: La Ley 61/1978, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, el Reglamento 2631/1982. y principales novedades posteriores.

V.3.1.– Elementos caracterizadores del régimen

V.3.1.a. – Introducción

Ya en el Proyecto de Ley¹³⁸⁹ se expresó en relación con la valoración de los ingresos y los gastos que el principio general de valoración sería el del valor contable, *“siempre que la contabilidad refleje con claridad y veracidad la situación patrimonial de la*

¹³⁸⁸ SALA GALVÁN, G. (2003).

¹³⁸⁹ BO de las Cortes de 20 julio de 1978.

empresa al mismo tiempo que los beneficios obtenidos o las pérdidas sufridas durante el ejercicio". Pero a la par se introducían "unas cautelas valorativas que tienen por objeto evitar que mediante precios de transferencia se produzcan posibles economías de opción que abran una puerta a la evasión fiscal", de forma que se dispuso que "los ingresos y gastos se valorarían en más o en menos sobre el valor contable cuando éste sea diferente del precio de mercado", en los supuestos de sociedades vinculadas, de intervención de una sociedad extranjera, de operaciones entre una sociedad y sus socios, o en operaciones entre sociedades con socios comunes.

La Ley dedicó parte de su artº 16 a la regulación de las operaciones vinculadas, precepto que aparece bajo la rúbrica "valoración de ingresos y gastos". Esta regulación, siguiendo a HUIDOBRO ARREBA¹³⁹⁰, se caracterizó por:

- Ser la primera vez que se regulaban las operaciones vinculadas con carácter general, abarcando cualquier operación que diera lugar a ingresos o gastos, quedando superado el que como en las anteriores regulaciones solamente se contemplasen para los intereses exigidos por las matrices extranjeras a sus filiales españolas o las condiciones de deducibilidad de ciertos pagos realizados a matrices extranjeras. Por tanto, ya quedaban incluidas operaciones entre dos entidades vinculadas residentes en España creando un nuevo problema, porque las operaciones vinculadas, así realizadas, no originaban en principio elusión alguna del Impuesto sobre Sociedades por cuanto la transferencia de rentas se producía dentro de nuestro país (STS 26 diciembre 2003).
- Establecer como criterio de valoración el de mercado.
- Establecer los supuestos de vinculación.

El artº 16 se compuso de ocho apartados, de los cuales los apartados 3, 4 y 5 fueron los genuinamente dedicados a establecer el régimen de las operaciones vinculadas, si bien los apartados 6 y 7 se dedicaron a la especialidad de las sociedades cooperativas. En el apartado 3¹³⁹¹ se recogió el principio de *arm's length*, pero apareciendo como excepción a la regla general del valor contable ("no obstante lo dispuesto en los números anteriores" decía la norma) que como principio general establecía el apartado 1, de manera que el valor contable se aplicaría a las operaciones no vinculadas, y el valor de mercado "cuando se trate de operaciones entre sociedades vinculadas". La formulación rezó con el siguiente tenor: "su valoración a efectos de este Impuesto se realizará de conformidad con los precios que serían acordados en condiciones normales de mercado entre sociedades independientes".

Los apartados 4 y 5¹³⁹² vinieron a concretar el perímetro subjetivo de vinculación.

¹³⁹⁰ HUIDOBRO ARREBA, I. (2008).

¹³⁹¹ "Tres. No obstante lo dispuesto en los números anteriores, cuando se trate de operaciones entre Sociedades vinculadas, su valoración a efectos de este Impuesto se realizará de conformidad con los precios que serían acordados en condiciones normales de mercado entre sociedades independientes."

¹³⁹² "Cuatro. Lo dispuesto en el número anterior se aplicará en todo caso:

a) A las Sociedades vinculadas directa o indirectamente con otras, no residentes en España.

Se ha destacado por la doctrina que la regulación introducida por esta norma constituyó el primer intento técnico de establecer una norma valorativa y no antielusiva¹³⁹³, así como sentó el régimen del ajuste unilateral, aunque no estableció los métodos de determinación del valor de mercado, los cuales no serían introducidos en nuestro sistema normativo hasta 1982. Esta nueva regulación valorativa dejó de venir condicionada a que se tratase de supuestos en que la transacción supusiera un perjuicio para la Administración tributaria, sino que se impuso la obligación de valorar a mercado aunque no existiera tal perjuicio, desapareciendo cualquier exigencia al respecto en el texto de la norma (FERRER VIDAL¹³⁹⁴).

Las polémicas doctrinales surgidas en torno al régimen establecido por la Ley 61/1978 versaron sobre distintas cuestiones de las que nos ocuparemos a continuación:

- Los incrementos y disminuciones patrimoniales –v– los rendimientos de explotaciones económicas, de actividades profesionales o artísticas y de elementos patrimoniales no afectos a las actividades.
 - La naturaleza de la norma de valoración contenida en el artº16.3 LIS.
 - La naturaleza de los ajustes.
- La determinación del principio de *arm's length*.

V.3.1.b.– Los incrementos y disminuciones patrimoniales –vs– los rendimientos de explotaciones económicas, de actividades profesionales o artísticas y de elementos patrimoniales no afectos a las actividades.

La primera y en la que nos vamos a centrar en este epígrafe es en que, como aprecia CALVO VÉRGEZ siguiendo la doctrina impuesta por la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 febrero 2000, las operaciones vinculadas se sistematizaron en dos grandes regímenes: por un lado, los supuestos de incrementos y disminuciones patrimoniales; por otro, los supuestos de rendimientos de explotaciones económicas, de actividades profesionales o artísticas y de elementos patrimoniales no afectos a las actividades anteriores. La diferencia estribó en que a los primeros se les otorgó el tratamiento dispuesto en el artº 15¹³⁹⁵, aunque hubiera supuesto de vinculación, y a los

b) *A las operaciones entre una Sociedad y sus socios, consejeros o personas que formen parte de sus respectivas unidades familiares, definidas de acuerdo con el artículo quinto de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.*

c) *A las operaciones entre dos Sociedades en las cuales los mismos socios o personas integrantes de sus respectivas unidades familiares posean al menos el veinticinco por ciento de sus capitales, o cuando dichas personas ejerzan en ambas Sociedades funciones que impliquen el ejercicio del poder de decisión. Cinco. A los efectos de lo dispuesto en los dos apartados anteriores se entenderá que existe vinculación entre dos Sociedades cuando participen directa o indirectamente, al menos en el veinticinco por ciento, en el capital social de otra o cuando, sin mediar esta circunstancia, una Sociedad ejerza en otra funciones que impliquen el ejercicio del poder de decisión”.*

¹³⁹³ Entre otros SERRANO ANTÓN, F. (2013)

¹³⁹⁴ FERRER VIDAL, D. (2015).

¹³⁹⁵ Artº 15:

“Tres. Son incrementos o disminuciones de patrimonio y como tales se computarán en la renta de la Entidad transmitente las diferencias de valor que se pongan de manifiesto con motivo de cualquier transmisión lucrativa.

Cuatro. El importe de los incrementos o disminuciones de patrimonio será:

Primero. En el supuesto de enajenación onerosa o lucrativa, la diferencia entre los valores de adquisición y enajenación de los elementos patrimoniales.

Segundo. En los supuestos a que se refiere el párrafo dos del apartado uno de este artículo, la diferencia entre los valores contables.

Tercero. En los demás supuestos, el valor de adquisición de los elementos patrimoniales o partes proporcionales, en su caso.

Cinco. Cuando la variación en el valor del patrimonio proceda de una transmisión a título oneroso, el valor de adquisición estará formado por la suma de:

a) El importe real por el que dicha adquisición se hubiere efectuado.

b) El importe de las revalorizaciones que se hubieren practicado.

c) El coste de las inversiones y mejoras efectuadas en los bienes adquiridos y los gastos y tributos, estatales o locales, inherentes a la transmisión, que hubieren sido satisfechos por el adquirente. Este valor se minorará, en su caso, en el importe de las amortizaciones por la depreciación que hayan experimentado los citados bienes, sin perjuicio de la aplicación de las normas del artículo dieciséis de esta Ley.

El valor de enajenación se estimará en el importe real por el que dicha enajenación se hubiese efectuado. De este valor se deducirán, en su caso, los gastos y tributos a que se refiere la letra c) de este apartado en cuanto resulten satisfechos por el enajenante.

Seis. Cuando la adquisición o la enajenación hubiere sido a título lucrativo constituirán los valores respectivos aquellos que se determinen a efectos del Impuesto de Sucesiones y Donaciones.

Siete. Cuando la alteración en el valor del patrimonio proceda:

a) De la enajenación de valores mobiliarios que coticen en Bolsa, el incremento o disminución se computará por la diferencia entre el coste medio de adquisición y el valor de enajenación determinado por su cotización en Bolsa en la fecha en que ésta se produzca.

Para la determinación del coste de adquisición se deducirá el importe de los derechos de suscripción enajenados. Cuando se trate de acciones total o parcialmente liberadas, el coste se computará por el importe realmente satisfecho por el sujeto pasivo.

Lo establecido en esta letra a) será de aplicación, cuando proceda, en los supuestos de enajenación de toda clase de valores mobiliarios.

b) De la enajenación de las acciones u otras participaciones en el capital de las Sociedades a que se refieren los apartados dos y tres del artículo doce del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, el incremento o disminución se computará por la diferencia entre el coste de adquisición y de titularidad y el valor de enajenación de aquéllos. A tales efectos, el coste de adquisición y de titularidad se estimará integrado:

Primero. Por el precio o cantidad desembolsada para la adquisición de los expresados valores.

Segundo. Por el importe de los beneficios sociales que, sin efectiva distribución, hubiesen sido imputados a los socios como rendimientos de sus acciones o participaciones en el período de tiempo comprendido entre su adquisición y enajenación. Inversamente, serán objeto de deducción las pérdidas sociales que en el expresado período hubiesen sido imputadas a los socios por la titularidad de las acciones o participaciones enajenadas.

c) De las aportaciones no dinerarias a Sociedades, el incremento o pérdida de patrimonio se determinará por la diferencia entre el valor de adquisición de los bienes o derechos aportados y la cantidad mayor de las tres siguientes:

Primera. El valor nominal de la aportación.

Segunda. El valor de cotización en Bolsa de los títulos recibidos en el día en que se formalice la aportación o en el inmediato anterior.

Tercera. La valoración del bien aportado según los criterios establecidos en las normas del Impuesto sobre el Patrimonio Neto.

d) De la separación de los socios o disolución de Sociedades, se considerará incremento o pérdida de patrimonio la diferencia en más o menos entre los bienes recibidos como consecuencia de la separación

segundos el del artº 16 apartados 3,4 y 5. En definitiva, como aclara ARIAS VELASCO¹³⁹⁶, el texto legal lo que vino a establecer es la posibilidad de ajustes en la valoración de ingresos y gastos (operaciones corrientes), con exclusión de las transacciones de capital (las cuales no determinan ingresos y gastos, sino lo que en la terminología de entonces se denominó incrementos o disminuciones patrimoniales). Téngase en consideración que ya el artº3, dedicado al hecho imponible, disponía que el mismo podía estar compuesto por tres componentes distintos: rendimientos de explotaciones económicas y de actividades profesionales o artísticas, rendimientos de elemento patrimonial afecto a cualquiera de las actividades anteriores y los incrementos o disminuciones de patrimonio. La base imponible se determinaría por la suma de los rendimientos más los incrementos y disminuciones patrimoniales (artº11.3). Ahora bien, mientras los rendimientos se determinaban mediante los ingresos menos los gastos (artº 12 a 14), los incrementos y disminuciones patrimoniales se determinaban por la diferencia entre el valor de adquisición y el de enajenación (artº15). Y dando un paso más, resultó que el artº 15 se vino a apartar del criterio de mercado que hasta entonces se estuvo aplicando a tales supuestos y, en adelante, se aplicarían las reglas valorativas contenidas en dicho precepto. Las principales reglas valorativas que recogía fueron:

- En cuanto a los incrementos de patrimonio puestos de manifiesto en transmisión onerosa se tomaría la diferencia entre el valor de adquisición y de enajenación:
 - ✓ El valor de adquisición vendría determinado por la suma del importe real por el que se realizó la transmisión, más el importe de las revalorizaciones y, además, el coste de las inversiones y mejoras, así como los gastos y tributos inherentes a la transmisión pagados por el adquirente. Por el contrario, habría que minorar el importe por la depreciación amortizada, sin perjuicio de la aplicación de las normas del artº16.
 - ✓ El valor de enajenación se correspondería con el importe real por el que la enajenación se hubiese efectuado minorado con los gastos y tributos pagados por el enajenante.

o la cuota de liquidación social y el valor de adquisición del título o participación del capital que corresponda a aquella cuota.

Cuando se trate de la separación de los socios o disolución de las Sociedades comprendidas en los apartados dos y tres del artículo diecinueve de esta Ley no se computarán a efectos de determinar la diferencia antes mencionada el importe de los beneficios o las pérdidas sociales imputadas a los socios durante su tiempo de pertenencia a la Sociedad.

e) De la participación en el precio de subarriendos o traspasos consentidos el incremento se imputará por el importe de dicha participación.

Ocho. No obstante lo establecido en el presente artículo, los incrementos de patrimonio que se pongan de manifiesto en la transmisión de elementos materiales del activo fijo de las Empresas, necesarios para la realización de sus actividades empresariales, no serán gravados siempre que el importe total de la enajenación se reinvierta en bienes de análoga naturaleza y destino en un período no superior a dos años o no superior a cuatro años si durante el primero la Sociedad presenta un plan de inversiones a la Administración e invierte durante los dos primeros al menos un veinticinco por ciento del total del incremento”.

¹³⁹⁶ ARIAS VELASCO, J. (2002).

- En cuanto a los incrementos puestos de manifiesto por simple anotación contable se tomaría la diferencia entre las valoraciones contables.
- En cuanto a los incrementos puestos de manifiesto en la enajenación de valores mobiliarios que coticen en Bolsa se tomaría la diferencia entre el valor medio de adquisición y el valor de venta determinado por la cotización del día en que ésta se produzca.
- En cuanto a los incrementos puestos de manifiesto en las aportaciones no dinerarias efectuadas por socios a sus sociedades el incremento vendrá determinado por la diferencia entre el valor de adquisición y el valor mayor de entre los tres siguientes: nominal de las acciones recibidas, valor de cotización y el valor del bien conforme al antiguo impuesto sobre el Patrimonio Neto.
- En cuanto a los incrementos puestos de manifiesto en la separación de socios o disolución de sociedades se aplicaría el valor de mercado de los bienes recibidos.
- En cuanto a los incrementos puestos de manifiesto en supuestos de separación o disolución de sociedades, la diferencia a considerar sería entre el valor de adquisición y el valor de los bienes recibidos como consecuencia de la separación o la cuota de liquidación social.

La diferenciación entre el régimen de los incrementos y disminuciones patrimoniales y el de los rendimientos de explotaciones económicas, de actividades profesionales o artísticas y de elementos patrimoniales no afectos a las actividades anteriores de actividades se razonó perfectamente en la citada sentencia de 11 de febrero de 2000:

“(...)- La Sala debe resaltar la indiscutible tergiversación reglamentaria del apartado 5, del artículo 15, de la Ley 61/1978, de 27 de diciembre , apartado 5 que regula con carácter general la determinación de los valores de adquisición y de enajenación en las transmisiones onerosas que generan incrementos y disminuciones de patrimonio, tergiversación no comentada por las partes. Dice así este precepto: “5. Cuando la variación en el valor del patrimonio proceda de una transmisión a título oneroso, el valor de adquisición estará formado por la suma de: a) El importe real por el que dicha adquisición se hubiere efectuado. b) El importe de las revalorizaciones que se hubieren practicado. c) El coste de las inversiones y mejoras efectuadas en los bienes adquiridos y los gastos y tributos, estatales o locales, inherentes a la transmisión, que hubieren sido satisfechos por el adquirente. Este valor se minorará, en su caso, en el importe de las amortizaciones por la depreciación que hayan experimentado los citados bienes, sin perjuicio de la aplicación de las normas del artículo dieciséis de esta Ley .

El valor de enajenación se estimará en el importe por el que dicha enajenación se hubiese efectuado. De este valor se deducirán, en su caso, los gastos y tributos a que se refiere la letra c) de este apartado en cuanto resulten satisfechos por el enajenante”.

Obsérvese que es la única ocasión en que dentro del artículo 15 de la Ley 61/1978 , se cita el artículo 16, por lo que es obvio que si dicha Ley 61/1978, de 27 de diciembre , hubiera querido aplicar las normas de ajuste de los precios de

transferencia (“operaciones vinculadas”) del artículo 16, apartados 3 a 5, a efectos de la determinación de los incrementos y disminuciones de patrimonio lo hubiera expresado así, citando dichos apartados, pues el artículo 16 contiene normas absolutamente opuestas, de una parte las de los apartados 1 y 2, que disponen que los ingresos y gastos se computarán por sus valores contables, de otra parte las del apartado 3, que sustituye a éstos por los valores de mercado entre empresas independientes. Además, en la hipótesis puramente dialéctica de admitir que la cita al artículo 16 permitiera el ajuste fiscal, consistente en la aplicación del valor de mercado, entre sociedades independientes, al valor de adquisición que es al que se refiere tal cita, una mínima lógica obligaría a hacer extensivo el mismo ajuste fiscal a efectos del valor de enajenación, cosa que no se hizo.

La remisión que se hace en el apartado 5, letra c), del artículo 15, al artículo 16, ambos de la Ley 61/1978, de 27 de diciembre, se refiere, sin duda alguna a la minoración del importe real de adquisición debida a las amortizaciones, y concretamente al apartado 2, del artículo 16, de dicha Ley 61/1978, con lo cual lo que quiere decir es que las amortizaciones, a los efectos de la determinación del valor de adquisición no podrán calcularse por importe superior al precio efectivo de adquisición o, en su caso, a su valor regularizado.

Es claro e indiscutible que el artículo 15, apartado 5, de la Ley 61/1978, que contiene las normas fundamentales de determinación fiscal del valor de adquisición y del valor de enajenación en las alteraciones patrimoniales, no deja resquicio alguno que permita afirmar que se pueden aplicar las normas de los apartados 3 a 5 del artículo 16 (“operaciones vinculadas”), antes al contrario, la ley tuvo presente dicho artículo 16, apartados 1 y 2, pero a los solos efectos del cálculo de las amortizaciones a restar para hallar el valor de adquisición”.

Cuestión distinta, como sigue diciendo la sentencia de referencia, es que el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades substituyó *“subrepticamente la referencia al artículo 16, apartados 1 y 2, por la referencia al artículo 39 del Reglamento, que es el que reprodujo las normas del artículo 16, apartados 3 a 5, de dicha Ley, y lo que es más grave, en el texto del artículo 131 del Reglamento¹³⁹⁷ degradó al último lugar, «el importe real» como elemento a tener en cuenta para la determinación de los valores de*

¹³⁹⁷Artº 131

“... 2. Se tomará como valor de adquisición, integrante del valor neto contable, o como valor de enajenación, según proceda:

a) En las transmisiones a título lucrativo, el valor que se haya determinado o se determine a efectos del Impuesto de Sucesiones y Donaciones.

b) En los casos de operaciones vinculadas, el señalado según los artículos 39 y 99.1.b) de este Reglamento.

c) Cuando sean de aplicación reglas especiales contenidas en esta Subsección el que en los mismos se señale.

d) En las transmisiones a título oneroso, el importe real por el que dicha transmisión se haya realizado, salvo que sean de aplicación algunas de las reglas contenidas en las letras anteriores.

3. Para la determinación de los incrementos o disminuciones del patrimonio serán de aplicación las normas de valoración contenidas en la sección II de este capítulo, en general, y o dispuesto en el artículo 39, en particular”.

adquisición y enajenación, siendo así que constituía el criterio básico, según el apartado 5, letra a) del artículo 15 de la Ley 61/1978.”

De lo expuesto se desprende que el legislador, sin justificación alguna, reaccionó de diferente manera al desarrollar reglamentariamente la norma en el caso del Impuesto de Sociedades que en el supuesto del Impuesto sobre la Renta de las personas físicas, cuando la norma con rango de Ley era en ambos supuestos idéntica¹³⁹⁸. En definitiva, tras la regulación dada por el Reglamento desapareció, o cuando menos quedó en duda, el tratamiento diferenciado de los incrementos patrimoniales del que merecían los rendimientos citados, aunque la situación sería aclarada a partir de la doctrina sentada por la STS de 11 de febrero de 2000 anulando las remisiones de los artº 131 y 133 del Reglamento 2631/1982 a las normas de valoración del artº39.

V.3.1.c. Naturaleza de la norma de valoración contenida en el artº16.3 LIS.

Un segundo aspecto sobre el que debemos reflexionar es la naturaleza de la norma de valoración contenida en el artº 16.3 LIS. La cuestión se centró en el conflicto normativo entre lo dispuesto en el artº 16.3 LIS y los artº3.3 contenidos tanto en la LIS como en la

¹³⁹⁸El artículo 20, apartado 8, letra a), último párrafo, de la Ley 44/1978, de 8 de septiembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas dispuso:

«b) De la enajenación de valores mobiliarios a los que se refiere la letra a) anterior que no coticen en Bolsa, el incremento o disminución patrimonial se computará por la diferenciación entre el coste medio de adquisición y el valor de enajenación (...). Se entenderá por valor de enajenación el importe real efectivamente satisfecho, siempre que supere al mayor de los dos valores siguientes: el teórico resultante del último balance aprobado o el que resulte de capitalizar al tipo del 8 por 100 el promedio de los beneficios de los tres ejercicios sociales cerrados(...).»

Sigue explicando la STS 11 febrero 2000, cuya doctrina fue posteriormente reiterada por sentencias como la de 19 junio de 2013:

“ Por el contrario la Administración Tributaria reaccionó en el Impuesto sobre Sociedades, mediante la utilización del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, sustituyendo, en el supuesto de operaciones vinculadas, el importe real o convenido por el valor de mercado entre sociedades independientes, resultado de aplicar el artículo 16, apartados 3 a 5 de la Ley 61/1978 , y su correlativo artículo 39 del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades de 15 de octubre de 1982 .

El precepto en el que se incluyó tal norma fue el artículo 133, «Enajenación de Valores Mobiliarios», de dicho Reglamento, que dispone textualmente: «1. En el caso de enajenación de valores mobiliarios, el incremento o disminución patrimonial se computará por la diferencia entre el valor de enajenación y el valor neto contable a que se refiere el presente artículo 2. El valor de enajenación vendrá dado: (...) B. Por el importe efectivamente abonado, salvo que sean aplicables las normas que para operaciones vinculadas establece el artículo 39 (operaciones vinculadas) en este Reglamento, en los siguientes casos: A) Cuando los títulos no coticen en Bolsa o no hayan cotizado en el último trimestre. B) Cuando la enajenación se haya realizado fuera de sesión a precio superior a la cotización de cierre. C) Cuando la enajenación se realice en situación de cotización suspendida de los títulos (...).»

El propósito que inspiró la inclusión en el artículo 133.2 B), del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades de las normas sobre operaciones vinculadas fue, si cabe loable, porque trató de corregir el deficiente texto de la Ley 61/1978, de 27 de diciembre [art. 15, apartado 7, letra a), último párrafo], pero como hemos razonado el artículo 133.2 B) del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades , aprobado por Real Decreto 2631/1982, de 15 de octubre, carecía de todo apoyo legal para incluir dentro de los ajustes de los precios de transferencia (ingresos y gastos), regulados en el artículo 16, apartados 3 a 5, de dicha Ley , las alteraciones patrimoniales, consistentes en la enajenación de acciones que no cotizan en Bolsa”.

LIRPF. Disponía el citado artº3.3 : “*Las prestaciones de trabajo personal y las de bienes en sus distintas modalidades se presumirán retribuidas salvo prueba en contrario.*” Se trataba de una presunción *iuris tantum* que admitía la posibilidad de que se justificase la falta de onerosidad.

En cambio, el artº 16.3 no dejaba lugar para alternativas, de forma que, si se trataba de una operación entre partes vinculadas, procedía la sustitución de los precios acordados por los precios teóricos de mercado

El supuesto generador del problema vino dado por el otorgamiento de préstamos entre partes vinculadas sin intereses. ¿Debería procederse, conforme disponía el artº 16.3 y dada la situación de vinculación, a considerar que se pagaban intereses como sucedería entre partes independientes y a valorar por un importe normal de mercado? O, por el contrario, si el contribuyente probaba conforme al artº3.3 que el préstamo era gratuito no cabía apreciar pago alguno de intereses. Un importante sector doctrinal acudió a argumentos de sistemática legislativa para defender que cabía prueba en contrario, por lo que se trataba de una mera presunción *iuris tantum* y no *iure et de iure*. Entre estos autores¹³⁹⁹, por los términos rotundos en que se expresa, merece traer a colación las palabras de PONT MESTRES¹⁴⁰⁰: “*Entenderlo de otra manera significaría empeñarse en valorar a precios de mercado, a efectos de determinar la base imponible, una retribución que se ha demostrado que no existe mediante prueba en contrario. Y esto sería una aberración jurídica, porque significaría admitir que puede haber base imponible sin hecho imponible*”. En definitiva, dicha línea doctrinal se apoyaba en que la norma establecía la presunción de onerosidad del artº3.3 dentro de la regulación del hecho imponible, mientras que el artº16.3 quedaba residenciado en la regulación de la base imponible, por lo que aquella constituye un *prius* sobre ésta última que es un *posterius*.

En contra de dicho posicionamiento doctrinal se erigieron los defensores del carácter imperativo de la norma del artº 16.3 y, por ende, su carácter inderogable por no admitir prueba en contrario, tesis que a la postre resultó mayoritaria y avalada por la jurisprudencia. IBÁÑEZ CASADO¹⁴⁰¹ apunta que se trataba de una norma de valoración obligatoria que gozaba de las prerrogativas de una presunción “*iuris et de iure*”. En términos similares se expresa SÁNCHEZ GALIANA¹⁴⁰²: “*... Por tanto, el art. 16 de la Ley 61/1978 obliga a valorar las operaciones vinculadas por el precio de mercado. No es una presunción «iuris tantum» la que se establece en este precepto, sino que se trata de una presunción «iuris et de iure», lo que implica que no cabe prueba en contrario*”. En parecidos términos nos ilustra BUIREU GUARRO¹⁴⁰³ cuando escribe que del art.º 39 RIS debe concluirse que la aplicación de este peculiar criterio de valoración fiscal procede de modo automático si concurren las circunstancias para que

¹³⁹⁹ De la misma opinión se manifestó el profesor BACLOCHE PÉREZ J. et. al. (1983), *Comentarios Al Reglamento Del Impuesto Sobre Sociedades*; Jaén, Ed. Hesperia.

¹⁴⁰⁰ PONT MESTRES, M. (1984).

¹⁴⁰¹ IBÁÑEZ CASADO, J. (1996).

¹⁴⁰² SÁNCHEZ GALIANA, J.A. et al. (1993).

¹⁴⁰³ BUIREU GUARRO, J. (1991).

nos encontremos ante una operación vinculada, sin que pueda considerarse que ‘pueda operar prueba alguna para destruir la aplicación del régimen. También FALCÓN Y TELLA¹⁴⁰⁴ destacó que la norma funciona como una presunción *iuris et de iure*, habilitando a la Administración a practicar la liquidación como si la operación se hubiera realizado a precio de mercado, sin posibilitar al contribuyente a acreditar que lo fue por un precio distinto. En consecuencia, dejó de ser una norma de valoración como ocurría con la Ley de 1978 y pasó a ser una presunción. Como tal presunción ni la Administración está obligada a hacer uso de esta, ni el sujeto pasivo puede aplicarla en su autoliquidación. Esto mismo estableció nuestro TS en sentencias¹⁴⁰⁵ como la de 3 de

¹⁴⁰⁴ FALCÓN Y TELLA, R. (1998).¹⁴⁰⁵ El Tribunal Supremo, a través de diversas sentencias —entre otras, de 23 de mayo y 30 de noviembre de 1989, 26 de marzo, 18 de junio y 7 de octubre de 1992, 19 de enero de 1996 y 2 noviembre 1999—, vino a sentar la doctrina sobre el alcance de los artículos 3.3 y 16.3 de la Ley 61/78, del Impuesto de Sociedades, señalando que la presunción del artículo 3.3 de la Ley 61/1978 del Impuesto de Sociedades, es una presunción «*iuris tantum*» que atribuye el carácter de «hecho imponible» a la obtención de rentas por la sociedad, define lo que comporta renta y termina diciendo que las prestaciones tanto de trabajo, como de bienes que realice, naturalmente, la sociedad «*se presumirán retribuidas salvo prueba en contrario*»; el artículo 16, por su parte, en sus apartados 3 y 4 establece una presunción «*iuris et de jure*», que supone una excepción a la valoración contable de los ingresos y gastos para el caso de sociedades vinculadas, valorándose conforme a los precios que serían acordados en condiciones normales de mercado entre sociedades independientes, cautela que cubre el riesgo donde ciertas convergencias de intereses puedan afectar, no a la pureza de la contabilidad propiamente dicha, sino al rigor económico de las operaciones en ella reflejadas.

¹⁴⁰⁵ El Tribunal Supremo, a través de diversas sentencias —entre otras, de 23 de mayo y 30 de noviembre de 1989, 26 de marzo, 18 de junio y 7 de octubre de 1992, 19 de enero de 1996 y 2 noviembre 1999—, vino a sentar la doctrina sobre el alcance de los artículos 3.3 y 16.3 de la Ley 61/78, del Impuesto de Sociedades, señalando que la presunción del artículo 3.3 de la Ley 61/1978 del Impuesto de Sociedades, es una presunción «*iuris tantum*» que atribuye el carácter de «hecho imponible» a la obtención de rentas por la sociedad, define lo que comporta renta y termina diciendo que las prestaciones tanto de trabajo, como de bienes que realice, naturalmente, la sociedad «*se presumirán retribuidas salvo prueba en contrario*»; el artículo 16, por su parte, en sus apartados 3 y 4 establece una presunción «*iuris et de jure*», que supone una excepción a la valoración contable de los ingresos y gastos para el caso de sociedades vinculadas, valorándose conforme a los precios que serían acordados en condiciones normales de mercado entre sociedades independientes, cautela que cubre el riesgo donde ciertas convergencias de intereses puedan afectar, no a la pureza de la contabilidad propiamente dicha, sino al rigor económico de las operaciones en ella reflejadas.

En idéntico sentido la STS de 2 de noviembre de 1999 (Ponente: Gota Losada) cuando señala: “Podemos, pues, concluir en relación con el artículo 3, apartado 3, de la Ley 61/1978, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, lo siguiente: Primero . Que regula una presunción legal «*iuris tantum*», o sea con prueba de contrario, respecto de la cual esta Sala Tercera ha mantenido en varias Sentencias, que es prueba admisible la contabilidad de la empresa prestamista y la de la prestataria, que demuestre que no ha habido ni cobro, ni pago de intereses. Segundo . Que la presunción legal ha sido y es un medio de prueba extraordinario para luchar contra el fraude fiscal, consistente en la ocultación de rendimientos e intereses. Tercero . Que esta presunción legal se aplica cuando no exista vinculación alguna, entre las partes contratantes. Cuarto . Que la presunción legal no es, en absoluto, requisito lógico jurídico previo para la aplicación del artículo 16, apartados 3, 4 y 5 de la Ley 61/1978, o sea de los ajustes fiscales de las operaciones vinculadas, es más, la aplicación de estos últimos preceptos excluye forzosamente la operatividad de la presunción de intereses.”

La STS de 3 de mayo de 2002 volvió a insistir en las mismas conclusiones: “A) Como ya se ha indicado, a tenor del artículo 16.1 de la Ley 61/1978, «los ingresos y los gastos se computarán por sus valores contables, siempre que la contabilidad refleje en todo momento la verdadera situación patrimonial de la sociedad», regla que tiene su excepción en el apartado 3 del propio precepto, al disponer que «cuando se trate de operaciones entre sociedades “vinculadas”, su valoración a efectos de este Impuesto se realizará de conformidad con los precios que serían acordados en condiciones normales de mercado entre sociedades independientes», y este mismo criterio se aplica, según el apartado 4 b) a «las operaciones entre una sociedad y sus socios»; de modo y manera que es claro que, a efectos del Impuesto sobre Sociedades, los préstamos concedidos por la entidad Samca a sus sociedades vinculadas

han de ser estimados, ineludiblemente, «en condiciones normales de mercado», que, ciertamente, no pueden ser otras que retribuidos y, a falta de pacto, devengando el interés legal del dinero (que, en el caso de autos, fue el del Banco de España –extremo, éste, no cuestionado–); todo ello en virtud de la presunción «iuris et iure» que contiene el mencionado artículo 16, en sus apartados 3 y 4 b), antes transcritos, y sin que sea de aplicación, en el supuesto que examinamos, la presunción genérica «iuris tantum» que contiene el artículo 3.3 de la misma Ley, al disponer que «las prestaciones de trabajo personal y las de bienes en sus distintas modalidades se presumirán retribuidas salvo prueba en contrario».

B) Frente a lo que antecede, no puede compartirse la tesis del distinto alcance que se atribuye al artículo 3.3, por referirse al «hecho imponible», y al artículo 16.3, por referirse a la base imponible, en cuanto supedita la presunción «iuris et de iure» (artículo 16.3) a la presunción «iuris tantum» (artículo 3.3); pues el artículo 3.3 atribuye el carácter de «hecho imponible» a la obtención de rentas por la sociedad, define lo que compone tales rentas y termina diciendo que las prestaciones tanto de trabajo como de bienes que realice, naturalmente, la sociedad «se presumirán retribuidas salvo prueba en contrario», y, por su parte, el artículo 16.3 establece una cautela para los casos de sociedades «vinculadas» –o supuestos que a ellas se asimilen– que cubra el riesgo de que ciertas convergencias de intereses puedan afectar, no a la pureza de la contabilidad propiamente dicha, sino al rigor económico de las operaciones en ella reflejadas.

Se trata, por tanto, de hipótesis diferentes y, en consecuencia, la solución arbitrada por la sentencia de instancia (y las resoluciones del TEAP de Teruel y del TEAC) es conforme al ordenamiento jurídico.

Y es que las operaciones «vinculadas» exigen un tratamiento fiscal específico.”

Y por su claridad expositiva no podemos dejar de reproducir, aún a riesgo de reiteración, lo expuesto nuevamente por GOTA LOSADA en la STS de 26 enero de 2004:

“Hay una serie de notas diferenciales entre la presunción legal de intereses del artículo 3º, apartado 3, y los ajustes fiscales de las operaciones vinculadas (precios de transferencia) del artículo 16, apartados 3, 4 y 5, ambos de la Ley 61/1978, de 27 de diciembre (RCL 1978, 2837) , que deben ser destacadas. Así:

a) La presunción legal parte de la existencia de ocultación de los intereses y en cuanto se demuestra lo contrario, la presunción queda destruida.

El ajuste fiscal de los precios de transferencia ("transfer prices") parte de operaciones veraces y reales, que no se atienen a los precios de mercado, lo cual es posible por existir un poder de decisión común, que opera así por múltiples razones como, por ejemplo: evitar la prohibición de repatriación de dividendos, acogerse a incentivos fiscales de determinados países, y en general, por economías de opción fiscal. En principio no existe necesariamente ocultación, sino una planificación fiscal de conjunto que tiende a minorar el coste tributario del grupo y de sus socios.

Por tal razón, aunque exista la absoluta seguridad de que las operaciones son ciertas, al no seguir los precios de mercado, el artículo 16, apartado 3, permite su ajuste aplicando los precios que hubieran sido acordados en condiciones normales de mercado entre partes independientes.

b) La presunción legal es un medio de prueba a favor de la Administración Tributaria que puede ser utilizado o no por ésta, en cambio las reglas de valoración en el supuesto de operaciones vinculadas deben ser aplicadas obligatoriamente por la Administración Tributaria.

c) La presunción admite prueba en contrario. Los ajustes fiscales de las operaciones vinculadas no permiten prueba alguna en contrario, pues no tiene sentido probar que se han realizado efectivamente tales operaciones a precios inferiores a los de mercado o sin exigir interés alguno (precio cero) como ocurre en el caso de autos, pues como hemos explicado no se discute, en absoluto, la veracidad de las mismas; simplemente se sustituyen tales precios por un modelo fiscal que tiende a determinar la base imponible del Impuesto sobre Sociedades conforme a precios teóricos de mercado.

d) La concurrencia de las circunstancias que definen la vinculación, obliga a aplicar a la Administración las correspondientes normas de valoración (ajustes fiscales de los precios de transferencia) y desde ese preciso momento pierde toda su virtualidad la presunción del artículo 3º.3, de la Ley 61/1978.

e) El régimen de operaciones vinculadas existe en el Impuesto sobre Sociedades, además de la presunción de intereses del artículo 3º.3, aplicable a aquellos supuestos en que no haya vinculación, en cambio en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, regulado en la Ley 44/1978, de 8 de

mayo de 2002 (F. Dº. Primero), donde parafraseando a su vez la sentencia 7 de octubre de 1992, dijo que la tesis del artículo 16 era una presunción “*iuris et de iure*”, a diferencia de la del artº3.3 que era “*iuris tantum*”. No se trata de cuestionar si las condiciones pactadas entre partes vinculadas son reales o no, sino que, como CORDÓN EZQUERRO¹⁴⁰⁶ subraya, se sustituyen los precios pactados por el precio de mercado. Al legislador sencillamente le da igual el precio real o el valor contable. Estamos simplemente, como reseña PASCUAL PEDREÑO¹⁴⁰⁷, ante una excepción a la regla general de prevalencia de los valores contables, por cuanto una norma fiscal (artº39 RIS) interfiere en la valoración contable. Los argumentos a favor del carácter imperativo son sintetizados por SALA GALVÁN¹⁴⁰⁸ en los siguientes:

a) no es razón suficiente el criterio de la sistemática de la ubicación de los preceptos en la norma, porque el desacierto de la ubicación de la presunción en sede del hecho imponible no justifica las consecuencias que se pretenden extraer: En definitiva, la presunción es una materia de prueba que no aporta nada a los aspectos subjetivo, espacial y temporal de los elementos del hecho imponible. En cuanto al lugar de ubicación que debiera de haber sido el correcto surgieron teorías variadas.

b) El enorme riesgo de que la aplicabilidad del artº 16.3 quedara reducida a la nada, por cuanto se estaría propiciando que el contribuyente utilizara la vía del artº3.3 para escapar del régimen establecido para las operaciones vinculadas. Además, resultaría que el artº 16.3 se haría innecesario, bastando con el régimen del artº 3.3, ya que la mera presunción de onerosidad implicaría tomar como valor el de mercado en caso de falta de prueba.

c) Los preceptos venían a cubrir supuestos distintos, así mientras que la presunción de onerosidad trataba de evitar la ocultación de bases imponibles, el artº 16.3 trataba de evitar los desplazamientos de las rentas entre las partes vinculadas

d) El carácter imperativo que el propio artº 16.4 consagraba del apartado 3, al establecer que lo dispuesto en el apartado anterior se aplicaría en todo caso.

El siguiente paso en este análisis será detenernos en la determinación de la naturaleza de la norma del artº 16.3. ¿Se trata de una presunción? En el caso de serlo ¿qué tipo de presunción es? En el caso de que no lo sea, ¿qué es? Surge aquí la confluencia de las

septiembre (RCL 1978, 1936) , existe igual presunción, pero en cambio, no se incluyó norma alguna sobre operaciones vinculadas, por razón de inercia legislativa, pues a diferencia de la Tarifa III de la Contribución sobre Utilidades de la Riqueza Mobiliaria, del Impuesto General sobre la Renta de Sociedades y demás Entidades Jurídicas y del Impuesto sobre Sociedades, ni en la Contribución General sobre la Renta, ni en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, hubo vestigio alguno de ajuste de los precios de transferencia. Esta omisión la subsanó la Ley 18/1991, de 6 de junio (RCL 1991, 1452, 2388) (artículo 8), reguladora del entonces nuevo Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas”.

¹⁴⁰⁶ CORDÓN EZQUERRO, T. (2006).

¹⁴⁰⁷ PASCUAL PEDREÑO, E. (1995).

¹⁴⁰⁸ SALA GALVÁN, G. (2003).

presunciones legales con otras figuras afines como son las reglas normativas de valoración y las ficciones.

La doctrina más que alcanzar un consenso sobre que se trata de una norma que tiene naturaleza de presunción *iuris et de iure*, se muestra de acuerdo en el carácter imperativo de la norma, puesto que la exclusión de la admisión de prueba en contrario no es coto exclusivo de la presunción absoluta (en este sentido SALA GALVÁN, a quien seguimos en este apartado).

Las presunciones son contempladas doctrinalmente desde dos concepciones distintas: para unos las presunciones absolutas pertenecen al ámbito de los medios de prueba y se enmarcan en el Derecho Tributario procesal¹⁴⁰⁹ (establecen la certeza de que se ha producido un hecho); para otros se trata de una institución de carácter sustantivo¹⁴¹⁰, no perteneciendo al ámbito del Derecho Tributario procesal¹⁴¹¹ (crean obligaciones y derechos de obligado cumplimiento). En la concepción de la presunción como medio de prueba los elementos definitorios de la presunción absoluta son: el ir destinada a la Administración (no al contribuyente) y el que solamente el destinatario puede decidir aplicarla o no (no tiene que aplicarla en todo caso). Bajo esta perspectiva, la norma del artº 16.3 no puede ser considerada como una presunción absoluta por diversas razones:

- El régimen de las operaciones vinculadas no va dirigido exclusivamente a la Administración, sino que prevé un ajuste extracontable que va dirigido al contribuyente vinculado
- El régimen establecido por el artº 16.3 no puede dejar de ser aplicado discrecionalmente por la Administración por distintos motivos:
 - ✓ El carácter imperativo de la norma.
 - ✓ Desde otra óptica, porque el contribuyente en fase de prueba podrá aportar pruebas que condicionen el criterio de la Administración sobre si procede o no la aplicación de la presunción, por lo que se incide en los dos aspectos que como tenemos dicho definen las presunciones absolutas.
- El artº 118.1 LGT no prohíbe la prueba en contrario, por lo que de ser una presunción se trataría de una presunción *iuris tantum*.
- Las presunciones absolutas son de carácter excepcional y supletorias, aunque a este argumento le es oponible que entonces se produciría un solape entre la presunción de onerosidad y la del artº16.3, además de que la norma no

¹⁴⁰⁹ El artº 108 LGT que recoge la existencia de los dos tipos de presunciones, absolutas y relativas, aparece encuadrado en la Sección 2ª, Capítulo II, del Título III referido no solo a la prueba en sí, sino también a los medios de prueba y valoraciones. Autores tan relevantes como CARNELUTTI, o en nuestro país como SERRA DOMINGUEZ, defienden que las presunciones no tienen naturaleza de pruebas, sino un método de raciocinio lógico del juzgador. Ven en este sentido SERRA DOMINGUEZ, M. et al. (1991).

¹⁴¹⁰ En esta dirección CARNELUTTI, F. (1944) y PUGLIESE, M. (1973).

¹⁴¹¹ En cuanto relevan a la Administración tributaria de la acción probatoria y vetan al contribuyente la posibilidad de probar

cuestiona que la ¹⁴¹²realidad material de la operación sea la que el contribuyente declara.

Para los que estiman que la presunción absoluta es de carácter sustantivo, la presunción no dispensa de toda prueba, por cuanto debe ser probado el hecho base que pone en funcionamiento su aplicación, lo que se traduce en el caso que nos ocupa en la existencia de la vinculación.

Diferenciadamente de las presunciones están las reglas de valoración que se conceptúan por GUTIERREZ BENGOCHEA¹⁴¹³ como un prototipo de normas presuntivas cuya construcción jurídica se realiza a través de la aplicación de criterios de valoración a los bienes y derechos que conformarán la base imponible. Estas reglas presentan notables distinciones con las presunciones:

- teleológicamente, por cuanto las presunciones persiguen la acreditación de hechos mediante la facilitación de la labor probatoria al órgano administrativo, mientras que las reglas de valoración actúan en una fase posterior asignando valores a bienes y derechos objeto del gravamen. No obstante, a veces las reglas de valoración parten de una presunción;
- las reglas de valoración se basan en juicios probabilísticos o criterios de habitualidad o normalidad, lo cual no sucede con las presunciones.

Las reglas de valoración se caracterizan por ser normas de obligado acatamiento por parte de la Administración tributaria, sin posibilidad de prueba en contra. La única vía para desvirtuar su aplicabilidad sería cuando el presupuesto sobre el que se apoyan es irreal. En el caso de las operaciones vinculadas la norma de valoración impone que las transacciones serán valoradas a precio de mercado, que es el que se corresponde con la renta real en estimación del legislador. La vía para poder desvirtuar dicha norma de valoración sería acreditar que no existe vinculación.

Pues bien, la identificación del régimen del artº16.3 con normas de valoración y, por tanto, de obligado cumplimiento, se utilizó para superar los problemas que planteaba su conceptualización como presunciones, ya fuera por entender que las presunciones pueden ser utilizadas discrecionalmente por la Administración como medios de prueba, ya fuera por entender que las presunciones absolutas son institutos probatorios que aplica la Administración con arreglo a criterios de oportunidad. Así consta recogido por un amplio sector doctrinal y jurisprudencial entre los que destaca la STS 3 de junio de 2003.

Establecido lo anterior se planteó si el régimen del artº 16.3 es una simple regla de valoración o es una ficción. PÉREZ DE AYALA¹⁴¹⁴ define la ficción como “*una proposición jurídica incompleta, contenida en un precepto legal, en virtud de la que se*

¹⁴¹² La posición mayoritaria actual es la que defiende el carácter sustantivo de las presunciones absolutas. Al inadmitir la prueba en contrario, la presunción absoluta desvirtúa la naturaleza probatoria que la caracteriza, por lo que la denominación es utilizada en su acepción vulgar, pero en realidad son auténticas disposiciones legislativas disfrazadas de una engañosa terminología. Cifr. PRIETO CASTRO, (1985).

¹⁴¹³ GUTIÉRREZ BENGOCHEA, M. (2016).

¹⁴¹⁴ PÉREZ DE AYALA, J.L. (1970).

establece que otra proposición jurídica es aplicable a un determinado hecho a base de conformar tal hecho contra su verdadera naturaleza, adaptándose a aquella proposición jurídica por lo que es necesario que se den las siguientes circunstancias”:

- una norma jurídica que recoge en su texto una realidad o dato pre-jurídico para, o bien atribuirle determinados efectos jurídicos, o bien someterla a un conjunto de normas jurídicas;
- la norma violenta la naturaleza prejurídica de aquella realidad;
- es preciso que exista un concepto o una valoración jurídica contenidas en una norma y una realidad prejurídica entre las que se dé una discrepancia esencial;
- la discrepancia o violencia puede ser: a) directa, cuando la norma define un concepto que discrepa de la realidad prejurídica o b) indirecta, cuando la norma no define un concepto, sino que asimila la realidad prejurídica a otra realidad jurídica esencialmente diferente para asociarle la aplicación de la normativa elaborada para aquella.

El Derecho Tributario utiliza las ficciones, al igual que las presunciones, ante la falta de colaboración ciudadana que conduce a la norma tributaria a no asumir la realidad económica del negocio que se trate, creando su propia realidad jurídica presumiendo o imaginando algo que no se produce en la realidad, pero todo ello con los límites que imponen los principios de legalidad, capacidad contributiva, equidad y proporcionalidad. En tal caso la norma tributaria no describe la realidad, sino que la *finje*¹⁴¹⁵.

Las ficciones no son presunciones. Ambos institutos comparten la prohibición de prueba en contrario, pero como aprecia LESSONA¹⁴¹⁶, aunque ambos producen el mismo efecto prohibitivo, se diferencian en la génesis, en la estructura y en el contenido. Mientras las presunciones legales absolutas suponen un cambio en el supuesto de hecho, por estimar probable que el supuesto de hecho genuino existe cuando existe el indicio objetivado como supuesto legal, en la ficción se parte de un hecho o una realidad que se consideran existentes a pesar de constar su falsedad; es decir, se declaran en ciertos supuestos unos efectos jurídicos como si un hecho existiera, aunque consta que no se ha producido. Como apuntaba IHERING¹⁴¹⁷ la ficción es una mentira técnica impuesta por la necesidad. PÉREZ DE AYALA puntualiza *“la ficción ni falsea, ni oculta la verdad real, lo que hace es crear una verdad jurídica distinta de la real”*¹⁴¹⁸. El problema de la diferenciación viene propiciado no solo por la dificultad conceptual que encierra, sino por motivo de que la norma cuando las contiene no utiliza expresiones como *“ficción”* o *“se fingirá”*, mientras si aparece la referencia *“se presume”* o *“presumirá”* aunque realmente no se trate de una presunción y sí de una ficción. De todo ello se infiere que la diferenciación entre las presunciones absolutas y las ficciones jurídicas provienen de distintos aspectos:

¹⁴¹⁵ ESVERRI MARTÍNEZ, E. (1995).

¹⁴¹⁶ LESSONA, C. (1905).

¹⁴¹⁷ IHERING, R.V. (1912/2011).

¹⁴¹⁸ PÉREZ DE AYALA, J.L. (1970).

- Las presunciones absolutas se encuentran más cerca del Derecho procesal que del sustantivo, incluso bajo la concepción de quienes le niegan la naturaleza de medios de prueba es obvio que vienen a facilitar la actividad probatoria, por lo que su no aplicación queda abierta para la Administración tributaria; las ficciones son netamente del Derecho material y, por ende, de obligado cumplimiento.
- Las presunciones pueden coincidir con la realidad jurídica en la mayoría de los casos (juicio de probabilidad o normalidad). Las ficciones ignoran totalmente la realidad.
- En las presunciones existe un nexo lógico el hecho conocido y el que se presume. En las ficciones por lo general no existe nexo lógico alguno entre el hecho base y la ficción jurídica que dictamina la norma.
- La ficción pretende evitar los actos fraudulentos de los contribuyentes. Las presunciones tienen como finalidad evitar la evasión del pago del tributo.

La naturaleza del artº16.3 como norma de Derecho sustantivo y de carácter imperativo la aleja por tanto de su consideración como presunción, pero ¿tiene la naturaleza de ficción o de simple regla de valoración? SALA GALVÁN nos precisa que la mayoría de la doctrina estima que se trata de una norma de valoración partiendo para ello del texto de la norma cuando señala “*la valoración se realizará*” y de su ubicación sistemática en la ley¹⁴¹⁹, además de por razón de encontrarse en relación de especialidad, pero no respecto del principio de onerosidad, sino del principio de valoración contable contenido en el artº 16.1. Ahora bien, en opinión del autor referenciado, ni han sido estudiadas doctrinalmente en profundidad las diferencias entre las ficciones y las reglas de valoración ni se trata de categorías excluyentes. Para argumentar que se trata de categorías complementarias diferencia entre: el objeto de la norma (en el caso de las operaciones vinculadas es fijar una regla de valoración para determinar la base imponible) y técnica legislativa utilizada para establecerla (en el caso de las operaciones vinculadas estableciendo una ficción mediante la que sustituye el valor de la realidad fáctica por el valor de mercado).

V.3.1.d. Naturaleza de los ajustes.

Un tercer capítulo de discusiones doctrinales es el referente a la naturaleza de los ajustes del nuevo régimen, así mientras que un sector lo calificó de ajuste unilateral, otro apostó por su carácter bilateral. El problema de unilateralidad o bilateralidad de los ajustes por operaciones vinculadas surgió, como tantos otros, por la deficiente técnica fiscal de la Ley 61/1978 (STS 26 diciembre 2003).

Quienes abogaron por la bilateralidad de la norma entendían que siempre que se tratase de un supuesto de vinculación la Administración tenía que proceder a calcular la renta gravable de la sociedad conforme al *arm's length*, y ello no sólo cuando supusiera para

¹⁴¹⁹ En sede de base imponible, en un precepto titulado “Valoración de ingresos y gastos”

la Administración un mayor ingreso de tributos, sino también cuando le causara un perjuicio a consecuencia de una disminución de la base imponible. Este fue el criterio mantenido abiertamente por el TEAC en resoluciones como la de 10 de septiembre y 27 de noviembre de 1986 y 3 de febrero de 1987, tal como recoge la resolución de 31 de mayo de 1995¹⁴²⁰, e incluso posteriormente por el TS en sentencias como las de 23 de mayo y 30 de noviembre de 1989. Igualmente fue el criterio mantenido en la STSJ de Galicia de 12 de marzo de 1999 o por la SAN de 27 junio de 2002. Más adelante, respetando el orden cronológico de la evolución, profundizaremos sobre este posicionamiento.

La tesis de la unilateralidad barajó diversos argumentos según nos ilustra FERRER VIDAL:

- a) Quizá el argumento de mayor calado fuera el que se fundamentaba en la liberalidad implícita en una operación celebrada a un precio inferior de mercado.
- b) Otro razonamiento de los utilizados fijó su atención en que el ajuste bilateral conduciría a un resultado recaudatorio, en su conjunto, exactamente igual al que se hubiera producido de no haberse practicado ajuste alguno, desvirtuando el carácter sancionatorio del artº 16.3 y desincentivando a las partes intervinientes en la utilización del precio de mercado
- c) Una tercera vertiente de razonamiento sería la que utilizó el contenido de los artículos 99¹⁴²¹, 100.2 y 120¹⁴²² del Reglamento del Impuesto de Sociedades de 1982, en cuanto autorizaban a tomar en consideración las diferencias positivas de valoración en el caso de las operaciones vinculadas, pero no las negativas.

¹⁴²⁰ CONSIDERANDO 9.º

“Que respecto a la tercera cuestión planteada, relativa a la procedencia del «ajuste bilateral», es preciso aclarar que si bien este Tribunal Central, al tratar el debatido problema de si los ajustes fiscales de los llamados por toda la doctrina económica y tributarias precios de transferencia, y en nuestra terminología tributaria ingresos y gastos por operaciones vinculadas, son bilaterales o no, se ha pronunciado abiertamente por la respuesta afirmativa en sus Resoluciones de 10 septiembre y 27 noviembre 1986, y 3 febrero 1987, y ha de ser en todo caso la sociedad vinculada con la recurrente la que inste de la Administración Tributaria, dentro de los plazos y límites legales en orden a la rectificación de bases imponibles, la práctica del ajuste negativo correspondiente, dando lugar al acto administrativo susceptible, en su caso, de reclamación en la vía económico-administrativa, por lo que, la sociedad recurrente no está legitimada para instar de este Tribunal Central que, correlativamente al aumento de su base imponible por los intereses presuntos de que se trata, se proceda a hacer un ajuste negativo en las entidades vinculadas que intervienen como prestatarias, por el mismo concepto y período impositivos.”

¹⁴²¹ Artículo 99. Diferencias positivas de valoración.

“...b) Las correspondientes a la aplicación de reglas especiales de valoración en los casos de las operaciones vinculadas a que se refiere el art. 39 de este reglamento, cuando supongan la consideración de mayores ingresos o menores gastos.”

¹⁴²² El artº 120.2 consideraba gasto deducible las diferencias negativas de valoración, otorgando como tales únicamente a las diferencias de criterio en el cómputo o la valoración de ingresos o gastos que, como consecuencia de las normas del impuesto, supongan disminución de la base imponible, pero sin recoger las diferencias negativas de valoración originadas por las operaciones vinculadas.

d) Un cuarto argumento barajado enfocaba el tema desde la vertiente internacional, y concluía en favor del ajuste unilateral, ya que solo formalmente era planteable que con el ajuste unilateral se provocaba una cuestión de doble imposición, pues en la práctica la sociedad receptora de los beneficios procedería a compensar pérdidas que es la razón por la que se procedía a desplazar hacia la misma las bases imponibles.

Ciertamente la Administración Tributaria se decantó en favor de la tesis del ajuste unilateral, complejizándose la situación gracias a su posición privilegiada para marcar los derroteros de los desarrollos reglamentarios posteriores. Escribe GOTA LOSADA¹⁴²³ que obviamente “*el problema tenía que resolverse en el inmediato y futuro Reglamento del Impuesto sobre Sociedades. Los Servicios tanto de la entonces Dirección General de Tributos, como de la Dirección General de Inspección, manifiestamente contrarios a la bilateralidad de los ajustes, incluyeron en el Proyecto del Reglamento el artículo 39. <<Operaciones vinculadas>>, en el que se decía que los ajustes por operaciones vinculadas solo debían hacerse <<(…) siempre que determinasen un mayor ingreso o un menor gasto respecto de lo reflejado en contabilidad>>. De este modo se impedía el ajuste bilateral correlativo de signo contrario.*

El Consejo de Estado dictaminó el Proyecto¹⁴²⁴ y respecto de este artículo opinó que había de suprimirse dicho párrafo y que había que incluir un apartado 6, con el siguiente texto: << 6. Cuando en virtud de lo dispuesto en este artículo proceda rectificar la valoración reflejada en la contabilidad de una sociedad, se practicará al mismo tiempo en la vinculada la rectificación correspondiente>>.

A pesar de que el Gobierno aceptó las observaciones hechas por el Consejo de Estado, aprobando el Reglamento <<de acuerdo con el Consejo de Estado>>, la Dirección General de Tributos se cuidó de no incluir el precepto referido”.

Efectivamente, pese al dictamen del Consejo de Estado el Ministerio de Economía y Hacienda se eliminó del texto definitivo del Reglamento 2631/1982 el añadido previamente insertado en el anteproyecto (*siempre que ello determine un mayor ingreso*

¹⁴²³ En su ponencia en la citada STS 26 diciembre 2003.

¹⁴²⁴ El dictamen de 30 de septiembre de 1982 dijo a propósito del artº 39 del anteproyecto del Reglamento:

En el apartado 1 debe suprimirse el último inciso, que dice «siempre que ello determine un mayor ingreso o menor gasto respecto de los reflejados en contabilidad», porque para ser justos habría que admitir también la hipótesis contraria.

En el apartado 5 parece que falta la palabra «entidades», entre «aquellas» y –cuya–, pues de otro modo quedaría restringido el alcance del precepto a las cooperativas de consumo, lo cual no responde al propósito que se persigue.

Además, sería conveniente añadir un nuevo apartado que dijera:

«6. Cuando en virtud de lo dispuesto en este artículo proceda rectificar la valoración reflejada en la contabilidad de una sociedad, se practicará al mismo tiempo en la vinculada la rectificación correspondiente», ya que si no se corrige simultáneamente el valor de ambas sociedades se va a gravar una renta ficticia, aparte de que se establecería un trato discriminatorio para las sociedades domésticas respecto a las amparadas por Convenio de doble imposición, pues el artículo 9.º del Convenio modelo de la OCDE establece la corrección en doble sentido cuando se trata de operaciones entre sociedades vinculadas.

o menor gasto respecto de los reflejados en contabilidad), pero no siguió la directriz del dictamen de incluir los párrafos que hubieran dejado sentado con toda claridad el sistema de ajuste bilateral. Para ESTEBAN MARINA¹⁴²⁵ la unilateralidad establecida por el Reglamento se desprende de sus siguientes preceptos:

- el comentado artº39, que se limitaba a reproducir el artº 16.3 de la Ley;
- el artº 99.1.b), puesto que al ocuparse de la determinación de las diferencias positivas de valoración refería que en el caso de las operaciones vinculadas serían incluidas las del artº 39 cuando supusieran mayores ingresos o menores gastos¹⁴²⁶ y, conforme acabamos de apuntar, el artº 39 se limitaba a reproducir el artº16.3 de la Ley;
- el artº 120, en cuanto que regulaba las diferencias negativas de valoración y no contenía ninguna alusión a las operaciones vinculadas que pudieran suponer menores ingresos o mayores gastos;
- el artº 131 ya comentado y su remisión a los artº 39 y 99.1 para la determinación de incrementos y disminuciones patrimoniales;
- el artº 133, en cuanto también remitía al artº 39 para la determinación del valor de enajenación en el caso de venta de valores mobiliarios en operaciones vinculadas.

V.3.1.e.– La determinación del arm's length

Pese al avance en la regulación que esta norma supuso, todavía adolecía de importantes defectos. Nótese que el artº16.3 expresamente alude al precio de mercado¹⁴²⁷, no al valor de mercado. Además, en este estadio del precepto, especialmente por su incardinación bajo la rúbrica valoración de ingresos y gastos, se entendió que su aplicación quedaba restringida a las operaciones corrientes de ingresos y gastos. Y, por otro lado, parecía que acogía en su seno las operaciones entre partes vinculadas que difirieran del precio normal de mercado cualquiera que fuera su causa, aunque no se tratara de *societatis causa*. Quedaba por tanto pendiente de avanzar hacia una regulación en la que el mero hecho de la diversidad del precio pactado respecto del valor de mercado funcionara como causa desencadenante de la aplicación de la norma.

Como quiera que fuese, lo cierto es que en nuestro ordenamiento se recibió el *arm's length* en términos muy similares a como aparecería en el Informe de la OCDE de 1979 al delimitarlo éste como el “*precio que se aplicaría en transacciones comparables entre empresas independientes o entre una empresa de un grupo y una empresa independiente*”

¹⁴²⁵ ESTEBAN MARINA, A. (1999).

¹⁴²⁶ Debe hacerse notar la contradicción de que aparezcan aludidos los menores ingresos cuando habían sido suprimidos de la dicción del artº 39.

¹⁴²⁷ “*su valoración a efectos de este Impuesto se realizará de conformidad con los precios que serían acordados en condiciones normales de mercado entre sociedades independientes.*”

No obstante, debemos precisar –como aprecia ZORNOZA PÉREZ¹⁴²⁸– que ni la Ley 61/1978 ni ninguna otra norma del ordenamiento contenía otra definición del precio de mercado comparable o de competencia plena, lo cual era lógico dada la dificultad de concreción legislativa de un concepto como el que nos ocupa, con la consiguiente inseguridad jurídica que ello suscita. En cambio, el artº 168.1.a del Real Decreto 2631/1982, de 15 octubre (RIS), recogía que serían aplicables los métodos indiciarios en la valoración de las operaciones vinculadas a las que se refiere el artículo 39 del citado Reglamento. Por su parte el artº 169 de la misma norma recogía cuáles eran esos métodos indiciarios, disponiendo que la Administración podría elegir entre alguno o algunos de los siguientes métodos, sin que constituyeran una lista cerrada (“entre otros” expresaba la norma):

- a) Cotizaciones en mercados oficiales regulares a la fecha a que debe referirse la valoración.
- b) Precios aplicados en operaciones similares en la misma época o aproximada, teniendo en cuenta la relación comercial entre Empresas o personas no vinculadas.
- c) Precios, tarifas o condiciones autorizadas administrativamente, publicadas en algún <Boletín Oficial> o dados a conocer a través de un medio de difusión.
- d) Valor asignado a efectos de otro tributo.
- e) Precios, tarifas o condiciones expresadas por el sujeto pasivo en expedientes de carácter administrativo o que figuren en sus catálogos y listas de precios.
- f) Valores consignados en el mismo contrato o en otros de características similares.
- g) Margen comercial habitual en operaciones similares.

Dos comentarios al hilo de los preceptos expuestos del RIS:

- en primer lugar, que el sistema de valoración prevenido en el artº16.3 LIS lo es de estimación directa, de suerte que la ley contempla dos sistemas de valoración para la determinación de la base imponible dentro de la estimación directa: uno general referido a los valores contables, y otro para las sociedades vinculadas referido a los precios normales de mercado entre agentes independientes, sin que bajo ningún concepto pudiera interpretarse que se autorizaba el sistema de estimación indirecta¹⁴²⁹. Baste observar en apoyo de lo dicho que los artº 168 y 169 del RIS se encontraban incardinados en la Sección VII del Capítulo IV, bajo el título de «Determinación de la base imponible por métodos indiciarios» en que se comprendentanto supuestos de estimación directa como indirecta.¹⁴³⁰

¹⁴²⁸ ZORNOZA PÉREZ, J.J. (1993).

¹⁴²⁹ A los que se referían los artº 47 y 50 LGT 1963 y artº 4 LRPT 1980.

¹⁴³⁰ Nuestro TS vino recogiendo tal apreciación en sentencias como las de 26 de marzo ó 18 junio de 1992: “El art. 16.1 de la propia Ley citada –referido, en todo caso, a la estimación directa de las bases imponibles– establece el principio general de que «Los ingresos y gastos se computaran por sus valores

- en segundo lugar, que la Administración en principio puede elegir libremente entre cualquiera de los métodos indiciarios, precisando únicamente justificar su utilización; sin embargo, dicha libertad torna en criterio obligatorio de seguir cuando con anterioridad hubiera sido ya utilizado un método concreto a efectos de otros tributos y ello por cuanto la Administración, como cualquier sujeto jurídico, no puede ir contra sus propios actos. Así lo vino predicando la AN y el TS en sentencias como las de 11 de diciembre y 30 de noviembre de 2009¹⁴³¹

La insuficiencia de los métodos indiciarios quedaría de manifiesto por la vía práctica y así lo vino a poner en evidencia el TEAC en sus Resoluciones de 30 de marzo de 1989, 14 de junio de 1989, 3 de octubre de 1989, 17 de octubre de 1989, 20 de diciembre de 1989 y 3 de abril de 1991, o incluso más tardías como la de 25 octubre 1995 cuando tras advertir que *“la fijación de un precio de mercado, con el que poder comparar el posible precio de transferencia, es tarea harto difícil dado que, a veces, las transacciones entre sociedades vinculadas son tan peculiares que no existe un mercado claramente definido de las mismas en el ámbito de las empresas independientes”*, dejaba sentados varios parámetros a tomar en consideración a la hora de la determinación del *arm's length* mediante comparables:

contables, siempre que la contabilidad refleje en todo momento la verdadera situación patrimonial de la sociedad»; pero en su ap. 3 (que, asimismo, se refiere a la estimación directa de las bases imponibles) añade que «No obstante... cuando se trate de operaciones entre sociedades vinculadas, su valoración a efectos de este Impuesto se realizará de conformidad con los precios que serían acordados en condiciones normales de mercado entre sociedades independientes».

Lo anterior significa que en la estimación directa de las bases imponibles del Impuesto sobre Sociedades, la Ley establece dos sistemas: uno –general– referido a los valores contables, y otro –para las sociedades vinculadas– referido a los precios normales de mercado entre agentes independientes; pero en ambos casos, conviene insistir, dentro del marco de la estimación directa. Por tanto, la Sala no puede admitir la tesis de que el art. 16.3 signifique la aplicación del sistema de estimación indirecta a que, principalmente, se refieren los arts. 47 y 50 de la Ley General Tributaria (RCL 1963\2490 y NDL 15243) y el art. 4.º de la Ley de Reforma del Procedimiento Tributario de 21-6-1980 (RCL 1980\1447 y ApNDL 6983), ya que no se trata aquí de ninguna de las hipótesis a que estos se refieren, sino, simplemente, de la mera existencia de sociedades vinculadas, entre las que, por razones obvias de todos conocidas y que no es preciso aclarar, los apuntes contables (aun siendo correctos) pueden no ser reflejo de la realidad económica de tales sociedades”.

¹⁴³¹ *“Así las cosas, principios básicos de nuestro sistema jurídico, como el de que nadie –tampoco la Administración– puede ir contra sus propios actos, de modo que conducido de una determinada manera su autor crea en los destinatarios una suerte de confianza de que no lo hará en el futuro contradiciéndose, reflexión que trae a primer plano la idea fundamental de la seguridad jurídica (artículo 9.3 de la Constitución, apuntalan la tesis de Refrescos y Envasados, S.A., pues no resulta admisible que la Hacienda tase el contenido de un mismo negocio de forma divergente según el tributo de que se trate cuando las normativas aplicables piden en ambos casos la aplicación de los mismos parámetros de valoración.*

Y partiendo de esa idea nuclear, que juega en un plano abstracto y general, llegamos a un resultado concreto en relación con los métodos indiciarios enumerados en el artículo 169.1 del Reglamento del impuesto sobre sociedades de 1982, entre los que, como explica la Audiencia Nacional, la Administración puede elegir, en principio, libremente sin más que justificar su opción (artículo 168.2). Ahora bien, a juicio de esta Sala, ese margen de apreciación queda muy reducido, hasta desaparecer, cuando la propia Administración ha estimado la operación con los mismos criterios a efectos de otros tributos, en cuyo caso no le queda más opción que utilizar esa tasación, que es una de las indiciarias contempladas por el mencionado artículo 169.1 , en la letra d)”.

- tomar en consideración el mismo mercado en términos geográficos¹⁴³²;
- a comparación habrá de versar sobre la misma mercancía o similar;
- tratarse de operaciones de un volumen equivalente;
- tratarse de la misma fase del proceso productivo;
- las operaciones comparadas deben haber tenido lugar en el mismo periodo de tiempo.

El amplio margen que la utilización del *arm's length* así conceptualizado deja, unido al listado abierto contenido en el artº 169.1 RIS, permitía un grado de flexibilidad que a priori podía conducir a la discrecionalidad de la Administración en la comprobación de valores. Aunque un sector doctrinal consideraba que en cierta medida tal defecto era corregido vía ex artículo 65.2 Reglamento General de Inspección Tributaria mediante el informe razonado sobre los criterios y métodos utilizados que habría de acompañar a la correspondiente acta.

V.2.2.– La nueva interpretación a raíz de la Resolución del TEAC de 10 septiembre de 1986, 27 de noviembre de 1986 y 3 de febrero de 1987. STS 23 mayo de 1989.

La Resolución del TEAC de 10 de septiembre de 1986 supuso la introducción del ajuste bilateral en nuestro ordenamiento, confirmada meses más tarde por la resolución de 3 de febrero de 1987. Con anterioridad a las mismas la situación fue muy controvertida y, en honor a la verdad, el sector doctrinal defensor de la unilateralidad gozó de mayor apoyo. Baste recordar que lograron incluir un párrafo en el artº 31.1 de la Ley 9/1983, de 13 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para 1983, dedicado a las reglas para disfrutar de los incentivos fiscales dispuestos en el artº 15.8 y artº 26 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, que decía así: “*Las correcciones resultantes no podrán utilizarse para reducir la base imponible del grupo o de las empresas vinculadas*”. Y no solo ello, sino que como destacó la STS 26 de diciembre de 2003, existían otras múltiples manifestaciones de que la fe de los unilateralistas no decayó ni cesaron en su empeño, como lo acreditaron:

- la Ley 48/1985, de 27 de diciembre, sobre Modificación de los Impuestos sobre la Renta, sobre Sociedades y sobre el Valor Añadido¹⁴³³, al solo

¹⁴³² requisito completamente lógico si se tiene en cuenta que en la fijación de los precios intervienen no sólo la oferta y la demanda que del producto contemplado pueda existir (si la oferta aumenta el precio tiende a bajar y viceversa, si la demanda aumenta el precio tiende a subir y viceversa), sino que también influyen otros factores de muy variada índole y que definen la idiosincrasia de cada país, como puede ser el nivel de renta per cápita, el grado de desarrollo económico, el régimen político, la situación de monopolio u oligopolio en que se suministre el producto en cuestión, etc.; la concurrencia de todo ello determina la formación de un precio para un producto en el país de que se trate, precio que, en la gran mayoría de casos, será diferente del que exista en los demás países para el mismo producto.

¹⁴³³ Artículo tercero:

“*Quedan modificados los artículos de la Ley 61/1978, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, que se relacionan a continuación:*

- mencionar en la determinación del valor de adquisición de las acciones las minoraciones que sean beneficiosas para la Administración Tributaria;
- el Real Decreto 2027/1985, de 23 de octubre (que vino a desarrollar la Ley 14/1985, de Activos Financieros) al incluir en la Exposición de Motivos el siguiente párrafo: *“Las distorsiones que se producen no sólo en la vertiente fiscal, sino también en la financiera y comercial, justifican la operativa de ajuste unilateral, con carácter penalizador para el sujeto que computa menores ingresos o mayores gastos en operaciones vinculadas”*. Sin embargo, el Real Decreto 2027/1985 no contuvo norma alguna dispositiva sobre esta cuestión;
 - el Real Decreto 2617/1986, de 19 de diciembre (el cual procedió a desarrollar el régimen fiscal previsto en la Ley 49/1984, de 26 de diciembre, de Explotación Unificada del Sistema Eléctrico) en cuyo artículo 3º, apartado 2, dispuso: *“No obstante, cuando proceda la aplicación de lo dispuesto en el artículo 16.3 de la Ley 61/1978, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades y resultase preciso uno de los ajustes oportunos, mayor ingreso o menor gasto, quedará excluido de tributación en la base imponible del prestamista o del prestatario”*.

Pero el mayor interés de las citadas resoluciones del TEAC, confirmadas por el TS, deriva de los argumentos que fueron utilizados para, sin modificación legislativa alguna, introducir en nuestro ordenamiento los ajustes bilaterales:

- Lo primero en que repara el TEAC es en la supresión llevada a cabo en el artº39.1 del texto definitivo del Reglamento de 1982, siguiendo la recomendación del Consejo de Estado, de manera que desapareció la alusión a *“siempre que ello determine un mayor ingreso o menor gasto respecto de los reflejados Contabilidad”*. En coherencia con ello, justificó que el hecho de que se mantuviera el artº120 del Reglamento, pese a la incongruencia que supondría para la admisión de la tesis de la bilateralidad, era una simple e intrascendente omisión técnica.
- El segundo argumento barajado por el TEAC partió de la consideración de las operaciones ajustables en su integridad, lo que significa que las partes

Artículo quince.

Se da nueva redacción a los apartados b) y al segundo párrafo del apartado d) del número siete, con el contenido siguiente:

b) De la enajenación de las acciones u otras participaciones en el capital de las Sociedades a que se refiere el apartado dos del artículo 12 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, y el apartado tres del artículo 19 de la presente Ley, el incremento o disminución se computará por la diferencia entre el valor de adquisición y de titularidad y el valor de enajenación de aquéllos. A tales efectos, el valor de adquisición y de titularidad se estimará integrado:

Primero. Por el precio o cantidad desembolsada para la adquisición de los expresados valores, atendiendo en su caso a posibles minoraciones por aplicación del tratamiento de operaciones vinculadas.

Segundo. Por el importe de los resultados contables imputados a los socios, en proporción a su grado de participación y atendiendo a la efectiva imputación de las bases imponibles de los respectivos periodos. Las pérdidas contables imputadas, así como los dividendos percibidos, minoran este valor de titularidad”.

intervinientes contratantes son dos, de donde se infiere que el ajuste para una es un aumento, pero para la otra una correlativa disminución. Se trata de una consecuencia de la novedad introducida por la Ley 61/1978, en la que ya los ajustes fiscales dejaron de consistir en la no deducción de gasto de los precios de transferencia y pasaron a consistir en rectificaciones tanto de ingresos como de gastos de los valores contables.

- El tercer argumento se apoyó en el rechazo de la naturaleza penalizadora de lo dispuesto en los apartados 3 a 5 del artº16 de la Ley.

Para el correcto entendimiento del argumento debemos partir de la consideración de que el artº 79 LGT 1963 tipificaba como infracción tributaria el dejar de ingresar todo o parte de la deuda tributaria dentro de los plazos establecidos, salvo que se regularizase conforme a lo que la propia ley disponía en su artº61.

Ahora bien, ¿cómo jugaba la infracción comentada en sede de operaciones vinculadas? Como escribía PEREZ ROYO¹⁴³⁴ el análisis de la estructura de la infracción y de la sanción tributaria se centra en *“en la estructura de la reacción del ordenamiento ante su violación en el ámbito tributario. Se trata de determinar, en definitiva, si la reacción del ordenamiento ante la violación del mismo calificada como infracción tributaria, se articula a través de un mecanismo semejante, desde el punto de vista estructural, al del Derecho penal”*.

Un sector minoritario de la doctrina defendió el carácter sancionatorio del régimen legal, basamentando tal tesis en distintos argumentos que podemos resumir en los siguientes:

- i. centraban como finalidad primordial, y casi única, del régimen de las operaciones vinculadas la persecución de la elusión fiscal (finalidad antielusiva);
- ii. entendía que el ajuste prevenido por el régimen legal era unilateral, por cuanto solo era permitido respecto de la parte para la que supusiera un aumento de la base imponible, conforme tenemos ya expuesto utilizando para ello el contenido de los artº 99, 100 y 120 del RIS;
- iii. la limitación absoluta contenida en el artº 16.2¹⁴³⁵ a los gastos que nunca podrían ser superior al precio realmente satisfecho;
- iv. la inocuidad que supondría el que el ajuste fuera bilateral.

Pero el sector mayoritario defendió que con la redacción del artº16, en su redacción dada por la Ley 61/1978, no se podía predicar la naturaleza de infracción y consiguiente sanción, porque la consecuencia asociada al supuesto no era una sanción, y sí simplemente la determinación del beneficio obtenido por las partes en la transacción vinculada conforme a la verdad

¹⁴³⁴ PÉREZ ROYO, F. (1972).

¹⁴³⁵ En ningún caso las valoraciones de las partidas deducibles podrán considerarse a efectos fiscales por un importe superior al precio efectivo de adquisición o, en su caso, a su valor regularizado.

material (que no formal). Ni la utilización de los precios de transferencia constituyen una infracción tributaria, ni el efecto de doble imposición que conllevaría un ajuste unilateral puede ser estimado como una sanción. Los precios de transferencia no son necesariamente elusivos ni fraudulentos, sino que pueden tener otras múltiples finalidades o ser el resultado de la inexistencia de voluntades contrapuestas entre las partes contratantes. Además, no existe normativa alguna que tipifique la utilización de los precios de transferencia como una infracción y la doble imposición como una sanción, lo cual por otro lado pugna frontalmente con los principios constitucionales de la capacidad de pago y de la interdicción de los efectos confiscatorios.

La Administración, como nos enseñan CALVO VÉRGEZ¹⁴³⁶ y SUÁREZ MOSQUERA¹⁴³⁷, consideró durante la redacción dada por la Ley 61/1978 que las operaciones celebradas a precios de transferencia divergentes del precio de mercado podrían ser sancionables en atención a la intención buscada en su celebración; posteriormente, en la segunda redacción sobrevenida con la Ley 18/1991, si bien hubo momentos de duda, finalmente se impuso la posibilidad de sancionar abiertamente.

- El cuarto argumento acudió al artº9.2 MCDI OCDE y de los textos de convenios bilaterales de DI firmados por España, que aunque no forman parte del Derecho interno, sí sirven para la interpretación del mismo, y en dicho precepto se acoge el ajuste bilateral. COMBARROS VILLANUEVA¹⁴³⁸ critica este razonamiento diferenciando entre las finalidades del MCDI OCDE y el artº 16.3 de la Ley, puesto que con el ajuste bilateral en Derecho interno no siempre se consigue eludir la doble imposición.

V.2.3.– Ley 18/1991 de 6 de junio del Impuesto de la Renta de las personas físicas.

En sede del Impuesto de la Renta de las Personas Físicas hemos de decir que la Ley 44/1978, de 8 de septiembre no contuvo regulación alguna de los precios de transferencia como así tampoco de las operaciones vinculadas. Esta carencia fue calificada por la doctrina como un olvido del legislador¹⁴³⁹.

Habría que esperar a la Ley 18/1991, de 6 de junio, para que el legislador introdujese en el artº8 de dicho texto normativo la regulación de las operaciones vinculadas mediante una remisión al régimen del artº 16 del Impuesto sobre Sociedades, sin referencia alguna a los incrementos y disminuciones de patrimonio a los que se dedicaron los artº 44 al 48, pero sin que los mismos tuvieran alusión alguna al artº8 . Por lo tanto, como

¹⁴³⁶ CALVO VÉRGEZ, J. (2011).

¹⁴³⁷ SUÁREZ MOSQUERA, C (2007).

¹⁴³⁸ COMBARROS VILLANUEVA, V.E. (1988).

¹⁴³⁹ SIEIRO CONSTELA, Mª M. (2000).

nos enseña ARGENTE ÁLVAREZ et. al.¹⁴⁴⁰, con anterioridad a esta norma si en la operación, además de sociedades vinculadas intervenían personas físicas vinculadas a aquellas, a las sociedades se les aplicaba la norma de las operaciones vinculadas y por lo tanto la valoración a precio de mercado con carácter imperativo y sin admisibilidad de prueba en contrario, mientras que a las personas físicas no se les podía aplicar régimen alguno de operaciones vinculadas al no existir, sino que se les aplicaba la presunción de onerosidad. A partir de entonces se les aplicaría también a las personas físicas el régimen dispuesto en el artº16.

Lo que sí procedió la ley 18/1991, mediante su disposición adicional quinta, fue a modificar la Ley 61/1978 del Impuesto sobre sociedades, dedicando, en lo que aquí nos compete, el apartado cuarto de dicha disposición adicional a los cambios del artº15 y el apartado quinto a los del artº16. En cuanto al artº 15 no consideró la doctrina que se vinieran a introducir cambios sustanciales ni polémicos, manteniendo tanto el concepto de “*incrementos o disminuciones patrimoniales*”¹⁴⁴¹ como la sustitución de la valoración a precio de mercado por sus criterios valorativos propios, donde la regla básica para la determinación de los incrementos o disminuciones patrimoniales pivota sobre la diferencia entre el valor de adquisición y de enajenación en los supuestos de transmisiones onerosas, reiterándose la misma forma de cálculo del valor de adquisición y de enajenación. Por lo que se refiere a los incrementos puestos de manifiesto por simple anotación contable se mantuvo la misma redacción. En lo relativo a los incrementos puestos de manifiesto en la enajenación de valores mobiliarios que coticen en Bolsa, a parte de la incorporación de la referencia a la Ley 24/1988 (inexistente en 1978), permanece el mismo criterio valorativo con una ligera matización para la determinación del valor de venta en que se precisa que se tomaría la cotización del día en que ésta se produzca o, en caso de ser mayor, el precio pactado. Para las enajenaciones de acciones o participaciones de sociedades transparentes en esencia continúa la misma redacción, si bien se introduce una alusión a las operaciones vinculadas, precisándose que el incremento se determinaría por la diferencia entre el coste de adquisición y de titularidad y el valor de enajenación de aquéllos, salvo cuando coticen en bolsa en cuyo supuesto se aplicaría el régimen ya referido; el coste de adquisición y de titularidad se sigue determinando por el precio o cantidad desembolsada por la adquisición, aunque se incorporó la novedad de tenerse que realizar las minoraciones producidas por aplicación del régimen de operaciones vinculadas¹⁴⁴². Para determinar el incremento o disminución patrimonial puesto de manifiesto en las aportaciones no dinerarias se introdujo un cuarto valor, debiéndose

¹⁴⁴⁰ ARGENTE ÁLVAREZ, J.; MELLADO BENAVENTE F.M.et al. (2007).

¹⁴⁴¹ “*Son incrementos o disminuciones de patrimonio las variaciones en el valor del patrimonio del sujeto pasivo que se pongan de manifiesto con ocasión de cualquier alteración en la composición de aquél, salvo lo dispuesto en el apartado siguiente.*

Se computarán como incrementos de patrimonio los que se pongan de manifiesto por simple anotación contable, salvo que una Ley los declare expresamente exentos de tributación.

En ningún caso se computarán como disminuciones de patrimonio las que se pongan de manifiesto por simples anotaciones contables, salvo las que correspondan a disminuciones de valor consecuencia de pérdidas por depreciación que no se hayan computado como amortización, producidas durante el período impositivo”.

¹⁴⁴² También se contempla una novedad respecto a las sociedades de mera tenencia de bienes.

elegir el mayor de los cuatro para calcular la diferencia con el valor de adquisición; nos referimos al valor fijado en los informes preceptivos incorporados a la escritura de elevación a público de acuerdos sociales de constitución o modificación del capital social necesarios para la inscripción en el Registro Mercantil de dicho acto. En cuanto a los incrementos o disminuciones puestos de manifiesto en la separación de socios o disolución de sociedades la diferencia a considerar sería la existente entre el valor de adquisición y el valor de mercado de los bienes recibidos o de la cuota de liquidación. En la nueva redacción se contemplan los incrementos puestos de manifiesto en supuestos de fusión, escisión o absorción de sociedades, los cuales antes no se aludían, y para los que se prevé que el valor de enajenación a tomar en consideración para calcular la diferencia es el valor de los títulos, numerario o derechos recibidos¹⁴⁴³ Se mantiene con una redacción ligeramente distinta la regulación de los incrementos resultantes de los traspasos que se seguirá determinando por el importe que le corresponda al cedente por el mismo. Se incorpora la referencia a tres nuevos supuestos anteriormente no mencionados:

- a) el de la transmisión, amortización, canje o conversión de valores calificados de rendimiento explícito representativos de la cesión a terceros de capitales propios, para los que se prevveía como regla de cálculo la diferencia entre el valor de transmisión, amortización, canje o conversión y el valor de adquisición;
- b) los incrementos o disminuciones resultantes a causa de las indemnizaciones o capitales asegurados por pérdidas o siniestros en elementos patrimoniales deberían ser calculados por la diferencia entre la cantidad percibida y la parte proporcional del valor de adquisición que corresponda al daño;
- c) Los incrementos o disminuciones resultantes a causa de las permutas de bienes o derechos deberían ser determinados por la diferencia entre el valor de adquisición del bien o derecho cedido y el valor de mercado del bien o derecho que se recibe.

En lo que respecta a las operaciones vinculadas, la Ley 18/1991 en su Exposición de Motivos ni siquiera aludió a que fueran objeto de la reforma que en el impuesto de sociedades se introducía¹⁴⁴⁴. Igualmente se mantuvo la exención por reinversión de los incrementos derivados de la transmisión de activos fijos de la empresa que fueran necesarios para la realización de la actividad, sometiéndose a los mismos plazos en que debería producirse la citada reinversión y añadiendo unos plazos de permanencia de los nuevos activos.

El apartado quinto vino a introducir un cambio sustancial en el apartado 3 del artº16 jalonado por la doctrina impuesta por el TEAC. Dicha modificación no apareció justificada en la exposición de motivos de la Ley 18/1991 y consistió en la introducción

¹⁴⁴³ Conforme al artº 137 del Reglamento el valor de los títulos recibidos se corresponde con el valor de cotización en el día de la entrega o, en otro caso, el valor teórico.

¹⁴⁴⁴ La Exposición de Motivos únicamente señalaba: “*el Impuesto sobre Sociedades es objeto de adaptación a las modificaciones del Impuesto sobre la Renta, particularmente en materia de tributación de no residentes, de incrementos y pérdidas de patrimonio y de transparencia fiscal*”.

de un nuevo párrafo: “*Cuando la Administración deba proceder, fuera del plazo voluntario de declaración, a ajustar la valoración de las operaciones entre sociedades vinculadas, el ajuste no podrá suponer minoración de ingresos ni incremento de gastos o de costes para ninguna de las partes*”. Se volvía así al ajuste unilateral contraviniendo el dictamen del Consejo de Estado de 30 de septiembre de 1982. Se ha dicho (ZORNOZA PÉREZ¹⁴⁴⁵) que frente al carácter bilateral de los ajustes determinado por el Tribunal Económico Administrativo Central ante la polémica doctrinal en aquellos años existente, el nuevo artº16.3 definitivamente consagró el criterio de la unilateralidad en los ajustes practicados por la Administración. La crítica doctrinal no se hizo esperar descansando en los siguientes argumentos sintetizados por ESTEBAN MARINA¹⁴⁴⁶:

- a) suponía una flagrante contradicción con el posicionamiento que la propia Administración había adoptado al eliminar tal tipo regulación del Reglamento del Impuesto de Sociedades de 1982;
- b) contravenía el dictamen del Consejo de Estado;
- c) vulneraba la doctrina del Tribunal Económico–Administrativo Central que proclamaba la procedencia del ajuste bilateral en todos los casos;
- d) infringía los principios de inscripción y veracidad contables, además del principio de imagen fiel, ya que conllevaba el reflejar ingresos en una sociedad y gastos en otra que no se habían producido realmente;
- e) planteaba dudas en el importe del ajuste bilateral en las transacciones de productos que no tuvieran un precio de mercado claramente cuantificado, o cuando se presentase multiplicidad de variantes del producto o cuando el precio fuera muy oscilante;
- f) gran riesgo de generar doble imposición;
- g) inseguridad en la interpretación del tenor de la norma al referir “*cuando la Administración deba proceder*”.

Al hilo de la introducción del nuevo párrafo no podemos olvidar la significación que supuso a nivel contable. El artº 16.3 en su redacción original, y más aún con el nuevo párrafo introducido por la D. Ad. 5ª Ley 18/1991, suponía para el sujeto pasivo la necesidad de adecuar sus valores contables conforme al *arm's length* a efectos fiscales. El contribuyente para reflejar en su base imponible el valor de mercado podía proceder de dos formas, conforme nos comenta SALA GALVÁN¹⁴⁴⁷:

- mediante un ajuste extracontable para las diferencias positivas de valoración (ex artº99.1.b¹⁴⁴⁸ RIS 1982 en sede de determinación de los rendimientos

¹⁴⁴⁵ ZORNOZA PÉREZ, J.J. (1993).

¹⁴⁴⁶ ESTEBAN MARINA, A. (1999).

¹⁴⁴⁷ SALA GALVÁN, G. (2003).

¹⁴⁴⁸ “1. Se incluirán entre las diferencias positivas de valoración:

[...]

b) Las correspondientes a la aplicación de reglas especiales de valoración en los casos de las operaciones vinculadas a que se refiere el artículo 39 de este Reglamento, cuando supongan la consideración de mayores ingresos o menores gastos.”

- netos para configurar la base imponible) o para las diferencias negativas de valoración (implícitamente por aplicación del artº120.1.b¹⁴⁴⁹);
- mediante la opción por parte del contribuyente de reflejarlo en una cuenta especial de reservas (que en realidad supone un verdadero ajuste contable), un asiento de orden o una nota anexa en las cuentas anuales, y todo ello a virtud de lo dispuesto en el artº 41.3 RIS¹⁴⁵⁰. Ello debía ser matizado con lo añadido por el apartado 4 del citado artº 41, el cual impedía el reflejo en una cuenta especial de reservas cuando se tratase de operaciones que supusieran una diferente valoración de gastos o ingresos, por lo que en la práctica los ajustes contables se reducían a los supuestos de transmisiones de activos fijos.

La normativa que posibilitaba los ajustes, ya fueran contables o extracontables quedó superada por dos circunstancias sobrevenidas:

- la entrada en vigor en 1990 de la nueva normativa del PGC;
- la declaración proclamada por la STS 11 febrero 2000 por la que se prohibieron los ajustes en el caso de los incrementos y disminuciones al declarar la nulidad de los artículos 131.1b), 131.3 y 133.2b) del RIS.

V.4.– Tercera etapa: La Ley 43/1995 y sus modificaciones posteriores

Como ya tenemos adelantado, a su vez en esta etapa apreciamos tres periodos:

- 1º. La Ley 43/1995 junto con su desarrollo modificaciones posteriores:
- 2º. La Ley 36/2006 de Medidas para la Prevención del Fraude Fiscal y sus modificaciones posteriores
- 3º. La Ley 27/2014 de 27 de noviembre y su desarrollo y modificaciones posteriores.

Los mismos van a ser estudiados seguidamente, no obstante, para una mayor claridad nos hemos decidido por afrontar la evolución de la norma desde la distinta temática que aborda, en lugar de seguir cronológicamente cada norma y analizar las innovaciones que se van incorporando. Con ello conseguimos una mayor facilidad de seguimiento en la evolución de las cuestiones en que pretendemos reparar, que desde luego no son todas las posibles, lo que excedería del objeto y extensión propios de este trabajo, pero sí las

¹⁴⁴⁹ “1. Se incluirán en las diferencias negativas de valoración

[...]

b) Las diferencias de criterio en el cómputo o la valoración de Ingresos o gastos que, como consecuencia de las normas del impuesto, supongan disminución de la base imponible”.

¹⁴⁵⁰ “3. En los casos en que por aplicación de las normas de este Impuesto la valoración fiscal difiera de la reflejada contablemente, el sujeto pasivo podrá optar, salvo que expresamente se establezca lo contrario, por:

a) Reajustar la valoración al valor fiscal que haya sido fijado, recogiendo la diferencia en una cuenta especial de reservas.

b) Expresar esta circunstancia mediante asiento de orden suficientemente ilustrativo o nota anexa a las cuentas anuales, debiéndose mantener la anotación en tanto permanezcan las circunstancias que la originaron”.

que estimamos primordiales y más interesantes desde el filtro que impone la materia que nos ocupa.

V.4.1.– Breve referencia introductoria a las distintas normas que se han ido sucediendo.

V.4.1.a.– La Ley 43/1995.

La Ley 43/1995, de 27 de diciembre, vino jalonada por distintas causas de entre las cuales aquí nos interesa destacar:

- tratar de coordinar, en aras a la seguridad jurídica, la normativa contable y fiscal en materia de Impuesto de Sociedades, especialmente tras la normativa mercantil de adaptación del régimen de sociedades a las Directrices europeas;
- la apertura de la economía española a los flujos transfronterizos de capitales.

Se ha dicho que la nueva norma vino a traer por primera vez a nuestro ordenamiento tributario un verdadero régimen especial autónomo a las operaciones vinculadas (FERRER VIDAL¹⁴⁵¹). También se ha apuntado que la Ley 43/1995 constituye un hito en la evolución del régimen de las operaciones vinculadas en nuestro país.

La ley le vino a dedicar su artº16, que continuaba ubicado en el título correspondiente a la base imponible, rubricándolo “*Reglas de valoración: operaciones vinculadas*” y dotándolo de seis apartados. En el primer apartado, como ya sucediera anteriormente en el apartado 3, contiene la regla de valoración conforme al principio de *arm’s length* con la siguiente dicción: “*La Administración tributaria podrá valorar, dentro del período de prescripción, por su valor normal de mercado, las operaciones efectuadas entre personas o entidades vinculadas cuando la valoración convenida hubiera determinado, considerando el conjunto de las personas o entidades vinculadas, una tributación en España inferior a la que hubiere correspondido por aplicación del valor normal de mercado o un diferimiento de dicha tributación*”. Ahora ya sí se contiene una referencia expresa al valor normal de mercado¹⁴⁵², entendiéndose éste como una técnica instrumental que permite analizar la causa del negocio y determinar la concurrencia de la *societatis causa*. Quedaba así perfectamente delimitada la *societatis causa* como elemento básico delimitador de si nos encontramos ante una operación vinculada o, por el contrario, ante razones empresariales que justifican el precio de transferencia sin posibilidad de actuación del régimen de las operaciones vinculadas.

La inseguridad jurídica que trajo consigo el artº 169.1 del RIS quedó así superada mediante la nueva redacción dada al artº 16.3 LIS, el cual sigue a los Informes de «Precios de transferencia y MNEs» (1979) y de «Pautas en materia de precios de transferencia para MNEs y Administraciones tributarias» (1995). El citado precepto en su apartado 3 vino a establecer por primera vez alusión explícita a los diversos métodos

¹⁴⁵¹ FERRER VIDAL, D. (2014).

¹⁴⁵² Pero con una cierta dosis de flexibilidad, aclara IBÁÑEZ CASADO, J. (1996) en base al término se “*fundamentará*” contenido en el apartado 6 del artº16

utilizables para cumplir con el *arm's length*. Un método básico principal, el método de precios comparables o CUP, y dos supletorios para cuando no existan comparables, el método del coste incrementado y el método del precio de reventa. A ello se añadía que en defecto de la aplicabilidad de los tres métodos transaccionales anteriores podría acudir a un cuarto método supletorio de segundo grado, el de la distribución del resultado conjunto de la operación de que se tratase, teniendo en cuenta los riesgos asumidos, los activos implicados y las funciones desempeñadas por las partes relacionadas.

Aun así, la determinación del *arm's length* constituía una fuente continua de problemas entre la Administración y los sujetos pasivos, por cuanto había que atender a las particularidades de la operación en cuestión.

El apartado 2 se reservó para establecer el perímetro subjetivo de vinculación.

En el apartado 4 se regularon los presupuestos para la deducción de los gastos generados en I+D, así como el apartado 5 hizo lo propio con los gastos en concepto de prestación de servicios internos. Por último, el apartado 6 venía a establecer las líneas generales del régimen de los APAs.

A su vez, el artº15.2 in fine contuvo la definición de lo que debía de entenderse por valor de mercado: “*el que hubiera sido acordado en condiciones normales de mercado entre partes independientes*”. Para determinar dicho valor se aplicarán los métodos previstos en el artº16.3 de esta Ley.

La doctrina siguió discutiendo si se trataba de una norma valorativa o una norma antielusiva. El anteproyecto de Ley contemplaba como objetivo de la norma el “*ánimo de evitar las evasiones de beneficios, mediante la utilización de los precios de transferencia*”, queriéndose ver en ello cómo el objetivo primordial normativo era eludir la evasión fiscal (ESTEBAN MARINA¹⁴⁵³).

La nueva regulación introducida por esta norma, volviendo al régimen anterior a la Ley 61/1978, vino a suprimir la distinción entre los rendimientos ordinarios y extraordinarios (incrementos y disminuciones patrimoniales) contenidos en el antiguo artº3 de la Ley y su diferente tratamiento en materia de operaciones vinculadas. Se trata de una concepción unitaria de las rentas, cualquiera que sea su fuente u origen, consecuencia del carácter sintético del nuevo Impuesto de Sociedades como nos aclara la Exposición de Motivos de la Ley, lo que determinó una simplificación del impuesto a la par que facilitó el acompasamiento con las normas contables, acarreado la ampliación del ámbito de aplicación del régimen de las operaciones vinculadas.

¹⁴⁵³ ESTEBAN MARINA, A. (1999).

V.4.1.b.– Normativa inmediatamente posterior a la Ley 43/1995

A) El Real Decreto 537/1997, de 14 de abril, Reglamento del Impuesto sobre Sociedades.

La Ley 43/1995 precisó de desarrollo reglamentario por dos razones fundamentales: por una parte, para desarrollar los procedimientos previstos en ella, a la par que regular determinadas obligaciones formales y, por otra, para dar cumplimiento a la remisión reglamentaria que contenía respecto de la obligación de retener e ingresar a cuenta. Así surgió el Real Decreto 537/1997, de 14 de abril Reglamento del Impuesto sobre Sociedades.

En cuanto a lo referente al régimen de retenciones e ingresos a cuenta (artº 146 LIS) se vino a excepcionar de la obligación de realizar ingresos a cuenta en relación con las operaciones entre entidades vinculadas sobre la diferencia entre el rendimiento obtenido y el que se habría producido de haberse realizado la operación por el valor normal de mercado. La razón de ser de la no exigencia de retención estribaba en que, como puntualiza acertadamente FALCÓN Y TELLA¹⁴⁵⁴, si el sujeto pasivo no podía aplicar el valor de mercado, tampoco cabía obligarle a retener sobre dicho valor.

En lo relativo a los procedimientos desarrollados, en el título I (dedicado a la base imponible) se incluyeron dos capítulos al efecto. El capítulo IV, en el que se incardinó un único artículo (el artº15), se dedicó, dentro del marco de la comprobación de valores (artº 109 LGT 1963), al procedimiento a seguir por la Administración actuante para practicar la valoración por el valor normal de mercado en operaciones realizadas entre personas o entidades vinculadas. El capítulo V, comprensivo de los artículos 16 al 28, por su parte, se dedicó al procedimiento para las propuestas para la valoración previa de operaciones efectuadas entre personas o entidades vinculadas, gastos de actividades de investigación y desarrollo, de apoyo a la gestión y coeficiente de subcapitalización.

B) La Ley 1/1998.

La Ley 1/1998 vino en su Disposición Derogatoria Única a declarar expresamente la vigencia del artº16 de la LIS.

C) Ley 46/2002.

Ley 46/2002 de 18 de diciembre introdujo el apartado 7 en el artº16 dedicado a las sociedades profesionales.

¹⁴⁵⁴ FALCÓN Y TELLA, R. (2006).

D) RD Legislativo 4/2004 de 5 de marzo, Texto Refundido LIS.

Posteriormente, con la finalidad únicamente de incrementar la claridad del sistema tributario y mejorar la seguridad jurídica, se aprobó el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, mediante el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, procediendo para ello a integrar en un único cuerpo normativo todas las disposiciones que afectaban a este Impuesto. Así lo expresó su exposición de motivos, donde ya se advertía que no se procedía mediante la nueva norma a regularizar, aclarar y armonizar los textos legales anteriores. De ello se infiere que el TRLIS no iba a introducir modificaciones al régimen de operaciones vinculadas, simplemente sistematizar.

El artº 16 se siguió dedicando a la regulación de las operaciones vinculadas, incardinándose en el título IV dedicado a la base imponible y se continúa calificándolo como regla de valoración en su intitulación.

En lo que sí se produjeron algunas novedades fue en el régimen de los APV que pasó a formar parte del apartado 7 del artº 16¹⁴⁵⁵.

E) Real Decreto 1777/2004, de 30 de julio por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades

El RIS 2004 vino a dedicar el capítulo V (Procedimiento para practicar la valoración por el valor normal de mercado en operaciones vinculadas) y VI (Propuestas para la valoración previa de operaciones efectuadas entre personas o entidades vinculadas, gastos de actividades de investigación y desarrollo, de apoyo a la gestión y coeficiente de subcapitalización.), del Título I (“*la base imponible*”), al régimen de las operaciones vinculadas, integrando un solo artículo– el 16– en el primero y los artº 17 a 29 en el segundo.

En cuanto a los APV, salvo el descabalgamiento numérico de los preceptos entre una y otra regulación ninguna otra diferencia era apreciable.

V.4.1.c.– Ley 36/2006 de Medidas para la Prevención del Fraude Fiscal.

La exposición de motivos de la Ley 36/2006 señalaba que la reforma del régimen de las operaciones vinculadas en cuanto a la imposición directa persigue dos objetivos:

- a) la coordinación del criterio fiscal de valoración con el criterio contable conforme al *arm's length*;

¹⁴⁵⁵ Anteriormente se encontraba en el apartado 16.6.

b) adaptar el régimen de las operaciones vinculadas a las Directrices de la OCDE y al Informe del Foro Europeo en materia de Precios de Transferencia (“*European Union Joint Transfer Pricing Forum*”) aprobado el 21 de junio de 2005, a la luz de cuyas disposiciones debe de interpretarse este nuevo régimen.

La normativa trajo consigo importantes novedades. LÓPEZ DE HARO et al.¹⁴⁵⁶ resumen los principales cambios concentrándolos en tres grandes capítulos: la regulación de los ajustes, la inversión de la carga de la prueba y la imposición de sanciones específicas. GARCÍA–HERRERA BLANCO¹⁴⁵⁷ realiza un pormenorizado listado de las principales novedades:

a) el respeto del *arm’s length* deja de ser una facultad para convertirse en un mandato de obligado cumplimiento, consiguiéndose así la coordinación entre la norma fiscal y contable;

b) el reconocimiento por parte del legislador de que las operaciones vinculadas (precios de transferencia) constituyen una materia genuina de fiscalidad internacional, por lo que deben de ofrecerse soluciones en consonancia con las ofrecidas en el contexto internacional presidido por las Directrices de la OCDE 1995 y los trabajos del Foro Conjunto de Precios de Transferencia de la Unión Europea;

c) la obligación de documentación y que hasta ahora había venido suponiendo uno de los principales escollos en la alineación de la normativa española con la de nuestro entorno;

d) la consagración del ajuste bilateral en afinidad con las modificaciones traídas por la Ley 58/2003 General Tributaria, viniendo a dar efectividad a la unidad de criterio normativo;

e) se introduce por primera vez el ajuste secundario o de calificación;

g) una nueva definición del perímetro subjetivo de las operaciones vinculadas;

h) en cuanto a los métodos de valoración se incorpora a los ya existentes el método del margen neto;

i) en lo concerniente a la deducción de gastos se efectúan dos modificaciones:

✓ – los gastos de apoyo a la gestión son sustituidos por los gastos en concepto de servicios prestados entre entidades vinculadas, y para su deducibilidad se exige que sean a precio de mercado y que beneficien al receptor de servicios (le reporten ventaja o utilidad);

✓ – se amplía el régimen de los gastos por aportación a I+D, pasando a ser deducibles conforme a un acuerdo de reparto de costes;

j) se introducen modificaciones en el sistema de acuerdos previos de valoración consiguiéndose una flexibilización de los mismos;

¹⁴⁵⁶ LÓPEZ DE HARO, R.; MONTES URDÍN, J. y ORTEGA, M. (2013).

¹⁴⁵⁷ GARCÍA–HERRERA BLANCO, C. (2007).

k) el procedimiento de comprobación de valores también sufrió diversas modificaciones, si bien se difirieron al reglamento en cuanto a su desarrollo;

l) por último, se introduce un régimen sancionador especial para las operaciones vinculadas.

V.4.1.d.–Desarrollo y Modificaciones introducidas con posterioridad al año 2006.

A) El RD 1793/2008 de 3 de noviembre de Modificación del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades.

Esta norma, como expresa su exposición de motivos, tiene por objeto el desarrollo reglamentario de la Ley 36/2006 en materia de operaciones vinculadas, mediante la modificación del artº16 del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades anterior al objeto de adaptarlo al nuevo régimen de estas operaciones contenido. Para ello se procedió a dar nueva redacción a los capítulos V y VI del Título I.

El capítulo V se dividió en seis secciones dedicadas respectivamente:

- la sección primera (artº16) al análisis de comparabilidad;
- la sección segunda(artº17) a los requisitos de deducibilidad de los acuerdos de reparto de costes;
- la sección tercera (artº 18,19 y 20) a las obligaciones de documentación;
- la sección cuarta (artº21) al procedimiento de comprobación de valores;
- la sección quinta (artº 21 bis) al ajuste secundario;
- la sección sexta (artº 21 ter) regula las obligaciones de documentación exigibles a quienes realicen operaciones con personas o entidades residentes en países o territorios considerados como paraísos fiscales.

El capítulo VI, comprensivo de los artº23 al 29 nonies, se dedica a los Acuerdos Previos de Valoración.

B) La reforma introducida por el Real Decreto–Ley 6/2010 de 9 de abril de Medidas para el Impulso de la Recuperación económica y el empleo.

Esta norma vino a través de su artº14 a introducir algunas modificaciones en el régimen de documentación de determinadas operaciones vinculadas para las pequeñas y medianas empresas¹⁴⁵⁸. A tal efecto modificó los apartados 2 y 10.1º del artículo 16 del TRLIS. Dichas modificaciones consistieron en:

¹⁴⁵⁸ El concepto de pequeña y mediana empresa venía en aquel entonces dado por el artº175 LSA (Real Decreto Legislativo 1564/1989) cuando concurrieran las siguientes circunstancias durante dos ejercicios consecutivos:

- a) Que el total de las partidas del activo no supere los dos millones ochocientos cincuenta mil euros .
- b) Que el importe neto de su cifra anual de negocios no supere los cinco millones setecientos mil euros .
- c) Que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio no sea superior a cincuenta .

- excluir a las medianas y pequeñas empresas de las obligaciones de documentación cuando el importe total de las operaciones vinculadas no supere los 100.000€;
- el régimen de sanciones cuando se supere el anterior límite, y siempre que no suponga perjuicio para Hacienda, se suaviza.

C) La reforma introducida por el Real Decreto–Ley 13/2010 de 3 de diciembre, Actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y el empleo

En esta ocasión se volvió a modificar el apartado 2 del artº16 del TRLIS relativo a los deberes de documentación, redefiniendo los límites cuantitativos con los que operaría la exención de los deberes de documentación generales a partir de 2011.

V.4.1.e.– Ley 27/2014, de 27 de noviembre, LIS.

Como apuntan MÁRQUEZ SILLERO y MÁRQUEZ MÁRQUEZ¹⁴⁵⁹ las novedades y las modificaciones sustanciales introducidas en el nuevo Derecho positivo sobre régimen tributario de las operaciones vinculadas se deben a las exigencias de la normativa internacional: se incorporan algunas de las recomendaciones y conclusiones que se vienen adoptando en el denominado Plan de acción «BEPS», plan de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios que se elabora en la OCDE.

La Ley 27/2014 en su Exposición de Motivos apunta como causas de la necesidad de la reforma la globalización, la competencia en mercados internacionales, la adaptación al Derecho comunitario y la lucha contra el fraude fiscal. Ello se traduce a nivel de operaciones vinculadas en:

- la racionalización de su régimen para ayudar a la simplificación del impuesto;
- modificaciones que faciliten la lucha contra el fraude;
- se hace eco de las recomendaciones realizadas por los organismos internacionales y en ese contexto la interpretación del precepto que regula estas operaciones (artículo 18) debe realizarse, precisamente, en concordancia con las Directrices de Precios de Transferencia de la OCDE y con las recomendaciones del Foro de Precios de Transferencia de la U.E., en la medida en que no contradigan lo expresamente señalado en dicho precepto (artículo 18) o en su normativa de desarrollo.

Las principales novedades introducidas se centran en:

El artº2 del PGC de PYMES (Real Decreto 1515/2007) subió la cifra del apartado a) cuatro millones de euros y el del apartado b) a ocho millones.

¹⁴⁵⁹ MÁRQUEZ SILLERO, C. y MÁRQUEZ MÁRQUEZ, A. (2015).

- a) los deberes de documentación se simplifican para aquellas entidades o grupos de entidades cuyo importe neto de la cifra de negocios sea inferior a 45 millones de euros, y no será necesaria en relación con determinadas operaciones;
- b) la restricción del perímetro de vinculación cuya necesidad se ha puesto de manifiesto en la relación sociedad–socio, que ha quedado fijado en el 25% de participación;
- c) la metodología de valoración: se elimina la jerarquía de métodos, admitiéndose, con carácter subsidiario, otros métodos y técnicas de valoración, siempre que respeten el principio de libre competencia. Asimismo, se establecen reglas específicas de valoración para las operaciones de los socios con las sociedades profesionales, ajustadas a la realidad económica;
- d) el régimen sancionador se convierte en menos gravoso, y se consagra la estanqueidad de la valoración realizada conforme a la regulación específica de las operaciones vinculadas con la valoración que se pudiera hacer en otros ámbitos.

V.4.1.f.– Real Decreto 634/2015, de 10 de julio, RIS.

El Reglamento dedica a las operaciones vinculadas cinco capítulos dentro del Título I (la base imponible) que se distribuyen de la siguiente manera por materias:

- capítulo V, titulado “*Información y documentación sobre entidades y operaciones vinculadas*”, y comprensivo de los artículos 13 a 16;
- capítulo VI, titulado “*Reglas de valoración y procedimiento de comprobación de operaciones vinculadas*”, comprensivo de los artículos 17 al 20;
- capítulo VII, dedicado a los acuerdos previos de valoración y que acoge a los artículos 21 al 36;
- capítulo VIII titulado “*Documentación de las operaciones con personas o entidades no vinculadas residentes en paraísos fiscales*” y en donde se incluye únicamente el artº37;
- capítulo IX titulado “*Valoración previa de gastos correspondientes a proyectos de investigación científica o de innovación tecnológica*” y en donde se incluye igualmente un único artículo, el artº 38;
- capítulo X titulado “*Acuerdos previos de valoración o de calificación y valoración de rentas procedentes de determinados activos intangibles*” y en donde se dan cabida a los artículos 39 al 44.

Ya la exposición de motivos de la norma advierte que la principal novedad del nuevo RIS se contiene en materia de operaciones vinculadas, concretamente en el capítulo V del título I, donde el legislador español se ha hecho eco de la acción 13 del Plan de Acciones BEPS relativa a la información y documentación de las operaciones vinculadas, poniendo en sintonía nuestro ordenamiento con las previsiones de la OCDE. Así resulta que:

- se ha introducido la información país por país;

- se han simplificado los deberes de documentación desde un doble frente:
 - ✓ para entidades con un importe neto de la cifra de negocios inferior a 45 millones de euros;
 - ✓ mediante la adaptación al régimen de la OCDE;
- se ha incrementado la exigencia de transparencia.

V.4.1.g) Evolución posterior. -

A lo largo del presente trabajo estudiamos detenidamente la implementación de las acciones BEPS en nuestro ordenamiento jurídico, con especial atención a los deberes de documentación. Se trata de lo que se ha dado en conocer como la época BEPS que estudiaremos en profundidad en el capítulo VI de este trabajo y la implementación en nuestro ordenamiento de las acciones BEPS llevada a cabo en cuanto se refiere a las acciones 8–10. Tras la nueva LIS y RIS vinieron a dictarse las siguientes normas que afectaron a la materia:

- i. La Ley 34/2015, de 21 de septiembre, en la que al suprimirse el anterior apartado 2.f) se procedió a acomodar la numeración de apartados. Se trató de todo un ejemplo de brevedad de vigencia de norma legislativa.
- ii. La Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016 por intermedio de la cual se procedió a introducir una modificación en la forma de cálculo del incentivo fiscal de la reducción de las rentas procedentes de determinados activos intangibles, el denominado internacionalmente “*patent box*”, con el objeto de alinearla a los acuerdos adoptados por la Unión Europea y la OCDE. A dicho fin se introdujeron con nueva redacción los tres primeros apartados del artº23 y renumerándose los hasta entonces existentes.
- iii. La redacción del artº13 del RIS vino a ser modificada por:
 - El RD 1074/2017, de 29 de diciembre, donde se modificó el apartado 1
 - El RD 1178/2020, de 29 de diciembre, afectó de nuevo a la redacción del artº13 RIS con relación a la documentación del informe país por país
- iv. La redacción del apartado 2.e) del artº14 RIS vino igualmente a ser afectada por el RD 1074/2017.
- v. La Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021 como tendremos ocasión de ver al tratar de la implementación del Plan BEPS en nuestro país modificó el artº16.1 LIS afectando al régimen de los conocidos como LBO.

- vi. El RD Ley 4/2021 de 9 de marzo, por el que se modifican la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades, y el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, en relación con las asimetrías híbridas. El RD Ley 4/2021 procedió a introducir dos modificaciones en la LIS:
 - mediante la dotación de todo un nuevo artº15 bis que se ocuparía de las asimetrías híbridas;
 - a través de una nueva modificación parcial del artº16.1 LIS
- vii. La firma el 7 junio de 2017 del Convenio Multilateral, aunque su publicación debió esperar hasta el 4 diciembre de 2020.
- viii. El RD 399/2021 por el que se modifican el Reglamento de procedimientos amistosos en materia de imposición directa, aprobado por el Real Decreto 1794/2008, de 3 de noviembre, y otras normas tributarias.

V.4.2.–La naturaleza de la nueva norma.

V.4.2.1.–En la Ley 43/1995.

Ya con ocasión del anterior régimen reparamos en el debate doctrinal entorno a la estimación del artº 16.3 como norma imperativa de valoración. El nuevo artículo 16 se rubrica “*Reglas de valoración: Operaciones Vinculadas*”, por lo que se aprecia que sistemáticamente se continúa con la misma técnica legislativa de intitularla como norma de valoración, aunque ahora ya, como hemos dicho, de una forma autónoma e independiente, dedicándole la totalidad del artº16 y sin que en el mismo aparezca con aquella subsidiariedad– al menos por ubicación en la norma– en relación con el criterio general contenido en el antiguo apartado 1.

Por otra parte, la redacción cambia notablemente y frente a “*su valoración[.] se realizará*” se adopta la fórmula “*La Administración tributaria podrá valorar*”. Hay por tantos dos elementos distintos: por un lado, se introduce un destinatario claro a quién va dirigida la norma, la Administración tributaria (a diferencia de lo que sucedía en el artº16.3 que, aunque no lo decía explícitamente, se entendía iba dirigido tanto a la Administración tributaria para cuando procediera a realizar comprobaciones de valores como a los sujetos pasivos en el momento de sus declaraciones¹⁴⁶⁰); por otro lado, se cambia una expresión que contiene un mandato imperativo por otra que *prima facie* pareciera que introduce una opción o posibilidad (*podrá*).

Ciertamente constituyó lugar común de acuerdo mayoritario doctrinal la consideración de que ya los sujetos pasivos no tenían la obligación legal de que sus precios de

¹⁴⁶⁰ SALA GALVÁN, G. (2003).

transferencia fueran acordes con el *arm's length*, siendo la Administración la única que podría realizar ajustes. “En consecuencia, era a la Administración Tributaria a quien únicamente le correspondía efectuar tal valoración y practicar, en su caso, los ajustes oportunos” (GUTIÉRREZ LOUSA y RODRÍGUEZ ONDARZA¹⁴⁶¹).

Por el contrario, el carácter imperativo y obligatorio de la norma no vino a ser una cuestión pacífica y exenta de polémica.

Para un sector doctrinal el carácter imperativo de la norma (ESTEVE PARDO¹⁴⁶²) se encontraba avalado de una parte por la naturaleza indisponible del crédito tributario y, de otra, porque el término utilizado *podrá* no hacía más que aludir a la necesidad de que concurrieran las condiciones prescritas para la aplicación. Efectivamente, la norma lo que vino a introducir con la expresión de referencia fue un mandato imperativo condicionado, de manera que ya no se realizaban los ajustes en todo caso por la mera circunstancia de encontrarnos ante una operación vinculada, sino que se hacía necesario además que se produjera una disminución temporal o definitiva de los ingresos públicos. La única opcionalidad otorgada por la norma era sobre la iniciación o no de la comprobación de valores, pero no que cuando se hubiera iniciado, si se daban las condiciones, la Administración tuviera facultad de actuación o no.

Otros autores mantuvieron posiciones diferentes. GOTA LOSADA¹⁴⁶³ vino a estimar que la norma establecía una opción. GUTIÉRREZ LOUSA y RODRÍGUEZ ONDARZA¹⁴⁶⁴ consideraron que el artº16.1 vino a concretar una facultad y no un mandato de carácter general, esgrimiendo como fundamento el tenor de la norma, aunque matizaran, con apoyo en DELGADO PACHECO¹⁴⁶⁵ y SANZ GADEA¹⁴⁶⁶, que más bien se trataba de una potestad reglada “por la cual la Administración Tributaria estaba facultada a valorar obligatoriamente, por su valor normal de mercado operaciones que contablemente aparecían por otro valor”. También GARCÍA PRATS¹⁴⁶⁷ valoró que se trataba de una “facultad administrativa para realizar un ajuste sobre la contabilidad empresarial y, en consecuencia, sobre la declaración presentada por la entidad en su caso”. CALVO VÉRGEZ¹⁴⁶⁸ entiende que con la nueva norma el ajuste se hizo potestativo. SIMÓN ACOSTA¹⁴⁶⁹ por su parte, y en la misma línea, puso de relieve que la aplicación del régimen especial de valoración a precios de mercado deja de ser automática y general, para convertirse en “un instrumento de utilización discrecional... en aquellos casos en que la desviación de beneficios mediante precios de transferencia produzca en el conjunto de la operación una disminución de impuestos en España”. En la misma dirección FALCÓN Y TELLA¹⁴⁷⁰, en consonancia con su

¹⁴⁶¹ GUTIÉRREZ LOUSA, M. y RODRÍGUEZ ONDARZA, J.A. (2007).

¹⁴⁶² ESTEVE PARDO, M^a. L. (1996 b). Esta misma tesis era refrendada por autores tan representativos como TOMÉ, B. (1996) o BANACLOCHE PALAO, C. y BANACLOCHE PÉREZ-ROLDÁN, J (1996).

¹⁴⁶³ Es el caso de GOTA LOSADA, A. (1988).

¹⁴⁶⁴ GUTIÉRREZ LOUSA, M. y RODRÍGUEZ ONDARZA, J.A. (2007).

¹⁴⁶⁵ DELGADO PACHECO A. (1998).

¹⁴⁶⁶ SANZ GADEA, E. (2000).

¹⁴⁶⁷ GARCÍA PRATS, F.A. (2005 a).

¹⁴⁶⁸ CALVO VÉRGEZ, J. (2011).

¹⁴⁶⁹ SIMÓN ACOSTA, E.A. (1996).

¹⁴⁷⁰ FALCÓN TELLA, R. (1998).

entendimiento de que los ajustes participaban de la naturaleza de las presunciones *iuris et de iure* y no una norma de valoración, entendió que constituía una discrecionalidad de la Administración el proceder o no a la realización de un ajuste primario, y ello aunque se tratara de una operación vinculada en la que no hubiera sido respetado el *arm's length* produciéndose perjuicio para la Hacienda Pública. Las críticas recibidas por todos estos últimos posicionamientos doctrinales no se hicieron esperar (SALA GALVÁN):¹⁴⁷¹

a) Conllevaban una vulneración del principio de igualdad y seguridad jurídica, por cuanto la Administración actuaría sin unos criterios definidos rayando la pura arbitrariedad.

b) El acudir a criterios de razonabilidad objetiva en la aplicación del *arm's length* para salvar la quiebra de inconstitucionalidad aludida supondría acrecentar el problema, ya que se supone que el legislador ya habría tenido en consideración tales criterios como condiciones normales de mercado.

c) En consecuencia, pareciera que la única vía para salvaguardar la constitucionalidad del nuevo régimen sería acudir a criterios de razonabilidad subjetiva, lo cual no estaría exento de distorsiones: supondría la introducción por la vía hermenéutica de un nuevo requisito que la norma no contempla y, además, conllevaría que el principio de *arm's length* dejaría de constituir un parámetro objetivo concurrente cuando se estuviese en presencia de una transacción entre entidades vinculadas, pasando a constituir un parámetro subjetivo que atiende a la finalidad de elusión fiscal en la transacción.

Por otra parte, quede dicho que la Ley 43/1995 vino a disipar la polémica sobre la posible diferenciación entre el tratamiento que merecían los incrementos y disminuciones patrimoniales (operaciones extraordinarias) de los ingresos y gastos ordinarios, contemplando el artº16 todo tipo de operaciones.

V.4.2.2.–Bajo la Ley 36/2006.

La redacción del artº 16.1 cambió radicalmente para venimos a decir que “*las operaciones efectuadas entre personas o entidades vinculadas se valorarán por su valor normal de mercado*”. Hubo por tanto dos variaciones apreciables respecto a la redacción anterior: i) la norma ya no se dirigía a la Administración como en el régimen anterior; ii) desapareció la terminología precedente que utilizaba se “*podrán valorar*”, siendo sustituida por un claro mandato imperativo “*se valorarán*”.

Por consiguiente, la doctrina señala que con el nuevo régimen de 2006 se produjo una transformación de lo que antes constituía una facultad exclusivamente de la Administración, para pasar a ser una obligación para los contribuyentes, volviéndose así a la situación anterior a 1995 en la que la norma sobre operaciones vinculadas constituía

¹⁴⁷¹ SALA GALVÁN, G. (2003).

una regla objetiva de valoración, que como tal vinculaba a la Administración y a los contribuyentes (FALCÓN Y TELLA¹⁴⁷²). El destinatario de la norma había variado y la naturaleza de la norma también. En la nueva norma, conforme predica GARCÍA PRATS¹⁴⁷³, estamos ante un criterio imperativo de valoración que sustituye la facultad unilateral de la Administración de rectificar la valoración fijada por los sujetos pasivos. Se pasa de un régimen de “*potestad valorativa*” de la Administración en aquellos casos en que concurrieran los presupuestos requeridos, a una verdadera norma de valoración de aplicación obligatoria por el sujeto pasivo (MORALES SÁNCHEZ¹⁴⁷⁴). La Administración solo podrá actuar con carácter subsidiario cuando en un expediente de comprobación de valores descubra que los contribuyentes no han respetado el *arm’s length*, pudiendo en tal caso actuar procediendo a la realización de los ajustes valorativos pertinentes. Incluso se llega a decir que quedaban superadas anteriores polémicas sobre si se trataba de una norma de comprobación de valores, o de una presunción (bien *iuris tantum* según unos, bien *iuris et de iure* según otros), por cuanto se configura como una auténtica ficción legal cuyo destinatario inicial es el obligado tributario, sin perjuicio de la facultad comprobadora de la Administración (DE JUAN CASADEVALL¹⁴⁷⁵)

Como ventajas del nuevo régimen fueron destacados por CENCERRADA MILLÁN:

a) la mayor coherencia respecto a la determinación de la base imponible fiscal, ya que el valor fiscal en el caso de las operaciones vinculadas debe ser el de mercado, el cual debe preponderar sobre el valor contable por cuanto que en tal tipo de operaciones el precio pactado puede estar alterado por múltiples razones (ahorro fiscal, etc.);

b) desaparecía el enfoque antielusivo imperante en 1995 en que la regulación de las operaciones vinculadas tenía una estructura y finalidad similar a la de las operaciones realizadas con entidades no residentes situadas en paraísos fiscales¹⁴⁷⁶. Sin embargo, el régimen de las operaciones vinculadas no puede entenderse presidido por la finalidad antielusiva, que sí era la que preponderaba en el de las entidades no residentes situadas en paraísos fiscales¹⁴⁷⁷;

¹⁴⁷² FALCÓN Y TELLA, R. (2006).

¹⁴⁷³ GARCÍA PRATS, F. A. (2010).

¹⁴⁷⁴ MORALES SÁNCHEZ, E. (2009).

¹⁴⁷⁵ CASADEVALL, J. de J. (2007).

¹⁴⁷⁶ En ambos supuestos la Administración tributaria era la única que tenía la facultad de corregir valores para corregir operaciones que causasen perjuicio a la Hacienda.

¹⁴⁷⁷ Esta consideración mereció serias matizaciones, como la apuntada por la STS 12 julio 2012 recurso casación núm. 1485/2009(RJ2012/9364): “*podemos decir que las reglas de valoración de las operaciones vinculadas cumplen fundamentalmente un función antielusiva que tiende a deshacer las consecuencias perjudiciales que para la Hacienda Pública se ocasiona por razón de la vinculación de las entidades o personas intervinientes, tratándose de reconducir el gravamen a aquel que se hubiera producido si la operación o la transacción se hubiera realizado entre entidades no vinculadas y, por tanto, en libre competencia, con objeto de gravar la renta de la misma proveniente del auténtico valor de la prestación o del objeto del contrato. Este punto de vista, centrado en la minoración del erario público y en la finalidad antielusiva, está formado por un concepto mucho más amplio que lo abarca y que se centra precisamente en la necesidad de asegurar un marco nacional e internacional de libre competencia, para lo que es necesario establecer mecanismos con el objeto de neutralizar los efectos perniciosos que tiene*

c) eliminación de la contradicción de que los mismos bienes en función de la operación tuvieran tributariamente distintos valores en función de que produjese o no perjuicios a la Hacienda Pública;

d) la anterior regulación producía problemas de doble imposición cuando una Hacienda extranjera valoraba a precios de mercado, ya que en nuestra regulación existía la prohibición de tomar el valor de mercado cuando la operación no había sido perjudicial para la Administración tributaria;

e) se producían costes adicionales innecesarios, como los intereses de demora, cuando resultaba que los contribuyentes no podían ajustar los precios al valor de mercado.

Ahora los contribuyentes no tienen que esperar a que la Administración actúe en un expediente de comprobación de valores, sino que directamente se encuentran obligados a valorar a *arm's length* cuando se trate de transacciones vinculadas;

f) era incoherente que un impuesto como el de sociedades configurado para la autoliquidación no permitiese al contribuyente corregir el precio pactado, ya que para la eficacia del sistema sería necesario que la Administración comprobara todas y cada una de las operaciones vinculadas, lo cual, desde luego, no acontecía, por lo que para el contribuyente podía resultar motivador correr el riesgo, quedando totalmente difuminado cualquier finalidad antielusiva.

V.4.2.3.–Ley 27/2014.

El artº 18.1¹⁴⁷⁸ siguió con la misma redacción dada al apartado 1 por el antiguo artº 16, por lo que ningún comentario adicional se hace preciso.

en el mercado y en el ámbito tributario de los Estados, la realización de operaciones por entidades vinculadas por un precio muy superior o muy inferior al precio que fija el mercado, es decir, al precio que se fijaría en condiciones de libre competencia». O la STS 10 enero 2007: «la finalidad primordial de los precios de transferencia es trasladar los beneficios de una empresa a otra, lo que puede suponer, si se trata de dos entidades sujetas a una misma soberanía fiscal, la elusión del pago del Impuesto sobre Sociedades dado que los beneficios se tenderán a situar en aquella sociedad o sociedades del grupo con una situación permanente o cuasi-permanente de pérdidas de manera que éstas absorban la totalidad o la mayor parte de aquéllos. Este traslado de beneficios mediante los precios de transferencia se realiza, igualmente, entre sociedades sujetas a distintas soberanías fiscales con el fin de colocar los beneficios en los países de menor nivel impositivo».

¹⁴⁷⁸ “Las operaciones realizadas entre personas o entidades vinculadas se valorarán por su valor normal de mercado. Se entenderá por valor de mercado aquel que se habría acordado por personas o entidades independientes en condiciones que respeten el principio de libre competencia”.

V.4.3– Presupuestos que posibilitan el ajuste del precio por parte de la Administración.

V.4.3.1 En la Ley 43/1995.

Lo que no ofrecía dudas era el carácter condicional de la norma. Efectivamente, para que la Administración pudiese ajustar el precio convenido entre las partes debería concurrir:

- a) la existencia de vinculación;
- b) que el precio convenido fuera inferior al de mercado;
- c) que no hubiera prescrito el derecho a comprobar el período impositivo en el que se realizó la operación;
- d) que el precio convenido produjese un perjuicio para la Administración por alguna de las dos circunstancias siguientes:
 - ✓ i) un menor ingreso tributario en España, considerado el conjunto de las personas o entidades vinculadas;
 - ✓ ii) un diferimiento temporal de la tributación en España, considerado el conjunto de las personas o entidades vinculadas.

Ya no era posible el realizar, como con la anterior normativa, un ajuste valorativo cuando el mismo conllevase un perjuicio para la Administración. El ajuste primario tenía que ser necesariamente positivo y la operación vinculada en España, en su conjunto, tenía que suponer un perjuicio para la Administración tributaria.

Pero se hacía preciso introducir una cautela adicional que corrigiese el riesgo de que la aplicación del régimen conllevase una base imponible mayor de la realmente imputable a la sociedad. De ahí la salvaguardia contenida en el párrafo tercero del artº 16.1: la valoración administrativa no determinará la tributación de una renta superior a la efectivamente derivada de la operación para el conjunto de las entidades.

V.4.3.2 En la ley 36/2006.

En lo atinente a los presupuestos de los ajustes debemos comentar dos aspectos que marcan las diferencias con la anterior normativa. En primer lugar, subrayar el que un amplio sector doctrinal (v.gr. BUSTOS BUIZA¹⁴⁷⁹, MATEU RUANO¹⁴⁸⁰, DE JUAN CASADEVALL, MORALES SÁNCHEZ¹⁴⁸¹) coincide en que con la Ley 36/2006 desaparece la exigencia de la condición de existencia de perjuicio económico para la Hacienda Pública (por minoración de la tributación o por diferimiento) como presupuesto habilitante para la realización de los correspondientes ajustes valorativos.

¹⁴⁷⁹ BUSTOS BUIZA, J. A. (2007).

¹⁴⁸⁰ MATEU RUANO, L. (2007).

¹⁴⁸¹ MORALES SÁNCHEZ, E. (2009).

Ello significa, como destaca CALVO VÉRGEZ¹⁴⁸², que incluso pueden tener lugar las correcciones valorativas cuando las mismas “*determinen una tributación igual e incluso inferior que la derivada de la autoliquidación o, en su caso, un diferimiento de la misma*”.

En segundo lugar, se establece que la valoración administrativa no podrá determinar una tributación por este impuesto, ni en su caso por el IRPF o IRNR, por una renta superior a la efectivamente derivada de la operación para el conjunto de las personas o entidades que la hubieran realizado. Las novedades a este respecto en relación con el régimen de 1995 estriban en: i) se ha introducido la referencia al IRNR que no aparecía, y ii) el conjunto de las personas o entidades supondrá incluir a quienes no sean residentes en España.

V.4.3.3.– Ley 27/2014.

La norma no presenta novedades al respecto. Simplemente comentar que el apartado 10 del artº 18 es el que ahora recoge la exigencia de que las correcciones practicadas no podrán determinar una tributación superior por este impuesto ni, en su caso por el IRPF o por el IRNR de la efectivamente derivada por la operación para el conjunto de partes vinculadas, con la advertencia de que para la comparación habrá que tomar en consideración (para efectuar la comparación y la determinación de si la renta conjunta tras el ajuste bilateral es mayor) aquellas rentas que fiscalmente no se integren en la base imponible.

V.4.4.– Ajustes extracontables –vs– ajustes contables.

V.4.4.1.– En la Ley 43/1995.

Viniendo dirigida la nueva norma contenida en el artº 16.1 LIS a la Administración, la doctrina se planteó cómo debía actuar el sujeto pasivo de la relación jurídica tributaria.

Como premisas de partida nos encontrábamos con lo dicho en la Exposición de Motivos sobre el objetivo de coordinación de la normativa fiscal y contable, de suerte que la base imponible pueda determinarse a partir del resultado contable conformado de acuerdo a las normas mercantiles (ex artº 10.3 LIS). Además, los únicos ajustes a practicar sobre el resultado contable serían los expresamente establecidos por la norma (“*mediante los ajustes específicamente previstos*”).

Se pueden distinguir dos grandes posicionamientos. El de aquellos autores que opinaron que la norma no autorizaba al contribuyente a la realización de ajustes extracontables a consecuencia de los desajustes provocados por la valoración a mercado de las operaciones vinculadas cuando se cumplieran las condiciones legalmente exigidas. Los

¹⁴⁸² CALVO VÉRGEZ, J. (2009).

sujetos pasivos debían contabilizar y declarar las operaciones vinculadas al precio efectivo convenido entre las partes, aunque difiriera del *arm's length*. Otro sector doctrinal, en honor a la verdad minoritario, estimó que sí eran posibles los ajustes extracontables realizados por el sujeto pasivo. Las razones que fundamentaban uno y otro posicionamiento eran múltiples. En pos de la carencia de competencia del sujeto pasivo para realizar un ajuste fiscal se esgrimió:

- la circunstancia misma de entender que el artº16.1 otorga una potestad administrativa y, por ende, exclusivamente de la Administración. De este parecer se muestra un amplio sector doctrinal encabezado por SANZ GADEA¹⁴⁸³, quien llega a considerar que el contribuyente que realiza su declaración no respetando el valor contable y plasmando el precio de mercado infringe la norma, porque ésta ni le obliga ni le da derecho a actuar de tal modo. Con el mismo parecer se decantan autores como GARCÍA HERRERO BLANCO¹⁴⁸⁴ o UCELAY SANZ¹⁴⁸⁵, entre muchos otros;
- este criterio es el que mantuvo la DGT, quedando plasmado en su pronunciamiento de 9 septiembre de 1996: los sujetos pasivos deberán reflejar en su contabilidad los valores convenidos sin que el resultado contable pueda o deba ser ajustado por ellos mediante la aplicación del valor de mercado. Es a la Administración tributaria a quien corresponde, en las condiciones y con las limitaciones contenidas en el citado artículo 16.1, efectuar tal valoración y practicar, en su caso, los ajustes oportunos, que tendrán efecto sobre la base imponible. Tal parecer lo volvió a confirmar en Contestación de 28 de julio de 1999;
- por el juego de lo establecido en el artº 10.3 LIS y su Exposición de Motivos autorizando solamente los ajustes extracontables específicamente previstos en la norma, y entre los mismos no se encontraban los ajustes fiscales para el caso de operaciones vinculadas que no respeten el *arm's length*;
- la supresión llevada a cabo en el RIS de 1997 del artículo que en el texto anterior los posibilitaba;
- la gravosidad que supondrían para los sujetos pasivos que desde la realización de la transacción hasta la presentación de la autoliquidación quedarían pendientes de constantes revisiones y actualizaciones que requerirían de ajustes constantes conforme a las variaciones de precios que los comparables que se fueran encontrando reflejasen y de los que no se dispuso al tiempo de celebración de la transacción;
- el hecho de que la generalidad de los países, excepto EE. UU., desechan la posibilidad de que el sujeto pasivo realice ajustes extracontables (en este sentido SALA GALVÁN). Es más, en transacciones internacionales como quiera que los países que no admiten los ajustes extracontables son mayoría, si un país admite los ajustes extracontables y el otro país implicado en la

¹⁴⁸³ SANZ GADEA, E. (2000).

¹⁴⁸⁴ GARCÍA HERRERO BLANCO, C. (2001).

¹⁴⁸⁵ UCELAY SANZ, I. (1998).

operación no, se plantearán problemas de doble imposición económica internacional.

No obstante todo lo anterior, no faltaron razones a quienes defendieron la posibilidad de la realización de ajustes fiscales; entre otras se han barajado las que a continuación se exponen:

- entre los autores más autorizados que defendieron dicho posicionamiento se encontró HERRERA MOLINA¹⁴⁸⁶, quien argumentó la inexistencia de *“impedimento alguno para que el sujeto pasivo realice el correspondiente ajuste, declarando el valor de mercado de la operación: si la base imponible está constituida por el valor de mercado carece de sentido impedir que el sujeto pasivo lo consigne en la declaración obligándole al pago de intereses de demora –superior al interés legal del dinero– en el momento en que se produzca la rectificación administrativa. Por otra parte, si se admitiera la tesis basada en una interpretación «literal» de la Ley y el Reglamento, tales normas diferenciarían la carga tributaria de los contribuyentes según la Administración compruebe o no las respectivas declaraciones, lo que parece una clara lesión de los principios de igualdad y capacidad económica”*. En la misma línea de pensamiento CRUZ AMORÓS¹⁴⁸⁷ destacó la contradicción entre sostener la prohibición de autorregulación por parte del sujeto pasivo y el artº 61 LGT que alienta la regularización espontánea por parte del sujeto pasivo. También MORENO FERNÁNDEZ¹⁴⁸⁸ participó de dicho posicionamiento: *“No tiene sentido que no se permita a los contribuyentes efectuar de oficio un ajuste al que la normativa obliga de forma imperativa, dejándolos ante la incertidumbre de una actuación administrativa encaminada a efectuar, en su caso, el mismo”*.
- el hecho de que la imputación del resultado de la valoración administrativa, conforme al dictado del artº 16.1, se realiza al ejercicio en que tuvo lugar la operación vinculada, no al periodo en que se realiza la valoración, avala la posibilidad de que el contribuyente pueda realizar el ajuste fiscal sin producir distorsiones en el sistema.
- por coherencia con la posibilidad de realizar ajuste fiscal contemplada en la norma en los supuestos de que una de las partes de la operación vinculada sea una persona física o cuando deba cumplirse con una obligación de retención o ingreso a cuenta.
- conforme a lo dispuesto en el artº18 LIS, en cuanto que dicho precepto al regular la imputación temporal de la sustitución entre el valor fiscal y el contable no contempla un sujeto destinatario específico, además de que dicho precepto es de aplicación preferente al artº 19.3, suponiendo consecuentemente preferencia sobre el principio de inscripción contable cuando se trate de operaciones vinculadas.

¹⁴⁸⁶ HERRERA MOLINA, P.M. (1998).

¹⁴⁸⁷ CRUZ AMORÓS, M. (1997).

¹⁴⁸⁸ MORENO FERNÁNDEZ, J. I. (2003).

- la propuesta de la OCDE en su Informe de octubre de 1997¹⁴⁸⁹ cuando señala que “*los ajustes extracontables pueden facilitar la declaración de los ingresos imponibles por parte de los contribuyentes de acuerdo con el principio de libre competencia...*”, llegándose a afirmar que el no permitir los ajustes extracontables podría minar el principio de *arm's length* en cuanto que supone una injerencia en la libertad de empresa y en la autonomía de voluntad de las partes.
- por criterio de pragmatismo, en cuanto facilitaría el cumplimiento de la norma de valoración conforme al *arm's length*.

V.4.4.2.– En la Ley 36/2006.

La interrogante que surge a partir de 2006 (entorno a la cuestión de referencia) es la de si, como consecuencia de que ahora la obligación de valorar conforme al *arm's length* viene dirigida a los contribuyentes, surge la necesidad de realizar los ajustes valorativos correspondientes en la contabilidad o, por el contrario, solo procederá la realización de ajustes extracontables o fiscales manteniéndose el contenido de los asientos contables.

Para situar la cuestión hemos de tomar dos puntos de partida. En primer lugar, la controversia doctrinal sobre el principio de preponderancia del fondo sobre la forma. En segundo lugar, y en la línea atinadamente apuntada por FERRER VIDAL¹⁴⁹⁰, la deficiente y desacompasada forma de regular por parte del legislador al respecto, como quedó patente por el hecho de que el desarrollo reglamentario de la ley tardó dos años (RD 1793/2008 de 3 de noviembre) y, entre medias, se aprobó el nuevo Plan General de Contabilidad (PGC) mediante el RD 1514/2007, lo cual conllevaría el que dar respuesta a la interrogante de cabecera planteada carecería de funcionalidad sistemática si prescindieramos de las modificaciones normativas introducidas posteriormente a la Ley 36/2006, obligándonos a repeticiones completamente innecesarias.

Veamos, y empezando por la segunda cuestión acabada de acotar, la normativa interna del ámbito contable (en lo atinente al tema que nos ocupa) con anterioridad a las reformas acabadas de referir, se encontraba recogida en:

- a) El Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre.) en cuyo artículo 172 recogía que las cuentas anuales deberían redactarse con claridad y mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad, de conformidad con dicha Ley y con lo previsto en el Código de Comercio. El citado precepto era complementado con otros de la misma norma como el artº 208, relativo a la auditoría de cuentas, obligatoria para todas las sociedades que

¹⁴⁸⁹ Informe OCDE *Principes Applicables En Matière De Prix De Transfert À L'intention Des Entreprises*

Multinationales Et Des Administrations Fiscales, 1997: Mise À Jour.

¹⁴⁹⁰ FERRER VIDAL, D. (2015).

no presentasen balance abreviado, y que disponía que el auditor debía comprobar si las cuentas anuales reflejaban la imagen fiel.

b) El Código de Comercio por su parte, en la versión entonces vigente de su artº34, igualmente aludía al principio de imagen fiel como criterio rector a la hora de confeccionar las cuentas anuales, llegando en su apartado 4 a regular que excepcionalmente, si la aplicación de una disposición legal en materia de contabilidad fuera incompatible con la imagen fiel que deben proporcionar las cuentas anuales, primaba la imagen fiel sobre la norma contable, consagrando así el principio de preponderancia del contenido sobre la forma. A su vez el artº38 vigente, dedicado a las reglas de valoración, preceptuaba la obligación de seguir el principio de prudencia valorativa, añadiéndose como criterio valorativo de los elementos del activo el precio de adquisición o coste de producción.

c) El PGC, conforme a su redacción mediante Real Decreto 1643/1990, de 20 de diciembre, igualmente recogía en su parte primera, dedicada a los principios contables que debían tenerse en cuenta a la hora de confeccionar las cuentas anuales, el principio de imagen fiel (confiriendo primacía a dicho principio sobre el resto de los principios contables), el principio de prudencia y el principio de precio de adquisición o coste de producción para los bienes y derechos.

Ciertamente dicha normativa no contemplaba ni aludía a la valoración a tomar en consideración en el caso específico de las operaciones vinculadas.

Distinto sucedía con las Normas Internacionales de Contabilidad entre las que la NIC 24 señalaba como objetivo: *“asegurar que los estados financieros de una entidad contengan la información necesaria para poner de manifiesto la posibilidad de que tanto la posición financiera como el resultado del ejercicio, puedan haberse visto afectados por la existencia de partes vinculadas, así como por transacciones realizadas y saldos pendientes con ellas”*. Eso sí, hay que hacer notar, como destaca SUÁREZ MOSQUERA¹⁴⁹¹, que la definición de partes vinculadas de las NIC no coincide exactamente con la fiscal.

A nivel doctrinal se vino otorgando prevalencia por un lado al valor de mercado sobre el precio de adquisición (en caso de discrepancia entre ambos) cuando se tratase de operaciones entre empresas del mismo grupo, así como por otro lado al principio de prevalencia del fondo sobre la forma y la necesidad, por tanto, de atender al fondo económico. De lo acabado de decir fueron fiel reflejo la nota del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas en relación con el tratamiento contable aplicable a las transacciones realizadas entre las empresas pertenecientes a un mismo grupo de sociedades, por parte del receptor de los elementos patrimoniales objeto de transmisión publicada en el BOICAC nº61 de marzo de 2005 y la consulta nº3 publicada en el BOICAC nº64 de diciembre 2005.

En este contexto se produjeron diversos cambios normativos. El artº 34.2 del Código de Comercio fue reformado por la Ley 16/2007 de 4 de julio de reforma y adaptación de la

¹⁴⁹¹ SUÁREZ MOSQUERA, C. (2007).

legislación mercantil en materia contable para su armonización con la normativa de la Unión Europea., quedando redactado de la siguiente manera:

“Las cuentas anuales deben redactarse con claridad y mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa, de conformidad con las disposiciones legales. A tal efecto, en la contabilización de las operaciones se atenderá a su realidad económica y no sólo a su forma jurídica”.

En el nuevo PGC aprobado por el RD 1514/2007, de 16 de noviembre, en su parte primera, además de acogerse el principio de imagen fiel¹⁴⁹² siguiendo la redacción dada al nuevo artº 34 Código de Comercio, se acoge el principio de calificación (prevalencia del fondo sobre la forma), el principio de prudencia y se contiene una definición de distintos criterios de valoración cuya determinación de aplicación se remite a lo dispuesto en la parte segunda dedicada a las normas de registro y valoración. Entre estas últimas, la norma 21ª se dedica a la valoración de operaciones entre empresas del grupo, estableciendo como regla general de valoración de los elementos de la operación en el momento inicial la de su valor razonable.

En el ámbito fiscal (prescindimos de regulaciones distintas al Impuesto de Sociedades) excepto en materia de vinculadas no se contenía mención a que las operaciones deberían valorarse por precio de mercado. Así el artº 16.1 LIS 1995 establecía que las operaciones entre personas vinculadas deberían valorarse a precio de mercado, pero no contenía una definición de lo que debía ser entendido como valor normal de mercado (LÓPEZ ALBERTS¹⁴⁹³), teniendo que acudirse a lo dispuesto en el artº 15.2, último párrafo, entendiendo por tal el que habrían acordado partes independientes en condiciones normales de mercado, que a su vez remitía al artº 16.3 en cuanto a los

¹⁴⁹² Contenido en la Parte Primera, Marco Conceptual de la Contabilidad 1º:

“Las cuentas anuales de una empresa comprenden el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, el estado de cambios en el patrimonio neto, el estado de flujos de efectivo y la memoria. Estos documentos forman una unidad. No obstante, el estado de cambios en el patrimonio neto y el estado de flujos de efectivo no serán obligatorios para las empresas que puedan formular balance y memoria abreviados.

Las cuentas anuales deben redactarse con claridad, de forma que la información suministrada sea comprensible y útil para los usuarios al tomar sus decisiones económicas, debiendo mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa, de conformidad con las disposiciones legales.

La aplicación sistemática y regular de los requisitos, principios y criterios contables incluidos en los apartados siguientes deberá conducir a que las cuentas anuales muestren la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa. A tal efecto, en la contabilización de las operaciones se atenderá a su realidad económica y no sólo a su forma jurídica.

Cuando se considere que el cumplimiento de los requisitos, principios y criterios contables incluidos en este Plan General de Contabilidad no sea suficiente para mostrar la mencionada imagen fiel, se suministrarán en la memoria las informaciones complementarias precisas para alcanzar este objetivo.

En aquellos casos excepcionales en los que dicho cumplimiento fuera incompatible con la imagen fiel que deben proporcionar las cuentas anuales, se considerará improcedente dicha aplicación. En tales casos, en la memoria se motivará suficientemente esta circunstancia y se explicará su influencia sobre el patrimonio, la situación financiera y los resultados de la empresa.

El sujeto contable que informa como persona jurídica individual, en el marco de este Plan General de Contabilidad, lo hará con independencia del grupo de empresas al que pueda pertenecer, sin perjuicio de las normas particulares recogidas en la segunda parte de este Plan y de los desgloses informativos que deban incorporarse en las cuentas anuales”.

¹⁴⁹³ LÓPEZ ALBERTS, H. (2009).

métodos para su determinación. Fue la posterior redacción del artº 16.1.1º mediante la Ley 36/2006 quien vino a conceptualizar el valor normal de mercado como “*aquél que se habría acordado por personas o entidades independientes en condiciones de libre competencia*”. Además, el artº 16.1.2º vino a disponer que la Administración tributaria podría comprobar que las operaciones realizadas entre personas o entidades vinculadas se habían valorado por su valor normal de mercado y efectuaría, en su caso, las correcciones valorativas que procedieran respecto de las operaciones sujetas a este Impuesto, al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o al Impuesto sobre la Renta de No Residentes que no hubieran sido valoradas por su valor normal de mercado, con la documentación aportada por el sujeto pasivo y los datos e información de que dispusiera.

Ante tal panorama, la doctrina más autorizada vino entendiendo que el criterio imperativo de valoración se encontraba formulado como criterio de valoración contable (GARCÍA PRATS¹⁴⁹⁴) que serviría para determinar la base imponible fiscal, por lo que devenían innecesarios los ajustes extracontables ya que la propia contabilidad reflejaría el valor de mercado. Los principales argumentos en apoyo de lo dicho podemos enumerar:

a) El tenor de lo dicho en la Exposición de Motivos de la Ley cuando señala: “*según precios de mercado, enlazando de esta forma con el criterio contable... pudiendo la Administración Tributaria corregir dicho valor contable cuando determine que el valor normal de mercado difiere del acordado por las personas o entidades vinculadas, regulándose las consecuencias fiscales de la posible diferencia entre ambos valores.*” Aunque no es un dechado de virtudes lo contenido en el preámbulo de la norma, por cuanto señala que “*el precio de adquisición por el cual han de registrarse contablemente estas operaciones debe corresponderse con el importe que sería acordado por personas o entidades independientes en condiciones de libre competencia, entendiendo por el mismo el valor de mercado*” y como acertadamente puntualizan GUTIÉRREZ LOUSA Y RODRÍGUEZ ONDARZA¹⁴⁹⁵ si contablemente debiera registrarse la operación por el *arm's length*, ninguna discrepancia habría entre la base imponible fiscal y contable, haciéndose innecesario ajuste valorativo alguno. Ahora bien, ello no supone que la norma contable convierta en superflua a la norma fiscal (SANZ GADEA¹⁴⁹⁶) agradeciéndose un reforzamiento del mandato.

b) La redacción del artº 34.2 C.de Com. en su redacción dada por Ley 16/2007: “*en la contabilización de las operaciones se atenderá a la realidad económica y no sólo a su forma jurídica*”

c) La Norma de Registro y Valoración 21ª del nuevo PGC (RD 1524/2007): “*En consecuencia, con carácter general, y sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado siguiente, los elementos objeto de la transacción se contabilizarán en el*

¹⁴⁹⁴ GARCÍA PRATS, F.A. (2010).

¹⁴⁹⁵ GUTIÉRREZ LOUSA, M.y RODRÍGUEZ ONDARZA, J.A. (2007).

¹⁴⁹⁶ SANZ GADEA, E. (2011 c).

momento inicial por su valor razonable. En su caso, si el precio acordado en una operación difiriese de su valor razonable, la diferencia deberá registrarse atendiendo a la realidad económica de la operación". Además, el PGC deja sentado el denominado principio de prevalencia del fondo sobre la forma¹⁴⁹⁷.

Existiendo la obligación contable de valorar estas operaciones a valor de mercado, caso de llevanza de una contabilidad correctamente no se daría lugar a la práctica de correcciones valorativas. En similares términos se pronuncia SANZ GADEA¹⁴⁹⁸ cuando afirma que la regla 21ª PGC va a propiciar unos ajustes contables que, en buena medida y en bastantes casos, van a resolver anticipadamente los ajustes del artº 16. En la misma dirección VADILLO CASERO¹⁴⁹⁹ entiende que con carácter general se ha producido una convergencia entre las normas contables y fiscales en cuanto al tratamiento que confieren a los precios de transferencia, y ello tanto a nivel de valoración (se valorarán conforme a ambas normas al “valor razonable o de mercado”) como a nivel de calificación (las diferencias de valoración que puedan existir se calificarán conforme a su verdadera naturaleza), sin perjuicio de las obvias diferencias existentes entre el régimen contable y el fiscal¹⁵⁰⁰. La Agencia Tributaria, en el documento distribuido por el Departamento de Inspección financiera y Tributaria durante la tramitación del Proyecto del RIS 2008, plasmó su criterio sobre la interpretación del art. 16 del TRLIS destacando que el tratamiento previsto en la normativa fiscal es sustancialmente coincidente con el previsto en la normativa contable (regla 21ª), dando entrada al principio de prevalencia del fondo sobre la forma, de manera que contablemente deben reflejarse en las cuentas.

Por otra parte, el otro sector doctrinal fijaba su atención en la confrontación entre el valor razonable (que es el que utiliza la normativa contable expuesta) y el valor de mercado (que es el que utiliza el artº 16.1 TRLIS). ¿Ambos valores son lo mismo? El PGC configura el valor razonable no en la Norma R.V. 21ª, sino en el apartado 6 del Marco Conceptual como “*el importe por el que puede ser intercambiado un activo o liquidado un pasivo, entre partes interesadas y debidamente informadas, que realicen una transacción en condiciones de independencia mutua*”. A partir de ahí el PGC diferencia para el cálculo del valor razonable dos supuestos: si existe mercado fiable y activo, o si no existe. En la primera hipótesis, el valor razonable se equiparará al valor de mercado, por cuanto el apartado 6 viene conceptualmente a identificar lo que constituye un mercado activo y fiable¹⁵⁰¹ con un mercado de libre competencia. Si no

¹⁴⁹⁷ Apartado 1º del Marco Conceptual establece: “*en la contabilización de operaciones se atenderá a su realidad económica y no sólo a su forma jurídica*”. En la Introducción, punto 6º se señala además: “*El fondo, económico y jurídico, de las operaciones; constituye la piedra angular que sustenta el tratamiento contable de todas las transacciones, de tal suerte que su contabilización responda y muestre la sustancia económica y no sólo la forma jurídica utilizada para instrumentarlas.*”

¹⁴⁹⁸ SANZ GADEA, E. (2011 c).

¹⁴⁹⁹ VADILLO CASERO, C (2010).

¹⁵⁰⁰ El ámbito subjetivo de definición, las metodologías de determinación del valor, la obligación de documentación y la calificación son diferentes.

¹⁵⁰¹ Con carácter general, el valor razonable se calculará por referencia a un valor fiable de mercado. En este sentido, el precio cotizado en un mercado activo será la mejor referencia del valor razonable, entendiéndose por mercado activo aquél en el que se den las siguientes condiciones:

a) Los bienes o servicios intercambiados en el mercado son homogéneos;

existe mercado activo y fiable, pero son aplicables los métodos contables de determinación¹⁵⁰², entiende FERRER VIDAL que deberían igualmente coincidir. Distinto sucedería cuando ni existe mercado activo y fiable, ni son aplicables los métodos contables de determinación, por cuanto el PGC dispone que entonces se atenderá –según proceda– al valor de adquisición¹⁵⁰³ o coste de producción, o por el coste amortizado, lo que fiscalmente no es admisible. En definitiva, si bien en una primera aproximación pareciera que es posible una identificación, lo que haría superflua la regulación fiscal por redundante, la realidad subyacente es otra bien distinta, porque hay supuestos en los que no coinciden. Ello acontece en dos casos¹⁵⁰⁴: cuando el concepto contable de empresas del grupo no encuentra encaje en los supuestos de vinculación recogidos por la norma fiscal, y cuando el valor razonable no puede ser definido por referencia a un mercado activo y fiable. En consecuencia, según este otro sector doctrinal habrá muchos supuestos en los que el cumplimiento del artº 16 TRLIS conlleve a la realización de ajustes extracontables.

La doctrina administrativa de la DGT se decantó por el primer posicionamiento apuntado, como lo demostró la consulta vinculante V0249–08 de 7 de febrero de 2008 cuando afirma que en el artículo 16 del TRLIS se viene a establecer el que las operaciones entre personas o entidades vinculadas se valorarán por su valor normal de mercado, por lo que de aplicar correctamente la normativa contable, el resultado contable de las empresas afectadas por la operación incorporará los ingresos y los gastos por el valor normal de mercado de la operación, cumpliendo así el criterio de valoración fiscal.

b) Pueden encontrarse prácticamente en cualquier momento compradores o vendedores para un determinado bien o servicio; y

c) Los precios son conocidos y fácilmente accesibles para el público. Estos precios, además, reflejan transacciones de mercado reales, actuales y producidas con regularidad.

¹⁵⁰² Para aquellos elementos respecto de los cuales no exista un mercado activo, el valor razonable se obtendrá, en su caso, mediante la aplicación de modelos y técnicas de valoración. Entre los modelos y técnicas de valoración se incluye el empleo de referencias a transacciones recientes en condiciones de independencia mutua entre partes interesadas y debidamente informadas, si estuviesen disponibles, así como referencias al valor razonable de otros activos que sean sustancialmente iguales, métodos de descuento de flujos de efectivo futuros estimados y modelos generalmente utilizados para valorar opciones. En cualquier caso, las técnicas de valoración empleadas deberán ser consistentes con las metodologías aceptadas y utilizadas por el mercado para la fijación de precios, debiéndose usar, si existe, la técnica de valoración empleada por el mercado que haya demostrado ser la que obtiene unas estimaciones más realistas de los precios.

Las técnicas de valoración empleadas deberán maximizar el uso de datos observables de mercado y otros factores que los participantes en el mercado considerarían al fijar el precio, limitando en todo lo posible el empleo de consideraciones subjetivas y de datos no observables o contrastables.

La empresa deberá evaluar la efectividad de las técnicas de valoración que utilice de manera periódica, empleando como referencia los precios observables de transacciones recientes en el mismo activo que se valore o utilizando los precios basados en datos o índices observables de mercado que estén disponibles y resulten aplicables.

¹⁵⁰³ Cuando corresponda aplicar la valoración por el valor razonable, los elementos que no puedan valorarse de manera fiable, ya sea por referencia a un valor de mercado o mediante la aplicación de los modelos y técnicas de valoración antes señalados, se valorarán, según proceda, por su coste amortizado o por su precio de adquisición o coste de producción, minorado, en su caso, por las partidas correctoras de su valor que pudieran corresponder, haciendo mención en la memoria de este hecho y de las circunstancias que lo motivan.

¹⁵⁰⁴ MARTÍN FERNÁNDEZ, J. y BERDUD SEOANE, J.M. (2010).

V.4.4.3 Ley 27/2014.

La nueva Ley 27/2014 vino a traer ciertas novedades en el problema que venimos analizando en este apartado, aunque en esencia se aprecia una continuidad, por cuanto siguen existiendo las discrepancias relativas al criterio de valoración, perímetro subjetivo y métodos utilizables. Veamos:

a) El artº 18.1 continúa con el mandato imperativo de que las transacciones entre personas o entidades vinculadas se valorarán por su valor de mercado. Ha desaparecido el calificativo de “normal”. Sin embargo, la definición de cuál debe entenderse como *arm’s length* sigue siendo idéntica a la que ya recogió el TRLIS 2004: el que hubieran acordado partes independientes en condiciones de libre competencia. Por consiguiente, cuanto tenemos dicho sigue estando vigente fruto de la utilización en el ámbito contable del valor razonable.

b) El artº18.2 procede a definir el perímetro subjetivo de las operaciones vinculadas con una mayor flexibilidad y, al elevar del 5% al 25% la participación necesaria del socio en la sociedad, se aproxima más al régimen contable.

En este sentido ROJÍ CHANDRO y ROJÍ PÉREZ ¹⁵⁰⁵ nos dicen que “*ni bajo la anterior normativa, ni en la normativa actual, está clarificado de forma nítida si los ajustes extracontables para reflejar las diferencias valorativas en operaciones entre partes vinculadas están permitidos y si el contribuyente tiene competencia para realizarlos*”. Las incidencias que cuando mínimo pueden propiciar el desajuste entre el valor contable y el fiscal puede provenir:

- Por discordancia del perímetro subjetivo acogido en una normativa y otra: La empresa contabiliza a valor razonable, de acuerdo con lo previsto en la NRV 21ª solo las operaciones entre empresas del grupo, no el resto de las operaciones vinculadas.
- La no contabilización conforme a la NRV 21ª por:
 - i. Inexistencia de comparables.
 - ii. El valor razonable se verifica con posterioridad.
 - iii. Existencia de un error contable.

La admisibilidad de la posibilidad de que el contribuyente pueda realizar ajustes extracontables se encontraría avalada por dos argumentos:

- uno, el que la AET en sus manuales para el cumplimiento de las obligaciones fiscales desde la entrada en vigor de la nueva normativa contempla la posibilidad¹⁵⁰⁶, eliminando la dicción anterior de que solo podrían realizarlos “*si la Administración Tributaria ha corregido el valor normal de mercado*”;

¹⁵⁰⁵ ROJÍ CHANDRO, L.A. y ROJÍ PÉREZ, S. (2016).

¹⁵⁰⁶ en sus hojas de liquidación, claves 01011 y 01012 referidas a Operaciones Vinculadas

- dos, el que el contribuyente haya realizado ajuste extracontable no priva a la Administración la posibilidad de comprobación.

El RD 634/2015 en su artº 17.1¹⁵⁰⁷ también procedió a referir el principio de libre competencia como parámetro al que atender a la hora de la determinación del valor de mercado.

V.4.5.– Naturaleza de los ajustes. Los ajustes valorativos.

V.4.4.1.– En la Ley 43/1995.

Dos líneas de interpretación surgieron en torno a la tipología de los ajustes que vino a establecer la nueva norma. Para el sector mayoritario se trataba de la instauración de ajustes bilaterales, pero sin que procediera una calificación integral de las rentas conforme a lo que se oculta o se pretende. FERRER VIDAL¹⁵⁰⁸ cita como autores que defendieron dicha tesis a NAVAS VÁZQUEZ, TOME MUGURUZA, IBÁÑEZ CASADO, CLAVIJO HERNÁNDEZ, FALCÓN Y TELLA, GARCÍA-HERRERO BLANCO, CENCERRADO MILLÁN o ROSEMBUJ ERUJIMOVICH. En definitiva, estos autores entendían que un ajuste unilateral produciría normalmente un exceso de imposición, alterando la realidad del beneficio auténticamente obtenido por las empresas vinculadas en su conjunto, produciéndose en consecuencia una doble imposición. Si la Administración aplicaba un valor concreto de mercado para una transacción, no podía ser que dicho valor únicamente funcionara para una de las partes intervinientes en la operación. Debía de ser un valor único, no dos valores. Ahora bien, la doctrina consideró necesario distinguir dos planos distintos:

- el plano de las operaciones vinculadas a nivel interno o doméstico, puesto que cuando la operación vinculada tiene lugar entre dos sociedades residentes, al resultar aplicable el mismo tipo impositivo, el desplazamiento de bases imponibles de una sociedad a otra no acarrea –por lo general¹⁵⁰⁹– perjuicios para la Hacienda Pública.
- el plano de las operaciones vinculadas a nivel internacional (entre sociedad residente y sociedad no residente), en el cual se producirán perjuicios recaudatorios si los supuestos que la norma española recoge como de menor o nula tributación se utilizan como cauces para encubrir auténticos supuestos de distribución de beneficios entre la sociedad participada (la residente) y la socia (la no residente), ya que, desde luego, tal distribución de dividendos aparece

¹⁵⁰⁷ “A los efectos de determinar el valor de mercado que habrían acordado personas o entidades independientes en condiciones que respeten el principio de libre competencia a que se refiere el apartado 1 del artículo 18 de la Ley del Impuesto, se compararán las circunstancias de las operaciones vinculadas con las circunstancias de operaciones entre personas o entidades independientes que pudieran ser equiparables”.

¹⁵⁰⁸ FERRER VIDAL, D. (2015).

¹⁵⁰⁹ ESTEVE PARDO, M^a. L. (1996 b) analiza algunos de los supuestos en que sí pueden concurrir perjuicios a pesar de tratarse de transacciones entre sociedades residentes.

contemplada en el artº 45.1.e LIS como rentas obtenidas en España y, por tanto, sujetas a tributación en nuestro país por obligación real para las sociedades no residentes.

Entre los cauces que podrían ser utilizados para dar cobertura formal se pueden enunciar:

- ✓ En primer lugar, a consecuencia de los distintos tipos impositivos, por cuanto que si se producen desplazamientos de beneficios de la residente (sujeta en aquel entonces a un tipo impositivo del 35% ex artº 26.1 LIS) a la no residente, aquella verá reducida su base imponible y consiguientemente la cuota tributaria, mientras que la no residente, en cuanto a las rentas que se entiendan producidas en territorio español (obligación real conforme al artº 44 y 45 LIS), habrá de tributar con una base imponible incrementada pero sujeta al tipo de tan solo el 25% (ex artº 57.1 LIS).
- ✓ En segundo lugar, en el caso de tratarse de transacciones entre residente y no residente que produzcan rendimientos que no tengan la consideración de producidos en territorio español, porque en consecuencia no estarán sujetos a tributación en nuestro país, y que a tenor de lo dispuesto en el artº 45.2.b serán: a) *“los satisfechos por razón de explotaciones económicas, distintas de las mencionadas en la letra b), cuando aquellas se realicen íntegramente en el extranjero”*; en particular se considerarán incluidos en este apartado los satisfechos por razón de compraventas internacionales de mercancías; y b) los satisfechos por razón de los servicios o prestaciones (por estudios, proyectos, asistencia técnica, apoyo a la gestión, servicios profesionales) cuando la prestación se realice íntegramente fuera del territorio español y estén directamente vinculados a actividades empresariales o profesionales del pagador realizadas en el extranjero.
- ✓ En tercer lugar, los rendimientos obtenidos por sociedades no residentes, cuando residan en Estado con el que haya CDI y no hubiera intervenido establecimiento permanente en nuestro país, puesto que tales rendimientos quedarán sujetos exclusivamente en el país de residencia.
- ✓ En cuarto lugar, atendiendo al tipo impositivo privilegiado del 15% recogido en el artº 10 del MCDI de la OCDE seguido por nuestro país frente al general que recoge el artº 57.1.a LIS. A virtud de dicho artº 10 el Estado donde resida la sociedad que paga los dividendos puede hacer tributarla distribución de los mismos si el beneficiario es residente en el otro Estado contratante, con el límite citado del 15%, o incluso inferior si el beneficiario es una sociedad que participe en una cuota determinada en la que paga.

Por otra parte, como destaca FERRER VIDAL, en las operaciones internacionales el ajuste bilateral se encontraba condicionado, de manera que viniendo el artº 16.1 restringiendo la posibilidad del ajuste a aquellos supuestos en que la valoración convenida produjera un perjuicio recaudatorio implica que el ajuste a realizar en España solo podría ser positivo y, por lo tanto, cuando a la Administración española le correspondiese un ajuste negativo a consecuencia del ajuste positivo que hubiera realizado el otro Estado involucrado, la Administración española por el juego de los requisitos exigidos por el artº16.1 tendría que abstenerse de realizar el ajuste.

Una segunda corriente de pensamiento, la minoritaria, pero con apoyos tan relevantes como los de COMBARROS VILLANUEVA, AGULLÓ AGÜERO o ESTEVE PARDO, consideraba que de la exigencia legal de que la valoración de la Administración no podía dar un resultado superior al efectivamente derivado para el conjunto de la operación no significaba la bilateralidad del ajuste. El objetivo era corregir la menor tributación producida, pero ello no conllevaba la bilateralidad. En esta misma dirección SANZ GADEA¹⁵¹⁰. Para estos autores deben de realizarse los ajustes necesarios para evitar el perjuicio económico, pero ello no se logra mediante un ajuste bilateral, sino calificando la transacción conforme a su naturaleza, lo que venía siendo recogido por los artículos 13 y 16 LGT. Los autores parten de la concurrencia –como supuesto objeto de conflicto– de una transacción entre dos sociedades vinculadas, en la que una distribuye beneficios a la otra debido exclusivamente a su relación intersocietaria y en la que no respetan el *arm's length*. Pues bien, así las cosas, consideran que la sociedad distribidora de beneficios debe aumentar su base imponible mediante un ajuste unilateral (aumentando los ingresos o disminuyendo los gastos) y la sociedad receptora no tiene que disminuir su base imponible pero sí tributar por el exceso de renta percibido. En definitiva, esta corriente doctrinal apuesta, sin denominarlo así, por lo que años más tarde vino a configurarse como el ajuste secundario.

V.4.4.2.–En la Ley 36/2006.

En la norma de 2006 se procede a consagrar el ajuste bilateral que ya desde la Ley 43/1995 se había adoptado en nuestro régimen de operaciones vinculadas. En efecto, el artº 16.1 apartado 2º dispone que cuando la Administración proceda a la realización de correcciones valorativas “*quedará vinculada por dicho valor en relación con el resto de personas o entidades vinculadas*”.

Pero el texto definitivo de la norma, a diferencia del proyecto de Ley, incorporó en el mismo apartado un párrafo adicional en el que se exige que la valoración administrativa no determinará la tributación de una mayor renta para el conjunto de las entidades vinculadas. La redacción de este párrafo es similar a la que ya aparecía anteriormente con dos modificaciones:

¹⁵¹⁰ SANZ GADEA, E. (2004).

a) por una parte, se incluyen, conforme ya hemos señalado, la referencia al IRNR que no aparecía, así como en el conjunto de las personas o entidades vinculadas supondrá tomar en consideración a quienes no sean residentes en España;

b) por otra parte, se añade una aclaración específica para las operaciones vinculadas en las que interviene un contribuyente que tributa en régimen de estimación objetiva.

La valoración doctrinal de este apartado ha venido siendo dispar. Hay autores como GARCÍA NOVOA¹⁵¹¹ que se inclinaron por entender que en el mismo residía la acogida del ajuste bilateral, de ahí que cuando en el proyecto de ley tal apartado no aparecía vaticinaba la supresión del ajuste bilateral. Otros, como CENCERRADO MILLÁN¹⁵¹², entendieron que el apartado era innecesario, y hasta inconveniente, porque con lo que se decía en el apartado primero entorno a que la “*Administración tributaria quedará vinculada por dicho valor en relación con el resto de personas o entidades vinculadas*” ya se contenía el ajuste bilateral o necesidad de determinación de las bases imponibles de las personas vinculadas conforme al valor de mercado. Y continuaba dicho autor señalando que la inconveniencia provenía de la necesidad de conjugar el ajuste bilateral con el ajuste secundario que ahora introducía el artº 16.8, ya que podría generarse que, como consecuencia de la recalificación de los fondos trasladados de una entidad vinculada a otra, se determinase la tributación de una mayor renta para el conjunto de entidades vinculadas, si bien ello sería consecuencia no del ajuste bilateral sino de la recalificación.

Pese a todo, deben ser previstas excepciones a la regla de no incrementar la renta gravada del conjunto de entidades vinculadas:

a) la norma, en el apartado del artº 16.1.2º que comentamos, expresamente prevé que, en los supuestos en que resulte de aplicación el método de estimación objetiva, habrá que tomar en consideración (para efectuar la comparación y la determinación de si la renta conjunta tras el ajuste bilateral es mayor) aquellas rentas que fiscalmente no se integren en la base imponible. Imaginemos una venta de un bien de una sociedad a una persona física vinculada, y dicho bien que es vendido a precio distinto al de mercado, la persona física lo dedica a una actividad económica que tribute en estimación objetiva. Nos encontraremos, por tanto, que como consecuencia del ajuste del precio al valor de mercado la sociedad sufrirá un ajuste en sus ingresos, pero la persona física no en sus gastos, ya que los rendimientos de la persona física dependerán de los módulos y no de los gastos contables;

b) otro tanto sucedería cuando por ejemplo la persona física vinculada adquiere un bien a la sociedad y lo destina a fines particulares que no dan derecho a deducción fiscal.

¹⁵¹¹ GARCÍA NOVOA, C. (2006).

¹⁵¹² CENCERRADO MILLÁN, E. (2007).

Pero la novedad sustancial en esta materia que introdujo el régimen legal lo constituyeron los ajustes secundarios o de calificación, de los que nos ocuparemos seguidamente, y que desde entonces quedaron definitivamente incorporados a nuestro ordenamiento.

V.4.4.3.– Ley 27/2014.

El apartado 10 del artº18 vino a reproducir el contenido de lo dispuesto en el anterior artº16.1.2º del TRLIS 2004, dando plena continuidad a los ajustes valorativos en el mismo régimen y circunstancias que venían ya recogidos.

V.4.5.– El principio de calificación.

V.4.5.1. En la Ley 36/2006.

Una de las novedades principales que trajo la Ley 36/2006 fue la introducción del principio de la calificación de las rentas contenido en el artº 16.8. El referido precepto dice así:

“En aquellas operaciones en las cuales el valor convenido sea distinto del valor normal de mercado, la diferencia entre ambos valores tendrá para las personas o entidades vinculadas el tratamiento fiscal que corresponda a la naturaleza de las rentas puestas de manifiesto como consecuencia de la existencia de dicha diferencia. En particular, en los supuestos en los que la vinculación se defina en función de la relación socios o partícipes–entidad, la diferencia tendrá, en la proporción que corresponda al porcentaje de participación en la entidad, la consideración de participación en beneficios de entidades si dicha diferencia fuese a favor del socio o partícipe, o, con carácter general, de aportaciones del socio o partícipe a los fondos propios si la diferencia fuese a favor de la entidad.”

a.– La necesidad del ajuste secundario.

El ajuste primario y el correlativo de sentido opuesto (en la otra parte vinculada) no significa que quede resuelta la situación tributaria creada por la aplicación de un ajuste primario. Si ahí acabara la actuación se crearía lo que SANZ GADEA¹⁵¹³ denomina como una “des–imposición” o diferimiento de la imposición. Es correcto que el ajuste correlativo a veces corrige el exceso de imposición, pero no siempre, de ahí que surja la necesidad de un ajuste adicional, el denominado ajuste secundario. Mediante el mismo se conseguirá que la tributación se adecúe a la situación patrimonial del sujeto pasivo originada con los ajustes de valoración (primario y bilateral), a través del mecanismo de

¹⁵¹³ SANZ GADEA, E. (2004)

la calificación de los excedentes de beneficios percibidos por una de las partes. VADILLO CASERO¹⁵¹⁴ explica la necesidad del ajuste secundario a través de la insuficiencia de los ajustes valorativos, puesto que los fondos o recursos transferidos en la operación vinculada no se consiguen restituir mediante la aplicación de los citados ajustes, sino que continúan en la empresa que los recibió, por lo que para conseguir que el *arm's length* prevalezca se hace preciso el ajuste secundario mediante el que se otorga un determinado tratamiento fiscal a esa transferencia de fondos o recurso, ya sea como distribución de beneficios, aportación de capital, préstamo o cualquier otro acorde con su naturaleza.

Con especial nitidez lo explica MARTÍNEZ-CARRASCO PIGNATELLI¹⁵¹⁵ al apreciar que en toda operación vinculada concurren dos operaciones:

- un primera, la operación principal constituida por la operación real de entrega de bienes o prestación de servicios;
- una segunda, la operación secundaria consistente en el desplazamiento patrimonial que acompaña a la principal.

La corrección valorativa o ajuste primario se practica sobre la operación principal. El ajuste secundario o de calificación viene a corregir la operación secundaria.

b.– Orígenes doctrinales.

Aunque resulta indubitada la novedad normativa que suponía el artº 16.8, algunos autores como CENCERRADO MILLÁN¹⁵¹⁶ o MARTINEZ-CARRASCO PIGNATELLI¹⁵¹⁷ han querido ver su antecedente en la norma sobre subcapitalización. De entre las posiciones doctrinales que precedieron a la norma de referencia resulta especialmente interesante la del profesor PRADA LARREA¹⁵¹⁸, quien ya en 1995 vislumbró la necesidad del ajuste secundario, al cual denominó *ajuste positivo superpuesto* y lo fundamentó en la insuficiencia del ajuste bilateral para corregir el que las transferencias artificiosas de bases imponibles entre entidades vinculadas conllevan, además de la transmisión de bases, el encubrimiento de transferencia de reservas que deberían corregirse mediante un ajuste superpuesto de calificación al amparo del entonces artº 25 LGT de 1963. Las operaciones encubiertas que podían presentarse, según este autor, eran: el encubrimiento de reparto oculto de dividendos, la aportación oculta del socio a la sociedad y la que denomina auxilio empresarial en supuesto de ausencia de participación accionarial. La profesora FERRER VIDAL¹⁵¹⁹, en una encomiable labor de sistematización, encuadra las tesis doctrinales patrias que abordaron originariamente el ajuste secundario conforme a un doble criterio:

¹⁵¹⁴ VADILLO CASERO, C. (2010).

¹⁵¹⁵ MARTÍNEZ-CARRASCO PIGNATELLI, J.M. (2009).

¹⁵¹⁶ CENCERRADO MILLÁN, E. (2007).

¹⁵¹⁷ MARTINEZ-CARRASCO PIGNATELLI, J.M. (2009).

¹⁵¹⁸ PRADA LARREA, J.L. (1995).

¹⁵¹⁹ FERRER VIDAL, D. (2014),

a) defensores del ajuste unilateral frente a los defensores del ajuste bilateral y viceversa:

- ✓ entre los primeros aparecen QUINTAS BERMÚDEZ¹⁵²⁰, CAMBARROS VILLANUEVA¹⁵²¹, AGULLÓ AGÜERO¹⁵²² o ESTEVE PARDO¹⁵²³, quienes abogaban por el ajuste unilateral como el único garante de la correcta tributación en el socio de la ventaja patrimonial obtenida y confundiendo el ajuste bilateral con el ajuste secundario. Para este posicionamiento doctrinal es la sociedad distribuidora la única que debe ajustar su base imponible aumentándola (ya se mediante aumento del ingreso o disminución del gasto), pero el socio no tendría que ajustar correlativamente disminuyendo su base. Por tanto, bajo esta óptica solamente se perciben transferencias ventajosas de la sociedad al socio, pero no del socio a favor de la sociedad;
- ✓ entre los segundos se situarían DELGADO GÓMEZ¹⁵²⁴, PÉREZ ROYO¹⁵²⁵ y NAVAS VÁZQUEZ¹⁵²⁶, quienes con distintas apreciaciones estimaban que el *arm's length* solamente se conseguiría mediante la aplicación de ajustes positivos y negativos.

b) defensores de atender a la intención subyacente en la operación vinculada (criterio subjetivo) frente a defensores de la no necesidad de tomar en consideración la finalidad perseguida (criterio objetivo).

- ✓ los defensores del ajuste unilateral a ultranza son quienes con distintos matices adoptan un criterio objetivo, apreciando que cuando en una operación vinculada el valor difiera del de mercado produciéndose una transferencia de beneficios de la sociedad al socio, con independencia de si existe intención elusiva o no, habrá de realizarse un ajuste unilateral considerando el exceso de renta como distribución de dividendos encubierta o como aportación oculta de fondos;
- ✓ por el contrario, adoptan una tesis subjetiva quienes vinieron defendiendo la procedencia del ajuste bilateral. Aquí se sitúan autores como NAVAS VÁZQUEZ, SIMON ACOSTA y PRADA LARREA. Para NAVAS VÁZQUEZ es esencial determinar cuál es la verdadera naturaleza de la operación oculta y hacerla tributar por su naturaleza. En la misma dirección SIMON ACOSTA encuentra la razón del ajuste en el fraude de ley.

¹⁵²⁰ QUINTAS BERMÚDEZ, J. (1983).

¹⁵²¹ CAMBARROS VILLANUEVA, V.E. (1988).

¹⁵²² AGULLÓ AGÜERO, A. (1998).

¹⁵²³ ESTEVE PARDO, M.L. (1996 b).

¹⁵²⁴ DELGADO GÓMEZ, A. (1984).

¹⁵²⁵ PÉREZ ROYO, F. (1986).

¹⁵²⁶ NAVAS VÁZQUEZ, R. (1987),

c.– La finalidad antielusiva y naturaleza del ajuste secundario.

Enlazando con lo acabado de exponer resulta obligado detenemos en si la finalidad antielusiva subyace en la norma del ajuste secundario. Inicialmente, tras la redacción del artº 16.8, autores como CENCERRADO MILLÁN¹⁵²⁷, no dudaron en subrayar que en el ajuste secundario podía verse en cierta manera la recuperación el enfoque antielusivo que había dejado de tener vigencia tras la supresión de la exigencia del perjuicio para la Hacienda como condicionante para la corrección de las operaciones vinculadas celebradas a precio distinto del de mercado, y precisamente por ello aboga por la calificación en tan solo aquellos casos en que razonablemente se deduzca que ha habido una operación encubierta. En definitiva, para este autor la recalificación no puede ser una regla general. Los posicionamientos doctrinales inmediatamente posteriores fueron unánimes en subrayar el carácter automático de la aplicación de la regla de recalificación, de suerte que tratándose de una operación vinculada y habiéndose celebrado a precio distinto del de mercado la norma establece la necesidad de proceder a la recalificación. CALVO VÉRGEZ¹⁵²⁸ enfatiza esta naturaleza objetiva cuando escribe que el artº 16.8 incorporaba un mandato legal de carácter imperativo y objetivo en virtud del cual todo ajuste primario o corrección valorativa debía conllevar necesariamente un ajuste secundario o calificación ficsal de la diferencia de valor, prescindiendo del elemento subjetivo o voluntad elusiva de las partes.

Se trata por tanto de una norma objetivada a partir de un entendimiento subjetivo generalizado (finalidad antielusiva) y de aplicación automática, lo que le ha valido una continuada crítica doctrinal. Sirva por todos lo expuesto por LÓPEZ–HERMOSO AGIUS¹⁵²⁹ cuando señala que es necesario “*subjetivizar y limitar el automatismo de los ajustes secundarios, de manera que no todo ajuste primario determine necesaria, inexorable e inexcusablemente la práctica de un ajuste secundario; dichos ajustes sólo deberían realizarse cuando se probara por parte de la Administración tributaria que, a través de una operación vinculada, se hubiera pretendido ocultar una determinada realidad*”. De esta misma corriente doctrinal participa MARTÍNEZ–CARRASCO PIGNATELLI¹⁵³⁰ cuando caracteriza el ajuste secundario como una técnica antifraude más eficaz y simple que el mecanismo del fraude de ley (artº 15 LGT) o el de la simulación (artº 16 LGT), aunque ya existente en nuestro ordenamiento bajo la fórmula de la subcapitalización (artº 21 TRLIS 2004). Sin embargo, esa lógica y comprensible voluntad antifraude del legislador acaba siendo desmesurada y excesiva en su aplicación, al preverse en el artº16.8 como una regla general sin excepciones. CALDERÓN CARRERO Y MARTÍN JIMÉNEZ¹⁵³¹ lo expresan diciendo que el ajuste secundario debería aplicarse solo mediante un análisis fondo *versus* forma que permita concluir que mediante la operación vinculada se persiguió encubrir una distribución de

¹⁵²⁷ CENCERRADO MILLÁN, E. (2007).

¹⁵²⁸ CALVO VÉRGEZ, J. (2010).

¹⁵²⁹ LÓPEZ–HERMOSO AGIUS, J. C. (2010)

¹⁵³⁰ MARTÍNEZ–CARRASCO PIGNATELLI, J.M. (2009).

¹⁵³¹ CALDERÓN CARRERO, J.M y MARTÍN JIMÉNEZ, A. (2009a).

dividendos o una aportación de capital, fijándose los precios de manera arbitraria o interviniendo manipulación.

Nuestro TS en su sentencia 27 mayo de 2014 se decantó por descartar la naturaleza antielusiva de la norma, considerando que se trata de una norma que determina la cuantía de la base y que por tanto opera cuando la transferencia de rentas real sea distinta de la aparentemente efectuada. En consecuencia, el TS incide en la visión objetivada del ajuste secundario, el cual operará cuando la Administración pruebe la diferencia entre el valor real y el valor contable.

d.– El juego de las reglas de calificación generales con lo dispuesto en el artº16.8 de la Ley.

El artº 13 LGT (2003) regula: “*Las obligaciones tributarias se exigirán con arreglo a la naturaleza jurídica del hecho, acto o negocio realizado, cualquiera que sea la forma o denominación que los interesados le hubieran dado, y prescindiendo de los defectos que pudieran afectar a su validez.*”

¿Cuál es entonces el papel de la regla de calificación contenida en el artº 16.8 TRLIS frente al citado régimen general establecido en el artº13 LGT?

Un grupo de autores, entre los que se encuentran VADILLO CASERO¹⁵³², entienden el artº16.8 como una norma habilitadora para calificar el negocio encubierto o subyacente, que de no existir quedaría sin gravar adecuadamente. El legislador venía así a dar respuesta a una necesidad planteada por la doctrina (entre otros GARCÍA PRATS¹⁵³³) en el ámbito de la fiscalidad internacional ya que, de no existir habilitación específica para la recalificación, la Administración no podría proceder a efectuar el pertinente ajuste cuando se tratase de operaciones de residentes en países partes en Convenios de Doble Imposición cuya legislación interna no acogiese la posibilidad de recalificación. En el régimen general del artº13 LGT vigente con anterioridad al artº16.8 la Administración para proceder a una recalificación forzosamente tenía que acudir a las técnicas de la simulación o el fraude de ley regulados en los artículos 15 y 16 LGT, con cuantos inconvenientes ello planteaba.

Un posicionamiento diametralmente opuesto es el defendido por autores como GARCÍA NOVOA¹⁵³⁴, quien, partiendo de la vulneración al principio de capacidad económica que supone la recalificación, estima que el ajuste secundario es innecesario bastando el régimen general contenido en la LGT para solucionar los problemas planteados por el no respeto del *arm's length* en las operaciones vinculadas.

Una tercera vía de enfocarlo es la postulada por FERRER VIDAL¹⁵³⁵, quien centra la necesidad de la norma específica de calificación en facilitar a la Administración el

¹⁵³² VADILLO CASERO, C. (2010).

¹⁵³³ GARCÍA PRATS, F.A. (2004)

¹⁵³⁴ GARCÍA NOVOA, C. (2010).

¹⁵³⁵ FERRER VIDAL, D. (2014).

procedimiento que supondría en otro caso cumplir para la puesta en marcha de los mecanismos generales contemplados en la LGT.

Un cuarto posicionamiento sería el mantenido por autores como LÓPEZ ALBERTS¹⁵³⁶, quienes se distancian del carácter recalificador del ajuste secundario, apreciando que con el artº16.8 el legislador ha pretendido ir mucho más allá de la mera calificación, para ello ya tenía el mecanismo del artº 13 LGT que ahora se simplifica, sino que el ajuste secundario opera en el plano de las ficciones jurídicas, por cuanto que si ya el ajuste primario crea una realidad virtual consistente en que la operación vinculada se realiza por su precio o valor normal de mercado en lugar de por el que realmente se ha realizado, con el ajuste secundario no se trata de suprimir o modificar tal ficción ni de añadirle una tarea de recalificación jurídica de las rentas producidas, sino de añadir otras ficciones legales que también operan en el plano fáctico.

Por otra parte, el régimen del artº 16.8 es de naturaleza obligatoria (no potestativa) para la Administración, lo que conlleva notables diferencias respecto al régimen de la LGT¹⁵³⁷.

Por último, dejar meramente reseñado, ya que su análisis excede a los objetivos del presente trabajo, que la cuestión no queda resuelta con la confrontación con el artº 13 LGT, sino que la problemática se extiende a la confrontación con los mecanismos de simulación y fraude de ley previstos en los artº 15 y 16 LGT. ¿Cuándo resultarían aplicables tales mecanismos y cuándo resultaría aplicable la calificación específica del artº 16.8 TRLIS? Quede apuntado que como CALDERÓN CARRERO y MARTÍN JIMÉNEZ¹⁵³⁸ señalan “*la línea que separa el fraude de ley o la simulación de aquéllos supuestos donde la Administración ejerce facultades de recalificación a la luz del artículo 16 TRLIS es muy fina y difícil de trazar*”. No faltan autores que simplemente conceptúan el régimen de calificación previsto en el artº16.8 TRLIS como una regulación expresa del régimen del que siempre pudo hacer uso la AT a virtud de lo dispuesto en el artº13 y 115.2 LGT (ROSÓN SILVÁN¹⁵³⁹). CALVO VERGEZ¹⁵⁴⁰ considera que los institutos operan en ámbitos distintos, de manera que en aquellos supuestos en los que la AT haya optado por la aplicación del principio de no reconocimiento (*disregard*), nos encontraríamos en el plano de la forma *versus* contenido (negación de la estructura de la operación), que es previo a la práctica de un ajuste primario y uno secundario subsiguiente que suponen el reconocimiento de la estructura de la operación

¹⁵³⁶ LÓPEZ ALBERTS, H. (2009).

¹⁵³⁷ GARCÍA NOVOA lo califica de regla atributiva de una potestad a favor de la Administración, pero que a diferencia de la regla general del artº 13 LGT, va a ser de aplicación automática. GARCÍA NOVOA C. (2008).

¹⁵³⁸ CALDERÓN CARRERO, J.M. y MARTÍN JIMÉNEZ, A. (2013).

¹⁵³⁹ ROSÓN SILVÁN, P. (2011).

¹⁵⁴⁰ CALVO VERGEZ, J. (2016).

e.– El alcance.

¿A qué operaciones se aplica la recalificación? El tenor de la norma no ofrece dudas. De forma que concurriendo los dos presupuestos exigidos (tratarse de una operación vinculada y diferencia de valor con el *arm's length*) procederá la aplicación del ajuste secundario. Se trata de un mandato¹⁵⁴¹ de alcance general y, por tanto, aplicable a todas las operaciones en que concurren los dos requisitos expuestos, con independencia de la cuantía de la diferencia o de la naturaleza de las entidades o personas que intervengan (VALDILLO CASERO). Se ha llegado a apuntar que la LIS configura el ajuste secundario como una presunción *iuris et de iure* aplicable automáticamente cuando existe diferencia entre el valor convenido y el valor de mercado (MORALES SÁNCHEZ¹⁵⁴²). No obstante, algún autor como CENCERRADO MILLÁN, movido por su crítica a la automaticidad de la recalificación, apuesta por restringir el alcance a aquellos supuestos de los que se desprenda la existencia de una operación encubierta.

f.– ¿Quién debe realizar el ajuste secundario? El procedimiento del ajuste secundario.

La doctrina mantiene diversos posicionamientos al respecto. Un sector doctrinal defiende que la norma legitima para su aplicación tanto a la Administración como al contribuyente. Otros autores postulan igualmente a favor de considerar como destinatarios del mandato imperativo legal de la recalificación tanto a la Administración como al contribuyente, en el correcto entendido de que serán primeramente los contribuyentes quienes deberán calificar adecuadamente el trasvase de recursos en la autoliquidación que presenten, mientras que la Administración actuaría posteriormente vía comprobación de la adecuación de la calificación hecha por los contribuyentes. Ambos posicionamientos son por tanto bastante próximos y se encuentran con parecidos problemas:

a) en primer lugar, se hace complicado pensar que los contribuyentes que materializan una operación a precio distinto del mercado vayan a ser quienes voluntariamente procedan "*motu proprio*" a recalificar excesos de beneficios. Lo habitual será que las partes vinculadas consideren que el precio acordado se corresponde con el precio de mercado resultante de seguir las pautas determinantes prescritas en la norma y correctamente documentado, de ahí que no procederán a la realización de ningún ajuste valorativo (ni primario ni correlativo) ni de calificación. Por tanto, hasta aquí no se hará preciso ningún ajuste, ni contable ni extracontable;

b) cosa distinta es lo que ocurra en fase de comprobación tributaria, por cuanto pueden presentarse dos situaciones diferenciadas:

¹⁵⁴¹ Carácter imperativo le atribuye CORDÓN EZQUERRO.

¹⁵⁴² MORALES SÁNCHEZ E. (2009).

- ✓ cuando la Administración no aprecie diferencia entre el precio convenido y declarado por las partes vinculadas con el *arm's length*, en cuya coyuntura seguiremos sin necesidad de ningún ajuste contable o extracontable;
- ✓ cuando la Administración sí aprecie diferencia valorativa entre el precio convenido/declarado y el *arm's length* procediendo la aplicación de ajustes valorativos y de calificación. En tal lance parece lógico pensar que será la Administración quien proceda a realizar el ajuste cuantitativo valorativo, por lo que si el mandato de calificación viene "*prima facie*" destinado al contribuyente significaría que tras un ajuste primario la Administración vería postergadas sus facultades de calificación a una ulterior actuación de los contribuyentes, quedando disociados en el tiempo el momento del ajuste primario y del ajuste secundario. Una variante de pensamiento estima que el destinatario de la norma de calificación es siempre la Administración, sin perjuicio de que el contribuyente sea escuchado;

c) en tercer lugar, habría que reparar en la extraordinaria hipótesis en la que las partes que han celebrado la operación consideren que el precio pactado no se corresponde con el precio de mercado, desprendiéndose ello de la documentación justificadora de los términos de la transacción. En este improbable caso, serán los propios contribuyentes quienes procederán a realizar los ajustes valorativos y de calificación.

g.- El procedimiento del ajuste secundario.

Analizado quién deba realizar el ajuste queda por concretar cómo lo hará. La cuestión no está exenta de polémica y complejidad. La dificultad viene propiciada por el desajuste que pese a la pretendida convergencia entre la contabilidad y la norma fiscal predicada por la Ley 36/2006, la realidad nos enseña que existen aún importantes desajustes, entre otros el perímetro subjetivo, el criterio valorativo (valor de mercado/valor razonable), la metodología para la determinación, etc.

En términos generales, cuando los contribuyentes respeten la norma contable y registren la operación por el valor razonable se habrán incorporado a las bases imponibles, no siendo preciso ningún ajuste extracontable. Este es el criterio de autores como SANZ GADEA¹⁵⁴³ o VADILLO CASERO¹⁵⁴⁴. Pues si el artº10.3 LIS dispone que el resultado contable es el elemento nuclear de la base imponible, y el valor razonable participa de la misma sustancia que el valor mercado, resulta que lo dispuesto por el artº 16.8 ya estaría cumplido previamente en la contabilidad. Pero esto solo puede entenderse como una regla general, pues hay numerosas o algunas excepciones que impiden predicar el

¹⁵⁴³ SANZ GADEA E. (2008).

¹⁵⁴⁴ VADILLO CASERO, C. (2010).

carácter categórico¹⁵⁴⁵. La mayoría de los autores, como FERRER VIDAL¹⁵⁴⁶ o TRAPÉ VILADOMAR¹⁵⁴⁷, se muestran igualmente de acuerdo con esta tesis contraria a los ajustes extracontables siempre que se den los condicionantes de partida. La doctrina de la DGT se decantaría igualmente en contra de los ajustes extracontables¹⁵⁴⁸ en este tipo de situaciones.

Ahora bien, cuando el valor razonable no coincida con el valor de mercado la situación cambia, y entonces la doctrina apuesta por la necesidad de la realización de ajustes extracontables. Ciertamente es que autores autorizados como SANZ GADEA¹⁵⁴⁹ son defensores de la coincidencia en esencia de ambos. Pero como quiera que esto no es así, tal como predica CALDERÓN CARRERO¹⁵⁵⁰ habrá que adoptar una posición flexible en favor de los ajustes extracontables, que podrán ser realizados tanto por los contribuyentes como por la Administración a la luz del artº 16 TRLIS. Esta facultad del contribuyente, que bien pudiera suceder cuando tras la realización de la operación vinculada se encuentren comparables que induzcan a distinta valoración (ya sea antes o posteriormente a la autoliquidación), se encontraba avalada ya en las Directrices 1995 (paras. 4.38 y 4.39) y en el Informe de la OCDE de comparabilidad¹⁵⁵¹, sin olvidar legislaciones como la estadounidense o la neerlandesa¹⁵⁵² entre otras. Verificada la falta de coincidencia entre valor de mercado y valor contable y, por tanto, surgida la necesidad de los ajustes extracontables, conforme señala VADILLO CASERO será aconsejable que se opere con criterios jurídicos y no contables, pese a la autorización recogida en el artº143 TRLIS para realizarlos contablemente, y ello por el carácter más específico y concreto de la norma fiscal.¹⁵⁵³

FERRER VIDAL añade un segundo parámetro de discrepancia entre la norma contable y fiscal digno de tomarse en consideración a la hora de valorar la necesidad de los ajustes extracontables: el perímetro de aplicación como consecuencia de los distintos

¹⁵⁴⁵ SANZ GADEA, E. (2011c) apunta en apoyo de su tesis las consultas del BOICAC 79, nº 4,5 y 6.

¹⁵⁴⁶ FERRER VIDAL, D. (2014).

¹⁵⁴⁷ TRAPÉ VILADOMAR, M. (2011).

¹⁵⁴⁸ Consulta V0249/2008, de 7 de febrero; o la Consulta V2402-10, 10 de noviembre.

¹⁵⁴⁹ SANZ GADEA, E. (2011 c) ó SANZ GADEA, E. (2007). Ciertamente apreciamos en este autor una evolución en su pensamiento, desde sus primeros artículos en los que adoptó una posición más rígida en la que identificaba el ajuste extracontable con una irregularidad contable, a pronunciamientos más moderados como el contenido en el artículo de 2011 citado, en el que rigurosamente advierte que solamente en términos generales cabe hablar de la innecesidad de los ajustes extracontables, porque la realidad de las excepciones y las consultas emanadas por el ICAC le condujeron a admitir la existencia de importantes excepciones. Más radical aún, en contra de la admisibilidad de los ajustes fiscales se mostró GONZÁLEZ GARCÍA, A. (2010).

¹⁵⁵⁰ CALDERÓN CARRERO J.M. (2008).

¹⁵⁵¹ OECD, Comparability: public invitation to comment on a series of draft issues, OECD, Paris, 2006, pp. 11-14.

¹⁵⁵² *US Treasury Regulations* de EE. UU. (*US Revenue Procedure* 99-32 y *Treas Reg. Sec.* 1.482-1(a) (3)); Circular neerlandesa sobre aplicación del principio de plena competencia (Sec. 1.2). Un análisis más detallado de distintas legislaciones internas (EE. UU., Australia, Holanda, Francia, Alemania, Reino Unido y China) puede consultarse en TRAPÉ VILADOMAR, M. (2011).

¹⁵⁵³ La norma contable (Norma de Registro y Valoración 21ª del NPGC) refiere que el ajuste secundario se registrará conforme a la realidad “económica” de la operación subyacente, pero no determina en qué cuenta contable hay que realizar el registro contable. Por su parte el artº 34.2 del Código de Comercio en su nueva redacción del año 2007 también alude a la realidad “económica”. Sin embargo, la norma fiscal mantiene que la calificación habrá de realizarse de acuerdo con la realidad “jurídica”.

conceptos de grupo a efectos fiscales y a efectos contables. Serán minoritarios los supuestos en que ambos perímetros coincidan, en cuyo caso serán innecesarios los ajustes extracontables. Pero cuando ello no suceda, tras el registro contable de la transacción a precio de adquisición será necesario el proceder a realizar ajustes extracontables para dar cumplimiento a cuanto se dispone en el artº16 TRLIS y respetar el *arm's length*.

Las variedades de posicionamientos expuestos a nuestro entender no son más que la consecuencia de la deficiencia del régimen legal, donde concurre un exceso de automaticidad con unos indudables riesgos por el alcance otorgado al ajuste de calificación, así como una laguna legal importante en torno al procedimiento para su práctica.

h.– Tratamiento dado a las transacciones vinculadas.

La norma contenida en el artº16.8 contempla una regla general, en la que no constriñe ni delimita la calificación concreta que debe darse a la diferencia de valor, para a renglón seguido, en su párrafo segundo, descender a conferir una calificación concreta a las diferencias de valor puestas de manifiesto en relaciones sociedad–socio.

Atendiendo a la regla general, y siempre que no nos movamos en el supuesto específico de relaciones sociedad–socio, las calificaciones que conforme a la realidad subyacente puede recibir la diferencia, apunta VADILLO CASERO, son muy numerosas:

- distribución de dividendos a favor del socio;
- aportación de fondos a favor de la sociedad;
- adjudicación de cuotas de liquidación a favor del socio;
- donación o adquisición gratuita para el receptor y liberalidad para quien la transfiere;
- préstamo;
- retribución de servicios prestados.

GARCÍA–HERRERA BLANCO¹⁵⁵⁴ sistematiza las posibles calificaciones en cuatro grupos: distribuciones encubiertas de beneficios, aportaciones encubiertas de capital, subcapitalización y operaciones vinculadas de carácter residual.

i.– El caso particular de las operaciones vinculadas en las relaciones sociedad–socio.

Vamos a proceder ahora a descender a los supuestos especiales contemplados en el artº 16.8 del TRLIS (cuando todavía no había sido promulgado el nuevo Reglamento¹⁵⁵⁵),

¹⁵⁵⁴ GARCÍA–HERRERA BLANCO, C. (2001).

¹⁵⁵⁵ La reforma del Reglamento llevada a cabo en el 2008, como veremos, vino a precisar mucho más el régimen de calificación

para ello vamos a seguir fundamentalmente las ideas expuestas por el profesor CENCERRADA MILLÁN.

El tratamiento dado a las diferencias entre el valor convenido y el valor de mercado puestas de manifiesto en las relaciones socio(partícipe)–sociedad se hacen depender de dos factores:

- por una parte, de si la diferencia juega a favor de la sociedad o del socio(partícipe);
- por otra parte, de si la diferencia es superior o no al porcentaje de participación en la entidad, por cuanto las calificaciones previstas lo serán en la proporción que corresponda al porcentaje de participación en la sociedad. La LIS 2006 no preveía qué calificación merecía la parte no cubierta por el porcentaje de participación, habría que esperar al desarrollo reglamentario para que quedase fijado qué tratamiento merecían tales diferencias.

Sintéticamente podríamos exponer el tratamiento mediante el siguiente esquema:

i.1. Transferencias de rentas de la sociedad al socio persona jurídica

	SUCEDE EN SOCIEDAD MATRIZ "A"	SUCEDE EN SOCIEDAD "B": socia de "A"
SUPUESTOS POSIBLES	1.- "A" compra a "B" por 1000, cuando en realidad vale 600	1.- "B" vende a "A" por 1000 cuando en realidad vale 600
	2.- "A" vende a "B" por 600, cuando en realidad vale 1000	2.- "B" compra a "A" por 600 cuando en realidad vale 1000
AJUSTE PRIMARIO	gastos: +400	-
AJUSTE CORRELATIVO/BILATERAL	-	ingresos: -400
AJUSTE SECUNDARIO: calificación	como distribución de dividendos por valor de 400 y no sería gasto deducible fiscalmente (artº14.1.a TRLIS)	como ingresos de renta por valor de 400
RESULTADO FINAL	base imponible alterada en +400	base imponible inalterada: ajuste bilateral y secundario se neutralizan

	SUCEDE EN SOCIEDAD MATRIZ "A"	SUCEDE EN SOCIEDAD "B": socia de "A"
SUPUESTOS POSIBLES	1.-"A" compra a "B" por 600 cuando en realidad vale 1000	1.-"B" vende a "A" por 600, cuando en realidad vale 1000
	2.-"A" vende a "B" por 1000 cuando en realidad vale 600	2.-"B" compra a "A" por 1000, cuando en realidad vale 600
AJUSTE PRIMARIO	-	gasto contable no fiscal:+400
AJUSTE CORRELATIVO/BILATERAL	ingreso contable no fiscal:-400	-
AJUSTE SECUNDARIO: calificación	aportación de fondos propios del socio B a la sociedad por 400 y por tanto no es ingreso fiscal	aumento del valor fiscal de la aportación de "B" a "A" = coste de adquisición + aportaciones encubiertas (en este caso 400)
RESULTADO FINAL	base imponible: inalterada	tendrá una menor tributación cuando venda al haber aumentado el valor fiscal de adquisición

i.2. Transferencias de rentas de la sociedad al socio persona física

	SUCEDE EN: SOCIEDAD MATRIZ "A"	SUCEDE EN: PERSONA FÍSICA "B": socia de "A"
SUPUESTOS POSIBLES	1.-"A" compra a "B" por 1000 cuando el valor real es de 600	1.-"B" vende "A" por 1000 cuando el valor real es de 600
	2.-"A" vende a "B" por 600 cuando el valor real es de 1000	2.-"B" compra "A" por 1000 cuando el valor real es de 600
AJUSTE PRIMARIO	Gasto Fiscalmente Deducible:600. Ajuste contable, no fiscal:+400	-
AJUSTE CORRELATIVO/BILATERAL	-	ajuste contable (no fiscal) en los ingresos:-400. (no tiene lugar si la persona física tributa en estimación objetiva)
AJUSTE SECUNDARIO: calificación	400 como pago de dividendos (GFND)	como distribución encubierta de dividendos el exceso de 400
RESULTADO FINAL	base imponible: inalterada porque el exceso sobre el valor real es pago de dividendos	600 como rendimiento de actividad económica y 400 como rendimiento del capital

i.3. Aportación de fondos de socio persona física a la sociedad

	SUCEDE EN SOCIEDAD MATRIZ "A"	SUCEDE EN PERSONA FÍSICA "B": socia de "A"
SUPUESTOS POSIBLES	1.-"A" compra a "B" por 600 cuando el valor real es de 1000	1.-"B" vende "A" por 600 cuando el valor real es de 1000
	2.-"A" vende a "B" por 1000 cuando el valor real es de 1000	2.-"B" compra "A" por 1000 cuando el valor real es de 600
AJUSTE PRIMARIO	-	el exceso será gasto contable no fiscal:+400
AJUSTE CORRELATIVO/BILATERAL	ingreso contable no fiscal:-400	-
AJUSTE SECUNDARIO: calificación	aportación encubierta de "B", que afecta el cálculo del capital a efectos de subcapitalización o en el cálculo del ajuste de corrección monetaria en el caso de transmisión de inmuebles	incrementará el valor de adquisición de su participación en la sociedad, generando ganancia o disminución patrimonial cuando transmita esa participación en base a lo dispuesto en el artº41 LIRPF
RESULTADO FINAL	base imponible: no alterada	reducción en la tributación porque cuando transmita estará sujeto el incremento al tipo del 18%

ii.-caso particular de operaciones entre sociedad y su administrador.

ii.1. Supuesto de transferencia de fondos a favor del administrador (no socio)

	SUCEDE EN SOCIEDAD "A "	SUCEDE EN ADMINISTRADOR: "B"
SUPUESTOS POSIBLES	1.-"A" compra a "B" por 1000 cuando precio de mercado es 600	1.-"B" vende a "A" por 1000 cuando precio de mercado es 600
	2.-"A" vende a "B" por 600 cuando el precio de mercado es de 1000	2.-"B" compra "A" por 600 cuando el precio de mercado es de 1000
AJUSTE PRIMARIO	+400	-
AJUSTE CORRELATIVO/BILATERAL	-	-400
AJUSTE SECUNDARIO: calificación	Gasto contable no deducible fiscalmente: 400	rendimiento del trabajo:+400 (ingreso fiscal)
RESULTADO FINAL	neutralizados efectos	alteración de la base imponible

ii.2. Supuesto de transfrencia de fondos del administrador a la sociedad

	SUCEDE EN SOCIEDAD "A "	SUCEDE EN ADMINISTRADOR: "B"
SUPUESTOS POSIBLES	1.-"A" compra a "B" por 600 cuando precio de mercado es 1000	1.-"B" vende a "A" por 600 cuando precio de mercado es 1000
	2.-"A" vende a "B" por 1000 cuando el precio de mercado es de 60000	2.-"B" compra "A" por 1000 cuando el precio de mercado es de 600
AJUSTE PRIMARIO	-	+400
AJUSTE CORRELATIVO/BILATERAL	-400	-
AJUSTE SECUNDARIO: calificación	si es donación no es Ingreso fiscal/ si no cabe recalificar: no varía la base imponible	no puede ser aportación porque el administrador no es socio: podría ser una donación o no cabe recalificar
RESULTADO FINAL	depende de la calificación la base puede variar o no	no alteración de la base imponible tanto si es donación (gasto no deducible fiscalmente)

V.4.5.2. El Real Decreto 1793/2008, de 3 de noviembre.

a.–Encuadre.

Hubo que esperar al RD 1793/2008 para que fuera completado y desarrollado el régimen del ajuste secundario previsto en el artº16.8 TRLIS. El RIS 2008 vino a dedicarle todo el artº 21 bis a los ajustes de calificación, distribuyendo el mismo en tres apartados. En el primero acoge la regla general de calificación, en el segundo viene a disponer las calificaciones que deben darse a las diferencias que se produzcan en el

ámbito de las relaciones socio(partícipes)–sociedad y, en el tercero admite excepciones a lo dispuesto en el apartado 2.

Efectivamente, el artº 21 bis en su apartado 1, con idéntica redacción a la LIS 2006, da acogida al principio de calificación.

El apartado 2 contiene las reglas particulares de calificación.

El apartado 3 vino a flexibilizar el régimen al permitir una calificación diferente a la expresamente contemplada en el apartado 2

b.– ¿Qué novedad introduce el artº21bis 2.a) para la regla particular prevista en caso de diferencias a favor del socio–partícipe?

El artº16.8 de la LIS en su redacción de 2006 se limitaba a señalar la calificación que merecía la diferencia de valor en la parte correspondiente a la participación del socio en la sociedad matriz, pero no precisaba nada más. El RIS 2008, mediante su artº21 bis 2 vino a precisar más allá.

Esquemáticamente se puede exponer de la siguiente forma el contenido del artº21 bis 2.a).

	CALIFICACIÓN PARA EL SOCIO	CALIFICACIÓN PARA LA SOCIEDAD
la parte de la diferencia que se corresponde con el % de participación en la sociedad	participación en beneficios	retribución fondos propios (distribución de dividendos; gasto fiscalmente no deducible)
la parte de la diferencia que NO se corresponde con el % de participación en la sociedad	rendimiento del capital mobiliario	retribución fondos propios (distribución de dividendos)

Luego en sede del socio se producen dos ajustes extracontables:

- un ajuste negativo primario¹⁵⁵⁶ por la totalidad (si la participación en la matriz es del 100%) de la diferencia o por la parte proporcional de la diferencia correspondiente al porcentaje de participación (si la participación en la matriz es inferior al 100%);
- un ajuste positivo secundario atribuyendo a la totalidad o a la parte proporcional de la diferencia el carácter de distribución de dividendos o participación en beneficios. En cuanto a la parte de la diferencia que no se corresponde al porcentaje de participación, en caso de concurrir, producirá igualmente un ajuste positivo por el importe proporcional pero que merecerá la calificación de rendimiento del capital mobiliario sui generis, ya que no puede tener la consideración de participación en beneficios o distribución de dividendos al no producirse en el resto de los socios de la sociedad matriz, de ahí que en el caso de personas físicas se encuadren dentro del artº25.1.d) LIRPF (“otras utilidades”).

¹⁵⁵⁶ Resulta indiferente que sea el original o el bilateral (o correlativo)

En sede de la sociedad se practicaría un solo ajuste primario de sentido contrario al del socio, por tanto, positivo y por el mismo importe. En cuanto al ajuste de calificación llevado a cabo en el socio no tendrá efecto fiscal alguno en la sociedad matriz, ya que al tener la consideración de retribución de fondos propios no es gasto deducible, y ello tanto en la parte proporcional de participación como en el exceso.

c.– ¿Qué novedad introduce el artº21bis 2.b) para la regla particular prevista en caso de diferencias a favor de la sociedad?

	CALIFICACIÓN PARA EL SOCIO	CALIFICACIÓN PARA LA SOCIEDAD
la parte de la diferencia que se corresponde con el % de participación en la sociedad	aumento del valor de adquisición de la participación	aportación del socio a la sociedad: fondos propios
la parte de la diferencia que NO se corresponde con el % de participación en la sociedad	liberalidad no deducible (si es no residente sin establecimiento permanente: ganancia patrimonial)	renta, sin especificarse el tipo

Luego en sede del socio se producen:

- un ajuste primario positivo por la diferencia de valor;
- un ajuste secundario por el que la diferencia de valor pasará a incrementar el valor de adquisición de la participación en la sociedad matriz que tendrá sus consecuencias en su momento cuando el socio proceda a transmitir sus participaciones, pero no constituirá renta alguna por el momento. La especialidad se producirá en el caso de que la participación del socio en la sociedad matriz sea inferior al 100%, en cuyo supuesto la parte de la diferencia de valor complementaria del exceso al porcentaje de participación constituirá una liberalidad para el socio, sin que pueda considerarse aumento del precio de adquisición.

En sede de la sociedad se producen:

- un ajuste primario correlativo al del socio, pero de sentido contrario, esto es, negativo
- un ajuste secundario por el que la diferencia tiene la consideración de aportación del socio a fondos propios. Sin embargo, la norma no dispone si ello constituye renta alguna para la sociedad, entendiéndose por coherencia con lo dispuesto en la NR y V 18ª.2 que habrá de registrarse en los fondos propios y, por tanto, carecen de la consideración de renta. En el caso de que la participación del socio en la sociedad matriz sea inferior al 100% la diferencia de valor complementaria del exceso al porcentaje de participación constituirá renta para la sociedad, sin que la norma determine qué tipo de renta.

–

d.– Posibles incidencias del mecanismo de funcionamiento a la hora de determinar la naturaleza del ajuste secundario.

Es a la vista del examen de las calificaciones previstas por el artº 21 bis acabadas de exponer que cobra virtualidad la tesis de autores como LÓPEZ ALBERTS cuando refieren que el ajuste secundario va mucho más allá de la mera calificación, porque en el supuesto de transferencias de fondos a favor de la sociedad es obvio que la norma considera que se ha realizado no una, sino dos operaciones:

- a) por una parte la venta o prestación de un servicio por el socio a la sociedad por un precio de mercado superior al precio convenido y que en consecuencia es rectificadora por un precio superior;
- b) por otra parte la aportación de fondos por parte del socio a la sociedad, la cual dará lugar a rentas gravables para la sociedad en la parte que no se corresponda a la participación del socio a la sociedad.

Ciertamente la segunda operación no es producto de una mera recalificación.

La misma situación acontece cuando la transferencia funciona a favor del socio, por cuanto el que el legislador prevea en la parte complementaria que excede a la participación del socio un mecanismo por el que tales rentas para el socio se encuadran como utilidades del artº 25.1.d) de la LIRPF y no como distribución de dividendo supone la consideración de una segunda operación que nunca podría derivar de un mero mecanismo de recalificación.

e.– Excepción a las reglas particulares: artº 21 bis 3

Dispone el apartado 3:

“La calificación de la renta puesta de manifiesto por la diferencia entre el valor normal de mercado y el valor convenido, podrá ser distinta de la prevista en el apartado 2 anterior, cuando se acredite una causa diferente a las contempladas en el citado apartado 2”

Por tanto, las calificaciones contempladas en el apartado 2 del artº 21 bis constituyen presunciones *iuris tantum* que permiten prueba en contrario.

f.– Retenciones e ingresos a cuenta.

El texto de la Ley 36/2006 no regulaba la práctica de retención alguna o ingreso a cuenta. Sin embargo, el RD 1793/2008 introdujo mediante el apartado 7 del artº 62 el que para practicar la retención o ingreso a cuenta con causa en el ajuste secundario previsto en el artº 16.8 de LIS se tomará como base la diferencia entre el valor convenido y el valor de mercado.

g.–Críticas a la regulación.

Las críticas que vino recibiendo el régimen del ajuste secundario fueron numerosas.

a) se ha dicho que vía el ajuste secundario se produce una frustración de la neutralidad propiciada por el ajuste bilateral necesaria para eludir que se produzca doble imposición, lo que induce a plantearnos hasta qué punto puede sostenerse que entre socio y sociedad tiene lugar una segunda operación como si de una transacción voluntaria se tratase, cuando realmente estamos ante una ficción legal. Obsérvese que en el supuesto de operación vinculada entre sociedad matriz y socio persona física en que se produzca diferencia valorativa a favor del socio, en sede del socio la diferencia será calificada como retribución de dividendos sin derecho a deducción por doble imposición e integrándose en la base del ahorro, por lo que la regla del artº 16.1.2º in fine del TRLIS no se estaría cumpliendo. Además, la calificación de liberalidad en sede del socio prevista en el artº21bis 2.b) no permite deducción del gasto, mientras que sí genera renta gravable en sede de la sociedad.

b) También se ha subrayado que el ajuste secundario no constituye una novedad en nuestro ordenamiento, puesto que la subcapitalización acogida en el artº 16.9 LIS 1978 ya preveía la recalificación como dividendos a los intereses pagados por una entidad residente a una no residente en lo que excedan de la aplicación del coeficiente reglamentariamente establecido.

c) El establecimiento del régimen de calificación mediante una norma con rango de reglamento suponía una vulneración del principio de legalidad tributaria y de la reserva de ley. A este respecto baste recordar que el texto de la ley no preveía la calificación que merecería la parte complementaria excedente de la participación en la sociedad, lo cual sí entra a regular el RIS 2008. Por otra parte se cuestionó si el principio de calificación respetaba el principio de capacidad económica ya que a través de una ficción jurídica se llegaba a gravar una renta realmente inexistente.

d) La automaticidad en la aplicación de la calificación lleva a resultados excesivos y desmesurados, aunque son paliados en parte por la vía de la destrucción de la presunción admitida en el artº21 bis 3.

h.– Especial consideración de la legalidad del ajuste secundario: STS 27 mayo 2014.

Dadas las críticas recibidas por el régimen reglamentario del ajuste secundario, el Consejo Superior de Colegios Oficiales de Titulares Mercantiles de España interpuso recurso contencioso–administrativo contra el RD 1793/2008 dando lugar a la STS 27

mayo de 2014. En dicha sentencia se resuelven, en lo que a la materia que nos ocupa se refiere, dos cuestiones:

a) se desestima que pueda haber inconstitucionalidad alguna, en cuanto que el régimen establecido para el ajuste secundario en la ley no es el de una presunción *iuris et de iure* (que opere automáticamente), como prima facie opinó gran parte de la doctrina, sino que gracias al apartado 3 del artº 21 bis del RIS 2008 (y que desde luego no estaba previsto en el texto de la ley) el TS interpreta que es una presunción *iuris tantum*. Consecuentemente, y dada la interpretación del régimen como mera presunción *iuris tantum*:

- ✓ la legalidad del artº16.8 LIS 2006 no ofrece dudas, ya que no es un régimen específico, aislado y derogatorio del dispuesto en el 16.1, sino que operará cuando concurren las circunstancias necesarias¹⁵⁵⁷ y la Administración acredite que la transferencia real de rentas se ha producido de un modo diferente al reflejado contablemente;
- ✓ desaparece el reproche sobre el exceso del contenido del artº21 bis respecto a lo dispuesto en la ley y su carencia de cobertura.

b) se estima la ilegalidad por quebrantamiento del principio de reserva de ley del apartado 2 del artº 21 bis RIS, en cuanto se prevén unas calificaciones para los excesos correspondientes a la parte que supera la participación del socio en la sociedad que no estaban contemplados en la ley¹⁵⁵⁸.

V.4.5.3. Las novedades de la Ley 27/2014 y el Real Decreto 634/2015 RIS.

Aunque el Anteproyecto y Proyecto de Ley no daban acogida al ajuste secundario, el texto definitivo aprobado sí lo hizo mediante el apartado 11 del artº18.

Primeramente, el apartado 11 del citado artículo procede a dar cabida a la regla general al prescribir que “*en aquellas operaciones en las que se determine que el valor convenido es distinto del valor de mercado, la diferencia entre ambos valores tendrá, para las personas o entidades vinculadas, el tratamiento fiscal que corresponda a la naturaleza de las rentas puestas de manifiesto como consecuencia de la existencia de dicha diferencia*”. Se aprecia así un cambio en la norma al utilizar el concepto de valor de mercado frente al de valor normal de mercado, aunque ello no haya supuesto ninguna variación conceptual (LAGOS RODRÍGUEZ¹⁵⁵⁹).

Por otra parte, y en segundo lugar, la situación originada por la STS de 27 de mayo 2014 vino a ser paliada al volverse a introducir las calificaciones para los excesos de la

¹⁵⁵⁷ Dice la STS admitiendo que el ajuste secundario puede suceder que no proceda pese a que se hayan realizado ajustes cuantitativos: “el cual ha de ser primero unilateral y posteriormente si es posible y se dan las circunstancias requeridas para ello, bilateral o correlativo” (léase secundario)

¹⁵⁵⁸ Obviamente se mantuvo la legalidad del precepto en la parte que no excedía a la participación del socio

¹⁵⁵⁹ LAGOS RODRÍGUEZ, G. (2015).

participación del socio en la sociedad, tanto en el supuesto de transferencias a favor de la sociedad como en el de que sean favorables al socio.

¿En qué consisten entonces las novedades? Las novedades introducidas son diversas:

a) Se confiere regulación mediante una norma con rango de ley a las calificaciones de las transferencias de rentas entre socio y sociedad o viceversa.

b) En el nuevo texto legal desaparece una regla como la contenida en el apartado 3 del artº 21 bis y que fue utilizada por la tantas veces citada sentencia de nuestro TS para apreciar la legalidad de ajuste secundario al dotar de cierta flexibilidad la procedencia de la aplicación del mismo, al estimar que se trataba de una presunción *iuris tantum*. Por tanto, no se prevé que se pueda justificar la procedencia de una calificación distinta a la prevista entonces en el apartado 2 del artº 21 bis. Ello no es intrascendente ya que si la razón de la legalidad se fundamentaba en la vía que dejaba abierta el apartado 3 del artº 21 bis, al no contemplarse ahora una regla similar podría interpretarse que la nueva Ley viene a establecer una presunción *iuris et de iure*. REGUERA BLANCO¹⁵⁶⁰, percatándose de la incidencia de la no inclusión de una regla similar a la del apartado 3 comenta que tal posicionamiento “*oscurece –y encrudece–*” la polémica entre si estamos ante una presunción *iuris tantum* o *iuris et de iure*, aunque matiza que como quiera que la dicción del texto utiliza la expresión “*con carácter general*”¹⁵⁶¹ debe haber situaciones en que no sea aplicable la calificación prevista por la norma. MÁRQUEZ SILLERO y MÁRQUEZ MÁRQUEZ¹⁵⁶² ven que se mantiene la presunción *iuris tantum* a virtud de lo dispuesto en el apartado 10 del artº 18 cuando señala que la Administración podrá comprobar y efectuará las correcciones necesarias en las operaciones vinculadas “*con la documentación aportada por el contribuyente y los datos e información de que disponga*”.

c) Otra novedad que parece introducirse con la nueva regulación aparece si tomamos en consideración que la STS 27 mayo 2014 declaraba que competía a la Administración probar que la transferencia de rentas era distinta a la contemplada en la contabilidad. Ahora, parece que de nuevo se vuelve a la situación anterior a la sentencia, y habrá de ser el contribuyente quien soporte la carga de la probanza de que no proceden las calificaciones previstas por la norma.

d) La gran novedad del nuevo texto se concreta en la habilitación de la posibilidad de evitar el ajuste secundario mediante la restitución patrimonial entre las partes vinculadas en los términos que reglamentariamente se determine.

e) El artº18.11 regula la calificación que merecen las diferencias de valor en las transacciones en las relaciones entre sociedad–socio, tanto de la parte

¹⁵⁶⁰ REGUERA BLANCO, M. (2015).

¹⁵⁶¹ “*En particular, en los supuestos en los que la vinculación se defina en función de la relación socios o partícipes–entidad, la diferencia tendrá, con carácter general, el siguiente tratamiento*”.

¹⁵⁶² MÁRQUEZ SILLERO, C. y MÁRQUEZ MÁRQUEZ, A. (2015).

correspondiente al porcentaje de participación del socio como de la parte que no. Antes únicamente se incluía en el régimen reglamentario.

CALVO VERGEZ¹⁵⁶³ matiza frente al régimen anterior, que en la actualidad ha de restringirse la automaticidad de la aplicación del ajuste secundario: no toda práctica de un ajuste primario debe conllevar necesariamente un ajuste secundario. Para ello se apoya en lo que argumentan CALDERÓN CARRERO y MARTÍN JIMÉNEZ¹⁵⁶⁴ cuando afirman que sólo debe resultar procedente en los supuestos en los que la forma versus contenido deje al descubierto que la operación se ha utilizado para encubrir u ocultar distribución de dividendo o aportaciones de socio a sociedad.

Por su parte el nuevo RIS en su artº17.1 ya alude a que para la determinación del valor de mercado habrá de procederse al análisis de comparabilidad, para el cual habrá de tenerse en consideración las relaciones entre las partes vinculadas y las condiciones de las operaciones a comparar *“atendiendo a la naturaleza de las operaciones y a la conducta de las partes”*.

El régimen de calificaciones que se recoge en el artº18.11 se compone de una regla general y una serie de calificaciones particulares previstas para las diferencias de valor puestas de manifiesto en las transacciones vinculadas entre sociedad–socio. En estas reglas particulares en definitiva se vino a dar amparo de legalidad a lo que ya se recogía en el artº21 bis del Reglamento afectado por la STS 27 mayo de 2014. La regla general constituye mera reiteración de lo que ya aparecía en el artº16.8: el tratamiento fiscal que corresponda a la naturaleza. En cuanto a las particularidades de las calificaciones en las relaciones sociedad–socio podemos exponerlas esquemáticamente de la siguiente manera:

¹⁵⁶³ CALVO VERGEZ, J. (2016).

¹⁵⁶⁴ CALDERÓN CARRERO, J.M.y MARTÍN JIMÉNEZ, A. (2009a)

CALIFICACIÓN PARA LA SOCIEDAD

	EN LA PARTE CORRESPONDIENTE AL % EN QUE PARTICIPA EL SOCIO	EN LA PARTE QUE EXCEDE AL % EN QUE PARTICIPA EL SOCIO
DIFERENCIA A FAVOR DE LA SOCIEDAD	aportación del socio a la sociedad	<ul style="list-style-type: none"> • si es residente: adquisición gratuita • si es no residente: ganancia patrimonial (artº13.1.i.4º Ley IRNR)
DIFERENCIA A FAVOR DEL SOCIO	retribución de fondos propios	retribución de fondos propios

CALIFICACIÓN PARA EL SOCIO

	EN LA PARTE CORRESPONDIENTE AL % EN QUE PARTICIPA EL SOCIO	EN LA PARTE QUE EXCEDE AL % EN QUE PARTICIPA EL SOCIO
DIFERENCIA A FAVOR DE LA SOCIEDAD	aportación de fondos (aumentará el valor de adquisición)	liberalidad
DIFERENCIA A FAVOR DEL SOCIO	participación en beneficios	utilidad (artº25.1.d Ley IRPF 2006)

En cuanto al régimen de la restitución patrimonial el RIS le dedica el artº20. Sin embargo, dicho precepto no ha profundizado en este mecanismo, de forma que el apartado 1 de dicho precepto exclusivamente se limita a contener el principio de calificación o regla general, y el apartado 2 tras reiterarnos la no aplicabilidad del ajuste secundario cuando se produzca la restitución patrimonial apostilla: *“Para ello, el contribuyente deberá justificar dicha restitución antes de que se dicte la liquidación que incluya la aplicación de lo señalado en el apartado anterior”*. En principio la restitución se entiende que solo debe ser por la diferencia valorativa, por lo que la operación continuará siendo válida y eficaz. ROJÍ CHANDRO y ROJÍ PÉREZ¹⁵⁶⁵ aprecian que son necesarios dos requisitos para la no aplicación por la vía contemplada:

- que se justifique la restitución ante la Administración Tributaria;
- que la restitución patrimonial se produzca antes de que se notifique la liquidación de la que se deriva el ajuste secundario.

Aunque la valoración que merece esta novedad es positiva, la parquedad de la regulación puede acarrear problemas, ya que quedan diversas cuestiones sin respuesta, como las dudas que despierta el supuesto en que no haya acuerdo sobre la diferencia cuantificada por la Administración y el contribuyente, realizando éste la restitución por la diferencia por él cuantificada. Otros capítulos de dudas surgirán en torno a la forma de realizarse la restitución, etc.

¹⁵⁶⁵ ROJÍ CHANDRO, L.A.y ROJÍ PÉREZ, S. (2016).

V.4.6.–Efectos jurídicos–tributarios en relación con el tiempo.

V.4.6.1.– En la Ley 43/1995.

Dos cuestiones se suscitaban relativos al tiempo. En primer lugar, la norma señalaba en el primer párrafo el artículo 16.1 LIS que la Administración podría valorar la operación vinculada por su valor normal de mercado dentro del período de prescripción, por lo que si el periodo en el que se realizó la operación ya hubiera prescrito la Administración no podría comprobar el valor de dicha transacción ni las consecuencias que ese valor pudiera tener en ejercicios posteriores no prescritos.

Ahora bien, pese a que la disposición final undécima de la Ley 43/1995 disponía que la norma entraría en vigor a partir del 1 de enero de 1996 se planteó el problema de qué ocurría con las operaciones vinculadas celebradas con anterioridad a dicha fecha y que no hubieran prescrito ¿Había que aplicar retroactivamente la nueva norma? La tesis favorable a la retroactividad (entre otros ESTEBAN MARINA¹⁵⁶⁶) se apoyó en diferentes argumentos:

- El artº 57.3 Ley 30/1992 de 26 de diciembre, por cuanto autorizaba excepcionalmente la retroactividad de los actos cuando fueran favorables a los interesados.
- La doctrina predicada a nivel jurisprudencial por sentencias como la del Tribunal Supremo de 1 octubre de 1997 en la que se establecía que “*la nueva Ley del Impuesto de 27 de octubre de 1995 (que, por supuesto, no es de aplicación al caso de autos, si bien puede servir de elemento interpretativo de la anterior)*”.
- Por aplicación analógica de lo que vino a disponer el artº 4.3 de la Ley 1/1998 de 26 de febrero, en cuanto estableció la retroactividad del régimen de infracciones y sanciones y, en cierta manera, el régimen del artº16 participaba de una naturaleza sancionatoria *sui generis*.

En segundo lugar, la norma señaló que “*la deuda tributaria resultante de la valoración administrativa se imputará ...al periodo impositivo en el que se realizaron las operaciones con personas o entidades vinculadas*”, no al periodo en el que se realiza el ajuste por parte de la Administración ni a ninguno otro intermedio.

Las implicaciones inmediatas fueron dos:

- el periodo impositivo de imputación sería el que jugaba a efectos de la fijación del “*dies a quo*” para el cómputo del plazo de prescripción. Adviértase que si la operación tuviera efectos o consecuencias en periodos impositivos posteriores (piénsese por ej. en una amortización que se lleva a efecto en periodos impositivos posteriores a aquel en el que la transacción tuvo lugar),

¹⁵⁶⁶ ESTEBAN MARINA, A. (1999).

la Administración no podría actuar si el periodo de prescripción hubiera transcurrido conforme al “*dies a quo*”;

- el periodo impositivo de imputación sería el que igualmente debería tomarse en consideración para “*el cálculo de los intereses de demora*”.

Esto es, y como nos enseñaba MARTÍN FERNÁNDEZ¹⁵⁶⁷, era irrelevante la fecha de comprobación, salvo para el plazo de prescripción y del momento de finalización del cómputo de los intereses de demora, que coincidirá con la fecha del acta.

V.4.6.2.– En la Ley 36/2006.

Una de las novedades aportadas por la regulación del año 2006 vino a ser que desapareció la referencia a que la comprobación administrativa tenía que ser realizada dentro del período de prescripción, por lo que resultaba lógico deducir que podría realizarse respecto de años prescritos siempre que tales valores afectasen a bases imponibles de años no prescritos. Por otra parte, el artº 21.4 del RIS en su redacción dada por el RD 1793/2008 vino a señalar que una vez la liquidación fuera firme se aplicaría “*al último período impositivo cuyo plazo de declaración e ingreso hubiera finalizado en el momento en que se produzca*” la firmeza. En dicha liquidación se debería tener en cuenta los efectos de los valores comprobados en los periodos impositivos posteriores, así como los intereses de demora.

V.4.6.3.– En la Ley 27/2014

El artº20 de la Ley 27/2014 dispone distinto tratamiento para las diferencias entre el valor contable y fiscal cuando vengan determinadas por elementos patrimoniales y cuando sean derivadas de servicios. Para las primeras a su vez confiere dos regímenes distintos:

- para elementos patrimoniales del activo circulante: se imputarán al periodo impositivo en que éstos motiven el devengo de un ingreso o un gasto.
- para elementos patrimoniales del inmovilizado se imputarán las diferencias de modo distinto cuando sean amortizables y cuando no lo sean:
 - ✓ en el caso de elementos amortizables: se imputarán en los períodos impositivos que resten de vida útil;
 - ✓ en el caso de elementos no amortizables: se imputarán en el período impositivo en que se transmitan o se den de baja.

Por su parte, en el caso de los servicios la regla general será la de imputación en el período impositivo en que se reciban, salvo que su importe vaya asociado a un elemento patrimonial en cuyo caso se seguirán las reglas anteriores.

¹⁵⁶⁷ MARTÍN FERNÁNDEZ, F. J. (2005).

V.4.7. Perímetro subjetivo de las operaciones vinculadas.

No puede llegarse a conocer el régimen de las operaciones vinculadas sin el examen del perímetro o ámbito subjetivo de las mismas, en cuanto que nos responderá a la cuestión de quienes son o se han venido considerando en la norma patria como partes vinculadas. Ya nos referimos anteriormente, cuando nos detuvimos suficientemente en detalle al exponer las distintas etapas históricas en la introducción y acogimiento del *arm's length* en nuestro ordenamiento en cuanto sucedió antes de 1978, especialmente en Decreto 3359/1967 23 diciembre 1967 (artº17.16).

V.4.7.1.- En la Ley 61/1978.

Esta norma en su artº16, apartados 4, 5 y 6 agrupaba en dos bloques las posibles vinculaciones:

- a) Entre sociedades:
 - Por existir una determinada relación entre las mismas que el apartado cinco del citado artículo establecía en dos hipótesis no cumulativas:
 - ✓ la participación directa o indirecta de una en la otra al menos en el 25% del capital social;
 - ✓ cuando una sociedad ejerza funciones en la otra que supongan control de decisión.
 - Por existir una relación determinada entre los socios de dos sociedades y que el subapartado c), del apartado cuatro del mencionado artículo, concretaba en que los socios de ambas sociedades fueran los mismos o personas integrantes de sus respectivas unidades familiares:
 - ✓ al menos en un 25%;
 - ✓ o, aunque fueran en cantidad inferior, siempre que ejercieran poder de decisión.
- b) Entre una sociedad y otras personas, especificando que se entendían como operaciones vinculadas las celebradas entre una sociedad y sus socios, consejeros o personas que formen parte de sus respectivas unidades familiares, sin especificar en qué cuantía el socio tenía que participar.

Así mismo aclaraba que el régimen de vinculación alcanzaría a las operaciones entre una sociedad residente con otra no residente con la que estuviera vinculada.

V.4.7.2.- Ley 18/1991 de 6 junio del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

La DA 5ª de la Ley 18/1991 vino a establecer que consideraba aplicable en todo caso el valor de mercado a las operaciones:

a) Entre dos sociedades:

- ✓ Cuando ambas estén participadas al menos en un 25% por los mismos socios, sus cónyuges, descendientes, ascendientes o hermanos.
- ✓ Cuando en ambas ejerzan poder de decisión los mismos socios, sus cónyuges, descendientes, ascendientes o hermanos.
- ✓ Cuando una sociedad participe en la otra, directa o indirectamente, al menos en el 25% del capital.
- ✓ Cuando una sociedad ejerza poder de decisión en la otra.

b) Entre una sociedad y sus socios o consejeros o los socios o consejeros de otra sociedad del mismo grupo, así como los cónyuges, ascendientes o descendientes de cualquiera de ellos.

c) Entre sociedad y establecimiento permanente: a las operaciones realizadas por una sociedad no residente con sus establecimientos permanentes en España o por una sociedad residente con sus establecimientos permanentes en el extranjero. Se aclaraba además que, si había vinculación entre una sociedad residente y una no residente, se aplicaría el régimen.

V.4.7.3.-En la Ley 43/1995.

En el artº16.2 de la Ley 43/1995, en aras a la seguridad jurídica, se procedió a regular de una forma más detallada y precisa los supuestos de vinculación. La norma acude a la técnica de recoger una extensa lista de supuestos, sin realizar una definición expresa de lo que se entiende por vinculación. Dicha lista habrá de entenderse como una lista cerrada y contiene trece supuestos en los que se entiende que existe vinculación porque entre las entidades o entre las entidades y una persona existen relaciones tales que una puede influir en las decisiones de otra, bien sea por relación directa o indirecta, acogiéndose como determinantes de la vinculación la concurrencia de al menos uno de estos dos criterios:

a) relación sociedad–socio: la participación de una en el capital social de otra, distinguiéndose a su vez:

- ✓ cuando la participación es directa: se exige que sea en cuantía igual o superior al 5% si se trata de una sociedad no cotizada y del 1% en caso contrario (supuesto del apartado a)). Entre los supuestos que plantearán problemas se encuentran los de la adquisición por la sociedad de sus propios títulos, pudiendo coincidir con periodo en el que ya tuviera títulos en autocartera o no, o en aquellas operaciones

societarias en que a consecuencia de la misma surja una nueva entidad inexistente con anterioridad;

- ✓ cuando la participación es indirecta:
 - una sociedad y otra sociedad participada indirectamente por aquella en al menos el 25% del capital social (supuesto del apartado h));
 - dos sociedades en las cuales los mismos socios o sus cónyuges, ascendientes o descendientes participen, directa o indirectamente en, al menos, el 25 por 100 del capital social o de los fondos propios (supuesto del apartado i)). Este supuesto operará cuando los porcentajes de participación directa entre sociedades afectadas sean inferiores al 50%, pues en otro caso pertenecerían al mismo grupo de sociedades (GARCÍA–TORRES FERNÁNDEZ¹⁵⁶⁸).

b) otras relaciones:

- ✓ por la participación en los órganos decisorios de la sociedad, aunque no se participe en el capital social:
 - una sociedad y sus consejeros o administradores (supuesto del apartado b));
 - una sociedad y los cónyuges, ascendientes o descendientes de los socios, consejeros o administradores (supuesto del apartado c));
- ✓ por ostentar poder de decisión de facto, aunque no se participe en el capital ni en los órganos de gobierno: cuando entre dos sociedades una de ellas ejerce el poder de decisión sobre la otra (supuesto del apartado m)). Este supuesto merecía una doble crítica. Por una parte, porque contrastaba con el sistema de listado cerrado de supuestos, al introducir un nivel de indeterminación creador de incertidumbre e inseguridad. Por otra parte, porque debía de entenderse incluido –y decisorio en la inclusión– en otros de los supuestos listados, por lo que no hacía sino reiterar innecesariamente. Precisamente la inseguridad que suponía llevó a que en redacciones posteriores el criterio del “*poder de decisión*” desapareciera de la norma;
- ✓ por relación a un mismo grupo de sociedades¹⁵⁶⁹:
 - dos sociedades que reúnan las características para pertenecer al mismo grupo (supuesto del apartado d));
 - una sociedad y los socios de otra sociedad, cuando ambas sociedades pertenezcan al mismo grupo de sociedades (supuesto del apartado e));

¹⁵⁶⁸ GARCÍA–TORRES FERNÁNDEZ, M^a. J. (2007).

¹⁵⁶⁹ La norma realiza una remisión al artº42 C. de com. a efectos de determinar qué debe entenderse por grupo de sociedades, especificando que a tal efecto habrá que estar a lo dispuesto en la sección 1ª del capítulo primero del Real Decreto 1815/1991, de 20 de diciembre y señala que no será causa de exclusión ninguna de las previstas en el artº43 del mismo cuerpo legal.

- una sociedad y los consejeros o administradores de otra sociedad, cuando ambas pertenezcan al mismo grupo de sociedades (supuesto del apartado f));
 - una sociedad y los cónyuges, ascendientes o descendientes de los socios o consejeros de otra sociedad cuando ambas sociedades pertenezcan al mismo grupo de sociedades (supuesto del apartado g));
 - dos entidades que forman parte de un grupo que tribute en el régimen de los grupos de sociedades cooperativas (supuesto del apartado l));
- ✓ por relación de una sociedad con su establecimiento permanente:
- una sociedad residente en territorio español y sus establecimientos permanentes en el extranjero (supuesto del apartado j));
 - una sociedad residente en el extranjero y sus establecimientos permanentes en territorio español (supuesto del apartado k)).

Con estos parámetros de vinculación el legislador pretende evitar la elusión del Impuesto sobre sociedades, que podrían producirse mediante la transferencia de bases imponibles entre sujetos pasivos afectados por la vinculación con el objeto de disminuir la carga tributaria global (PITA GRANDAL¹⁵⁷⁰).

V.4.7.4.-El R. D. Legislativo 4/2004 de 5 de marzo LITNR.

Esta norma no realizó ninguna modificación en el apartado 2 del artº16, pero su artº15 amplió el ámbito de vinculación a las operaciones entre un establecimiento permanente situado en territorio español con su casa central, con otros establecimientos permanentes de la mencionada casa central y con otras personas o entidades vinculadas a la casa central o sus establecimientos permanentes, ya estuvieran situados en territorio español o en el extranjero.

V.4.7.5.-La Ley 36/2006.

El legislador de 2006 se apuntó a la misma técnica de contener una lista pormenorizada de los supuestos en los que por las relaciones especiales concurrentes consideraba se debía entender que existía vinculación y, por ende, era lógico pensar que no se respetaría el *arm's length* a la hora de celebrarse transacciones entre las partes. Dicha técnica legislativa no fue bien acogida por la doctrina, de lo cual es fiel exponente DE JUAN CASADELVALL¹⁵⁷¹ cuando estima que la casuística y detallismo es propio de

¹⁵⁷⁰ PITA GRANDAL, A. (2006).

¹⁵⁷¹ DE JUAN CASADEVALL, J. (2007).

reglamentos, no de una ley; o CALVO VÉRGEZ¹⁵⁷² cuando tilda dicha forma de proceder de “*espíritu exhaustivo*”.

La exposición de motivos de la Ley 36/2006 aventuraba la coincidencia del régimen fiscal de las operaciones vinculadas fiscales y los criterios de valoración contables, sin embargo, los supuestos de vinculación en uno y otro ámbito no coincidían, siendo mucho más amplia la vinculación contable que la fiscal.

Las innovaciones respecto a la normativa anterior fueron muy breves:

a) En los apartados c), g) e i) se amplió el círculo de las relaciones de parentesco familiar de las personas que si tenían relaciones comerciales con una sociedad se presumiría la existencia de vinculación. Ya fue objeto de crítica la regulación anterior por no incluir a personas que resultaba obvio que si entraban en relación con una entidad se hacía difícil pensar que se respetaría el A.L. (MARTÍN FERNÁNDEZ¹⁵⁷³). Así, antes se aludía a los cónyuges, ascendientes y descendientes [de los socios, consejeros o administradores –apartado c)–; de los socios o consejeros de otra sociedad cuando ambas sociedades pertenezcan al mismo grupo– apartado g)–; de los socios de dos sociedades –apartado i)–], ahora el círculo se amplía en los mismos supuestos a los cónyuges o personas unidas por relaciones de parentesco, en línea directa o colateral, por consanguinidad o afinidad, hasta el tercer grado. La doctrina ha reparado en la curiosidad de que no se incluyan las uniones de hecho, cuando en muchos otros ámbitos jurídicos han sido equiparadas. La extensión hasta el tercer grado supone que abarca a las relaciones de la entidad con bisnietos o bisabuelos en línea recta de socios, consejeros o administradores, o por vía colateral con los tíos carnales o con los sobrinos carnales, y todo ello tanto propios del socio o administrador como del cónyuge de éste (afinidad);

b) Se aclara que la condición de administrador se predica tanto del de hecho como del de derecho. No obstante, no se señala qué debe entenderse por administrador de hecho, lo que supondrá la problemática que conlleva cualquier concepto jurídico indeterminado. CORDERO GARCÍA¹⁵⁷⁴ considera que son dos las situaciones en que nos podemos encontrar con un administrador de hecho:

- ✓ i) la de administradores designados por el órgano social competente, pero que por algún vicio formal o circunstancia (piénsese en que no aceptó el cargo) no se ha llegado a inscribir el cargo en el Registro Mercantil;
- ✓ ii) la de personas que sin haber sido nombradas administradores ejercen como tales, pese a los problemas de prueba que ello siempre conllevará y cuya carga corresponderá a la Administración (ex art.º

¹⁵⁷² CALVO VÉRGEZ, J. (2007).

¹⁵⁷³ MARTÍN FERNÁNDEZ, F.J. (2005).

¹⁵⁷⁴ CORDERO GARCÍA, J.A. (2010).

105 LGT). DÍAZ ECHEGARAY¹⁵⁷⁵ discierne entre elementos definitorios positivos y negativos:

c) Como elemento negativo se encuentra que el administrador de hecho no lo es de derecho, por no contar con el cumplimiento de los requisitos legales necesarios para ello;

d) Como elementos positivos cita:

- ✓ la participación efectiva en la gestión y decisión;
- ✓ no se trata de cualquier participación en la gestión y decisión, sino aquella que se produzca en materias y situaciones que corresponden al órgano de administración propiamente dicho (convocatoria de una Junta, propuesta de cuentas anuales, etc.) y de importancia para la sociedad;
- ✓ la participación ha de ser continuada, no ocasional;
- ✓ la gestión y decisión desempeñada tiene que ser independiente y autónoma.

La doctrina ha entendido que no quedan incluidos los gestores (MARTÍN FERNÁNDEZ)¹⁵⁷⁶ por cuanto ello llevaría a una ampliación del ámbito de vinculación a extremos no deseados e ilógicos. Tampoco debiera plantearse problema respecto de los administradores de hecho que sean socios, ya que entonces quedaría resuelta la cuestión por el resto de los epígrafes de la norma. En definitiva, habrá de tratarse de aquellas personas que desempeñan funciones de decisión en el seno de las entidades, pese a que legalmente no exista razón que lo justifique al no desempeñar cargo social alguno. Esas funciones o, mejor, capacidad de decisión *ad extra* de la sociedad, siempre vendrán refrendadas por quien legalmente tenga capacidad de vincular a la sociedad frente a terceros, y habrán de ser de envergadura. Es más, estimamos que en función de la dimensión de la entidad puede existir delegación de funciones y mandos intermedios con capacidad de decisión que responden exclusivamente a funciones organizativas, sin que por ello ostenten cualidad de administrador de hecho, cuando esas mismas funciones en otro tipo de entidad sí pueden suponer capacidad de decisión.

e) Igualmente se precisa que existirá grupo de sociedades cuando haya unidad de decisión conforme a los criterios del artº42 C. de com, con independencia de la residencia y si existe obligación de formular cuentas consolidadas. Lo trascendente es el criterio de la unidad de decisión, no el que participe una en el capital de la otra. Conviene precisar que la remisión a la norma mercantil es solo a efecto conceptuales, con independencia del régimen de obligaciones que allí se establezca¹⁵⁷⁷.

¹⁵⁷⁵ DÍAZ ECHEGARAY, J.L. (2002).

¹⁵⁷⁶ MARTÍN FERNÁNDEZ, J. (2004).

¹⁵⁷⁷ El artº42 C. de com.– en su redacción dada por la Ley 62/2003 de 30 de diciembre– dispone que existe grupo cuando hay unidad de decisión, estableciendo que se presumirá su existencia cuando una

f) Se suprimió el apartado m) por entenderse innecesario y englobado ya en el listado, así como por la proximidad del cambio de criterio que iba a ser introducido con la modificación del art.º 42 C. de com.

g) Por último, se cambió el término sociedad o sociedades por el de entidad o entidades pretendiendo con ello una mayor amplitud del ámbito subjetivo, dando cabida a supuestos como los Joint Venture, los Grupos de Interés Económico, las Instituciones de Inversión Colectivas o a las conocidas entidades sin personalidad jurídica. Como nos enseña CORDÓN EZQUERRO¹⁵⁷⁸ el uso del concepto de entidad no era ajeno al ámbito tributario con anterioridad, habiéndose utilizado por la DGT en su resolución 1876-04 o la vinculante 1043-05. En consonancia, se adiciona en el nuevo texto, junto a la condición de socio, la de partícipe, apareciendo en cada referencia la fórmula de “*socio o partícipe*”, dando acogida a los regímenes de atribución de rentas (LAGOS RODRÍGUEZ y ALCARAZ RUIZ ¹⁵⁷⁹).

BUSTOS BUIZA¹⁵⁸⁰ echa en falta que no se precisara el momento al que debía de atenderse para apreciar la concurrencia de la circunstancia determinante de la vinculación, entendiendo que habría que tomar en consideración la situación existente al momento de celebrarse la transacción. Piénsese en qué sucede en operaciones de tracto sucesivo en que existe vinculación al momento de iniciarse la operación, pero la vinculación deja de concurrir posteriormente. O imagínese lo contrario, la inexistencia de vinculación al momento de celebrarse la operación pero ésta sobreviene posteriormente, situación que fue considerada en la resolución no vinculante 1180-03 por la DGT como de no vinculación a efectos tributarios, pese a que podría haber particularidades suscitadas por la diferenciación entre la perfección del contrato y la consumación de sus efectos.

sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones:

- a) Posea la mayoría de los derechos de voto.
- b) Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.
- c) Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto.
- d) Haya designado exclusivamente con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. Este supuesto no dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados, está vinculada a otra en alguno de los casos previstos en las dos primeras letras de este apartado.

A estos efectos, a los derechos de voto de la entidad dominante se añadirán los que posea a través de otras sociedades dependientes o a través de personas que actúen en su propio nombre pero por cuenta de la entidad dominante o de otras dependientes, o aquellos de los que disponga concertadamente con cualquier otra persona.

2. Se presumirá igualmente que existe unidad de decisión cuando, por cualesquiera otros medios, una o varias sociedades se hallen bajo dirección única. En particular, cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por ésta.

¹⁵⁷⁸ CORDÓN EZQUERRO, T. (2014).

¹⁵⁷⁹ LAGOS RODRÍGUEZ, M^a. G. y ALCARAZ RUIZ, S. (2015). Especial punto de vista demuestra la DGT (V 1572-09).

¹⁵⁸⁰ BUSTOS BUIZA, J.A. (2007).

Como apunta TUERO FERNÁNDEZ¹⁵⁸¹ quedan fuera de la lista una serie de supuestos en los que pudiera pensarse que no se respeta el *arm's length*, como sucede con:

- a) Las operaciones entre dos o más personas físicas, pues el artículo 16. 3 del TRLIS, siempre exige la presencia de una entidad.
- b) Las operaciones en las que intervengan parejas de hecho o ex-cónyuges.
- c) Las operaciones en las que intervienen amigos de los socios, partícipes, consejeros o administradores.
- d) Las operaciones entre una entidad y sus empleados.
- e) Las operaciones en las que intervienen parientes de cuarto grado o superior de los socios, partícipes, consejeros o administradores.
- f) Las operaciones entre una entidad y los cónyuges o personas unidas por relaciones de parentesco, en línea directa o colateral, por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado de los consejeros o administradores de otra entidad cuando ambas entidades pertenezcan a un mismo grupo.

V.4.7.6.-La Ley 16/2007, de 4 de julio.

La Ley 16/2007, de 4 de julio, de Reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea mediante su Disposición adicional octava, apartado 1, subapartado Seis, procedió a modificar el art.º 16.3¹⁵⁸² como consecuencia de la modificación del

¹⁵⁸¹TUERO FERNÁNDEZ, A. (2010).

¹⁵⁸² Quedó redactado de la siguiente forma:

“3. Se considerarán personas o entidades vinculadas las siguientes:

- a) Una entidad y sus socios o partícipes.
- b) Una entidad y sus consejeros o administradores.
- c) Una entidad y los cónyuges o personas unidas por relaciones de parentesco, en línea directa o colateral, por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado de los socios o partícipes, consejeros o administradores.
- d) Dos entidades que pertenezcan a un grupo.
- e) Una entidad y los socios o partícipes de otra entidad, cuando ambas entidades pertenezcan a un grupo.
- f) Una entidad y los consejeros o administradores de otra entidad, cuando ambas entidades pertenezcan a un grupo.
- g) Una entidad y los cónyuges o personas unidas por relaciones de parentesco, en línea directa o colateral, por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado de los socios o partícipes de otra entidad cuando ambas entidades pertenezcan a un grupo.
- h) Una entidad y otra entidad participada por la primera indirectamente en, al menos, el 25 por ciento del capital social o de los fondos propios.
- i) Dos entidades en las cuales los mismos socios, partícipes o sus cónyuges, o personas unidas por relaciones de parentesco, en línea directa o colateral, por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado, participen, directa o indirectamente en, al menos, el 25 por ciento del capital social o los fondos propios.
- j) Una entidad residente en territorio español y sus establecimientos permanentes en el extranjero.
- k) Una entidad no residente en territorio español y sus establecimientos permanentes en el mencionado territorio.

concepto de grupo contenido en el art.º 42 C. de com. realizado por la misma norma¹⁵⁸³. Ahora ya no sería criterio definitorio el poder de decisión que tantas críticas había recibido, sino el control de una sociedad sobre otra, tengan o no participación directa o indirecta en el capital, estableciéndose una serie de coyunturas en las que se presume la existencia de dicho control. No obstante, ello no trajo una coincidencia entre el concepto de grupo contable y el concepto de grupo fiscal, echándose de menos desde este último punto de vista las empresas asociadas y las empresas multigrupo.

V.4.7.7.-La Ley 27/2014 de 27 de noviembre.

La Ley 27/2014 continuó con la técnica de recoger una lista de supuestos definitorios de los casos de vinculación en su artº18.2 y no vino a aclarar el momento al que debía de entenderse apreciada la existencia de vinculación, pese a las críticas y dudas que había despertado en la doctrina, sobre todo en las operaciones de tracto sucesivo. Los supuestos podemos dejarlos clasificados de la siguiente manera:

a) Operaciones entre una entidad y una persona física, las cuales podemos agrupar entorno a tres criterios

✓ Por participación en el capital:

l) Dos entidades que forman parte de un grupo que tribute en el régimen de los grupos de sociedades cooperativas.

En los supuestos en los que la vinculación se defina en función de la relación socios o partícipes-entidad, la participación deberá ser igual o superior al 5 por ciento, o al 1 por ciento si se trata de valores admitidos a negociación en un mercado regulado. La mención a los administradores incluirá a los de derecho y a los de hecho.

Existe grupo cuando una entidad ostente o pueda ostentar el control de otra u otras según los criterios establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio, con independencia de su residencia y de la obligación de formular cuentas anuales consolidadas”.

¹⁵⁸³ El art.º 42 en lo que a este particular se refiere quedó redactado de la siguiente manera:

“1. Toda sociedad dominante de un grupo de sociedades estará obligada a formular las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados en la forma prevista en esta sección.

Existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras. En particular, se presumirá que existe control cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones:

a) Posea la mayoría de los derechos de voto.

b) Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.

c) Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto.

d) Haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. En particular, se presumirá esta circunstancia cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por ésta. Este supuesto no dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados, está vinculada a otra en alguno de los casos previstos en las dos primeras letras de este apartado.

A los efectos de este apartado, a los derechos de voto de la entidad dominante se añadirán los que posea a través de otras sociedades dependientes o a través de personas que actúen en su propio nombre pero por cuenta de la entidad dominante o de otras dependientes o aquellos de los que disponga concertadamente con cualquier otra persona”.

- operaciones entre una entidad y sus socios o partícipes (supuesto del apartado a)). Como se puede apreciar, se conserva la terminología que ya había sido introducida anteriormente de entidad (en vez de la más estricta de sociedad) y, coherentemente, la dualidad de socios o partícipes. Ahora bien, siguiendo los criterios doctrinales que estimaron excesivamente bajos los coeficientes de participación recogidos en las anteriores regulaciones, se elevaron al 25%, tanto para sociedades cotizadas como para las que no lo fueran;
 - operaciones entre una entidad y los cónyuges o personas unidas por relaciones de parentesco, en línea directa o colateral, por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado de los socios o partícipes (supuesto del apartado c), primera parte).
- ✓ Por participación en la administración:
- operaciones entre una entidad y sus administradores o consejeros (supuesto del apartado b)), considerándose que se incluían tanto los de derecho como los de hecho. En este supuesto se incorpora una novedad al excluir de vinculación las retribuciones que éstos perciban por sus funciones. La razón no es otra que la imposibilidad de encontrar comparables, ya que las retribuciones que éstos perciban siempre serán vinculadas;
 - operaciones entre una entidad y los cónyuges o personas unidas por relaciones de parentesco, en línea directa o colateral, por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado de los consejeros o administradores (apartado c) segunda parte).
- ✓ Por pertenencia al mismo grupo:
- operaciones entre una entidad y los consejeros o administradores de otra entidad, cuando ambas entidades pertenezcan a un grupo (apartado e));
 - operaciones entre una entidad y los cónyuges o personas unidas por relaciones de parentesco, en línea directa o colateral, por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado de los socios o partícipes, no de los consejeros o administradores, de otra entidad cuando ambas sociedades pertenezcan a un grupo (supuesto apartado f));
 - desaparecen del perímetro de vinculación las operaciones contempladas en el apartado e) de la normativa anterior relativo a aquellas celebradas entre una entidad y los socios o partícipes de otra entidad si ambas formaban parte del mismo grupo. Sorprende esta modificación, ya que no resulta muy comprensible que sí se encuentren incluidas las celebradas con los consejeros o administradores de otra entidad que pertenezca al mismo grupo y

no las que se celebren con los socios o partícipes, cuando a mayor proximidad mayor tendencia a no respectarse el *arm's length*.

b) Operaciones entre entidades:

- ✓ Por criterio de participación:
 - operaciones con otra entidad participada por la primera indirectamente en, al menos, el 25 por 100 del capital social o de los fondos propios. (supuesto del apartado g));
 - operaciones entre dos entidades cuando los mismos socios, partícipes o sus cónyuges, o personas unidas por relaciones de parentesco, en línea directa o colateral, por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado, participen, directa o indirectamente, en, al menos, el 25 por 100 del capital social o de los fondos propios (supuesto del apartado h)).
- ✓ Por criterio de pertenencia al mismo grupo:
 - operaciones entre dos entidades pertenecientes al mismo grupo conforme al concepto de grupo dispuesto en el artº 42 C. de com. (supuesto del apartado d));
 - operaciones entre una entidad residente en territorio español y sus establecimientos permanentes en el extranjero (supuesto del apartado i)). Como se puede observar ha desaparecido del elenco las operaciones entre establecimiento en nuestro país y entidad residente en el extranjero, lo que CORDON EZQUERRO ha tachado de asimetría con el régimen del artº 9 MCDI;
 - las operaciones entre entidades de un grupo que tributen por el régimen de cooperativas dejan de estar incluidas en el listado de vinculación.

V.4.8.– Las propuestas de valoración (APA1584 y APV1585).

V.4.8.1 Naturaleza de los acuerdos previos de valoración.

La viabilidad de acuerdos, convenciones, pactos y contratos de la Administración con los ciudadanos se fue abriendo paso en nuestro ordenamiento desde el artº88 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, aunque en materia tributaria, con arreglo al principio de especialidad, se remitía el régimen a la legislación específica de dicho ámbito (Disposición Adicional 5ª Ley 30/1992) y solo con carácter supletorio sería aplicable el

¹⁵⁸⁴ Las siglas se corresponden a la terminología anglosajona de *Advance Price Agreements* o *Advance Pricing Arrangements*.

¹⁵⁸⁵ Acuerdos Precios de Valoración.

régimen común, de suerte que tal tipo de soluciones serían admisibles siempre que cumplieran con una serie de presupuestos, a saber: a) no ser contrarios al ordenamiento jurídico, b) no versar sobre materias no susceptibles de transacción, c) persigan satisfacer el interés público, y d) su alcance, efectos y régimen jurídico vendrán limitados por la disposición que los regule.

En materia tributaria no existe un equivalente al artº 88 LRJAP y PAC, sino que lo que existen son habilitaciones singulares en determinados supuestos, una de las cuales es ante la que nos encontramos, los acuerdos previos de valoración.

Inicialmente no toda la doctrina se mostró favorable a la posibilidad de los acuerdos en materia tributaria, teniendo como más claro exponente de esta línea de pensamiento al profesor ALBIÑANA¹⁵⁸⁶. Por el contrario, FALCÓN Y TELLA, aunque admite que no se trata de un procedimiento arbitral en sentido estricto¹⁵⁸⁷, siguiendo la tradición anglosajona, les otorga auténtica naturaleza contractual, justificando su procedencia en base a¹⁵⁸⁸:

- razones de seguridad jurídica;
- no suponen una disposición del crédito tributario, sino de un ejercicio anticipado de las facultades de comprobación o de determinación del propio crédito;
- la Administración no se aparta con ello de la aplicación del *arm's length*, sino que procede a la cuantificación del valor de mercado con carácter anticipado y de acuerdo con los contribuyentes.

La naturaleza convencional, pero matizada, es recalcada por AGULLÓ AGÜERO¹⁵⁸⁹, en el sentido de que para esta autora constituyen una manifestación más de la aplicación de la técnica convencional en el ámbito tributario, como pueden serlo igualmente la tasación pericial contradictoria, las actas de conformidad, los convenios de recaudación, los Jurados Tributarios o las actas con acuerdo.

Otro sector doctrinal rehúye de su naturaleza convencional y considera que los APV se encuentran más próximos a figuras como la Tasación Pericial Contradictoria¹⁵⁹⁰ o las Consultas¹⁵⁹¹, considerando que difícilmente puede hablarse de carácter transaccional o

¹⁵⁸⁶ ALBIÑANA GARCÍA–QUINTANA, C. (1995).

¹⁵⁸⁷ FALCÓN Y TELLA, R. (1995 b).

¹⁵⁸⁸ FALCÓN Y TELLA, R (1998),¹⁵⁸⁹ AGULLÓ AGÜERO, A. (1996).

¹⁵⁸⁹ AGULLÓ AGÜERO, A. (1996).

¹⁵⁹⁰ Entre los denominadores comunes que comparten ambas son destacados:

- a) se desenvuelven en la fase de determinación de la base imponible mediante las valoraciones
- b) en los dos se produce una valoración de parte
- c) las valoraciones alcanzadas en ambas ponen fin a la fase de fijación de los valores a integrar en la base imponible, sin que puedan ser impugnados en ese estadio
- d) tanto respecto de una como de otra la LGT contiene una remisión al régimen que la normativa de cada tributo establezca

Ahora bien, la diferencia fundamental viene marcada porque los APV son anteriores a la determinación de valoración alguna por parte de la Administración mientras que las Tasaciones Periciales Contradictorias son posteriores a una primera valoración.

¹⁵⁹¹ La proximidad de ambos institutos es únicamente de carácter sistemático al venir ambos contemplados en el Título III, Capítulo I, Sección segunda de la LGT, por cuanto pertenecen a ámbitos

convencional si atendemos a dos consideraciones básicas: a) que los valores finales resultantes de los APV se fijan unilateralmente por la Administración y b) que conforme al artº 91.6 LGT los valores serían impugnables vía actuación contra los actos administrativos que se dicten posteriormente. Por tanto, se trataría de una resolución de la Administración, unilateral y de carácter preparatorio sobre un valor que sirve de base para una posterior liquidación (GARCÍA-MONCÓ¹⁵⁹²). Estas razones de rechazo de la naturaleza convencional pueden incrementarse con otras:

- la propia dicción del artº88.1 Ley 30/1992 que excluía de la terminación convencional a los procedimientos sobre los que no cupiera transacción;
- el principio de legalidad en materia tributaria;
- el principio de indisponibilidad en materia tributaria.

De esta negación radical de la naturaleza convencional participan otros autores reconocidos, como es el caso de FERRERO LAPATZA¹⁵⁹³.

GARCÍA ÁLVAREZ¹⁵⁹⁴ asocia los APA a los *tax rulings*, añadiendo que el cambio de una actuación unilateral a una forma de actuación bilateral o consensual comporta únicamente un cambio de forma, pero no de fondo, siendo en todo caso exigible la conformidad a Derecho del acuerdo que pueda alcanzarse, lo cual constituiría un mandato constitucional implícito. Por tanto, el único margen para el acuerdo viene dado por el carácter de concepto jurídico indeterminado que tiene el precio de mercado.

CRUZ AMORÓS¹⁵⁹⁵ indica que se trata de un procedimiento administrativo en virtud del cual el sujeto pasivo trata de conseguir la conformidad de la Administración Tributaria sobre la política de precios de transferencia establecida por el grupo empresarial y sus efectos fiscales. El término acuerdo debe entenderse como sinónimo de acto administrativo y no como concierto de voluntades. Deben ser encuadrados en los procedimientos de comprobación de valores.

Autores como DE JUAN CASADELVALL¹⁵⁹⁶ los encasillan en una figura híbrida de naturaleza dual, caracterizándolos como acuerdos procedimentales (sustancialmente convencionales, formalmente procedimentales). En parecida tesitura se colocan otros autores como BILBAO ESTRADA¹⁵⁹⁷, para quien los APAs tienen carácter convencional en el procedimiento, pero no en el resultado, por lo que son institutos de tan solo cierto sustrato convencional, o en la misma línea SANTOS FLORES¹⁵⁹⁸ al entender que se trata de un acto administrativo resultado de una negociación limitada,

absolutamente distintos, los APV al de la potestad valorativa de la Administración tributaria y las Consultas al de la potestad interpretativa.

HORTALÁ VALLVÉ, J. (2010) apunta que las consultas son valoraciones de consideraciones jurídicas, mientras las APAs se pronuncian sobre cuestiones de hecho.

¹⁵⁹² GARCÍA-MONCÓ MARTÍNEZ, A. (2005).

¹⁵⁹³ FERRERO LAPATZA, J.J. (2003).

¹⁵⁹⁴ GARCÍA ÁLVAREZ, G. (2017).

¹⁵⁹⁵ CRUZ AMORÓS, M. (2007).

¹⁵⁹⁶ CASADEVALL, J. J. (2007).

¹⁵⁹⁷ BIALBAO ESTRADA, I. (2006).

¹⁵⁹⁸ SANTOS FLORES, I. (2016).

en la que al final la Administración resuelve unilateralmente lo que estime por conveniente.

V.4.8.2 Ventajas e inconvenientes.

TRAPÉ VILADOMAT¹⁵⁹⁹ reseña como ventajas reconocidas de los APAs los siguientes:

- a) dado su carácter previo es más fácil que las Administraciones involucradas (en caso de APAs bilaterales) lleguen a un mutuo acuerdo que cuando tratasen de alcanzarlo con el problema ya surgido;
- b) proporciona seguridad al contribuyente como mecanismo de eludir la DI cuando se trata de APAs bilaterales;
- c) prodiga la colaboración entre la Administración y el contribuyente al desenvolverse en un clima de confianza que no existe en las actuaciones de comprobación de valores;
- d) supone mayor eficacia en la actuación de las partes involucradas y un ahorro en costes económicos y de tiempo, sobre todo cuando se trate de APAs que no abarquen todas las operaciones vinculadas sino solo las más problemáticas, complejas o dudosas.

Por el contrario, este autor destaca entre sus inconvenientes la complejidad del procedimiento disuade al contribuyente de acudir al mismo, lo que se mitigaría en parte siguiendo la directriz de la OCDE de no requerir al contribuyente más información y documentación de la que originaría una actuación de la autoridad tributaria competente.

V.4.8.3.– La Ley 1/1998 y la Ley 43/1995.

El artº 16.6 LIS 1995 vino a recoger la recomendación del Libro Blanco (Informe para la Reforma del Impuesto sobre Sociedades, julio 1994) de incluir en la ley los acuerdos previos entre la Administración tributaria y los contribuyentes para fijar los precios que serían tenidos como de mercado a efectos de valoración fiscal. Se trataba de la primera vez que accedía a nuestro ordenamiento tal figura jurídica. Sin embargo, ello sirvió de base para que el legislador iniciara el proceso de generalización¹⁶⁰⁰ a cualquier hecho imponible, de lo cual constituyó un claro exponente el artº9 Ley 1/1998 de Derechos y Garantías del Contribuyente donde se previó que las normas específicas de cada tributo regulasen la posibilidad de alcanzarse APV, estableciendo un régimen general mediante siete apartados que podemos resumir en las siguientes cuestiones:

¹⁵⁹⁹ TRAPÉ VILADOMAT, M. (2008).

¹⁶⁰⁰ En tal sentido GARCÍA-HERRERA BLANCO, C. y HERRERA MOLINA, P.M. (2002)

- la efectividad de la implementación de los APV quedaba delegada en el legislador especial de cada tributo;
- el carácter previo y vinculante para la Administración de las valoraciones que se alcanzasen;
- los rasgos básicos del procedimiento:
 - ✓ en cuanto a la solicitud:
 - la legitimación para la solicitud correspondía al sujeto pasivo;
 - plazo para la solicitud: antes de la producción del hecho impositivo o en los plazos que la norma dispusiera;
 - contenido y forma de la solicitud: habría de ser por escrito y contener una propuesta de valoración;
 - ✓ en cuanto a la actuación de la Administración:
 - la Administración podría comprobar los elementos de hecho y circunstancias declaradas por el solicitante;
 - valoración que emitiera: habría de ser por escrito y motivada, emitida dentro de plazo y el silencio se entendería positivamente. Habría de expresar su carácter vinculante;
 - ✓ efectos de la resolución valorativa que adoptase la Administración:
 - sería vinculante con relación al supuesto al que se refiriese y el impuesto en cuestión;
 - tendría una vigencia máxima de 3 años, salvo que se contemplase en la normativa especial otro plazo distinto. No obstante, se contemplaban dos hipótesis por las que podrían dejar de tener eficacia, esto es, la variación de la ley o de las circunstancias.

La primera cuestión digna de énfasis respecto del citado artº16.6 es que la ley se limitó a admitir la posibilidad de proponer por los sujetos pasivos una valoración previa fundamentada en el valor normal de mercado y a determinar el ámbito temporal al que dicha valoración, en caso de ser estimada, sería aplicable, así como la duración de su eficacia. Sin embargo, el procedimiento a seguir quedaba reconducido a lo que dispusiera el reglamento que desarrollase la ley, por ello procederemos a realizar un examen completo de las propuestas de valoración al analizar el RIS de 1997.

Como características más destacadas de los APV en el régimen iniciado en 1995 subraya SANTOS FLORES¹⁶⁰¹:

- vigencia durante 3 años de los acuerdos alcanzados, sin posibilidad de aplicación retroactiva;
- eficacia *rebus sic stantibus*, por lo que la Administración no podía separarse de la misma mientras no cambiasen las circunstancias;
- silencio negativo;
- remisión al reglamento en cuanto al procedimiento;

¹⁶⁰¹ SANTOS FLORES, I. (2016).

- se preveían APA's bilaterales.

V.4.8.4.– El Real Decreto 537/1997 de 14 de abril, RIS.

El capítulo V del RD 537/1997 vino a dar cumplimiento al mandato contenido en el artº16.6 LIS 1995, y en sus artº16 a 25 desarrolló el procedimiento a seguir para la aprobación previa de valores.

A) Características principales del procedimiento.

Como características más relevantes del procedimiento establecido por el RIS 1997 podemos puntualizar:

- Legitimación para el inicio (artº 16.1 y 17 RIS): la capacidad de iniciación corresponde a los contribuyentes, no a la Administración, y si bien puede instarse por uno solo, posteriormente la propuesta habrá de ser suscrita por la totalidad de las partes vinculadas implicadas, por lo que se requiere el acuerdo común de todas las partes, de manera que si posteriormente una parte desiste provocará la terminación sobrevenida del procedimiento sin haber alcanzado acuerdo alguno.
- Competencia (artº 25 RIS): la competencia para conocer de la totalidad del procedimiento corresponde al director del Departamento de Inspección Financiera y Tributaria, sin perjuicio de la intervención de otros funcionarios para el examen de la documentación y la formulación de la propuesta de resolución.
- Clases: La norma contempla distintos tipos de acuerdos previos de valoración, en concreto cuatro tipos (artº 17.1 RIS):
 - i. Los denominados APAs, o acuerdos previos de valoración de operaciones vinculadas, que son en los que nos centraremos en estas líneas. Los APAs son una subespecie de los APV, lo que pasa es que en nuestro ordenamiento se procedió por inducción, a partir de los esquemas de los APAs introducidos por la Ley 43/1995, a construir lo que son los APV (CARBAJO VASCO)¹⁶⁰².
 - ii. Los relacionados con la deducción de gastos en concepto de contribuciones a actividades de investigación y desarrollo.
 - iii. Los relacionados con la deducción de gastos en concepto de servicios de apoyo a la gestión.

¹⁶⁰² CARBAJO VASCO, D. (2011). El autor precisa que en nuestro ordenamiento los APAS son un subconjunto a integrar en una categoría previa, los APV acogidos en el artº91 LGT, e incluso más, los APV se incluyen en otra categoría más general: la terminación convencional de los procedimientos administrativos prevista en el artº88 de la Ley 30/1992.

- iv. Los relacionados con la aplicación de un coeficiente de subcapitalización distinto el establecido con carácter general.
- Fases del procedimiento:
- i. Fase previa (artº19 RIS) o *prefiling*: el procedimiento se inicia con la presentación por las partes de una documentación sucinta (identificación de partes, descripción de la operación vinculada, y descripción de la propuesta), sobre la que habrá de pronunciarse la Administración en el plazo de 30 días informando de forma preliminar sobre sus criterios evaluadores del caso
 - ii. Fase de presentación de la propuesta por parte de los interesados (artº20 RIS): terminada la fase previa, bien por resolución expresa o por transcurso del plazo, los interesados debían presentar la documentación que se detalla. La documentación varía según el supuesto de que se trate: operaciones vinculadas, gastos de actividades de investigación y desarrollo o gastos en concepto de servicios de apoyo a la gestión. En caso de apreciar la Administración deficiencia en la documentación presentada, o necesidad de ampliación o complemento de la misma (artº22.1 RIS), serán requeridos los interesados para que procedan a efectos de suplir las deficiencias
Los interesados podrán efectuar las alegaciones y presentar la documentación que estimen por conveniente hasta el momento anterior al trámite de audiencia¹⁶⁰³.
 - iii. Fase de prueba (artº21.2 RIS): Los interesados podrán presentar las pruebas que consideren pertinentes para apoyar su propuesta de valoración, incluidos informes periciales. La Administración podrá también proponer los medios de prueba que estime convenientes.
 - iv. Fase de alegaciones finales y presentación de documentación complementaria antes de la formulación de la resolución: Tras la fase de prueba se procede a poner de manifiesto el expediente para que los interesados dispongan de un plazo de 15 días para presentar sus conclusiones junto con la documentación adicional que consideren conveniente.
- Resolución (artº 22 RIS): La Administración tiene obligación de pronunciarse sobre la propuesta, con excepción de los supuestos de desistimiento o de caducidad en la instancia. El plazo para emitir la resolución es de 6 meses tomando como dies a quo el de la formulación de la solicitud, y podrá aprobar la propuesta inicial o una alternativa formulada durante la sustanciación del procedimiento.

¹⁶⁰³ Trámite de audiencia que no se definía, pero que por coherencia todo parecía indicar que sería a lo largo de todo el procedimiento hasta la finalización del plazo para realización de alegaciones previsto en el artº22.3 en que quedaba visto el procedimiento para el dictado de la resolución que procediera.

- Recursos (artº 23 RIS): contra la resolución expresa que deniegue la aprobación o la resolución presunta por el transcurso del plazo no cabrá recurso alguno, sin perjuicio de los medios impugnatorios que puedan articularse en su caso contra los actos de liquidación que en su día se produzcan. El veto a la posibilidad de recurrir entraba en contradicción con lo dispuesto en el artº 15RIS sobre la posibilidad de impugnación, con efecto suspensivo, del acto de determinación del valor.

B) Efectos de la resolución (artº 16.6 LIS y artº24 RIS).

En esta primera regulación de los APV la normativa española solo contempló efectos prospectivos o a futuro, no admitiendo que desplegasen efectos retroactivos (*rollback* en terminología anglosajona)

El artº 16.6 de la LIS 1995 atribuía eficacia a los acuerdos alcanzados durante tres periodos impositivos.

Ahora bien, como destaca FALCÓN Y TELLA¹⁶⁰⁴, la diferencia entre el régimen de la LIS 1995 y el RIS 1997 estribó en que, si bien la primera mantenía la obligación de las entidades vinculadas de autoliquidar por los valores efectivos de realización de la operación (por tanto no eran auténticas destinatarias del acuerdo), constituyendo el APV un límite para la Administración en el caso de que en comprobación de valores decidiera realizar un ajuste valorativo, en el segundo sí se obligaba a las entidades vinculadas por la valoración acordada, quienes deberían aplicar lo que resultase de la propuesta aprobada, procediendo en sus autoliquidaciones a efectuar los correspondientes ajustes fiscales positivos o negativos conforme al valor determinado administrativamente. La polémica quedaba servida, porque por una parte se encontraba lo que el texto de la norma decía (las entidades no solamente debían autoliquidar, sino también contabilizar a los valores fijados en el acuerdo, aunque difirieran del precio real efectivo) y, por otra parte, lo que debía interpretarse que decía (la norma no puede obligar a contabilizar por un precio distinto a aquel por el que efectivamente se realiza la transacción, sino simplemente a que se realizasen los ajustes fiscales o contables necesarios para que en la determinación de la base imponible se respetase la valoración del acuerdo).

C) La modificación de los APV (artº28 RIS).

La causa motivadora para justificar la modificación de un APV aparecía recogida en el apartado 1 del precepto y se concretaba en el cambio significativo de las circunstancias concurrentes al momento de la aprobación. Sin embargo, conforme a la redacción que recibía el precepto, el hecho del cambio significativo no determinaba por sí solo la ineficacia sobrevenida del APV, sino que precisaría que fuera objeto de modificación.

¹⁶⁰⁴ FALCÓN Y TELLA, R. (1998).

La legitimación para promover la modificación correspondía tanto a los contribuyentes como a la Administración, pero en el primer caso la solicitud requería que fuera instada por la totalidad de las entidades implicadas en la transacción, bastando el desistimiento de una de ellas para que quedara paralizado el expediente de modificación.

La modificación podía consistir tanto en dejar sin efecto el APV como en modificarlo, en ambos casos durante el plazo de su vigencia. Mientras no se aprobase una modificación la Administración estaría vinculada por el APV inicial.

La tramitación procedimental difería según la modificación hubiera sido promovida por la Administración o por los contribuyentes, pero en todo caso tendría una duración máxima de seis meses:

a) en el caso de que la iniciativa fuera de los contribuyentes, los principales pasos eran:

- i. presentación de la solicitud firmada por todas las entidades vinculadas implicadas en la transacción. A la misma obviamente habría de adjuntarse la documentación justificativa de la variación de las circunstancias;
- ii. examen por parte de la Administración de la solicitud y documentación justificativa, realizando una primera evaluación preliminar;
- iii. audiencia de los interesados;
- iv. resolución por parte de la Administración, pudiendo ser: estimatoria, en cuyo caso llevaría aparejada dejar sin efecto el APV inicial y quedando las partes vinculadas por los nuevos términos valorativos; o desestimatoria, cuya casuística se desdobra a su vez en dos supuestos. El primero, referente a la situación de no quedar acreditadas las variaciones económicas significativas, razón por la cual continuaría hasta su extinción los efectos del APV inicial. El segundo, relativo a cuando pese a ser desestimatoria la resolución no quedasen justificadas las variaciones económicas significativas, en cuyo caso se valoraría conforme al régimen general dispuesto por el artº16.

b) en el caso de que la iniciativa partiera de la Administración el procedimiento a seguir era el siguiente:

- i. traslado a las partes vinculadas para que se pronunciasen en el plazo de 30 días, pudiendo éstas:
 - aceptar la propuesta de modificación valorativa, lo que produciría el dictado directo de la resolución modificativa;
 - proponer una alternativa, procediendo a motivarla y aportar la documentación justificativa de la misma;
 - rechazarla, justificando debidamente las razones;

- ii. en el supuesto segundo y tercero acabados de citar, la Administración examinaría las motivaciones expuestas por los contribuyentes, realizando un pronunciamiento preliminar;
- iii. trámite de audiencia de los interesados para que realizasen las alegaciones que tuvieran por conveniente para defender sus posturas;
- iv. por último, el dictado de resolución por parte de la Administración que podría ser en alguno de los siguientes sentidos:
 - acordar la modificación, dejando sin efecto el APV inicial y acordando como valoración la que hubiera sido propuesta por la Administración y aceptada por los contribuyentes. Lo que no podía suceder es que la Administración impusiera una valoración modificativa del APV inicial que no fuera aceptada por los contribuyentes;
 - acordar la modificación justificada por los contribuyentes como alternativa, dejando igualmente sin efecto el APV inicial.

La resolución habría de ser siempre motivada y en su ámbito temporal tendría los mismos efectos que los previstos para los APV iniciales, esto es, solo afectaría a las operaciones que se realizasen con posterioridad a la resolución. En caso de transcurso del plazo legal previsto para que la Administración emanara su resolución sin hacerlo, se entendería desestimada.

Pese a que la norma no lo preveía expresamente se entendía que la resolución era recurrible, recurso que solo tendría sentido en el supuesto de que se tratase de modificaciones instadas por los contribuyentes y que hubieran sido desestimadas.

D) Los Acuerdos Previos de Valoración con las Administraciones de otros Estados.

La norma contemplaba, además, como una especialidad de acuerdos de valoración, los APV celebrados entre administraciones de distintos Estados para cuando se tratara de transacciones entre entidades vinculadas residentes entre distintos Estados. Se trataba de los denominados APV bilaterales. Así aparecía regulado en el artº 16.6 LIS 1995 y en el artº 27 del RIS. Se seguía así las recomendaciones del Informe Ruding¹⁶⁰⁵

La legitimación para iniciar el expediente correspondía a la Administración tributaria española (artº 27.2 RIS), a la Administración de otro Estado (artº 27.10 RIS) o a los contribuyentes (artº 27.1 RIS)

¹⁶⁰⁵ En el mismo se insta a la Comisión a que “*emprenda una acción conjunta con los Estados miembros para establecer las normas o procedimientos apropiados en el campo de los ajustes de precios de transferencia por parte de los Estados miembros*”.

La competencia para conocer de estos expedientes correspondería a la Dirección General de Tributos, pese a que en el plano interno seguía manteniendo la competencia el Departamento de Inspección.

El procedimiento variaría en función de que existiera convenio de doble imposición con el otro Estado o no. En caso de existir se seguiría el procedimiento amistoso que en el propio convenio se preveía (artº 27.2 RIS). Si no existiera se entablarían las correspondientes relaciones diplomáticas. Las principales fases previstas en el RIS eran:

- i. cuando la iniciación partiera de los contribuyentes, la Administración valoraría y decidiría si iniciaba el procedimiento;
- ii. las Administraciones prepararían un proyecto de acuerdo;
- iii. posteriormente se preveía un trámite de audiencia a las partes vinculadas en el cual podrían realizar sus alegaciones durante un plazo de 10 días. La falta de alegación se entendería como conformidad con el proyecto. La oposición determinaba la desestimación del proyecto;
- iv. resolución: a la vista de las alegaciones se producía la resolución administrativa;
- v. en caso estimatorio se procedería a la suscripción del acuerdo con el otro Estado.

En materia de recursos se preveía expresamente la irrecurribilidad de la decisión de no iniciación del procedimiento (artº 26.1 párrafo último RIS) al igual que de la resolución desestimatoria de la propuesta (artº 26.5 RIS).

Los efectos del APV bilateral se producían en un doble plano: el plano internacional entre Estados en el que funcionaría como un acuerdo internacional o convenio y, por tanto, su modificación requeriría seguir los cauces previstos en el Derecho internacional; el plano interno, en el que se desplegarían los efectos del artº24 ya analizados. La norma expresamente prevé que la no consecución del acuerdo entre los Estados no sería óbice para que pudiera alcanzarse APV entre la Administración y los contribuyentes.

E) Confidencialidad (artº20 RIS).

Uno de los mayores inconvenientes que supone el acudir a un APA es el temor por parte de los sujetos pasivos de la revelación de información y documentación que la Administración podría tomar en consideración para otras actuaciones tributarias o trascender a competidores. De ahí que el legislador se preocupase de disponer una serie de garantías que viniesen a preservar la confidencialidad:

- por una parte, la documentación únicamente surtiría efectos en este expediente;

- por otra parte, los funcionarios intervinientes se encontraban sujetos al deber de secreto;
- por último, si el expediente terminaba por desestimación o desistimiento la documentación se devolvería a los solicitantes.

V.4.8.5 La LGT 58/2003 de 17 diciembre.

La LGT 2003 vino a derogar el régimen contenido en la Ley 1/1998 y dedicó el artº 91 al nuevo régimen de los APV, precepto situado en una sección dedicada a la “*Información y Asistencia a los obligados tributarios*”, y no a la comprobación de valores. El precepto repetía miméticamente lo que ya decía el referido artº9.

Pero además de ello, el artº 90 LGT vino a recoger el régimen especial de las valoraciones informadas por la Administración en materia de transmisión de bienes inmuebles situados en territorio de su competencia y que la Ley 1/1998 ya había contemplado en forma muy genérica. Como elementos definitorios se pueden puntualizar:

- la naturaleza se aproximaba bastante a la de las consultas, tanto por su carácter previo a la producción del hecho impositivo como por sus efectos. No se calificaba como acuerdo a la resolución administrativa determinante de la valoración, sino que se le confería carácter de información;
- en cuanto a sus efectos, a diferencia del régimen de 1998, el artº90 LGT sí confería efecto vinculante a la valoración que informase la Administración, si bien la vinculación se encontraba constreñida por distintas limitaciones:
 - ✓ en primer lugar, por el exiguo plazo de vigencia de la misma: tres meses desde la notificación del solicitante;
 - ✓ y, en segundo lugar, por el condicionante de la veracidad y suficiencia de los datos suministrados por el contribuyente, así como por la circunstancia de que la solicitud se hubiera producido con anterioridad al plazo de la autoliquidación¹⁶⁰⁶;

¹⁶⁰⁶ Como se puede apreciar, las limitaciones son lo suficientemente amplias como para desvirtuar la aplicabilidad del régimen. La calificación de la veracidad y, sobre todo, de la suficiencia de los datos suministrados por el contribuyente dejan un amplio margen para desvincularse por parte de la Administración del valor informado. Si la Administración llegara, posteriormente a haber informado, a un valor diferente, obviamente será porque ha tomado en consideración elementos de juicio nuevos o, cuando menos, diferentes a aquellos que determinaron el informe valorativo inicial. La cuestión sería por qué no tomó las cautelas necesarias para disponer de dichos elementos de juicio previamente. Sería comprensible siempre que se trataran de elementos de conocimiento sobrevenido ex novo, y siempre que no hubiera podido disponer de los mismos psadaor causa imputable a la propia Administración. Pero en otro caso, la norma estaría dejando una puerta abierta excesivamente amplia que conduciría a la inutilidad de la previsión legal.

Por otra parte, la norma no requiere que la solicitud se haya formulado con anterioridad al hecho impositivo que sería lo más razonable, sino con anterioridad al plazo de autoliquidación. Ello a nuestro entender conlleva distintas disfunciones. Por ejemplo, las transmisiones de bienes inmuebles se documentan generalmente (o al menos en su mayor parte) en documento público, no por obligación legal (que también sucede en supuestos como las donaciones), sino por criterio de seguridad jurídica. ¿Quiere

- la valoración informada por la Administración no sería directamente impugnabile.

V.4.8.6 El RD Legislativo 4/2004 de 5 de marzo y el RD 1777/2004 de 30 de junio.

El TRLIS contenido en el RD Legislativo 4/2004 no trajo ninguna novedad a lo ya dispuesto en el régimen anterior, reservándole incluso la misma numeración del apartado 6 del artº16 y remitiendo la regulación procedimental al reglamento.

Por su parte el Reglamento del IS introducido por el RD 1777/2004 vino a introducir una pequeña aclaración sobre el cómputo del plazo de finalización (artº23.6 y 29.8) del expediente, tanto en el supuesto de una solicitud ordinaria como en el de una solicitud de modificación, precisando que el dies a quo de inicio de los seis meses vendría constituido por la fecha de entrada de la solicitud en cualquiera de los registros de los órganos administrativos competentes. En todo lo demás mantuvo la redacción anterior, dedicándole el capítulo VI, del Título I (la base imponible), comprensivo de los artículos 17 al 29.

V.4.8.7 La Ley 36/2006 y el RD 1793/2008 de 3 de noviembre.

La Ley 36/2006 sí vino a introducir novedades en el régimen de los APA. Ya en la exposición de motivos de la misma se alude a que con la reforma “*se fomentan los mecanismos de colaboración de los contribuyentes con la Administración tributaria al flexibilizar el régimen de los acuerdos previos de valoración e introducir una regulación legal específica de los procedimientos amistosos*”. Sin embargo, las novedades introducidas, que fueron bastante limitadas, más que flexibilizar el régimen procedieron a ampliar el alcance temporal. A no ser que el legislador pretendiese referirse más que a la propia ley al reglamento que la desarrollaría, lo que no está exento de una cierta dosis adivinatoria cuando el reglamento tardaría bastantes meses en llegar.

Lo primero que se aprecia son diversos cambios sistemáticos de forma que la regulación pasó a estar contenida en el artº16.7. Por otra parte, el orden de los párrafos contenidos en dicho apartado 7 variaron sustancialmente.

Si descendemos al texto del apartado apreciamos que las novedades se centraron en los siguientes extremos:

- a) En el primer párrafo se contuvo una nueva redacción, pero excepto que ahora se denomina solicitud a la actuación iniciadora ninguna otra novedad se aportó.

entonces decirse que en relación con el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales el régimen legal estaría propiciando que la solicitud se podría formular con anterioridad al plazo para la declaración, pero con posterioridad al hecho impositivo? O en relación con posibles incrementos patrimoniales, en que el plazo sería mucho más amplio, ¿podría el sujeto pasivo desligarse del valor determinado en la escritura pública y estaría la Administración vinculada por el valor informado?

Se mantuvo la legitimación para iniciar el expediente en el sujeto pasivo y la solicitud debería contener una propuesta de valoración basada en el *arm's length*.

b) Los acuerdos bilaterales anteriormente recogidos en el párrafo sexto pasaron a ocupar el párrafo segundo con idéntica redacción.

c) El párrafo tercero dedicado al alcance temporal de la valoración determinada por la Administración sí sufrió cambios importantes frente al texto anteriormente existente:

- ✓ antes la norma se limitaba a decirnos que el valor fijado sería aplicable solo a las operaciones posteriores a la determinación y ello siempre que se respetaran en la misma las condiciones base que habían servido para determinar el valor. Ahora la norma procedía a añadir la retroactividad de la eficacia a las operaciones del periodo impositivo corriente y anterior en caso de que el plazo de presentación de declaración no hubiera expirado. La trascendencia de la novedad era indiscutible, por cuanto el contribuyente acudiría normalmente a suscitar un APA ante una operación en marcha¹⁶⁰⁷ y, por desgracia, salvo que por la complejidad de la propia transacción el perfeccionamiento de la misma se dilatase en el tiempo, lo habitual sería que la resolución administrativa se emanase con posterioridad a la producción del hecho impositivo. Con esta novedad los APA's ya no quedaban constreñidos a transacciones duraderas en el tiempo o repetitivas;
- ✓ la duración de la validez del acuerdo también fue reformada, de manera que ahora (en vez de aplicársele un plazo automáticamente) sería el propio acuerdo quien determinaría su vigencia, aunque la misma no podría extenderse más allá de 4 años.

d) El párrafo cuarto introdujo una modificación irrelevante, salvo que cambió la terminología “*aprobación de la propuesta*” por “*aprobación del acuerdo*”. A nuestro entender, y terminológicamente hablando supuso introducir más imprecisión que acierto, puesto que suponía disociar el momento del “acuerdo” del momento de la aprobación, como si se tratase de hechos separados.

Entre las facetas más significativas del nuevo apartado 7 del artº16 SANTOS FLORES¹⁶⁰⁸ destaca:

a) Los APAs seguían sin tener el reconocimiento de su naturaleza convencional, reservándose el término acuerdo para el caso de que la Administración española alcanzase acuerdo con otras Administraciones tributarias¹⁶⁰⁹.

¹⁶⁰⁷ No es fácil imaginar que el contribuyente acuda a la solicitud de un APA con anterioridad de surgir la posibilidad de una transacción, de la que por otra parte, en abstracto, carecería de datos concretos en los que fundamentar la propuesta.

¹⁶⁰⁸ SANTOS FLORES, I. (2016).

¹⁶⁰⁹ En puridad el precepto utiliza el término acuerdo en diferentes momentos:

– en el párrafo segundo al contemplar los acuerdos bilaterales;

- b) Los APAs se confirmaban como actos preparatorios.
- c) Se ampliaba el plazo de vigencia máxima a 4 años.
- d) Se reiteraba la cláusula *rebus sic stantibus*.
- e) Se mantenía el criterio del silencio negativo.

El RD 1793/2008 de 3 de noviembre vino a dedicarle el capítulo VI del Título I (artº22 al 29 nonies) a los APAS. Pasemos a analizar sucintamente las características:

i. Legitimación.-

Se siguieron manteniendo iguales exigencias respecto a la legitimación para iniciar el expediente, debiendo venir la solicitud suscrita por todos los obligados (artº23.1), determinando el desistimiento de cualquiera de ellos la finalización del procedimiento (art26.7).

ii. Competencia.-

Así mismo no sufría alteración la regla de determinación del órgano administrativo competente para la tramitación(artº28).

iii. Tipología.-

En cuanto a la tipología de APAs no se contuvo un precepto similar al artº17.1, de hecho, se apreciaba que la intitulación del capítulo VI había sido modificado al suprimirse la alusión a los regímenes especiales, pero se contenían particularidades para las propuestas relativas al coeficiente de subcapitalización (artº23.3)¹⁶¹⁰.

iv. En lo atinente al procedimiento.

1. Se siguió manteniendo una fase previa(*prefiling*) a la que se le dedicó el artº22 rubricado como “*actuaciones previas*” y donde se apreciaba un añadido al introducirse la facultad de la Administración para recabar aclaraciones antes de

-
- en el párrafo tercero cuando determina el alcance temporal;
 - en el párrafo cuarto al referirse al cambio de los APA’s;
 - en el párrafo sexto al remitir el régimen del procedimiento al reglamento.

¹⁶¹⁰ Se siguió manteniendo el artº 30 del texto de 2004, pero desaparecieron tanto para la valoración de los gastos de investigación y desarrollo como para los gastos de apoyo a la gestión:

- el contenido de las especialidades de la documentación que en estos casos debían acompañar a las propuestas ex artº 20.3 y 20.4;
- la aclaración concerniente al contenido de la resolución que ponga fin al expediente (artº23.3);
- y la alusión hecha en el anterior artº25.1 sobre la vinculación que suponía para la Administración la propuesta aprobada.

Por tanto, solo vinieron considerándose los acuerdos previos de valoración relativos a las operaciones vinculadas (APAs)

pronunciarse sobre la viabilidad de la propuesta. La duda surgía entorno a si este trámite era obligatorio o cabía que los contribuyentes formularsen la solicitud directamente mediante la propuesta propiamente dicha. En el antiguo artº19 RIS 2004 se decía que los sujetos pasivos “*presentarán*” la documentación allí especificada. Empero en el artº22 RIS 2008 se dice que “*podrán presentar*”. Los autores se inclinaron por la consideración del carácter facultativo.

2. A la fase previa se dispuso que sucedería la fase de presentación de la propuesta propiamente dicha o de inicio del procedimiento (artº22 RIS). Aspectos dignos de consideración al respecto eran:

- ✓ la propuesta no tenía que extenderse a todas las operaciones vinculadas, pudiendo los solicitantes acotar su ámbito;
- ✓ por lo que se refería a las alegaciones:
 - se apreciaba en este punto un especial énfasis de la norma en la necesidad de que los solicitantes fundamentasen que su propuesta se basamentaba y seguía el *arm's length*.
 - la norma en su nueva redacción no recogía, como sucedía antes (artº22.1 párrafo segundo), la posibilidad de realización de alegaciones por parte de los solicitantes (siempre que fueran anteriores al trámite de audiencia), aunque parecía lógico que dicha facultad continuaba intacta en su doble manifestación, por propia iniciativa de los interesados y a requerimiento de la Administración actuante.¹⁶¹¹
- ✓ se señalaba que se podría superar el límite del 30% de los gastos deducibles que se justificasen.
- ✓ en cuanto a la documentación que habría de acompañarse, se realizaba una remisión a la documentación que debía ser cumplimentada por los contribuyentes que celebrasen operaciones vinculadas¹⁶¹²;
- ✓ se preveía una duración de 30 días para esta fase, en la cual la Administración podría solicitar las aclaraciones y complementos o subsanación de errores que considerase pertinentes, disponiendo el contribuyente del plazo de 10 días para cumplimentar;
- ✓ Finalización de esta fase:
 - en el plazo previsto, la Administración tenía que haber notificado al contribuyente o requerido aclaración o subsanación de la propuesta. En caso de silencio se entendería admitido el inicio del procedimiento;

¹⁶¹¹ Como quiera que los solicitantes podían ser requeridos tanto en la fase previa como en la fase posterior de tramitación propiamente dicha, por la vía de hecho las facultades de introducción de alegaciones eran amplias

¹⁶¹² Artº 19.1 y 20.1 del propio RIS

- las resoluciones de desestimación podrían sustentarse en cuatro causas: la falta de fundamento, haberse ya desestimados casos sustancialmente iguales, considerarse inexistente el riesgo de doble imposición, cualquier otra causa que permitiese aventurar que no se aprobaría la propuesta. Esta última causa realmente suponía una puerta a que la Administración bloquease cualquier propuesta que tuviera por conveniente.

3. Fase de prueba.

El artº25 no recogía como sucedía antes (artº22.1 párrafo segundo) la posibilidad de realización de alegaciones por parte de los solicitantes en todo momento (siempre que fueran anteriores al trámite de audiencia), aunque parecía lógico considerar que dicha facultad continuaba intacta, ya que a cualquier requerimiento de complemento o subsanación los contribuyentes podían aprovechar para introducir cuantos datos, informes, antecedentes y justificantes tuvieran relación con la propuesta, así como explicaciones o aclaraciones adicionales. El problema se plantearía si la Administración no realizaba requerimiento alguno.

Por otra parte, el elenco del ámbito de posibilidades (datos, informes, etc.) a utilizar definía un margen absolutamente abierto. Lo único que parecía constreñido era la legitimidad para suscitar la apertura de la facultad de hacer uso de los mencionados medios, pues en esta nueva redacción la norma la residenciaba *prima facie* en la Administración, pudiendo los interesados solo actuar *a posteriori*.

4. Fase de alegaciones finales.

La norma no definió una fase de alegaciones finales como tal, aunque al no venir limitado el número de ocasiones en que la Administración podía requerir aclaraciones, complementos y subsanaciones, siempre que se cursasen dentro del plazo previsto para la tramitación del expediente entendemos no habría inconveniente.

v. Resolución (artº 26 RIS).

1. Plazo: el plazo de duración de la tramitación continuó siendo de 6 meses y el silencio seguía interpretándose en sentido negativo. La continuidad del silencio negativo recibió críticas doctrinales (CALVO VÉRGEZ¹⁶¹³), barajándose para ello distintos argumentos:

- ✓ por entender que, en una materia como la presente, en la que se encuentra en juego la seguridad jurídica, debería respetarse la regla general que entonces disponía el artº 43 Ley 30/1992 RJA-PAC;
- ✓ porque contravenía el régimen del silencio determinado en el artº91.4 LGT;

¹⁶¹³ CALVO VÉRGEZ, J. (2011), cap. XI.

- ✓ porque suponía dejar a los contribuyentes en manos de la Administración, quien por vía del silencio bloquearía los expedientes sin tener que adentrarse en motivaciones.
2. Resoluciones estimatorias: se siguió contemplando que podrían ser de la propuesta original o de una alternativa consentida por los interesados. El contenido mínimo de las mismas se mantuvo en similares términos, aunque sorprendentemente no se realizó alusión a la necesidad de expresar las razones de aprobación.
 3. Resoluciones desestimatorias: obviamente permaneció que deberían estar motivadas.
 4. Efectos de la resolución (artº26.5 y 6 RIS).

La regulación reglamentaria resultó muy parca en este extremo, circunscribiéndose a dejar constancia del efecto vinculante de la resolución estimatoria y a determinar que la Administración podrá comprobar que los contribuyentes han respetado el acuerdo mediante el análisis de la concurrencia de los presupuestos y de la correcta aplicación de los términos en que se ha aprobado la propuesta.

Igualmente persistió la irrecorribilidad, sin perjuicio de la impugnación de los actos liquidatorios (artº27 RIS). Autores como CALVO VÉRGEZ¹⁶¹⁴, CAAMAÑO ANIDO¹⁶¹⁵ o CARBAJO VASCO¹⁶¹⁶ cuestionaron la corrección de esta regla, al entenderla que contradecía lo dispuesto por el artº227.b) LGT¹⁶¹⁷, o incluso dando un paso más allá, hasta qué punto la resolución no suponía un acto definitivo que en consecuencia podía ser atacado.

vi. Deberes de información.

Al igual que ya ocurría en el anterior art 28 RIS 2004, en el artº29 RIS se dispuso que junto con la declaración del impuesto los sujetos pasivos informarían a la Administración de las operaciones a las que en el ejercicio se hubiera aplicado el APA, del precio que se hubiera aplicado, de las variaciones significativas –si las hubo– de las circunstancias económicas básicas necesarias para la aplicación del método valorativo contemplado en el APA y las operaciones similares a las del ámbito del acuerdo celebradas en el ejercicio declarado (su descripción y precio). En el caso de APA bilateral habría que estar a lo que dispusiera el mismo.

vii. La modificación de los APAs (artº29bis).

¹⁶¹⁴ CALVO VÉRGEZ, J. (2011), Cap. XI.

¹⁶¹⁵ CAAMAÑO ANIDO, M. A. (2009).

¹⁶¹⁶ CARBAJO VASCO, D. (2011).

¹⁶¹⁷ El precepto arbitraba la facultad de interponer reclamación económica–administrativa contra los actos de trámite.

Pocas novedades aportó la nueva regulación, debiéndose reparar en que se cambió el plazo que se otorgaría a las partes cuando la modificación se iniciase de oficio (pasó de 30 días a un mes) y, lo más importante, se aclaró que los efectos no serían retroactivos.

viii. Prórroga.

En el artº29ter se introdujo la regulación para poder prorrogar los APAs mediante solicitud formulada por las partes antes de los 6 meses a la finalización del plazo inicialmente concedido. Se dio cumplimiento así a la previsión contenida en el artº16.7 LIS en su redacción dada por la Ley 36/2003.

ix. Los APAs bilaterales.

A la regulación de los mismos se dedicaron los artº29quater a 29nonies, remitiéndose al régimen general con las especialidades especificadas en dichos artículos. El estudio de las particularidades y diferencias respecto del régimen anterior excede del objetivo del presente trabajo, remitiéndonos al articulado reseñado.

x. Confidencialidad (artº24 RIS).

El tratamiento de la confidencialidad de la documentación apareció atenuado respecto al régimen anterior, ya que no se señaló referencia alguna al deber de secreto, aunque el artº 95.3 LGT resultaría de plena aplicación.

V.4.8.8 Ley 27/2014 de 27 de noviembre y el R.D. 634/2015, de 10 de julio de 2015

La Ley 39/2015 de 1 de octubre PACAP en su artº86 admite en nuestro ordenamiento los modos de terminación convencional de los procedimientos administrativos, sucediendo a lo que ya nos decía el artº88 de la Ley 30/1992.

La Ley 27/2014 ha venido a regular los APAs en el artº18.9. Las variaciones experimentadas respecto del tenor de la norma anterior han sido mínimas:

- en el párrafo primero se cambia la terminología de “*sujetos pasivos*” por la de “*contribuyentes*” y la de “*valor normal de mercado*” por la de “*principio de libre competencia*”;
- en el párrafo tercero se introduce una modificación sustancial respecto a los efectos retroactivos de los acuerdos aprobados. Antes se admitía que el APA alcanzaría a las operaciones del periodo impositivo corriente y a las del anterior a la aprobación, siempre que no se hubiese superado el plazo voluntario de presentación de la declaración. En la nueva redacción del

precepto no se contiene límite cuantitativo expreso, imponiéndose exclusivamente la condición de que “*no hubiese prescrito el derecho de la Administración a determinar la deuda tributaria mediante la oportuna liquidación ni hubiese liquidación firme que recaiga sobre las operaciones objeto de solicitud*”, por lo que el efecto *rollback* se puede extender hasta un máximo de cuatro años.

El RD 634/2015 dedicó el capítulo VII del título I a los APAs, organizando su estructura en dos secciones, una primera comprensiva de los artº21 al 30 atinente al régimen general y una segunda que abarca desde el artº31 hasta el artº36 asignada al régimen de los APAs con otros Estados.

A) Características principales del procedimiento

a) Legitimación.

El artº23.1 RIS 2015 aparece redactado en idénticos términos a como lo hacía el artº22.1 RIS 2008, con la mera variación de referirse al principio de libre competencia en lugar de al valor de mercado.

b) Competencia.

El artº27 RIS 2015 no especifica concretamente cuál es el órgano competente realizando una mera remisión al órgano que resulte competente conforme a la estructura de la Agencia Tributaria. Dentro de esta corresponde a la ONFI (Oficina Nacional de Fiscalidad Internacional) creada mediante Resolución de 13 de marzo de 2013 y dependiente del titular del Departamento de Inspección Financiera y Tributaria de la Agencia.

c) Fases del procedimiento. -

i. Fase previa o *prefiling* (artº21.2 RIS 2015)

Se conserva el carácter facultativo de acudir a la fase previa o no por parte de los sujetos interesados, por lo que podrán si lo entienden más adecuado el acudir directamente a la fase de inicio. La ventaja continúa siendo que permite conocer un avance del criterio de la Administración, lo que puede suponer ahorro en costes económicos y tiempo. Por otra parte, nada impediría que tras una solicitud previa inatendida, los contribuyentes acudieran a una solicitud propiamente dicha en la que se corrigieran aquellas bases del supuesto que hubieran motivado la denegación de la viabilidad.

El inicio de esta fase se excita mediante la presentación de una solicitud previa con el mismo contenido sucinto que ya se especificaba en la normativa anterior.

Esta fase finalizará con el pronunciamiento de la Administración a favor o en contra de la viabilidad del APA pretendido. Antes de ello la Administración

podrá requerir las aclaraciones y complementos que estime pertinentes. De nuevo la regulación, como ya sucediera en 2008, quedó huérfana de la previsión de un plazo en el que la Administración tuviera que pronunciarse, por lo que deberá aplicarse el plazo genérico de seis meses previsto en el artº 104.1 LGT. Tampoco se regula la naturaleza del silencio, como sí sucedía en el RIS 2004, por lo que a tenor de las previsiones generales del propio artº104.3 y 4 LGT se considerará desestimada la solicitud previa.

ii. Fase inicial del procedimiento (artº22 RIS 2015)

La regulación es idéntica a la anterior en cuanto se refiere a:

- ✓ los requisitos subjetivos que debe contener la propuesta con que habrá de principiar el procedimiento;
- ✓ el contenido mínimo de la misma (propuesta de valoración fundamentada en el *arm's length*, descripción del método valorativo y análisis justificativo de que se respeta el *arm's length*);
- ✓ y la documentación que debe acompañar a la misma¹⁶¹⁸ relativa al grupo y al contribuyente; en definitiva la exigible por la Administración a los contribuyentes involucrados en operaciones vinculadas.

Nada obsta a que, como ya expusimos, la solicitud venga constreñida a todas o a parte de las operaciones vinculadas, lo que propicia el que autores como CARBAJO VASCO¹⁶¹⁹ o SILVESTRE LÓPEZ¹⁶²⁰ indiquen que las propuestas de APAs sean un mecanismo idóneo para las operaciones conflictivas o de valoración compleja o con documentación dudosa.

Las novedades incorporadas consisten en:

- ✓ se precisa expresamente que la solicitud tiene que ser previa a la operación para la que se solicita, sin perjuicio de lo dispuesto para los efectos retroactivos;
- ✓ se prevé la posibilidad de solicitud de un APA para las operaciones entre un contribuyente y un establecimiento permanente en el extranjero, cuando así lo prevea un convenio internacional para evitar la DI;
- ✓ desaparecen las especialidades respecto a las propuestas relativas a los coeficientes de subcapitalización;
- ✓ desaparece el plazo de 30 días para que la Administración se pronuncie sobre la admisión o no de la propuesta. Ni siquiera se contempla la posibilidad de que la Administración pueda pronunciarse en este estadio sobre la admisibilidad de la propuesta,

¹⁶¹⁸ En el bien entendido que en lo concerniente a la documentación acompañatoria la norma contiene la misma remisión a la documentación que en cada momento se prevea como necesaria para cumplimentar las obligaciones de documentación.

¹⁶¹⁹ CARBAJO VASCO, D. (2011).

¹⁶²⁰ SILVESTRE LÓPEZ, J.L. (2019).

como así tampoco se prevé que la Administración pueda solicitar la subsanación de deficiencias ni se alude a plazo alguno de los solicitantes para subsanarlas. Ello supone una simplificación de la tramitación, lo que desde el punto de vista de costes podría pensarse como beneficioso. Ahora bien, no olvidemos que nos encontramos ante un procedimiento negociado, o donde debiera haber una participación fluida de los contribuyentes lo que favorecería la posibilidad de que las propuestas llegasen a buen puerto.

iii. Fase de alegaciones y prueba (artº24 RIS 2015).

La norma repite literalmente lo que ya nos decía el artº 24 del RIS 2008. SANTOS FLORES aprecia que apenas ha variado el régimen desde que se introdujo el régimen de los APAs en nuestro ordenamiento, permaneciendo casi intacto, reduciéndose los cambios normativos a que cada vez se ha ido restringiendo más el papel del contribuyente en la tramitación, habiendo desaparecido la alusión a la proposición de pruebas y la facultad de aportación de informes periciales. Sin embargo, nosotros entendemos que el texto normativo es lo suficientemente flexible como para continuar entendiendo que si no directamente, sí indirectamente, los contribuyentes continuarán manteniendo dichas facultades al aprovechar los requerimientos que puedan recibir por parte de la Administración para subsanar, complementar, aclarar o justificar el contenido de la propuesta.

iv. Fase de terminación (artº25 RIS 2015).

La tramitación del procedimiento termina mediante resolución administrativa expresa o por silencio negativo.

d) Resolución.

i. Plazo.

El apartado 6 del artº25 sigue acogiendo el plazo de 6 meses para el dictado de la resolución final correspondiente por parte de la Administración, siendo éste el único plazo expresamente referido en el procedimiento. En caso de falta de resolución expresa se podrá entender desestimada la APA, con lo que viene a establecerse un régimen de silencio negativo. Nos despierta incertidumbre la expresión utilizada en la norma, porque el término “*podrá*”¹⁶²¹ alienta diversas incógnitas, porque su utilización prima facie no supone el encorsetamiento en una única posibilidad y, en consecuencia ¿de qué otras posibilidades estaríamos hablando? ¿Significa que una opción válida sería seguir esperando, con lo cual el plazo de 6 meses no sería cumplido, y la Administración podría resolver con posterioridad? ¿Significa que mientras no recaiga resolución expresa los solicitantes pueden llevar a cabo actuaciones alegatorias/justificativas o probatorias, en beneficio de su propuesta, y así conseguir la aprobación de la Administración? La doctrina aboga por la tesis de que el régimen legal no autoriza la prórroga (SANTOS FLORES). O ¿hemos de entender simplemente

¹⁶²¹ Que también se contiene en el texto de la Ley

que el sujeto pasivo podrá realizar la operación conforme a su propuesta puesto que el criterio de la Administración no se conoce? Desde luego esta última opción parece que se encontraría abierta, por cuanto el contribuyente podría desistir del procedimiento ante la falta de una resolución. Aunque no carecería de justificación el defender que superado el plazo no cabe el desistimiento como mecanismo de terminación anormal. El panorama se enturbia aún más si tomamos en consideración que el régimen del silencio negativo en esta materia entra en contradicción con lo dispuesto en el artº91.4 LGT.

ii. Resolución estimatoria.

En cuanto a la resolución estimatoria prosigue la posibilidad de que la Administración autorice la propuesta original o una modificada, siempre en este último caso que cuente con la aceptación de los contribuyentes solicitantes.

Por lo que respecta al contenido de resolución estimatoria, se mantiene el mismo elenco de ítems mínimos, pero sin carácter limitativo, salvo en la redacción del subapartado e) y el añadido del subapartado g), ambos del apartado 2 del artº25. El anterior subapartado e) recogía como parte del contenido indispensable de la resolución:

- ✓ respecto del método de valoración: los elementos esenciales del mismo y los intervalos de valores que en su caso deriven de aquel;
- ✓ las circunstancias económicas básicas para su aplicación, destacando las asunciones críticas.

Ahora el subapartado e) se ciñe al método de valoración y se desplaza al apartado g) lo concerniente a las circunstancias económicas con la siguiente dicción:

“Asunciones críticas cuyo acaecimiento condiciona la aplicabilidad del acuerdo en los términos recogidos en dicho acuerdo.”

Consiguientemente por asunciones críticas deben considerarse aquellos parámetros económicos objetivos y medibles que permitan conocer si cuando varíen resulta viable la aplicación del APA autorizada. Si se ha producido una alteración sustancial de las mismas el APA resultará inaplicable. Al respecto es bastante indicativo el contenido del artº29.1 en sede de modificación del APA en cuanto determina como causa desencadenante de la modificación *“la variación significativa de las circunstancias económicas o tecnológicas existentes en el momento de la aprobación del acuerdo previo de valoración”*.

iii. Resolución desestimatoria (artº25.3 RIS 2015).
Permanece el mismo texto de la norma anterior.

e) Recursos.

La irrecurribilidad de la resolución desestimatoria expresa o presunta continuó siendo parte del régimen legal, acarreado la misma problemática ya comentada.

B) Efectos.

Los apartados 5 y 6 del artº25 RIS 2015 reproducen fielmente el contenido de los apartados 5 y 6 del anterior artº26 RIS 2008. Por tanto, se mantiene con claridad que la resolución estimatoria del APA supondrá que los términos del mismo vincularán tanto a la Administración como a los contribuyentes solicitantes, de manera que el APA funciona como elemento de seguridad en el tráfico jurídico. Por una parte, porque para el contribuyente supone la certeza de que la Administración no utilizará precios de mercado distintos en sus valoraciones, ni métodos valorativos diferentes a los acogidos en el APA. Por su parte, la Administración podrá confiar en que los contribuyentes respetarán en las operaciones vinculadas que quedan dentro del ámbito del APA los precios y métodos valorativos previamente determinados en el mismo y, adicionalmente, el apartado 6 siguiendo la estela del apartado 6 del anterior artº26 RIS 2008 posibilita a la Administración en todo caso el comprobar la correcta aplicación y, en su caso, a practicar las correspondientes correcciones.

En lo tocante a la temporalidad de los efectos, el apartado 8 del artº25 del RIS 2015 vino a reiterar el efecto *rollback* con las mismas limitaciones que ya estableció la Ley 27/2014. Con ello el legislador español siguió las Directrices del Foro Conjunto de la Unión Europea sobre Precios de Transferencia. La principal disfuncionalidad que vemos al respecto es que dada la prolongada duración que suelen tener como promedio general los expedientes de APAs, cuando se produzca la aprobación de la propuesta, los periodos a los que venía referida la propuesta solo muy parcialmente van a ser los contemplados en la resolución aprobada, por lo que a la hora de realizar una propuesta los sujetos pasivos tendrán que dotar de cierta dosis imaginativa al ámbito temporal de aplicación, a los efectos de las operaciones respecto de las que pretendan sea aplicable el APA, o dicho en otras palabras, lo que es futuro para la propuesta será pasado para la resolución aprobatoria, y lo que es pasado para la propuesta ni siquiera tendrá cabida (en gran parte) en la extensión de los efectos de la propuesta al caer fuera de los 4 años de la prescripción. También se ha criticado la circunstancia de que cuando la norma se ha referido a la liquidación firme realmente se estaba queriendo referir a la liquidación definitiva. El régimen contiene dos fuentes de limitación temporal, siempre que queden comprendidos dentro de los 4 años marcados por la fecha de la resolución estimatoria:

- una máxima: los 4 años de la prescripción de los derechos de la Administración a determinar la liquidación tributaria;
- una inferior: para cuando con anterioridad a ese plazo se hubiera emanado por parte de la Administración una liquidación firme

En estas circunstancias SANTOS FLORES¹⁶²² se pregunta qué ocurre en aquellos supuestos en que el contribuyente haya impugnado la liquidación y ésta no sea todavía firme. Bajo nuestra opinión el problema desaparece si consideramos que la norma adelanta el punto de no retorno/inaplicabilidad al momento que se produzca antes, la

¹⁶²² SANTOS FLORES, I. (2016)

prescripción o la liquidación firme. Si solo acaeció la liquidación definitiva antes de los 4 años y la liquidación firme sobreviene con posterioridad a la aprobación del APA ello no impediría que le fuera aplicable.

C) Régimen de modificación de los APAs (artº29 RIS 2015) y prórroga (artº30 RIS 2015).

El RIS 2015 se hace eco de la previsión contenida en el artº18.9 LIS 2014 y acoge en su artº29 el régimen de modificación de los APAs con una redacción prácticamente idéntica a la contenida en el anterior artº29bis RIS 2008 que se concreta en lo siguiente:

- se modifica el término “*obligado tributario*” por el de “*contribuyente*” en los distintos apartados;
- en el apartado 1 se incluyen como causas motivadoras de la modificación, junto a las variaciones económicas, las causas tecnológicas;
- en el apartado 9b) se modifica el momento desde el que la desestimación de la solicitud de modificación producirá la extinción de los efectos del artº25 respecto de las operaciones posteriores a la solicitud de modificación, antes se señalaba respecto de las operaciones posteriores a la desestimación.

Como características más destacables del régimen establecido se pueden dejar reflejadas:

- a) El régimen se encuentra fundamentalmente enfocado para la modificación de APAs nacionales o unilaterales, salvo la mención contenida en el apartado 4 por el que se requiere que en caso de haber una APA bilateral para la modificación se requerirá previamente la modificación del acuerdo existente con la otra Administración estatal.
- b) Persisten los dos cauces diferenciados de modificación que ya aparecieron recogidos en el RIS 1997, el de las modificaciones instadas por la propia Administración de oficio y el de las modificaciones solicitadas por los contribuyentes.
- c) En el caso de las modificaciones solicitadas por los contribuyentes la legitimación corresponde a todos quienes fueron parte del APA, bien porque directamente promuevan la solicitud de modificación, bien porque se precisa su consentimiento a la solicitud de modificación promovida por otros. La redacción de la norma no es un dechado de precisión, por cuanto refiere a las personas o entidades vinculadas que vayan a realizar las operaciones cuya valoración se pretende, por cuanto podría dar pie a interpretaciones en donde tendría cabida la solicitud o la necesidad de aceptación por quienes no fueron parte del APA que se pretende modificar, lo cual no parece tener sentido, cuando uno de los elementos esenciales del contenido del APA es la identificación de los contribuyentes a los que se refiere la propuesta (artº25.2 RIS 2015). Otra cosa sería si la norma está pensando en que la modificación pueda no tener que afectar

a todos quienes fueron partes vinculadas afectadas por el APA original, o lo que pudiéramos llamar modificación subjetivamente parcial. Tampoco la norma respalda que pudieran convivir al mismo tiempo dos APAs, la original y la resultante de la modificación. Por lo demás, la variación del elemento subjetivo de un APA entendemos que constituiría una variación sustancial del mismo al tratarse de APV por operaciones entre empresas asociadas. Sea como fuere, lo cierto es que la norma podría haber tenido una redacción más clarificadora.

d) La competencia corresponde al ONFI

e) Los APAs se rigen por la cláusula *rebus sic stantibus*, por lo que la variación de las circunstancias esenciales afecta a su eficacia.

Pero ¿cómo pueden ser conocidas por la Administración dichas variaciones y por tanto iniciar de oficio un expediente de modificación? A dicha pregunta nos responde la previsión contenida en artº28.c) RIS 2015, en cuanto impone la obligación al contribuyente de informar, entre otras cuestiones, sobre las variaciones significativas habidas.

Como causas que pueden motivar la modificación la norma alude ahora a dos ámbitos: las causas económicas y las causas tecnológicas. Realmente en la mayoría de los casos no se podrá disociar causas económicas y tecnológicas en lo atinente a su afectación a un APA, porque las causas tecnológicas inciden en el ámbito económico o difícilmente pueden tener repercusión en la materia que tratamos. O dicho de otro modo, las causas tecnológicas válidas para suscitar una modificación siempre van a estar incluidas dentro de las causas económicas, porque precisamente por tener esa incidencia son relevantes. De ello se desprende que se trata más de una aclaración que de un añadido y de ello es buena muestra el que no se exija en el artº22.1 RIS 2015 en la solicitud la especificación de las circunstancias tecnológicas relevantes, como así lo dispuesto en el artº28.c) RIS 2015 al aludir exclusivamente a las circunstancias económicas.

La variación de las circunstancias a nivel teórico puede dar lugar a dos situaciones:

- ✓ la posibilidad de que la nueva situación sea merecedora de un nuevo APA cuando en la propuesta que se formule y/o en los términos que se resuelva sea factible;
- ✓ la imposibilidad de que la nueva situación sea merecedora de un APA, por lo que en puridad debería quedar incólume la supervivencia del APA original.

Sin embargo, la norma no aprecia este régimen, por cuanto deja a discreción de la Administración el optar entre dos variables diferentes: la confirmación del APA original o dejarlo sin efecto (Art29.2 RIS 2015), soluciones que curiosamente el apartado 9 vuelve a reiterar. Y decimos curiosamente, porque no es habitual que un precepto en escasas líneas, con mayor o menor extensión, reproduzca lo que acababa de

decir líneas más arriba. Ante tal regulación, el que el contribuyente acuda a una solicitud de modificación de un APA se hace difícil, por la asunción del riesgo que corre de quedar sin la protección del APA original. La solución normativa no tiene mucho sentido, porque si no se aprecia variación sustancial que justifique una modificación, en coherencia con dicha apreciación debería permanecer vigente el APA original, a no ser que el legislador haya tratado de dar cabida bajo el manto de la modificación a otras consideraciones distintas a la variación de las circunstancias sustanciales. Lo más llamativo de todo es que la posibilidad de dejar sin efecto la resolución que autorizó el APA original también se contiene en los supuestos en que sea la propia Administración quien haya suscitado la modificación (artº25.3 RIS 2015).

f) Procedimiento. -

i. Fase de inicio.

Las formas son distintas dependiendo de si es un procedimiento de oficio o a instancia de parte.

En el caso de que sea iniciada por el contribuyente, comienza con una solicitud cuyo contenido versará sobre la determinación de las circunstancias que han variado y se estimen justificativas de la necesidad de modificación, así como la propuesta de modificaciones que se sugieren. Aunque la norma no lo dice, la propuesta habrá de acompañarse de cuanta documentación venga a acreditar los extremos que se contengan en su cuerpo, por ello posteriormente alude a que la Administración examinará la documentación. La técnica normativa no es muy precisa, así a la hora de regular la propuesta no alude a la documentación justificativa y cuando a renglón seguido refiere que la Administración examinará la documentación resulta que tampoco alude al examen de las alegaciones contenidas en la propuesta.

En el caso de iniciación de oficio, la Administración formulará propuesta que es notificada a los contribuyentes. El contenido de la misma no se especifica, pero hay que entender que deberá corresponderse con los mismos elementos señalados para las propuestas de los contribuyentes.

ii. Fase de alegaciones.

Para los expedientes a instancia del contribuyente la norma prevé que habrá un periodo de alegaciones de 15 días. Lo que no se dice frente a qué son las alegaciones, porque si ya se hizo la propuesta, con la cual se inicia el procedimiento, y posteriormente no se concreta que se produzca reacción alguna de la Administración, se supone que no habría que añadir alegaciones. Se supone que el contribuyente ya se cuidó de verter cuantas justificaciones y argumentos avalen su posicionamiento en la propuesta. Ello puede dar lugar a una doble interpretación: o bien que la propuesta inicial es tan sumamente sucinta que no tiene que conllevar alegaciones, debiendo formularse las mismas con posterioridad, o bien que tras la propuesta inicial la Administración podrá requerir la subsanación de deficiencias o aclaraciones o complementos de cuanto

aprecie. Otra cuestión es que no se determina el momento “*a quo*” desde el que se debe computar el plazo, lo que induce a pensar que deberá producirse alguna comunicación por parte de la Administración, a partir de la cual se computarán los 15 días y en la que se contendrá todo aquello frente a lo que el contribuyente realizará las alegaciones.

Para los expedientes iniciados de oficio el contribuyente dispondrá del plazo de 1 mes desde la notificación de la propuesta formulada por la Administración para concretar su posicionamiento. Si el contribuyente acepta la propuesta no tendrá que motivarlo, en cambio si formula una alternativa a simplemente rechaza la propuesta de la Administración procederá a justificarlo con cuantos alegatos y documentos considere.

iii. Fase de terminación.

Tras la conclusión del plazo para que el contribuyente formule sus alegaciones, la Administración procederá a resolver en todo caso motivadamente. En caso de desestimar la modificación la Administración podrá dejar vigente el APA original o no. Obviamente, como no puede desestimar su propia propuesta, en caso de expedientes iniciados de oficio la dicción de la norma no contempla la resolución desestimatoria, lo cual no obsta para que sí recoja que habrá de pronunciarse por la continuidad o dejar sin efecto el APA original. En caso de recaer resolución estimatoria, la misma podrá serlo de la propuesta formulada o de una alternativa (en este caso siempre con consentimiento de los contribuyentes)

iv. Plazo.

El plazo para la tramitación del expediente será de 6 meses y en caso de silencio éste será negativo

v. Recursos.

Las resoluciones por las que terminen los expedientes de modificación serán irrecurribles

g) Efectos de la resolución estimatoria.

La norma dedica el apartado 7 del artº29 a los efectos de la resolución aprobatoria de la modificación, previendo exclusivamente efectos para las operaciones posteriores a la solicitud de la modificación si es expediente a instancia de parte, o posteriores a la notificación de la propuesta al contribuyente si es iniciación de oficio.

Por su parte el apartado 8 del mismo precepto, siguiendo idéntico criterio, reglamenta que las resoluciones que dejen sin efecto el APA original surtirán efectos respecto de las operaciones posteriores a la solicitud o a la comunicación

h) Prórroga.

El artº30 RIS 2015 acoge el régimen de la prórroga en iguales términos a como apareció por primera vez en nuestro ordenamiento en el artº29ter RIS 2008, y procediendo a dar cumplimiento al mandato contenido in fine por el artº18.9 LIS 2014. Una de las muchas manifestaciones que se encuentran a lo largo del articulado del régimen de los APAs de la naturaleza no convencional de éstos viene constituida por el hecho de que no cabe el mutuo consenso para que opere automáticamente el acuerdo, volviendo a relucir el carácter indisponible de la materia ante la que nos encontramos, de ahí que se haga preciso seguir el procedimiento legalmente marcado. Como elementos definitorios más relevantes del régimen establecido podemos destacar:

- ✓ La legitimación de la solicitud corresponde a los contribuyentes. No obstante, el apartado 2 del artº30 RIS 2015 procede a indicar con ambigüedad que la solicitud deberá ir suscrita por las personas o entidades que suscribieron el APA original (hasta ahí no existe problema), y continúa: *“deberán acreditar ante la Administración que las demás personas o entidades vinculadas que vayan a realizar las operaciones conocen y aceptan la solicitud de prórroga”*. La técnica reguladora seguida es la misma, o cuando menos estrechamente emparentada, con la seguida a la hora de precisar la legitimación para instar expedientes de modificación por parte de los contribuyentes. Por lo que nuestras reflexiones anteriormente efectuadas líneas más arriba deben darse por reproducidas, ya que, como no podía ser de otra manera, seguimos manteniendo la esencialidad del elemento subjetivo del APA como definitorio o limitador del mismo, y el texto de la norma sugiere que la prórroga podría afectar a partes vinculadas que realizarán operaciones durante la prórroga que no fueron partes del APA original. De otra manera significaría que la norma distingue entre quienes suscriben el APA y quienes prestan el consentimiento al mismo, lo cual no parece muy razonable, pues desde el momento en que se exige el *“conocimiento y aceptación”* de quienes son partes de las operaciones vinculadas que constituyen el ámbito objetivo del APA como presupuesto ineludible de la tramitación de una propuesta de APA, una vez que esta es aprobada, todos, solicitantes originarios y solicitantes por adhesión son partes del APA y a todos se aplica por igual. La dicotomía no está entre quienes suscribieron el APA original y los que no, pues entendemos que al momento de la resolución estimatoria todas las partes vinculadas participantes en las operaciones objeto del ámbito suscriben (de una manera u otra) el acuerdo. La dicotomía se encuentra en si ahora, cuando se solicita la prórroga o la modificación, quienes la promueven son todas las entidades o personas partes del APA original, o solo algunos de ellos, en cuyo caso se hace preciso el consentimiento y aceptación de los no

promoventes. Pero los no promoventes de la solicitud de prórroga o de la modificación no tienen por qué coincidir con quienes iniciaron de forma directa la propuesta inicial para la aprobación del APA original.

- ✓ La competencia obviamente corresponderá al ONFI
- ✓ La solicitud habrá de presentarse dentro de los límites temporales que marca la norma: antes de los 6 meses de la expiración de la vigencia del APA original
- ✓ No se especifica un contenido específico de la propuesta de prórroga (la norma exclusivamente refiere la no variación de circunstancias de la propuesta original), pero lo lógico es pensar que cuando mínimo habrá de justificarse: la identidad del APA original (por su elemento subjetivo y objetivo, así como su periodo de vigencia), la no variación de las circunstancias económicas y tecnológicas y la previsión de que continuarán en el futuro siendo las mismas, la vigencia de los métodos y criterios valorativos adoptados en el APA original para determinar las bases respetando el *arm's length*.
- ✓ A la misma se acompañará la documentación que los contribuyentes consideren que justifican la continuidad de la vigencia.
- ✓ El plazo de que dispone la Administración para pronunciarse será de 6 meses. En caso de silencio este será interpretado negativamente.
- ✓ La resolución desestimatoria expresa o presunta no darán lugar a recurso.

D) Deber de información (artº28).

Ninguna novedad aporta el nuevo régimen sobre las previsiones contenidas en el RIS 2008.

E) Los APAs bilaterales y multilaterales.

El reglamento 2015 dedica la sección 2ª, artº31 al 36, al régimen de los APAs entre Administraciones tributarias de distintos Estados, conteniéndose en dichos preceptos ciertas especialidades al régimen general que constituirá la guía a seguir.

Las notas más relevantes de tales especialidades son las siguientes:

- a) Se requiere en todo caso el conocimiento y aceptación por parte de los sujetos interesados para que pueda aprobarse un APA que afecte a otras Administraciones tributarias.
- b) Podrá tratarse de un APA bilateral por afectar a las Administraciones de dos Estados o multilateral por afecta a más de dos.
- c) Fases de tramitación:

i. Inicio.

La legitimación para el inicio reside en los contribuyentes (artº32.1 RIS 2015), la Administración tributaria española (artº32.2 RIS) o la Administración tributaria de otro Estado (artº36 RIS 2015). Luego se conserva la triple modalidad que ya contemplaban el RIS 1997, 2004 y 2008.

Respecto a las especialidades que deba revestir la solicitud formulada por el contribuyente no se incluye ninguna sobre su contenido, y en cuanto a la documentación que deberá se realiza una mera remisión a la determinada por el artº22, precepto que no es otro que el que contiene el régimen ordinario de solicitud.

Cuando la propuesta parte de la Administración, se procederá a notificar a los contribuyentes para que se pronuncien sobre la misma.

La competencia de la autoridad española seguirá siendo la misma prevista en el régimen ordinario.

ii. Tramitación.

La intervención de los contribuyentes en la sustanciación del expediente viene acotada por dos condicionantes:

- ✓ en cuanto a la participación pasiva se les impone la obligación de facilitar cuanta información, datos, antecedentes y justificantes sean requeridos por las Administraciones en relación con las operaciones a que se refiere la propuesta;
- ✓ la participación activa de los contribuyentes exclusivamente será posible cuando las Administraciones participantes lo acuerden de mutuo consenso

iii. Resolución.

En caso de resolución estimatoria la misma será suscrita por el titular del Departamento de Inspección Financiera y Tributaria de la AEAT en representación de la autoridad española, y por las autoridades competentes de los otros Estados intervinientes, dándosele copia a los contribuyentes.

F) Confidencialidad.

Ninguna novedad aporta el nuevo régimen sobre las previsiones contenidas en el RIS 2008.

V.4.9.– La comprobación de valores.

V.4.9.1.– En el RD 537/1997.

El procedimiento que estableció el artº 15 RIS era sumamente sencillo. La competencia quedó definida en relación con el órgano competente para dictar el acto de la liquidación respecto de la parte vinculada con la que se inició la comprobación. Este criterio de competencia no estuvo libre de polémica ya que, al tratarse de un ajuste bilateral, iniciadas las actuaciones respecto de uno de los sujetos pasivos y teniendo que practicarse la liquidación correlativa respecto de la otra, de tener lugar esta última dentro del mismo procedimiento se estaría alterando la regla general de competencia en razón del domicilio. Iniciada la comprobación respecto de una parte vinculada siguiendo las pautas generales contenidas en la LGT, se procederá a notificar el inicio además a la otra parte interviniente, debiendo contenerse en la citada notificación los motivos por los que pudiera llegar a considerarse que el valor fijado fue distinto al valor de mercado, así como los métodos que podrán tomarse en consideración. Las fases de alegaciones de los contribuyentes eran dos: una inicial, tras recibir la notificación de la apertura del expediente de comprobación de valores, y una posterior, tras recibirse la propuesta de métodos y criterios que en consideración de la Administración conducen a la determinación del valor de mercado en el caso concreto. La valoración final efectuada por la Administración habrá de estar motivada y, contra la misma las partes implicadas podrán interponer las impugnaciones correspondientes, quedando mientras tanto en suspenso el efecto hasta que recaiga resolución firme. De este efecto suspensivo es digno de destacar:

- a) Se trataba de una regla excepcional, frente a la regla general que rige en los actos administrativos, en cuanto su ejecutividad es inmediata.
- b) La suspensión jugaba para las dos partes implicadas en la operación vinculada, es decir, tanto para la que suponía un ajuste positivo como para quien suponía un ajuste negativo, y ello aunque ni siquiera hubiera procedido a personarse en el expediente. Ello debe colegirse del primer párrafo del apartado 4 del artículo 16 RIS.

Las liquidaciones practicadas con posterioridad a aquella que ha suscitado la comprobación administrativa y hasta que quede firme la resolución administrativa que fija el nuevo valor serán meramente provisionales (ex artº 16.4 RIS) y, ganada firmeza, la Administración podrá girar las correspondientes liquidaciones complementarias, en el bien entendido que los sujetos pasivos no tienen que realizar liquidación nueva alguna por cuanto que cuando realizaron sus autoliquidaciones lo hicieron conforme a Derecho.

V.4.9.2.– El RD 1777/2004 de 30 de julio, RIS, La Ley 36/2006 y el RD 1793/2008.

A) Introducción.

El TRLIS¹⁶²³ en su versión dada por las modificaciones introducidas por la Ley 36/2006 incorporó por primera vez a nivel de ley la regulación del procedimiento de comprobación de valor por parte de la Administración. Con anterioridad se contuvieron unas breves referencias en el artº 15 del RIS¹⁶²⁴, incorporándose definitivamente en el artº16 por el RD 1777/2004. El TRLSI dedicó el apartado 9 del artº16 TRLIS, en el cual se realiza una remisión genérica a la regulación que reglamentariamente debía establecerse, si bien se comprendían varias reglas generales:

1º) La comprobación de valor no se configuraba como un procedimiento específico, sino como una actuación más dentro del procedimiento de inspección general. Compartieron esta consideración autores como CENCERRADA MILLÁN¹⁶²⁵, GARCÍA–HERRERA BLANCO¹⁶²⁶ o DELGADO PACHECO¹⁶²⁷. En favor de dicho pensamiento se arguyeron diversos fundamentos:

- ✓ El propio texto de la nueva norma señalando que “*la comprobación de valor*” se llevaría a cabo “*en el seno del procedimiento iniciado respecto del obligado tributario cuya situación vaya a ser objeto de comprobación*”, frente al tenor del artº15 del RD 537/1997 RIS refiriéndose al procedimiento para practicar la valoración.
- ✓ La naturaleza de la norma entonces vigente que contemplaba como facultad exclusiva de la Administración la aplicación del *arm’s length* y ello siempre bajo el presupuesto de que hubiese perjuicio para la Hacienda Pública. La verificación de dicho perjuicio requería la intervención de todas las partes implicadas en la transacción vinculada, quienes debían poder realizar las alegaciones que estimasen pertinentes, haciéndose así insuficiente el mero procedimiento de la comprobación de valores.
- ✓ El mandato de respeto del *arm’s length* impuesto por el artº16.1 TRLIS a la Administración puede ser cumplido en el seno de un procedimiento de inspección general, sin particularidades que merezcan un cauce distinto a aquellos otros supuestos no relativos a transacciones vinculadas en que se impone el respeto al valor de mercado.

Por lo tanto, resultaban de aplicación los artº 134 y 135 LGT.

¹⁶²³ Real Decreto–Legislativo 4/2004

¹⁶²⁴ Real Decreto 537/1997 de 14 de abril.

¹⁶²⁵ CENCERRADO MILLÁN, E. (2007).

¹⁶²⁶ GARCÍAHERRERA BLANCO, C. (2001).

¹⁶²⁷ DELGADO PACHECO, A. (1998).

Algún autor¹⁶²⁸ se planteó si la comprobación debía ser de carácter limitado y, por tanto, con los condicionantes del artº136 LGT al que nos remitimos, del cual debemos destacar la imposibilidad que conllevaba para la Administración de examinar la contabilidad mercantil ni sus justificantes.

2º) Se arbitrabán cauces para que todos los afectados por el valor determinado en la comprobación no quedasen indefensos. Téngase en cuenta que lo resuelto en la comprobación afectaba a todas las partes implicadas, pese a que las actuaciones se entendiesen exclusivamente con el contribuyente cuya situación tributaria fuera objeto de comprobación. En consecuencia, el artº16.9.2ºTRLIS posibilitaba que cualquier persona afectada por la valoración practicada pudiera reaccionar ante la misma. Las vías que se disponían para ello eran dos:

- ✓ si el contribuyente directamente afectado por la comprobación recurría, reclamaba o instaba la tasación pericial contradictoria frente a la liquidación provisional practicada: se procedería a notificar dicha circunstancia al resto de los afectados para que pudiesen efectuar sus alegaciones;
- ✓ si el contribuyente directamente afectado no recurría, reclamaba, ni solicitaba la tasación pericial contradictoria: se notificaría la valoración a los demás afectados para que de forma conjunta pudieran promover tasación pericial o interponer reclamación.

Esta visión expuesta sería ratificada por el TEAC en Resoluciones como la de 8 septiembre 2016 cuando afirma que:

“antes de la reforma operada por la Ley 36/2006 la comprobación del valor de mercado de las operaciones vinculadas se configuraba como un procedimiento autónomo del propio procedimiento inspector que se seguía con el obligado tributario. En ese procedimiento autónomo tenían entrada también las partes vinculadas con el obligado tributario que estaba siendo objeto de inspección. Se comprende fácilmente la participación de dichas partes vinculadas si se tiene presente que la Administración solo podía valorar a mercado cuando la valoración convenida hubiera determinado, considerando el conjunto de las personas o entidades vinculadas, una tributación en España inferior a la que hubiere correspondido por aplicación del valor normal de mercado o un diferimiento de dicha tributación. En semejante situación, resultaba conveniente la participación de todas las partes implicadas a fin de que la Administración pudiera formarse un juicio acertado sobre la concurrencia o no de esa tributación inferior o de ese diferimiento que debía valorarse en el conjunto de las personas o entidades vinculadas”

3º) La firmeza de la valoración contenida en la liquidación surtía efectos frente a las demás personas o partes vinculadas, debiendo la Administración realizar las regulaciones necesarias.

¹⁶²⁸ Entre otros LASARTE LÓPEZ, R. (2005)

4º) el artº 16.9.5º procedía a precisar que lo dispuesto por la norma interna no puede contradecir lo previsto en convenios y tratados internacionales ratificados por España.

Con la Ley 36/2006 el panorama cambió, dejando de ser un procedimiento autónomo y especial en el que tenían participación las demás partes vinculadas. Ello sucedió en base a dos circunstancias claves: a) al desaparecer la limitación de la “*tributación inferior*” o del “*diferimiento*” y b) tras la nueva norma legal, conforme tenemos expuesto, la obligación de valorar a valor normal de mercado en las operaciones vinculadas vino dirigida a los contribuyentes.

Reglamentariamente el apartado 9 fue desarrollado en el RD 1777/2007 de 30 de julio, RIS, siendo modificado ulteriormente por el RD 1793/2008 de modificación del RIS de 3 de noviembre. El primero dedicó a la materia el artº16, el segundo trasladó la cuestión al artº21.

B) Perímetro subjetivo y objetivo.

Tanto el TRLIS en su artº16.9.4º como el RIS 2004 en su artº 16.1.a) señalaban que la comprobación solo se aplicaría a residentes o a establecimientos permanentes situados en nuestro país¹⁶²⁹. Pero, además, la comprobación solo alcanzaría a los tres impuestos de referencia: IS, IRPF e IRNR.

A nivel reglamentario, el artº 16 pasó a ser el artº21 en la nueva regulación contenida en el RD 1793/2008, y en el apartado 5 del citado precepto se formuló en forma de prohibición (“*no se aplicará*”) el mismo perímetro subjetivo. Dicha redacción se mantendría hasta el año 2014.

C) Competencia.

El artº16.1.e) RIS 2004 señaló que el órgano competente para instruir el procedimiento y resolver determinando el *arm's length* sería el que tuviera competencia para dictar el acto administrativo de liquidación respecto de la parte vinculada en la que se inició la comprobación.

El RD 1793/2008 vino a cambiar la redacción del apartado 1 del RIS. Toda referencia a la comprobación de valores quedó desplazada al artº 21 y se mantenía la competencia del órgano para dictar el acto de liquidación.

¹⁶²⁹ “*será aplicable respecto de las personas o entidades vinculadas afectadas por la corrección valorativa que sean sujetos pasivos del impuesto sobre Sociedades, contribuyentes del impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o establecimientos permanentes de contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de No Residentes*”.

D) Trámites.

a) Inicio: Tras las reformas introducidas por la Ley 36/2006 la comprobación de valores se iniciaría única y exclusivamente respecto del obligado tributario¹⁶³⁰ cuya circunstancia tributaria fuera a ser objeto de comprobación. Esto es, ya no se iniciaba, ni tenían participación en el origen todas las partes intervinientes en la transacción vinculada. El TEAC en su Resolución 8 septiembre 2016 ya citada no ofrece dudas al respecto:

“La comprobación del valor de mercado de tales operaciones pasa a configurarse como una actuación más del procedimiento inspector iniciado respecto del obligado tributario cuya situación tributaria vaya a ser objeto de comprobación, de manera que las actuaciones se entenderán exclusivamente con dicho obligado tributario hasta que se dicte la liquidación ...Las demás partes vinculadas se integran en el procedimiento una vez que este haya concluido respecto del obligado tributario principal, es decir, cuando la Administración ya ha practicado la corrección valorativa y le ha girado la liquidación provisional”

Obviamente, este no era el régimen contemplado en el artº16.1.a) RIS 2004

b) Liquidación provisional: en este primer estadio se regulaba que tendría lugar una liquidación provisional, carácter que expresamente es aludido por el artº 16.9.2º TRLIS y se encontraba en consonancia con lo dispuesto en el artº 101.4b LGT al tenerse que practicar distintas liquidaciones.

c) Posibles vías de actuación frente a la liquidación provisional del obligado tributario:

- ✓ interposición de reclamación, recurso o tasación pericial contradictoria;
- ✓ no interposición de reclamación, recurso o tasación pericial contradictoria

d) Entrada en el procedimiento de la otra parte vinculada.

- ✓ si el obligado tributario primero interpuso reclamación, recurso o promovió tasación pericial contradictoria: se notifica a la otra parte vinculada para que pueda personarse y presentar alegaciones;
- ✓ si el obligado tributario primero no procedió en ninguna de las formas enumeradas en el apartado anterior: se notifica la valoración a las demás partes afectadas por la vinculación para que puedan proceder de forma conjunta a reclamar, recurrir o promover la tasación pericial contradictoria.

e) Liquidación definitiva fijando el valor de mercado y realización de las regularizaciones correspondientes por parte de la Administración.

¹⁶³⁰ Esta es la terminología usada por la norma.

El RIS 2004 en su artº16.1 no seguía exactamente los pasos que arriba hemos marcado. Así contemplaba que:

a) Respecto a la entrada en el procedimiento de la otra parte vinculada: la notificación para dar entrada en el procedimiento a la otra parte vinculada no se postergaba al momento de la emisión de la liquidación provisional, sino que desde la existencia del procedimiento habría de ser notificada, disponiendo del plazo de 30 días para realizar las alegaciones que considerara pertinentes. En el régimen sobrevenido con la Ley 36/2006 y desarrollado en el nuevo artº21 RIS 2008 la participación de las demás partes vinculadas quedó claramente postergada a la fase de reclamación o recurso.

b) Alegaciones de partes: el texto del apartado c) del artº16.1 RIS contemplaba dos momentos de alegaciones:

- ✓ uno primero que es al que ya hemos aludido, en el que ambas partes pueden realizar sus alegaciones, si bien respecto de la parte vinculada primera no se le señalaba plazo alguno. A dichas alegaciones seguía una notificación en la que se participaba a las partes vinculadas los métodos y criterios que servirían de fundamento para la determinación del valor de mercado.
- ✓ uno segundo para el que las partes disponen del plazo de 15 días desde la notificación acabada de citar (apartado c) del artº16.1 RIS 2004).

c) Liquidación: con posterioridad a las posibles alegaciones de las partes o tras consumirse el plazo otorgado para las mismas, la Administración procedería a dictar el acto administrativo de determinación del valor de mercado.

d) Impugnación: contra el acto de determinación del valor de mercado las partes vinculadas podían interponer los recursos y reclamaciones que procediesen.

Como es fácilmente apreciable, la tramitación contemplada en el TRLIS y en el RIS 2004 difieren y presentan abundantes contradicciones.

E) La liquidación.

El artº 21 del RD 1793/2008 vino a realizar diversas precisiones relativas a la liquidación:

- dejó sentada su naturaleza de liquidación provisional conforme a lo previsto en el artº 101.4.b de la LGT 2003;
- por otra parte, procedió a aclarar que se documentaría en un acta distinta a la de las demás obligaciones tributarias en el supuesto de que la corrección valorativa no fuera el único objeto de la comprobación.

G) Motivación.

El artº16.1 del RIS 2004, dando cumplimiento a la exigencia del artº134.3 LGT 2003, refería el deber de motivación de la actuación de la Administración, así como la obligación de participar de la misma al contribuyente en orden a que pudiera defender en debida forma sus derechos e intereses. Así se refería el deber de motivación en:

- a) la notificación inicial que debía recibir la otra parte vinculada;
- b) en la puesta de manifiesto previa a la redacción del acto de determinación del valor de mercado;
- c) el acto de determinación del valor de mercado.

La motivación consistiría en la expresión de los criterios y métodos por los que se llegaba a una valoración de mercado distinta a la pactada por las partes.

El artº21.1 RIS en su versión 2008 igualmente aludía al requisito de motivación del acto que determinase el valor de mercado, exigiendo: por un lado, la justificación del mismo conforme a alguno de los métodos previstos en el artº16.4 TRLIS y, por otro, los motivos que llevaran a la corrección de la valoración efectuada por el contribuyente.

H) Simultaneidad o no del procedimiento respecto a las demás partes vinculadas.

Tras las modificaciones introducidas por la Ley 36/2006 se entendió que las normas procedimentales específicas de la comprobación de valores de las operaciones vinculadas contenidas en el TRLIS y el RIS serían únicamente aplicables respecto de aquellos supuestos de hecho para los que han sido dictadas, es decir, cuando se ha iniciado la inspección tributaria respecto de una sola de las partes vinculadas, sin que resulten aplicables cuando han sido iniciadas actuaciones inspectoras simultáneamente a las partes vinculadas. Por tanto, lo dispuesto en el artº21.4 RIS 2008 *“una vez que la liquidación practicada al obligado tributario haya adquirido firmeza, la Administración tributaria regularizará la situación tributaria de las demás personas o entidades vinculadas conforme al valor comprobado y firme”* no puede interpretarse en el sentido de que no fuera posible la inspección simultánea por una hipotética necesidad de que hubiera concluido la actuación inspectora respecto del obligado tributario en cabeza. Como argumentos que fundamentaron la viabilidad de la simultaneidad de actuaciones inspectoras y la reserva del régimen de comprobación de las operaciones vinculadas para cuando no tuvo lugar la simultaneidad se apuntaron:

- a) la literalidad de los artº16.9 TRLIS y 21 RIS, por cuanto no contradecían dicha interpretación;
- b) la finalidad perseguida en el régimen de los citados preceptos dando participación a las demás partes vinculadas era la consecución de la homogeneidad y coherencia del ajuste corrector, y ello quedaba preservado en

caso de actuaciones simultáneas separadas doblemente: la Administración no podía ir contra sus propios actos, por lo que pese a que se tratara de inspecciones separadas debía haber una coherencia y, además, porque cada parte vinculada podría realizar las alegaciones que tuviera por conveniente y formular la impugnación que estimase en su propio expediente de comprobación;

c) porque las demás partes vinculadas podrían intervenir en la comprobación del obligado tributario en fase de impugnación tras la liquidación practicada al obligado tributario;

d) porque al igual que la ejecución de la liquidación al obligado tributario no se suspendía automáticamente en tanto no adquiriera firmeza la valoración de mercado, tampoco se suspendería la ejecución a las distintas liquidaciones practicadas a cada parte vinculada en su procedimiento en caso de simultaneidad de procedimientos;

e) porque en el nuevo régimen se había salvado el problema de la prescripción antes existente que suponía la postergación de la regularización a las demás partes vinculadas al momento de ganar firmeza la valoración determinada para el obligado tributario. Así el texto del apartado 4 del artº21 RIS 2008 vino a disponer:

*” esta regularización se realizará mediante la práctica de una liquidación correspondiente al último período impositivo cuyo plazo de declaración e ingreso hubiere finalizado en el momento en que se produzca tal firmeza”*¹⁶³¹.

f) la posposición de la regularización a las demás partes vinculadas solo tenía sentido en el caso de que solo se estuviese inspeccionando al obligado tributario, por lo que el régimen de comprobación de las operaciones vinculadas venía ceñido a cuando no hubiera simultaneidad de inspecciones iniciadas a las distintas partes vinculadas;

g) porque el artº184.2.b) RD 1065/2007 de 27 de julio, Reglamento de Gestión e Inspección Tributaria reconocía la conveniencia de las comprobaciones inspectoras simultáneas cuando se tratase de partes vinculadas.

Nuestro TS se pronunció en sus SS 18 mayo y 15 octubre de 2020 sobre el distinto régimen de comprobación de valores antes y después de la Ley 36/2006. Con anterioridad, la comprobación del valor normal de mercado de las operaciones vinculadas se configuraba como un procedimiento autónomo del propio procedimiento inspector que se seguía con el obligado tributario. En ese procedimiento autónomo tenían entrada también las partes vinculadas con el obligado tributario que estaba siendo sometido al procedimiento de inspección. Es de todo punto lógico la participación de dichas partes vinculadas si se tiene presente que la Administración sólo podía valorar a mercado las operaciones cuando la valoración convenida hubiera determinado, considerando el conjunto de las personas o entidades vinculadas, una tributación en

¹⁶³¹ El artº16.3 RIS 2004 disponía que el efecto del valor de mercado determinado por la Administración será respecto de los períodos impositivos que correspondan.

España inferior a la que hubiere correspondido por aplicación del valor normal de mercado o un diferimiento de dicha tributación, lo que hacía conveniente la participación de todas las partes implicadas a fin de poder determinar fundadamente la concurrencia o no de esa "tributación inferior" o de ese "diferimiento de la tributación" que había de valorarse en el conjunto de las entidades o personas implicadas. La conclusión alcanzada al respecto era, sin duda, determinante de la posibilidad de valorar a mercado las operaciones. Con posterioridad a la reforma de 2006 desaparece *“el condicionante de la "tributación inferior" o del "diferimiento en la tributación", y dado que los obligados tributarios están obligados a valorar a mercado en todo caso las operaciones vinculadas, pudiendo comprobarlo la Administración, pierde su sentido la existencia del citado procedimiento autónomo y especial y la participación en él de las partes vinculadas con el obligado tributario respecto del que se ha iniciado el procedimiento inspector, de forma que la comprobación del valor de mercado de tales operaciones pasa a configurarse como una actuación más del procedimiento inspector seguido con el obligado tributario, esto es, se va a desarrollar en el seno del propio procedimiento inspector iniciado respecto del obligado tributario cuya situación tributaria va a ser objeto de comprobación, de manera que las actuaciones se entenderán exclusivamente con dicho obligado tributario hasta que se dicte la liquidación como consecuencia de la corrección valorativa”*. Ahora bien, todo ello no excluye la posibilidad de que la Administración pueda llevar a cabo sus actuaciones de comprobación e investigación iniciando simultáneamente comprobaciones inspectoras respecto de las distintas partes vinculadas implicadas y sin necesidad consecuentemente de esperar a la firmeza de la liquidación. El régimen del artº 16.9 LIS y 21 RIS era aplicable cuando la Administración hubiera iniciado un procedimiento de inspección respecto de un solo obligado tributario y en su seno se observara que existían operaciones vinculadas que había que valorar a mercado, que era el supuesto explícitamente en las mismas contemplado.

I) Reacción ante el acto de determinación del valor de mercado: cauces de impugnación.

Dos son los cauces de reacción que vino previendo la normativa para reaccionar ante el acto por el que se determinase el valor de mercado:

- la impugnación directa mediante recurso de reposición o reclamación administrativa;
- el acudir a la tasación pericial contradictoria.

1.1) El recurso de reposición o la reclamación administrativa.

Formas de inicio

El artº21.2 RIS en su versión 2008 arbitró dos posibilidades de inicio, ya fuera porque el obligado tributario impugnara la liquidación provisional, ya fuera porque éste no realizara impugnación alguna pero sí lo hicieran los demás afectados por la transacción vinculada tras ser notificados de la liquidación y de la existencia del procedimiento. La concordancia de este régimen con la previsión del artº 16.9.2ºTRLIS era manifiesta. Sin embargo, la regulación que recogió la versión del RIS 2004 en su artº 16.1 planteaba evidentes discrepancias.

Las otras partes vinculadas podrían interponer¹⁶³² la impugnación que considerasen tanto en un caso como en otro, pero parecía claro que a las otras partes vinculadas no se les abría la posibilidad de impugnar hasta que el obligado tributario la hubiera interpuesto o transcurriera el plazo para interponer la impugnación y no lo hubiera hecho.

Las incoherencias quedan patentes, porque si el régimen de alegaciones requería, conforme disponía el artº16.1.a) RIS 2004, la notificación del procedimiento a la otra parte vinculada desde la existencia del mismo, lo normal sería que ya se encontrasen personadas, por lo que es lógico pensar que vinieran recibiendo las notificaciones de cuanto viniera sucediendo en el procedimiento. En definitiva, el momento de dar entrada a las demás partes vinculadas no parecía ser el mismo en el TRLIS (y RIS versión 2008) que en el RIS 2004.

Legitimación.

Conforme a lo dispuesto en el artº232.3 LGT 2003 al que nos remitía el artº 21.2 RIS 2008, el cual venía referido tanto para la reclamación como para el recurso de reposición (artº223 LGT), la legitimación recae en: a) los obligados tributarios y los sujetos infractores; b) cualquier otra persona cuyos intereses legítimos resultasen afectados por el acto o la actuación tributaria. Del artº 21.2 RIS 2008, con una dicción quizás más restrictiva, se deducía que podría tratarse del obligado tributario y las demás personas o entidades vinculadas afectadas. Menos afortunada era la expresión del artº21 RIS 2004 refiriéndose a “*ambas partes vinculadas*”.

Necesidad o no de formulación conjunta.

El artº16.9.2º TRLIS refería que interpuesta la impugnación por el obligado tributario se daría traslado a las demás partes vinculadas al objeto de que pudieran personarse y presentar las alegaciones que tuvieran por conveniente. En consecuencia, el texto legal no contemplaba la posibilidad de una actuación de las demás partes vinculadas en una

¹⁶³² Ninguna referencia se contenía a la misma en el artº16 RIS 2004.

impugnación diferenciada de la iniciada por el obligado tributario. En la misma sintonía se mostró el artº21.2 RIS 2008.

Pero ¿qué sucedía cuando el obligado tributario no realizara impugnación? El artº16.9.2ºTRLIS y el artº21.2 RIS 2008 disponían que las demás partes vinculadas podrían promover de forma conjunta la impugnación. Si por no existir acuerdo se hubieran interpuesto distintas vías de impugnación se tramitaría aquella que hubiera sido interpuesta en primer lugar, inadmitiéndose todas las demás¹⁶³³.

1.2) La tasación pericial contradictoria.

El artº16 RIS 2004 no contuvo precisión alguna sobre la posibilidad de la tasación pericial contradictoria contemplada en el TRLIS. Por su parte el artº21 RIS 2008 le dedicó el apartado 3.

A la tasación pericial contradictoria podía llegarse de forma directa por la iniciación del procedimiento en el que seguidamente repararemos, o de forma indirecta cuando se hiciese reserva de la posibilidad de acudir a la misma en el supuesto de ser desestimada la reclamación o recurso (artº 135.1 LGT) interpuestos. No obstante, para esto último se requería que se denunciase en la reclamación o recurso la falta de motivación de la liquidación.

Ámbito

El artº 21.3 RIS 20008 realizó una regulación en consonancia con lo dispuesto en el artº 135.1 LGT 2003 determinando que se podría promover la tasación pericial contradictoria cuando para comprobar el valor se hubiera utilizado alguno de los medios previstos en el artº 57.1 LGT.

Fases

El artº21.3 RIS 2008 dispuso una referencia genérica al régimen previsto en el artº135 LGT que sería el seguido con las especialidades previstas en el RIS.

Las fases por las que discurriría la tasación pericial contradictoria serían:

1º) Iniciación: se preveían dos formas de inicio, la promovida por el obligado tributario en el plazo para interponer reclamación o recurso contra la liquidación emitida o, con carácter subsidiario, la promovida de forma conjunta por las demás partes afectadas cuando el obligado tributario no la hubiera iniciado o no hubiera impugnado. Si las demás partes afectadas no llegaban a un acuerdo y una

¹⁶³³ Este régimen fue objeto de críticas, ya que se cuestionaba que vía reglamentaria se pudiera sancionar con la inadmisibilidad la impugnación ejercitada por un contribuyente por infracción con el régimen dispuesto en el artº 213 LGT 2003.

acudiera a la tasación pericial contradictoria y otra a la impugnación, se sustanciaría la primeramente interpuesta.

En el procedimiento podían intervenir:

- ✓ si se inició a instancias del obligado tributario, se notificaría a las demás partes vinculadas afectadas para que si lo entendían pertinente participasen;
- ✓ en otro caso, las demás partes vinculadas afectadas si hubieren estimado pertinente a sus intereses el promover la tasación contradictoria.

El plazo para promover la tasación pericial contradictoria sería el mismo que para interponer la reclamación o recurso, tomándose como *dies a quo* el día de la notificación de la liquidación al obligado tributario cuando fuera éste quien la promoviera, o la notificación cursada subsidiariamente a las demás partes vinculadas afectadas tras haberle transcurrido a aquel el plazo de impugnación o de solicitud de la tasación contradictoria sin haberlo hecho.

2º Notificación del informe emitido por el perito de la Administración a quien promovió la tasación contradictoria y a las posibles partes vinculadas afectadas

3º Nombramiento del segundo perito:

- ✓ el plazo para el nombramiento sería de 15 días;
- ✓ el perito sería nombrado de común acuerdo entre todas las partes;
- ✓ el perito habría de tener titulación adecuada a la naturaleza de los bienes o derechos.

4º Determinación del valor: Hay que precisar la posibilidad de dos supuestos (artº 135.2 y 3 LGT 2003):

- ✓ si el valor determinado por el perito de las partes difiriese de la valoración del perito de la Administración en menos de 120.000€, representando además menos del 10% de la tasación, se tomaría como válida la tasación del perito de las partes;
- ✓ en caso contrario se hacía necesaria la valoración de un tercer perito, designándose el que resultase de las listas de los distintos Colegios Profesionales que existieran remitidas a la Administración, siguiendo el orden correlativo a medida que se hiciera precisa una designación a partir de uno primero que se designaría por sorteo. El informe del tercer perito debería moverse entre las dos valoraciones ya existentes, y sería tomado por la Administración en la liquidación que emitiera.

5º Se abría la posibilidad de recurrir o reclamar contra la liquidación en el mismo régimen ya estudiado anteriormente.

J) Prescripción.

El artº16.9.2º TRLIS, en coherencia con las previsiones del artº68.1 y 135.1 LGT 2003, señalaba que la impugnación o la promoción de tasación pericial contradictoria interrumpía el plazo del derecho de la Administración a girar la correspondiente liquidación, pero restringía dicho efecto respecto del obligado tributario, no respecto de todas las partes afectadas a las que no se le transmitiría el efecto. De tal régimen podían plantearse problemas de cumplimiento.

¿Se hacía preciso que la comprobación fuera viable frente a todas las personas/entidades vinculadas, o respecto de cada una funcionaba la prescripción autónomamente? La dificultad se centraba en que, si no había autonomía, la comprobación respecto del contribuyente cuya situación estuviese siendo objeto de comprobación podía quedar bloqueada por resultar prescrito el derecho de la Administración para actuar frente a las demás entidades/personas afectadas. Nótese que podían concurrir situaciones en que las actuaciones no llegaran al conocimiento de las segundas hasta que el derecho de la Administración estuviese prescrito, pese a que frente a la primera se hubiere iniciado en plazo. CENCERRADA MILLÁN estimó que en el régimen del RD 537/1997 el derecho de comprobación de la Administración no funcionaba de forma autónoma, argumentando para ello: primero, porque el texto expresamente establecía que las correcciones deberían efectuarse dentro del periodo de prescripción; segundo, porque la limitación de que el resultado de la corrección no podía suponer una tributación superior para el conjunto de las entidades vinculadas conllevaba la necesidad de que pudieran realizarse las correcciones correlativas. Sin embargo, en la regulación traída por el RD Legislativo 4/2004 donde el valor de mercado se ha configuró como un mandato imperativo que obligaba al contribuyente el panorama parecía haber cambiado. También apoyaron la tesis de la autonomía de los efectos MARTÍNEZ FERNÁNDEZ Y RODRÍGUEZ MÁRQUEZ¹⁶³⁴.

V.4.9.3 Ley 27/2014, de 27 noviembre IS y Real Decreto 634/2015, de 10 de julio, RIS.

A raíz de la nueva regulación del IS introducida por la Ley 27/2014 y su Reglamento de desarrollo (RD 634/2015) el régimen específico de comprobación de valores en materia de operaciones vinculadas pasó a estar contenida en el artº18.12 de aquella y el artº19 de éste. Realmente se introducen muy pocas variaciones respecto de la situación anterior, siendo mantenido en esencia. El artº18.12 LIS 2014 se divide en seis subapartados, de los cuales los cinco primeros son reiteración casi literal y en el mismo orden de lo que ya nos decía el TRLIS 2004. El artº19 RIS 2015 se distribuye en solo tres apartados frente a los extensos cinco apartados del RIS 2008.

Como cambios más esenciales pueden ser enumerados:

¹⁶³⁴ MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J. y RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J. (2010).

1º.–La principal novedad viene dada por la supresión de la posibilidad de acudir a la tasación pericial contradictoria, encontrándose vetada expresamente en el artº18.12.6º:

“Cuando en el seno de la comprobación a que se refiere este apartado se efectuase la comprobación de la operación, no resultará de aplicación lo dispuesto en el apartado 2 del artº 57 y en el artículo 135 de la Ley 58/2003 de 17 de diciembre”

Como consecuencia, tanto en el texto de la LIS como en el RIS desaparece toda referencia a dicho mecanismo de valoración.

Sin embargo, frente a dicha posición mayoritaria, no faltan autores¹⁶³⁵ que estiman que se puede seguir acudiendo a la tasación pericial contradictoria cuando para la comprobación se hayan usado alguno de los medios contemplados en la LGT.

2º.–Se recoge de una forma más genérica que antes la capacidad de actuación de la Administración, de forma que, frente a la dicción del precepto legal anterior, en el que repetidas veces se aludía a la *“comprobación del valor”*, ahora la Administración podrá *“comprobar las operaciones”*. Así mismo, si la norma anterior hablaba de corrección valorativa, ahora se alude a correcciones sin calificativos, por lo que parece obvio que se da cabida también a las correcciones de calificación. CARBAJO VASCO¹⁶³⁶ repara en que se trata de un procedimiento mixto, porque si bien, por un lado, sólo puede aplicarse en el seno de un procedimiento de inspección tributaria, arts. 145 y siguientes de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria y arts. 177 y siguientes del Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos, pero por otro lado la redacción del art. 18.12, 1º LIS , es más amplia y deja abierta la puerta a que este procedimiento se produzca en cualquier procedimiento de comprobación tributaria.

3º.– El RIS sustituye la denominación de *“obligado tributario”* para referirse al sujeto sobre el que se inicia la actuación inspectora en cabeza, por la de *“contribuyente”*.

4º.–El subapartado 3º del artº18.12 LIS y el apartado 3 del artº19 RIS introduce la posibilidad de que las demás partes vinculadas procedan a realizar la regularización a *motu proprio*, en cuyo caso la Administración ya no procederá a realizar correcciones tras la firmeza de la liquidación practicada al contribuyente.

¹⁶³⁵ BONELL COLMENERO, R. (2015).

¹⁶³⁶ CARBAJO VASCO, D. (2022)

V.4.10.–Carga de la prueba y los deberes de documentación.

V.4.10.1.– En la Ley 43/1995.

El que fuera la Administración quien exclusivamente pudiera determinar el valor de mercado conducía a plantearse sobre quien recaía el *onus probandi*. La LIS no contenía ninguna norma especial alusiva a la carga probatoria, por lo que debería ser a la Administración a quien incumbiera probar cuál hubiera sido el precio de la transacción. Sin embargo, debido al juego del régimen establecido se propiciaba una alteración de las reglas generales del *onus probandi* en favor de la Administración (en este sentido FALCÓN Y TELLA¹⁶³⁷), ya fuera por participar de la naturaleza de una presunción *iuris et de iure* como apuntaba este último autor, ya fuera por tratarse de una norma de valoración imperativa que no admite prueba en contrario (GUTIÉRREZ LOUSA Y RODRÍGUEZ ONDARZA¹⁶³⁸). A la Administración no le interesaba cuál hubiera sido el precio real efectivo, como hemos dicho anteriormente, sino el *arm's length*, y los ajustes de valoración se producirían para acomodar la base imponible a dicho valor, sin que a los particulares les fuera dada la oportunidad de acreditar que el precio efectivo real no fue el de mercado.

V.4.10.2.– En la Ley 36/2006

A)

La nueva regulación de las operaciones vinculadas introducida por la Ley 36/2006 trajo consigo, conforme tenemos visto, dos nuevas novedades: la imposición del deber de valoración por el precio de mercado y venir dirigida dicha obligación al contribuyente. Ante este nuevo panorama la facultad de la Administración sería la de comprobación de que el valor declarado se correspondía con el valor de mercado. En este orden de cosas y para facilitar las labores de la Administración, el artº16.3 TRLIS 2006 vino a introducir por primera vez en nuestro ordenamiento el deber de documentación del valor otorgado por las partes a la operación vinculada.

A tal efecto dispuso el artº16:

“2. Las personas o entidades vinculadas deberán mantener a disposición de la Administración tributaria la documentación que se establezca reglamentariamente.

(...)

10.– 10. Constituye infracción tributaria no aportar o aportar de forma incompleta, inexacta o con datos falsos la documentación que conforme a lo previsto en el apartado 2 de este artículo y en su normativa de desarrollo deban mantener a disposición de la Administración tributaria las personas o entidades vinculadas.

¹⁶³⁷ FALCÓN Y TELLA, R. (1997).

¹⁶³⁸ GUTIÉRREZ LOUSA, M. y RODRÍGUEZ ONDARZA, J.A. (2007).

También constituye infracción tributaria que el valor normal de mercado que se derive de la documentación prevista en este artículo y en su normativa de desarrollo no sea el declarado en el Impuesto sobre Sociedades, el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o el Impuesto sobre la Renta de No Residentes.”

Por su parte la exposición de motivos de la Ley 36/2006 disponía que entre los objetivos perseguidos con la nueva regulación de las operaciones vinculadas se encontraba la adaptación de la legislación española en materia de precios de transferencia al contexto internacional, en particular a las directrices de la OCDE sobre la materia y al Foro europeo sobre precios de transferencia, para homogeneizar la actuación de la Administración tributaria española con los países de nuestro entorno, al tiempo que además se dota a las actuaciones de comprobación de una mayor seguridad al regularse la obligación de documentar por el sujeto pasivo la determinación del valor de mercado que se ha acordado en las operaciones vinculadas en las que interviene. El correspondiente desarrollo reglamentario establecería la documentación que debería estar a disposición de la Administración tributaria a estos efectos. Las obligaciones específicas de documentación deberían responder al principio de minoración del coste de cumplimiento, garantizando a la vez a la Administración tributaria el ejercicio de sus facultades de comprobación en esta materia, especialmente en aquellas operaciones susceptibles de ocasionar perjuicio económico para la Hacienda Pública. Para ello, el futuro desarrollo reglamentario podría fijar excepciones o modificaciones de la obligación general de documentación, de acuerdo con las características de los grupos empresariales, las empresas o las operaciones vinculadas, en particular cuando la exigencia de determinadas obligaciones documentales pudiera dar lugar a unos costes de cumplimientos desproporcionados.

Por su parte, la Disposición Adicional Séptima disponía que la obligación de documentación contenida en el artº16.2 entraría en vigor a los tres meses de la norma que lo desarrolle.

Consecuentemente, para poder entender el régimen de documentación necesariamente habremos de acudir al contexto internacional y, en particular, a las directrices OCDE sobre la materia y al Foro europeo.

B) El contexto internacional.

Queda fuera de toda duda la importancia que han venido teniendo en las últimas décadas las relaciones comerciales internacionales, dentro de las cuales un gran número viene representado por las transacciones comerciales celebradas en el seno interno de las propias multinacionales, originando diversos problemas en el ámbito fiscal, entre los que destacan la elusión y erosión de las bases imponibles (antielusivo) , además de la protección de las bases imponibles propiciada por la voluntad de los Estados de sujetar a tributación en su jurisdicción al mayor número posible de operaciones económicas.

Frente a la disparidad normativa que representan las regulaciones internas de cada país existen indudables esfuerzos a nivel internacional por armonizar los distintos regímenes fiscales y resolver, o cuando menos atenuar, los conflictos que originan las numerosas

transacciones internacionales que incumben a elementos de más de un Estado. En este ámbito, y en lo que a nuestro país directamente afecta, existen tres ámbitos internacionales distintos:

- a) el de la OCDE a través de sus directrices;
- b) el de la U.E. mediante el Foro Europeo de Precios de Transferencia;
- c) el de la ONU.

Aquí, por la especial referencia realizada por la exposición de motivos de la norma, nos detendremos en los dos primeros.

B.1) Las Directrices aplicables en materia de precios de transferencia a MNEs y Administraciones tributarias 1995.

El capítulo V de las Directrices de 1995 se dedicó a la documentación de los precios de transferencia. Los objetivos perseguidos en dicho capítulo son dos. Primero, el determinar unos criterios para la Administración tributaria a la hora de la documentación a exigir al sujeto pasivo en los procedimientos de investigación y comprobación. Segundo, y desde la perspectiva del administrador, facilitarle la labor de conocer la documentación que de una manera más adecuada le ayuda a cumplir con la obligación de valorar con arreglo al *arm's length*.

Como pautas generales a tomar en consideración se señalaban:

- Las obligaciones de documentación se circunscribían en el ámbito de la carga de la prueba, constituyendo la regla general que la misma recayera sobre la Administración, pero en el bien entendido de que, tanto cuando recayese sobre la Administración como cuando no, la carga probatoria no interfiriese que la Administración pudiera exigir razonablemente el que el contribuyente aportase la documentación justificativa de los precios de transferencia a que hubiera efectuado sus transacciones, pues en otro caso se imposibilitaría la investigación. La carga de la prueba no debería servir de argumento formal para mantener precios de transferencia infundados.
- Lo deseable sería el esfuerzo de buena fe de la Administración y contribuyentes:
 - ✓ El contribuyente debía cuidar que el precio fijado se correspondiese con el *arm's length*, debiendo contar con la documentación que reflejase la información, los factores y los métodos por los que determinó el precio.
 - ✓ La Administración por su parte debería ser cuidadosa con la documentación que requiriese, tomando en consideración el coste y la carga administrativa de la llevanza de la documentación exigible.
- El tiempo de mantenimiento de la documentación habría de ser por un tiempo razonable, fundamentalmente en relación con periodos no prescritos.

- Limitar la documentación necesaria a presentar junto a las declaraciones.
- Discreción por parte de la Administración sobre la documentación e información que recibiera.

En la sección C se contenía la información que se consideraba útil para la verificación del *arm's length*, aunque no se trataba de unos mínimos, sino de ciertos rasgos comunes, aunque se advertía que dependería de cada caso y sus circunstancias. Así se contemplaba la información referente:

a) a las empresas asociadas participantes, como la descripción general, la estructura organizativa, la articulación de la propiedad en el seno del grupo multinacional, el volumen de ventas y resultados de explotación en los años más próximos, el nivel de operaciones del contribuyente con empresas extranjeras asociadas;

b) a la fijación de los precios:

- ✓ como las estrategias comerciales y otras circunstancias especiales, políticas de precios seguidas por el contribuyente y por todo el grupo, factores que hubieran conducido a dichas políticas, datos referentes al método de valoración empleado;
- ✓ como los pormenores de las operaciones de compensación;

c) al contribuyente:

- ✓ – como estrategias de gestión o tipo de empresa;
- ✓ – como la situación general del contribuyente desde el punto de vista comercial o industrial, el entorno, los cambios previstos y su posible influencia, dimensión del mercado, condiciones de competencia, marco legal, el progreso tecnológico y el mercado de divisas;

d) a las funciones desempeñadas, teniendo en cuenta los activos utilizados y los riesgos asumidos;

e) a la información financiera relativa a los beneficios y pérdidas de las empresas asociadas, así como los gastos;

f) a las negociaciones para determinar precios y revisarlos.

B.2) El Código de Conducta del Foro Europeo de Precios de Transferencia.

Aunque en el ámbito europeo todos los países aplican el *arm's length* y siguen las Directrices, ante el problema que suponía que la interpretación dada a las Directrices variaba de un país a otro, con los posibles riesgos de doble imposición, la Comisión Europea procedió mediante la Comunicación de 24 octubre de 2001 a sembrar los pilares para que en el 2002 se designara a un grupo de expertos que se les ha venido conociendo como el Foro Europeo de Precios de Transferencia y cuyo cometido era estudiar los problemas que surgían en este ámbito y a aportar las soluciones que

considerasen. Fruto de dichos trabajos fue el Código de Conducta sobre la documentación de los precios de transferencia adoptado por Resolución del Consejo y de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros del Consejo de 27 de junio de 2006 (DPT UE). Muy sintéticamente podemos referir como datos más relevantes del mismo:

a) Respecto al grado de vinculación hemos de dejar señalado que el Código constituía un compromiso político y no afectaba a los derechos y obligaciones de los Estados miembros, aunque los mismos deberían procurar observar y cumplir los requisitos que se contenían en el mismo. Los Estados debían aceptar la documentación armonizada y parcialmente centralizada sobre precios de transferencia para las empresas asociadas en la U.E. y reconocer su importancia.

Los destinatarios del Código eran los Estados miembros, pero incentivaba a las empresas MN a que siguiesen las recomendaciones. Para las empresas era facultativo la utilización de la DPT UE. A las pequeñas y medianas empresas no se les podría exigir la misma documentación que a las grandes empresas. A los establecimientos permanentes en cuanto a la atribución de beneficios los Estados deberían exigir los mismos requisitos de documentación.

b) Como principios básicos se fijó el deber de los Estados de abstenerse de:

- ✓ imponer a las empresas la llevanza y presentación de documentación no razonable;
- ✓ solicitar documentación no relacionada con las transacciones;
- ✓ divulgar la información confidencial de las empresas.

c) En cuanto al ámbito sancionatorio los Estados debían de abstenerse de imponer sanciones a las entidades que de buena fe cumplan, de forma razonable y en un plazo prudente con los deberes de presentar una documentación coherente y armonizada.

d) En cuanto al contenido específico de la documentación, en el anexo del Código se disponía que constaría de dos partes:

d. un masterfile o conjunto de documentación armonizada pertinente para todos los miembros del grupo establecidos en la U.E.. Sobre el mismo debemos destacar:

- ✓ tendría como objetivo reflejar la realidad económica de la empresa mediante información accesible a todos los Estados miembros de la U.E. interesados lo cual habría de comprender: una descripción general del grupo de MNEs y el método de fijación de los precios de transferencia;
- ✓ en cuanto a los elementos que debería incorporar, se especificaban:
 - una descripción general de la empresa y su estrategia, mencionando las modificaciones respecto del ejercicio anterior;

- una descripción de la estructura organizativa, jurídica y operativa del grupo;
 - identificación de las empresas asociadas que efectuasen transacciones controladas en las que intervinieran empresas establecidas en la U.E., así como una descripción general de dichas transacciones controladas que contendría la identificación de los flujos de transacciones y sus importes, así como los flujos de facturación;
 - una descripción general de las funciones desarrolladas y riesgos asumidos;
 - una lista de los intangibles poseídos y de los cánones pagados o percibidos;
 - una descripción de la política del grupo en precios de transferencia o una descripción de los métodos de fijación de los precios de transferencia adoptados que justificase la conformidad de los mismos con el *arm's length*;
 - una lista de los APV, de los acuerdos previos de distribución de costes y de las decisiones relativas a los precios de transferencia en cuanto interesasen a los miembros del grupo;
 - el compromiso de cada contribuyente nacional a proporcionar la información complementaria requerida en un plazo razonable, siempre que fuera conforme a la normativa nacional;
- e. varios conjuntos de documentos armonizados, cada uno de los cuales contendría la información relativa a un único país (documentación específica de cada país). La documentación específica de cada país formaba junto al masterfile el expediente de documentación, siendo aquella complementaria de éste y debía ser accesible a las autoridades administrativas fiscales legítimamente interesadas. Esta documentación debería incluir, además de la información incluida en el masterfile, la siguiente información:
- ✓ descripción detallada de la empresa y de su estrategia;
 - ✓ descripción y explicación de las transacciones controladas nacionales;
 - ✓ un análisis de comparabilidad que englobase, en particular;
 - ✓ una explicación del método o métodos aplicados para la fijación de los precios de transferencia;
 - ✓ información sobre los comparables internos y externos;
 - ✓ una descripción de la aplicación y ejecución de las políticas del grupo en la fijación de los precios de transferencia.

V.4.10.3 El RD 1793/2008 de 3 de noviembre.

A) Generalidades.

Dentro del capítulo V del título I del Reglamento IS modificado por el RD 1793/2008 se vinieron a dedicar las secciones tercera y sexta a las obligaciones de documentación de las operaciones vinculadas. Como destaca MARTÍNEZ ÁLVAREZ¹⁶³⁹, haciéndose eco de lo contenido en la exposición de motivos, los principios que inspiraron esta reforma reglamentaria fueron:

- garantizar la actividad de comprobación de valores por parte de la Administración Tributaria;
- minorar los costes de cumplimiento de las obligaciones de documentación para el contribuyente;
- modular las exigencias de las obligaciones en función de dos criterios: las características de los grupos empresariales y los riesgos de perjuicios económicos para la Administración tributaria.

Las obligaciones de documentación traídas por la reforma se inspiraron en el Código de Conducta y se distinguen dos tipos de obligaciones de documentación: las correspondientes al grupo al que pertenece el obligado tributario, y las relativas al propio obligado tributario. Además, se prevé un marco general de obligaciones.

La documentación que se determinaba con ocasión de la regulación de las operaciones vinculadas no era la única, por cuanto que según disponía el artº 18.1 y 2:

- la Administración Tributaria podría requerir la documentación adicional que considerase necesaria en ejercicio de sus funciones;
- y el obligado tributario podría valerse de aquella otra documentación que considerase útil y de la que dispusiera para otras finalidades.

B) El marco general de obligaciones. -

a) Plazo de aportación.

La norma descansaba sobre dos momentos temporales que habría de satisfacer el obligado tributario:

- ✓ de un lado, el obligado tributario tendría una obligación genérica de tener la documentación a disposición de la Administración tributaria a la finalización del plazo de presentación de la declaración o liquidación para cuando pudiera ser requerido (artº 18.1);
- ✓ de otro lado, el obligado tributario debería presentar junto a las declaraciones que se preveyeran la información relativa a sus operaciones vinculadas, difiriendo la concreción de tales obligaciones a una posterior Orden Ministerial (artº 18.4).

¹⁶³⁹ MARTÍNEZ ÁLVAREZ, E. M. (2010).

b) Documentación adicional.

La documentación específica requerida para las operaciones vinculadas no obstaculizaba que la Administración tributaria en el desempeño de sus competencias pudiera solicitar cualquier otra documentación o información adicional conforme al régimen general establecido en la LGT(artº18.1).

c) Documentación útil.

La documentación habría de elaborarse teniendo en cuenta la complejidad y el volumen de operaciones.

d) Elaboración y conservación.

- ✓ En el caso de que el obligado tributario no perteneciera a grupo: la elaboraría y conservaría el obligado tributario.
- ✓ En el caso de que el obligado tributario perteneciera a un grupo, y sin que ello le relevase de aportar la documentación pertinente cuando fuera requerido, si la entidad dominante optara por la elaboración y conservación de la documentación del grupo resultaría que:
 - si era residente: ella misma podría hacerse cargo de la elaboración y conservación;
 - si era no residente: debería designar a una entidad residente sobre la que recaería la obligación de elaboración y conservación.

e) Exclusión de la obligación de documentación.

La obligación de documentación no sería exigible en los siguientes supuestos (artº18.3), sin que ello supusiera que no hubiera que valorar conforme al *arm's length*:

- ✓ a las operaciones vinculadas realizadas entre entidades que se integrasen en un mismo grupo de consolidación fiscal cuando hubiera optado por el régimen regulado en el capítulo VII del título VII de la LIS;
- ✓ a las operaciones vinculadas realizadas con sus miembros por las agrupaciones de interés económico y las uniones temporales de empresas;
- ✓ - a las operaciones vinculadas realizadas en el ámbito de ofertas públicas de venta o de ofertas públicas de adquisición de valores.

C) La obligación de documentación del grupo al que perteneciera el obligado tributario (artº 19 RIS).

Varios son los aspectos en los que debemos detenernos: cuáles eran dichas obligaciones, el elemento temporal de aplicación y el elemento subjetivo de aplicación.

a) Cuáles eran dichas obligaciones.

- i. Descripción general de la estructura organizativa, jurídica y operativa del grupo.
- ii. Identificación de las distintas entidades que, formando parte del grupo, realizan operaciones vinculadas.
- iii. Descripción general de la naturaleza, importes y flujos de las operaciones vinculadas.
- iv. Descripción general de las funciones ejercidas y de los riesgos asumidos por las distintas entidades del grupo.
- v. Una relación de la titularidad de las patentes, marcas, nombres comerciales y demás activos intangibles, así como el importe de las contraprestaciones derivadas de su utilización.
- vi. Una descripción de la política del grupo en materia de precios de transferencia que incluyera el método o métodos de fijación de los precios adoptados por el grupo.
- vii. Relación de los acuerdos de reparto de costes y contratos de prestación de servicios.
- viii. Relación de los acuerdos previos de valoración o procedimientos amistosos que se hubieren celebrado o en curso.
- ix. La memoria del grupo o, en su defecto, informe anual equivalente.

b) Elemento temporal de aplicación.

- i. Al periodo impositivo o de liquidación en el que el obligado tributario hubiera realizado operaciones vinculadas con cualquier otra entidad del grupo.
- ii. Si la documentación continuase siendo válida en otros periodos impositivos o de liquidación posteriores, no sería necesaria la elaboración de nueva documentación, sin perjuicio de las correspondientes adaptaciones.

c) Elemento subjetivo de aplicación.

Se aplicaría a los grupos que no cumplan con lo dispuesto en el artº 108 LIS.

D) La obligación de documentación del obligado tributario (artº20.1 RIS).

D.1) Contenido.

a) Regla general: la documentación obligatoria como régimen general sería:

- ✓ Identificación del obligado tributario y de las personas con las que realizase la operación: nombre, domicilio fiscal y NIF/CIF.
- ✓ Análisis de comparabilidad.
- ✓ Explicación del método de valoración aplicado y, en su caso, el rango apreciado.

- ✓ Criterios de reparto de costes por servicios prestados conjuntamente en favor de varias y acuerdos de reparto de costes.
- ✓ Cualquier otra información que fuera relevante.

b) Regla especial: cuando se tratase de operaciones con personas o entidades residentes en paraísos fiscales habría que identificar además a los representantes y, en su caso, a los administradores legales de dichas entidades.

c) Excepciones al régimen general: no se aplicaría el régimen general cuando una de las partes fuera persona física o una entidad de las previstas en el artº108 LIS. En sustitución del mismo sería exigible la siguiente documentación:

- ✓ Si se trataba de contribuyente del IRPF al que le resultase aplicable la determinación mediante estimación objetiva con sociedades y, además, el contribuyente (o su cónyuge, ascendiente o descendiente) tengan una participación igual o superior al 25%, le resultaría exigible la documentación del régimen general salvo la especificada en cuarto lugar.
- ✓ Si se trataba de la transmisión de negocios o valores o participaciones no admitidos en mercado regulado, le resultaría de aplicación únicamente la documentación del régimen general prevista en primer y quinto lugar.
- ✓ Si se trataba de la transmisión de intangibles o de inmuebles le resultaría de aplicación únicamente la documentación del régimen general prevista en primer, tercer y quinto lugar.
- ✓ En caso de prestaciones de servicios le resultaría de aplicación únicamente la documentación del régimen general prevista en primer lugar junto con la justificación prevista en el artº16.6 RIS.
- ✓ En el resto de los casos le resultaría de aplicación únicamente la documentación del régimen general prevista en primer y quinto lugar, así como la determinación del método elegido y el rango interválico.

D.2) Elemento temporal.

La documentación vendría referida al periodo impositivo o de liquidación en que se hubiera realizado la operación.

La validez de la documentación podría prorrogarse a periodos posteriores cuando no se hubieran producido variaciones sustanciales y cupiera realizar una mera adaptación a los cambios producidos.

D.3) Dato y Conjunto de Datos a los efectos del artº16.10 LIS de las operaciones o conjunto de operaciones estrechamente ligadas o realizadas de forma continua.

Tendría la consideración de dato la información relativa a cada una de las personas o entidades a que se refería la letra a) del apartado 1 del artº20 (contenido del régimen general).

Tendría la consideración de conjunto de datos las informaciones a las que se refería el régimen general en sus apartados segundo a quinto, ambos inclusive, o a las que se referían los supuestos segundo, cuarto y quinto de las excepciones.

V.4.10.4 La Orden EHA/1375/20009, de 26 de mayo, por la que se aprueban los modelos de declaración del Impuesto sobre Sociedades y del Impuesto sobre la Renta de no Residentes.

Vino a dar efectividad a lo dispuesto en el artº 18.4 del RIS en la redacción dada por el RD 1793/2008, aprobando la adecuación de los modelos 200 y 220 de declaración del IRPF y del IRNR.

V.4.10.5 La obligación de documentación en el Real Decreto–Ley 6/2010, de 9 de abril, y el Real Decreto 897/2010, de 9 de julio.

El RD Ley 6/2010 vino a introducir dos importantes novedades. La primera consistió en la simplificación de la obligación de documentación en las medianas y pequeñas empresas cuando la cifra de negocios del período impositivo no superase los ocho millones de euros, siempre que el importe conjunto de operaciones vinculadas realizadas por el sujeto pasivo en ese período no superase los 100.000 euros de valor de mercado. Tal simplificación no sería aplicable cuando se tratase de operaciones vinculadas con personas o entidades residentes en paraísos fiscales. En segundo lugar, en su D. Adicional Única recogía el compromiso de regular por parte del Gobierno, en un plazo de 3 meses desde la entrada en vigor del RD-Ley, la simplificación de los deberes de documentación para adaptar el régimen a la jurisprudencia comunitaria y al Derecho comparado, atendiendo para ello fundamentalmente a tres factores: que se trate de operaciones internas y no internacionales, que intervengan medianas y pequeñas empresas, que representen importes no significativos y que no sean operaciones con personas o entidades residentes en paraísos fiscales.

El RD 897/2010 vino a cumplir con el mandato de simplificación.

V.4.10.6 Ley 27/2014 y RD 634/2015.

A) Encuadre.

Las novedades legislativas arrastradas por las acciones BEPS en cuanto a la documentación se refiere quedaron plasmadas tanto en la Ley 27/2014 como en el desarrollo reglamentario de la misma, aprobado por el Real Decreto 634/2015, de 10 de julio. Así ya en la Exposición de Motivos de la Ley 27/2014 se destaca la trascendencia de las Directrices de la OCDE en la interpretación y aplicación de la regulación prevista para las operaciones vinculadas:

“Por otra parte, el tratamiento fiscal de las operaciones vinculadas constituye un elemento trascendental internacionalmente, al cual se dedican específicamente tanto la Unión Europea como la OCDE. En este sentido, debe tenerse en cuenta que la interpretación del precepto que regula estas operaciones debe realizarse, precisamente, en concordancia con las Directrices de Precios de Transferencia de la OCDE y con las recomendaciones del Foro Conjunto de Precios de Transferencia de la UE, en la medida en que no contradigan lo expresamente señalado en dicho precepto, o en su normativa de desarrollo.”

Ahora el régimen de operaciones vinculadas ya no estaría en el artº16 sino en el artº18.

Las principales áreas de novedades introducidas en cuanto a los deberes de documentación fueron:

- la simplificación de los deberes de documentación para entidades o grupo de entidades con una cifra de negocios inferior a 45 millones de euros.
- El capítulo V del Título I del Reglamento IS¹⁶⁴⁰, titulado *“Información y documentación sobre entidades y operaciones vinculadas”* ha venido a

¹⁶⁴⁰ Los artº13 y 14 RIS contienen el régimen del Informe país por país precisando:

- a) Sujetos obligados. Se encuentran obligadas:
 - entidades residentes en territorio español que tengan la condición de dominantes de un grupo conforme a lo dispuesto en el artº 18.2 LIS y que no sean dependientes de otra a su vez;
 - entidades residentes en territorio español dependientes, directa o indirectamente, de una entidad no residente en territorio español, que no sea al mismo tiempo dependiente de otra, así como los establecimientos permanentes en territorio español de entidades no residentes del grupo, siempre que se produzcan cualquiera de las circunstancias:
 - ✓ no exista una obligación de información país por país en términos análogos a la prevista en este apartado respecto de la referida entidad no residente en su país o territorio de residencia fiscal;
 - ✓ no exista un acuerdo de intercambio automático de información entre autoridades competentes, respecto de dicha información, con el citado país o territorio
 - ✓ se haya producido un incumplimiento sistemático del acuerdo de intercambio automático de información y haya sido comunicado por la Administración tributaria española a las entidades dependientes o a los establecimientos permanentes residentes en territorio español en el plazo previsto.
 - excepción: no existe obligación cuando el grupo multinacional haya designado para que presente la referida información a una entidad dependiente constitutiva del grupo que sea residente en un Estado miembro de la Unión Europea, o bien cuando la información haya

recoger las recomendaciones del Informe de la Acción 13 sobre los deberes de documentación. España se ha adelantado así a cuanto posteriormente sería recogido por la Directiva (UE) 2016/881 del Consejo, de 25 de mayo de 2016 que sería el instrumento en el espacio europeo de regular el informe país por país. La redacción vino a ser modificada por RD 1074/2017 de 29 de diciembre y por RD 1178/2020.

Posteriormente, se produjeron las modificaciones que ya hemos referido en el apartado V.4.1.g) del presente capítulo.

Debe diferenciarse entre lo que constituye el deber de declaración y el deber de documentación. En este sentido MARTÍNEZ ALFONSO¹⁶⁴¹ distingue entre *“las obligaciones específicas de documentación de las operaciones realizadas entre entidades o personas vinculadas, que debe ponerse a disposición de la AEAT en el seno de un procedimiento de comprobación e investigación tributaria (generalmente en el marco de un procedimiento inspector), y la obligación de declaración de las mismas a la AEAT, actualmente mediante un modelo normalizado (declaración informativa), que es el 232.”* Precisamente por ello el artº13 RIS se rubrica *“Información y documentación sobre entidades y operaciones vinculadas”*, en cuanto alude a las dos facetas comentadas.

Los deberes de información se concretan en tres modelos de declaración aplicables en supuestos distintos: el ordinario, representado por el modelo 232 de declaración informativa de operaciones vinculadas y de operaciones y situaciones relacionadas con países o territorios considerados como paraísos fiscales; el muy simplificado, representado por el modelo normalizado previsto en el Anexo V de la Orden HAP/871/2016, de 6 de junio; y el modelo 231 (aprobado por Orden HFP/1978/2016, de 28 de diciembre) para realizar el Informe país por país.

sido ya presentada en su territorio de residencia fiscal por otra entidad no residente nombrada por el grupo como subrogada de la entidad matriz.

b) Información que deberá contener:

- Ingresos brutos del grupo, distinguiendo entre los obtenidos con entidades vinculadas o con terceros.
- Resultados antes del Impuesto sobre Sociedades o Impuestos de naturaleza idéntica o análoga al mismo.
- Impuestos sobre Sociedades o Impuestos de naturaleza idéntica o análoga satisfechos, incluyendo las retenciones soportadas.
- Impuestos sobre Sociedades o Impuestos de naturaleza idéntica o análoga al mismo devengados, incluyendo las retenciones.
- Importe de la cifra de capital y otros resultados no distribuidos en la fecha de conclusión del período impositivo.
- Plantilla media.
- Activos materiales e inversiones inmobiliarias distintos de tesorería y derechos de crédito.
- Lista de entidades residentes, incluyendo los establecimientos permanentes y actividades principales realizadas por cada una de ellas.
- Otra información que se considere relevante y una explicación, en su caso, de los datos incluidos en la información.

c) Plazo de presentación

d) Formulario: La Orden HFP/1978/2016, de 28 de diciembre, vino a regular el modelo 231 para la presentación del Informe.

¹⁶⁴¹ MARTÍNEZ ALFONSO, A. P. (2018)

El régimen de documentación ha quedado organizado en dos ámbitos distintos:

- el de las obligaciones específicas de documentación de las operaciones vinculadas;
- el de las obligaciones de información país por país (artº14 RIS),

B) Las obligaciones específicas de documentación de las operaciones vinculadas.

B.1) Generalidades.

La LIS en su artº18.3 establece que *“las personas o entidades vinculadas, con objeto de justificar que las operaciones efectuadas se han valorado por su valor de mercado, deberán mantener a disposición de la Administración tributaria, de acuerdo con principios de proporcionalidad y suficiencia, la documentación específica que se establezca reglamentariamente”*.

El artº13.2 RIS por su parte dispone que *“las personas o entidades vinculadas, con objeto de justificar que las operaciones efectuadas se han valorado por su valor de mercado, deberán mantener a disposición de la Administración tributaria la siguiente documentación específica:*

- a) La documentación a que se refiere el artículo 15 de este Reglamento, relativa a las operaciones vinculadas del grupo al que pertenece el contribuyente, definido en los términos establecidos en el artículo 18 .2 de la Ley del Impuesto, incluyendo a los establecimientos permanentes que formen parte del mismo.*
- b) La documentación del contribuyente a que se refiere el artículo 16 de este Reglamento. Los establecimientos permanentes de entidades no residentes en territorio español estarán igualmente obligados a aportar esta documentación.*

B.2) Supuestos especiales de exclusión del deber de documentación específica.

La norma contempla determinadas operaciones que se encuentran exceptuadas total o parcialmente de los deberes de documentación específica en atención a dos elementos:

- a) Por las características subjetivas de las partes se encuentran exceptuadas totalmente del deber de documentación específica (artº13.3 RIS):
 - ✓ Operaciones entre entidades integradas en un mismo grupo de consolidación fiscal
 - ✓ Operaciones realizadas por agrupaciones de interés económico y UTEs con entidades o miembros del mismo grupo de consolidación fiscal
 - ✓ Operaciones realizadas en el ámbito de ofertas públicas de venta u ofertas públicas de adquisición

- ✓ Operaciones realizadas con una misma persona o entidad vinculada, siempre que el importe de la contraprestación del conjunto no supere 250.000

b) por el volumen del importe neto de la cifra de negocios se exceptúan:

- ✓ del deber de documentación específica correspondiente al grupo (Masterfile) cuando se trate de entidades de reducida dimensión conforme al artº 101 LIS cuyo importe neto de la cifra de negocios sea inferior a 45 millones de euros (artº15.2). Se trata de una excepción parcial;
- ✓ del deber de documentación específica correspondiente al contribuyente (Countryfile) cuando se trate de entidades o personas vinculadas con importe neto de cifra de negocios inferior a 45 millones de euros el deber de documentación específica del contribuyente se concretará en el contenido que a continuación detallaremos, y no en las obligaciones que constituyen el régimen general. (artº16.4). A su vez el apartado 5 del artº16 RIS contempla cinco supuestos de excepción a la excepción, en que pese a cumplirse los parámetros cuantitativos no será aplicado el régimen simplificado de documentación. Tales supuestos son:
 - operaciones realizadas por contribuyentes del IRPF cuando resulte de aplicación el método de estimación objetiva con entidades en las que aquellos o sus cónyuges, ascendientes o descendientes, de forma individual o conjuntamente entre todos ellos, tengan un porcentaje igual o superior al 25 por ciento del capital social o de los fondos propios;
 - operaciones de transmisión de negocios;
 - operaciones de transmisión de valores o participaciones representativos de la participación en los fondos propios de cualquier tipo de entidades no admitidas a mercados regulados de valores, o que estén admitidos a negociación en mercados regulados situados en países o territorios calificados como paraísos fiscales;
 - operaciones de transmisión de inmuebles;
 - operaciones sobre activos intangibles.
- ✓ la última excepción viene constituida por lo que aquí denominamos régimen de documentación muy simplificado.

A la vista de lo expuesto del régimen legal se desprenden tres niveles de deberes de documentación:

- el primer nivel estaría constituido por las empresas de reducida dimensión cuyo importe neto de la cifra de negocios sea inferior a 10 millones de euros, las cuales gozarán del régimen muy simplificado cumpliendo con su deber de

documentación mediante la presentación del modelo normalizado previsto en el anexo V de la Orden HAP/871/2016, de 6 de junio. Este régimen se encuentra previsto en el artº16.4, último apartado, del RIS, cuando prevé que el régimen simplificado ordinario de documentación específica previsto (y al que nos referiremos como segundo nivel) se entenderá cumplido con la presentación del documento normalizado que se apruebe por Orden Ministerial, sin que en ningún caso fuera exigible la aportación de comparables. En consecuencia, nos encontramos ante un deber de información genuino, más que ante un régimen de documentación.

- el segundo nivel consistiría en un régimen simplificado aplicable a las personas o entidades vinculadas cuyo importe neto de la cifra de negocios, definido en los términos establecidos en el artículo 101 de esta Ley, sea inferior a 45 millones de euros y superior a 10 millones de euros. Su regulación se encuentra recogida en el artº16.4 RIS. En este caso el contenido de documentación específica –Countryfile– consistirá en:
 - i. Descripción de la naturaleza, características e importe de las operaciones vinculadas.
 - i. Nombre y apellidos o razón social o denominación completa, domicilio fiscal y número de identificación fiscal del contribuyente y de las personas o entidades vinculadas con las que se realice la operación.
 - ii. Identificación del método de valoración utilizado.
 - iii. Comparables obtenidos y valor o intervalos de valores derivados del método de valoración utilizado.
- el tercer nivel o nivel normal sería aplicable a las personas o entidades vinculadas con un importe neto de cifra de negocios igual o superior a 45 millones de euros, que es del que nos ocupamos seguidamente.

B.3) Contenido de la documentación específica del grupo–Masterfile–(artº15 RIS).

- Información relativa a la estructura y organización del grupo.
- Información relativa a las actividades del grupo:
 - ✓ Fuentes principales de beneficios y cadena de valor de bienes y servicios que supongan un 10% del importe neto de la cifra de negocio.
 - ✓ Descripción general de las funciones, riesgos y activos – Cadena de valor.
 - ✓ Descripción de la política del grupo en materia de precios de transferencia.
 - ✓ Relación y breve descripción de los acuerdos de reparto de costes.

- ✓ Descripción de las operaciones de reorganización y de adquisición o cesión de activos relevantes.
- Información relativa a los activos intangibles del grupo:
 - ✓ Descripción general de la estrategia global del grupo.
 - ✓ Relación de los activos intangibles del grupo relevantes a efectos de precios de transferencia.
 - ✓ Importe de las contraprestaciones correspondientes a las operaciones vinculadas del grupo.
 - ✓ Relación de acuerdos entre las entidades del grupo relativos a intangibles.
 - ✓ Transferencias relevantes de activos intangibles.
- Información relativa a la actividad financiera:
 - ✓ Descripción general de la forma de financiación del grupo.
 - ✓ Identificación de las entidades del grupo que realicen las principales funciones de financiación del grupo
 - ✓ Descripción general de la política de precios de transferencia relativa a los acuerdos de financiación entre entidades del grupo
- Situación financiera y fiscal del grupo
 - ✓ Estados financieros anuales consolidados del grupo que sean obligatorios
 - ✓ Relación y breve descripción de los acuerdos previos de valoración vigentes y cualquier otra decisión con alguna autoridad fiscal que afecte a la distribución de los beneficios

B.4) Documentación específica del contribuyente –Countryfile– (artº16 RIS).

- Información del contribuyente:
 - ✓ Estructura de dirección, organigrama y personas o entidades destinatarias de los informes sobre la evolución de las actividades del contribuyente, indicando los países o territorios en que dichas personas o entidades tienen su residencia fiscal.
 - ✓ Descripción de las actividades del contribuyente, de su estrategia de negocio y, en su caso, de su participación en operaciones de reestructuración o de cesión o transmisión de activos intangibles en el período impositivo.
 - ✓ Principales competidores.
- Información de las operaciones vinculadas
 - ✓ Descripción detallada de la naturaleza, características e importe de las operaciones vinculadas.

- ✓ Identificación detallada de las contrapartes.
 - ✓ Análisis de comparabilidad y funcional.
 - ✓ Explicación relativa a la selección del método de valoración elegido.
 - ✓ En su caso, criterios de reparto de gastos en concepto de servicios prestados conjuntamente en favor de varias personas o entidades vinculadas, así como los correspondientes acuerdos, si los hubiera, y acuerdos de reparto de costes.
 - ✓ Copia de los acuerdos previos de valoración vigentes y cualquier otra decisión con alguna autoridad fiscal que estén relacionados con las operaciones vinculadas señaladas anteriormente.
 - ✓ Cualquier otra información relevante.
- Información económico–financiera del contribuyente:
- ✓ Estados financieros anuales.
 - ✓ Conciliación entre los datos utilizados para aplicar los métodos de precios de transferencia y los estados financieros anuales.
 - ✓ Datos financieros de los comparables utilizados y fuente de la que proceden.

B.5) Plazo. –

Esta documentación tiene que estar a disposición de la AT a partir del plazo voluntario de declaración.

C) Información país por país (artº14 RIS).

Con relación a la información país por país expondremos brevemente el ámbito subjetivo, el plazo de presentación y el contenido de la información.

En lo concerniente al ámbito subjetivo, se realiza por el Reglamento una delimitación mediante remisión a las entidades a las que se refiere el artº13.1 del propio Reglamento (entidades residentes en territorio español que tengan la condición de dominantes de un grupo y no sean a su vez dependientes), pero no en todo caso, sino exclusivamente cuando se trate de un grupo cuyo importe neto de la cifra de negocio en los 12 meses anteriores al inicio del periodo haya sido al menos de 750 millones de euros.

Por lo que respecta al contenido de la información a suministrar, respecto del período impositivo de la entidad dominante, de forma agregada, por cada país o jurisdicción, comprenderá:

- i. Los ingresos brutos del grupo, distinguiendo entre los obtenidos con entidades vinculadas o con terceros.
- ii. Los resultados antes del Impuesto sobre Sociedades o Impuestos de naturaleza idéntica o análoga al mismo.

- iii. Los Impuestos sobre Sociedades o Impuestos de naturaleza idéntica o análoga satisfechos, incluyendo las retenciones soportadas.
 - i. Los Impuestos sobre Sociedades o Impuestos de naturaleza idéntica o análoga al mismo devengados, incluyendo las retenciones.
 - ii. El importe de la cifra de capital y resultados no distribuidos existentes en la fecha de conclusión del período impositivo.
 - iii. La plantilla media.
 - iv. Los activos materiales e inversiones inmobiliarias distintos de tesorería y derechos de crédito.
 - v. La lista de entidades residentes, incluyendo los establecimientos permanentes y actividades principales realizadas por cada una de ellas.
 - vi. Otra información que se considere relevante y una explicación, en su caso, de los datos incluidos en la información.

El modelo 231 deberá presentarse desde la finalización del período impositivo correspondiente a la información a suministrar hasta doce meses después.

No obstante lo anterior, la entidad residente en España que forme parte de un grupo que deba presentar el informe país por país, deberá informar la identidad de la entidad que presenta el informe junto con la determinación del territorio donde se presenta.

V.4.11.– Carácter sancionador.

V.4.11.1.– En la Ley 43/1995.

Frente a las posiciones mantenidas por la Administración en épocas anteriores, con la nueva norma redactada por la Ley 43/1995 hubo una decantación por la negación del carácter sancionador. Y es que, como apunta PONS CLEMENTE¹⁶⁴², la doctrina en general entiende que en los casos en que la Administración proceda a la realización de ajustes valorativos en las operaciones vinculadas, ello supone una actuación en el seno de un expediente de comprobación de valores en el que no procede la imposición de sanciones.

Los argumentos en que coincidió un amplio sector doctrinal para avalar la negación del carácter sancionador fueron:

- a) Si la norma sobre operaciones vinculadas aparecía configurada como una facultad administrativa de valoración que permitía exclusivamente a la Administración el efectuar las valoraciones, quedando excluidas las partes implicadas, en lógica consecuencia la norma no podía tener la consideración de

¹⁶⁴² PONS CLEMENTE, J. (2003).

infracción, porque lo contrario supondría contradecir la facultad concedida por la LGT en sus artº79 y 61. De esta opinión participan la mayoría de autores que se pronuncian sobre el tema (entre muchos otros FALCÓN Y TELLA¹⁶⁴³, GUTIÉRREZ LOUSA y RODRÍGUEZ ONDARZA¹⁶⁴⁴, SUÁREZ MOSQUERA¹⁶⁴⁵, GARCÍA–HERRERA BLANCO, CALVO VÉRGEZ¹⁶⁴⁶). No se trataba de un supuesto de falta de culpabilidad, sino de falta de antijuridicidad (DE JUAN CASADEVALL¹⁶⁴⁷). BUSTOS SUIZA¹⁶⁴⁸ (y en la misma línea autores como CENCERRADA MILLÁN¹⁶⁴⁹) matizó que, si esto era así en términos generales, ello no debía ser siempre de esa manera, por cuanto que si la conducta del sujeto pasivo tuvo como finalidad conseguir una menor tributación o un diferimiento debería considerarse que se trataba de una conducta encasillable en el artº191 LGT.

b) La norma contenida en la Ley 41/1995 carecía de régimen sancionador alguno específico para las operaciones vinculadas, y ello no sólo para cuando la discrepancia con la Administración fuera razonable y justificada, sino en todo caso.

c) El principio contable por el que las cuentas de las sociedades deben reflejar la imagen fiel y exacta, tanto de la situación patrimonial como de los resultados obtenidos, impide hacer operaciones a precios distintos de los de mercado, por lo que quien las haga a sabiendas no está exento de culpa.

d) Quien refleja en su contabilidad el precio efectivo de la transacción vinculada no incumple ninguna obligación ni incurre en conducta antijurídica (PONS CLEMENTE). No incurre en incumplimiento porque la ley no obliga al sujeto pasivo a valorar a precio de mercado, respetando que en su contabilidad figure el precio convenido. Pero, además, el no reflejar el precio de mercado no supone incurrir en conducta antijurídica, sino que el reflejar el precio convenido no supone incurrir en anomalía contable, como tampoco conlleva ocultación de información ni infracción del ordenamiento jurídico.

MARTÍN FERNÁNDEZ¹⁶⁵⁰ añade una razón más. Entiende este autor que atendiendo al artº 179.2.c) LGT 2003 no existe responsabilidad por infracción tributaria cuando se haya puesto la diligencia necesaria en el cumplimiento de las obligaciones fiscales, entre cuyos supuestos se encuentra citado expresamente el de que se haya hecho una interpretación razonable. Pues bien, en el presente caso al estar usándose un concepto jurídico indeterminado como es el valor de mercado resulta improcedente concluir que se ha incurrido en una infracción tributaria, máxime cuando los precios de transferencia pueden tener justificación en motivos comerciales diversos.

¹⁶⁴³ FALCÓN Y TELLA, R. (1998).

¹⁶⁴⁴ GUTIÉRREZ LOUSA, M. y RODRÍGUEZ ONDARZA, J.A. (2007).

¹⁶⁴⁵ SUÁREZ MOSQUERA, C. (2007).

¹⁶⁴⁶ CALVO VÉRGEZ, J. (2011), cap.7

¹⁶⁴⁷ CASADEVALL, J.J. (2007).

¹⁶⁴⁸ BUSTOS BUIZA, J.A. (2007).

¹⁶⁴⁹ CENCERRADO MILLÁN, E. (2007).

¹⁶⁵⁰ MARTÍN FERNÁNDEZ (2005).

El TEAC se hizo eco del posicionamiento mayoritario en resoluciones como la de 13 de febrero de 2004, núm. res. 00/2771/2003.

Ahora bien, el que el desajuste entre el *arm's length* y el precio convenido no tuviese la consideración de infracción y careciese consiguientemente de sanción, ni suponía el que no se tuviese que ingresar la cuota correspondiente ni tampoco el que no tuvieran que ser pagados los intereses de mora correspondientes, por cuanto la dicción del artº 16.1 no dejaba lugar a dudas¹⁶⁵¹.

Las voces discrepantes fueron minoría y argumentaron en esencia, según sistematiza SUÁREZ MOSQUERA¹⁶⁵²:

- el acudir a celebrar operaciones vinculadas es algo voluntario, nadie obliga a celebrarlas;
- el que se acuda a operar a precios exageradamente diferentes al *arm's length* persiguiendo un menor ingreso en favor de la AET debe ser sancionado;
- no puede negar su grado de culpa quien a sabiendas del deber legal de que la contabilidad tiene que reflejar la imagen fiel patrimonial y de los resultados de la empresa, acuda a precios que no se corresponden con el *arm's length*.

V.4.11.2 En la Ley 36/2006.

Como consecuencia del cambio del régimen introducido por la Ley 36/2006 y ser ahora los contribuyentes los destinatarios de la obligación de valorar a *arm's length*, el régimen sancionatorio forzosamente cambió. Con el nuevo régimen, al ser la valoración obligatoria, en caso de no realizarse se incurriría en la infracción tributaria prevista en el artículo 16.10 TRLIS que lleva aparejada la sanción.

El citado apartado 10 del artº16 preveía la existencia de infracción en dos supuestos:

- en caso de incumplimiento de las obligaciones de aportar la documentación exigida por la norma, ya fuera por incompletitud, inexactitud o datos falsos;
- en el supuesto de que el valor de mercado derivado de la documentación exigida no fuera el autodeclarado en el Impuesto sobre Sociedades, el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o el Impuesto sobre la Renta de No Residentes.

Se trata, según nos dice ALONSO GONZÁLEZ¹⁶⁵³, de una infracción tributaria susceptible de cometerse de dos maneras distintas.

Las infracciones contempladas son consideradas infracciones graves.

En cuanto a la sanción a imponer a la infracción cometida dependerá de la trascendencia o perjuicio económico que tenga para la AET, distinguiéndose dos situaciones:

¹⁶⁵¹ “La deuda tributaria resultante de la valoración administrativa se imputará, a todos los efectos, incluido el cálculo de los intereses de demora y el cómputo del plazo de prescripción, al período impositivo en el que se realizaron las operaciones con personas o entidades vinculadas”

¹⁶⁵² SUÁREZ MOSQUERA, C. (2007).

¹⁶⁵³ ALONSO GONZÁLEZ, L. M. (2010).

a) cuando no procedan correcciones valorativas por parte de la Administración respecto de operaciones sujetas al IS, al IRPF o al IRNR y, por tanto, no exista perjuicio económico: la sanción consistiría en una multa de 1500€ por dato o 15.000€ por cada conjunto de datos omitidos, alterados o inexactos referidos a cada una de las obligaciones de documentación que se establezcan reglamentariamente. El importe podría verse reducido conforme a las previsiones del artº188.3 LGT 2003.

b) Cuando sí procedan correcciones valorativas por parte de la Administración respecto de operaciones sujetas al IS, al IRPF o al IRNR, pueden presentarse dos posibilidades:

- ✓ En la hipótesis de que se haya cometido alguna de las dos infracciones antes aludidas (falta de documentación o falta de declaración del valor documentado): la sanción consistirá en una multa proporcional del 15% sobre el importe de las cantidades que resulten de la corrección valorativa de cada operación, con un mínimo del doble de la sanción prevista para el supuesto de que no se practique ajuste fiscal.
- ✓ En la hipótesis de que no se haya cometido ninguna de las dos infracciones, pero sí procedan correcciones valorativas (artº16.10 subapartado 4º) por haberse originado falta de ingreso, devoluciones indebidas, determinación o acreditación de partidas a compensar improcedentemente en declaraciones futuras o se declare incorrectamente la renta neta sin que produzca falta de ingreso u obtención indebida de devoluciones por haberse compensado en un procedimiento de comprobación o investigación cantidades pendientes de compensación, deducción o aplicación: no procederá la consideración de infracción de los artº 191, 192, 193 o 195 LGT 2003 y por tanto no se prevé sanción alguna. Esta apreciación que podría parecer superflua por obvia resulta esclarecedora en cuanto que las retenciones que no se hubieran practicado y que correspondan a correcciones valorativas no darán lugar a la sanción prevista en el artº 191 LGT en relación con el artº 67.2 RIS.

Además, se disponen reducciones a la sanción. A saber: una reducción genérica, aplicable a todos los supuestos de sanción, consistente en la prevista en el art.º 188.3 LGT 2003, esto es, una reducción del 25% siempre que el pago se produzca en el plazo o plazos previstos y, asimismo, no se impugne la sanción o liquidación; de otra parte, una reducción específica para los supuestos de sanción por procedencia de correcciones valorativas habiéndose cometido alguna de las dos infracciones de referencia y que consistirá en la prevista en el artº188.1 LGT 2003 (un 30% en los supuestos de conformidad).

Por último, el precepto contempla un régimen de estricta y explícita incompatibilidad entre las sanciones que específicamente prevé y las genéricas contempladas por la LGT, de forma que:

- la sanción prevista para los supuestos de perjuicios económicos con procedencia de correcciones valorativas con alguna de las dos infracciones sería incompatible con la que resultase por aplicación de los art.º 191 (por dejar de ingresar la deuda tributaria que debiera resultar de una autoliquidación), 192 (por incumplir la obligación de presentar de forma completa y correcta declaraciones o documentos necesarios para practicar liquidaciones), 193 (por obtener indebidamente devoluciones) o 195 (por determinar o acreditar improcedentemente partidas positivas o negativas o créditos tributarios aparentes) de la LGT 2003.
- Las sanciones previstas en el artº16.10 sí eran compatibles con la prevista en el artº 203 LGT 2003 por resistencia, obstrucción, excusa o negativa a las actuaciones de la Administración tributaria. (artº16.10 subapartado 5º).

Otra cuestión digna de mención sobre la que existió controversia fue la del juego del régimen de infracciones y sanciones previstos con carácter general en la LGT y el previsto en el Impuesto sobre Sociedades sobre operaciones vinculadas. La Ley 36/2006, conforme tenemos expuesto, estableció el juego de compatibilidad cuando resultaba de aplicación la norma contenida en el artº 16.10, de manera que en los casos de incompatibilidad entendemos no debería de presentarse problema, ya que por el criterio de interpretación restrictiva que preside cualquier materia sancionatoria no podría procederse a sancionar doblemente.

Sin embargo, los posicionamientos doctrinales han sido variados. Una corriente doctrinal ha estimado que el plantear la posibilidad de la concurrencia de sanciones, unas provenientes del régimen general acogido por la LGT y otras provenientes del régimen de las operaciones vinculadas, atentaría contra el principio *non bis in idem*. En esta línea ALONSO GONZÁLEZ aprecia la posibilidad de la concurrencia de sanciones entre la previsión del artº 203.1.a) LGT y cuando menos la primera de las modalidades contempladas por el artº 16.10 LIS 2006, lo que en su opinión merecía la crítica de inconstitucionalidad del subapartado 5º del artº 16.10 al no respetar la proporcionalidad y la no excesividad, y suponer un quebranto del principio *non bis in idem* consagrado por el artº 25 CE, solo salvable mediante el principio de especialidad de la norma. Otros autores han apostado por una dinámica distinta de ambos regímenes, partiendo del problema que concurre cuando sí se dan los elementos objetivos y subjetivos que configuran la infracción tributaria prevista en la LGT y no se encuentre declarada incompatibilidad alguna. GALÁN SÁNCHEZ¹⁶⁵⁴ consideró aplicable el régimen general contemplado en la LGT en caso de incumplimiento manifiesto por el contribuyente de su obligación de valorar a mercado declarando un valor que se aleje sustancialmente del que resultaría de aplicar los métodos regulados en el art. 16, y que no hubiese justificación de la razón de esa valoración, para ello se apoya en una

¹⁶⁵⁴ GALÁN SÁNCHEZ, R.M. (2008).

interpretación a sensu contrario del contenido de la disposición adicional séptima de la Ley 36/2006. Ahondando en esta dirección, la justificación esgrimida por GARCÍA MORENO¹⁶⁵⁵ consiste en la diferenciación entre las infracciones por dejar de ingresar todo o parte de la deuda tributaria derivada de la correcta autoliquidación, que es la que resultaría de la LGT en esta materia, y las infracciones por el incumplimiento de deberes formales de documentación de las operaciones vinculadas. Se trataría de dos planos de actuación sancionadora distintos y netamente diferenciados. En buena medida dicha interpretación viene avalada por el criterio adoptado por nuestro TS en sentencias como la de 27 de abril de 2017, R.Ar. 1173/2016, en cuyos fundamentos se vierte:

“el régimen sancionador específico recogido en el artículo 16.10 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, cabe señalar que dicho precepto se refiere al incumplimiento de las obligaciones formales que la normativa más reciente ha impuesto a los obligados tributarios. Sin embargo, la cuestión que se valora en el presente caso no ha sido en ningún momento la falta de cumplimiento de esas obligaciones de documentación de las operaciones vinculadas, que no resultan exigibles hasta el 19/02/2009.

En el presente caso la cuestión que se dirime es la existencia de culpabilidad en la conducta de obligado tributario, tipificada en el artículo 191 de la Ley 58/2003, consistente, en la falta del mínimo rigor exigible por parte de D. L. y de su sociedad a la hora de determinar el valor de la operación vinculada, que en ningún caso atiende a la realidad de las operaciones realizadas. Por el contrario, a juicio de esta Oficina Técnica se aprecia un claro ánimo defraudatorio, siendo la única finalidad de las partes vinculadas, socio y sociedad, la de permitir al socio y administrador de la entidad eludir los tipos impositivos progresivos y más elevados de IRPF así como la deducción en sede de la sociedad de gastos relacionados con la propia actividad [...]”

La controversia sobre la compatibilidad entre el régimen sancionador general de la LGT y el particular en materia de operaciones vinculadas de la LIS ha perdurado en el tiempo dadas las escasas variaciones que ha sufrido la norma a este respecto en las posteriores reformas, lo que incluso ha llevado a la admisión del recurso de casación mediante el Auto de la Sala 3ª de 28 de febrero de 2018 por interés casacional, en el cual se plantea si habiéndose cumplido con las obligaciones formales de documentación exigibles a las partes que celebran operaciones vinculadas, pero sí procedan correcciones valorativas por parte de la Administración, cabe la aplicación del régimen general contenido en la LGT o no. A renglón seguido la STS 15 octubre 2018 ha venido a disipar la problemática en el supuesto concreto de que se trate de sujetos que no se encuentren obligados al cumplimiento de la obligación formal de documentación, por cuanto en tal caso no será de aplicación el régimen sancionador especial previsto para las operaciones vinculadas (artº16.10 TRLIS 2006; artº18.13 LIS 2014), quedando abierta la puerta a la aplicación del régimen general, o siguiendo las palabras literales contenidas en la mentada sentencia: en defecto de la aplicación del régimen sancionador específico

¹⁶⁵⁵ GARCÍA MORENO, A. (2018).

contenido en el art. 16.10 TRLIS (posteriormente artº 18.13 LIS) procede aplicar el régimen sancionador general previsto en la LGT. Empero, dicha sentencia no agota la materia, por cuanto queda por resolver el concurso aparente de normas cuando el obligado tributario sí tiene la obligación de llevanza de la documentación específica determinada por la norma para las operaciones vinculadas. El 18 mayo 2020 (recurso casación 6187/2017) recayó la sentencia esperada desde el citado auto de 2018 y en la misma se establece:

- a) Que en el caso concreto analizado no existía concurso aparente de normas, ya que el contribuyente no se encontraba ni temporal ni cuantitativamente bajo el régimen, por lo que el régimen sancionador aplicable sería el general del artº191 LGT.
- b) Temporalmente porque el artº 7 de la Ley 36/2006 el régimen de documentación del apartado 2 del artº16 TRLIS no entró en vigor hasta tres meses después de la entrada en vigor del RIS, lo que sucedió mediante Real Decreto 1777/2004, de 30 de julio.
- c) Que el régimen de sanción específico previsto en el apartado 10 del artº16 TRLIS se encuentra restringido a los sujetos que deben llevar y mantener a disposición de la Administración tributaria la documentación relativa a las operaciones vinculadas, pero no a los que a virtud del art. 16.2.2º TRLIS, quedan exonerados de las obligaciones de documentación.
- d) Para poder encontrarse en el supuesto de exención total de responsabilidad del apartado 4 del artº16.10 deben concurrir tres presupuestos:
 - ✓ Se haya cumplido con la obligación de llevanza de la documentación exigida.
 - ✓ El valor declarado coincida con el que consta en la documentación.
 - ✓ No se haya respetado el *arm's length* y se haya hecho precisa un ajuste valorativo
- e) No se considera de interés casacional, por encontrarse suficientemente resuelto en anteriores pronunciamientos, las cuestiones relativas a los requerimientos de la apreciación de la culpabilidad en las resoluciones sancionadoras.

Como han señalado CAAMAÑO ANIDO¹⁶⁵⁶ y CAÑABATE¹⁶⁵⁷ sorprende el silencio que nuestro TS guarda en relación con el elemento subjetivo del tipo infractor, esto es, sobre la necesidad de que concurra (y la Inspección pruebe) la exigible culpabilidad para poder aplicar las sanciones correspondientes a la infracción tipificada en el art. 191 LGT

Otro extremo no exento de polémica vino constituido por la posibilidad de la sancionabilidad del ajuste secundario. Sobre este extremo lo primero que debía advertirse es que para la sancionabilidad del ajuste secundario necesariamente venía condicionada por que hubiere procedido sanción por el ajuste primario. Empero el

¹⁶⁵⁶ CAAMAÑO ANIDO, M. (2019).

¹⁶⁵⁷ CAÑABATE, D. (2019).

cumplimiento de dicha condición necesaria no era suficiente para encontrarnos ante una infracción, haciéndose preciso analizar además la conducta del contribuyente en cada caso para verificar si se había producido o no una infracción.

Del régimen fueron destacados virtudes y defectos, que procedemos sumariamente a exponer:

- a) el legislador no ha querido tomar como infracción la mera separación del contribuyente del valor de mercado, sino que para estimar la existencia de una infracción merecedora de sanción exige un plus. Como señala CENCERRADA MILLÁN¹⁶⁵⁸ hay que separar los supuestos en los que procede una corrección del valor de mercado por parte de la Administración tributaria porque los contribuyentes no han efectuado una valoración adecuada de la operación, de aquellos otros casos en los que exista un comportamiento reprochable del contribuyente. En definitiva, para este autor prevalece el carácter antielusivo y subjetivo que debe regir en la aplicación del régimen de las operaciones vinculadas. La valoración que merece esta visión debía considerarse positivamente, dada la complejidad que presenta a veces la determinación del *arm's length*;
- b) la doctrina vino censurando el carácter excesivamente estricto que no encajaba con las consideraciones de la OCDE y del Código de Conducta de no imposición de sanciones con carácter general, siempre que exista buena fe en la determinación de los precios de transferencia (MARTÍNEZ ÁLVEREZ);
- c) se entendió que la equiparación de la documentación falsa a los supuestos de documentación incompleta o inexacta no era acertada (TUERO FERNÁNDEZ), si bien se trataba de un mimetismo con lo que venía sucediendo en otros preceptos en materia fiscal (artº 199, 200, 205 LGT 2003); es claro— según parecer de ALONSO GONZÁLEZ — que en el ámbito de la falsedad hay un componente subjetivo engañoso y de mala fe que no tiene por qué concurrir en los supuestos de errores o inexactitudes;
- d) también se criticó la previsión de sanción cuando no procedía corrección valorativa alguna al considerarse que carecía de fundamento, suponiendo una infracción en blanco de peligro abstracto, cuando resultaba que al venir admitido el ajuste de carácter bilateral el peligro abstracto había desaparecido;
- e) constituía falta del rigor necesario en materia sancionatoria el que no existiese una correlación sistemática entre las dos modalidades de infracción contempladas y las sanciones previstas. Este defecto fue calificado como falta de simetría por parte de GÓMEZ–MOURELO CASTEDO;
- f) pero las críticas más severas fueron las que tildaron de inconstitucionalidad el régimen establecido en atención a distintos aspectos:
 - ✓ El relativo a las posibilidades de duplicidades de sanciones, conforme tenemos expuesto.

¹⁶⁵⁸ CENCERRADA MILLÁN, E. (2007).

- ✓ El relativo a que se delegue al ejecutivo para que por vía reglamentaria proceda a desarrollar el régimen sancionador, con tan amplias facultades, que contravenga la limitación impuesta por el artº 25 CE, el artº 8.g) LGT¹⁶⁵⁹ y el artº 129.3 Ley 30/1992¹⁶⁶⁰.

La disposición adicional séptima de la Ley 36/2006 preveía que en tanto no se desarrollasen reglamentariamente las obligaciones de documentación no se aplicaría el nuevo régimen sancionador, continuando vigente el anterior.

V.4.11.3.– El Real Decreto 1793/2008, de 3 de noviembre Reglamento IS.

Hubo que esperar al RIS de 2008 para conocer qué debemos entender por el concepto de dato o conjunto de datos al que aludía el artº 16.10 de la LIS en su redacción 2006. Para ello el RIS, consideró:

a) Como dato:

- ✓ en su artº 19.3:
 - la información relativa a cada una de las personas, entidades o importes mencionados en las letras b)¹⁶⁶¹ y e)¹⁶⁶² del apartado 1 del propio artº 19;
 - cada uno de los acuerdos de reparto de costes, contratos de prestación de servicios, acuerdos previos de valoración y procedimientos amistosos a los que se refieren las letras g)¹⁶⁶³ y h)¹⁶⁶⁴ del apartado 1 del artº 19;
- ✓ en su artº 20.4: la información relativa a cada una de las personas o entidades a que se refiere la letra a)¹⁶⁶⁵ del apartado 1;

¹⁶⁵⁹ Artículo 8. *Reserva de ley tributaria.*

“Se regularán en todo caso por ley:

.... g) El establecimiento y modificación de las infracciones y sanciones tributarias”

¹⁶⁶⁰

¹⁶⁶¹ Entidades del grupo

¹⁶⁶² A los importes de las contraprestaciones derivadas de la utilización de patentes, marcas, nombres comerciales y demás activos intangibles en cuanto afecten, directa o indirectamente, a las operaciones realizadas por el obligado tributario, así como el importe de las contraprestaciones derivadas de su utilización

¹⁶⁶³ Relación de los acuerdos de reparto de costes y contratos de prestación de servicios entre entidades del grupo, en cuanto afecten, directa o indirectamente, a las operaciones realizadas por el obligado tributario

¹⁶⁶⁴ Relación de los acuerdos previos de valoración o procedimientos amistosos celebrados o en curso relativos a las entidades del grupo en cuanto afecten, directa o indirectamente, a las operaciones realizadas por el obligado tributario

¹⁶⁶⁵ Nombre y apellidos o razón social o denominación completa, domicilio fiscal y número de identificación fiscal del obligado tributario y de las personas o entidades con las que se realice la operación, así como descripción detallada de su naturaleza, características e importe.

Asimismo, cuando se trate de operaciones realizadas con personas o entidades residentes en países o territorios considerados como paraísos fiscales, deberá identificarse a las personas que, en nombre de

b) Como distintos conjuntos de datos:

- ✓ en su artº 19.3 las informaciones a que se refieren cada una de las letras a)¹⁶⁶⁶, c)¹⁶⁶⁷, d)¹⁶⁶⁸, f)¹⁶⁶⁹ e i)¹⁶⁷⁰ del apartado 1;
- ✓ en su artº 20.4:
 - las informaciones a que se refieren cada una de las letras b)¹⁶⁷¹, c)¹⁶⁷², d)¹⁶⁷³ y e)¹⁶⁷⁴ del apartado 1;
 - las descritas en las letras b)¹⁶⁷⁵, d)¹⁶⁷⁶ y e)¹⁶⁷⁷ del apartado 3.

Ello vino a acrecentar las críticas que mereció el régimen sancionatorio diseñado con la Ley 36/2006, ya que por una parte suponía el reconocimiento de un déficit de tipicidad del artº 16.10 postergando al Reglamento la descripción y concreción de la documentación a la que viene obligado el contribuyente, pero es que, por si fuera poco, el ejecutivo aprovechó la situación para abarcar cuestiones que le estaban vedadas a virtud del principio de reserva de ley, entre otras destaca ALONSO GONZÁLEZ¹⁶⁷⁸ que:

a) se incidió en el ámbito subjetivo al fijar:

- ✓ el volumen de documentación exigible en cada caso;

dichas personas o entidades, hayan intervenido en la operación y, en caso de que se trate de operaciones con entidades, la identificación de los administradores de las mismas.

¹⁶⁶⁶ Descripción general de la estructura organizativa, jurídica y operativa del grupo, así como cualquier cambio relevante en la misma.

¹⁶⁶⁷ Descripción general de la naturaleza, importes y flujos de las operaciones vinculadas entre las entidades del grupo en cuanto afecten, directa o indirectamente, a las operaciones realizadas por el obligado tributario.

¹⁶⁶⁸ Descripción general de las funciones ejercidas y de los riesgos asumidos por las distintas entidades del grupo en cuanto afecten, directa o indirectamente, a las operaciones realizadas por el obligado tributario, incluyendo los cambios respecto del período impositivo o de liquidación anterior.

¹⁶⁶⁹ Una descripción de la política del grupo en materia de precios de transferencia que incluya el método o métodos de fijación de los precios adoptado por el grupo, que justifique su adecuación al principio de libre competencia.

¹⁶⁷⁰ La memoria del grupo o, en su defecto, informe anual equivalente.

¹⁶⁷¹ Análisis de comparabilidad en los términos descritos en el artículo 16.2 de este Reglamento.

¹⁶⁷² Una explicación relativa a la selección del método de valoración elegido, incluyendo una descripción de las razones que justificaron la elección del mismo, así como su forma de aplicación, y la especificación del valor o intervalo de valores derivados del mismo.

¹⁶⁷³ Criterios de reparto de gastos en concepto de servicios prestados conjuntamente en favor de varias personas o entidades vinculadas, así como los correspondientes acuerdos, si los hubiera, y acuerdos de reparto de costes a que se refiere el artículo 17 de este Reglamento.

¹⁶⁷⁴ Cualquier otra información relevante de la que haya dispuesto el obligado tributario para determinar la valoración de sus operaciones vinculadas, así como los pactos parasociales suscritos con otros socios.

¹⁶⁷⁵ Las previstas en las letras a) y e) del apartado 1, así como las magnitudes, porcentajes, ratios, tipos de interés aplicables a los descuentos de flujos, expectativas y demás valores empleados en la determinación del valor cuando la operación consista en la transmisión de negocios o valores o participaciones representativos de la participación en los fondos propios de cualquier tipo de entidades no admitidos a negociación en alguno de los mercados regulados de valores definidos en la Directiva 2004/39/CE.

¹⁶⁷⁶ La prevista en la letra a) del apartado 1, así como la justificación del cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 16.6 de este Reglamento cuando se trate de las prestaciones de servicios profesionales a las que les resulte de aplicación lo previsto en el citado artículo.

¹⁶⁷⁷ Las previstas en las letras a) y e) del apartado 1, así como la identificación del método de valoración utilizado y el intervalo de valores derivados del mismo, en el resto de los casos.

¹⁶⁷⁸ ALONSO GONZÁLEZ, L. M. (2010).

- ✓ los supuestos de reducción de la documentación.

La reserva de ley tributaria no solamente incide sobre la determinación de las infracciones y sanciones, sino también sobre el ámbito subjetivo

b) se alteró la naturaleza y límites de las infracciones y sanciones al definir el concepto de datos y conjunto de datos que debía cumplimentar el sujeto pasivo, sin que constituya excusa justificadora la laguna reguladora en la que incurrió el legislador. Mediante dicha forma de regular ha resultado, según el autor de referencia, una desagregación de la infracción genérica contenida en la ley, que ha permitido al ejecutivo la graduación de la infracción y la asignación de mayor o menor sanción, porque ha sido el Reglamento el que ha determinado el nivel de severidad de la sanción. Así por ejemplo se reguló que para el obligado tributario solo tiene la consideración de dato el supuesto de la letra a (artº20.1), mientras que para el grupo contempló cuatro.

V.4.11.4.– El Real Decreto–Ley de 6/2010 de 9 de abril.

Esta norma vino a dulcificar en su artº14 el régimen del art 16.10.1º de la LIS procediendo a rebajar las sanciones por incumplimiento de los deberes documentales:

a) las pequeñas y medianas empresas que se encontraran dentro de los límites cuantitativos especificados (y a los que ya nos hemos referido anteriormente), al haber quedado exoneradas de los deberes documentales habían igualmente quedado excluidas de sanción alguna;

b) en el supuesto de que no procediese corrección valorativa podíamos encontrarnos en dos supuestos:

- ✓ las pequeñas y medianas empresas que no hubieran quedado exoneradas¹⁶⁷⁹de los deberes documentales: se impone un límite a la sanción concretado en la menor de las siguientes cantidades:
 - el 10% del importe conjunto de las operaciones en el periodo impositivo;
 - el 1% de la cifra de negocios del periodo impositivo;

¹⁶⁷⁹ La norma, con una redacción no muy clara, se refería a las empresas que encontrándose dentro del grupo definido en el párrafo segundo del apartado 2 del artº 16 no hubieran quedado exoneradas de los deberes formales de documentación. El mentado párrafo segundo requería la concurrencia de dos elementos para quedar incluida en la exoneración, y aun cumpliendo ambas exigencias no quedaban incluidas las operaciones realizadas con entidades residentes en paraísos fiscales, por lo que cuando la norma refiere que se tratasen de entidades de las del párrafo segundo del apartado 2 pero que no estuvieran exoneradas podría dar lugar a diversas interpretaciones. Por una parte, cabría entender que la norma se refería a que estuviésemos ante empresas que cumplieran tan solo uno de los dos requisitos cuantitativos (cifra de negocios inferior a 8 millones de euros o el importe de las operaciones vinculadas inferior a 100.000 euros). Por otra parte, podría igualmente considerarse que la norma exclusivamente viene refiriéndose a las operaciones con entidades residentes en paraísos fiscales, aunque sería de suponer que si esa hubiera sido la finalidad la norma habría aludido expresamente al supuesto al igual que hizo en escasas líneas anteriores.

- ✓ las demás empresas:
 - una sanción de 1500€ por cada dato omitido, inexacto o falso;
 - una sanción de 15.000€ por conjunto de datos omitido, inexacto o falso;

c) en el caso de que sí procediese corrección valorativa se mantenía el mismo régimen sancionatorio.

V.4.11.5.– El Auto del TS 8 febrero de 2011, la STC 11 julio 2013 y la STS 27 mayo 2014. –

Ya vimos con ocasión del estudio del ajuste secundario que fue interpuesto recurso contencioso–administrativo contra el RD 1793/2008. En la tramitación del mismo el Alto Tribunal decidió plantear, con carácter previo a la resolución del procedimiento, cuestión de inconstitucionalidad ante el TC sobre el apartado 10, en su relación con la obligación de documentación del apartado 2, del artº16 LIS 2006. En lo que a la materia que en este apartado nos ocupa la cuestión elevada al TC se centró:

“la ley no ha fijado criterio alguno a efectos de determinar las infracciones, o para delimitar cuando es incompleta o inexacta la documentación requerida. En nuestra opinión debería haber señalado la documentación que era exigible y no abrir un campo absolutamente ilimitado al Reglamento, que es lo que se ha hecho.

Partiendo de la relación de colaboración que existe entre la ley y el reglamento de desarrollo en orden a la tipificación de las infracciones y sanciones administrativas, aquélla debe contener los elementos esenciales de la conducta antijurídica, sin que la regulación reglamentaria se aparte de dicho núcleo esencial estableciendo una normativa independiente. Es evidente, pues, que ni la ley puede permitir una deslegalización en el ámbito sancionador derivando la determinación de los elementos esenciales de la tipicidad a favor del reglamento, ni tampoco éste puede crear infracciones o sanciones bajo pretexto de desarrollar una ley...”

La STC 11 julio de 2013 vino a desestimar la inconstitucionalidad de dicho precepto en base a dos bloques de argumentos:

a) en cuanto a las infracciones propiamente dichas y las conductas antijurídicas típicas:

- ✓ que cumple con la garantía formal de que la ley predetermine las conductas infractoras y las sanciones correspondientes con la mayor precisión posible, sin que puedan admitirse formulaciones tan abiertas por su amplitud, vaguedad o indefinición, que la efectividad dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria del intérprete y juzgador. La Sentencia haciéndose eco de la doctrina establecida en STC 242/2005, de 10 de octubre, diferencia entre la garantía material, que preside tanto el ámbito penal como el administrativo y que tiene un alcance absoluto, de la garantía formal del ámbito administrativo

sancionador que es de eficacia relativa o limitada, de ahí que conforme a esta última la ley debe contener la determinación de los elementos esenciales de la conducta antijurídica y el reglamento sólo puede corresponder, en su caso, el desarrollo y precisión de los tipos de infracciones previamente establecidos por la ley.

Pues bien, en el presente caso el TC entiende que el artº 16.10 cumple con la exigencia de la garantía formal por cuanto contiene la definición básica de los comportamientos prohibidos; acota materialmente el ámbito al que debe ceñirse el régimen sancionador, enuncia su concreta finalidad, identifica los sujetos responsables y describe suficientemente los elementos objetivos de las conductas antijurídicas:

- hay un marco valorativo concreto que impide la interpretación expansiva del tipo y que viene dado por dos referencias:
 - se trata de sanciones previstas para las operaciones vinculadas, por cuanto hay que conectar el apartado 10 con el apartado 1 del artº 16 (ámbito objetivo);
 - el objetivo de las sanciones aparece reflejado en el apartado III de la exposición de motivos de la Ley 36/2006: la lucha contra el fraude en las operaciones vinculadas (elemento finalista)
- hay una determinación suficientemente exhaustiva de las personas susceptibles de incurrir en la responsabilidad sancionadora: las personas que se definen como vinculadas y que tengan la obligación de documentación (excluyendo a quienes no tienen tal obligación en el apartado 2) (ámbito subjetivo);
- describe suficientemente los elementos objetivos que constituyen la conducta antijurídica

La fijación de la documentación que debe cumplimentar el obligado tributario requiere de forma insuprimible la colaboración de la potestad reglamentaria, sin que ello suponga que el ejecutivo pueda establecer libremente o a capricho las infracciones sancionables. El desarrollo reglamentario al que hace referencia el art. 16 LIS no podrá realizar estrictamente una tipificación ex novo

- ✓ La garantía material de la taxatividad no supone que las normas con fuerza de ley tipifiquen agotadoramente las infracciones administrativas, pudiendo optar la ley por amplios niveles de indeterminación, sin que ello contravenga el artº 25 CE. El cumplimiento de la taxatividad que es exigible a la norma puede ser cumplida mediante norma reglamentaria, sin que el reglamento vulnere de suyo esta exigencia cuando deje de concretar los conceptos jurídicos indeterminados legalmente establecidos o añade

otros nuevos, siempre que se sitúe dentro de las fronteras de la norma sancionadora y que sean razonablemente previsibles. Otra cosa hubiera sucedido si la ley no hubiera contenido previsión de desarrollo reglamentario o se hubiera excedido en la delegación.

b) en cuanto a las sanciones propiamente dichas: su legalidad y proporcionalidad.

La regulación legal de las sanciones es netamente taxativa por lo que satisface la exigencia de ley formal y cumple por sí la de predictibilidad. En efecto, el tercer párrafo del apartado 10 del art. 16 LIS, tras calificar los dos tipos de infracciones reseñadas como graves, fija con precisión las sanciones correlativas. E igualmente es proporcional, porque lo que el TS planteaba como vulneración de la proporcionalidad es la dependencia de la concreción de la infracción, que conforme anteriormente la sentencia había analizado era perfectamente válida.

Ahora bien, el TC delegó en la competencia del TS el pronunciarse sobre la legalidad del régimen legal contenido en el Reglamento. Llegamos así a la STS 27 mayo de 2014, la cual en su fundamento de Derecho séptimo se limita a hacerse eco del rechazo de la inconstitucionalidad dispuesto por el Tribunal Constitucional en su sentencia, precisando dos puntualizaciones:

- la admisión prácticamente sin límites de la colaboración reglamentaria conforme a lo dispuesto por el TC;
- la tacha de las disposiciones del Reglamento por ambigüedad e imperfección habrá de resolverse en cada proceso particular cuando sea aplicado el texto normativo, y no en abstracto.

V.4.11.6 En la Ley 27/2014.

En la actualidad, la Ley 27/2014 dedica el apartado 13 del artº18 a la regulación del régimen infractor y sancionador de las operaciones vinculadas.

En primer lugar, se observa que la nueva norma abandona la regulación de infracción única con dos modalidades y pasa a considerar dos infracciones diferenciadas por el criterio de la procedencia o no de ajuste fiscal. Así tenemos:

a) cuando la Administración tributaria no realice corrección:

en este supuesto se tipifica como única modalidad de infracción el no cumplimiento de la obligación de aportación de la documentación exigida, abarcando sus tres variantes: ausencia total aportación, aportación incompleta o aportación de datos falsos (artº18.13.1º);

b) cuando la Administración tributaria realice corrección:

en esta hipótesis se tipifican como infracciones las dos consabidas modalidades de infracción, la relativa a la falta de aportación de documentación en cualquiera de sus tres variantes y la concerniente a la declaración de un valor de mercado distinto al que se desprende de la documentación (artº18.13.2º).

Como es fácil de apreciar, el legislador no ha seguido las recomendaciones lanzadas por la doctrina de la diferenciación de tratamiento entre las distintas variantes y ha seguido con la práctica de aunar como una sola cosa la proporción de documentación con datos falsos y la de documentación incompleta o totalmente ausente. Lo que sí ha desaparecido es la referencia a datos inexactos.

En segundo lugar, con una sistemática mejorada, asigna sanciones diferenciadas a una infracción y a otra:

- a) cuando la Administración no realice corrección: multa fija de 1000€ por cada dato y 10.000€ por cada conjunto de datos referidos a cada una de las obligaciones de documentación, y ello con un límite máximo constituido por la menor de las siguientes cantidades:
 - ✓ El 10 por ciento del importe conjunto de las operaciones sujetas a este Impuesto, al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o al Impuesto sobre la Renta de no Residentes realizadas en el período impositivo.
 - ✓ El 1 por ciento del importe neto de la cifra de negocios
- b) cuando la Administración realice corrección: sanción variable consistente en el 15% sobre el importe de las cantidades que resulten de las correcciones que correspondan a cada operación

Se puede observar cómo se ha suprimido el mínimo anteriormente existente para el caso de la sanción fija.

En tercer lugar, la norma mantiene la regulación de un régimen de incompatibilidades que sigue fundamentalmente lo que ya se había previsto en la normativa anterior, pero adecuándolo a la tipología de las nuevas infracciones y a la nueva sistemática de las sanciones:

- por una parte, sigue manteniendo la regulación expresa de la compatibilidad de las sanciones específicas previstas en el artº 18.13 y el artº 203 LGT;
- por otra parte, las sanciones previstas para las infracciones que supongan correcciones valorativas, en cualquiera de sus dos modalidades, se considerarán incompatibles con las previstas en los artº 191, 192, 193 o 195 LGT. (artº 18.13.2º LIS). Por tanto, esta incompatibilidad viene a reproducir la que se encontraba prevista en el anterior artº 16.10.2º del TRLIS 2006;
- por último, cuando procedan la realización de correcciones¹⁶⁸⁰ en relación con operaciones sujetas al IS, IRPF o IRNR pero no se haya cometido infracción por haberse cumplido con la obligación de documentación, no procederá la consideración de infracción de los artº 191, 192, 193 o 195 LGT 2003 en la

¹⁶⁸⁰ por haberse originado falta de ingreso, devoluciones indebidas, determinación o acreditación de partidas a compensar improcedentemente en declaraciones futuras o se declare incorrectamente la renta neta sin que produzca falta de ingreso u obtención indebida de devoluciones por haberse compensado en un procedimiento de comprobación o investigación cantidades pendientes de compensación, deducción o aplicación.

parte de bases que hayan dado lugar a corrección (artº 18.13.3º). En consecuencia, esta incompatibilidad viene a reproducir casi miméticamente la prevista en el anterior artº 16.10.4º del TRLIS 2006, si bien se observan dos diferencias:

- ✓ ahora solo viene referida a la modalidad de cumplimiento de la obligación de documentación, cuando antes venía referida al incumplimiento de la infracción que recordemos abarcaba dos modalidades.
- ✓ En el elenco de supuestos por los que procede la realización del ajuste contable se introduce *in fine* una ligera variación al sustituirse la redacción anterior de obtención indebida de devoluciones por haberse compensado en un procedimiento de comprobación o investigación “*cantidades pendientes de compensación, deducción o aplicación*”, por la de “*cantidades pendientes de compensación*”, suprimiéndose la alusión a las cantidades pendientes por deducción o aplicación.

En cuarto lugar, se observa un cambio sustancial en lo que a reducciones de las sanciones se refiere. Así, el artº18.13.4º LIS 2014 se limita a señalar que a las sanciones impuestas les serán de aplicación los apartado 1.b (reducción de un 30% en los supuestos de conformidad) y 3 (reducción del 25% en caso de que se realice el pago en plazo o plazos, así como que no se interponga recurso o reclamación) del artº188 LGT 2003. Por tanto, ha desaparecido la restricción de la aplicabilidad de la reducción del artº188.1b a tan solo las sanciones variables correspondientes a los supuestos en que procedían correcciones valorativas. Igualmente ha sido mejorada la regulación, al aludirse únicamente a la reducción contemplada en el artº 188.1.b) LGT, quedando excluido expresamente el supuesto del apartado 1.a)¹⁶⁸¹

En quinto lugar, debemos precisar que hubiera sido deseable que el legislador hubiera disipado toda controversia sobre la legalidad del régimen derivada de la postergación de cuestiones esenciales al desarrollo reglamentario. No obstante, esto no ha sucedido, y así el texto de la ley contiene remisiones directas al reglamento que dejan abiertos los frentes de polémica. Nótese en este sentido que el artº 18.13 en su subapartado 1º.a) al determinar la sanción de la primera infracción refiere “*las obligaciones de documentación que se establezcan reglamentariamente*”, y en el subapartado 2º al tipificar el segundo y tercer supuesto de infracción vuelve a delegar en el reglamento la determinación de la documentación que sea exigible al contribuyente.

El Real Decreto 634/2015, de 10 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, contiene exclusivamente tres referencias al régimen sancionador previsto en el artº 18.13 LIS 2014:

- cuando refiere que constituyen dato en el artº 37, 15.3 y 16.6:

¹⁶⁸¹ Las actas con acuerdo no eran procedentes.

- ✓ en el artº 37: cada una de las personas y administradores a que se refiere la letra c) del citado artº37 para las operaciones realizadas con personas o entidades residentes en países o territorios considerados como paraísos fiscales:
 - la identificación de las personas que, en nombre de dichas personas o entidades, hayan intervenido en la operación;
 - los administradores de las entidades;
 - ✓ en el artº15.3: cada una de las informaciones a que se refiere el número 2.º de la letra a), el número 4.º de la letra b), los números 2.º, 3.º, 4.º y 5.º de la letra c), el número 2.º de la letra d) y los números 1.º y 2.º de la letra e) del apartado 1 de este artículo;
 - ✓ en el artº 16.6: cada una de las informaciones a que se refiere los números 1.º, 2.º, 5.º y 6.º de la letra b) del apartado 1 de este artículo y las letras a), b), c) y d) del apartado 4 de este artículo;
- cuando refiere que constituyen distintos conjuntos de datos en el artº15.3 y 16.6:
- ✓ en el artº15.3: las informaciones a que se refieren el número 1.º de la letra a), los números 1.º, 2.º, 3.º y 5.º de la letra b), el número 1.º de la letra c) y los números 1.º y 3.º de la letra d) del apartado 1 de este artículo.
 - ✓ en el artº16.6: las informaciones a que se refieren el número 1.º, 2.º y 3.º de la letra a), los números 3.º, 4.º y 7.º de la letra b), los números 1.º, 2.º y 3.º de la letra c) del apartado 1 así como la información a que se refiere el apartado 2 de este artículo.

Tal regulación no está exenta de polémica y autores como MÁRQUEZ SILLERO y MÁRQUE MÁRQUEZ¹⁶⁸² ven que el Reglamento se ha arrogado la facultad de cuantificar la sanción, sin estar legalmente habilitado para ello, al establecer el concepto de dato y conjunto de datos, lo que puede provocar falta de cobertura legal.

V.4.12.– Acuerdos de reparto de costes.

Los Acuerdos de Reparto de Costes (ARC) serán tratados extensamente en relación a las Directrices de la OCDE en el último capítulo de este trabajo. Allí investigaremos sus antecedentes, concepto, naturaleza, tipología y pautas a seguir para que sean coherentes con el principio de arm's length, y todo ello desde la perspectiva de la actualización reclamada por la Acción 8 del Plan BEPS y llevada a cabo en el capítulo VIII de las Directrices sobre Precios de Transferencia.

En lo que respecta a nuestro país, la primera referencia que aparece a los ARC se concreta en la Ley 43/1995. En la citada norma en su artº16.4 se señalaba:

¹⁶⁸² MÁRQUEZ SILLERO, C. y MÁRQUEZ MÁRQUEZ, A. (2015).

4 . *La deducción de los gastos en concepto de contribuciones a actividades de investigación y desarrollo realizadas por una entidad vinculada estará condicionada al cumplimiento de los siguientes requisitos:*

a) Que sean exigibles en virtud de un contrato escrito , celebrado con carácter previo , en el que se identifiquen el proyecto o proyectos a realizar y que otorgue el derecho a utilizar los resultados de los mismos .

b) Que los criterios de distribución de los gastos soportados efectivamente por la entidad que efectúa la actividad de investigación y desarrollo se correspondan racionalmente con el contenido del derecho a utilizar los resultados del proyecto o proyectos por las entidades que realizan las contribuciones.

La doctrina aprecia ya en ese primer texto la influencia de las Directrices sobre los Precios de Transferencia, así lo glosa LÓPEZ DE HARO¹⁶⁸³. Sin embargo, en esta primera regulación llaman la atención varias cuestiones en estimación de PALACÍN SOTILLOS¹⁶⁸⁴:

- solo se contiene referencia a una de las tipologías de las concebidas por la OCDE, esto es, los relativos a actividades de investigación y desarrollo, dejando olvidadas las otras modalidades contempladas en las Directrices
- por otra parte, se concentra en la deducción de gastos.

El precepto no sufriría modificación hasta la Ley 36/2006 cuando el régimen dispensado a los ARC quedó redactado de la siguiente forma bajo el apartado 6, del artº16:

6. La deducción de los gastos derivados de un acuerdo de reparto de costes de bienes o servicios suscrito entre personas o entidades vinculadas, valorados de acuerdo con lo establecido en el apartado 4, estará condicionada al cumplimiento de los siguientes requisitos:

a) Las personas o entidades participantes que suscriban el acuerdo deberán acceder a la propiedad u otro derecho que tenga similares consecuencias económicas sobre los activos o derechos que en su caso sean objeto de adquisición, producción o desarrollo como resultado del acuerdo.

b) La aportación de cada persona o entidad participante deberá tener en cuenta la previsión de utilidades o ventajas que cada uno de ellos espere obtener del acuerdo en atención a criterios de racionalidad.

c) El acuerdo deberá contemplar la variación de sus circunstancias o personas o entidades participantes, estableciendo los pagos compensatorios y ajustes que se estimen necesarios.

El acuerdo suscrito entre personas o entidades vinculadas deberá cumplir los requisitos que reglamentariamente se fijen.

En cumplimiento de la previsión legal, el RD 1793/2008 vino a disponer en su artº17:

¹⁶⁸³ LÓPEZ DE HARO, R. (2011).

¹⁶⁸⁴ PALACÍN SOTILLOS, R. (2010).

Artículo 17. Requisitos de los acuerdos de reparto de costes suscritos entre personas o entidades vinculadas.

A efectos de lo previsto en el apartado 6 del artículo 16 de la Ley del Impuesto, los acuerdos de reparto de costes de bienes y servicios suscritos por el obligado tributario deberán incluir la identificación de las demás personas o entidades participantes, en los términos previstos en la letra a) del apartado 1 del artículo 20 de este Reglamento, el ámbito de las actividades y proyectos específicos cubiertos por los acuerdos, su duración, criterios para cuantificar el reparto de los beneficios esperados entre los partícipes, la forma de cálculo de sus respectivas aportaciones, especificación de las tareas y responsabilidades de los partícipes, consecuencias de la adhesión o retirada de los partícipes así como cualquier otra disposición que prevea adaptar los términos del acuerdo para reflejar una modificación de las circunstancias económicas.

En la Ley 2014 pasaron a estar regulados en el artº18.7, disponiéndose:

7 . En el supuesto de acuerdos de reparto de costes de bienes o servicios suscritos entre personas o entidades vinculadas, deberán cumplirse los siguientes requisitos:

a) Las personas o entidades participantes que suscriban el acuerdo deberán acceder a la propiedad u otro derecho que tenga similares consecuencias económicas sobre los activos o derechos que en su caso sean objeto de adquisición , producción o desarrollo como resultado del acuerdo .

b) La aportación de cada persona o entidad participante deberá tener en cuenta la previsión de utilidades o ventajas que cada uno de ellos espere obtener del acuerdo en atención a criterios de racionalidad .

c) El acuerdo deberá contemplar la variación de sus circunstancias o personas o entidades participantes , estableciendo los pagos compensatorios y ajustes que se estimen necesarios .

El acuerdo suscrito entre personas o entidades vinculadas deberá cumplir los requisitos que reglamentariamente se fijen.

CAPÍTULO VI

EL DECLIVE DEL *ARM'S LENGTH*

6.1 Delimitación conceptual del problema. El *arm's length* como ficción jurídica.

Cuando nos encontramos celebrando el reciente 85 aniversario de la adopción del *arm's length* por EE. UU. como criterio por el que debían regirse las operaciones entre entidades vinculadas, parece que los derroteros transcurren más cercanos a los preparativos de una defunción que a los de un festejo. No es discutible que se trata de un instituto con rancio arraigo en el ordenamiento fiscal internacional, que se ha asentado de una manera clara desde que la Liga de las Naciones siguió las recomendaciones del Informe CARROLL, codificado en el Modelo de CDI OCDE conforme tenemos estudiado, que además se ha introducido en los ordenamientos internos domésticos de la mayoría de los países y que se ha perpetuado en la práctica de los modernos tratados bilaterales (DJANINI & BRÄHLERT¹⁶⁸⁵). Pero la situación actual, parece haber consenso al respecto, ha cambiado considerablemente. No en vano SHEPPARD¹⁶⁸⁶ ha escrito de forma sumamente descriptiva que los precios de transferencia están muertos. PASCAL SAINT-AMANS, director del Centro de Política y Administración Tributaria de la OCDE, manifestaba en septiembre de 2018 que se mostraba “agnóstico” con el funcionamiento del *arm's length*¹⁶⁸⁷. KLEINBARD¹⁶⁸⁸ ya había expuesto en 2008 que de los datos económicos manejados por EE. UU. se desprende “inequívocamente [que], los Estados de baja tributación tienen en términos relativos una cuota desproporcionada de beneficios en relación con la cuota de las cifras de actividad comercial” debido a sistémicos desplazamientos de beneficios vía intangibles de alto valor que hacen inútil la regulación del CWI establecido en 1986.

Para poder evaluar la situación actual no está demás el acotar el problema que tenemos en ciernes, el cual deberá conducirnos como referencia a lo largo de este capítulo. Nos referimos a la distribución internacional de las rentas derivadas de transacciones transfronterizas entre entidades relacionadas. Implícitamente comporta una doble dimensión: la distribución del derecho de los Estados a gravar las rentas y la asignación de las rentas a los distintos sujetos que intervienen en la producción de las mismas.

Adentrarse en el estudio de la actual situación y diagnóstico del posible futuro del *arm's length* puede hacerse desde distintos ángulos, todos ellos nos ayudarán a entender cómo se ha llegado hasta aquí. EDEN¹⁶⁸⁹ propone dos posibles perspectivas de estudio: la que pudiéramos denominar vía teórica, en la que se situarían todas las posturas que valoran el *arm's length* según el principio de igualdad y justicia contributiva, y la vía práctica, donde quedarían encasillados todos los pronunciamientos que destacan las dificultades en la aplicación del *arm's length* provenientes de la escasez de comparables o la

¹⁶⁸⁵ DJANINI, C. & BRÄHLERT, G. (2007).

¹⁶⁸⁶ SHEPPARD L. A. (2008).

¹⁶⁸⁷ WHITE, J. (2019).

¹⁶⁸⁸ Recogido por SHEPPARD, L. A. (2008).

¹⁶⁸⁹ EDEN, L. (2019).

desconsideración de las sinergias creadas en el seno interno de las MNEs. Hoy en día esta concurrencia de problemas prácticos y teóricos, que ponen en tela de juicio el *arm's length*, es denominador común en la doctrina, sirva como ejemplo adicional la cita de LI¹⁶⁹⁰. SHÖN¹⁶⁹¹ diferencia tres líneas de ataque al *arm's length*: la académica o conceptual, la política y la legal. La primera repara en la inadecuación del *arm's length* a la situación actual que presentan las MNEs. La segunda (política) en la inoperancia ante los desplazamientos de las bases imponibles. La tercera (legal) analiza los principios y fundamentos vulnerados por la actual situación que presentan los precios de transferencia. Por nuestra parte, guiados por el deseo de engarzar una exposición holística de la temática que en este momento nos ocupa, vamos a organizar el análisis en los dos bloques siguientes: por una parte, expondremos los rasgos de los posicionamientos fundamentales de la doctrina al respecto; por otra, descendiendo a la arena de la realidad, identificaremos lo que la doctrina determina como manifestaciones institucionales fundamentales de la crisis.

6.1.1 Elementos críticos esgrimidos por la doctrina frente al *arm's length*.

6.1. 1.a. – Repaso de los principales posicionamientos críticos de la doctrina.

A la hora de analizar los elementos utilizados por la doctrina en la crítica del funcionamiento del *arm's length* se observa que unas veces repara en las causas que producen las disfunciones, otras en sus consecuencias y, en último lugar, también se esfuerza en ocasiones en identificar las disfunciones. Tanto la identificación de las disfunciones, como sus causas y sus consecuencias, son caras de la misma moneda, por cuanto todas contribuyen a esclarecer el panorama que ofrece actualmente la aplicación del sistema de *arm's length*. A continuación, nos detendremos en una visión global de algunos de los autores más representativos, para en el apartado siguiente profundizar en los elementos de crítica más relevantes.

BUCKS & MAZEROV¹⁶⁹² citan como inconvenientes más destacables que se presentan en la aplicación del *arm's length*:

- las pérdidas injustificadas e innecesarias de ingresos fiscales;
- el desvío de cuantiosos recursos económicos y los costes, tanto públicos como privados, en la planificación fiscal, en las prácticas complejas de contabilidad y en auditoría, así como en litigios;
- la creación de inequidades, al permitir que las MNEs diseñen estrategias que las entidades domésticas no pueden;
- la falta de uniformidad internacional que propicia.

Además, los autores citados recogen las siguientes causas de los inconvenientes:

¹⁶⁹⁰ LI, J. (2002).

¹⁶⁹¹ SCHÖN, W. (2011).

¹⁶⁹² BUCKS, D. R. & MAZEROV, M. (1993).

- el que se pretende comprender en su ámbito de aplicación la totalidad de productos, servicios y activos intangibles;
- el enorme volumen de transacciones controladas existente, por lo que los recursos actuales son insuficientes para su comprobación, vigilancia y práctica de ajustes
- el que asume una realidad económica que no existe, lo que a su vez conlleva:
 - ✓ la carga de la prueba de la incorrección de los precios suele imponérsele a las AATT lo que, a parte de la ingente cantidad de recursos humanos y económicos que consume, significa que en el caso de activos intangibles se carecerá de comparables independientes;
 - ✓ la subjetividad y complejidad en los ajustes que se hagan precisos;
 - ✓ fruto de lo anterior, el sistema más que un mandato se convierte en un sistema de contribución voluntaria por parte de los contribuyentes.

HAMAEKERS¹⁶⁹³ agrupa los fallos del *arm's length* bajo cinco categorías:

- a) el *arm's length* se fundamenta en la comparabilidad cuando existen muchos casos en que no se pueden encontrar comparables;
- b) el uso de comparables secretos por las AATT en su aplicación y exigencia;
- c) los costes administrativos que conlleva son muy elevados;
- d) la controversia entre los países sobre el método aplicable parece irresoluble;
- e) la incapacidad de solucionar los retos de una economía global.

El mérito de LI¹⁶⁹⁴ se encuentra en que adopta una categorización sistemática de un amplio elenco de imperfecciones y deficiencias en tres bloques:

- desde la perspectiva del incumplimiento del principio de equidad entre naciones estima que el *arm's length* quiebra por:
 - ✓ su incapacidad de distribuir los beneficios residuales;
 - ✓ atribuir beneficios favoreciendo al país que tiene una AT más sofisticada y agresiva;
 - ✓ partir de una concepción microeconómica atribuyendo beneficios a funciones concretas;
 - ✓ perjudica a los países en desarrollo, menos capaces para defender sus bases imponibles;
- desde la perspectiva del incumplimiento del principio de equidad entre contribuyentes (por sobreimposición o infraimposición) el *arm's length* yerra:
 - ✓ por la disparidad de sistemas fiscales en los distintos países que pueden verse implicados, lo que traerá consigo obstáculos insalvables para un sistema que adopta el enfoque de considerar a las partes de

¹⁶⁹³ HAMAEKERS, H. (1999).

¹⁶⁹⁴ LI, J. (2002).

una MNE como entidades independientes y, por ende, las distintas partes de una misma MNE recibirán tratamientos distintos. Entre dichos obstáculos el autor recoge:

- la falta de coordinación entre las AATT, cuando resulta que nos encontramos ante MNE que operan en distintas jurisdicciones fiscales. Los contribuyentes operan en el plano internacional entre distintas jurisdicciones, mientras que las AATT lo hacen en el plano nacional;
 - la falta de consolidación de ingresos y gastos y, consiguientemente, de beneficios y pérdidas, exponiendo a una MNE a una sobreimposición por no haberse tenido en consideración los beneficios/pérdidas totales reales;
 - por posibilidad de infraimposición al favorecer los desplazamientos de bases imponibles y la manipulación de los precios de transferencia, máxime en la era del comercio electrónico y la facilidad del traslado de los centros de negocio;
- desde la perspectiva del incumplimiento del principio de neutralidad el *arm's length* adolece de subjetividad e incertidumbre ya que, al aplicarse caso por caso sobre una base subjetiva, las diferencias de tratamiento recibido de las distintas AATT implicadas son palpables, dado que aplican distintas metodologías. Pero aun en el mejor de los casos, suponiendo que los distintos países aplicaran la misma metodología, no se puede perder de atención que el sistema de *arm's length* encierra en sí mismo una fuerte dosis de subjetividad, porque incluso en el mercado abierto, idénticas operaciones no reciben el mismo tratamiento, luego cuánto más cuando el *arm's length* descansa sobre un artificio legal. El propio mecanismo de las APAs encierra una cuota importante de singularidad y subjetividad.

Por su parte, CHOVRT¹⁶⁹⁵ se centra en las insuficiencias que presenta el *arm's length* frente a las MNEs con apoyo en tres consideraciones:

- no se adecúa al modelo de negocio que practican las MNEs, presidido por la integración para lograr eficiencias, al no tener en cuenta los beneficios marginales;
- no resuelve el problema que plantean los activos intangibles, por cuanto este tipo de activos conllevan una gran dificultad a la hora de encontrar comparables;
- ignora las alianzas estratégicas que tienen lugar en el seno de las MNEs, con las cuales se persigue maximizar los intereses económicos de todos los miembros del grupo, permitiendo incrementar beneficios y disminuir riesgos a través de la asignación de las pérdidas entre los miembros de la manera más conveniente.

¹⁶⁹⁵ CHOVRT, E. (2003).

AVI–YONAH¹⁶⁹⁶ observa que el principio de *arm's length* no funciona en la actualidad por los siguientes motivos:

- el *arm's length* supone la asunción de una irrealidad;
- ignora que las MNEs persiguen evitar las ineficiencias;
- incentiva el que los contribuyentes acudan a artificios para desplazar las bases imponibles a jurisdicciones de baja tributación;
- la complejidad absurda del sistema fiscal que conlleva;
- los tipos impositivos altos no implican el aumento de los ingresos de las AATT;
- el *arm's length* presupone falazmente la existencia de comparables, cuando en el mundo actual esto no sucede.

PICCIOTTO¹⁶⁹⁷ menciona como deficiencias del *arm's length*:

- la OCDE se ha ocupado más de las técnicas anti–evasión fiscal que de dar una solución global a los precios de transferencia;
- el sistema fiscal internacional cada vez es más complejo, lo que ha traído como consecuencia la inaplicabilidad del *arm's length*;
- la aplicación del *arm's length* es cada vez más costoso;
- las regulaciones que surgen en torno al *arm's length* no toman como eje central del problema la distribución de beneficios y costes, sino que tratan de establecer mecanismos para fijar precios en transacciones específicas;
- en el comercio internacional cada vez tienen mayor importancia las MNEs, las cuales han cobrado un protagonismo esencial, pero para cuyo modelo de organización es inadecuada la aplicación del *arm's length*;
- solo en la minoría de los casos son encontrados comparables;
- existe consenso sobre la conveniencia de la aplicación del *arm's length*, pero cada país adopta unas reglas sobre la forma y métodos de aplicación.

EDEN¹⁶⁹⁸ encuadra las críticas entorno a dos ejes centrales. En primer lugar, aquellos¹⁶⁹⁹ que critican el *arm's length* por considerar que propicia un uso abusivo de los precios de transferencia, provocando que los países en vía de desarrollo vean disminuir sus ingresos fiscales acarreado la ralentización de su desarrollo. En segundo lugar, aquellos¹⁷⁰⁰ que se centran en la escasez o falta de comparables.

¹⁶⁹⁶ AVI–YONAH, R. S. (2010).

¹⁶⁹⁷ PICCIOTTO, S. (2012).

¹⁶⁹⁸ EDEN, L. (2015).

¹⁶⁹⁹ Entre los mismos la autora cita a HORST, T. (1971); RUGMAN, A.M. & EDEN, L. (1985).

¹⁷⁰⁰ Incluye a PICCIOTTO, S. (2012); MCINTYRE, M. (2012); LANGBEIN, S. I. (1991).

6.1.1.b Estudio de los elementos de crítica primordiales.

6.1.1.b.1 La obsolescencia del *arm's length*.

Nadie puede poner en duda el cambio padecido en la situación y circunstancias existentes al momento del surgimiento del *arm's length* y las que actualmente nos rodean. KAY, anterior director del Instituto para Estudios Fiscales (IFS), destacaba la inoperancia del *arm's length* para un mercado en el que operan compañías a una escala, y de un tamaño, sin precedentes, considerando que “*el principio de arm's length fue relevante en la economía de hace 100 años cuando se producía lana en Australia y se vendía en Reino Unido*”.

CELESTIN¹⁷⁰¹ localiza tres aspectos en los que se manifiestan las diferencias del comercio internacional desde 1960:

- a) el aumento del comercio de mercancías y servicios, al igual que el advenimiento de la era de la información;
- b) el fenómeno de la globalización;
- c) y, la integración económica producida tras la finalización de la Guerra Fría.

A nuestro modo de ver las cosas; las causas de las que ha derivado el cambio del panorama social y económico son variadas, a la par que complejas, aunque pueden ser clasificadas en torno a dos categorías diferenciadas. En primer lugar, hay que advertir que las transacciones comerciales internacionales sufrieron una alteración cuantitativa exponencial. Entre las motivaciones determinantes del crecimiento exponencial caben ser citadas las siguientes:

- a) el incremento del número de las MNEs durante todo el siglo XX, lo que ha propiciado el que las operaciones intragrupo se impusieran. BUCKS & MAZEROV¹⁷⁰² ilustran que en EE. UU. en 1993 operaban del orden de 46.00 MNEs, generando movimientos comerciales internacionales intragrupo por un valor anual aproximado de 350.000 millones de dólares. EDEN¹⁷⁰³ recoge datos del UNTAD (2011) sobre la existencia en esa fecha de más de 100 mil MNEs y alrededor de 900 mil filiales extranjeras. HAMAEEKERS¹⁷⁰⁴ refiere que en 1993 el 60% de las transacciones internacionales suceden en el seno de las MNEs, porcentaje que es reiterado en el año 2000 por ROBINSON¹⁷⁰⁵. Estas entidades se caracterizan por tener presencia física en distintos países (subholdings y holdings intermedios). Es más, HAY et al.¹⁷⁰⁶ aprecian que entre las cien MNEs principales del mundo poseen el 20% de los activos mundiales;

¹⁷⁰¹ CELESTIN, L. C. (2000).

¹⁷⁰² BUCKS, D. R. & MAZEROV, M. (1993).

¹⁷⁰³ EDEN, L. (2015).

¹⁷⁰⁴ HAMAEEKERS, H. (1999).

¹⁷⁰⁵ ROBINSON, P. H. (2000).

¹⁷⁰⁶ HAY, D.; HORNER, F. & OWENS, J. (1994).

b) se produjeron cambios políticos muy importantes que tuvieron como detonante principal dos acontecimientos históricos: el fin de la Guerra Fría y la muerte de Mao, lo que supuso novedades de hondo calado trascendiendo lógicamente al comercio internacional. En 1976, tras la muerte de Mao Tse-Tung, la tensión entre la antigua URSS y China comenzó a relajarse, lo que permitió que China comenzase su apertura hacia el exterior. Primeramente, bajo el mandato de Xiaoping, se abrieron las puertas a las inversiones extranjeras mediante la creación de zonas francas donde se gozaba de grandes privilegios arancelarios. Posteriormente, en 2012, con el advenimiento de Jinping y la implantación del plan “*la nueva ruta de la seda*” se ha pretendido resucitar el esplendor del intercambio comercial entre Asia y Occidente. Por otro lado, en 1989 se produjo la reunificación de Alemania, de donde surgiría la primera potencia económica europea. En 1991 la antigua URSS se desintegró y sus zonas de influencia desaparecieron, surgiendo 15 nuevos estados que se incorporarían a la economía de mercado;

c) el tráfico de mercancías internacional ha aumentado hasta cifras insospechadas; sirva de ejemplo que el embotellamiento en el Canal de Suez a causa del encallamiento del carguero Ever Given supuso pérdidas del entorno de los 400 millones de dólares a la hora¹⁷⁰⁷;

d) el tráfico de servicios igualmente ha experimentado un crecimiento exponencial, facilitados en gran medida por las nuevas tecnologías de la comunicación;

e) el aumento de intangibles y la importancia de estos.

La segunda categoría en que hemos de fijarnos viene marcada por la mutación de la naturaleza de las operaciones comerciales internacionales, como se colige en razón de distintas consideraciones:

a) debe tomarse en consideración que el contexto en el que surgió el *arm's length*, y que se extendió hasta los años 60 del siglo pasado, era el de un tiempo en el que las transacciones comerciales internacionales predominantes se centraban en las materias primas y en los productos manufacturados terminados, donde no surgían problemas de diferencias de valor entre el puerto de salida y el puerto de llegada (LI¹⁷⁰⁸);

b) como consecuencia de la aparición de las MNEs se ha provocado la obsolescencia, por cuanto se han planteado nuevos retos que como apuntan GAVIOUS & TAUMAN¹⁷⁰⁹ –desde el punto de vista económico– provienen de las nuevas estructuras organizacionales fundamentadas en la descentralización y la aplicación del principio de maximización de beneficios, ambos imperantes en el seno de las MNEs;

¹⁷⁰⁷ RFI (marzo 2021)

¹⁷⁰⁸ LI, J. (2002).

¹⁷⁰⁹ GAVIOUS, A. & TAUMAN, Y. (1997).

- ✓ b.1) la descentralización significa que las empresas intervienen en distintas jurisdicciones nacionales mediante centros situados físicamente en ellas, ya sean sucursales (establecimientos permanentes) o entidades vinculadas (empresas asociadas o filiales), acarreando problemas de distribución de beneficios e imputación de rentas, así como por el sometimiento de una misma MNE a distintos regímenes fiscales nacionales o regionales en su actividad. El fenómeno de la descentralización es propio de las entidades manufactureras de partes de un producto y posterior ensamblaje. A la vez concurre y se genera la problemática propia de la centralización en determinados aspectos dentro de las MNEs:
 - los servicios internalizados suelen centralizarse en el centro de servicios, generalmente situado en la matriz (servicios de administración y gestión del grupo);
 - otro tanto sucede con actividades I+D que por su alta especialización suelen estar centralizados;
 - así mismo, la producción de intangibles en general se acostumbra también a centralizar, aunque de los mismos se beneficien las distintas partes del grupo.

Tales problemas, cuando se trataba de empresas independientes fueron atajados mediante mecanismos que actualmente muestran su inaptitud para operar en el seno de las MNEs;

- ✓ b.2) por otra parte, las empresas MNEs se rigen por nuevos criterios económicos de maximización de beneficios globales del grupo y consiguiente disminución de los costes consolidados de las distintas partes que conforman la organización. Ello significa que las MNEs operan bajo lo que se ha denominado teoría de la firma (o teoría económica de la empresa, asentada por MILTON FRIEDMAN), caracterizada en su concepción neoclásica por considerar a la firma/corporación como un sistema de producción dentro de una organización, con una coordinación interna y bajo una dirección coordinadora. Actualmente se concibe a la MNE caracterizada por tres elementos (LI¹⁷¹⁰):
 - – su alto nivel de integración, tanto vertical como horizontalmente, lo que le permite beneficiarse de las economías de escala y las sinergias, consiguiendo mayor eficiencia a menor costo y el aprovechamiento de intangibles;
 - –se rigen por el control y no por los contratos que son propios de los comportamientos de las entidades independientes. Ciertamente un contrato entre partes de una misma unidad carece de relevancia, porque es fácilmente colegible que se cumplirá sin mayor

¹⁷¹⁰ LI, J. (2002).

problema y, porque los contratos entre partes dependientes están expuestos a ser modificados a voluntad de las partes;

- –la internalización de muchos costes y riesgos obedeciendo al principio de que la unidad es mejor que la suma de las partes. Actualmente no pueden ser ignoradas las alianzas estratégicas que permiten incrementar los beneficios y disminuir los riesgos, entre otras vías por medio de la asignación de las pérdidas entre los miembros que componen la MNE (CHOVART¹⁷¹¹)

Consiguientemente, el *arm's length* resulta inconsistente con el propósito económico de las MNEs al ignorar la existencia de beneficios residuales o adicionales, resultantes de la integración e internalización, de las sinergias y de las economías de escala existentes únicamente dentro de las MNEs, no en las operaciones entre entidades independientes;

c) la revolución tecnológica, de la información y de las comunicaciones, junto con la aparición y posterior desarrollo del comercio electrónico, todo lo cual ha desembocado en el surgimiento de la “*sociedad de la información*” y la “*era digital*” acarreado la desaparición de las fronteras y la total libertad de movimientos de capitales que buscan nuevos mercados incluso en ámbitos considerados tradicionalmente de ámbito estatal o monopolios naturales (energía, telecomunicaciones e infraestructuras), favoreciendo el proceso de desregulación de los mercados (CALDERÓN PATIER¹⁷¹²). En 1999, la Conferencia de N.U. sobre Comercio y Desarrollo¹⁷¹³ suscribió que “*las estadísticas más recientes sobre el crecimiento del comercio electrónico ponen de manifiesto la importancia decisiva de éste. En un estudio realizado recientemente se concluía que, si bien este comercio es relativamente reducido en la actual economía mundial (26.000 millones de dólares en 1995), se está expandiendo rápidamente, y se prevé que ascenderá a casi 330.000 millones de dólares en el periodo 2001–2002 y a 1 billón de dólares en 2003–2005; las transacciones entre empresas representan el 80% del comercio electrónico total. En los Estados Unidos (donde hay un mayor volumen de estadísticas al respecto), en 1995–1997 el comercio electrónico equivalía al 37% de las compras por correo, si bien se prevé que pronto las superará. Aunque en ese mismo período el comercio electrónico sólo representaba el 0,5% de las ventas al por menor en las siete economías de la OCDE, se calcula que en el período 2003–2005 su volumen se habrá multiplicado por 300 (hasta el 15%)*”;

d) la importancia adquirida por los intangibles;

¹⁷¹¹ CHOVART, E. (2003).

¹⁷¹² CALDERÓN PATIER, C. (2003).

¹⁷¹³ en el Informe de la Secretaría de la UNCTAD rubricado “*Aspectos Jurídicos del Comercio Electrónico*” para preparar la Reunión de Expertos sobre fortalecimiento de la capacidad en la esfera del comercio electrónico: aspectos legales y normativos.

e) además, ante la competencia fiscal agresiva de los Estados se hace precisa una reforma del sistema acudiendo a nuevas respuestas presididas por la simplicidad, la eficiencia, la equidad y la facilidad administrativa.

Sin embargo, aunque ninguna duda cabe de que el panorama es nuevo, ello no significa que el problema sea distinto, porque en el centro de los precios de transferencia sigue estando la cuestión de la distribución de rentas entre distintas jurisdicciones. Así era proclamado en 1998 por la OCDE en la Conferencia de Ottawa¹⁷¹⁴, cuando el Comité de Asuntos Fiscales entendió que no hay problemas nuevos ni distintos, lo que sí hay es mayor dificultad para resolverlos, de ahí que se considerasen vigentes los mismos principios que hasta entonces se aplicaban al comercio convencional, a saber:

- Neutralidad: la tributación fiscal debería tratar de ser neutral y equitativa entre las formas del comercio electrónico y entre éste y el comercio convencional, evitando así la doble imposición o la no tributación involuntaria.
- Eficiencia: se deberían reducir al máximo los costos de cumplimiento para las empresas y para la administración.
- Certeza y simplicidad: las reglas fiscales deberían ser claras y fáciles de entender, de forma que los sujetos pasivos conozcan su situación.
- Efectividad y justicia: la tributación fiscal deberá producir la cantidad correcta de impuestos en el momento adecuado, reduciendo al mínimo las posibilidades de evasión y de evitación.
- Flexibilidad: los sistemas tributarios deberían ser flexibles y dinámicos para asegurar su evolución paralela a los avances tecnológicos y comerciales.

COCKFIELD¹⁷¹⁵ insiste en esta misma idea al afirmar que el problema sigue siendo el mismo, aunque la situación ha cambiado.

6.1.1.b.2 El fin antielusivo no es cumplido.

Aquí reparamos en lo que SHÖN identifica como ataque político al *arm's length*.

Desentrañar las incidencias que pueda acarrear el impuesto que grava las rentas de las sociedades encierra una tarea repleta de complejidades que no siempre son advertidas desde un análisis conclusivo que parta de la asunción de afirmaciones apriorísticas. Con ello queremos referirnos a que quienes han realizado estudios empíricos y económicos de la materia aseveran con bastante rotundidad que existe un elevado grado de incertidumbre sobre cuáles sean las citadas incidencias (ver, por todos, el estudio de MCLURE Jr.¹⁷¹⁶). Las razones que se pueden señalar en pos de dicha incertidumbre son varias:

¹⁷¹⁴ bajo el título “*Un mundo sin fronteras: la concreción del potencial del comercio electrónico mundial*”.

¹⁷¹⁵ COCKFIELD, A. J. (2004).

¹⁷¹⁶ MCLURE Jr., C. E. (1981).

- el debate no puede plantearse en términos de que el impuesto afecte exclusivamente a la estrategia empresarial de maximización de beneficios, porque existen muchas razones por las que una empresa no opera guiada por el criterio de maximización y nada tiene que ver con desplazamientos motivados por ahorro fiscal;
- los impuestos sobre las rentas de las sociedades no son impuestos puros sobre las rentas de las sociedades, sino que también gravan los retornos por las aportaciones invertidas por los socios, por lo que para conocer las incidencias hace falta analizar las consecuencias del gravamen de los dividendos, la ratio de endeudamiento, la ratio $\frac{\text{capital}}{\text{carga laboral}}$, opciones de elección de los consumidores, etc.;
- la apreciación de que a menos que el efecto del gravamen sobre las rentas societarias a corto plazo se pueda mover, incidirá en los salarios y en la ratio $\frac{\text{capital}}{\text{carga laboral}}$, por lo que a largo plazo serían los trabajadores quienes soportarían la carga fiscal sobre las rentas de la sociedad.

En este contexto surge la cuestión de a qué parte de la empresa un Estado aplica su impuesto sobre la renta de sociedades. La respuesta puede resumirse en que la incidencia será distinta en aquellos Estados que emplean un método formulario y aquellos que adoptan un criterio de entidades separadas. En el caso de la consideración de la rentabilidad unitaria del grupo, los desplazamientos tendrán un carácter muy extraordinario. En cambio, cuando se aplica un criterio de entidades separadas se producirán desplazamientos de las incidencias del impuesto hacia los consumidores mediante políticas alcistas de precios y hacia los trabajadores, efectos que a buen seguro no estaban en la mente de los Estados al legislar en materia impositiva societaria.

Lo acabado de exponer nos ilustra sobre las múltiples aristas que supone el estudio de las incidencias del impuesto sobre las rentas de las sociedades.

Hecha abstracción de lo dicho, desde un punto de consideración que pudiéramos tildar más simplista, focalizando la atención en las incidencias que puedan presentarse estrictamente sobre las estrategias empresariales de ahorro fiscal, en los últimos años ha quedado más que patente que una de las principales preocupaciones en el ámbito fiscal internacional, si no la que más, es la erosión de las bases imponibles y el traslado de los beneficios. Ahora bien, los precios de transferencia no nacieron bajo los auspicios de la elusión fiscal, los distintos textos de las Directrices OCDE nos lo recuerdan; sirva de paradigma la redacción de 2017: *“El análisis de los precios de transferencia debe desvincularse claramente de la consideración de los problemas de fraude o elusión fiscal, aun cuando las determinaciones que se adopten en materia de precios de transferencia puedan utilizarse para dichos fines”*¹⁷¹⁷. Aunque ello no significa que la normativa en precios de transferencia no forme *“parte integrante del marco normativo para abordar la evasión fiscal internacional”*, sin llegar a reemplazar *“ni las normas antielusión ni las leyes que se aplican a las sociedades extranjeras controladas que*

¹⁷¹⁷ Directrices 2017, par. 1.2

*pueden ser necesarias para combatir operaciones abusivas*¹⁷¹⁸. O lo dispuesto en el Informe de 1995 aludiendo en varios pasajes a las múltiples causas que pueden motivar que el precio de transferencia no sea acorde al *arm's length*: “*Otros factores distintos a las consideraciones de índole fiscal pueden distorsionar las relaciones comerciales y financieras establecidas entre empresas asociadas. Por ejemplo, las empresas pueden verse sometidas a presiones gubernamentales (tanto a nivel doméstico como a nivel internacional) en relación con las valoraciones aduaneras, normativa antidumping, y normativa de control de cambios. Adicionalmente, las distorsiones en los precios de transferencia se pueden ocasionar como consecuencia de los requerimientos de cash flow en las empresas que forman parte de un grupo multinacional. Un grupo multinacional puede sentirse presionado por el lado de los accionistas en el sentido de tener que mostrar una alta rentabilidad en la casa matriz, sobre todo en el caso concreto que la información financiera a facilitar a los accionistas no se haya tomado sobre bases consolidadas*”¹⁷¹⁹. Más adelante el Informe de 1995 refiere la naturaleza de las motivaciones: “*económicas, legales o fiscales...dependiendo de las circunstancias de un caso particular*”¹⁷²⁰.

Igualmente aparece en los Comentarios al MCDI OCDE a propósito del artº9.

La doctrina adopta posicionamientos distintos a la hora de valorar las posibles distorsiones que producen la nueva organización comercial a través de las MNEs en el funcionamiento del impuesto de sociedades. Existe una minoría de autores que quitan relieve a la erosión de las bases impositivas y a la evasión fiscal desde el enfoque recaudatorio, al considerar que estadísticamente se observa que el impacto es muy modesto. Así el índice de desplazamiento de las rentas gravables a jurisdicciones de baja tributación en que incurren las multinacionales americanas se sitúa entre el 2% y el 4% de la totalidad de sus rentas gravables (HINES)¹⁷²¹. La experiencia avala la citada reflexión en opinión de LOHSE y RIEDEL¹⁷²², siendo apreciable que la normativa sobre precios de transferencia se aplica rigurosamente. Casos en Canadá, EE. UU. y el Reino Unido lo avalan: Astra Zeneca, Daimler Chrysler, Motorola, GlaxoSmithKline¹⁷²³. En la misma dirección, BUETNER et al.¹⁷²⁴ estudian el perfecto funcionamiento de la normativa de subcapitalización y RUF & WEICHENRIEDER¹⁷²⁵ evalúan el impacto del régimen de transparencia fiscal internacional en Alemania tras la reforma operada en 2003, concluyendo que la efectividad es muy considerable, reduciendo el atractivo de las denominadas inversiones pasivas por parte de las empresas alemanas en jurisdicciones de baja tributación. En 2005 la inmensa mayoría de las inversiones pasivas de las empresas alemanas tuvieron como destino EE. UU., Canadá y Francia. Esas cifras cambian si se toman las ratios de inversiones pasivas en

¹⁷¹⁸ OCDE (2011). “*Legislación en Materia de Precios de Transferencia – Propuesta de Enfoque.*”

¹⁷¹⁹ Par. 1.4.

¹⁷²⁰ Par. 1.39.

¹⁷²¹ HINES, Jr. J. R. (2014).

¹⁷²² LOHSE, T. & RIEDEL, N. (2013).

¹⁷²³ Supuso el pago de dicha entidad de 3.400 millones de dólares.

¹⁷²⁴ BUETNER, T.; OVERESCH, M.; SCHREIBER, U. & WAMSER, G. (2012).

¹⁷²⁵ RUF, M. & WEICHENRIEDER, A. (2012).

relación a inversiones fijas y activos intangibles cuya titularidad pertenece a las empresas alemanas, puesto que con dichos cálculos el primer destino se encuentra ocupado por Luxemburgo (3.900 millones de euros) y Hong Kong (1.600 millones de euros), aunque los autores insisten en que aun en esos parámetros las cantidades son bastante moderadas en comparación con los cifras globales de inversiones transnacionales fijas y en activos intangibles realizadas por las empresas alemanas (319 mil millones). No obstante lo anterior, la doctrina mayoritaria sostiene un impactante efecto de los precios de transferencia en pérdidas recaudatorias fiscales. En esta última dirección BUCKS & MAZEROV¹⁷²⁶ escribían en 1993 que el volumen de pérdida anual de recaudación de impuestos por el fisco americano oscilaba (siendo conservadores) entre 10 mil y 12 mil millones de dólares. Se trata de una realidad ínsita en la propia particularidad de las MNEs, por cuanto que, al no sujetarse a las reglas de un mercado abierto y considerar a los impuestos como un coste, son proclives a la manipulación de los precios de sus operaciones internas produciendo desplazamientos de las bases imponibles en perjuicio de la recaudación fiscal de los Estados que a priori deberían ser los receptores. Producto de dichas circunstancias han sido las técnicas de subcapitalización para tratar de aprovecharse de desplazar las bases vía pagos de intereses (que supondrán ingresos para quien los recibe y gastos para quien los paga), o diversas técnicas financieras que han ido apareciendo (el uso de paraísos fiscales, estrategias basadas en holding companies o estructuras sándwich o double Irish, etc.) y frente a las cuales el *arm's length* se muestra incapaz. Un estudio pormenorizado de casos en distintas jurisdicciones fiscales nos lo ofrecen SIKKA & WILLMOTT¹⁷²⁷.

Otros autores consideran que la importancia no radica tanto en el aspecto cuantitativo como en el cualitativo. Se trata de un problema de justicia social y de la igualdad entre los contribuyentes. Aparecen argumentaciones muy extremas, como la mantenida por AID¹⁷²⁸ cuando para describir la situación trae a colación la frase esgrimida por BAKER¹⁷²⁹ “*el capítulo más feo en el asunto de la economía global desde la esclavitud*” y que como la esclavitud antes de su abolición no suscita comentarios, o son muy pocos, añadiendo que los precios de transferencia son usados por prácticamente todas las MNEs para desplazar beneficios por todo el mundo¹⁷³⁰.

En España también se alzan voces en pos del énfasis del aspecto cualitativo. GARCÍA PRATS¹⁷³¹ escribe que los precios de transferencia son mecanismos de asignación de rentas entre jurisdicciones, pero también mecanismos antielusión fiscal para asegurar exigencias de justicia tributaria, aunque ni es el único ni el más depurado, adoleciendo de homogeneidad entre países. A nivel conceptual el *arm's length* es formulado de manera neutra, sin intervenir elemento alguno de intención, ánimo o finalidad elusoria, evasiva o defraudatoria, ni referencia a los propósitos fiscales. El artº9 no presume ni se limita a los supuestos en los que existe una voluntad defraudatoria o elusoria basándose

¹⁷²⁶ BUCKS, D. R. & MAZEROV, M. (1993).

¹⁷²⁷ SIKKA, P. & WILLMOTT, H. (2010).

¹⁷²⁸ AID, C. (2009).

¹⁷²⁹ BAKER, R. W. (2007).

¹⁷³⁰ BAKER, R. W. (2005).

¹⁷³¹ GARCÍA PRATS, F. A. (2005 a).

en el descubrimiento de una situación meramente objetiva¹⁷³². VILLELLAS¹⁷³³ se apunta a esta visión cuando escribe que se plantean no solo cuestiones recaudatorias, sino que, además, las estrategias fiscales desarrolladas por las empresas provocan problemas de justicia social en la distribución de beneficios entre los territorios. NAVARRO IBARROLA¹⁷³⁴ se muestra especialmente crítico con la confusión entre elusión fiscal y los precios de transferencia. Esa confusión se aprecia a nivel de la doctrina jurisprudencial patria, destacando entre otras la STS 18 julio 2012 (caso BICC), en la que nada menos se vino a sustituir el análisis de comparabilidad por una suerte de test de razonabilidad y a utilizar terminología claramente alusiva a la intención de las partes en la realización de la operación, para terminar concluyendo que el artº9 MCDI OCDE contiene una norma antielusiva. Con anterioridad vino siendo constante la mezcla de los conceptos. La Resolución TEAC de 30 marzo 1989 expresaba que “*la finalidad primordial, aunque no la única, de los precios de transferencia es trasladar los beneficios de una empresa a otra, lo que puede suponer, si se trata de dos entidades sujetas a una misma soberanía fiscal, la elusión del pago del Impuesto de Sociedades...Este traslado de beneficios mediante los precios de transferencia igualmente se realiza entre sociedades sujetas a distintas soberanías fiscales para colocar los beneficios en aquellos países, que por su bajo nivel impositivo, constituyen los denominados paraísos fiscales*”. En parecidos términos se pronunciaban las Resoluciones TEAC 3 octubre 1989, ó 9 mayo de 1995 o las STS 9 diciembre 2011 ó 19 octubre 2016 que parafrasea la anterior. Pero también se aprecia en otras jurisdicciones, como en Australia, donde se entremezclan las categorías al tratar los *ruling* o la interposición de entidades *conduit*. En opinión de este último autor dichas confusiones empañan el análisis, porque para los problemas especiales existe la vía de las normas específicas que los atajan de manera mucho más eficiente. La diferenciación de conceptos se apoya en tres razones fundamentales:

- La propia formulación del *arm's length* contenida en el artº9 MCDI OCDE, donde no se alude a que no existan razones comerciales en su fundamento.
- La prevención del fraude fiscal es el resultado, no la finalidad.
- Los conceptos de abuso de Derecho y elusión fiscal carecen de sustantividad propia, de lo contrario siempre habría que tributar de la forma más gravosa en que pudiese resultar aplicable la norma.

Otra visión particular es la mantenida por un sector doctrinal que aprecia como clave de diferenciación para determinar cuando nos encontramos ante una operación vinculada o precio de transferencia, y cuando no, la *societatis causa*. Con arreglo a ello serán consideradas operaciones vinculadas las que se celebran en especiales condiciones atendiendo únicamente al vínculo y relación sociedad–socio existente entre ellas y que, por ello, debería sustituirse el *arm's length* por un criterio distinto conforme ejemplifica la jurisprudencia germana. Habría que adoptar un criterio despojado de los elementos subjetivos de apreciación detectables en el seno del *arm's length* y encaminarse hacia

¹⁷³² GARCÍA PRATS, F. A. (2010).

¹⁷³³ VILLELLAS CIUDAD, C. (2019).

¹⁷³⁴ NAVARRO IBARROLA, A. (2016).

los conceptos del comerciante ordenado y diligente. La condición de la *societatis causa* se considera concurrente en los casos en que un ordenado y diligente comerciante bajo las mismas circunstancias, no hubiera concedido esa ventaja a un tercero ajeno a la relación societaria. Este criterio es de carácter objetivo, porque no analiza la motivación de la sociedad al actuar así. COMBARROS VILLANUEVA¹⁷³⁵ y ESTEVE PARDO¹⁷³⁶ se muestran defensores de este enfoque.

Por otra parte, no faltan autores que vinculan las operaciones vinculadas con el elemento subjetivo e intencional, ya sea con unos matices u otros. Sirvan de ejemplo dos concepciones del tema. La de SANZ GADEA¹⁷³⁷, quien estima que el régimen jurídico de las operaciones vinculadas persigue evitar la evasión de beneficios, lo cual ya era recogido en la memoria de la Ley 61/1978 del IS. Y la de NAVAS VÁZQUEZ¹⁷³⁸, quien desarrolla una concepción distinta y aproximada al concepto de fraude normativo específico frente al régimen general, entendiendo que la finalidad no es específica, sino sistemática. No se persigue una mayor o menor recaudación, sino que la valoración responda a valores reales, impidiendo manipulaciones que permitan que las cuentas de la sociedad no reflejen su auténtica situación patrimonial.

Por lo demás, se recordará que sobre este particular ya hemos tenido ocasión de pronunciarnos en distintos apartados de este trabajo. Así, con ocasión del estudio de la fundamentación del *arm's length* en el capítulo segundo, apartado rubricado "*La naturaleza multidisciplinar de los sistemas de precios de las transacciones empresariales internas en un contexto de globalización internacional*" (2.4.2.a) profundizamos en las distintas posturas de la doctrina internacional. También, cuando hemos analizado el régimen de las operaciones vinculadas en nuestro país hemos abundado en la materia con ocasión de tratar los ajustes, tanto los primarios como los secundarios y el régimen sancionador. A todo ello nos remitimos para evitar repeticiones innecesarias.

En nuestra opinión nos parece acertada la visión expuesta por DELGADO PACHECO¹⁷³⁹ cuando precisa que hay que contraponer las normas generales antielusión (GAAR) a las normas específicas antielusión *ad hoc* (SAAC). De las últimas existen numerosos ejemplos¹⁷⁴⁰, entre ellas se sitúan los precios de transferencia, si bien contienen una fuerte dosis de generalidad que sirve para complementar las GAAR. No obstante, las normas de precios de transferencia y su pilar básico, el *arm's length*, son ante todo "*un mandato de valoración de las operaciones intragrupo a precios de mercado*".

¹⁷³⁵ COMBARROS VILLANUEVA, V. E. (1988).

¹⁷³⁶ ESTEVE PARDO, M^a L. (1996 b).

¹⁷³⁷ SANZ GADEA, E. (1991).

¹⁷³⁸ NAVAS VÁZQUEZ, R. (1987).

¹⁷³⁹ DELGADO PACHECO, A. (2017).

¹⁷⁴⁰ Normas subcapitalización, régimen de transparencia fiscal (CFC), los impuestos de salidas (exit taxes), las reestructuraciones empresariales que no obedezcan a motivos económicos válidos y sí al ahorro fiscal, tratamiento de paraísos fiscales, cláusulas de limitación de beneficios de los convenios, etc...

6.1.1.b.3 El *arm's length* como ficción. Su artificialidad.

PREBBLE¹⁷⁴¹ escribe que los impuestos sobre las rentas son una ficción, por cuanto establecen ficciones legales para gravar transacciones reales, no pudiendo gravar directamente las transacciones económicas. Se gravan las representaciones formales que utilizamos para representar a las transacciones económicas. Es más, no se trata de una única ficción, sino que múltiples ficciones aparecen utilizadas en torno a la realidad de los ingresos (v.gr. el concepto de grupo empresarial, la distinción entre deuda y capital propio, etc.), entre ellas el *arm's length* que a su vez envuelve y se construye sobre otras ficciones. En definitiva, ello es lo que existe latente a la hora de la consideración de dos entidades que se encuentran asociadas e integradas en una misma empresa como si fueran independientes y no tuvieran vinculación.

ERASMUS-KOEN¹⁷⁴² recoge que “en 1933 los países desarrollados alcanzaron consenso en la creación de la ficción del enfoque fiscal de las entidades separadas, antes que considerarlas fiscalmente como partes inseparables de una única empresa de grupo global”¹⁷⁴³. Incluso se ha comparado con las aventuras de Alicia en el país de las maravillas (HELLERSTEIN¹⁷⁴⁴) porque el *arm's length* convierte la realidad en fantasía y luego finge que está en el mundo real. TREIDLER¹⁷⁴⁵ considera conceptualmente el *arm's length* como un “método factible para asegurar la alineación de los impuestos y la sustancia económica con respecto a la distribución geográfica del valor creado por la empresa individual, lo que refleja la “verdadera fuente” de valor agregado mediante la simulación de un mercado”

Precisamente por esto, desde sus orígenes el *arm's length* estuvo sujeto a una fuerte tensión que se conoce como el enfrentamiento entre el enfoque de las entidades separadas y el enfoque unitario. Así tenemos estudiado que desde muy temprano, ya en el informe del Comité de Expertos de 12 de abril de 1927 y en el Modelo de CDI de octubre de 1928 de la Liga de las Naciones, era perceptible la controversia entre el enfoque unitario y el enfoque de las cuentas separadas, si bien, y hasta ahora, ha sido el enfoque de las cuentas separadas el que en este duelo ha venido saliendo vencedor. Además, como nos recuerdan HAY et al.¹⁷⁴⁶, sería injusto obviar que en la mayoría de los casos el *arm's length* ha funcionado correctamente. Sin embargo, a nadie escapa que las circunstancias económicas han ido ganando paulatinamente preponderancia en el análisis de los precios de transferencia y ha habido un alejamiento más o menos considerable de los posicionamientos categóricos que rehusaban cualquier planteamiento que no estuviese alineado con el enfoque autorizado del *arm's length*.

¹⁷⁴¹ PREBBLE, J. (2011).

¹⁷⁴² ERASMUS-KOEN, M. (2009).

¹⁷⁴³ “In 1933, developed countries reached consensus on the creation of the fiction of the separate-entity approach for taxation, rather than being taxed inseparables parts of a single global group enterprise. The separate-entity approach is applied via arm's length principle”.

¹⁷⁴⁴ HELLERSTEIN, J. R. (1993).

¹⁷⁴⁵ TREIDLER, O. (2016).

¹⁷⁴⁶ HAY, D.; HORNER, F. & OWENS, J. (1994).

WILKIE¹⁷⁴⁷ aprecia que de una u otra manera las críticas al *arm's length* derivan de apoyarse en ficciones de dos tipos: a) legales, como dar vida a entidades con independencia de sus dueños en el plano económico, incluyendo préstamos y aportaciones financieras, y b) la valoración de la unidad económica como algo distinto. Según este autor el *arm's length*, y más generalmente los precios de transferencia, se sustentan en una variedad de ficciones legales, fiscales, contables y prácticas. WILKIE concretaba el problema de forma clara con las siguientes palabras:

“Neither in a transfer pricing context nor with reference to other notions of tax jurisdiction do global “firms” conduct business as a collection of autonomous actors. They see themselves as single economic enterprises, or “firms”, with equally singular or unitary profits...”

HELLERSTEIN¹⁷⁴⁸ compara el funcionamiento del *arm's length* con “*Alicia en el País de las Maravillas*”. CELESTIN¹⁷⁴⁹ refiere la artificialidad del *arm's length* al asumir que los miembros de una MNE se relacionan entre sí como si fueran independientes, ignorando las sinergias y eficiencias que presiden sus comportamientos. En el mismo sentido AVI-YONAH & CLAUSING¹⁷⁵⁰ consideran que se trata de una distinción artificial entre partes de una misma empresa. NAVARRO IBARROLA¹⁷⁵¹ escribe: “*la normativa sobre precios de transferencia basada en el principio de plena competencia impone una ficción concretada en que a efectos tributarios, la valoración de las operaciones efectuadas entre partes vinculadas se equipará a aquella que partes independientes hubiesen acordado en circunstancias similares. El precio efectivamente acordado no surtirá consecuencias jurídicas en el plano tributario y su relevancia residirá únicamente en servir como referencia para calcular el ajuste sobre la base imponible en aras de reflejar el resultado de la ficción*”.

La quiebra del *arm's length* desde esta perspectiva subyace en considerar que es contrario a la realidad económica de la relación¹⁷⁵². La MNE es una unidad y aprovecha sus ventajas competitivas. La esencia del *arm's length* no es comparar precios y resultados. La esencia radica en tratar a partes relacionadas como si fueran independientes (HAMAEEKERS¹⁷⁵³), de donde se deriva qué condiciones de *arm's length* concurrirán cuando la estructura organizativa sea descentralizada, exista ausencia de instrucciones o interacciones por parte de la dirección central, así como independencia de las retribuciones de los directivos de los beneficios y libertad para comprar y vender a partes ajenas.

Solamente cuando se consiga coherencia del criterio de distribución de las rentas con la realidad económica subyacente se podrá garantizar la solución a los problemas

¹⁷⁴⁷ WILKIE, J. S. (2012).

¹⁷⁴⁸ HELLERSTEIN, W. (2005).

¹⁷⁴⁹ CELESTIN, L. C. (2000).

¹⁷⁵⁰ AVI-YONAH, R. S. & CLAUSING, K. A. (2007).

¹⁷⁵¹ NAVARRO IBARROLA, A. (2016).

¹⁷⁵² CAUWENBERG, P. (1998).

¹⁷⁵³ HAMAEEKERS, H. (1997).

incardinados en la utilización de paraísos fiscales, la competencia fiscal agresiva entre Estados y en la expatriación de capitales mediante desplazamientos de bases imponibles, porque si no existen limitaciones y condicionamientos las MNEs tenderán a una tributación cero (CHOVART¹⁷⁵⁴).

PICCIOTTO¹⁷⁵⁵ reseña que se trata de una ficción porque parte de la suposición de un mercado abierto y de precios independientes.

Sobre el concepto de ficción y sus implicaciones en el Derecho fiscal ya nos hemos pronunciado en el capítulo dedicado al régimen jurídico existente en España, especialmente en el apartado dedicado a sus elementos caracterizadores y, más concretamente, al tratar la naturaleza de las normas de valoración (V.4.5).

6.1.1.b.4 Otros puntos de crítica. El impacto del Derecho de la U.E. sobre el *arm's length*.

i.- Otros puntos de crítica.

Consecuencia de la artificiosidad que supone la aplicación del *arm's length* es la ausencia de comparables. LI lo expresa con suma claridad. No hay auténticos comparables porque las MNEs celebran y son parte de transacciones en las que empresas independientes no se hubieran visto envueltas, ya sea porque no quieren o porque no pueden. COCKFIELD precisa que como efecto del alto nivel de integración reinante en las MNEs se hace muy difícil encontrar comparables entre entidades independientes. La dificultad que entraña el encontrar comparables no controlados y la complejidad de la búsqueda a su vez generan otros obstáculos añadidos, entre los que PICCIOTTO¹⁷⁵⁶ destaca la incertidumbre, el consumo de tiempo en labores administrativas fiscales y los costes de la cumplimentación de los deberes que impone el sistema. AVI-YONAH¹⁷⁵⁷ abunda en la materia y procede a ilustrarnos sobre las consecuencias propiciadas por la falta de comparables:

- a) grandes costes administrativos, tanto para los contribuyentes como para las AATT;
- b) posicionamientos cuantitativos muy alejados entre las AATT y los contribuyentes;
- c) gran dosis de incertidumbre;
- d) la ausencia de estándares claros, lo que favorecerá los desplazamientos de las bases fiscales;

¹⁷⁵⁴ CHOVART, E. (2003).

¹⁷⁵⁵ PICCIOTTO, S. (2012).

¹⁷⁵⁶ PICCIOTTO, S. (2012).

¹⁷⁵⁷ AVI-YONAH, R. S. (2010).

- e) igualmente, la ausencia de estándares provocará el acudir frecuentemente a APAs y a otras soluciones de acuerdos;
- f) la imagen pública de los precios de transferencia será muy negativa;
- g) necesidad de acudir a otros sistemas y módulos que impidan los desplazamientos fiscales.

Pese a todo, es un hecho incontestable el que existen muchos actores implicados en el escenario de la aplicación de los precios de transferencia que no ven con malos ojos el sistema del *arm's length* existente. Ello ha servido para que ciertos autores enfatizen negativamente el que se encuentran envueltos abogados, contables, auditores, asesores, MNEs, gobiernos y autoridades fiscales, además de agencias multinacionales (OCDE, ONU, etc.), por cuanto suponen toda una amalgama de intereses ajenos creados en torno a los precios de transferencia que se traducen en la complejidad de la materia. Además, los profesionales se sienten cómodos aplicando un sistema que ya conocen y las AATT es lógico que prefieran la aplicación de sus sistemas fiscales nacionales¹⁷⁵⁸.

ii.1. – El impacto del Derecho de la U.E. sobre el *arm's length*.

ii.1 Introducción.

No podemos terminar sin reparar en las concomitancias con que contribuye el Derecho de la Unión Europea en todo este panorama que venimos exponiendo. Ya en otro lugar de este trabajo nos ocupamos de los problemas generados por la falta de armonización, en especial en la fiscalidad directa. Aquí ahora nos vamos a ocupar de la compatibilidad entre el *arm's length* y el Derecho de la Unión Europea. A grandes rasgos podemos decir que el TJUE aborda el tema desde dos ángulos distintos. Por una parte, aquellos supuestos en los que estudia el *arm's length* y las ayudas de Estado, cuyos casos más recientes han sido la sentencia 15 julio 2020, *Irlanda y otros*, en el que se resolvieron acumuladamente los asuntos T-778/16 y T-892/16 (más conocido como caso Apple), y la sentencia 24 septiembre 2019, *Starbucks y otros*, en la que se resolvieron acumuladamente los asuntos T-760/15 y T-636/16. Por otra parte, y ocupándose directamente de transacciones transnacionales entre entidades relacionadas, hay que mencionar como pronunciamientos últimos las sentencias del TJE de 12 diciembre 2002, *Lankhorst– Hoorst* (Caso C–324/00)¹⁷⁵⁹; de 13 marzo 2007, *Test Claimants in*

¹⁷⁵⁸ En estas consideraciones reparan autores como SIKKA, P. & WILLMOTT, H. (2010); AVI-YONAH R. S. (2010).

¹⁷⁵⁹ En el mismo se planteó si el régimen de subcapitalización alemán versus la libertad de establecimiento. El trato dado por el impuesto sobre sociedades alemán a la subcapitalización diferenciaba:

–el pago de intereses de una filial nacional a su matriz nacional, considerando que se trataban de gastos plenamente deducibles para la filial

–el pago de intereses de una filial nacional a su matriz extranjera, considerando que a partir de unos límites no eran intereses (gasto) sino distribución de beneficios no deducibles.

El TJE consideró que la diferenciación de trato vulneraba el Derecho de la Unión Europea.

the Thin Cap Group Litigation (Caso C-524/04)¹⁷⁶⁰; de 21 enero 2010, *Société Industrielle de Gestion* (Caso C-311/08)¹⁷⁶¹ y la sentencia 31 mayo 2018 en el caso *Hornbach–Baumarkt AG* (Caso C-382/16)¹⁷⁶².

Como se puede rápidamente deducir, las resoluciones que han recaído sobre la materia de precios de transferencia en el ámbito de la fiscalidad directa no son abundantes, pero eso no significa que no exista todo un cuerpo de doctrina jurisprudencial que resulte aplicable a la materia objeto de análisis, pues en abstracto se trata del conflicto entre las medidas nacionales restrictivas y las libertades fundamentales europeas, por lo que todas aquellas pautas, principios y criterios que han venido dejando asentados pronunciamientos ocurridos con ocasión de otras medidas restrictivas en materias diversas resultarán de necesaria consideración y aplicables.

No obstante, como teníamos anunciado, en la actualidad ya existen algunas sentencias que se han ocupado de los precios de transferencia y el *arm's length*, si bien debe reconocerse que con anterioridad a las mismas fueron escasos los pronunciamientos que tuvieron ocasión de analizar más o menos directamente la temática. La STJUE 24 de septiembre de 2019, asuntos acumulados T-755/15 y T-759/15 en la que se analiza el *arm's length* con ocasión de la fiscalidad indirecta por motivo de unas ayudas de Estado. Aunque la citada sentencia se pronuncia en clave de ayudas de Estado y en el marco del artº 107 TFUE, lo que supone obvias limitaciones a su alcance, deja sentadas

¹⁷⁶⁰ En este caso el debate versó sobre la regulación en el Reino Unido sobre préstamos transnacionales a socios que obligaba a la recaracterización de los intereses pagados y a un ajuste compensatorio sobre la base de un convenio de doble imposición con el país de residencia de la matriz. Pero esta obligación solamente funcionaba y se preveía para cuando el pago de intereses no fuese acorde con el *arm's length*. El TJCE entendió que estas reglas no suponían un trato discriminatorio a los grupos transfronterizos, ya que la aplicación del *arm's length* puede estar justificada por intereses públicos superiores, como resultan las políticas fiscales de los Estados para combatir los comportamientos abusivos encaminados a la elusión fiscal.

¹⁷⁶¹ Dicho caso constituyó el primer caso genuino en materia de precios de transferencia, ya que en los otros dos se cuestionaba el régimen de subcapitalización. En el mismo se analizó el régimen belga que permitía un ajuste cuando una empresa nacional concedía una ventaja inusual o a gratuidad a otra entidad relacionada extranjera, mientras que no existía previsión cuando la relación ocurría entre dos entidades relacionadas nacionales. El TJUE volvió a defender el *arm's length* como mecanismo de los Estados para defenderse de prácticas abusivas.

¹⁷⁶² En esta ocasión se somete al TJUE el que una sociedad residente en Alemania, Hornbach–Baumarkt AG, y con participaciones en distintas sociedades extranjeras (establecidas en Países Bajos) a través de dos filiales holandesas, otorgó de forma gratuita cartas de patrocinio en beneficio de las sociedades extranjeras del grupo a favor del banco financiador de estas últimas. La Agencia Tributaria alemana procedió a realizar ajustes en la base imponible de la sociedad residente incrementando sus ingresos en el importe de una comisión de aval (ficticia) con arreglo a lo que habría obtenido si hubiese llevado a cabo las operaciones controvertidas en condiciones de *arm's length*. La cuestión prejudicial planteada se formuló en los siguientes términos: ¿Se opone el artículo 49 TFUE [(anteriormente artículo 43 TCE)], en relación con el artículo 54 TFUE [(anteriormente artículo 48 TCE)], a la normativa de un Estado miembro con arreglo a la cual las rentas de un sujeto pasivo residente procedentes de las relaciones comerciales con una sociedad establecida en otro Estado miembro de la que posee, directa o indirectamente, al menos una cuarta parte de las participaciones y con la que ha acordado condiciones diferentes de las que habría acordado con terceros independientes en circunstancias idénticas o similares se han de valorar como si se hubiesen producido en las condiciones acordadas entre terceros independientes, si tal rectificación no se aplica a las rentas procedentes de relaciones comerciales con otra sociedad residente y la normativa no concede al contribuyente residente la posibilidad de demostrar que las condiciones se acordaron por razones económicas derivadas de su condición de socio de la sociedad establecida en el otro Estado miembro?

diversas apreciaciones que pudiéramos entender son transversales y sumamente interesantes en lo que aquí interesa:

a) Se contienen diversas apreciaciones generales que en cuanto reflejan la visión institucional europea deben tomarse como referencia, así sucede en relación con:

- ✓ el concepto de *arm's length* como el criterio por el que las transacciones intragrupo deben ser remuneradas como si hubieran sido negociadas entre empresas autónomas;
- ✓ el *arm's length* actúa como una herramienta para la apreciación del nivel de precios de las transacciones intragrupo, determinando si los beneficios imposables de una sociedad perteneciente a un grupo a efectos del cálculo del impuesto de sociedades se han calculado aplicando un método que se aproxime a las condiciones del mercado. En caso de que se pueda concluir que una medida estatal no respeta las condiciones de mercado se entenderá que es discriminatoria;
- ✓ el fundamento del *arm's length* reside en el principio general de igualdad de trato en materia de fiscalidad, trayendo a colación la sentencia de 22 de junio de 2006, *Bélgica y Forum 187/Comisión*, asuntos acumulados C-182/03 y C-217/03.

b) Se entiende que los Estados miembros deben ejercer sus competencias en materia fiscal de conformidad con el Derecho de la Unión, como ya señalaba la sentencia de 3 de junio de 2010, *Comisión/España*, asunto C-487/08. La fiscalidad directa es competencia de los Estados miembros, pero éstos deben ejercitarla respetando aquel;

c) En las operaciones intragrupo el punto de partida lo constituye que los precios de las transacciones intragrupo no se determinan en condiciones de mercado, al no estar sometidas a las fuerzas del mercado (extremo que lo ratifica el apartado 206 de la Sentencia caso Apple).

d) Si el Derecho nacional establece que las sociedades integradas deben tributar en las mismas condiciones que las sociedades autónomas, el artº107 da cobertura para controlar la adecuación de las medidas fiscales estatales al *arm's length*.¹⁷⁶³

Por tanto, son extraíbles diversas consecuencias del extremo acabado de exponer:

- ✓ El TJE deja sentado, en primer lugar, que el determinar lo que constituye una tributación "*normal*" pertenece a la esfera de la autonomía fiscal de los Estados miembros¹⁷⁶⁴.
- ✓ En segundo lugar, se refiere que el ejercicio de esa competencia debe ser respetuosa con el Derecho de la Unión Europea¹⁷⁶⁵.

¹⁷⁶³ Ver los párrafos 141, 157 y 183 de la STJUE 24 de septiembre de 2019.

¹⁷⁶⁴ Párrafo 141 y 157 de la STJUE 24 de septiembre de 2019.

¹⁷⁶⁵ Párrafo 104, 134 de la STJUE 24 de septiembre de 2019.

- ✓ La llave que abre la puerta para someter la medida fiscal estatal al tamiz del artº 107 y al principio *arm's length* es que el Derecho nacional del Estado en cuestión haya adoptado el enfoque de empresas separadas, porque como se dice que adujo la Comisión en la decisión impugnada *si, en el marco de su sistema fiscal nacional, un Estado miembro escoge el enfoque de la entidad jurídica separada, según el cual el Derecho fiscal se centra en las entidades jurídicas y no en las entidades económicas, el principio de libre competencia es necesariamente un corolario de este enfoque, que tiene fuerza vinculante en el Estado miembro en cuestión, independientemente de si el principio de libre competencia se ha incorporado, ya sea expresa o implícitamente, al Derecho nacional*¹⁷⁶⁶. El *arm's length* no se desprende del Derecho de la Unión Europea, ni del Derecho internacional, sino que resultará aplicable cuando sea inherente al sistema ordinario de tributación tal como está establecido en el Derecho nacional. Cuando el Derecho fiscal nacional no establece una distinción entre las empresas integradas y las empresas independientes a efectos de su sujeción al impuesto de sociedades, el Derecho de la Unión por vía del artº 107 TFUE permite la verificación de si se gravan los beneficios resultantes de la actividad económica de tal empresa integrada como si derivara de operaciones realizadas a *arm's length* (Sentencia caso Starbucks, apartado 149). No obstante, la propia sentencia Starbucks a renglón seguido recoge alas y matiza en su apartado 159:
“la Comisión no dispone de una competencia que le permita definir de forma autónoma la tributación de una empresa integrada que puede considerarse «normal», prescindiendo de las normas fiscales nacionales. Sin embargo, si la tributación considerada «normal» está definida por las normas fiscales nacionales y si la propia existencia de una ventaja debe establecerse en relación con estas, no es menos cierto que, si dichas normas nacionales prevén que las sociedades independientes y las sociedades integradas tributen en las mismas condiciones, el artículo 107 TFUE, apartado 1, permite a la Comisión controlar si el nivel de los precios de las operaciones intragrupo aceptado por las autoridades nacionales para la determinación de la base imponible de una empresa integrada se corresponde con el nivel de precios de una operación que se haya negociado en condiciones de mercado.
- ✓ Por último, la formulación del *arm's length* así concebida se encuentra restringida al ámbito de las medidas fiscales y del tamiz del artº 107 TFUE¹⁷⁶⁷. Efectivamente, la sentencia procede a realizar

¹⁷⁶⁶ Parágrafo 152 de la STJUE 24 de septiembre de 2019.

¹⁷⁶⁷ Parágrafo 153 de la STJUE 24 de septiembre de 2019.

consideraciones de orden procesal y hace uso del artº107 TFUE como fundamento jurídico para rebatir los argumentos de los impugnantes, lo que tiene virtualidad cuando nos encontremos ante supuestos de ayudas de Estado, pero no en otras materias y situaciones fiscales.

La controversia se repite de idéntica forma en la sentencia de igual fecha, 24 septiembre 2019, *Starbucks y otros*, asuntos acumulados T-760/15 y T-636/16, en la que tras reconocerse la autonomía fiscal de los Estados en imposición directa, se precisa que ello no obsta a que los regímenes fiscales estatales deban ser respetuosos con el Derecho de la U.E. y las libertades en el mismo proclamadas, de suerte que puedan ser tamizados a la luz del artº107 TFUE, y tal verificación por parte de la Comisión en ningún caso supone injerencia.

e) Lo que sí precisa la sentencia es que las Directrices de la OCDE no tienen carácter vinculante, pero constituyen un criterio autorizado avalado por expertos.¹⁷⁶⁸ Esta consideración es reiterada por las Sentencias *Starbucks* en su apartado 155 y la de 15 julio 2020, *Apple*, Asuntos acumulados T-778/16 y T-892/16.

f) Se debe tratar de la misma forma a las sociedades integradas y las sociedades autónomas¹⁷⁶⁹ de acuerdo con la doctrina sentada por la sentencia de 22 de junio de 2006, *Bélgica y Forum 187/Comisión*, asuntos acumulados C-182/03 y C-217/03.

g) El TJE aprecia el acierto de la Comisión al considerar el *arm's length* como una herramienta o “*criterio de referencia*” que permite determinar y controlar si concurren condiciones de mercado en precios de transferencia¹⁷⁷⁰, este es el contenido del mismo (en idéntico sentido Sentencia caso *Starbucks*, apartado 151 y 157 y Sentencia caso *Apple*, apartados 194, 195 y 215).

h) La sentencia matiza que la Comisión en su Decisión no proclama la existencia de un principio general de igualdad de trato en materia fiscal que quede dentro del ámbito del artº 107 TFUE, ello sería demasiado amplio, sino que hay que contextualizarlo, porque lo que se pretende con el *arm's length* es verificar que las transacciones intragrupo se remuneran como si se hubieran negociado entre empresas independientes (en análogos términos la Sentencia *Starbucks*, apartado 168).

En cuanto a la segunda faceta, resultan particularmente interesantes las reflexiones de SCHÖN¹⁷⁷¹ sobre lo que califica como crítica legal al funcionamiento del *arm's length*. Se trata de evaluar el impacto de las libertades fundamentales europeas asentadas por el TFUE (libertad de establecimiento y libertad de circulación de personas, mercancías y capital entre entidades relacionadas en el seno del mercado único) sobre los precios de transferencia y el *arm's length*, a fin de determinar si producen un trato discriminatorio.

¹⁷⁶⁸ Parágrafo 147 de la STJUE 24 de septiembre de 2019.

¹⁷⁶⁹ Parágrafo 142 de la STJUE 24 de septiembre de 2019.

¹⁷⁷⁰ Parágrafo 143, 155, 159 y 162 de la STJUE 24 de septiembre de 2019.

¹⁷⁷¹ SCHÖN, W. (2011).

Para este autor la postura del TJE¹⁷⁷² merece una valoración negativa, en el sentido de que se coloca al *arm's length* en una tesitura en la que antes o después tendría que ser redefinido o sustituido. Pero no todos los autores coinciden en la citada estimación, existiendo otro sector doctrinal que considera que supone la reconciliación del *arm's length* con el Derecho europeo.

ii.2 Libertades fundamentales en juego y enfoques posibles de su compatibilidad con el *arm's length*.

La primera duda que nos asalta es a qué libertades fundamentales nos estamos refiriendo. SCHÖN¹⁷⁷³ piensa que como regla general la libertad que podría ser afectada en relación con los precios de transferencia es la libertad de establecimiento (artº 49 TFUE), aunque es consciente de que hay autores con perspectivas más amplias como BAßLER¹⁷⁷⁴. En esta última línea SÁNCHEZ DE CASTRO¹⁷⁷⁵ opina que puede haber otras libertades en juego, dependiendo del caso concreto de que se trate, pudiendo verse comprometidas, por ejemplo, entre otras, la libertad de prestación de servicios (artº 49 TFUE) o la libertad de circulación de capitales (artº 63 TFUE).

El núcleo del problema radica en la tensión entre el principio de territorialidad de la potestad tributaria de los Estados¹⁷⁷⁶ y el trato diferenciado que se dispense a las operaciones nacionales de las transnacionales. En otras palabras, “*si bien la fiscalidad directa es competencia de los Estados miembros, éstos deben, sin embargo, ejercer dicha competencia respetando el Derecho comunitario*”¹⁷⁷⁷ y deben abstenerse de toda discriminación basada en la nacionalidad¹⁷⁷⁸

Una de las consecuencias del principio de territorialidad es “*que las sociedades no pueden trasladar a su antojo sus beneficios y pérdidas de un territorio a otro*”, so pena de dejar vacío de contenido dicho principio. Esta consecuencia constituye lo que se denomina equilibrio en el reparto de la potestad tributaria, avalado por reiteradas resoluciones del TJE¹⁷⁷⁹.

¹⁷⁷² mantenida en los casos Lankhorst–Hohorst C–324/00; Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, asunto C–524/04, y SGI, asunto C–311/08, a favor de la aplicabilidad del *arm's length* al considerar que los ajustes previstos por un ordenamiento doméstico con fines antielusivos no suponen un trato discriminatorio bajo ciertas circunstancias para las entidades extranjeras en supuestos en los que se trata de entidades nacionales tales ajustes no se contemplan

¹⁷⁷³ SCHÖN, W. (2015), “*Transfer Pricing Issues of Beps in the Light of EU Law*”, British Tax Review, 2015, Issue 3.

¹⁷⁷⁴ BAßLER, J. (2011).

¹⁷⁷⁵ SÁNCHEZ DE CASTRO MARTÍN–LUENGO, E. (2019).

¹⁷⁷⁶ Con arreglo al cual los Estados pueden regular que las sociedades residentes tributen por sus rentas mundiales y las no residentes por las rentas procedentes de su actividad en el Estado

¹⁷⁷⁷ Sentencia del TJCE de 13 de diciembre de 2005, asunto C-446/03. En el mismo sentido la sentencia de 8 de marzo de 2001, *Metallgesellschaft y otros*, asuntos acumulados C-397/98 y C-410/98;

¹⁷⁷⁸ Sentencias TJCE de 11 de agosto de 1995, *Wielockx*, asunto C–80/94; de 27 de junio de 1996, *Asscher*, asunto C–107/94; de 29 de abril de 1999, *Royal Bank of Scotland*, asunto C–311/97 o de 13 de abril de 2000, *Baars*, asunto C–251/98; de 4 de marzo de 2004, *Comisión/Francia*, asunto C-334/02.

¹⁷⁷⁹ Sentencias de 13 de diciembre de 2005, *Marks & Spencer*, asunto C-446/03; de 18 de julio de 2007, *Oy AA*, asunto C-231/05; de 15 de mayo de 2008, *Lidl Belgium*, asunto C-414/06; de 29 de noviembre de

En este contexto es donde cobra toda su virtualidad el *arm's length*, el cual se considera que tiene una doble finalidad¹⁷⁸⁰:

- en general, para garantizar una coherencia en el reparto de beneficios (y evitar la doble imposición);
- en particular, para rectificar la base imponible de una sociedad cuando se han creado unas condiciones artificiales o abusivas intencionadamente con el objetivo de evadir impuestos.

Precisamente por no existir la posibilidad de que se planteen estos fenómenos en las operaciones domésticas es por lo que surge la cuestión de la diferenciación de trato de las operaciones nacionales y las transnacionales. Por tanto, queda claro que los precios de transferencia caen de lleno en el ámbito del control de discriminación, ya que no simplemente significan una distribución del poder de gravar fiscalmente, sino que comportan también una distribución de beneficios entre entidades.

Sentadas estas premisas, resta por determinar cuándo existe trato discriminatorio o no.

Con tal finalidad pueden apreciarse tres enfoques:

a) Enfoque basado en la discriminación, de acuerdo con el cual una disposición será contraria a la libertad de establecimiento cuando a situaciones comparables se les dispense un trato distinto en perjuicio de las sociedades que desean ejercitar su libertad de establecimiento. A tal efecto, cuando se trate de entidades vinculadas, para la comparación habrán de tomarse en consideración las circunstancias y el trato dado a las entidades vinculadas. El criterio de comparabilidad ya fue utilizado en la STJCE de 17 de febrero de 1959, *Sociétés Des Fonderies de Pont-A-Mousson*, asunto 14/59, en donde se dijo: “*La existencia de una discriminación, consiste en tratar de forma desigual situaciones comparables, supone la obligación y la posibilidad de aplicar un tratamiento idéntico a todos los intereses en cuestión.*” La discriminación que veta el ordenamiento comunitario únicamente es la discriminación material, esto es, la que “*consistiría en tratar bien de manera diferente situaciones similares, bien de manera idéntica situaciones diferentes*”¹⁷⁸¹. CASADO OLLERO¹⁷⁸² destaca que el principio de no discriminación comporta una doble faceta: prohíbe trato diferente a situaciones similares y la comparación debe tener presente las particularidades del caso de manera que como regla general situaciones comparables reciban el mismo trato, solo como excepción y siempre cuando se encuentre justificado de forma objetiva podrá contradecirse la libertad fundamental.

2011, *National Grid Indus*, asunto C-371/10; de 6 de septiembre de 2012, *Philips Electronics UK*, asunto C-18/11; de 20 de enero de 2021, asunto C-484/19; de 19 de junio de 2019, asunto C-608/17.

¹⁷⁸⁰ Conclusiones del Abogado General, Sr. Michal Bobek, de 14 de diciembre de 2017, Asunto C-382/16.

¹⁷⁸¹ STJCE de 17 de julio de 1963, *Gobierno de Italia v.s Comisión de la C.E.E.*, asunto 13/63.

¹⁷⁸² CASADO OLLERO, G. (1981).

b) Enfoque basado en la restricción, en virtud del cual se considera como medida restrictiva toda aquella que pueda “*obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado*”. La obstaculización puede ser directa o indirecta, real o potencial. La restricción es un concepto más amplio que el de discriminación, porque incluso resultaría de aplicación cuando una medida sin producir discriminación sobre la base de la nacionalidad, es susceptible de obstruir o hacer menos atractivo el ejercicio de las libertades fundamentales¹⁷⁸³. Se trata de lo que se ha dado en llamar la doctrina de la “*medida de efecto equivalente*”¹⁷⁸⁴ instaurada por la Sentencia del caso *Dassonville*¹⁷⁸⁵, porque tal medida obstaculizadora es de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas. Así concebido y si no tuviera limitaciones, este enfoque chocaría frontalmente con el principio de territorialidad, por cuanto la mera existencia de un régimen fiscal distinto entre países podría desembocar teóricamente en la consideración de discriminatorio (por restricción) del régimen fiscal que pudiera entenderse más gravoso. Sin embargo, la mera existencia de distintos sistemas fiscales nacionales (y sus disparidades) no es causa de discriminación, debiéndose corregir las fricciones que por ello puedan existir vía políticas de armonización.

c) Enfoque mixto, que parte del enfoque basado en la restricción, pero que admite excepciones al mismo. Como indica GARCÍA PRATS¹⁷⁸⁶ para admitir la validez de una restricción a una libertad fundamental comunitaria se hace preciso que las medidas estatales sean necesarias para proteger un interés legítimo del Estado miembro, y sin que su alcance pueda ir más allá de lo que sea necesario para alcanzar los objetivos. En síntesis, las excepciones operan en dos supuestos:

- ✓ cuando se trate de situaciones que no son objetivamente comparables;
- ✓ cuando la medida persiga un objetivo legítimo, resulte justificada por una razón imperiosa de interés general y sea proporcionada, no yendo más allá de lo necesario¹⁷⁸⁷.

Por su parte la STJCE de 26 de abril de 1988, *Bond van Adverteerders y otros*, asunto 352/85, recoge que las normativas nacionales discriminatorias sólo son compatibles con el Derecho Comunitario si pueden acogerse a una disposición expresa que establezca una excepción, esto es, en los supuestos contemplados en los artículos 36 , 45.3 , 52 .1 y 62 del TFUE.

¹⁷⁸³ STJUE de 27 de febrero de 2020, asunto C-384/18.

¹⁷⁸⁴ Con medidas de efecto equivalente se alude a las medidas de efecto equivalente a las medidas de restricciones cuantitativas. La prohibición de las medidas de efecto equivalente se encuentra articulada en los artº 34 y 35 TFUE.

¹⁷⁸⁵ STJCE de 11 de julio de 1974, *Dassonville*, asunto C-8/74:

“*toda reglamentación comercial de los Estados miembros susceptible de obstaculizar, directa o indirectamente, real o potencialmente, el comercio intracomunitario*”

¹⁷⁸⁶ GARCÍA PRATS, F.A. (1998).

¹⁷⁸⁷ Entre otras muchas las SSTJE de 5 de diciembre de 2006, *esta y otros*, asuntos acumulados C-94/04 y C-202/04; de 18 de mayo de 2017, *Lahorgue*, asunto C-99/16; de 13 de noviembre de 2018, asunto C-33/17; de 27 de febrero de 2020, asunto C-384/18.

ii.3 Excepciones justificadoras de discriminación. Primer presupuesto: las razones imperiosas de interés general (*mandatory requirements*): la distribución de la potestad tributaria, la coherencia o simetría del sistema fiscal y el evitar la evasión fiscal y los abusos.

Dicho lo anterior procede realizar algunas reflexiones conceptuales sobre los tres conceptos jurídicos indeterminados referidos: objetivo legítimo, razón imperiosa de interés general y proporcionalidad. Ocupémonos en primer lugar de qué se entiende como razón imperiosa de interés general.

El interés público como hilo conductor de la excepción a la doctrina de la prohibición de las medidas que supongan restricción a las libertades fundamentales (“*medida de efecto equivalente*”) fue definitivamente asentado y desarrollado por la Sentencia del asunto *Cassis de Dijon*¹⁷⁸⁸, donde según nos aclara SARRIÓN ESTEVE¹⁷⁸⁹ se introdujeron dos principios fundamentales:

a) el principio de reconocimiento mutuo por el que los Estados miembros deben aceptar la entrada, venta y consumo en su territorio de productos que están legalmente fabricados y comercializados en otros Estados miembros;

y b) la doctrina del *mandatory requirements* (exigencias imperativas del interés general) que podría justificar restricciones a las libertades fundamentales por razón de interés general. La mencionada sentencia, en su parágrafo 9, incluye sin carácter exhaustivo entre las razones de interés general: los controles fiscales, la salvaguardia de la salud pública, la lealtad de las transacciones comerciales y la protección de los consumidores. Paulatinamente, la doctrina del *mandatory requirements*, nacida en relación a la libertad de circulación de mercancías, se fue extendiendo a las demás libertades fundamentales del Mercado Único: a la libre prestación de servicios, en la sentencia 25 julio 1991, *Manfred Säger*; a la libre circulación de trabajadores, en la sentencia 15 diciembre de 1995, *Bosman*; a la libertad de establecimiento, en la sentencia 30 noviembre 1995, *Gebhard* y a la libertad de circulación de capitales, en la sentencia de 4 de junio 2002, Comisión c. Reino de Bélgica., asunto C-503/99. La STSJ de Cataluña, Sala Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, de 14 mayo de 2019, dictada en el recurso nº 117/2017¹⁷⁹⁰, afirma que el concepto de razones imperiosas de interés general ha sido desarrollado por el TJUE en su jurisprudencia relativa a los artº 43 y 49 del Tratado (la libre prestación de servicios) y puede seguir evolucionando, abarcando al menos los ámbitos siguientes:

“orden público, seguridad pública y salud pública, en el sentido de los artículos 46 y 55 del Tratado, mantenimiento del orden en la sociedad,

¹⁷⁸⁸ STJCE de 20 de febrero de 1979

¹⁷⁸⁹ SARRIÓN ESTEVE, J. (2014).

¹⁷⁹⁰ En idéntico sentido la sentencia del mismo Tribunal Superior de Justicia de 3 de julio 2028, recurso nº 135/2015. También aparece así recogido en la STS 15 de enero de 2019, recurso nº3760/2017

objetivos de política social, protección de los destinatarios de los servicios, protección del consumidor, protección de los trabajadores, incluida su protección social, bienestar animal, preservación del equilibrio financiero de los regímenes de seguridad social, prevención de fraudes, prevención de la competencia desleal, protección del medio ambiente y del entorno urbano, incluida la planificación urbana y rural, protección de los acreedores, garantía de una buena administración de justicia, seguridad vial, protección de la propiedad intelectual e industrial, objetivos de política cultural, incluida la salvaguardia de la libertad de expresión de los diversos componentes (en especial, los valores sociales, culturales, religiosos y filosóficos de la sociedad), la necesidad de garantizar un alto nivel de educación, mantenimiento de la diversidad de prensa, fomento de la lengua nacional, conservación del patrimonio nacional histórico y artístico y política veterinaria.”

SARRIÓN ESTEVE enumera entre los supuestos de interés general acogidos por la jurisprudencia de la U.E.: la protección de la salud y la protección de los consumidores; el medio ambiente, la cultura y la pluralidad de medios; los objetivos sociales; la lucha contra la inflación; el patrimonio artístico, histórico o cultural; la protección de los trabajadores; la lucha contra el turismo de la droga y las molestias que acarrea; e incluso quizá también los derechos fundamentales.

RATCLIFF & MARINELLO¹⁷⁹¹ traen a colación el artículo 36 del TFUE como base de la permisión de adoptar medidas de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas cuando estén justificadas por un interés general no económico, englobando la moralidad pública, el orden público o la seguridad pública. Aunque la excepción debe interpretarse de forma estricta y las medidas no pueden ser discriminatorias ni encubrir restricciones al comercio entre los Estados miembros.

Entre las razones de interés general en el ámbito fiscal con incidencia en las operaciones transnacionales se pueden destacar tres: el reparto adecuado y equilibrado de la potestad tributaria entre Estados, un sistema fiscal coherente y simétrico y, por último, el evitar la evasión fiscal. En ocasiones el TJUE alude otras razones de interés general, pero su operatividad se reconduce a algunos de los conceptos anteriores, así por ejemplo las medidas para garantizar la eficacia de las inspecciones tributarias constituyen una razón imperiosa de interés general, pero según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, las inspecciones tributarias tienen por objeto luchar contra el fraude y la evasión fiscales (en este sentido, la sentencia de 5 de julio de 2012, *SIAT*, asunto C-318/10)

La STJCE 25 de julio de 1991, asuntos C-353/89 y C-288/89 recoge como razones de interés general un sistema tributario coherente. Ahora bien, el concepto de sistema tributario coherente es muy difuso y su aplicación aparece utilizada restrictivamente por el Tribunal. Así se perfila por el Abogado General STIX-HACKL en sus Conclusiones en el asunto Asunto C-150/04, cuando afirma: “*El concepto de coherencia del sistema tributario resulta, no obstante, bastante difuso. Parece que el Tribunal de Justicia ha*

¹⁷⁹¹ RATCLIFF, C. y MARTINELLO, B. (2021).

querido atender a la circunstancia de que –desde el punto de vista de los Estados miembros– las normativas tributarias que suponen una carga para el sujeto pasivo han de considerarse en relación con otras normas que les benefician, como por ejemplo, la eventual vinculación entre la tributación de las prestaciones de seguros y la deducibilidad de las primas. El concepto de coherencia ha de justificar las normas internas que tengan por objeto evitar la doble imposición o garantizar la tributación única, tal y como constató la Abogado General Kokott en su análisis de conceptos recogido en las conclusiones presentadas en el asunto Manninen. Ahora bien, en lo relativo a la tributación de los planes de jubilación, ha de añadirse que en aquellos sistemas que someten a tributación los rendimientos de los fondos de pensiones, como al parecer es el caso del sistema danés, no queda completamente excluida la duplicación de la carga económica –sin perjuicio de la eventual vinculación entre la deducibilidad de las aportaciones y la tributación de las prestaciones.... Da la impresión de que el carácter difuso de la coherencia como causa de justificación se debe, en definitiva, a la escasamente convincente incardinación sistemática de la noción de coherencia”. La STJCE de 13 de marzo de 2007, asunto C-524-04, precisó que para que una alegación basada en la exigencia de la coherencia del sistema fiscal pueda prosperar, es preciso que se demuestre la existencia de una relación directa entre la ventaja fiscal de que se trate y la compensación de dicha ventaja mediante un gravamen fiscal determinado. La STJCE de 12 de diciembre 2002, *Lankhorst-Hohorst*, asunto C-324/00, precisó que el vínculo directo existe cuando los beneficios y cargas fiscales recaigan sobre un único y mismo contribuyente, acogiendo así lo dispuesto por las sentencias de los casos *Bachmann* y *Comisión/Bélgica*. Igualmente existe una relación directa entre la consideración de las pérdidas y de los beneficios de una actividad ejercida en un Estado miembro¹⁷⁹².

Sobre el reparto adecuado y equilibrado de la potestad tributaria, al que ya nos hemos referido en líneas anteriores, escribía CRUZ VILLALÓN en calidad de Abogado General en sus Conclusiones de 29 septiembre 2011, asunto C-318/10, que el Tribunal de Justicia ha reconocido que la necesidad de salvaguardar el reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros, o el reparto de la competencia fiscal o de la facultad impositiva entre los Estados miembros, podía considerarse una razón imperiosa de interés general que justifica un obstáculo a las libertades. Si bien su aplicación ha venido siendo muy restrictiva, porque pese a que en numerosas ocasiones es invocada, hasta la fecha en que se pronunció el Abogado General únicamente había sido apreciada en cinco ocasiones¹⁷⁹³. En términos generales puede decirse que debe admitirse dicho elemento de justificación, sobre todo cuando el objeto del régimen fiscal controvertido sea evitar comportamientos que puedan comprometer el Derecho de un Estado miembro a ejercer su competencia fiscal en relación con las actividades desarrolladas en su territorio. Por otra parte, como subrayó el propio Tribunal de Justicia, sólo se ha empleado vinculado a otros elementos de justificación, así puede

¹⁷⁹² Conclusiones Abogado General, Sr. Kokkot, Asunto C-48/13

¹⁷⁹³ Sentencias *Oy AA*, asunto C-231/05; *Lidl Belgium*, asunto C-414-06; SGI, asunto C-311/08, y las sentencias de 17 de septiembre de 2009, *Glaxo Wellcome* (C-182/08), y de 25 de febrero de 2010, *X Holding*, asunto C-337/08.

apreciarse en la STJCE de 13 de diciembre de 2005, *Marks & Spencer*, asunto C-446/03, donde aparece junto con otras dos justificaciones, basadas en los riesgos de la doble imputación de las pérdidas y de la evasión fiscal. En otras resoluciones el Tribunal de Justicia reconoció el mantenimiento del reparto equilibrado de la potestad tributaria como motivo de justificación aun cuando no concurrieran estos dos elementos adicionales al mismo tiempo¹⁷⁹⁴. Descendiendo al ámbito de los precios de transferencia SCHÖN advierte que no se puede confundir la distribución equilibrada del poder fiscal (*ballanced allocation of power*) con la distribución del derecho de gravar (*allocation of taxing rights*). Los precios de transferencia no tienen prima facie por objeto la distribución de la potestad fiscal entre Estados, sino que son reglas de atribución de rentas o ingresos en el contexto de las transacciones intragrupo, lo cual se ve claramente de manifiesto en el análisis de comparabilidad y en el artº9 MCDI (SÁNCHEZ DE CASTRO MARTÍN-LUENGO¹⁷⁹⁵) La atribución de rentas se encuentra íntimamente relacionada con el ejercicio del derecho a gravar por un Estado Miembro, derecho que aparece plenamente subordinado a las libertades fundamentales. Por tanto, las medidas sobre precios de transferencia no pueden tener una justificación restrictiva en base al reparto equilibrado de la potestad tributaria entre Estados. Desde esta perspectiva, aunque en un primer acercamiento aparentemente el *arm's length* tiene una amplia justificación, a la postre resultaría que únicamente tendría cabida cuando se utilice para justificar medidas que persigan el evitar el traslado de las bases imponibles a jurisdicciones fiscales impropias.

Por último, resta por considerar la necesidad de preservar la eficacia de los controles fiscales y de luchar contra el fraude, la evasión fiscal o los abusos. Su reconocimiento como razón de interés general con capacidad para restringir una libertad fundamental no ofrece duda¹⁷⁹⁶. Así lo plasmó la STJE de 21 de enero de 2010, *SGL*, asunto C-311/08, y la reciente de 18 de junio de 2018, *Hornbach-Baumarkt-AG*, asunto C-382/16. CRUZ VILLALÓN en sus conclusiones escribe que la medida restrictiva para encontrar justificación debe cumplir el criterio de especificidad entendiendo como tal el que la medida persiga evitar los montajes puramente artificiales, carentes de realidad económica, cuyo único objetivo sea obtener una ventaja fiscal, eludir el impuesto o eludir la ley fiscal nacional, o igualmente lo cumple si la medida tiene por objeto específico excluir de una ventaja fiscal los montajes puramente artificiales cuyo objetivo sea eludir la aplicación de dicha legislación. Así la STJCE 16 julio 1998, *Imperial Chemical Industries*, asunto C-264/96, no consideró que se cumpliera el criterio de especificidad al no tener la medida enjuiciada “*por objeto específico excluir de una ventaja fiscal los montajes artificiosos cuyo objetivo sea eludir la ley fiscal*”. En

¹⁷⁹⁴ Sentencias *Oy AA*, asunto C-231/05, en su apartado 60; *Lidl Belgium*, asunto C-414-06, en su apartado 40 y conclusiones Abogado General KOKKOT en el asunto *SGL*, asunto C-311-08, en su apartado 56.

¹⁷⁹⁵ SÁNCHEZ DE CASTRO MARTÍN-LUENGO, E. (2019)

¹⁷⁹⁶ Sentencias TJCE de 20 de febrero de 1979, *Cassis de Dijon*, asunto C-120/78; de 15 de mayo de 1997, *Futura Participations y Singer*, asunto C-250/95; de 16 de julio de 1998, *Imperial Chemical Industries*, asunto C-264/96; de 8 de julio de 1999, *Baxter y otros*, asunto C-254/97; de 10 de marzo de 2005, *Laboratoires Fournier*, asunto C-39/04; de 14 de septiembre de 2006, *Centro di Musicologia Walter Stauffer*, asunto C-386/04.

el mismo sentido la sentencia de 12 diciembre 2002, *Lankhorst–Hohorst*, asunto C–324/00, en su apartado 37. Al objeto de la verificación de la procedencia de la justificación de la limitación o restricción habrá de verificarse¹⁷⁹⁷:

- que la justificación no provenga de una presunción general de fraude y abuso, ni se trate de medidas fiscales que vayan en detrimento de los objetivos de las directivas, ni medidas fiscales que menoscaben libertades fundamentales garantizadas por el Tratado¹⁷⁹⁸;
- que el fin específico de las medidas debe ser oponerse a comportamientos consistentes en crear montajes puramente artificiales, carentes de realidad económica, cuyo fin sea acogerse indebidamente a una ventaja tributaria¹⁷⁹⁹;
- que no se trate de medidas fiscales de alcance general que priven automáticamente de la ventaja tributaria a determinadas categorías de contribuyentes, sin que la Administración tributaria esté obligada a aportar al menos un principio de prueba o indicio del fraude o abuso¹⁸⁰⁰.

El TJUE matiza el concepto de montaje artificial diferenciando los supuestos en que se atenta contra la libertad de establecimiento de aquellos otros en que se atenta contra la libertad de circulación de capitales. Respecto de los primeros, la sentencia de 12 de septiembre de 2006, *Cadbury Schweppes y Cadbury Schweppes Overseas*, asunto C-196/04, predica que la domiciliación de una sociedad en un Estado miembro tiene las características de un «*montaje puramente artificial*» cuando se deduce de una comprobación basada en elementos objetivos y verificables, realizada por terceros, que esa sociedad constituye una implantación ficticia que no ejerce ninguna actividad económica efectiva en el territorio del Estado miembro de acogida, atendiendo a elementos objetivos como es el grado efectivo de implantación mediante locales, personal y equipos. El Tribunal de Justicia dedujo de ello que tales implantaciones ficticias, en particular, las que tienen las características de una filial «fantasma» o «pantalla», pueden quedar sujetas a un régimen tributario específico a fin de prevenir el fraude y la evasión fiscales. En opinión de MARTÍN JIMÉNEZ¹⁸⁰¹ el TJUE en la sentencia de referencia caracterizó los montajes puramente artificiales por tres rasgos:

- no es suficiente la intención o voluntad de ahorrar impuestos para estimar su concurrencia;
- comparten los mismos elementos estructurales (objetivo y subjetivo) que ya definió la jurisprudencia *Emsland–Stärke* o *Halifax*;
- cuando un acuerdo o estructura responda a una realidad económica, basada en una implantación real en el Estado de acogida con el objeto de realizar actividades económicas efectivas, no podrá estimarse que hay un montaje puramente artificial. A tal efecto la realidad económica debe ser evaluada en

¹⁷⁹⁷ STJUE de 20 de diciembre de 2017, *Deister Holding y Juhler Holding*, asunto C–613/16 y de 7 de septiembre de 2017, *Eqiom y Enka*, asunto C-6/16.

¹⁷⁹⁸ Parágrafo 61 de STJUE de 20 de diciembre de 2017.

¹⁷⁹⁹ Parágrafo 60 de STJUE de 20 de diciembre de 2017.

¹⁸⁰⁰ Parágrafo 62 de STJUE de 20 de diciembre de 2017.

¹⁸⁰¹ MARTÍN JIMÉNEZ, A. J. (2012).

términos de existencia física por lo que se refiere a «locales, personal y equipos»

Por el contrario, en el ámbito de la libertad de circulación de capitales el concepto de «montaje puramente artificial» no puede reducirse necesariamente a los elementos referentes a la falta de realidad económica de la domiciliación de una sociedad, ya que la creación puramente artificial puede concurrir en diversas formas en lo que se refiere a los movimientos de capitales transfronterizos. Ciertamente dichos datos pueden ser indicios de que existe un montaje puramente artificial también para aplicar las normas sobre libre circulación de capitales, en particular, cuando resulta necesario valorar la justificación comercial de una adquisición de participaciones en una sociedad que no ejerce actividades económicas propias. No obstante, dicho concepto también puede incluir, en el ámbito de la libertad de circulación de capitales, cualquier estructura cuyo objetivo principal, o uno de cuyos objetivos principales, sea la transferencia artificial de los beneficios obtenidos gracias a actividades realizadas en el territorio de un Estado miembro y destinadas a terceros países con baja tributación (STJUE 26 de febrero de 2019, *X GmbH*, asunto C-135/17).

Se ha dicho que en la jurisprudencia del TJUE hubo un antes y un después de la sentencia de 12 de septiembre de 2006, *Cadbury Schweppes* (otros autores matizan esta evolución como citaremos a continuación). Con anterioridad a la misma se consideraba la existencia de abuso solamente en los supuestos de montajes puramente artificiales cercanos a las simulaciones más groseras¹⁸⁰² en que no existiera una actividad real, dejando un amplio margen de actuación para la planificación fiscal agresiva. En la sentencia de 12 de septiembre de 2006, *Cadbury Schweppes* se ha querido ver¹⁸⁰³ el comienzo de una doctrina del abuso de Derecho superadora de la hasta entonces existente, de manera que:

- por una parte, se relativiza la importancia del elemento subjetivo o intencional predicado por la jurisprudencia en los casos *Halifax* o *Emsland-Stärke*, sustituyéndolo por un nuevo concepto: la “*actividad real o genuina*” que supone la existencia de actividad económica real mediante implantación física en el Estado para descartar la calificación de montaje artificial;
- por otra parte, se establece una equivalencia entre artificiosidad y el objetivo de eludir el impuesto normalmente adeudado sobre los beneficios generados por actividades llevadas a cabo en el territorio nacional, de manera que no habrá actividad real o genuina cuando la finalidad sea esencialmente fiscal;
- esa relativización y, por otro lado, equivalencia y alusión contenida al elemento subjetivo parecen indicar que la doctrina del abuso de Derecho establecida por el TJUE comprende tanto la simulación (en la que no interviene el elemento subjetivo, centrándose en la manipulación de los

¹⁸⁰² MARTÍN LÓPEZ, J. (2015) citando la doctrina contenida en las SSTJUE de 12 de diciembre de 2002 (TJCE 2002, 372), Lankhorst-Hohorst (C-324/ 00), apartado 37; de 11 de diciembre de 2003 (TJCE 2003, 411), Barbier (C-364/01), apartado 71; de 11 de marzo de 2004 (TJCE 2004, 61) , Lasteyrie du Saillant (C-09/02), apartados 50 y 51.

¹⁸⁰³ MARTÍN JIMÉNEZ, A. J. (2012).

hechos) como el fraude de ley (en el que sí es esencial la voluntad o intención del contribuyente);

- puede entenderse que existe una uniformización del concepto de abuso de Derecho Tributario, aplicable a la imposición directa e indirecta, que se ha visto confirmada por jurisprudencia posterior, entre las que son destacables la STJUE de 13 de marzo de 2007, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, asunto C-524/04 (en la que se dejan asentados dos pilares: por una parte, la necesidad de concurrencia de elementos objetivos verificables que hagan presumir la existencia de abuso – v.gr. infracción del *arm's length*¹⁸⁰⁴–, por otra parte, la identificación de los montajes puramente artificiales con aquellos en que el objetivo esencial es eludir la aplicación de la legislación tributaria de un Estado miembro); de 21 de febrero de 2008, *Part Service*, asunto C-425/06 (clarificó que finalidad u objetivo esencial equivale a finalidad principal, pero no única); 22 de diciembre de 2010, *RBS Deutschland Holdings GmbH*, asunto C-277/09; de 22 de diciembre de 2010, *Weald Leasing Ltd*, asunto C-103/09.

Con ciertas matizaciones, SANZ GÓMEZ¹⁸⁰⁵ también discierne que la doctrina del Tribunal europeo ha ido evolucionando con el tiempo, de forma que en el ámbito tributario no armonizado las medidas anti-elusivas eran admitidas restrictivamente debiendo estar justificadas por el interés general y el *test* de proporcionalidad, admitiéndose como razones de interés general principalmente dos: el reparto equilibrado de la potestad impositiva y la prevención de conductas abusivas. Posteriormente, en la STCE 16 de julio de 1998, *Imperial Chemical Industries*, C-264/96, se adoptó por primera vez el concepto de montajes puramente artificiales, que quedaría consolidado en las sentencias posteriores que ya tenemos citadas (*Cadbury Schweppes* y *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*). No obstante, el autor citado en su análisis aprecia que el TJCE en el caso *Imperial Chemical Industries* mantiene un concepto del abuso de Derecho en el que la lucha contra el fraude fiscal se coloca en un plano secundario, sujeto a la preponderancia de la evaluación del respeto a las libertades fundamentales de los Tratados de la U.E. Fue posteriormente en las sentencias *Cadbury Schweppes* y *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation* cuando el TJE se fue decantando por un mayor protagonismo del fraude fiscal. En el ámbito armonizado de la imposición indirecta se detectan connotaciones distintas ya que, para la apreciación del abuso, el criterio es que el objetivo esencial de las operaciones consista en obtener una ventaja fiscal (iniciado en el caso *Emsland-Stärke* y seguido en *Halifax* o *Part Service*).

Con el tiempo las dos tendencias conceptuales se han ido aproximando para al final perfilarse un concepto de abuso de Derecho aplicable tanto en el ámbito armonizado

¹⁸⁰⁴ “Una legislación de un Estado miembro puede estar justificada por motivos relativos a la lucha contra las prácticas abusivas cuando establece que los intereses abonados por una filial residente a una sociedad matriz no residente se calificarán como beneficios distribuidos únicamente si superan, y en la medida en que lo hagan, lo que dichas sociedades habrían acordado en condiciones de libre competencia, a saber, condiciones comerciales sobre las que tales sociedades habrían podido ponerse de acuerdo si no hubieran pertenecido al mismo grupo de sociedades”.

¹⁸⁰⁵ SANZ GÓMEZ, R. (2017).

como en el no armonizado y configurado en torno a dos elementos: la existencia de elementos objetivos que permitan la verificación del montaje artificial y la ausencia del propósito empresarial lo que permite excluir del abuso los casos en que la operación sea real (aunque entre las motivaciones empresariales se encuentre también la fiscal, siempre que no sea la principal o esencial)¹⁸⁰⁶.

En este contexto, el *arm's length* es un punto de partida para la determinación de cuándo una transacción es abusiva, funcionando como criterio de fijación de los elementos objetivos necesarios, aunque puede haber explicaciones comerciales que eliminen la existencia del abuso o la persecución meramente de ventajas fiscales. El contribuyente debe poder presentar, sin estar sujeto a restricciones administrativas excesivas, los elementos relativos a los posibles motivos comerciales por los que se celebró dicha transacción¹⁸⁰⁷.

ii.4 Excepciones justificadoras de discriminación. Segundo presupuesto: los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

MIRANDA PÉREZ¹⁸⁰⁸ apunta que la identificación del interés público protegido se realiza a través del examen de las medidas propuestas y del estudio de los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Por lo que en realidad la razonabilidad, proporcionalidad y razón imperiosa de interés público son conceptos interconectados. La medida restrictiva debe ser proporcionada y razonable, no pudiendo causar perjuicios desmesurados. Se ha querido ver por la doctrina conexión entre la *rule of reasons* americana¹⁸⁰⁹ y el principio de proporcionalidad y razonabilidad. La proporcionalidad significa que la medida ha de ser indispensable para garantizar la consecución del objetivo, de manera que el mismo resultado no pueda lograrse mediante normas menos rigurosas con idéntica eficacia¹⁸¹⁰ o, dicho de otro modo, el objetivo “*no puede alcanzarse mediante prohibiciones o limitaciones de menor amplitud o que afecten en*

¹⁸⁰⁶ MARTÍN LÓPEZ, J. (2015).

¹⁸⁰⁷ Sentencias *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation* (C-524/04); SIAT (C-318/10), ó 3 de octubre de 2013, *Itelcar* (C-282/12).

¹⁸⁰⁸ MIRANDA PÉREZ, A. (2003).

¹⁸⁰⁹ Se entiende por *rule of reasons* la práctica hermenéutica instaurada por los tribunales americanos a partir de la sentencia en el caso *United States v. Addyston Pipe and Steel Co* (1899) y asentada posteriormente en la sentencia *Standard Oil of New Jersey v. United States* (1911). Surgió en el ámbito del Derecho de la competencia, y más específicamente en la aplicación de la *Sherman Act*, con el fin de proteger la libertad de empresa mediante una interpretación de la norma que distinguía entre restricciones razonables y no razonables, por lo que las restricciones razonables o accesorias (denominadas *ancillary*) no se consideraban ilegales. Con el fin de discernir la restricción que en cada caso se trata se propugnaba una valoración de los efectos positivos y negativos.

¹⁸¹⁰ SSTJUE de 19 de diciembre de 2019, asunto C-465/18 y de 19 de mayo de 2009, asuntos acumulados C-171 y 172/07. Conclusiones del Abogado General CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, asunto C-407/19 y C-471/19, apartado 69.

*menor medida al ejercicio de esa libertad*¹⁸¹¹. Así se ha dicho que las medidas para encontrar justificación deben¹⁸¹²:

- ser adecuadas y apropiadas al fin que persiguen;
- deben ser necesarias;
- deben ponderarse los efectos positivos y negativos.

Descendiendo más concretamente al plano de los precios de transferencia resultan interesantes diversas consideraciones adicionales:

- el *arm's length* es un criterio adecuado para distinguir las construcciones artificiales de las operaciones económicas reales (Conclusiones del Abogado General, Sr. KOKKOT, Asunto C-311-08);
- la proporcionalidad concurrirá cuando se permita al sujeto pasivo aportar pruebas de que las operaciones que eventualmente no respondan al *arm's length* están justificadas por razones económicas (sentencias de 21 enero 2010, *SGL*, asunto C-311/08; de 31 mayo 2018, *Hornbach-Baumarkt-AG*, asunto C-382/16; de 26 febrero 2019, *X GmbH*, asunto C-135/17) y ello sin excesivas obligaciones administrativas;
- el *arm's length* en sí mismo considerado debe, o bien aceptarse (con sus defectos), o bien rechazarse. Generaría una enorme inseguridad jurídica que una serie de supuestas dificultades prácticas relativas a la aplicación de dicho principio a algunos casos muy específicos —que, conviene añadir, están expresamente previstos en las directrices internacionales sobre esta materia— pudieran considerarse un motivo válido para rechazarlo por desproporcionado (Conclusiones Abogado General, Sr. BOBEK, Asunto C-382-16, apartado 110);
- la proporcionalidad de las medidas restrictivas supone que los ajustes o correcciones a las transacciones se limiten a la fracción que supere lo que habría sido convenido en condiciones de *arm's length* (sentencias *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, asunto C-524/04, apartado 83; *SIAT* –C-318/10–, apartado 52; 3 de octubre de 2013, *Itelcar*, asunto C-282/12, apartado 38)

6.1.2 Elementos a favor del *arm's length*.

Pese a todo, lo cierto es que el *arm's length* sigue estando por el momento en plena vigencia, y ello indudablemente es debido a que representa y conlleva ciertas virtudes o ventajas que hasta ahora han sido de mayor peso que el acudir a otras alternativas.

La Directrices de la OCDE tradicionalmente han venido consagrando el *arm's length* como único enfoque posible para solucionar la fiscalidad de los precios de transferencia.

¹⁸¹¹ STJUE de 3 de septiembre de 2020, *Vivendi SA y otros*, asunto C-719/18, o véase, por analogía, la sentencia de 23 de diciembre de 2015, *Scotch Whisky Association y otros*, asunto C-333/14.

¹⁸¹² STJE 12 julio 2018, asunto T-356/15, apartado 373.

Las razones esgrimidas en los diferentes textos de las Directrices para adoptar el *arm's length* como el enfoque válido vienen siendo:

a) el *arm's length* ofrece un tratamiento fiscal equitativo para las empresas multinacionales y para empresas independientes, evitando ventajas o desventajas que falsearan la competencia (parágrafo 1.7 de la versión de 1995, parágrafo 1.8 de la versión de 2010 y 2017). Dos comentarios merece en nuestra opinión este razonamiento: primero, que en el mismo subyace el fundamento en que descansa el *arm's length*, esto es, el principio de igualdad fiscal, lo que supone una intromisión en la autonomía fiscal de los Estados de acuerdo con reiterados pronunciamientos del TJE; segundo, que, a nuestro modo de ver, refleja la importancia que han tenido las políticas fiscales estatales que han venido favoreciendo a sus empresas nacionales o a las entidades extranjeras con medidas de dudosa legitimidad desde el punto de vista de la equidad;

b) el *arm's length* facilita el crecimiento del comercio y las inversiones internacionales al excluir las consideraciones fiscales de las decisiones económicas (parágrafo 1.7 in fine, parágrafo 1.8 in fine en las versiones de 2010 y 2017). En este razonamiento se vislumbra la importancia y preocupación que en el ámbito de los precios de transferencia ha existido desde hace años por la utilización de las circunstancias para la evasión fiscal. En definitiva, se considera que el *arm's length* constituye una herramienta adecuada para limitar la planificación fiscal y conseguir que las decisiones económicas empresariales no queden subordinadas a la facilidad de la obtención de la maximización de los beneficios mediante el ahorro fiscal indebido;

c) el *arm's length* funciona en la mayoría de los supuestos (parágrafo 1.8 de la versión 1995, 1.9 en las versiones 2010 y 2017), aunque presenta problemas en los casos de grupos multinacionales involucrados en la producción integrada de bienes altamente especializados, en intangibles exclusivos, o en la prestación de servicios especializados. Para las situaciones problemáticas se ofrecen soluciones desde el 2010 en el apartado III del capítulo II;

d) el *arm's length*, pese a sus inconvenientes, es el enfoque que ofrece la posición más próxima al funcionamiento del libre mercado, determinando generalmente niveles adecuados de rentas entre miembros de grupos multinacionales, aceptables para las AATT. (parágrafo 1.13 en la versión 1995, 1.14 en las versiones de 2010 y 2017);

d) el abandonar el *arm's length* supondría abandonar la base teórica en que descansa, amenazar el consenso internacional existente sobre el mismo, incrementando el riesgo de que se produzca doble imposición, y olvidar la experiencia adquirida durante los años que lleva funcionando (parágrafo 1.14 en la versión de 1995, 1.15). En este argumento se oculta el temor a cualquier cambio que siempre existirá ante el desconocimiento del impacto que supondría la adopción de mecanismos nuevos para solucionar un problema, sin percatarse

que tal tipo de razonamiento supone implícitamente el reconocimiento de la existencia de insuficiencias y carencias;

e) por último, también el párrafo 1.14 (versión 1995, 1.15 en las versiones de 2010 y 2017), alude a que no existe una alternativa admisible o realista, descartando el método del reparto formulario tanto en su concepción teórica como en su aplicación práctica.

LI¹⁸¹³ se fija en los siguientes aspectos positivos:

a) en primer lugar, se trata de un instituto que tiene una longevidad indiscutible, que se remonta a los años 30 del siglo pasado. En nuestra opinión, la longevidad en un mundo tan cambiante como es el que nos ha tocado vivir no es precisamente un elemento de elogio, antes bien, puede interpretarse precisamente en sentido adverso. Por lo demás, los inicios del *arm's length* se sitúan en fechas anteriores a la que el autor de referencia precisa, aunque dicho dato tanto puede utilizarse para acentuar la virtud como el desfase. A mayor abundamiento, el enfoque opuesto al de las entidades separadas también tendría sus orígenes en dichas fechas. Es por ello por lo que la ventaja no se encontraría en la longevidad sino en su contrastada viabilidad en una gran diversidad de situaciones y contextos generadas a través de los años;

b) en segundo lugar, y relacionada con la primera, el *arm's length* goza de una amplia aceptación a nivel mundial, existiendo un extendido consenso internacional en su aceptación que comprende desde la OCDE a la ONU o los países andinos, sin olvidar en el Derecho europeo;

c) en tercer lugar, el *arm's length* supone la medición más precisa a valor de mercado de la contribución económica real y del riesgo asumido por las partes integrantes de una MNE, plasmando así el objetivo fijado por el artº 9.1 MCDI OCDE y cumpliendo con el “*commensurate with*” americano.

OWENS¹⁸¹⁴ señala como principal virtud del *arm's length* su flexibilidad, lo cual se consigue mediante las previsiones que integran su régimen de aplicación. La flexibilidad nos la ejemplifican los Acuerdos Previos de Valoración o el rango de precios en el análisis de comparabilidad. Precisamente por dicha flexibilidad podrá afrontar con solvencia los retos del nuevo comercio internacional y el comercio electrónico.

TREIDLER pone el centro de sus virtudes en que descende a las particularidades de cada supuesto, de cada operación, sin partir de un precio “correcto”. Además, constituye un método factible para conseguir la alineación que requiere la era BEPS

¹⁸¹³ LI, J. (2002).

¹⁸¹⁴ OWENS, J. (2005).

6.1.3 Alternativas.

Adentrarnos en las alternativas que se proponen ante la crisis del *arm's length* comporta necesariamente hablar de la columna vertebral de las mismas, esto es, el método formulario del prorrateo (FA). Las siguientes líneas las dedicamos a conceptualizar y categorizar de qué se trata y en qué consiste.

Con anterioridad, en este trabajo, hemos tratado los diferentes enfoques que tradicionalmente en la materia se han ido adoptando para atajar el problema de la distribución de las rentas y beneficios a efectos de tributación de las MNEs entre las distintas jurisdicciones implicadas en las operaciones transnacionales¹⁸¹⁵. Sin perjuicio de cuanto ya quedó dicho, conviene ahora traer a colación la diferenciación que reseña HAMAEEKERS¹⁸¹⁶ haciéndose eco de lo predicado en el Informe CARROLL de tres posibles enfoques:

- a) el enfoque de las entidades separadas, también denominado método de las cuentas separadas de los distintos establecimientos que componen una entidad;
- b) los métodos empíricos, que vienen a ser subsidiarios del anterior enfoque en supuestos en los que no sea fiable la contabilidad o esta resulte inexistente. Los métodos empíricos presentan múltiples variaciones;
- c) el enfoque unitario o del prorrateo formulario o igualmente conocido como método fraccionario. Es una variante de los métodos empíricos, pero tradicionalmente se ha venido tratando por separado.

Aunque no todos los autores, como tuvimos oportunidad de exponer, se encuentran conformes con la clasificación tripartita, en todos los enfoques el denominador común lo constituye el problema que tratan de solucionar: determinar los ingresos atribuibles a cada jurisdicción.

El método formulario del prorrateo o método fraccionario era conceptualizado por CARROLL como “*the determination of the income of one establishment of an enterprise by dividing total net income in the ratio of certain factors—for example, assets, turnover, pay-roll, or a fixed percentage*”¹⁸¹⁷. En muy similares términos era definido por KEESLING & WARREN¹⁸¹⁸. En la misma idea abunda MCLURE¹⁸¹⁹ al expresar que “*formula apportionment is required to divide the domestic income of a*

¹⁸¹⁵ Así con ocasión del análisis histórico en el capítulo III del presente trabajo, fundamentalmente en los apartados 3.2.1.6 “Informe de la Cuarta Sesión del Comité Fiscal al Consejo de junio de 1933” y 3.2.2.2.4 “Evolución en el área de los Precios de Transferencia”.

¹⁸¹⁶ HAMAEEKERS, H. (2009).

¹⁸¹⁷ [traducción] *la determinación de los ingresos de un establecimiento de una empresa dividiendo el ingreso neto total en la proporción de ciertos factores, por ejemplo, activos, resultados, salarios o un porcentaje fijo.*

¹⁸¹⁸ KEESLING, F.M. & WARREN, J.S. (1960): “*is apportioned between various jurisdictions by means of an allocation formula consisting of various factors which are thought to be relevant in the production of (such) income*”. En parecidos términos MILLER, B.F. (1984).

¹⁸¹⁹ MCLURE Jr. C.E. (1983).

*multistate firm engaged in a single unitary business among the states in which it has taxable nexus*¹⁸²⁰”.

Terminológicamente nos asalta la duda de si existe identidad entre el enfoque unitario y el método formulario del prorrateo. Al respecto podemos decir que es una realidad indiscutible que muy a menudo se nos presenta la utilización indiferenciada y como sinónimas. Sin embargo, no faltan voces discrepantes como la de WEINER¹⁸²¹ para quien el enfoque unitario supone el proceso de combinación de las operaciones integradas funcionalmente de un grupo de múltiples entidades afiliadas que serán consideradas como una única operación de una única empresa a efectos fiscales¹⁸²². En cambio, el FA es el proceso de asignación o atribución de las rentas fiscales de una entidad única o múltiple usando una fórmula. El enfoque unitario normalmente se llevará a efecto utilizando el FA.

El primer trabajo científico que se dedicó al estudio en profundidad del FA como mecanismo de reparto fue el realizado por MUSGRAVE¹⁸²³, quien estimaba que dicha metodología podía eliminar los problemas que planteaban los precios de transferencia en el seno de las MNEs. Unos años más tarde secundaron dicha iniciativa autores como GORDON & WILSON¹⁸²⁴, concluyendo que la utilización del FA afectaba a los incentivos de las empresas y de los Estados individualmente considerados.

La aplicación del FA conlleva esencialmente dos fases. En una primera habrá que determinar la base fiscal que va a ser repartida entre las partes intervinientes. En una segunda se procederá al reparto conforme a una fórmula predeterminada. Se ha dicho que la fórmula que se elija dependerá de los objetivos que se persigan. Tradicionalmente se han venido referenciando tres factores principales para el cálculo de la distribución: activos o propiedad, salarios y ventas. MUSGRAVE¹⁸²⁵ interpreta que los factores que se elijan deben representar tanto la oferta como la demanda de las rentas, en el sentido de que son factores de la demanda los ingresos y las ventas, en tanto que lo son de la oferta los salarios y los activos. Cuando la fórmula incluye múltiples factores habrá que ponderar el peso específico que debe tener cada factor, produciéndose diferentes consecuencias en función del peso específico otorgado¹⁸²⁶.

El enfrentamiento entre el enfoque de entidad separada y el enfoque de entidad unitaria no es nada nuevo. Conforme tenemos estudiado, frente al enfoque de entidades

¹⁸²⁰ [traducción] *Se precisa el prorrateo formulario para repartir los ingresos nacionales de una Multinacional dedicada a una actividad unitaria entre los Estados en los que tiene nexo fiscal dicha actividad.*

¹⁸²¹ WEINER, J. M. (2007).

¹⁸²² “*The process of combining the functionally integrated operations of a multiple–entity affiliated corporate group that operates as a single integrated operation of a enterprise into a single unit for the purposes of determining the taxable unit.*”

¹⁸²³ MUSGRAVE, P. (1972)

¹⁸²⁴ GORDON, R.Y. & WILSON, J.D. (1986).

¹⁸²⁵ MUSGRAVE, P. (1984).

¹⁸²⁶ Existen estudios económicos que analizan las consecuencias de los cambios de la relevancia en la fórmula de los distintos factores que se utilicen. Por ejemplo, GOOLSBEE & MAYDEW (1998) concluyen que al aumentar el peso específico del factor salario, aumenta el empleo en el país; o WEINER (1994) aprecia que si se disminuye el peso específico de los activos, aumenta la inversión.

separadas sobre el que se asienta el principio de *arm's length*, siempre se erigió el enfoque unitario. Basta recurrir a cuanto tenemos expuesto sobre lo sucedido en la Liga de las Naciones y recogió el Informe Carroll. Lo que sí ha sucedido desde la década de los años 70 del siglo pasado ha sido un recrudescimiento del debate.

HELLERSTEIN¹⁸²⁷ entiende que la elección de uno u otro enfoque depende del propósito que se considere que debe cumplir la asignación o distribución de rentas. Si se trata de búsqueda de la fuente geográfica verdadera de producción, el enfoque adecuado será el de entidades separadas. Si, por el contrario, se persigue una distribución equitativa de rentas el método más adecuado será el método formulario.

Este enfrentamiento lo ubica HINES¹⁸²⁸ en la propia esencia conceptual del FA cuando describe que los métodos formularios “*are typically defended as pragmatic compromises, representing imperfect alternatives to the current, arguable flawed system of separate accounting*”¹⁸²⁹. CELESTIN¹⁸³⁰ es de la misma opinión cuando afirma que “*unitary taxation may be regarded as the alternative to the separate accounting method. Whereas the separate accounting method is based on the assumption that each member of a group acts independently, the unitary method considers a group of enterprises as a single business which, for purely formal reasons, is divided into separately incorporated subsidiaries*”¹⁸³¹. MCLURE por su parte escribe que ante los desplazamientos de bases mediante la manipulación de los precios de transferencia cabe reaccionar de dos formas. Mediante la utilización del enfoque de las cuentas separadas complementado con la aplicación del *arm's length* que es el camino elegido por el artº 482 IRC estadounidense. O evitando la carga administrativa que supone tal enfoque partiendo de que las transacciones entre entidades vinculadas constituyen prima facie la evidencia de la existencia de una unidad de negocio complementado con un prorrateo formulario de los ingresos de las partes.

Recientemente WILKIE¹⁸³² ha dicho con extraordinaria claridad: “*solo hay dos variables en la ecuación del sistema tributario internacional. La solución, si la hay, no*

¹⁸²⁷ HELLERSTEIN, W. (2005): “*if one rejects[.]that the purpose of income allocation is to determine the true source of income, and embraces instead the view that the purpose of income allocation is to effectuate an equitable division of income, then the theoretical question becomes which of the competing methods better serves this objective. From a theoretical perspective, it would appear to be no more difficult—and probably easier—to translate one's judgements about an equitable division of income into a formula the apportionment factors of which reflect those judgements[.]*”

[traducción] si se rechaza que el fin de la asignación de rentas es determinar la verdadera fuente de las mismas y, por el contrario, se sostiene que el fin es un reparto equitativo, la cuestión teórica será que método de los concurrentes se adecúa mejor a este objetivo. Desde una perspectiva teórica, pareciera que no presenta mayores dificultades – y además sería más sencillo– trasladar la proporción de la distribución equitativa a una fórmula cuyos factores de reparto reflejen esa proporción.

¹⁸²⁸ HINES Jr. (2010).

¹⁸²⁹ [traducción] son típicamente defendidos como acuerdos pragmáticos que representan alternativas imperfectas al sistema defectuoso actual de las cuentas separadas.

¹⁸³⁰ CELESTIN, L.C. (2000)

¹⁸³¹ [traducción] La fiscalidad unitaria puede considerarse una alternativa al método de contabilidad separada. Mientras que el método de contabilidad separada se basa en que cada miembro de un grupo actúa de forma independiente, el método unitario considera un grupo de empresas como una sola entidad que, por razones puramente formales, se divide en filiales constituidas por separado.

¹⁸³² WILKIE, S. (2020).

requiere un nuevo tipo de matemáticas, un nuevo teorema por así decirlo. Solo requiere que comprendamos el problema que tenemos a través de sus orígenes lo suficiente como para saber «qué estamos resolviendo» y saber que no se requiere cálculo avanzado». En opinión de este autor dos son las cuestiones a las que hay que dar solución:

a) la primera se encuentra relacionada con el Pilar Dos propuesto por la OCDE recientemente y del que nos ocuparemos más tarde: ¿hasta qué punto se va a dejar a los Estados que ayuden o de alguna manera favorezcan mediante sus regímenes tributarios a los contribuyentes?

b) la segunda está relacionada con el pilar 1 y se trata de dar una noción de “fuente” de ingresos nueva o distinta, que parte del concepto que los economistas denominan como “*superrenta*” o beneficio económico marginal de las MNEs debiéndose proceder a su identificación, cuantificación y atribución.

La propuesta de la OCDE a través de los 2 Pilares y la propuesta *GloBE* parece que se inclina por un enfoque sistemático fraccionario o formulario como mejor respuesta

En términos de apoyos, por el momento se puede seguir afirmando que los adeptos al enfoque de la contabilidad separada (donde cobra toda su virtualidad el *arm's length*) son mayoría, contando además con el apoyo institucional de la OCDE, ONU, y otras organizaciones internacionales, bajo cuyos paraguas se aglutinan la gran mayoría de las economías mundiales. Como autores más representativos de la defensa del enfoque unitario y del FA¹⁸³³, por el peso específico de la autoridad académica que representan, no pueden ser olvidados los numerosos trabajos de los profesores AVI–YONAH y LI. El primero, profesor de Derecho en la universidad norteamericana de Michigan, ha venido publicando numerosos trabajos especializados en los que aboga por la reforma del sistema fiscal internacional. La segunda, profesora de la universidad australiana de Sidney, realiza una propuesta de solución que denomina «*global profit split*», pero que en esencia se trata de un mecanismo de asignación formularia en la que se ha evitado la terminología demonizada de FA. En opinión de la profesora, o se opta por el “*global profit split*”, o por retenciones como únicos mecanismos válidos para un reparto equitativo en las transacciones digitales o comercio electrónico.

Pese a todo, los posicionamientos se han ido relajando, sobre todo por parte de quienes apuestan por el cambio. Quizás debido más a la toma de conciencia de que por ahora las tesis contrarias al *arm's length* tienen un escaso recorrido, que a la debilidad en sus convicciones. Muestra de lo que apuntamos podemos citar cómo el propio AVI–YONAH en 2010¹⁸³⁴ intercede por un diálogo en el que al menos al FA se le conceda un carácter residual en aquellos casos en que no existan comparables. COCKFIELD¹⁸³⁵, discípulo del pensamiento de LI abunda en esta idea de la conciliación entre el FA y el *arm's length*, reiterando la idea de que la oposición entre ambos enfoques no debe ser

¹⁸³³ Nos permitimos recordar la clasificación de posicionamientos realizada por LEPARD y que recogimos en el capítulo IV de este trabajo.

¹⁸³⁴ AVI–YONAH, R.S. (2010).

¹⁸³⁵ COCKFIELD, A.J. (2004).

en términos de antagonismo. No se trata de blanco o negro, sino que los métodos de los precios de transferencia forman parte de un continuo. Habrá situaciones donde sea más adecuada la utilización del *arm's length*, en otras en cambio será preferible el FA (para la lucha contra los paraísos fiscales, para paliar los efectos de los desplazamientos de las bases imponibles hacia jurisdicciones de baja tributación, o en materia de intangibles). El propio PASCAL SAINT-AMANS ha manifestado: “*the world might be moving to a hybrid model, not quite arm's-length and not complete formulary apportionment either. However, this will be little comfort to businesses trying to plan their future transactions*¹⁸³⁶”.

El FA no se encuentra exento de profundas críticas de variada índole, a la par que cuenta con válidos apoyos en su favor.

Entre los frentes de crítica han venido destacándose:

a) requiere un alto grado de cooperación y coordinación entre los países, so pena de riesgo de que en caso contrario se producirían unas asimetrías que acarrearían consecuencias peores las disfunciones que representa el *arm's length*. Piénsese en que cada país eligiera unos factores distintos en la fórmula del prorrateo, o se les otorgase peso específico distinto, o que no existiese consenso en la determinación de los elementos y contornos de lo que debe constituir la base imponible unitaria que hay que prorratear, etc.;

b) atenta contra la soberanía fiscal de los Estados parte del sistema, por cuanto supone el ceder una parte de la parcela en la regulación de su sistema tributario, al requerir la armonización de cuanto pueda incidir en el régimen del sistema;

c) no es esperable que la aplicación del FA implique un reparto equitativo entre los Estados, ya que los Estados no renunciarán a sus intereses en beneficio de los de otros Estados a la hora de determinar los elementos necesarios para la operatividad del FA.

En esta línea KOBETSKY¹⁸³⁷ escribe:

“Alternative income allocation systems, including formula based systems, are sometimes suggested. However, the importance of concerted action and the practical difficulties associated with agreeing to and implementing the details of a new system consistently across all countries mean that, rather than seeking to replace the current transfer pricing system, the best course is to directly address the flaws in the current system, in particular with respect to returns related to intangible assets, risk and over-capitalisation. Nevertheless, special measures, either within or beyond the arm's-length principle, may be required with respect to intangible assets, risk and over-capitalisation to address these flaws.”

¹⁸³⁶ [traducción] es posible que el mundo se esté moviendo hacia un modelo híbrido, que no sea completamente partidario del *arm's length* ni tampoco de la distribución formularia. Sin embargo, esto será de poco consuelo para las empresas que intenten planificar sus transacciones futuras.

¹⁸³⁷ KOBETSKY, M. (2019).

This statement is significant: it marks the OECD's change of adherence with respect to the arm's-length principle, a change made in response to the tax-avoidance opportunities that existed under the OECD guidelines prior to the May 2016 BEPS updates to the OECD guidelines."

En su favor cuenta con:

- a) se adecúa mejor a la realidad económica del comportamiento de una MNE, donde priman la integración, las sinergias y las economías de escala;
- b) alineamiento con la economía global al tratar de distribuir rentas conforme al valor añadido en cada jurisdicción, lo que supone su alineamiento con el objetivo de las acciones BEPS en materia de precios de transferencia;
- c) aporta solución al problema de que el comercio electrónico actúa sin presencia física, porque no se fija en criterio alguno de la fuente;
- d) elimina los incentivos a los desplazamientos de bases imponibles a jurisdicciones de baja tributación. Como apunta RAMOS ÁNGELES¹⁸³⁸, el enfoque de la *unitary taxation* utiliza como argumento en su beneficio el que *"desincentiva el planeamiento agresivo vía traslación de beneficios, por cuanto al aplicar el modelo resulta irrelevante, en principio, en qué jurisdicción se sitúan las rentas en tanto la base imponible será la suma total de todas las utilidades obtenidas por el grupo a nivel mundial"*.
- e) mayor simplicidad en su aplicación ante la no necesidad de encontrar comparables y analizarlos, así como no hacerse preciso la determinación de la fuente de las rentas. Además, la aplicación de la fórmula partirá de los datos contables de los que ya de por sí las entidades dispondrán.
- f) incluso supondrán una mayor recaudación para los Estados dado que se trata de mecanismos más difícil de manipular, y en los que las MNEs no tendrán tanto interés en desplazar los beneficios. Dicho aumento en la recaudación podrá redundar en la bajada de los tipos, a lo que coadyuvará el desinterés estatal por la competencia fiscal.

De singular interés es el análisis realizado por FLEMING et. alia¹⁸³⁹ quienes se cuestionan los problemas de coordinación que supone esta metodología, para lo cual reflexionan sobre si los demás países seguirían a EE. UU. en el caso de que estos adoptasen el método formulario. Las posturas doctrinales se dividen. Aquellos que apuestan por el FA entienden que los países seguirían el posicionamiento de EE. UU. Sin embargo, hay numerosos autores que estiman que los países no seguirían a EE. UU. por el riesgo de las enormes asimetrías que surgirían. En esta línea de pensamiento OWENS tiene manifestado: *"Formulary apportionment is a pragmatic approach, but it's not a principle-based solution [...] Any alternative to the arm's-length principle*

¹⁸³⁸ RAMOS ÁNGELES, J.A. (2015).

¹⁸³⁹ FLEMING JR.; J.C., PERONI, R.J. & SHAY, S. (2014).

*has to meet three tests: Is the alternative principle-based? Is it feasible in administrative terms? Can you reach a consensus on making it policy?*¹⁸⁴⁰

Últimamente al menos tres circunstancias han venido a conceder nuevos argumentos en pos del FA a los detractores del *arm's length*:

a) en primer lugar, el que en 2001 la Comisión Europea avaló una estrategia fiscal en materia de impuesto de sociedades que permitía a las empresas europeas calcular beneficios a partir de bases consolidadas y a los Estados gravar la parte de beneficios que les correspondiera conforme a sus tipos nacionales. Sobre el proyecto BICCIS y su reactivación ya nos detuvimos suficientemente en el capítulo III¹⁸⁴¹, al que nos remitimos.

b) el Plan BEPS es entendido por diversos autores en clave de máximo exponente del abandono institucional del enfoque de la contabilidad separada como mecanismo inocuo para los nuevos retos fiscales de la economía globalizada y digital. Sin embargo, se trata más de un desiderátum que de una realidad, porque lo cierto es que la OCDE ha seguido apostando por el *arm's length*.

c) con ocasión de la elaboración del Informe sobre transacciones financieras se puso de nuevo de relieve los vacíos e insuficiencias del *arm's length* y las distintas inclinaciones a favor y en contra existentes. El debate arrastró el retraso en obtenerse un consenso para la aprobación del texto definitivo.

Pero el FA no constituye la única alternativa, de ahí que SOLER ROCH¹⁸⁴² contemple tres posibles vías de cambio:

a) Las contenidas en las propuestas reformistas que en el ámbito de la U.E. se traduce en la propuesta BICIS, donde se reducen incentivos y se incorporan medidas de la Directiva ATAD. En EE. UU. Nos encontramos con las reformas traídas por la TCJA en las que nos hemos detenido en el capítulo III.

b) Las susceptibles de calificación como propuestas de modelos alternativos entre los que cabría incluir el impuesto de caja en destino¹⁸⁴³ (*Destination-Based*

¹⁸⁴⁰ [traducción] *FA es un enfoque pragmático, pero no es una solución basada en el principio [...] Cualquier alternativa al principio de arm's length debe cumplir con tres pruebas: ¿Se basa en el principio? ¿Es factible en términos administrativos? ¿Se puede llegar a un consenso político sobre cómo hacerlo?"*

¹⁸⁴¹ Apartado 3.3.5.

¹⁸⁴² SOLER ROCH, M.T. (2017)

¹⁸⁴³ El concepto de este modelo impositivo no es nuevo, y en buena medida fue ya expuesto por el premio nobel de Economía profesor MEADE al final de la década de los setenta del siglo pasado., aun cuando en la práctica ha cobrado especial relieve ha sido cuando se comenzó a barajar en la era Trump por EE. UU., consistiendo en síntesis en gravar no los beneficios sino los flujos de caja de las empresas, por lo que suponía la no deducibilidad de las amortizaciones y de los intereses. Sólo se gravarían los flujos de caja domésticos y como las operaciones transnacionales no tendrían consecuencias tributarias en EE. UU. se mitigarían los desplazamientos y erosión de las bases imponibles hacia jurisdicciones de más baja tributación.

Cash Flow Tax, DBCFT) y la aplicación de ajustes en frontera similares¹⁸⁴⁴ a los del IVA. Se trata de propuestas que vienen a paliar la deslocalización física de las actividades comerciales a consecuencia de la globalización, la digitalización y los intangibles. Se ha criticado su falta de compatibilidad con los CDI vigentes que descansan sobre un concepto tradicional del beneficio. Además, supondría un cambio en los esquemas impositivos, por cuanto dejaría de tratarse de un impuesto sobre la renta y pasaría a configurarse como un impuesto sobre el consumo difícilmente compatible con criterios de capacidad económica y justicia tributaria.

c) Por último, existen propuestas mixtas, entre las que la autora de referencia cita dos: la propuesta BICCIS europea y el Informe ICRICT¹⁸⁴⁵ 2018. En ambas se propugna el abandono del principio de *arm's length* y el tratamiento unitario del grupo MNE.

6.2 La crisis del *arm's length* en la OCDE, en la U.E. y en EE. UU.

6.2.1 La Unión Europea y la BICCIS.

Uno de los ámbitos en los que desde hace tiempo vienen poniéndose de manifiesto las carencias de las que adolece el *arm's length* ha sido el de la Unión Europea y sus esfuerzos por la consecución de una Directiva sobre las bases imponibles consolidadas de los grupos empresariales. De todo ello nos hemos ocupado anteriormente en el capítulo III del presente trabajo, por lo que nos remitimos a cuanto allí se expuso.

¹⁸⁴⁴ Por ajustes fiscales en frontera (AFF) la OCDE conceptúa *cualquier medida fiscal que implementa total o parcialmente el principio de país de destino (GATT Working Party on Border Tax Adjustments, Report of the Working Party on Border Tax Adjustments, L/3464 -diciembre 1970-)*
<http://www.worldtradelaw.net/reports/gattpanels/bordertax.pdf>. 4Id

Un buen ejemplo de ello es el *Fit for 55* de la Comisión Europea y la propuesta para un mecanismo de ajuste sobre el carbono en la frontera (CBAM Carbon Border Adjustment Mechanism).

Los AFF trasladarían el lugar de tributación de donde se fabrican los productos a donde se venden

¹⁸⁴⁵ Independent Commission for the Reform of the International Tax Corporation. En su Informe 2020 propone como medidas de reforma del modelo de impuesto:

- Introducir impuestos sobre los servicios digitales;
- aplicar un tipo impositivo más elevado sobre los beneficios extraordinarios de las grandes empresas en los sectores oligopolizados;
- acordar a nivel global un tipo mínimo efectivo del 25% en el impuesto sobre sociedades en cada país;
- exigir más transparencia a las empresas que reciban apoyo público y que estén obligadas a publicar su reporte país por país;
- publicar datos sobre la riqueza offshore.

6.2.2 Evolución de la OCDE y la época post–beps. Las Directrices 2017.

A continuación, vamos a estudiar el panorama que presenta el *arm's length* dentro de la OCDE. Hablar en la actualidad del principio de *arm's length* significa forzosamente hablar de las denominadas acciones BEPS, lo que irremediablemente nos conduce a tener que analizar qué son las acciones BEPS, qué finalidad persiguen, por qué surgen, cuáles son sus antecedentes, cuál ha sido su evolución, cuáles han sido sus consecuencias, etc. A dar respuesta a todas estas cuestiones dedicamos el resto del presente capítulo.

6.2.2.a Situación hasta las Directrices 2010.

La OCDE no ha hecho oídos sordos a los tópicos de las deficiencias que plantea el *arm's length*, por lo que en sus textos ha venido aduciendo las justificaciones que en su opinión han venido decantando a la comunidad internacional a favor del enfoque de las entidades separadas y, lo que más nos importa aquí, reconociendo y admitiendo otras posibles vías de afrontar los desafíos actuales de los precios de transferencia. Así, muy abreviadamente, repárese:

- En el Informe del Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE sobre “*Precios de Transferencia y MNEs*” de 1979 se aludía en el párrafo 13 del capítulo I a la insuficiencia de los métodos tradicionales de valoración, reseñando que las dificultades pueden conducir a que residualmente se pueda necesitar acudir a otros métodos. Por su parte el párrafo 15 indicaba que como principio general las autoridades fiscales debían basar su aplicación del *arm's length* en las transacciones reales, sin que deban acudir a sustituirlas por transacciones hipotéticas basadas en la propia valoración comercial de las autoridades configurada con posterioridad a la celebración anteponiéndola a los pareceres de las partes implicadas. No obstante, se admitía que podían concurrir dos circunstancias excepcionales que justificaban el prescindir de los términos acordados por las partes: cuando fuera preciso para que la operación fuera ajustada a *arm's length* (aunque ello no significaba que por el hecho de tratarse de una operación entre entidades asociadas merecieran directamente ajustes)¹⁸⁴⁶, o cuando se tratase de transacciones en unas condiciones que empresas independientes no hubieran celebrado¹⁸⁴⁷.
- En el Informe del Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE sobre “*Precios de Transferencia y MNEs. Tres Temas Fiscales*” de 1984, en su tercera parte dedicada a la distribución de los costes de servicios y de administración general, cuando se abordaban los problemas de clasificación y de distribución, se contemplaban los métodos directos de distribución, partiendo de la consideración de que desde un punto de vista económico las partes separadas

¹⁸⁴⁶ Párrafo 23.

¹⁸⁴⁷ Párrafo 24.

de la empresa debían soportar los costes de las funciones llevadas a cabo en su representación por otras partes del grupo, así como desde el punto de vista financiero las matriz o quien prestara tal tipo de servicios en una multinacional debía recibir una remuneración, dando cabida a una dualidad de tipos de procedimientos conforme a los que proceder: los métodos directos de cargo de costes por servicios individuales prestados y los métodos indirectos en los que la relación entre los servicios y la remuneración era solo indirecta (distribución y prorrateo; el “*fixed key*” método; un margen de beneficio);

- En el texto de las Directrices de 1995 se recogía que la aplicación del *arm’s length* no era una ciencia exacta¹⁸⁴⁸ y podía resultar especialmente difícil cuando se tratase de multinacionales dedicadas a la producción integrada de bienes altamente especializados¹⁸⁴⁹, o activos intangibles únicos¹⁸⁵⁰, o en la prestación de servicios especializados¹⁸⁵¹. También se aludía a la importancia de la sustancia, de manera que como regla general se recogía el que las AATT debían respetar las operaciones tal cual eran estructuradas por las partes, aunque excepcionalmente se admitía la reestructuración de las operaciones en dos hipótesis: cuando la sustancia económica de una transacción difiriese de su forma y, cuando a pesar de ser coincidentes la sustancia y la forma, la operación analizada en su totalidad presentara condiciones que difiriesen de cómo la habrían celebrado entidades independientes que se comportaran de forma comercial racional y su forma impidiera a la AT el fijar un precio de *arm’s length*¹⁸⁵²;
- En el texto de las Directrices de 2010 se vuelve a poner de relieve que se es consciente de las limitaciones que la aplicación del *arm’s length* presenta, de suerte que se subraya su carácter de ciencia inexacta¹⁸⁵³ que exige juicios de valor a los contribuyentes y a las AATT. La importancia de la sustancia y su prevalencia sobre la forma se vuelve a recoger en los mismos términos que ya aparecía en los textos anteriores, así en los párrafos 1.64 al 1.69 se acoge cuál es la regla general, aunque se aceptan y detallan las dos circunstancias en las que cabe la reestructuración de la transacción por parte de las AATT y que hemos reseñado en líneas anteriores.

¹⁸⁴⁸ Párrafo 1.12.

¹⁸⁴⁹ Es lo que se daría en llamar más tarde como las sinergias del grupo. El *arm’s length* no responde adecuadamente a situaciones de economía de escala o a los beneficios de la integración que presentan las empresas asociadas (par.1.9).

¹⁸⁵⁰ Las empresas independientes no realizan transacciones que las empresas asociadas realizan, como sucede con los intangibles. Una empresa independiente no venderá un intangible por un precio determinado si no se puede estimar un beneficio potencial y se puede acudir a otros medios de explotación, porque el precio no será acorde con los potenciales beneficios. Igualmente, una empresa independiente no será propensa a otorgar acuerdos de licencia sobre un intangible por miedo a la depreciación. En cambio, entre empresas asociadas no existirán estos riesgos.

¹⁸⁵¹ Párrafo 1.8.

¹⁸⁵² Párrafo 1.37 y 1.38.

¹⁸⁵³ Párrafo 1.13, 3.55, 4.8, 8.3.

6.2.2.b Las acciones BEPS.

6.2.2.b.1 La disrupción del *arm's length*.

α) Los nuevos desafíos que tiene que afrontar el Derecho fiscal internacional.

Constituye una realidad incontestable que el sistema fiscal internacional presenta una serie de debilidades propiciadas en una gran parte por la aparición de diferentes factores y fenómenos anteriormente desconocidos.

Por un lado, como destaca SERRANO ANTON¹⁸⁵⁴, tenemos que la tributación ha venido siendo tradicionalmente un atributo de la soberanía de los países (principio de la territorialidad), lo que provoca la interacción de las normas tributarias internas dando lugar, en algunos casos, a solapamientos (supuestos de doble imposición), lagunas (supuestos de no-imposición o imposición a tipo nominal) y fricciones (competencia fiscal estatal, desplazamientos entre jurisdicciones). El ejercicio de la soberanía estatal en materia tributaria queda reflejada a través de dos circunstancias:

- cada país regula su sistema impositivo sin tomar en consideración el régimen fiscal en otro país;
- la ausencia en el sistema fiscal internacional del principio de coherencia, vigente por el contrario a nivel doméstico, mediante el cual se consigue correspondencia entre gastos de un contribuyente e ingresos de otro.

En dicho contexto quedan abiertas las puertas para la arbitrariedad de los contribuyentes, siendo precisamente las prácticas artificiosas y las planificaciones destinadas a la doble exención (o doble no-imposición) o a la baja imposición, las que han venido requiriendo la atención y preocupación internacional.

Por otro lado, el sistema fiscal internacional ha quedado en entredicho a consecuencia del contexto globalizado actual, fenómeno que incide –según expone SERRANO ANTÓN– en una doble faceta:

- se impone un paradigma de modelo económico distinto caracterizado por la integración de las economías donde cobran un protagonismo esencial las MNEs, siendo superado el concepto de empresa nacional e instaurándose el modelo regional o global, así como por un aumento considerable de la importancia del sector servicios y por el surgimiento y crecimiento imparable de la economía digital;
- los impuestos sobre sociedades, sobre las rentas de las personas físicas y sobre las rentas de los no residentes.

Con mayor detenimiento hemos analizado en apartado anterior de este trabajo las incidencias de la globalización en los sistemas fiscales, así como hemos reparado en la

¹⁸⁵⁴ SERRANO ANTÓN, F. (2014).

planificación fiscal y la competencia fiscal estatal como sus consecuencias, e igualmente en las manifestaciones de éstas últimas, entre las que destaca la erosión de las bases imponibles y el traslado de los beneficios que se conocen como BEPS, acrónimo de la expresión en inglés “*Base Erosion and Profit Shifting*”.

ROSEMBUJ¹⁸⁵⁵entrelaza los dos aspectos referidos exponiendo que “*la erosión, en esta primera aproximación, ataca uno de los atributos clásicos de la soberanía de cada Estado, cual es el ejercicio exclusivo de la supremacía dentro de su territorio y la eficacia del ordenamiento jurídico propio*”, pero a la soberanía entendida como el derecho a estar aislado, a excluir, a ser libre de cualquier interferencia externa. La nueva soberanía es la cooperación entre Estados, que no el aislamiento o la indiferencia ante bienes o males globales que no le afectan directa e inmediatamente.

β) Magnitud de los desplazamientos y de la erosión de las bases imponibles: ¿Desmitificación a través de los estudios empíricos?

β.1) Importancia cuantitativa.

Desde el punto de vista económico y contable se ha estudiado empíricamente la incidencia de la motivación fiscal en los desplazamientos y erosión de las bases imponibles adoptándose diferentes enfoques en los que se llegan a las siguientes conclusiones:

a) por quienes adoptan el “*enfoque HINES–RICE*¹⁸⁵⁶” se estudia cómo los beneficios de las filiales cambian en respuesta al cambio de los tipos impositivos, para lo que realizan una regresión de la rentabilidad de las filiales de empresas norteamericanas en 59 países. Para este enfoque los ingresos antes de impuestos (el conocido EBT) de una filial representan la suma de los ingresos verdaderos más los ingresos desplazados (que pueden ser positivos o negativos). Los ingresos verdaderos dependen del capital y mano de obra utilizados por la filial. Los ingresos desplazados dependen de los incentivos fiscales para que los beneficios se localicen o no en las filiales. En esta construcción, los ingresos de una filial que no pueden encontrar justificación en el capital y mano de obra utilizados corresponderán a los ingresos desplazados. Así llegan a su primera y segunda conclusión:

- ✓ la no existencia de correlación entre los beneficios declarados en los paraísos fiscales por las filiales americanas y la cantidad de factores empleados por las empresas americanas en los paraísos fiscales;
- ✓ los tipos de interés en una jurisdicción son inversamente proporcionales a los factores de capital y mano de obra empleados

¹⁸⁵⁵ ROSEMBUJ, T. (2014).

¹⁸⁵⁶ HINES, J. R., Jr. & E. M. RICE (1994).

por una empresa americana en dicha jurisdicción (es lo que se denomina elasticidad).

El reconocimiento científico al trabajo de HINES y RICE acredita la solvencia de sus apreciaciones, constituyendo la primera aproximación rigurosa a los BEPS y a los paraísos fiscales. Pues bien, estos autores parten de que para un país preferentemente exportador de capital como EE. UU.¹⁸⁵⁷ sería preferible que la tributación de las empresas situadas en el mismo fuera local. Sin embargo, puestos en la disyuntiva de que las empresas tributen en el extranjero, es más ventajoso que lo hagan en paraísos fiscales, ya que los ingresos dejados de percibir por el fisco americano (como consecuencia del régimen de créditos fiscales imperante en EE. UU para evitar la doble imposición) serán inferiores por mor de la tributación efectuada en jurisdicciones de baja tributación que si tributaran en jurisdicciones de alta tributación¹⁸⁵⁸. Por otra parte, la sensibilidad o elasticidad de los paraísos fiscales también debe ser tomada en consideración, ya que la maximización de los ingresos fiscales de las AATT en dichas jurisdicciones se consigue con la bajada de los tipos impositivos, pero no solo porque a menor tipo impositivo se atraen los beneficios de las MNEs extranjeras, sino porque aumentan los ingresos por factores locales como son los rendimientos del trabajo y del capital. En el modelo de estos autores, la consecución de la maximización de los ingresos fiscales se sitúa en el coeficiente de elasticidad 1. Por su parte, los tipos impositivos sobre los beneficios de las MNEs extranjeras en torno al 6% representan para las AATT de los paraísos fiscales la elección del máximo nivel de ingresos fiscales. Si ese tipo impositivo se hubiera aumentado, los ingresos del fisco americano habrían descendido al ver aumentadas las deducciones fiscales por tributación en el extranjero.

Como mecanismos de desplazamiento a los paraísos fiscales identifican dos:

- ✓ la localización de actividades en los países de baja tributación (actividades que si no hubiera diferencias fiscales no se producirían) ;
- ✓ y la utilización de mecanismos financieros de los cuales se pueden destacar como preferentes tres: los contratos de deuda¹⁸⁵⁹ (endeudamiento entre empresas), la manipulación de los precios de

¹⁸⁵⁷ El sistema impositivo estadounidense al tiempo que escribían los autores citados gravaba las rentas mundiales en base al criterio de residencia. Ahora bien, concede exención a las rentas que hayan tributado en el extranjero para evitar doble imposición. Dicha exención tiene como límite lo que correspondería tributar a dicha renta en EE. UU. Por otra parte, existen unos aplazamientos de forma que la matriz tributa sobre los beneficios de la filial cuando son repatriados a EE. UU., con deducciones por lo tributado en el extranjero.

¹⁸⁵⁸ En su estudio los autores citados dispusieron de datos que confirmaban que el 38% de los ingresos del Tesoro americano procedentes de operaciones extranjeras de empresas americanas provenía de filiales asentadas en paraísos fiscales.

¹⁸⁵⁹ Aprovechando que los gastos financieros (intereses son deducibles).

transferencia¹⁸⁶⁰ y la conversión de los ingresos de exportación estadounidenses en ingresos en paraísos fiscales¹⁸⁶¹.

b) por quienes adoptan el “*enfoque DHARMAPALA & RIEDEL*¹⁸⁶²” se estudia qué proporción de beneficios de la matriz (situadas en países de alta tributación) se desplaza a las filiales (situadas en países de baja tributación). Para ello se usa el concepto de semielasticidad, es decir, el porcentaje en que cambian los ingresos antes de impuestos con un cambio de 1 punto porcentual del tipo impositivo entre la afiliada y la matriz situadas en distintas jurisdicciones fiscales¹⁸⁶³. HUIZINGA & LAEVEN¹⁸⁶⁴ determinaron una semielasticidad del 1,31, frente a 2,25 determinado por HINES & RICE¹⁸⁶⁵. DHARMAPALA¹⁸⁶⁶, a quien en parte seguimos en las siguientes líneas, va más allá y apunta que existen suficientes estudios empíricos que avalan que la influencia de los BEPS es todavía menor: DISCHINGER en 2010¹⁸⁶⁷ sitúa la semielasticidad en el 0,7; LOHSE & RIEDEL¹⁸⁶⁸ en el 0,4, o HECKEMEYER & OVERESCH¹⁸⁶⁹ en 2013 en el 0,8; DHARMAPALA & RIEDEL¹⁸⁷⁰ en el 0,4. Estos últimos autores localizan como mecanismos para los desplazamientos las estrategias en los precios de transferencia y la utilización estratégica de las deudas entre afiliadas.

Sin embargo, resulta indiscutible la importancia y trascendencia cuantitativa de las BEPS para quienes no estudian empíricamente el tema. Así la OCDE en 2013¹⁸⁷¹ parte de la significación cuantitativa que representa la recaudación por el Impuesto sobre Sociedades en los Estados miembros para tomar consciencia de la dimensión del problema que sitúa en un 3% del PIB y un 10% de los ingresos tributarios. CARBAJO VASCO¹⁸⁷² enfatiza la importancia, citando como fuente las estimaciones del propio Consejo de la U.E. que sitúan el *tax gap* en la cifra de “*un billón de euros de pérdida recaudatoria anual sólo en el espacio europeo*”.

¹⁸⁶⁰La cual ejemplifican con lo sucedido en el caso *Bausch&Lomb, Inc and Consolidated Subsidiaries v. Commissioner Internal Revenue*, 92 IC, No.3 (March 23, 1989).

¹⁸⁶¹ Las variantes posibles son múltiples: una joint-venture entre una empresa comercial extranjera y una partner extranjera evitando así el requisito del control del 50% o una subsidiaria que preste un servicio real aunque el valor agregado por el servicio para el producto final sea meramente nominal.

¹⁸⁶² DHARMAPALA, D. & RIEDEL, N. (2013).

¹⁸⁶³ Un coeficiente de semielasticidad del 0,8 significa que un aumento en la diferencia del tipo de interés de 10% incrementará en un 8% los ingresos antes de impuestos de la afiliada.

¹⁸⁶⁴ HUIZINGA & LAEVEN (2008).

¹⁸⁶⁵ Ni la fuente (bases de datos utilizadas), ni los años, ni el tipo de datos fueron los mismos en uno y otro estudio.

¹⁸⁶⁶ DHARMAPALA, D. (2014).

¹⁸⁶⁷ Extrayendo datos de la base Amadeus, periodo 1995–2005.

¹⁸⁶⁸ Extrayendo datos de la base Amadeus, periodo 1999–2009.

¹⁸⁶⁹ Cambio de metodología y extrae datos de 25 estudios académicos y 238 índices de semielasticidad.

¹⁸⁷⁰ Tomando datos de Amadeus de una muestra de 4800 afiliadas en el periodo 1995–2005.

¹⁸⁷¹ En su Informe sobre la “*Lucha contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios*”.

¹⁸⁷² CARBAJO VASCO, D. (2015).

β.2) Dirección en el que se producen los BEPS.

Es más elevado entre matriz situada en jurisdicción de alta tributación hacia afiliadas situadas en jurisdicción de baja tributación que en dirección contraria.

β.3) Diferencia del impacto de los tipos impositivos sobre la localización de las actividades económicas reales y sobre BEPS.

En términos generales la incidencia de los cambios en los tipos impositivos es distinta sobre las BEPS que sobre la disposición de las actividades económicas reales. Sin embargo, hay supuestos de interacción como por ejemplo sucede en las filiales con I+D, donde se observa una sensibilidad superior a los cambios impositivos. En consecuencia, los estudios empíricos demuestran que la ubicación de la propiedad intelectual constituye un canal importante de BEPS¹⁸⁷³.

β.4) Comportamiento de BEPS en regímenes fiscales dominados por el principio de residencia y por el principio de territorialidad.

Las matrices bajo jurisdicciones gobernadas por el principio de residencia son menos proclives a la utilización de BEPS, aunque con importantes matizaciones como sucede con las MNEs con igualdad de oportunidades de reinvertir en el extranjero, en las cuales no se presentan diferencias entre las matrices situadas en jurisdicciones donde impera uno u otro principio tributario.

β.5) Aumento de BEPS en los últimos años.

Existe la opinión generalizada de que han aumentado y así varios estudios que cita DHARMAPALA lo acreditan:

- GRUBERT analiza el periodo 1996–2004 y aprecia que los ingresos del extranjero aumentaron un 12% más que las ventas en el extranjero en una situación en la que los tipos impositivos se mantuvieron;
- KLASSEN & LAPLANTE, sobre una muestra de 380 MNEs que tributan en jurisdicciones con bajos tipos impositivos y comparando el periodo de 1998–2002 y 2005–2009, concluyen que en conjunto desplazaron 10 mil millones anualmente;
- LOHSE & RIEDEL llegan a una conclusión opuesta y estiman que las BEPS han decrecido en los años 1999–2009 a causa de las nuevas regulaciones en materias de precios de transferencia y en subcapitalización.

¹⁸⁷³ La semielasticidad determinada por KARKINSKY & RIEDEL (2012) es del 3,5, esto es, un aumento en un punto del tipo impositivo reduce la aplicación de patentes en un 3,5%.

β.6) Impacto BEPS en la recaudación fiscal

HUIZINGA & LAEVEN concluyeron que Alemania en 1999 perdió 1.260 millones, mientras que la mayoría de los países ganaron.

Las estimaciones de CLAUSING sobre EE. UU determinan que de 1993–2004 las BEPS aumentaron, llegando a suponer en 2004 una pérdida de 1/3 de los ingresos del fisco americano por el impuesto sobre sociedades, suponiendo una semielasticidad de 3.3.

DHARMAPALA relativiza la importancia de las BEPS por dos razones fundamentales, a saber:

- los ingresos por impuesto sobre sociedades son relativamente pequeños para los países de las principales economías mundiales. Por ejemplo, para el Reino Unido en el año 2012 representaron solo el 7,4% de la recaudación fiscal y suponen menos del 10% en las economías de la mayoría de los países de la OCDE;
- la disminución de los ingresos por impuesto sobre sociedades durante la crisis financiera e inmobiliaria nada tiene que ver con los BEPS.

Por tanto, el impacto de BEPS sobre la recaudación fiscal no es dramático.

β.7) ¿Es la semielasticidad de un 0,8 importante o no?

No existe una base de referencia generalmente aceptada.

Últimamente se acude a atender a la ratio $\frac{\text{ingresos netos declarados por MNE en paraíso fiscal}}{\text{ingresos netos totales de la MNE}}$. En 2011 para las MNEs americanas fue del 42,6%. Ciertamente es alto, pero puede estar motivado por causas distintas a las fiscales.

γ) Reacciones ante los fenómenos de la competencia fiscal perniciosa y de los BEPS como mecanismo de planificación fiscal agresiva.

γ.1) La cooperación y coordinación como conceptos claves.

La comunidad fiscal internacional viene desde hace algún tiempo reaccionando contra las construcciones artificiosas cuya finalidad es la consecución de la evasión fiscal y contra la competencia fiscal perniciosa.

La Comisión Europea en su Comunicación¹⁸⁷⁴ de 6 diciembre de 2012 determinaba que *“la evasión fiscal y el fraude fiscal constituyen un problema con múltiples vertientes que requiere una respuesta coordinada y pluridireccional. La planificación fiscal agresiva es también un problema que requiere atención urgentemente. Se trata de retos a escala mundial, a los que ningún Estado miembro puede hacer frente por sí solo.”*

Dos conceptos son claves en este ámbito: cooperación y coordinación. Por coordinación se alude a la superación de las discrepancias entre los sistemas fiscales de los Estados. En cambio, cuando se refiere la cooperación se está sugiriendo la colaboración entre Estados y AATT, de ahí que MENDOZA LÓPEZ¹⁸⁷⁵ reconozca dos ámbitos de cooperación: entre Estados para eliminar la doble imposición, entre AATT para conseguir la correcta imposición. El eslabón más frecuente entre ambos ámbitos radica en los convenios internacionales, mediante el que se delega por parte de los Estados a entes supranacionales la facultad de coordinar las políticas y medidas fiscales.

Ya GIUDICE¹⁸⁷⁶ preconizaba hace algunos años, ante los fenómenos de la globalización y del comercio electrónico, que *“los Estados y las Administraciones tributarias tendrán que adquirir los medios necesarios para protegerse contra la erosión de la soberanía nacional en materia fiscal. Un camino necesario a seguir es el de la cooperación internacional, a través de la cual se podrá lograr un intercambio de informaciones y así asignar un valor estratégico a cada política fiscal, acorde con la problemática aquí evidenciada del comercio electrónico”*. Entre los medios eficientes el autor citaba:

- el consenso sobre normas comunes para las transacciones electrónicas, una reglamentación común sobre la moneda electrónica y el uso de las tarjetas de crédito;
- la coordinación sobre las normas de los Estados para impedir la competencia fiscal agresiva;
- la cooperación entre las AATT en la lucha contra la evasión y el fraude;
- una definición más precisa sobre el rol de los tratados internacionales sobre la doble imposición.

La cooperación entre las AATT de los Estados no será una realidad mientras no exista una auténtica coordinación entre los distintos sistemas fiscales estatales.

La coordinación es enfatizada por CRUZ PADIAL¹⁸⁷⁷ como la guía para solucionar los problemas planteados por la globalización económica, descartando las alternativas teóricas que abogan por el aislamiento de los Estados o la modificación del reparto tradicional de las cargas tributarias. El detrimento que supone para las soberanías nacionales el acogerse a políticas fiscales de coordinación compensa frente a las pérdidas de ingresos tributarios a causa de la planificación fiscal agresiva y, sobre todo, frente a la competencia fiscal perniciosa. Por esta alternativa han apostado tanto el

¹⁸⁷⁴ COM(2012) 722 final.

¹⁸⁷⁵ MENDOZA LÓPEZ, D. T. (2016).

¹⁸⁷⁶ GIUDICE, M. (2000).

¹⁸⁷⁷ CRUZ PADIAL, I. (2003).

Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE como las instituciones comunitarias europeas, que vienen adoptando posturas convergentes en la materia.

GÓMEZ COTERO puntualiza que hoy ya no se puede pensar en la modificación del reparto tradicional de las cargas tributarias como algo teórico, sino que cada vez van cobrando mayor relevancia. Este autor igualmente apuesta por la coordinación para combatir la competencia fiscal perniciosa y cerrar los principales cauces a la evasión y fraude fiscal creados por la globalización, estableciendo de forma coordinada mecanismos disuasorios donde puede incluirse el intercambio de información efectivo que sería la piedra angular para garantizar la supervivencia del actual modelo impositivo, así como el establecimiento de medidas que impidan el fenómeno, como la retención en la fuente sobre las rentas de capital. Sin embargo, estas medidas no están exentas de crítica, sobre todo por la constricción que supone para las soberanías fiscales estatales, pero también por los graves daños que supone para las economías de los Estados afectados y para la seguridad jurídica con relación a la aplicación e interpretación de los convenios anteriores.

Debe diferenciarse entre coordinación y armonización. La armonización supone la sustitución de los sistemas jurídicos tributarios nacionales, que quedarían desplazados, por un sistema único y común para los países a los que la armonización afecta. En cambio, la coordinación no persigue reemplazar los sistemas fiscales nacionales en vigor por un régimen comunitario uniforme, sino el asegurar que estos sistemas nacionales puedan operar conjuntamente sin fricciones¹⁸⁷⁸.

La coordinación fiscal implica:

- eliminar la discriminación y la doble imposición;
- evitar la tributación inintencionada y los abusos, y
- reducir los costes del cumplimiento de las obligaciones tributarias que entrañan estar sujeto a más de un sistema tributario.

La importancia de la coordinación en la lucha contra la elusión y evasión fiscal es una constante en la U.E., como puede apreciarse en la Comunicación 19 diciembre 2006 sobre “*la coordinación de los sistemas de imposición directa de los Estados miembros en el mercado interior*”¹⁸⁷⁹, o la de 10 diciembre 2007 sobre la “*aplicación de medidas contra las prácticas abusivas en el ámbito de la fiscalidad directa –dentro de la UE y en relación con terceros países–*”¹⁸⁸⁰,

LÓPEZ ESPADAFOR¹⁸⁸¹ juzga que la cooperación internacional de las AATT en la lucha contra el fraude fiscal es necesaria y constituye a veces una obligación. Es necesaria a consecuencia de la imposibilidad de actuación tributaria de los Estados en territorio ajeno como mecanismo de superación de las limitaciones que ello supone, manifestándose en materia de intercambio de información y comprobación y en materia de recaudación. En cuanto a si puede entenderse como una costumbre internacional que

¹⁸⁷⁸ COM (2006) 823 final.

¹⁸⁷⁹ COM (2006)823.

¹⁸⁸⁰ COM (2007) 785 final.

¹⁸⁸¹ LÓPEZ ESPADAFOR, C. M^a. (2016).

vincule a los Estados a cooperar en la realización de los actos tributarios de otro Estado, este autor, apoyándose en la doctrina de MICHELI & PAONE, estima que los Estados son libres para decidir si cooperan o no, excepto cuando exista una norma de Derecho Internacional Convencional o de Derecho de la Unión Europea que imponga tal deber.

JIMÉNEZ MACÍAS¹⁸⁸² también estima que la necesidad de la cooperación internacional en el ámbito tributario emana del conflicto entre la potestad impositiva y recaudatoria de un lado y la soberanías nacionales de otro, si bien, descendiendo un escalón más y haciéndose eco de la separación entre soberanía jurídica (potestad para emanar normas tributarias) y soberanía administrativa (potestad para hacer cumplir la norma tributaria y recaudar) preconizada por RIXEN, nos descubre la cooperación como el mecanismo al que acuden los Estados para reaccionar ante los efectos negativos de la globalización económica, cediendo parte de su soberanía administrativa mediante la cooperación y el intercambio de información.

En el marco de la OCDE, desde 2008 se ha venido animando a lo que se ha dado en llamar relación cooperativa, a la que brevemente nos referiremos más tarde. Otro tanto sucede en el marco europeo, como refleja la Comunicación de 6 de diciembre de 2012 al señalar:

“Los problemas que suponen el fraude y la evasión fiscales deben tratarse a tres niveles: en primer lugar, debe mejorar la recaudación de impuestos dentro de cada Estado miembro; en segundo lugar, es preciso incrementar la cooperación transfronteriza entre las Administraciones tributarias de los Estados miembros; en tercer lugar, la UE necesita una política clara y coherente con respecto a los terceros países, a fin de promover sus normas a nivel internacional y garantizar unas condiciones equitativas. La cooperación a nivel de la UE aporta valor añadido en cada uno de estos tres ámbitos.”

γ.2) Clasificación de las medidas e instrumentos para la lucha contra la evasión fiscal y la competencia fiscal perniciosa.

Los autores acostumbran a realizar diferentes clasificaciones de las medidas e instrumentos para la lucha contra la evasión y competencia fiscal. No vamos a dejar constancia aquí de una relación pormenorizada de todas las existentes, pero sí algunas de ellas que sirvan de muestra de la variedad de criterios seguidos.

JIMÉNEZ MACÍAS¹⁸⁸³ las clasifica atendiendo a dos criterios diferenciados:

- Atendiendo al impacto que tienen sobre la soberanía fiscal de las jurisdicciones en que actúan:
 - ✓ Dinámicas o intrusivas que se caracterizan por las siguientes notas:

¹⁸⁸²JIMÉNEZ MACÍAS, I. (2017).

¹⁸⁸³ JIMÉNEZ MACÍAS, I. (2017).

- Exigen cambios en los sistemas fiscales estatales y afectan, por tanto, a la soberanía jurídica de los países.
 - Sus destinatarios: los actores internacionales (multinacionales, individuos, gobiernos o Administraciones Tributarias).
 - Analizan actividades y normativas que generan situación de no imposición.
 - Origen: son adoptadas por organismos internacionales, dada la limitación que suponen para las soberanías nacionales.
 - Forma: se plasman en recomendaciones, aunque a veces llevan aparejadas sanciones.
 - No conllevan reciprocidad.
- ✓ Pasivas o colaborativas, en las que destacan los siguientes rasgos:
- Afectan únicamente a la soberanía administrativa de los países, en cuanto suponen la obtención de colaboración de otras jurisdicciones.
 - Sus destinatarios: las Administraciones Tributarias de los Estados, así como las instituciones públicas o privadas.
 - Origen: de los propios Estados o de organizaciones internacionales.
 - Forma: acuerdos bilaterales de los Estados o de organizaciones internacionales por intermedio de acuerdos multilaterales de cooperación.
 - Suponen reciprocidad y pueden venir acompañadas de sanciones.
- Por el elemento subjetivo:
- ✓ Instrumentos unilaterales, los cuales presentan como ventajas el respeto por la soberanía fiscal estatal y el ser en gran número de casos suficientes para solucionar problemas de doble imposición. Sus inconvenientes estriban en que no sirven para responder a problemas de no imposición y de evasión fiscal ante las dificultades que surgen por la falta de información, sobre todo en cuestiones de paraísos fiscales y centros *offshore*.
 - ✓ Instrumentos bilaterales, los cuales son vistos con buenos ojos por los países en cuanto que suponen una cesión de la soberanía legal de carácter reglado y correspondida con carácter recíproco por la otra parte. Vienen a complementar los instrumentos unilaterales en la lucha contra la evasión fiscal mediante la cooperación en el intercambio de información y en la asistencia administrativa en el ámbito fiscal.
 - ✓ Instrumentos multilaterales adoptados por organizaciones supranacionales, que a su vez pueden diferenciarse entre los que tienen naturaleza de *hard law* (como sucede en el seno de la Unión Europea con las Directivas o Reglamentos) o de *soft law* (como

sucede en la mayoría de los casos, v.gr. Directrices en materia de precios de transferencia de la OCDE).

NOCETE CORREA¹⁸⁸⁴ diferencia entre medidas represivas y medidas preventivas. Las medidas represivas combaten la elusión fiscal mediante mecanismos tradicionales como las cláusulas anti-abuso o la reformulación de las ya existentes. Las medidas preventivas actúan *ex ante* y en las mismas se situarían los principios de transparencia, el intercambio de información tributaria y la transparencia fiscal leal. Esta misma diferenciación es la acogida por el Informe 2013 OCDE al referirse por una parte a las medidas de disuasión, detección y respuesta frente a las actividades de planificación fiscal agresiva y, por otra parte, a las medidas de respuesta que tienen un fin represivo pero también ejemplificante e incentivador del cumplimiento. Entre las primeras se pueden incluir:

- educar al contribuyente;
- establecer sanciones a los promotores de planificaciones agresivas;
- las obligaciones de divulgación de información;
- estrategias con publicidad en los medios de comunicación.

Entre las segundas cabe citar:

- las normas anti-elusión;
- las normas relativas a las corporaciones foráneas controladas (CFC);
- las normas de subcapitalización y otras normas que limitan las deducciones de intereses;
- las normas destinadas a luchar contra los mecanismos híbridos;
- las normas de lucha contra la erosión de la base imponible.

MENDOZA LÓPEZ¹⁸⁸⁵ adopta el criterio de distinguir en atención al instrumento en el que se plasman, discerniendo entre normas antielusión contenidas en el ordenamiento interno de los Estados y normas antielusión contenidas en convenios internacionales de doble imposición. Los ordenamientos jurídicos estatales contienen dos tipos de cláusulas antielusión: genéricas (también conocidas como GAARs) y específicas¹⁸⁸⁶ (entre las que pueden citarse las concernientes a transparencia fiscal, a subcapitalización y a precios de transferencia). Por norma general anti-elusión la doctrina entiende dos conceptos¹⁸⁸⁷:

- uno menos amplio en el que se estaría dando cabida a normas como la contenida en el artº15 LGT en su versión 2003;
- otro de ámbito ligeramente más amplio y que se refiere a todas aquellas normas cuya función sea la de habilitar a la AT para recalificar determinados actos o negocios jurídicos o para exigir un tributo prescindiendo de actuaciones simuladas. En el caso del ordenamiento tributario español

¹⁸⁸⁴ NOCETE CORREA, F. J. (2016).

¹⁸⁸⁵ MENDOZA LÓPEZ, D. T. (2016).

¹⁸⁸⁶ Pueden presentar estructuras muy variadas, si bien habitualmente se presentan como presunciones o ficciones sobre el cálculo de la base imponible u otro elemento de un impuesto.

¹⁸⁸⁷ DELGADO PACHECO, A. (2017).

quedarían incluidas tres categorías de normas: las contenidas en los artº 13 y 16 LGT de 2003 relativos a la calificación y simulación mediante los cuales se faculta a la AT para aplicar los mencionados principios generales del Derecho en el ámbito tributario, el artº 15 LGT donde se contiene el conflicto de normas como actualización del concepto de fraude tributario de ley y que constituye una norma de cierre para corregir aquellos supuestos en que solo formalmente se respeta la ley pero no de fondo y, por último, el artº 12 LGT en el que se recogen las técnicas generales de interpretación en cuanto coadyuvan en la aplicación del ordenamiento contra la evasión fiscal.

La nota característica diferenciadora entre las GAAR y SAAR gravita precisamente en que aquellas son genéricas y éstas son ad hoc para un impuesto concreto ante actos o negocios específicos, aunque existen normas SAAR que gozan de una dosis de generalidad. Entre las cláusulas específicas con una gran dosis de generalidad se sitúan las normas sobre subcapitalización, o sobre transparencia fiscal internacional, así como la regulación de los precios de transferencia internacionales y la de las operaciones vinculadas a nivel doméstico, erigiéndose así el *arm's length* entre las SAAR. AGUIAR¹⁸⁸⁸ refiere que el *arm's length* presenta tradicionalmente una doble vertiente: como criterio de reparto de la competencia fiscal en las relaciones entre empresas relacionadas o, por el contrario, conectado con la problemática de los precios de transferencia. Sin embargo, se ha ido ampliando su aplicación a otros ámbitos en que no existan vínculos entre las partes de una transacción o distintos a los precios de transferencia o como complemento de otras presunciones legales. En este último sentido ha sido aplicado en la subcapitalización en las SSTJCE de 12 de diciembre de 2002, *Lankhorst-Hohorst*, asunto C-324/00; de 13 de marzo de 2007, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, asunto C-524/04.

γ.3) La U.E.

Como indican entre otros SANZ GÓMEZ¹⁸⁸⁹ o LUCAS DURÁN¹⁸⁹⁰ en la reacción de las instituciones europeas ante los fenómenos de elusión y evasión fiscal se aprecian dos etapas: hasta 2012, periodo en que se trató de una evolución “*tímida*”; a partir de dicha fecha se observa una evolución radicalmente distinta con el lanzamiento de un Plan de Acción y que cobra una dimensión mucho más específica tras la influencia del Plan BEPS. ESCARIO¹⁸⁹¹ estima que el paso fundamental vino de la mano de la introducción del tema en la agenda del Consejo Europeo en mayo de 2013, jalonada por el desvelo del G-20 en la materia tras el desplome de Lehman Brothers de 2008.

Los esfuerzos de la U.E. frente a la planificación fiscal agresiva y la evasión fiscal han venido centrados en dos ámbitos, las medidas preventivas y las medidas represivas

¹⁸⁸⁸ AGUIAR, N. (2010).

¹⁸⁸⁹ SANZ GÓMEZ, R. (2017).

¹⁸⁹⁰ LUCAS DURÁN, M. (2014).

¹⁸⁹¹ ESCARIO, J. L. (2015).

(NOCETE CORREA¹⁸⁹²). Efectivamente, como nos enseña SANZ GÓMEZ¹⁸⁹³ las estrategias para la prevención del fraude tributario deben contemplarse con una perspectiva amplia, donde tengan cabida medidas de control represivo junto a medidas destinadas a fomentar el cumplimiento voluntario. En gran número de ocasiones los documentos e instrumentos emanados por las instituciones europeas entremezclan medidas de una naturaleza con las de otra, aunque muchas veces exista preponderancia de alguna de ellas. En el marco de los instrumentos con medidas preponderantemente represivas merece la pena citar los siguientes documentos emanados por las instituciones europeas:

a) En el ámbito de la coordinación de los sistemas de imposición directa, el 19 diciembre de 2012 la Comisión publicó tres Comunicaciones:

- i. La Comunicación de la Comisión al Consejo al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo COM (2006) 823 final sobre la coordinación de los sistemas de imposición directa de los Estados miembros en el mercado interior.
- ii. La Comunicación de la Comisión al Consejo al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo COM (2006) 824 final sobre la consideración fiscal de las pérdidas en un contexto transfronterizo.
- iii. La Comunicación de la Comisión al Consejo al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo COM (2006) 825 final sobre imposición de salida y necesidad de coordinación de las políticas tributarias de los Estados miembros.

b) La Comunicación de la Comisión al Consejo al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo COM (2007) 785 final, de 10/12/2007 relativa a la aplicación de medidas contra las prácticas abusivas en el ámbito de la fiscalidad directa dentro de la U.E. y en relación con terceros países. En esta Comunicación se trató de fijar diversos conceptos a la luz de la jurisprudencia emanada por el TJUE, como es el caso de prácticas abusivas, elusión fiscal, montajes puramente artificiales y proporcionalidad. Además, la Comunicación, preocupada por los problemas de compatibilidad entre las normas nacionales anti-abuso y el Derecho de la U.E., advierte del riesgo de ampliar excesivamente la aplicación de las medidas anti-abuso, lo que hay que evitar mediante los siguientes recursos:

- i. las medidas deben centrarse de forma específica en los montajes puramente artificiales destinados a eludir la legislación fiscal nacional;
- ii. establecer salvaguardas, de manera que los contribuyentes puedan justificar la motivación comercial de la transacción;

¹⁸⁹² NOCETE CORREA, F. J. (2016).

¹⁸⁹³ SANZ GÓMEZ, R. J. (2014).

- iii. la no aplicación de las medidas a prácticas meramente domésticas en las que no existe riesgo de elusión;
- iv. la cooperación administrativa;
- v. la limitación de la aplicación de las normas anti-abuso SEC (Sociedades Extranjeras Controladas) exclusivamente a cuando existan montajes puramente artificiales y otorgando siempre a los contribuyentes la posibilidad de justificar la realidad de la actividad comercial, excluyendo siempre los supuestos en que los establecimientos secundarios se encuentren radicados en algún Estado miembro o perteneciente al Espacio Económico Europeo (EEE);
- vi. la limitación de las normas anti-abuso de subcapitalización mediante la aplicación del principio de *arm's length* conforme a la doctrina sentada por el TJUE, y no mediante la restricción de estas al ámbito estricto entre empresas nacionales.

c) La Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo COM (2012) 351 final, de 27/06/2012 sobre formas concretas de reforzar la lucha contra el fraude y la evasión fiscal, donde se cambió el centro de atención; anteriormente recaía sobre los conflictos “*Derechos nacionales versus Derecho europeo*”, ahora estaría en la planificación fiscal agresiva y en las asimetrías entre los sistemas jurídicos nacionales. Las propuestas de la Comunicación se estructuran en tres ámbitos:

- i. respecto a los Estados miembros: una recaudación más eficaz (donde tiene una importancia relevante la lucha contra el fraude y la evasión); una mejor cooperación transfronteriza entre AA.TT de la U.E. utilizando óptimamente los instrumentos jurídicos existentes, modificando la Directiva sobre el ahorro, la mejora del intercambio de información y el desarrollo y mejora de las herramientas, sistemas y métodos de trabajo para detectar tendencias y tramas que impliquen fraude y evasión fiscales; asegurar niveles elevados de cumplimiento por parte de los contribuyentes de sus obligaciones; y mejorar la gobernanza fiscal;
- ii. respecto a los terceros países: promover las normas de la U.E. a nivel internacional garantizando la aplicación de normas equivalentes por los terceros países;
- iii. hacer frente a los paraísos fiscales y a la planificación fiscal agresiva.

d) La Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo COM (2012) 722 final, en la que se presenta la estrategia de lucha contra el fraude y la evasión fiscal.

e) La Directiva 2014/86/UE de 8 julio de 2014 por la que se vino a modificar la Directiva 2011/96/UE relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes. Con la misma se vino a atender a la Propuesta de 25 de noviembre de 2012, COM (2013) 814 final. La citada Directiva prevé que las ventajas fiscales que se derivan de la Directiva 2011/96/UE no deben dar lugar a situaciones de doble no imposición y, por tanto, generar ventajas fiscales no deliberadas para grupos de sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes en comparación con grupos de sociedades de un mismo Estado miembro. Para ello se dispone que el Estado miembro de la sociedad matriz y el Estado miembro de su establecimiento permanente impidan a esas empresas acogerse a la exención fiscal aplicada a los beneficios distribuidos que hayan recibido, en la medida en que dichos beneficios sean deducibles por la filial de la sociedad matriz. De esta forma se pretendía paliar los desajustes creado por los préstamos híbridos.

La Directiva matriz-filial sufriría una nueva modificación por intermedio de la Directiva 2015/121 mediante la que se introdujo la denominada “*cláusula general anti-abuso de mínimos*” (GAAR) y que no pudo adoptarse en 2014 ante las discrepancias existentes entre los distintos países miembros, motivo por el cual se adoptó la fórmula de mínimos que permitía a los Estados acudir a fórmulas menos flexibles.

f) El paquete Anti-Elusión Fiscal elaborado por la Comisión el 28 de enero de 2016 (o ATAP) y que como expone ÁLVAREZ BARBEITO¹⁸⁹⁴ surge a raíz de la finalización del Proyecto BEPS, donde se contienen cuatro documentos fundamentales:

- i. Una propuesta de directiva relativa a la lucha contra la elusión fiscal.
- ii. Una propuesta de modificación de la Directiva 2011/16/UE, en lo que respecta al intercambio automático de información.
- iii. Una recomendación sobre la aplicación de medidas contra los abusos en detrimento de los convenios fiscales.
- iv. Una comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la estrategia exterior para una imposición efectiva

SANZ GÓMEZ señala que este paquete vino a concretar cuanto preconizó la Comunicación de la Comisión de 17 de junio de 2015¹⁸⁹⁵ como reacción al fenómeno BEPS. El objeto de las propuestas contenidas en el paquete es la coordinación a escala de la U.E. de las respuestas que deben darse a la elusión del impuesto sobre sociedades, siguiendo los estándares mundiales elaborados por la OCDE. El paquete se asienta sobre tres pilares básicos: garantizar una fiscalidad

¹⁸⁹⁴ ÁLVAREZ BARBEITO, P. (2016).

¹⁸⁹⁵ COM(2015) 302 final, de 17 de junio de 2015, al Parlamento Europeo y al Consejo, titulada “*Un sistema de imposición de las sociedades justo y eficaz en la Unión Europea: cinco ámbitos de actuación fundamentales*”.

eficaz en la U.E. que permita el alineamiento de la imposición con el lugar donde se produzcan los beneficios, aumentar la transparencia fiscal mediante la revisión de la Directiva sobre cooperación administrativa y, por último, garantizar unas condiciones equitativas.

g) La Directiva (UE) 2016/1164 por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que afectan directamente al funcionamiento del mercado interior, también conocida como Directiva ATAD y que forma parte del paquete ATAD, en la que se recogen cinco medidas contra la elusión fiscal:

- i. Norma relativa a la limitación de los intereses (art. 4)
- ii. Imposición de salida (art. 5)
- iii. Norma general contra las prácticas abusivas (art. 6)
- iv. Norma relativa a las sociedades extranjeras controladas (“*Controlled Foreign Corporations*” o “CFC”) (art.7)
- v. Asimetrías híbridas (art. 9)

Las medidas primera, cuarta y quinta se corresponden directamente con las Acciones 4, 3 y 2 del Plan BEPS. La norma general contra prácticas abusivas se puede entender que se corresponde con la esencia de la Acción 15 y la medida sobre la imposición de salida no tiene una correspondencia directa con una Acción BEPS específica. Esta Directiva fue modificada en 2017 (Directiva (UE) 2017/ 1852 del Consejo) para incluir las asimetrías híbridas. Se ha dicho que las Directivas ATAD son las piezas centrales de la estrategia antielusión fiscal de la U.E., garantizando que los Estados miembros implementen coordinadamente los informes BEPS, aunque a veces van más allá al incluir en su regulación los impuestos de salida, el régimen CFC, las normas anti-híbridos o la norma de cláusula general anti-abuso¹⁸⁹⁶.

h) El Paquete fiscal de la Comisión de Europea, de 15 de julio de 2020, para una fiscalidad más justa y simple de apoyo a la recuperación económica.

El objetivo del mismo, como enfatiza DE ABIEGA VALDIVIESO¹⁸⁹⁷, es la consecución de un sistema fiscal más justo, simple y moderno, que contribuya a la recuperación económica de la U.E., y a una mejora del marco fiscal a largo plazo. Comprende tres iniciativas diferenciadas, pero interrelacionadas entre sí:

- a) Un Plan de Acción Fiscal.
- b) Una propuesta de modificación del marco de cooperación fiscal administrativa (DAC7).
- c) Una Comunicación sobre Buena Gobernanza fiscal.

¹⁸⁹⁶ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «Medidas efectivas y coordinadas de la U.E. para luchar contra el fraude fiscal, la elusión fiscal, el blanqueo de capitales y los paraísos fiscales (2020/C 429/02).

¹⁸⁹⁷ DE ABIEGA VALDIVIELSO, M. (2020).

Por el lado de las medidas preventivas NOCETE CORREA¹⁸⁹⁸ repara en que se han fomentado en los últimos tiempos las medidas cooperativas, dando lugar a lo que se conoce como “*relación cooperativa*” (*Enhanced Relationship*). Estas medidas son plenamente apoyadas por la OCDE, como se puede apreciar en dos documentos:

- a) el informe “*Study into the Role of Tax Intermediaries*” 2008¹⁸⁹⁹;
- b) el informe “*La Relación Cooperativa: Un marco de referencia. De la Relación Cooperativa al cumplimiento cooperativo*” 2013¹⁹⁰⁰.

Pero son igualmente identificables en el Derecho europeo, sobre todo a partir de la Comunicación relativa al fomento de la buena gobernanza en el ámbito fiscal¹⁹⁰¹, manifestándose en la plasmación de los principios de transparencia, intercambio de información¹⁹⁰² y competencia fiscal leal. En esta línea pueden citarse:

- a) la Directiva 2010/24/UE del Consejo, de 16 de marzo, sobre la asistencia mutua en materia de recaudación;
- b) el Reglamento (UE) n° 904/2010 del Consejo, de 7 de octubre de 2010, relativo a la cooperación administrativa y la lucha contra el fraude en el ámbito del impuesto sobre el valor añadido;
- c) la Directiva 2011/16/UE, de 15 de febrero, relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad y por la que se deroga la Directiva 77/799/CEE. Esta directiva fue afectada por diversas Directivas posteriores, contándose hasta siete Directivas¹⁹⁰³, habiéndose avanzado en:

¹⁸⁹⁸ NOCETE CORREA, F. J. (2016).

¹⁸⁹⁹ En el mismo se estudia la planificación fiscal agresiva y la interrelación tripartita entre las AATT, los contribuyentes y los intermediarios fiscales, alentando la creación de un entorno propicio a la confianza y a la cooperación mutua de manera que pudiera establecerse la relación cooperativa con las grandes empresas y los intermediarios fiscales, apoyada en:

- las AATT deben actuar presididas por la comprensión basada en su conocimiento de la realidad empresarial, su imparcialidad, proporcionalidad y apertura, mediante la comunicación y transparencia, así como en la reactividad
- los contribuyentes deben comunicar la información que les sea requerida y exigible, al igual que mostrar transparencia

¹⁹⁰⁰ En el mismo se actualiza el informe de 2008 a la vista de la experiencia adquirida y posicionamientos de los países, pero abordando la relación cooperativa desde la óptica del cumplimiento, tratando temas como la estrategia de la gestión de riesgos para influir de manera efectiva en el cumplimiento, o como la relación cooperativa es respetuosa con el principio de igualdad ante la ley, la utilidad del concepto espíritu de la ley para perfilar los límites de la planificación fiscal agresiva, o cómo deben gestionarse los conflictos dentro de la relación cooperativa sin detrimento del principio de igualdad.

¹⁹⁰¹ COM (2009) 201 final. Esta Comunicación fue seguida por la Recomendación (2012/771/UE) en la que se establecen como presupuestos para considerar que por un Estado se cumple con la buena gobernanza en el ámbito fiscal:

- cuando se han adoptado las medidas legislativas, reglamentarias y administrativas destinadas a cumplir las normas en materia de transparencia e intercambio de información prescritas y se aplican de forma efectiva
- cuando no aplica medidas fiscales perniciosas en el ámbito de la fiscalidad de las empresas

¹⁹⁰² A este respecto se contaba con la Directiva 77/799/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1977 sobre asistencia mutua, al Directiva 2008/55/CE del Consejo, de 26 de mayo de 2008 sobre el cobro de la deuda tributaria y la Directiva 2003/48/CE del Consejo, de 3 de junio de 2003 sobre fiscalidad de los rendimientos del ahorro

¹⁹⁰³

- la Directiva 2014/107/UE, de 9 de diciembre,

- ✓ la obligación de revelar los titulares reales de cuentas, activos financieros y transacciones, y de todos los productos, incluyendo seguros y dividendos;
 - ✓ las exigencias de intercambio automático de información sobre acuerdos tributarios (*tax rulings*);
 - ✓ la información financiera de las grandes empresas, país por país (los informes por país o CBCR);
- d) el Reglamento (UE) n° 389/2012 del Consejo, de 2 de mayo de 2012, sobre cooperación administrativa en el ámbito de los impuestos especiales y por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 2073/2004;
- e) el Reglamento (UE) n° 1286/2013 por el que se establece para el período 2014–2020 un programa de acción para mejorar el funcionamiento de los sistemas fiscales de la Unión Europea, por el que se configuró el programa FISCALIS 2020 que tiene por objetivos combatir el fraude fiscal y la evasión de impuestos, así como aplicar la normativa de la U.E. en materia de fiscalidad:
- ✓ garantizando el intercambio de información;
 - ✓ apoyando la cooperación administrativa;
 - ✓ ayudando a los países participantes, cuando sea necesario y apropiado, a reducir los trámites burocráticos para las AATT, así como los costes del cumplimiento de las obligaciones fiscales para los contribuyentes;
- f) la Directiva 2014/48/UE, de 24 de marzo de 2014 (LCEur 2014, 640), por la que se modifica la Directiva 2003/48/CE (LCEur 2003, 1951) en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses.

En lo relativo a la competencia fiscal perniciosa en el paquete (“*Paquete Monti*”) de medidas adoptado por unanimidad de los países miembros en 1997 se subrayaba la necesidad de una actuación conjunta para combatir la competencia fiscal desleal. Al respecto y sobre este particular ya nos hemos extendido con anterioridad, a donde nos remitimos. En 1998 apareció el Código de Conducta, y al mismo sucederían una serie de Directivas:

- a) la Directiva 2003/48/CE del Consejo, de 3 de junio, en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses;
- b) la Directiva 2003/49/CE sobre el régimen fiscal común en materia de intereses y cánones;

-
- la Directiva 2015/2376/UE, de 8 de diciembre,
 - la Directiva 2016/881/UE de 25 de mayo,
 - la Directiva 2016/2258/UE de 6 de diciembre,
 - la Directiva 2018/822/UE de 25 de mayo, conocida como DAC 6, y que fue traspuesta en España mediante la Ley 10/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria
 - la Directiva 2020/876/UE de 24 de junio, conocida como DAC 7

- c) la Directiva 2009/133/CE, sobre régimen fiscal común de fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de títulos.

Una visión particular es la ofrecida por MARTÍNEZ LAGO¹⁹⁰⁴ al estimar que dentro de la reacción ante el fraude hay que fijarse tanto en los ingresos como en los gastos, o dicho en términos de la U.E., tanto en la lucha contra el fraude fiscal como en la protección de los intereses financieros, sin caer en la bagatela de desatender la importancia que, a este respecto, y como nexo de convergencia de los dos frentes, tiene el Presupuesto General de la Unión Europea y los presupuestos de otras instituciones creadas por los Tratados de la U.E.. La STJCE 10 junio de 2003, *Comisión v. Banco Central Europeo*, asunto C-11/00, vino a dejarlo nítidamente claro¹⁹⁰⁵. La protección de los intereses financieros proviene de diferentes fuentes:

a) del Derecho primario conforme disponen los artº 317 y 325 TFUE, así como la vía libre otorgada por la supresión del apartado 4 del artº280 al nacimiento de un verdadero Derecho penal europeo;

b) del Derecho secundario, debiéndose destacar el Reglamento 2988/95 del Consejo de 18 diciembre de 1995 relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas y el Reglamento 2185/96 del Consejo de 11 noviembre de 1996 relativo a los controles y verificaciones in situ que realiza la Comisión para la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas contra los fraudes e irregularidades;

c) la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF) creada mediante la Decisión 1999/352 de la Comisión, con responsabilidad para realizar investigaciones administrativas contra el fraude y dotado de las funciones y competencias determinados inicialmente en los Reglamentos 1073/99 y 1074/99, posteriormente derogados por el Reglamento (UE, Euratom) 883/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de septiembre de 2013.

¹⁹⁰⁴ MARTÍNEZ LAGO, M.A. (2013).

¹⁹⁰⁵

“89. Contrariamente a lo que sostiene el BCE en el marco del primer motivo, la expresión «intereses financieros de la Comunidad», que figura en el artículo 280 CE, debe interpretarse en el sentido de que engloba no sólo los ingresos y gastos incluidos en el presupuesto comunitario, sino, en principio, también los ingresos y gastos incluidos en el presupuesto de otros órganos y organismos creados por el Tratado CE.

90. Entre las consideraciones que permiten llegar a dicha conclusión figura, en primer lugar, el hecho de que, tal como ha indicado el Abogado General en el punto 117 de sus conclusiones, la referida expresión es específica del artículo 280 CE y se distingue de la terminología utilizada en las restantes disposiciones de la Quinta Parte del Tratado CE, las cuales se refieren invariablemente al «presupuesto» de la Comunidad Europea. Lo mismo cabe decir de la circunstancia, señalada por el Gobierno neerlandés, de que la expresión «intereses financieros de la Comunidad» parece revestir mayor amplitud que la expresión «ingresos y gastos de la Comunidad», que figura, en particular, en el artículo 268 CE.

91. En segundo lugar, el hecho mismo de que la existencia de un órgano o de un organismo se base en el Tratado CE induce a pensar que tal órgano u organismo ha sido concebido con vistas a contribuir a la consecución de los objetivos de la Comunidad Europea y lo inscribe en el marco comunitario, de manera que los recursos de que dispone por efecto de dicho Tratado presentan por naturaleza un genuino y directo interés financiero para aquélla”.

γ.4) El TJUE

El TJUE se ha centrado en la confección de un concepto de abuso de Derecho como parámetro con el que poder combatir las prácticas de planificación fiscal agresiva. La Comisión en su Comunicación (2007) 785 final advertía de que se encuentran en juego:

- a) el justo equilibrio entre el interés de combatir las practicas abusivas y la necesidad de evitar una restricción exagerada de la actividad transfronteriza en el interior de la U.E.;
- b) la coordinación con mayor eficacia de la aplicación de las medidas contra las prácticas abusivas dirigidas a terceros países.

Sobre el concepto de abuso de Derecho y su interacción con el *arm's length* y las libertades fundamentales consagradas en el TFUE en la imposición directa ya nos detuvimos anteriormente, a donde nos remitimos, pero no sin antes dejar indicado que las dificultades que encierra dicho cuerpo de doctrina son patentes. NOCETE CORREA¹⁹⁰⁶ esgrime los siguientes puntos de debilidad:

- a) los Tratados Constitutivos de la U.E. no contemplan expresamente la utilización abusiva de los ordenamientos jurídicos europeos en perjuicio del interés fiscal de los Estados;
- b) la interpretación asimétrica del abuso de Derecho según verse sobre directrices o libertades fundamentales;
- c) el distinto alcance según el ámbito sobre el que se aplique;
- d) los cambios jurisprudenciales habidos, de manera que en un principio el TJUE se mostró reticente a la restricción de las operaciones transnacionales, salvo en supuestos de evasión fiscal.

Por su parte MARTÍN JIMÉNEZ¹⁹⁰⁷ detecta como motivos de la fragilidad:

- a) la incertidumbre sobre si el concepto de abuso de Derecho se aplica uniformemente;
- b) la imprecisión terminológica utilizada, a lo que se unen a los problemas de traducción y los distintos conceptos que merecen en los diferentes ordenamientos el fraude y el abuso;
- c) la falta de utilización de una jerga fiscal precisa;
- d) las dudas que existen sobre si el test de las razones–motivos económicos válidos solamente es utilizable cuando existan indicios de artificiosidad, debiéndose precisar que solo los fines son relevantes fiscalmente y no los motivos, por lo que cuando los fines sean reales no cabría su análisis.

¹⁹⁰⁶ NOCETE CORREA, F. J. (2016).

¹⁹⁰⁷ MARTÍN JIMÉNEZ, A. J. (2012).

6.2.2.b.2 El Plan de acciones BEPS de la OCDE.

α) Concepto de erosión fiscal.

SÁNCHEZ-ARCHIDONA HIDALGO¹⁹⁰⁸ escribe que un nuevo término ha adquirido notoriedad en el contexto tributario internacional en los últimos años, el de erosión de las bases imponibles, producto esencialmente de tres causas: por un lado, el fenómeno de la globalización económica, por otro, las asimetrías entre los distintos sistemas fiscales y, por último, las sofisticadas estrategias de planificación fiscal utilizadas fundamentalmente por las MNEs para minorar la tributación en la jurisdicción de la fuente y desplazarla a territorios de nula o baja tributación. Ahora bien, aunque el término es novedoso, la erosión viene produciéndose y apreciándose desde hace muchos años. SERRANO ANTÓN¹⁹⁰⁹ también indica que la iniciativa BEPS no supone un trabajo radicalmente novedoso, sino el relanzamiento de ideas e informes ya existentes que han cobrado vigor en el contexto de la crisis económica. Ello viene confirmado por el propio texto del Informe *La Lucha contra la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios Fiscales* (2013), cuando en su anexo D expone los trabajos en curso y finalizados por parte de la OCDE en relación con los comportamientos BEPS en distintas áreas:

- a) la transparencia en materia fiscal relativa al intercambio de información en materia tributaria;
- b) los Convenios de Doble Imposición, abordando distintas problemáticas: los establecimientos permanentes, los mecanismos híbridos, el propietario efectivo y el treaty shopping, las cláusulas generales y específicas anti-elusivas, las normas CFC y la doctrina judicial anti-abuso;
- c) los precios de transferencia abarcando las cuestiones de los intangibles, las obligaciones documentales y los safe harbour, así como la distribución del riesgo, los métodos de valoración y la atribución de beneficios a los establecimientos permanentes;
- d) la planificación fiscal agresiva;
- e) las prácticas fiscales perjudiciales, donde ya en 1998 vio la luz el informe titulado “*La competencia fiscal nociva: un tema global*”;
- f) el análisis y estadísticas de políticas fiscales, área en la que destacan los informes “*Tax Effects on Foreign Direct Investment: Recent Evidence and Policy Analysis*” (2008) y “*Fundamental Reform of Corporate Income Tax*” (2007);
- g) la Administración Tributaria y las problemáticas tratadas en el Foro sobre Administración Tributaria sobre las empresas multinacionales y sus relaciones con las autoridades fiscales nacionales;

¹⁹⁰⁸ SÁNCHEZ-ARCHIDONA HIDALGO, G. (2017).

¹⁹⁰⁹ SERRANO ANTÓN, F. (2014).

h) la fiscalidad y el desarrollo.

A lo largo del presente trabajo nos hemos detenido en los conceptos y juegos que presentan los fenómenos de la globalización, la competencia y la planificación fiscal, la elusión y la evasión fiscal, así como del fraude y la simulación fiscal. Ahora toca ocuparnos de la erosión fiscal como último concepto con el que se delimitan toda una serie de situaciones limítrofes y muy próximas, entre las que en ocasiones resulta complicado distinguir.

Como primer apunte debemos reparar en que no ha existido preocupación alguna por definir qué debe entenderse por “*erosión fiscal*”, ni siquiera en los agentes principales que lo han colocado en la primera línea de la escena fiscal internacional, de suerte que, como apunta la doctrina más autorizada, así acontece hasta en el propio Plan de Acciones BEPS.

NOCETE CORREA¹⁹¹⁰ reconoce en su exposición, inducido por los propios textos del Plan BEPS, cierta identificación de la erosión con la planificación fiscal agresiva, acudiendo a una concepción descriptiva caracterizada por atender a dos elementos o criterios caracterizadores:

- a) la inexistencia de alineación entre el lugar donde se genera una renta y aquel en el que dicha renta resulta sometida a gravamen;
- b) la identificación de aquellas situaciones que por su metodología se consideran erosivas, especificándose los sectores de riesgo y la descripción de los mecanismos que provocan la erosión.

Para dicho autor la erosión, bajo la concepción del Plan BEPS, se asimila a las prácticas elusivas, al punto de utilizar la terminología de “*prácticas elusivas de erosión*” de bases imponibles. Ahora bien, se trata de prácticas que no son abiertamente defraudatorias, sino elusivas.

CARBAJO VASCO¹⁹¹¹ define BEPS como “*una síntesis de fórmulas modernas de elusión fiscal internacional, practicadas esencialmente por las EMN, que concluyen en una no imposición o en una menor tributación de sus bases imponibles respecto de la legalmente querida por el legislador, pero sin que se definan completamente las mismas, se diferencien de la planificación legal de manera adecuada y sin incluir otros causantes de los fallos en la fiscalidad internacional que se pretenden resolver con otros mecanismos, en particular, el intercambio automático de información tributaria internacional*”

ROSEMBUJ¹⁹¹² coincide en la dificultad de definir la erosión fiscal, aunque entiende que, a partir de los trabajos del G-20 y los documentos de la OCDE, sí son determinables sus efectos y los agentes que los causan. El autor procede a ofrecernos los rasgos que en su opinión perfilan el fenómeno de la erosión, acotando los siguientes:

¹⁹¹⁰ NOCETE CORREA, F. J., (2016).

¹⁹¹¹ CARBAJO VASCO, D. (2015b).

¹⁹¹² ROSEMBUJ, T. (2014).

a) En primer lugar, coincidiendo una vez más con la práctica unanimidad de la doctrina, destaca la importancia de la globalización como elemento desencadenante de la erosión, al suponer la corrosión de la soberanía nacional en cuanto supremacía para la regulación fiscal de un Estado en su territorio, y trae consigo un nuevo concepto de soberanía entendida como libertad para comprometerse con otros Estados en las relaciones internacionales.

b) La agresión se produce en el ámbito de la empresa transnacional para proteger la renta transeúnte o ambulatoria y puede provenir de dos vías diferentes:

- ✓ la contradicción de la norma, los estándares o principios, incardinándose fenómenos como la competencia fiscal agresiva, el blanqueo de capitales, la corrupción, el crimen organizado, y la financiación del terrorismo;
- ✓ el refuerzo paritario de la soberanía entre Estados, ámbito en el que se incluyen la erosión de las bases imponibles y los desplazamientos patrimoniales.

El autor se detiene en distintas manifestaciones de erosión que son directa consecuencia de figurar en su corazón las empresas transnacionales:

- ✓ las rentas sin Estados¹⁹¹³ o rentas vagabundas¹⁹¹⁴;
- ✓ los Estados sin rentas.

c) la erosión es agresiva porque destruye el objeto erosionado y lo violenta;

d) el principio anti-erosión es un nuevo principio común tributario de fiscalidad global, que se sitúa al mismo nivel que los principios contra la competencia fiscal lesiva o de lucha contra la corrupción, criminalidad organizada, financiación del terrorismo y blanqueo de capitales. Se trata de un principio que protege el interés fiscal de cada país ante agentes económicos transnacionales, criminalidad organizada, terrorismo y centros financieros offshore y tax havens, pero en el entendido de que su novedad radica en su orientación global superadora de la individualidad de los Estados;

e) los antecedentes del concepto erosión hay que verlos en el Acuerdo General sobre Comercio de Servicios (GATS), en la denominada excepción fiscal a los principios generales sobre los que se funda, a saber: la liberalización económica de los mercados mediante la libre competencia del capital privado, la libre competencia y la privatización de las empresas públicas. Dicha excepción entendemos que se incardina entre las cláusulas de excepción general en los

¹⁹¹³ La expresión “Stateless Income” fue acuñada por EDWARD D. KLEINBARD. Con la misma se alude a “renta obtenida por un grupo multinacional de sus actividades económicas en un país, distinto al del domicilio de la sociedad matriz, pero que resulta sometida a impuesto solo en una jurisdicción que no es ni la fuente de los recursos de producción a través de los cuales se obtuvo la renta ni el domicilio de la sociedad matriz del grupo”.

¹⁹¹⁴ Han sido los profesores B. WELLS y C. LOWELL quienes adoptaron la expresión “Homeless Income” para referirse a las rentas que no son grabadas en ningún Estado.

acuerdos comerciales mundiales¹⁹¹⁵. A través de estas cláusulas de excepción general se reconoce “la importancia de que una nación soberana pueda actuar para promover los intereses de la lista [de excepciones], incluso cuando las medidas que adopte entren en conflicto con diferentes obligaciones relacionadas con el comercio internacional”¹⁹¹⁶, porque aunque “las normas mercantiles internacionales se extendían a nuevas esferas de reglamentación oficial, era esencial que en el debate sobre la globalización se comprendiera cómo los imperativos de Derechos humanos de reducir los prejuicios estructurales que conducían a la discriminación y de promover la igualdad sustantiva podían ser protegidos junto con las normas y principios mercantiles”. Pues bien, la excepción fiscal se justifica cuando tiene el propósito de garantizar la imposición o recaudación equitativa o eficaz de los impuestos directos sobre los servicios o proveedores de servicios de otros Estados. Subyacen razones de justicia tributaria, eficacia y potestad de recaudación en su territorio sobre la base de imposición que le pertenece y los sujetos que están obligados. La legitimidad del principio anti-erosión se encuentra en su naturaleza de tutela protectora, en defensa del interés fiscal del Estado y del contribuyente local.

Aunque coincidimos con los autores citados en que la OCDE no proporciona una definición precisa de qué debe entenderse por erosión de las bases imponibles, sí concreta el marco conceptual de a qué se está refiriendo con la terminología BEPS. Efectivamente, la OCDE en su página web, bajo la etiqueta desplegable “Bitesize BEPS” (<https://www.oecd.org/tax/beps/bitesize-beps/>) responde a una serie de preguntas entre las que se encuentra ¿qué es BEPS? (“What is BEPS?”) donde aparecen las siguientes palabras:

*“Base erosion and profit shifting (BEPS) refers to tax planning strategies used by multinational enterprises that exploit gaps and mismatches in tax rules to avoid paying tax”.*¹⁹¹⁷

La traducción que ofrecemos es la siguiente: “[con] erosión de la base imponible y el desplazamiento de beneficios nos referimos a las estrategias de planificación fiscal usadas por las empresas multinacionales que explotan las lagunas y desajustes para eludir impuestos”. Por tanto, son cuatro los elementos a tomar en consideración para identificar los comportamientos BEPS:

¹⁹¹⁵ Dichos acuerdos pivotan, escribe WITKER, V.J. (2018) sobre los siguientes principios:

- principio de cláusula de la nación más favorecida
- principio de reciprocidad
- principio de no discriminación
- principio de igualdad de los Estados
- principio de protección de las empresas nacionales mediante únicamente los impuestos a la importación
- principio de igualdad de tratamiento de las mercancías y libertad de circulación
- principio de universalidad y simetría.

¹⁹¹⁶ “Los Derechos Humanos y los Acuerdos Comerciales Mundiales. Las cláusulas de excepción general como medio para proteger los Derechos humanos”, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH), Ginebra, 2005.

¹⁹¹⁷ <https://www.oecd.org/tax/beps/about/>

- a) se trata de estrategias de planificación fiscal, por lo que resulta patente la proximidad apuntada por NOCETE CORREA entre planificación fiscal y BEPS. Sin embargo, no todas las estrategias de planificación fiscal constituyen BEPS, sino que deben concurrir otros requisitos;
- b) en segundo lugar, hay que reparar en el elemento subjetivo, porque no son BEPS las estrategias utilizadas por cualquier contribuyente, sino únicamente las utilizadas por las multinacionales;
- c) en tercer lugar, los comportamientos BEPS se caracterizan por aprovechar las asimetrías de los sistemas fiscales de los distintos Estados;
- d) en cuarto lugar, hay que atender al elemento subjetivo finalístico de tales comportamientos: la elusión fiscal.

Sin embargo, aunque pareciera que erosión y traslado de beneficios son una misma cosa, realmente la distinción entre una y otro no debe ofrecer dudas. Así, si acudimos al Informe *“la Lucha contra la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios”* (2013) se subraya que el traslado de beneficios es únicamente una manifestación, de las múltiples que puede presentar, la erosión de las bases imponibles, pero se trata de dos fenómenos diferenciados. Entre ellos habría una relación género–especie. De esta opinión participa plenamente RAMOS ÁNGELES¹⁹¹⁸ cuando apunta que *“el traslado de beneficios consiste en la recolocación o migración artificiosa de las utilidades generadas por una empresa en una jurisdicción fiscal, hacia otra con un tratamiento tributario más favorable”* y añade que esa traslación de beneficios es *“practicada principalmente por empresas multinacionales, genera una pérdida de recaudación en los Estados que se conoce como erosión de la base imponible”*.

β) Significación de la iniciativa BEPS.

El Plan BEPS supone un cambio radical en el enfoque del problema de la erosión fiscal. Hasta su aparición los esfuerzos habían sido centrados en el destino final de los beneficios. Se trataba, como califica SÁNCHEZ–ARCHIDONA HIDALGO¹⁹¹⁹, de una lucha unilateral. A partir del Plan BEPS la lucha será multilateral a través de un consenso internacional, donde el foco de atención no solo se fija en el destino final de los beneficios sino también en la desarticulación de las estrategias de las planificaciones fiscales utilizadas por las MNEs. SAN SALVADOR PICÓ¹⁹²⁰ indica dos razones para este cambio de posicionamiento de la OCDE: por un lado, porque las empresas MNEs aprovechan las disfunciones y asimetrías de los distintos sistemas fiscales, por lo que indudablemente se hace precisa una respuesta conjunta de los países, resultando absolutamente insuficientes las medidas unilaterales nacionales; por otro lado, porque las medidas gubernamentales unilaterales corren un alto riesgo de producir doble o

¹⁹¹⁸ RAMOS ÁNGELES, J. A. (2015).

¹⁹¹⁹ SÁNCHEZ–ARCHIDONA HIDALGO, G. (2017).

¹⁹²⁰ SAN SALVADOR PICÓ, E., (2013).

múltiple imposición. ROSEMBUJ¹⁹²¹ enfatiza esta nueva era al suponer “*la irrupción del multilateralismo en lugar del bilateralismo y con ello la ruptura de las premisas fundacionales de los tratados para evitar la doble imposición*”, se trata de “*un momento epocal del Derecho Tributario y del Derecho Tributario internacional*”. SERRANO ANTÓN¹⁹²² aprecia esta evolución en la OCDE al abandonar el enfoque de las cláusulas anti-abuso aprobadas de forma unilateral por los Estados. Como sugiere NOCETE CORREA¹⁹²³ la actuación de operadores económicos globales en un contexto internacional caracterizado por la competencia fiscal entre Estados ha intensificado el interés de las organizaciones internacionales por la planificación fiscal agresiva quedando de relieve las insuficiencias de la aplicación e interpretación de las normas nacionales para afrontar estos nuevos problemas. Por su parte, CARBAJO VASCO¹⁹²⁴ refiere que se ha producido un cambio en el paradigma fiscal internacional que es recogido en el Plan BEPS: “*de evitar la doble imposición sobre las rentas y capitales internacionales a luchar contra la no imposición o menor imposición de la legalmente establecida para estas rentas*”. Se ha tomado consciencia de que contra la defraudación fiscal únicamente es posible luchar desde la cooperación y la coordinación internacional de las AATT. Ahora el tratamiento que reciben los paraísos fiscales y las jurisdicciones de baja tributación es diferente, persiguiéndose un nuevo orden fiscal, transparente, equilibrado y sistémico, donde existan reglas de conductas equilibradas y solidarias para todos sus componentes.

Por tanto, dos cuestiones fundamentales podemos apreciar para dejar contextualizada la reacción internacional ante las conductas BEPS:

a) por un lado, el proyecto BEPS surge del reconocimiento y aceptación de la existencia de disfunciones en el sistema fiscal internacional. SERRANO ANTÓN¹⁹²⁵ nos avala en esta afirmación cuando afirma que la OCDE parte de la premisa de que los contribuyentes en general, y las MNEs en particular, defraudan, lo que contrasta con la postura hasta entonces mantenida de una Administración tributaria “*asistencial, sin recelos y cooperativa*”;

b) por otro lado, la iniciativa BEPS supuso “*un punto de inflexión en la historia de la cooperación internacional en materia de fiscalidad*” como recoge el propio informe de julio 2013; se trata como escribe SAN SALVADOR PICÓ de un plan de acción integral y alcance mundial.

γ) Antecedentes causales.

Aunque a priori pudiera pensarse que la iniciativa BEPS constituye una novedad, la doctrina viene a coincidir en que ello no es así, puesto que la comunidad fiscal

¹⁹²¹ ROSEMBUJ, T. (2014).

¹⁹²² SERRANO ANTÓN, F. (2014).

¹⁹²³ NOCETE CORREA, F. J. (2016).

¹⁹²⁴ CARBAJO VASCO, D. (2015a).

¹⁹²⁵ SERRANO ANTÓN, F. (2014).

internacional viene trabajando sobre diversos aspectos de esta desde hace tiempo. Entre los antecedentes que determinan la falta de novedad SERRANO ANTÓN¹⁹²⁶ cita los siguientes:

a) en 1977 se crea el grupo de trabajo 8 del Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE con el propósito de iniciar un análisis sistemático de la evasión y fraude fiscal;

b) se procedieron a realizar modificaciones en el MCDI, una primera en la versión de 1992 en la que se alteraron los apartados 11 a 26 de los comentarios al artº1 en los que se trata el uso inadecuado de los tratados fiscales y se incluye una recomendación para que se incluyan en los CDI cláusulas específicas anti-abuso, otra segunda en la versión de 2003 en la que en los comentarios al mismo artículo se incluyeron propuestas sobre la misma materia siguiendo la estela del Informe *Draft Contents of the 2002 Update to the Model Tax Convention*. Sin embargo, apostilla el autor de referencia, las previsiones del MCDI, incluso en su redacción vigente no zanjaron la problemática sobre la aplicación de las cláusulas internas anti-abuso a una situación regulada por un CDI, dado que la diferente interpretación que se pueda dar al término abuso podría dar lugar a una aplicación asimétrica del CDI;

c) en el plan de la U.E., añade¹⁹²⁷, tuvo sus precedentes en el plan para reforzar la lucha contra el fraude y la planificación fiscal internacionales (COM(2012)722/2 y C(2012)8806 final) de 6 diciembre 2012¹⁹²⁸ que traería como consecuencia la modificación de la Directiva Matriz-Filial de 27 enero 2015.

PEDROSA¹⁹²⁹ va más allá, y toma como referencias más remotas de los antecedentes de la iniciativa BEPS en los informes de los años 60 de la OCDE y ya en épocas más cercanas habría que citar el Informe de 1999 “*The Application of the OECD Model Tax Convention to Partnerships*” en el que se identifica la preocupación por los problemas de doble imposición y de doble no imposición, o los trabajos del “*Aggressive Tax Planning Steering Group*” creado en el año 2004, los Informes del Equipo de Estudio del FTA de 2008 titulados “*Study into the Tax Role Intermediaries*”, de 2009 “*Building transparent tax compliance by Banks*”, del mismo año “*Engaging with High Net Worth Individual on Tax Compliance*”, y de 2010 “*Addressing Tax Risk Bank Losses*”.

CARBAJO VASCO¹⁹³⁰ escribe que el cambio que supone la iniciativa BEPS “*no nace de la nada, sino que cuenta con antecedentes históricos variados y reconocidos*” que localiza en diferentes frentes:

a) en el plano de la OCDE en los trabajos para luchar contra la competencia fiscal lesiva o en los trabajos para impulsar la cooperación entre las AATT;

¹⁹²⁶ SERRANO ANTÓN, F. (2015a).

¹⁹²⁷ SERRANO ANTÓN, F. (2015b).

¹⁹²⁸ Donde se recogen una serie de recomendaciones para evitar la planificación fiscal agresiva.

¹⁹²⁹ PEDROSA LÓPEZ, J.C. (2015).

¹⁹³⁰ CARBAJO VASCO, D. (2015b).

b) fuera de la OCDE otras organizaciones internacionales como el FMI, quien ha venido liderando las críticas contra los impuestos “*heterodoxos*” y su apoyo al Impuesto sobre las Transacciones Financieras, o la Unión Europea y su lucha contra el fraude y la evasión fiscal.

El propio Informe *Lucha contra la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios* de febrero 2013 referencia los trabajos desarrollados por la OCDE sobre la mejora de los medios para evaluar los riesgos sobre el cumplimiento tributario (*Tackling Aggressive Tax Planning through Improved Transparency and Disclosure*, 2011) o para combatir los mecanismos híbridos (*Hybrid Mismatch Arrangements: Policy and Compliance Issues*, 2012), así como de otros organismos como el Foro Mundial sobre Transparencia e Intercambio de Información con Fines Tributarios.

Por tanto, a la vista de todo lo anterior queda descartado que constituya una actitud o reacción “*ex novo*”, antes bien, ha sido paulatina su gestación. Lo que a nuestro entender sí supone novedad es la manera o modo con que a partir de la iniciativa BEPS se afronta el reto de los desplazamientos de los beneficios y las estrategias de la planificación fiscal lesiva, por cuanto instrumentos que tampoco suponen una radical novedad pasan a ocupar un papel preponderante. Con ello nos estamos refiriendo a la cooperación y coordinación de las Administraciones fiscales y de las políticas fiscales que los Estados se comprometen en adelante a seguir y, para ello, el punto de partida ha sido la auténtica concienciación social y política de la necesidad de combatir las BEPS.

Este cambio de rumbo o enfoque vino empujado por factores económicos, políticos y sociales.

Es fácilmente colegible que la doctrina viene coincidiendo a la hora de señalar los factores de orden económico. Así, CARBAJO VASCO¹⁹³¹ destaca por su importancia dos, el auge de la planificación fiscal agresiva o abusiva y la incidencia de la crisis sistémica internacional. La planificación fiscal agresiva porque dada la importancia cuantitativa de su repercusión directa sobre la recaudación por los Estados compromete muy seriamente la capacidad de estos para poder atender el gasto público. La profunda crisis sistémica, en especial la económica que asoló desde el 2008 a todas las economías nacionales igualmente supuso una merma harto considerable para las arcas de los Estados. A esta crisis sistémica ha contribuido sobremanera la globalización y la desmaterialización o digitalización de la economía, donde la movilización y desplazamiento de las bases imponibles han cobrado un especial protagonismo.

D’ALESSANDRO y ASOREY¹⁹³² parafraseando el contenido del Informe 2014 recogen como causas económicas motivadoras de la iniciativa BEPS:

- la globalización y sus consecuencias, entre las que se encuentran el movimiento de capital y de personas, la remoción de las barreras de comercio y los desarrollos tecnológicos y de comunicación;

¹⁹³¹ CARBAJO VASCO, D. (2015b).

¹⁹³² D’ALESSANDRO, V. y ASOREY, F. (2015).

- las nuevas conductas de las corporaciones internacionales, especialmente significativas por el volumen de negocio que mueven y representan, y que procedieron a abandonar sus modelos nacionales y adoptar el de organizaciones globalizadas caracterizadas por la falta de transparencia, el acudir a estructuras artificiales y el aprovechar sus sinergias para minimizar su tributación. Ello acarrea una disminución en la recaudación de los Estados afectados, repercute en los demás contribuyentes que tendrán que suplir con una mayor tributación aquella disminución y produce un daño reputacional en las MNEs al sentirse agraviadas las empresas nacionales ante la imposibilidad de acudir a tales políticas fiscales organizacionales.

También han contribuido factores jurídicos y de política fiscal propiciados por las asimetrías de los sistemas fiscales nacionales y las lagunas jurídicas existentes¹⁹³³. Se ha pasado de tener como objetivo primordial la evitación de la doble imposición, a ocupar el foco de atención la doble no imposición y los regímenes de baja o nula tributación.

Y a todo ello ha contribuido además la presión y sensibilización social ante la ruptura de los principios de capacidad contributiva y justicia fiscal. Escribe GARCÍA NOVOA¹⁹³⁴ que el origen remoto de la iniciativa BEPS se sitúa en la presión social y mediática provocada por el pago reducido de impuestos que vienen desarrollando un grupo de MNE muy representativo (Starbucks, Google, Facebook, Amazon...). El propio director de la OCDE, SAINT-AMANS alude en la página web oficial de la OCDE a que la prensa se encuentra repleta de artículos críticos entre los que se pueden citar Bloomberg donde apareció “*The Great Corporate Tax Dodge*”, el New York Times con “*But Nobody Pays That*”, The Times’ “*Secrets of Tax Avoiders*” o The Guardian’s “*Tax Gap*”¹⁹³⁵. La confianza de los ciudadanos en la justicia tributaria quedó en entredicho.

DEVEREAUX & VELLA¹⁹³⁶ tras sugerir que los factores determinantes del fenómeno BEPS son variados subrayan dos:

- a) la crisis de la distribución del derecho a gravar en el sistema fiscal internacional ha conducido a situaciones de no imposición que pone de manifiesto la necesidad de reformas;
- b) la competencia fiscal

SAN SALVADOR PICÓ¹⁹³⁷ ve motivos de tres órdenes distintos en la iniciativa BEPS:

- a) motivos de equidad tributaria y competencia, puesto que son las MNEs quienes realizan operaciones transnacionales y pueden acudir a planificaciones fiscales que comporten conductas BEPS, frente a las empresas de inferior

¹⁹³³ Lagunas e inconsistencias en terminología del “*Resumen Informativo del Proyecto OCDE/G20 sobre la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios. Informes Finales 2015*”.

¹⁹³⁴ GARCÍA NOVOA, C. (2015 b).

¹⁹³⁵ <https://www.oecd.org/ctp/what-the-beps-are-we-talking-about.htm> , bajo la intitulación “What the BEPS are we talking about?”

¹⁹³⁶ DEVEREAUX, M.P. & VELLA, J. (2014).

¹⁹³⁷ SAN SALVADOR PICÓ, E. (2013).

dimensión que no pueden incrementar beneficios acudiendo a tales tipos de conductas. En igual sentido ROSEMBUJ¹⁹³⁸ apunta que la erosión es un atributo exclusivo de las empresas transnacionales, no de las domésticas, las cuales movidas por el aprovechamiento de las sinergias de la unidad y organización unitaria acuden al aprovechamiento fiscal y la minimización del pago de impuestos sacando partido a su presencia y actuación en distintas jurisdicciones;

b) motivos de asignación eficaz de los recursos, ya que los comportamientos BEPS pueden determinar la asignación de recursos a actividades menos rentables que a aquellas a las que se asignan por conllevar menor tributación;

c) motivos de incentivos al cumplimiento tributario, ya que los contribuyentes que no practican conductas BEPS pueden verse compelidos a eludir sus obligaciones fiscales.

δ) Breve referencia a los antecedentes históricos inmediatos.

Ante todo el panorama descrito, en el año 2013, en plena crisis económica, la OCDE, el G-20 y un amplio número de países no miembros, se comprometieron a colaborar para diseñar un marco desde el que proceder a modernizar los sistemas fiscales subsanando cuantas distorsiones y vicios conllevaban las conductas BEPS. En palabras recogidas en el propio Informe 12 febrero 2013 (*“Lucha contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios”*), se comprometieron a elaborar *“un plan de acción global”* que tuviera por principal objetivo *“proporcionar a los países instrumentos nacionales e internacionales para que puedan ajustar las potestades impositivas a la actividad económica real”*. El eterno problema del fantasma de la distribución y atribución de la potestad impositiva en las operaciones transnacionales hacía acto de presencia y se quedaba como punto de referencia primordial.

El punto de arranque vino determinado por la petición formulada a la OCDE por el G-20 en su séptima cumbre celebrada en México para que elaborara un informe sobre la marcha de los trabajos concernientes a la erosión y desplazamientos de las bases imponibles y que debía de estar preparado para la siguiente cumbre programada para septiembre de 2013. El 12 de febrero de 2013 aparecía el primer Informe emanado por la OCDE en el que se preveía la necesidad de elaborar un plan de acción que diese una respuesta global a los seis ámbitos críticos que se dejaban identificados; a saber:

- las asimetrías entre los sistemas fiscales, en particular los mecanismos híbridos y el arbitraje;
- la aplicación de los convenios de doble imposición, en especial en materia de suministro de bienes y servicios digitales;
- los precios de transferencia;
- la eficacia de las medidas de lucha contra la elusión fiscal;

¹⁹³⁸ ROSEMBUJ, T, (2014).

- el régimen de las operaciones financieras intragrupo, como las que regulan la posibilidad de deducir pagos y la aplicación de retenciones en la fuente;
- la existencia de regímenes preferentes perjudiciales.

El 19 julio 2013 veía la luz el Informe “*Plan de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios*” que sería publicado en septiembre de ese mismo año.

En el mismo identifica SAN SALVADOR PICÓ cinco partes:

- a) los retos fiscales ante la economía digital a los que dedica la acción 1;
- b) la coordinación de los sistemas fiscales nacionales para evitar la ausencia de imposición, para lo cual prevé cuatro acciones:
 - ✓ La acción 2 para neutralizar los efectos de las discordancias en el tratamiento de los mecanismos híbridos;
 - ✓ La acción 3 para reforzar la normativa sobre corporaciones foráneas controladas (CFC);
 - ✓ La acción 4 para limitar la erosión de la base imponible a través de la deducción de intereses y otros gastos financieros;
 - ✓ La acción 5 para atacar de forma efectiva los regímenes preferentes perjudiciales;
- c) el alineamiento de la tributación y la sustancia económica, a cuyo efecto se prevén cinco acciones:
 - ✓ la prevención del abuso de los tratados internacionales (acción 6);
 - ✓ la prevención de que se evite de forma artificial la existencia del establecimiento permanente (acción 7);
 - ✓ el alineamiento de las normas de los precios de transferencia con la creación del valor (acción 8, 9 y 10);
- d) el aseguramiento de la transparencia y la mejora de la seguridad jurídica a los que se dedican cuatro acciones:
 - ✓ el establecimiento de metodologías para recabar y analizar información sobre BEPS y sobre las acciones para combatirlo (acción 11);
 - ✓ la exigencia a los contribuyentes de información sobre los mecanismos de planificación fiscal agresiva que utilizan (acción 12);
 - ✓ la revisión de las exigencias en materia de documentación sobre precios de transferencia (acción 13);
 - ✓ la mejora de los mecanismos para resolver conflictos (acción 14);
- e) por último, se prevé la implementación ágil de las medidas acordadas (acción 15) mediante tres ámbitos de actuación:
 - ✓ propuestas de modificación de normativas internas;
 - ✓ cambios en los comentarios y en el propio texto del articulado del MCDI;

✓ cambios a las Directrices de los Precios de Transferencia.

PICCIOTO¹⁹³⁹ sujetándose a la propia estructura del Informe diferencia cuatro partes:

- a) la primera dedicada a la coherencia comprende cuatro acciones, la 2, 3, 4 y 5;
- b) la segunda busca reinstaurar los efectos y beneficios plenos de los estándares internacionales mediante las acciones 6, 7, 8 9 y 10;
- c) la tercera persigue garantizar la transparencia promoviendo al mismo tiempo una mayor certeza y previsibilidad: acciones 11, 12, 13 y 14;
- d) la cuarta parte comprende una única acción encaminada a la implementación rápida de las medidas: acción 15.

Con autonomía propia se encuentra el tratamiento de los retos de la economía digital.

El reparto en cuatro grupos también es apoyado por MARTÍNEZ JIMÉNEZ y CALDERÓN CARRERO¹⁹⁴⁰

La Declaración Final de los Jefes de Estado y de Gobierno del G-20 tras las reuniones en San Petesburgo en septiembre de 2013 recoge el apoyo incondicional al Plan de Acción de la OCDE para contrarrestar la evasión fiscal, las prácticas desleales y la planificación impositiva agresiva, así como para afrontar los retos de la economía digital. El faro de guía para la consecución de tales propósitos debe ser el alineamiento del lugar del pago de impuestos con el lugar donde se desarrolla la actividad.

En septiembre de 2014 fueron aprobados siete Informes Provisionales y en octubre de 2015 vería la luz el denominado Paquete Final.

La cumbre del G-20 de Antalya en noviembre de 2015 dio su respaldo a cuantas acciones se habían emprendido.

ε) Fases del Plan BEPS.

GARCÍA NOVOA¹⁹⁴¹ nos comenta que en el Plan BEPS pueden diferenciarse tres fases de desarrollo:

- a) la primera consistió en la formulación de las quince acciones y que se concretó en el Plan de Acciones BEPS de julio de 2013;
- b) la segunda se corresponde con el desarrollo de los informes de las quince acciones, y se concretó:

¹⁹³⁹ PICCIOTTO, S. (2014).

¹⁹⁴⁰ MARTÍN JIMÉNEZ, A. y CALDERÓN CARRERO, J. (2014).

¹⁹⁴¹ GARCÍA NOVOA, C. (2014).

- ✓ en la aprobación en septiembre de 2014 de siete informes provisionales; a saber, los informes sobre las acciones 1, 2, 5, 6, 8, 13 y 15;
 - ✓ en la presentación en octubre de 2015 del informe final sobre cada una de las 15 acciones, también conocido como *Paquete Final de BEPS* y que contiene 13 informes finales (las Acciones 8 a 10 se aglutinan en un único informe) viniendo a reemplazar a los informes provisionales.
- d) la tercera fase es la de la implementación coordinada tanto en los ordenamientos domésticos, puesto que las acciones BEPS condicionan los poderes legislativos de los Estados que se adhieran, como en los tratados internacionales. GARDE¹⁹⁴² advierte en el mismo sentido que algunas medidas previstas podrían ser implementadas con carácter inmediato (léase el supuesto del cambio de las Directrices), pero otras requerirán cambios en dos entornos distintos: las legislaciones internas (Acción 2, Acción 3, Acción 4, Acción 5, Acción 13) y otros cambios en los convenios internacionales (Acción 2, Acción 6, Acción 7).

ξ) Los Pilares Fundamentales.

Para GARDE¹⁹⁴³ las acciones se agrupan en torno a tres objetivos fundamentales, también conocidos como los pilares fundamentales¹⁹⁴⁴:

- a) coherencia a nivel internacional del impuesto sobre sociedades;
- b) alinear la tributación y la actividad substancial generadora de riqueza adaptando los estándares internacionales a los nuevos modelos de negocio;
- c) transparencia, seguridad jurídica y previsibilidad.

η) Problemas a los que se enfrentan las acciones BEPS.

CARBAJO VASCO¹⁹⁴⁵ sistematiza los problemas con que se tiene que enfrentar el Programa BEPS en los siguientes bloques:

- a) la conclusión efectiva de los trabajos BEPS, ya que el nivel de conclusión y desarrollo no es igual para las 15 acciones en el paquete final. Así, sucede que en el informe country-by-country (Acción 13) se hacía preciso un Manual Técnico, respecto de la Acción 4 había que perfilar diversas cuestiones (la ratio sobre capital que pueda considerarse un sistema alternativo para aplicar la limitación de la deducción por intereses a nivel de grupo); en relación a la Acción 7 procedía concretar el nuevo concepto de establecimiento permanente además de otras

¹⁹⁴² GARDE GARDE, M^a J. (2016).

¹⁹⁴³ GARDE GARDE, M^a J. (2016).

¹⁹⁴⁴ Terminología utilizada en el Resumen Informativo sobre los Informes Finales.

¹⁹⁴⁵ CARBAJO VASCO, D. (2017).

cuestiones, o en las Acciones referentes a los precios de transferencia había que desarrollar el método del reparto de beneficios o proceder a los cambios necesarios en las Directrices para adaptarlas al Proyecto BEPS; en cuanto a la Acción 14 había que desarrollar los mecanismos de resolución de disputas internacionales y, lo más importante, en lo tocante a la Acción 15 se hacía preciso la preparación y conclusión de un Tratado Multilateral;

b) los problemas derivados de la distinta naturaleza, diferente grado de obligatoriedad y diversas maneras de implementación de las Acciones. Sobre estas particularidades incidiremos brevemente a continuación;

c) las divergencias de las adaptaciones nacionales de las medidas al implementarlas a nivel doméstico;

d) los problemas que conlleva el tratar de aplicar a un nivel global internacional un sistema diseñado fundamentalmente por los países de la OCDE y del G-20, cuando la variedad y particularidades regionales y estatales superan todas las expectativas y previsiones que se hayan podido integrar;

e) los problemas que generarán los cambios en los entornos de la fiscalidad internacional.

θ) Grado de vinculación de las acciones BEPS: estándares mínimos, estándares internacionales reforzados o actualizados, criterios comunes y prácticas recomendadas, e informes analíticos.

El Paquete Final de BEPS de octubre de 2015 contiene una serie de medidas que abarcan cuatro categorías de recomendaciones según señalan ROYERO et al.¹⁹⁴⁶ que suponen el diferente grado de exigibilidad que presentan las 15 acciones:

a) Estándares mínimos acordados, donde quedan incardinadas cuatro acciones:

- i. las medidas para combatir las prácticas tributarias perniciosas (Acción 5);
- ii. las disposiciones modelo para impedir el uso abusivo de convenios fiscales, incluso el treaty shopping (Acción 6);
- iii. reexaminar la documentación sobre precios de transferencia y más específicamente los informes país por país (Acción 13), lo que facilitará a las AATT una imagen global de donde las MNEs declaran sus beneficios, tributos y actividades económicas;
- iv. hacer más efectivos los mecanismos de resolución de controversias (Acción 14) aprovechando el firme compromiso político con la resolución eficaz y oportuna de controversias a través del procedimiento amistoso (MAP).

¹⁹⁴⁶ REYERO, R.; PALACÍN, R. y ALONSO, I. (2015).

GARDE¹⁹⁴⁷ añade que los estándares mínimos hacen referencia a aquellas áreas en las que se requiere una acción coordinada y en las que la inacción de algunos países conllevaría efectos colaterales negativos para otros, apreciándose un carácter obligatorio de los mismos que debiera conducir a su adopción por los países de la OCDE y del G-20.

SHAY¹⁹⁴⁸ comenta que los estándares mínimos no afectan a normas fiscales sustantivas, para las que se prevén las recomendaciones y las mejoras en las prácticas.

b) Estándares internacionales reforzados o actualizados, en los que se sitúan la revisión de las Directrices de la OCDE sobre Precios de Transferencia (Acción 8-10) y revisión del MCDI OCDE Fiscal de la OCDE (MCDI OCDE), incluyendo la Acción 7 sobre establecimientos permanentes.

c) Criterios comunes y prácticas recomendadas para la legislación doméstica, comprensivos de los acuerdos sobre los desajustes de los mecanismos híbridos (Acción 2), refuerzo de la normativa de sociedades extranjeras controladas – Controlled Foreign Company rules – (Acción 3), limitación de gastos financieros (Acción 4) y divulgación de las planificaciones fiscales agresivas (Acción 12).

d) Informes analíticos referentes a los retos de la economía digital (Acción 1), la evaluación y seguimiento de BEPS (Acción 11) y desarrollo de un instrumento multilateral para la implementación de las recomendaciones (Acción 15)

SHAY distingue tres niveles de compromisos adquiridos por los países participantes en el Proyecto BEPS que fueron necesarios de establecer para alcanzar el consenso: a) los estándares mínimos, b) las recomendaciones y c) la mejora de prácticas. A tal efecto conviene aclarar la distinción entre jurisdicciones asociadas y jurisdicciones participantes en el Plan y Proyecto BEPS. Dentro de las jurisdicciones “*asociadas a BEPS*” se comprenden las jurisdicciones que siendo miembros del G-20¹⁹⁴⁹ no forman parte de la OCDE y que participan en condiciones de igualdad en el Comité de Asuntos Fiscales, así como las que posteriormente se han ido sumando al Marco Inclusivo del que nos ocuparemos posteriormente. Por países participantes en BEPS se entiende las jurisdicciones miembros de la OCDE y del G-20 que fueron las que participaron en la elaboración del Plan y del Proyecto (OCDE y G-20). Sobre los estándares mínimos las jurisdicciones asociadas y participantes tienen explícitamente el compromiso de adoptarlos en el Derecho doméstico o los tratados de los que sean parte, salvo cuando ya tengan normas consistentes con los mismos. Sobre las recomendaciones las jurisdicciones acuerdan y se espera que en el futuro adopten normas convergentes con ellas. Sobre la mejora de prácticas se invita a las jurisdicciones asociadas y participantes a que en el futuro se adhieran y sobre las mismas la OCDE proporcionará directrices.

¹⁹⁴⁷ GARDE GARDE, M^a J. (2016).

¹⁹⁴⁸ SHAY, S. (2017).

¹⁹⁴⁹ El G-20 está integrado por los países del G-8 (Alemania, Canadá, Estados Unidos, Francia, Reino Unido, Italia, Japón y Rusia), más la Unión Europea, Arabia Saudí, Argentina, Australia, Brasil, China, Corea del Sur, India, Indonesia, México, Sudáfrica y Turquía

La categorización es importante porque no todas las acciones conllevan el mismo grado de compromiso de implementación por parte de los Estados que suscriben el Proyecto BEPS¹⁹⁵⁰:

- a) los estándares mínimos habrán de ser implementados en su normativa doméstica por los Estados (Acciones 5, 6, 13 y 14);
- b) los criterios o enfoques comunes “aconsejan regular de forma coordinada esas materias con el fin de conseguir legislaciones domésticas consistentes que eviten supuestos de des-imposición”, comprendiendo las Acciones 2 y 4;
- c) las mejoras de prácticas son una “*serie de sugerencias o recomendaciones que podrían o no ser seguidas por los Estados*” y dentro de las mismas se encuentran las Acciones 3, 7, 8 a 10 y 12;
- d) a todas las anteriores y para completar las 15 acciones de que se compone el Proyecto hay que aludir a tres acciones que “*no requieren un compromiso o actuaciones específicas por parte de los Estados*”. Se trata de la Acción 1 que viene a ser una especie de introducción y toma de contacto, la Acción 11 que únicamente viene a suponer medidas para determinar el impacto que están teniendo las verdaderas acciones y la Acción 15 relativa a la elaboración de un Convenio Multilateral por lo que la vinculación vendrá referida a éste por aquellos países que lo suscriban.

1) Implementación y desarrollo de las acciones BEPS y su vocación de universalidad.

La iniciativa BEPS desde la perspectiva de su elemento subjetivo fue conceptualizada *ab initio* como una acción expansiva y aglutinadora, caracterizándose como reacción de sus promotores ante la toma de consciencia de dos factores primordiales: los retos que se pretendían solucionar actuaban y repercutían a escala global y, por consiguiente, las respuestas o actuaciones unilaterales o bilaterales que en la mayoría de los casos hasta entonces habían venido adoptándose para los problemas de fiscalidad internacional resultaban manifiestamente insuficientes. Es por ello por lo que se ha dicho que el Proyecto BEPS nació con una vocación de universalidad, como se ha encargado de poner de manifiesto el profesor CARBAJO VASCO¹⁹⁵¹. Basta observar la implicación en los trabajos de esta iniciativa de todos los países de la OCDE y del G-20. Pero no solo intervinieron agentes a nivel de Estados, sino que su universalidad condujo a que quedaran también implicados países en desarrollo (a los que quedó habilitada su participación a través del Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE), otras instancias institucionales¹⁹⁵², organizaciones sectoriales y asociaciones empresariales, asesores,

¹⁹⁵⁰ GARRIGUES (2017).

¹⁹⁵¹ CARBAJO VASCO, D. (2017).

¹⁹⁵²El Foro Africano de Administración Tributaria (ATAF), el Centro de Encuentros y Estudios de Dirigentes de Administraciones Fiscales (CREDAF) y el Centro Interamericano de Administraciones

organizaciones no gubernamentales, docentes y otros representantes del sector académico.

Una vez quedó definitivamente diseñado el Paquete Integral BEPS en 2015, para lograr su implementación coherente y eficaz, los países de la OCDE y del G-20 acordaron seguir trabajando conjuntamente entendiendo que tal modo de proceder constituía el único mecanismo válido para conseguir que la implementación no quedara desbordada por las divergencias entre los distintos sistemas fiscales, ni supusiera un aumento o agravamiento de controversias, quedando siempre garantizada la participación en condiciones de igualdad (*inter pares*).

Se ha dicho por parte de SHAY¹⁹⁵³ que la implementación de las acciones BEPS ha venido marcada por diversos factores:

- el grado de participación de las jurisdicciones en el proceso de consecución del consensus sobre las acciones diseñadas y los informes finales;
- los beneficios esperados (ingresos fiscales o resultados económicos) en relación con el coste de implementación, factor que se acentúa en jurisdicciones de ingresos medios o bajos con recursos administrativos más limitados;
- el grado de cumplimiento acorde a BEPS que ya tengan los sistemas legales de las jurisdicciones;
- el miedo a la pérdida de competitividad en el comercio mundial el cual induce a la espera a que otros países vayan reaccionando;
- la preocupación, sobre todo en jurisdicciones en que el sector de servicios de jurisdicción intermediaria es importante, de que se cree un espacio de igualdad de condiciones.

Incluso más, SHAY escribe que el núcleo duro del Proyecto BEPS¹⁹⁵⁴ será quien mayor interés tendrá en una pronta implementación de las acciones BEPS por su propio beneficio y porque así persuadirán a otras jurisdicciones a que procedan de igual manera.

Para llevar a cabo la implementación de las Acciones BEPS se contemplan cuatro vías:

- a) dos vías que podríamos calificar de tradicionales y que consisten en:
 - ✓ la modificación de las normas de Derecho interno;
 - ✓ la modificación del Modelo de Convenio de Doble Imposición OCDE lo que dio lugar a su décima modificación que fue aprobada el 18 de diciembre de 2017:
 - en relación a la Acción 2 (neutralización de mecanismos híbridos) se previó en los Informes Finales una nueva disposición y Comentarios detallados para garantizar no sólo que se aplican las

Tributarias (CIAT) a través de organizaciones internacionales tales como el Fondo Monetario Internacional (FMI), el Banco Mundial o Naciones Unidas (ONU).

¹⁹⁵³ SHAY, S. (2017).

¹⁹⁵⁴ Los miembros del G-7, además de Holanda y España

ventajas derivadas de los convenios aplicables a los ingresos o rendimientos de estas entidades cuando concurren las circunstancias idóneas, sino también que no se aplican en aquellos casos en que ningún Estado, de conformidad con su legislación interna, considere las rentas obtenidas por dicha entidad como ingresos de uno de sus residentes. Como consecuencia se han introducido disposiciones más claras para la aplicación de CDI a entidades transparentes a efectos fiscales y sobre la resolución de mutuo acuerdo en caso de doble residencia fiscal.

- en relación a la Acción 6 (evitar el uso abusivo de convenios y el treaty shopping):
 - la inclusión en el Modelo de Convenio de una cláusula antiabusiva específica (cláusula de limitación de beneficios –LOB–) para evitar que determinadas entidades que cumplan determinadas condiciones puedan favorecerse de las ventajas que otorga el convenio
 - la inclusión en el Modelo de Convenio de una cláusula antiabusiva más genérica que persiga evitar el uso abusivo del convenio atendiendo a los propósitos principales de las operaciones (test del propósito principal –PPT–);
- con relación a la Acción 7 modificar la definición del Establecimiento permanente, procediendo a modificar el apartado 4 del artº5 del MCDI;
- con relación a las Acciones 8–10 se mantiene el principio de *arm's length* formulado en el apartado 1 del artº9 del MCDI de la OCDE y de la ONU por haber quedado acreditado que es útil, práctico y equilibrado, aunque desde el Plan BEPS se instó a aclarar y consolidar sus bases de aplicación;
- con relación al procedimiento amistoso se prevé la modificación de sus mecanismos operativos;

b) pero a su vez, para ayudar a la implementación se han ideado dos herramientas vehiculares nuevas:

- ✓ el desarrollo de un Marco Inclusivo que atrajese a países no pertenecientes al G–20 y economías en desarrollo;
- ✓ los trabajos de un Grupo *ad hoc*, para el desarrollo del instrumento multilateral para implementar el Plan de acción contra BEPS (MLI).

En febrero de 2015 los Ministros de Finanzas y los Gobernadores de los Bancos Centrales del G20 crearon el Grupo *ad hoc* para el MLI dando seguimiento así a las pautas marcadas por el Informe Final sobre la Acción 15 y que contó desde sus

comienzos con la participación de más de 80 países y en el que han participado hasta 99 Estados en calidad de miembros, y 4 jurisdicciones no estatales y 7 organizaciones internacionales como observadores. El 24 de noviembre de 2016 quedaba adoptado el texto. El 7 de junio de 2017 sería firmado por nuestro país, aunque hubo que esperar a su publicación en el BOE el 4 de diciembre de 2020 tras el acuerdo del Senado dos días antes. A la fecha de 3 mayo de 2021 el MLI cubría 95 jurisdicciones, de las cuales 65 lo habían ya ratificado. Sin embargo, el Grupo *ad hoc* únicamente se centró en cómo se necesitaría que el Convenio modificara las disposiciones de los convenios tributarios bilaterales o regionales a efecto de implementar las medidas anti-BEPS, ya que en los Informes Finales sobre las Acciones 2, 6, 7 y 14 ya se trató el fondo. Como subrayó GARDE¹⁹⁵⁵ se trata de un texto flexible en cuanto que el ámbito objetivo no supone que queden afectados por el mismo todos los CDI que tenga suscrito el país que se adhiera, pues como precisa claramente la nota explicativa que apareció junto al texto del MLI:

- no se trata de un Protocolo de enmienda a un Tratado ya existente, por lo que sólo podrá operar sobre Tratados entre dos o más partes del convenio;
- quedarán especificados mediante un enlistado los Tratados a los que las Partes aceptan explícitamente que se aplique el MLI;
- los estándares mínimos BEPS contemplados en el MLI no podrán excluirse, salvo en contadas circunstancias, como cuando ya estuviese previsto su cumplimiento por el Tratado cubierto;
- cuando una disposición sustantiva del MLI no tenga la naturaleza de un estándar mínimo podrá excluirse por una parte del MLI;
- el MLI contempla la posibilidad de optar entre distintas soluciones de cumplimiento de las Acciones BEPS, cuando sea posible satisfacer dicho cumplimiento mediante distintas alternativas, debiendo las partes contratantes alcanzar un acuerdo sobre la opción aplicable;
- la interacción entre las cláusulas del MLI y de los Tratados cubiertos pueden presentar distintas situaciones:
 - ✓ supuestos en los que las cláusulas del MLI se sobreponen;
 - ✓ supuestos en los que no se sobreponen, pudiendo suceder:
 - que no haya conflicto entre las mismas;
 - que exista conflicto entre las mismas: se establecen unas cláusulas de compatibilidad.

Atrás quedaba el enfoque bilateral y se emprendían nuevos bríos en los tan ansiados enfoques multilaterales como opción óptima para alcanzar la armonización y la superación de las asimetrías fiscales.

En el año 2016 se creó el denominado Marco Inclusivo sobre BEPS de la OCDE y el G-20 para garantizar que los países y jurisdicciones interesados, incluidas las economías en desarrollo, pudieran participar en condiciones de igualdad en el desarrollo de estándares sobre cuestiones relacionadas con BEPS y, a la vez, se revisara y

¹⁹⁵⁵ GARDE, M^a. J. (2017).

fiscalizara la implementación del Proyecto BEPS. En definitiva, en el Marco Inclusivo se persiguen en esencia dos objetivos:

a) la propia OCDE es consciente del carácter de *soft law* del Proyecto BEPS, por lo que se hace preciso el consenso internacional y el compromiso con el paquete de medidas BEPS para que se lleve a cabo una verdadera implementación. Empero esta naturaleza no relega al Proyecto BEPS a la ineficacia vinculativa, por cuanto como ve la doctrina se trata de un compromiso político cuya falta de implementación puede tener consecuencias de orden tanto político como económico para aquellos países comprometidos que no adapten su normativa doméstica.

b) la expansión de las acciones al mayor número de países, de forma consensuada y uniforme, persiguiendo que “el Programa BEPS se convierta en el nuevo modelo de Derecho Fiscal Internacional del siglo XXI y alcance, al menos, una extensión territorial idéntica al número de jurisdicciones fiscales que componen el llamado «Foro Global de Transparencia e Intercambio de Información por Razones Fiscales» que, actualmente, está integrado por 137 miembros”.

De esta manera los países que se adhieran al Marco Inclusivo deberán aceptar el paquete de medidas del Proyecto BEPS y comprometerse a implementarlo sistemáticamente, al tiempo que tendrán que abonar una cuota de membresía anual. Además, los países que se adhieran tendrán derecho en igualdad de condiciones a formar parte del CAF. Entre los cometidos fundamentales del CAF se encuentra la elaboración de las normas inherentes al resto de problemas BEPS, la revisión y control de la implementación de los estándares mínimos, la implementación de decisiones en materia de monitoreo en materia de economía digital y de magnitud e impacto económico de las conductas BEPS, la recopilación de datos de otros aspectos de la implementación y, por último, respaldar el desarrollo de un kit de herramientas y guías para la lucha contra las BEPS y la implementación por parte de los países en desarrollo.

El Informe Provisional de 2018 del Marco Inclusivo “*Tax Challenges Arising from Digitalisation – Inclusive Framework on BEPS*”, en su capítulo tercero, ha venido a recoger los logros alcanzados en el desarrollo de tales cometidos a esa fecha en materia de imposición directa:

a) los cambios en el artº 5 del MCDI de la OCDE¹⁹⁵⁶ en materia de establecimientos permanentes los cuales están siendo implementados a través del Convenio Multilateral para aplicar las medidas relacionadas con los convenios fiscales para prevenir las BEPS¹⁹⁵⁷(MLI) que comprenden:

¹⁹⁵⁶ Operada mediante la Guía Adicional sobre la atribución de beneficios a los establecimientos permanentes publicada en marzo de 2018 consecuencia del Informe Final sobre la Acción 7

¹⁹⁵⁷ Hecho en París el 24 de noviembre de 2016 y que en el caso español fue firmado *ad referendum* el 7 de junio de 2017, y tras la disolución de las Cámaras en marzo de 2019, nuevamente el Consejo de Ministros de 26 de mayo de 2020 acordó remitirlo para su ratificación a las Cortes Generales. En sus últimos trámites el 1 de octubre 2020 el Congreso aprobó la autorización solicitada por el Gobierno para la ratificación y el 7 octubre de 2020 tuvo entrada en el Senado siendo remitido a la Comisión de Asuntos

- ✓ la redefinición del agente dependiente mediante modificaciones al artº 5(5) y 5(6) para combatir el uso artificial de estructuras de comisionista y la consecución de acuerdos offshore;
- ✓ la puesta al día de las excepciones contenidas en el artº5(4);

b) la revisión de las Directrices sobre los Precios de Transferencia, puesto que el Proyecto BEPS permite identificar numerosas estructuras utilizadas por las MNEs para separar las rentas de la jurisdicción donde se efectúan realmente las actividades mediante la deslocalización de activos y riesgos hacia asociadas situadas en jurisdicciones de baja tributación, o más específicamente la transferencia de activos intangibles o los derechos sobre los mismos. Las filiales y asociadas se verán incentivadas persiguiendo la máxima eficiencia tributaria para el grupo a valorar tales activos a la baja y paralelamente a reclamar una porción muy importante de las rentas del grupo. Con la revisión de las Directrices se persigue el alineamiento de los precios de transferencia con la creación de valor. Ahora las AATT estarán equipadas con mejores herramientas contra las conductas BEPS en el ámbito de los precios de transferencia:

- ✓ para la identificación de la sustancia/realidad de las transacciones entre asociadas;
- ✓ para determinar cuando una asociada asume riesgos con propósitos exclusivamente fiscales;
- ✓ dispondrán de una guía para determinar la contribución real de las asociadas, como por ejemplo la que no asume funciones y se limita únicamente a arriesgar capital;
- ✓ dispondrán de una guía para determinar las rentas reales atribuibles a una asociada por el mero hecho de haberle sido asignada la titularidad de activos intangibles;

c) en materia de transparencia fiscal se han conseguido diversos logros que vendrán a paliar el uso de estructuras en las que se sitúa la asociada en una jurisdicción de baja tributación (jurisdicción CFC en la que si apenas existe personal ni se desarrolla actividad significativa) asignándosele la propiedad de la propiedad intelectual y de los intangibles, mientras que la empresa que se encarga del I+D y los consumidores se encuentran en otros Estados (facilitado todo ello por la digitalización y las transacciones electrónicas) evitando así la recaudación fiscal por la jurisdicción en donde se sitúan los consumidores o por el Estado donde se encuentra la matriz, entre tales logros podemos citar:

Exteriores para su tramitación y, posteriormente, el 2 de diciembre de 2020 el Senado autorizó su ratificación.

Las estimaciones son que la modificación del artº5(5) será secundada por el 17% de los acuerdos fiscales actualmente cubiertos por el MLI. Las actualizaciones a las excepciones del art5(4) se estiman que serán acogidas por el 22%. Sin embargo, se prevén otras vías por las que pueden producirse implementaciones, como sucede en el ámbito del Marco Inclusivo en el área de trabajo “*Attribution of Profits to Permanent Establishments*”

- ✓ en el ámbito europeo la Directiva ATAD supone que 28 países introduzcan normativa CFC que venga a cumplir con las recomendaciones de la Acción 3;
- ✓ en 2017 en EE. UU. se produjo una reforma fiscal introducida por la *Tax Cuts and Jobs Act* (“TCJA”);
- ✓ también en 2017 Japón procedió a implementar un buen número de las recomendaciones de la Acción 3;

d) en otras materias varias:

- ✓ para paliar el abuso de los *treaty-shopping* siguiendo el estándar mínimo de la Acción 6 (incluir cláusulas antiabuso en los tratados) un número destacado de Estados han comenzado la implementación, ya sea mediante el mecanismo del MLI o de tratados bilaterales, asegurando que un tercio de los tratados fiscales existentes hayan quedado afectados por este estándar¹⁹⁵⁸;
- ✓ para solucionar el problema de la movilidad geográfica de los intangibles y de los derechos de su explotación la Acción 5 establece el estándar mínimo del “*nexus approach*” por el que se vinculan los beneficios al lugar donde el contribuyente realiza actividades sustanciales. Siguiendo dicho enfoque el Informe 2017 *Progress Report on Harmful Tax Practices* ¹⁹⁵⁹ señala que 19 regímenes preferenciales en propiedad intelectual han implementado el *nexus approach*;
- ✓ por último, en el estándar mínimo de facilitar el intercambio espontáneo de información sobre *tax rulings* (acuerdos específicos con contribuyentes), el 4 de diciembre de 2017 se hizo público el primer Informe anual. A dicho Informe le sucederían el de 13 diciembre de 2018, 23 diciembre de 2019, 15 diciembre 2020 y en septiembre de 2021 era aprobado el quinto Informe¹⁹⁶⁰.

También en junio del 2018 apareció la *Guía Revisada sobre la Aplicación del Método del Profit Split* (Informe “*Revised Guidance on the Application of the Transactional Profit Split Method. Inclusive Frameworks: Action 10*”).

Ese mismo mes y año veía la luz el Informe *Guía Ampliada para las Administraciones Tributarias para la Aplicación de un Enfoque a los Intangibles de Difícil Valoración* (HTVI) que asegure precios apropiados, dentro del Marco Inclusivo sobre la Acción 8.

En febrero de 2020 fue publicada la nueva *Guía de Precios de Transferencia sobre Transacciones Financieras* para dar seguimiento a la Acción 4, 8 y 10, del Plan BEPS.

¹⁹⁵⁸ A fecha de 1 octubre de 2021 el MLI cubre 97 jurisdicciones y se habían modificado 650 tratados, preveyéndose que quedarían próximamente afectados unos 1.100 tratados más.

¹⁹⁵⁹ A dicho Informe le han sucedido el de mayo de 2018, 15 noviembre de 2018, 29 enero de 2019, 23 de julio de 2019 y 16 noviembre de 2020.

¹⁹⁶⁰ A la fecha de diciembre de 2020 se indica que se han identificado unos 36.000 intercambios de información, de los cuales 7000 corresponden al año 2019, 9000 al año 2018, 14.000 al año 2017 y 6.000 al año 2016.

Se trata de la primera ocasión en que la OCDE incorpora a las Directrices de PT pautas sobre tal tipo de transacciones. Las secciones A a E de este informe se incluyen en las Directrices de precios de transferencia de la OCDE como Capítulo X. La Sección F se agrega a la Sección D.1.2.1 en el Capítulo I de las Directrices, inmediatamente después del párrafo 1.106.

En el Informe del Marco Inclusivo de 24 septiembre 2020 aparecen los resultados de la tercera fase de revisiones por pares de la iniciativa de presentación de informes país por país de la Acción 13, concluyéndose que más de 90 países han promulgado normas que regulan la obligación de la información país por país cumpliendo con el estándar mínimo, si bien existen 41 países comprometidos que no lo han hecho y 34 países tienen que completar sus normativas para que se adecúen a las exigencias del Proyecto BEPS.

El 5 junio 2021 los miembros del G-7 reunidos en Londres alcanzaron un acuerdo histórico por el que se proponen luchar contra la erosión fiscal a través de medidas para que las empresas paguen en los países donde hacen negocios, entre las que se encuentra la regulación de un impuesto mínimo global a las multinacionales. El 1 julio de 2021 se acordaba en el seno del Marco Inclusivo la Declaración *sobre los dos pilares de la solución a los desafíos fiscales causados por la digitalización de la economía*, a la que han dado su consentimiento 130 jurisdicciones (de las 139 que componen el Marco Inclusivo), y que se están conociendo como la versión 2.0 de las Acciones BEPS. Ello supone la culminación de los trabajos iniciados en el año 2019 y que han sido ralentizados tanto por la pandemia como por las discrepancias políticas de las jurisdicciones participantes en los debates. Si bien, y aunque merece el reconocimiento académico de un acuerdo histórico, “*tiene naturaleza política y <<conceptual>>; es decir, estamos ante un acuerdo sobre principios poco definidos y que requieren un alto nivel de concreción y desarrollo técnico*” (CALDERÓN et al.¹⁹⁶¹).

El Pilar Uno combate la deslocalización propiciada por la economía digital, donde según ROSEMBUJ¹⁹⁶² se acomete el reto que representa “*la empresa global, sin conexión física en ningún territorio y sin embargo presente en cada uno de ellos, [es] susceptible de atribución de cada parte de renta local a través del núcleo o conjunto de usuarios de sus servicios*”. En el mismo se revisa las reglas de asignación de beneficios y del nexos. A partir de ahora, y en relación al perímetro de aplicabilidad, las reglas de asignación de beneficios ya no atenderán a la presencia física en la jurisdicción de tributación. comprende una triple previsión: la denominada cantidad A, la denominada cantidad B y la mejora de la seguridad mediante mecanismos obligatorios. En dichos tres aspectos reparamos muy brevemente a continuación:

a) La denominada “*cantidad A*” por la que se establece un derecho de imposición sobre una parte del beneficio residual del grupo MNE.

i. Perímetro subjetivo de aplicación:

¹⁹⁶¹ CALDERÓN CARRERO, J.M., REYERO, R. y PALACÍN, R. (2021).

¹⁹⁶² ROSEMBUJ, T. (2019)

- se aplicará inicialmente a MNE con una cifra de negocios superior a 20.000 millones de euros y una rentabilidad superior al 10% (BAI/Ingresos), aunque podrá bajarse el nivel a partir del año 2031 a 10.000 millones de euros¹⁹⁶³ siempre que la implementación tenga éxito;
 - se excluyen del régimen los sectores extractivos y de servicios financieros regulados;
 - excepcionalmente se admitirá la segmentación cuando un segmento de negocio registrado en los estados financieros de la MNE cumpla los parámetros que determinan la aplicación del sistema.
- ii. A quien se asignará la cantidad: Se establecen varios criterios a tener en consideración para proceder a la distribución de la cantidad A:
- la regla del nexo fiscal o primer presupuesto: la cantidad A se asignará (a efectos fiscales de distribución) a la jurisdicción o jurisdicciones del mercado de donde provengan los ingresos conforme al siguiente criterio de nexo fiscal:
 - si se trata de jurisdicciones o mercado cuyo PIB sea superior a 40.000 millones de euros, cuando los ingresos de la MNE provengan al menos en la cantidad de 1 millón de euros por ventas en dicha jurisdicción;
 - si se trata de jurisdicciones o mercado cuyo PIB sea inferior a 40.000 millones de euros, la cifra de ingresos de la MNE para proceder a estimar la existencia de nexo fiscal quedará reducida a 250.000 euros por ventas en la jurisdicción;

La distribución se efectuará mediante una regla de asignación proporcional formularia.

- – la regla de *sourcing* o segundo presupuesto: el beneficio residual se asignará a la jurisdicción del mercado final donde se utilizan o consumen los bienes o servicios, para lo cual se prevé que habrán de desarrollarse reglas detalladas que permitan determinar la fuente en relación con las categorías específicas de las transacciones que puedan acontecer. Indudablemente ello conllevará cierta complejidad a la hora de efectuar las asignaciones, dada la gran variedad de transacciones y las

¹⁹⁶³ Por tanto, se ha modificado la previsión contenida en el borrador de octubre de 2020 que contemplaba el test de actividad y se ha acogido el test cuantitativo.

divergencias metodológicas que puedan adoptar las distintas MNEs.

iii. Cantidad a reasignar:

- entre el 20% y 30% del beneficio residual, entendiendo por beneficio residual el que exceda del 10% de los ingresos;
- beneficios y pérdidas que se tomarán en consideración: los determinados por los estados contables consolidados de la MNE, si bien sobre los mismos se realizarán los correspondientes ajustes que eviten situaciones de doble imposición y las diferencias entre contabilidad y fiscalidad. Al efecto se contienen en el propio texto tres previsiones:
 - las pérdidas serán desplazadas a ejercicios posteriores;
 - un “*puerto seguro*” para impedir que los beneficios residuales (de comercialización y distribución) de una MNE que ya estén gravados por una jurisdicción de mercado no sean asignados a dicha jurisdicción al objeto de nueva tributación;
 - la eliminación de la doble imposición mediante mecanismos de exención o de imputación;

b) la denominada “*cantidad B*”.

Se prevé la simplificación y racionalización de la aplicación del *arm's length* en las actividades de comercialización y distribución de referencia, teniendo en especial consideración las necesidades de los países de baja capacidad.

Con ello se persigue un doble objetivo:

- simplificar la gestión de las ATs y reducir los costes para los contribuyentes;
- mejorar los niveles de seguridad jurídica y evitar las controversias fiscales

c) mejora de la seguridad jurídica a través de mecanismos obligatorios efectivos de prevención y resolución de los desacuerdos que puedan surgir sobre la imputación de beneficios a las jurisdicciones mercado

Para la implementación del Pilar Uno se prevé la redacción de un Convenio Multilateral sobre el que se detalla:

- quedará elaborado durante 2022 y entrará en vigor en 2023;
- exigirá a todas las partes que supriman todos los impuestos sobre los servicios digitales y otras medidas similares relevantes con respecto a todas las empresas, y que se comprometan a no introducir tales medidas en el futuro.

El Pilar Dos del acuerdo comprende dos medidas domésticas entrelazadas y una medida convencional. Las medidas domésticas son identificadas bajo la denominación de *GloBE rules* (Global Anti-base Erosion rules) y consisten en una medida de inclusión de renta (*Income Inclusion Rule*, IIR) y en una medida de pagos infragravados (*Undertaxed payment rule*, UTPR). De acuerdo con la IIR se impone un impuesto complementario a una entidad matriz cuando los ingresos de la filial hayan sido gravados por debajo del tipo efectivo mínimo acordado. Por su parte, la UTPR niega las deducciones o requiere un ajuste equivalente en la medida en que las rentas de una filial tributen por debajo del tipo efectivo mínimo y no estén sujetas a IIR. La medida convencional se la denomina *subject to tax rule* (STTR) y permite a las jurisdicciones fuente exigir un gravamen en la fuente sobre ciertos pagos entre entidades vinculadas que soportan una imposición por debajo de un tipo mínimo. El STTR será deducible como impuesto cubierto de acuerdo con las “*GloBE rules*”.

- i. Perímetro subjetivo de aplicación de la *GloBE rules*:
 - regla general: se aplicarán a las MNEs cuya cifra de negocio alcance la cantidad de 750 millones de euros, siendo determinada la misma conforme a lo previsto en la Acción 13 para la aplicación del informe C–b–C;
 - excepciones:
 - Cuantitativa: la regla IIR podrá ser aplicada libremente por una jurisdicción sobre matrices de multinacionales establecidas en su territorio que no alcancen la cifra de los 750 millones de euros. Esta excepción no será aplicable a la UTPR.
 - Cualitativa: existen una serie de entidades a las que por su naturaleza no se les aplica las *GloBe rules*: entidades gubernamentales, organizaciones internacionales, organizaciones no lucrativas, fondos de pensiones o de inversión cuando se trate de entidades no controladas por un grupo MNE, o cualquier sociedad vehicular utilizada por cualquiera de las anteriores.
- ii. Forma de aplicación de las *GloBE rules*:
 - la IIR actúa como un impuesto adicional con enfoque de arriba hacia abajo por el que se grava la matriz última del grupo respecto de los beneficios de las entidades del grupo que no han llegado a tributar al tipo mínimo. El mecanismo se complementa con una *split ownership rule* por la que la IIR se aplica a matrices intermedias cuando su participación en las filiales sea inferior al 80%;

- la UTPR actúa como un impuesto adicional de salvaguarda cuando no exista contemplada una IIR y existan entidades del grupo que no han llegado a tributar al tipo mínimo.
- iii. Test del tipo impositivo efectivo (ETR; tipo de gravamen efectivo)
- Para determinar si las entidades del grupo MNE han tributado al tipo impositivo efectivo la Declaración se limita a señalar que se calculará sobre una base jurisdiccional o por país, y no global como contempla el sistema estadounidense actual (GILTI), a cuyo efecto se tomará una definición común de los impuestos a incluir y de la base imponible. Del borrador de octubre 2020 se infiere que el cálculo del tipo de gravamen efectivo se realizará dividiendo los impuestos soportados entre la base imponible imputable a cada jurisdicción. La base imponible que sirve de punto de partida será la base imponible común del grupo tomando los estados financieros consolidados determinados conforme a los estándares financieros internacionales. Cabrían realizar diferentes ajustes análogos a los contemplados para los beneficios y pérdidas analizados en el pilar uno con relación a la cantidad A.
 - el tipo impositivo mínimo se fija en el 15%
- iv. Exclusiones.

Se prevén exclusiones en tres frentes:

- *carve-out* o exclusión formularia:

Se prevé la exclusión de la aplicación de las GloBE rules a una cantidad de renta que se calculará formulariamente mediante un porcentaje sobre el valor contable corregido de los activos tangibles y salarios. El citado porcentaje será cuando menos del 7,5% durante los 5 primeros años y, posteriormente, de al menos el 5%.

- *minimis exclusions*:

Afectará a las jurisdicciones donde no se obtengan beneficios materiales significativos;

- rentas derivadas de transporte aéreo o marítimo conforme son conceptuadas por el MCDI OCDE.

El Pilar Dos conllevará una serie de reformas para alcanzar el objetivo de una imposición efectiva del 15% en un doble ámbito:(a) mediante la adecuación de los Derechos domésticos a las reglas GloBE (la IIR para la matriz, la UTPR de aplicación

con carácter subsidiario a las filiales) o de los Convenios de DI para la implementación del régimen STTR.

El 20 de diciembre de 2021 las normas modelo para el desarrollo de la solución basada en dos pilares y a principio de 2022 se presentarán los Comentarios relativos a las normas modelo y abordará su coexistencia con el régimen GILTI estadounidense.

6.2.2.c El Proyecto de Acciones BEPS y el principio de *arm's length*.

α) Marco contextual.

Los precios de transferencia se encuentran en el corazón del Proyecto BEPS por cuanto que la globalización, el cambio de las estructuras empresariales guiadas por el aprovechamiento de las sinergias y las eficiencias de grupo (incluida la disminución de los costes fiscales)y, por último, el incremento exponencial de las transacciones intragrupo, a los que hemos dedicado amplio análisis en el presente trabajo, conforman precisamente la esencia de la problemática de las transacciones transnacionales internas de las MNEs en nuestros días. Esta preocupación por la utilización de los precios de transferencia como mecanismo de erosión fiscal y desplazamiento de beneficios (matiza KOFLER¹⁹⁶⁴) se produce tanto a nivel nacional como internacional.

El Proyecto BEPS dedica a los precios de transferencia las Acciones 8 a 10 concretadas en tres áreas de actuación proclives a la erosión y traslado de beneficios:

a) las transacciones intragrupo de intangibles (Acción 8), abarcando cuatro focos:

- i. una definición clara y amplia de intangibles;
- ii. asegurar en la atribución de beneficios asociados a la transferencia y al uso de intangibles el alineamiento con el lugar de la creación del valor;
- iii. desarrollar las previsiones necesarias para las particularidades que presentan los intangibles de difícil valoración;
- iv. actualizar los mecanismos de repartos de costes;

b) la transferencia de riesgos económicos o la asignación excesiva de capital a miembros del grupo (Acción 9) persiguiendo con las medidas que se adopten la alineación de resultados con la creación del valor;

c) otras transacciones de alto riesgo que no se realizarían, o raramente se realizarían, entre partes independientes (Acción 10), englobando medidas en tres órdenes:

- i. clarificación de las circunstancias en que se puede recalificar la transacción;

¹⁹⁶⁴ KOFLER, G. (2013).

- ii. clarificación de los métodos de valoración, en especial el profit Split, en las cadenas globales de valor;
- iii. protección frente a la utilización de pagos como los gastos de gestión y los gastos de la sede principal para desplazar beneficios.

En el Informe Final sobre las Acciones 8 a 10 se vinieron a precisar las modificaciones a introducir en las Directrices sobre precios de transferencia que afectarían:

a) al Capítulo I, Sección D, cuyo texto anterior sería suprimido y se dota de un contenido nuevo dedicado a las pautas para la aplicación del principio de *arm's length* y se distribuye en ocho subapartados:

- D.1. Identificación de las relaciones comerciales o financieras.
- D.2. Reconocimiento de la operación definida con precisión.
- D.3. Pérdidas.
- D.4. Efecto de políticas gubernamentales.
- D.5. Utilización del valor de aduanas.
- D.6. Economías de localización y otras características de los mercados locales.
- D.7. Plantilla de trabajadores reunida.
- D.8. Sinergias del grupo de empresas multinacionales.

b) al Capítulo II, al que se adicionan una serie de párrafos, cuya redacción es precisada en el propio Informe, relativas a las transacciones con materias primas (commodities), para así dar cumplimiento fundamentalmente al mandato de la Acción 10, aunque también presenta vinculaciones con la Acción 9 y 13;

c) en torno al método de distribución del resultado y conforme a lo determinado en la Acción 10, se previó en el Informe Final que hacia finales del año 2016 los logros del Grupo de Trabajo N°6¹⁹⁶⁵ habrían alcanzado el nivel de desarrollo necesario. Sin embargo, cuando se llevó a cabo la actualización de las Directrices de la OCDE del 2017, no se había llegado a un consenso. Hubo que esperar a junio de 2018 para que fueran emitidas las guías revisadas para la aplicación del PSM (*Revised Guidance on the Application of the Transactional Profit Split Method*), las cuales ratifican como sus principales fortalezas el ofrecer una solución en el caso de que los participantes en la transacción realicen contribuciones o aportes únicos y valiosos, así como en casos de actividades altamente integradas. Por tanto, fue en el texto de dicha guía donde se contuvo el texto que vino a sustituir el contenido de la Sección C, de la Parte III del Capítulo II de las Directrices;

d) al Capítulo VI, donde se sustituyen las disposiciones hasta entonces vigentes por otras nuevas. En las mismas se abordan las directrices que vienen a dar cumplimiento al mandato de la Acción 8 relativas a los intangibles, organizándose en los siguientes apartados:

¹⁹⁶⁵ El Grupo de Trabajo N° 6 es un órgano auxiliar del CAF que se ocupa de la fiscalidad de las empresas multinacionales, concretamente en materia de precios de transferencia: Acciones 8, 9, 10 y 13.

- A. Identificación de activos intangibles.
- B. Titularidad de intangibles y operaciones que conllevan el desarrollo, mejora, mantenimiento, protección y explotación de intangibles.
- C. Transacciones que conllevan el uso o la transmisión de intangibles.
- D. Pautas complementarias para determinar las condiciones de plena competencia en casos que involucran intangibles.

Además, se adiciona el parágrafo 2.9A al Capítulo II como consecuencia de las revisiones sobre intangibles.

e) al Capítulo VII se le dota de una nueva redacción dando cumplimiento a la Acción 10, proveyéndolo de las directrices correspondientes para evitar conductas BEPS utilizando servicios intragrupo de bajo valor añadido, las cuales quedan dispuestas en los siguientes apartados:

- A. Introducción
- B. Principales consideraciones.
- C. Algunos ejemplos de servicios intragrupo.
- D. Servicios intragrupo de bajo valor añadido.

f) por último, se revisa el capítulo VIII, al que se le asigna un nuevo contenido para adecuarlo a las previsiones de la Acción 8, destinándolo a las directrices correspondientes a los Acuerdos de Reparto de Costes distribuidas en las siguientes partes:

- A. Introducción
 - B. Concepto de ARC
 - C. Aplicación del principio de plena competencia
 - D. Adhesión, salida o terminación de un ARC
 - E. Recomendaciones para estructurar y documentar un ARC
- Anexo donde se ilustran una serie de ejemplos.

β) Problemas con que se enfrenta la comunidad fiscal internacional en materia de precios de transferencia.

Realmente los problemas con que se enfrenta la comunidad fiscal internacional en materia de precios de transferencia no se diferencian de los retos afrontados por la iniciativa BEPS y que con carácter general ya hemos analizado, simplemente revisten algunas particularidades. Así podemos reseñar:

- a) las reglas del juego creadas a nivel internacional, fundamentalmente por OCDE, no fueron evolucionando igual de rápido que las prácticas empresariales;
- b) el exacerbamiento de la importancia de los intangibles y la facilidad que ofrecen los mismos para los desplazamientos de beneficios hacia las jurisdicciones fiscales más favorables;

c) la irrupción de la economía digital y la descentralización que la misma conlleva, dificultando sobre manera la determinación de la jurisdicción en que las transacciones deben tributar;

d) se observan modelos empresariales que con las reglas de los precios de transferencia entonces vigentes no permitían corregir los desplazamientos de los beneficios. Tales son los casos de las estructuras de IP Holding (sociedades tenedoras de intangibles o derechos sobre los intangibles en jurisdicciones de baja o nula tributación), los *licence model* (licencia de uso de un intangible a cambio del pago de un royalty) o los *cash-boxes* (sociedades altamente capitalizadas situadas en jurisdicciones de baja o nula tributación);

e) el reconocimiento técnico de la insuficiencia de afrontar la fiscalidad de las operaciones transnacionales desde el prisma de los CDI y desde los precios de transferencias, ya que había que añadir además la perspectiva de las normativas internas sobre el problema.

γ) La creación de valor como eje central.

Las Acciones 8 a 10 como destaca LUCAS DURÁN¹⁹⁶⁶ vienen a mejorar las reglas para determinar el correcto reparto de las bases imponibles en supuestos de operaciones entre partes vinculadas. La OCDE propone mejorar las reglas de determinación de los precios de transferencia con el objeto de vincular efectivamente su cálculo a la actividad económica real de la empresa, así como a los riesgos auténticamente asumidos por cada parte vinculada y, consiguientemente, hacer corresponder el beneficio gravable en cada soberanía fiscal a la creación de valor que se ha producido en el mismo. Dichas Acciones forman junto con las Acciones 6 y 7 las Acciones diseñadas para conseguir el alineamiento entre la sustancia económica y la tributación.

El Informe de febrero 2013 se hacía eco de cómo desde 1923 los expertos nombrados por la Sociedad de las Naciones aludían como argumento más contundente para la distribución de la imposición la denominada “*doctrina de la lealtad económica*” o “*principio del origen de la riqueza*” según los cuales habría que “*ponderar las diversas contribuciones aportadas por diferentes estados a la producción y el disfrute de la renta*” a la hora de determinar la jurisdicción en la que se debe tributar. Los precios de transferencia se manifiestan como caldo de cultivo para planificaciones fiscales no deseadas, ya que los activos, los riesgos y las funciones se muestran proclives a ser utilizados con fines exclusivamente fiscales, acentuándose sobremedida la facilidad en el caso de los activos intangibles y de la atribución contractual de riesgos.

El Informe de julio 2013, Plan de Acción, en su capítulo 3, destaca la necesidad de la “*realignación de la imposición y de las actividades productivas esenciales*”, en especial en los precios de transferencia donde se deben mejorar las normas para poner mayor énfasis en la creación de valor por parte de grupos muy integrados. Es más, la rúbrica

¹⁹⁶⁶ LUCAS DURÁN, M. (2018).

bajo la que se contiene el texto de las Acciones 8 a 10 ya nos advierte de su propósito: “asegurar que los resultados de los precios de transferencia están en línea con la creación de valor”. E incluso en la propia redacción dada a las citadas Acciones vuelve a reiterarse el objetivo de la alineación de los resultados y la creación de valor.

El propio Informe Final 2015 subraya y reitera que los cambios se introducen “para alinear los resultados de precios de transferencia con las actividades de creación de valor realizadas por los miembros de un grupo internacional de empresas” garantizando que:

- a) se identifiquen las operaciones efectivamente realizadas, y no por lo que meramente reflejen los términos contractuales;
- b) se respeten los repartos de riesgos contractuales cuando estén respaldados por la toma real de decisiones;
- c) limitar los rendimientos del capital que carezca de funcionalidad, de manera que las entidades *cash boxes* sin actividad sustancial no perciban primas de rendimiento;
- d) las AATT podrán no respetar las operaciones que carezcan de lógica comercial.

NAVARRO IBARROLA¹⁹⁶⁷ reseña que la noción imperante es alinear la asignación de la renta de acuerdo con la creación de valor que tiene lugar en cada jurisdicción, aunque no se especifica en los textos qué deba de entenderse por creación de valor, si bien puede ser conceptualizada como la asignación ponderada del beneficio total de acuerdo con las funciones desempeñadas. Ello quiere decir, según el autor de referencia, dos cosas de distinto orden:

- a) primero: que deberán prevalecer las funciones desempeñadas, tanto en el análisis funcional (frente a los activos y riesgos) como en la elección del método de valoración;
- b) segundo: que no podrán atenderse a los costes para apreciar la creación de valor

La razón última de la necesidad de la realineación, como reseña SAN SALVADOR PICÓ, es triple:

- a) la consecución de equidad entre las MNEs y las empresas domésticas, ya que éstas últimas se encuentran impedidas de acudir a conductas BEPS por causas estructurales y económicas;
- b) las conductas BEPS pueden conducir a asignaciones ineficientes de recursos, al desviar recursos hacia lugares inidóneos persiguiendo exclusivamente ahorro fiscal;

¹⁹⁶⁷ NAVARRO IBARROLA, A. (2017 a).

c) las conductas BEPS incentivan la insolidaridad tributaria de los contribuyentes que observan como las MNEs no contribuyen conforme a su capacidad.

δ) ¿En todo este engranaje qué papel desempeña el principio de *arm's length*?

El Informe febrero 2013 sitúa desde su introducción el principio de *arm's length* en el foco del problema de la erosión fiscal y los desplazamientos de los beneficios, por ser el mecanismo utilizado por las MNEs para distribuirse los beneficios de sus transacciones internas como si se tratara de empresas independientes buscando la coherencia entre lo que hacen entidades vinculadas con lo que harían si fueran independientes. Dicho principio incentiva los desplazamientos de funciones, activos y riesgos en cuanto que los mismos sirven para determinar la distribución de los resultados. En este mismo sentido escribe PICCIOTTO¹⁹⁶⁸:

These problems result from a deep structural flaw in the international tax system. This flaw is the failure to treat TNCs according to the economic reality that they operate as integrated firms under central direction...Instead, a principle has become gradually entrenched that they should be taxed as if they were separate enterprises in each country dealing independently with each other.... This not merely allows but encourage TNCs to organize their affairs by forming entities in suitable jurisdictions to reduce their overall effective tax rate, by a variety of means

Se hace precisa, por tanto, una revisión y actualización del estándar internacional que opera en este ámbito. Así lo describe GARDE al aludir a la “*actualización del estándar actual representado por el principio de plena competencia para garantizar una adecuada correspondencia entre beneficios y actividad económica, para alinear la creación de valor, riesgos y capital con los precios de transferencia. La implementación de esta actualización se realizará a través de la modificación de las Directrices de precios de transferencia de la OCDE*”.

ε) Revisiones llevadas a cabo en 2017 en las Directrices sobre Precios de Transferencia en relación con el principio de *arm's length* y posteriores modificaciones.

Llegados a este punto, vamos a proceder a estudiar las novedades introducidas en las Directrices sobre PT a consecuencia de las acciones BEPS, las cuales atendiendo a su aparición cronológica pueden agruparse en dos apartados:

¹⁹⁶⁸ PICCIOTTO, S. (2016).

a) revisiones efectuadas por el Informe Final de 2015 sobre las Acciones 8-10 dentro del Paquete Final y que fueron incorporadas a las Directrices sobre Precios de Transferencia en su redacción de 2017:

- ✓ el principio de *arm's length* en el análisis de comparabilidad en el nuevo texto de la Sección D, del Capítulo I;
- ✓ el principio de *arm's length* y los intangibles;
- ✓ el principio de *arm's length* y las particularidades de los servicios intragrupo en general y de bajo valor añadido;
- ✓ el principio de *arm's length* y los acuerdos de reparto de costes

b) otras modificaciones sufridas con posterioridad por las Directrices 2017, donde incluiremos:

- ✓ la nueva guía sobre el método del Profit Split
- ✓ los activos intangibles de difícil valoración
- ✓ las transacciones financieras,

Posteriormente, como tenemos indicado en 2022 vería la luz un texto consolidado donde se incorporan bajo una misma redacción todas las actualizaciones y revisiones a la fecha.

A continuación, nos adentramos en el estudio y análisis de las revisiones citadas organizándolas en seis bloques de acuerdo con la materia a la que afectan.

ε.1.– Pautas para la aplicación del *arm's length*: la definición de forma precisa de la operación vinculada.

El análisis de comparabilidad ya sabemos que constituye el núcleo en la aplicación del *arm's length*. Dicho análisis se compone de dos aspectos fundamentales diferenciados:

- a) la definición de forma precisa de la operación vinculada;
- b) la comparación de las condiciones y circunstancias con relevancia económica de la operación entre asociadas con las condiciones que revisten las transacciones entre entidades independientes.

Pues bien, las Directrices 2017 en su nueva redacción del Capítulo I, Sección D, que es a la que vamos a dedicar aquí nuestra atención, se ocupan tan solo del primero, siendo tratado el segundo en los Capítulos II y III que no sufren modificaciones.

La definición de forma precisa de las operaciones vinculadas comprende ocho apartados en la nueva redacción dada a las Directrices:

- i. Identificación de las relaciones comerciales o financieras.
- ii. Reconocimiento de la operación definida de forma precisa.
- iii. Pérdidas.
- iv. Efectos de las decisiones de los poderes públicos.
- v. Utilización del valor en aduana.

- vi. Economías de localización y otras características de los mercados locales.
- vii. Capital humano.
- viii. Sinergias del grupo de empresas multinacionales.

ε.1.1.– Primer aspecto en la definición precisa de la operación vinculada: la identificación de las relaciones comerciales y financieras.

ε.1.1. i). –Significado de la identificación de las relaciones comerciales y financieras.

La definición de forma precisa de la operación vinculada comprende dos pasos:

- 1º) la identificación de las relaciones comerciales o financieras entre las empresas asociadas,
- 2º) la identificación de las condiciones relevantes desde el punto de vista económico.

La identificación de las relaciones comerciales y financieras se realizará atendiendo a los términos contractuales de la operación, las conductas de las partes y las características de la operación con relevancia económica.

Hasta la revisión, como regla general, se tomaba la operación tal cual había sido estructurada por las partes, y solo excepcionalmente se podría recharacterizar cuando la sustancia difiriese de la forma o fuera irracional. A partir de ahora la definición precisa de la operación adquiere una relevancia que nunca había tenido.

Para la identificación de las relaciones comerciales o financieras se requiere un amplio conocimiento del sector económico en el que opera la MNE y de los factores que afectan al resultado¹⁹⁶⁹. Se pueden distinguir dos tipos de elementos que configuran esta primera identificación:

- a) elementos de tipo subjetivo:
 - las funciones desempeñadas;
 - los activos utilizados;
 - los riesgos asumidos;
 - las circunstancias de las empresas asociadas;
- b) elementos de tipo objetivo:
 - términos de la operación;
 - la naturaleza de los productos o servicios.

Posteriormente se procede a identificar cómo opera cada empresa del grupo y las características con relevancia económica (o factores de comparabilidad) de las

¹⁹⁶⁹ Las estrategias empresariales, los mercados, los productos, la cadena de suministro, las funciones clave desempeñadas, los principales activos utilizados y los principales riesgos asumidos.

relaciones comerciales o financieras que se manifiestan en la operación vinculada. Pero los factores de comparabilidad intervienen no solo en la definición de las operaciones vinculadas, sino que lo hace en los dos aspectos fundamentales en que se desglosa el análisis de comparabilidad, ahora bien, en lo que toca a la comparación de las condiciones y circunstancias con relevancia económica no forma parte del objeto de la Sección D, sino del Capítulo II.

ε.1.1. ii). – Pautas genéricas sobre los factores de comparabilidad.

Tres pautas genéricas son advertidas sobre la consideración de los factores de comparabilidad:

- los factores de comparabilidad se analizarán por partida doble: los que inciden en la operación vinculada del contribuyente y los que lo hacen en las operaciones independientes;
- la relevancia de los factores de comparabilidad dependerá de la naturaleza de la operación vinculada en cuestión y del método de valoración utilizado;
- las divergencias del comparable que no admita ajustes no significarán automáticamente su rechazo, sino que habrá que valorar si afecta a la comparabilidad.

ε.1.1. iii). –Factores de comparabilidad a tener en consideración.

Los factores de comparabilidad enumerados son:

a) los términos contractuales (D.1.1) cuyo examen formará parte del análisis funcional y toman un papel relevante para determinar el reparto de responsabilidades, riesgos y resultados. Sobre los mismos habrán de tomarse dos advertencias:

- ✓ la dificultad de encontrar comparables con los que contrastar, ya que las cláusulas contractuales por lo general no trascienden al público;
- ✓ la necesidad de vigilar la falta de contraposición de intereses entre las empresas asociadas como posible causa de distorsión de los términos contractuales;

b) las funciones desempeñadas (D.1.2);

c) las características específicas de los bienes o servicios transferidos (D.1.3), cuya importancia radica en constituir un factor que interviene de forma determinante en las diferencias de valor de mercado de unos y otros. Se enumeran entre las características más destacables:

- ✓ en el caso de bienes tangibles: las características físicas, cualidades y fiabilidad, así como la disponibilidad y el volumen de la oferta;
- ✓ en el caso de servicios: la naturaleza y el alcance;

- ✓ en el caso de intangibles: la forma de la operación, el tipo de activo, la duración y el grado de protección, y los beneficios previstos derivados de la utilización del bien.

La trascendencia de las características dependerá del método utilizado.¹⁹⁷⁰

d) las circunstancias económicas de las partes y del mercado (D.1.4), que normalmente vendrán definidas por los mercados en los que intervienen las empresas y que cobran protagonismo en cuanto las diferencias de los mercados pueden justificar diferencias de precios de un mismo producto o servicio¹⁹⁷¹;

e) las estrategias empresariales (D.1.5), respecto de las que se efectúan varias precisiones:

- ✓ en torno a cuáles pueden ser considerados elementos definatorios de las estrategias se vierte una enumeración ejemplificativa: la innovación y el desarrollo de nuevos productos, el grado de diversificación, la aversión al riesgo, el análisis de los cambios políticos, la incidencia de las leyes laborales vigentes y en proyecto, la duración de los acuerdos. La lista no es cerrada, lo que se deduce tanto de la utilización de la expresión “*pueden ser*” con que se introduce la enumeración como por la fórmula de cierre empleada “*cualesquiera otros factores*” que intervengan en la gestión cotidiana de la empresa;
- ✓ elementos que pueden jugar una especial relevancia en la definición de las estrategias empresariales:
 - los planes de penetración en un mercado o de aumento de la cuota, en cuanto pueden determinar unos beneficios inferiores en un corto plazo, pero mayores en el largo o medio;
 - el marco temporal que se tome en consideración, puesto que las políticas empresariales seguidas pueden justificar unos beneficios inferiores durante cierto tiempo, o el abandono de una determinada estrategia puede justificar que la AT practique ajustes;

¹⁹⁷⁰ Normalmente en el método CUP las características serán muy relevantes, en el método de reventa o del coste incrementado la influencia será menor, lo cual también sucederá en el caso de utilización de los métodos del beneficio en los que serán las funciones las que cobren especial protagonismo.

¹⁹⁷¹ Entre las circunstancias a tomar en consideración se citan:

- localización geográfica y características geográficas;
- dimensión;
- grado de competencia;
- disponibilidad de bienes y servicios alternativos;
- niveles de oferta y demanda;
- poder adquisitivo de consumidores;
- naturaleza y reglamentación;
- costes de producción;
- costes de transporte;
- nivel de mercado;
- el tiempo, siendo remarcable la influencia de los ciclos.

- ✓ algunas circunstancias sobre las que se nos ilustra como indicadores determinantes de que se está siguiendo una estrategia empresarial y que por tanto podrán ser valorados por las AATT, cobrando especial relevancia para su apreciación la estimación de si empresas independientes habrían adoptado en tales circunstancias tales políticas de precios:
 - si los comportamientos de las partes vinculadas, y no solo de una parte, son consistentes con las estrategias¹⁹⁷²;
 - los planes de penetración suelen ir acompañados de gastos de publicidad;
 - si la naturaleza de la relación entre las partes es consistente con la situación del contribuyente que soporta los costes de la estrategia;
 - si existe una expectativa razonable de aumento de beneficios en un plazo prudencial que justifique el incremento de costes.

ε 1.1. iv). – Esquema del análisis funcional.

De los cinco factores enumerados que influyen en la identificación de las relaciones comerciales, el que requiere de mayor atención es el análisis funcional. A continuación, procedemos a exponer una reseña esquemática y sucinta de sus particularidades.

Generalidades sobre el análisis funcional.

a) En qué consiste:

El análisis funcional consistiría en la identificación y comparación de las funciones realizadas, los activos utilizados y los riesgos asumidos. Se trata por tanto del análisis de:

- ✓ capacidades (modo en que afectan a las posibilidades reales y si se presentan en operaciones independientes);
- ✓ tipo de activos utilizados (instalaciones y equipos, intangibles valiosos, activos financieros) y su naturaleza (antigüedad, ubicación, valor de mercado, etc.);
- ✓ riesgos;

b) Causas de la relevancia de las funciones:

¹⁹⁷² Si un fabricante factura por debajo de precio de mercado a un distribuidor para entrar en un mercado, los precios de venta del distribuidor a los clientes deberán ser coherentes con la estrategia y, por tanto, inferiores, o si no son inferiores el distribuidor deberá estar incurriendo en unos mayores costes de introducción.

- ✓ las funciones asumidas definen la remuneración que deben percibir las transacciones entre empresas independientes, de ahí su importancia en las operaciones vinculadas;
- ✓ las funciones reales desarrolladas pueden justificar diferencias de precios respecto de operaciones entre entidades independientes, pudiendo intervenir las eficiencias del grupo en la contribución o desarrollo de funciones de forma distinta a como lo realizarían empresas independientes;
- ✓ lo importante no es el número de funciones desarrolladas, sino la importancia económica de las funciones desarrolladas (atendiendo a su frecuencia, naturaleza y valor);
- ✓ tanto la fragmentación de funciones como la integración de estas pueden contribuir a la mitigación de riesgos y, en consecuencia, afectan al análisis funcional.

c) Qué se entiende como funciones:

Por funciones se entienden las actividades que realizan las entidades y las capacidades que aportan. A tal efecto deberá atenderse a si toman decisiones y cuáles, incluidas las estrategias y los riesgos.

d) Enumeración de las funciones más relevantes:

- ✓ toma de decisiones, incluidas las referentes a estrategias y riesgos;
- ✓ los derechos y obligaciones de cada parte en el ejercicio de sus funciones

e) Las diferencias cualitativas entre funciones:

La relevancia de las funciones proviene no del número de funciones desempeñadas, sino de la relevancia económica que presenten atendiendo a la frecuencia, naturaleza y valor respecto de cada parte de la operación.

Análisis de riesgos en relaciones comerciales y financieras.

a) Su razón.

La razón del análisis de riesgo deriva de varias consideraciones:

- el hecho de que en condiciones de *arm's length* la asunción de riesgos influye en el rendimiento y, por tanto, influirá en el precio y condiciones de la operación vinculada.
- el riesgo va implícito en cualquier actividad empresarial, al existir incertidumbre sobre si los recursos invertidos serán superados por los beneficios.

- la íntima relación de los riesgos con la identificación de funciones y activos, el proceso de identificación de las relaciones comerciales y financieras de las empresas asociadas y la definición precisa de las operaciones

b) Precisiones conceptuales.

Por riesgo se entiende la incertidumbre sobre los objetivos del negocio

Sobre la gestión de riesgo:

- la gestión de riesgo es la función de evaluación y respuesta a los riesgos asociados a la actividad empresarial;
- supone tres elementos:
 - i. capacidad de tomar decisión de aceptar, interrumpir o declinar una oportunidad que conlleva riesgo;
 - ii. capacidad de tomar decisión sobre las respuestas a los riesgos;
 - iii. capacidad para mitigar riesgos;

La capacidad financiera para asumir riesgo hace referencia a la evaluación (como si se tratara de una empresa independiente) de la disposición de los fondos necesarios para aceptar o desistir del riesgo, pagar las funciones de mitigación y poder afrontar las consecuencias si se materializa el riesgo. No debe confundirse con la prestación de asistencia financiera a quien asume el riesgo.

El control de riesgo supone el desempeño de los puntos “i” y “ii” de la gestión de riesgo, pero no el “iii”. Quien controla no necesita mitigar.

La mitigación del riesgo hace alusión a las medidas adoptadas para incidir en los resultados de los riesgos, tanto para reducir la incertidumbre como para reducir los efectos negativos

c) Fases del análisis de riesgo.

1º Identificación precisa de riesgos con relevancia económica:

- se ofrece un listado no cerrado de fuentes de riesgos que ayudarán a la identificación precisa:
 - ✓ Riesgos estratégicos o riesgos de mercado.
 - ✓ Riesgos de infraestructura u operativos.
 - ✓ Riesgos financieros.
 - ✓ Riesgos de la operación.
 - ✓ Riesgos de daños.
- los riesgos no solamente intervienen en el análisis funcional, sino también en el análisis comparativo.

2º Determinar cómo se asumen contractualmente:

- los términos contractuales constituyen una determinación a priori de quién asume los riesgos y qué riesgos son los que se asumen, pudiendo suceder esto explícitamente (ej. cuentas a cobrar, riesgo de inventario –stockage– o riesgo

de crédito a clientes no asociados), o implícitamente. La materialización de los riesgos se producirá a *posteriori*;

- para que exista riesgo tiene que haber incertidumbre, no es válido proceder retrospectivamente;
- no todos los términos contractuales son acordes con el *arm's length*, habrá que verificar que existe coherencia con lo que habrían hecho entidades independientes.

3º Análisis funcional en relación con los riesgos: en este paso se procederá a determinar cómo operan en la asunción y gestión de riesgos, qué empresas realizan funciones de control y mitigación, quiénes soportan las consecuencias positivas o negativas y quiénes tienen capacidad financiera de asumir los riesgos.

4º Interpretación de la información: consistirá en la determinación mediante la interpretación de la información obtenida en los pasos 1º a 3º de si la asunción de riesgos configurada contractualmente se corresponde con la conducta de las partes y con los restantes hechos del caso. En caso negativo se estimará que no es acorde con el *arm's length*. La prueba de si existe control de riesgo por parte de quien lo asume atenderá a si pueden identificarse asunciones de riesgos comparables en operaciones no vinculadas comparables¹⁹⁷³. Conlleva la verificación de una doble faceta:

- si la conducta de las partes es consistente con la asunción de riesgos recogida en los contratos firmados. En caso de existir diferencias con las conductas que mantendrían entidades independientes, y ser significativas, no se estaría cumpliendo con las exigencias del *arm's length*;
- si la parte que asume el riesgo según los términos contractuales ejerce el control y tiene capacidad financiera para asumirlo. Pueden resultar dos situaciones:
 - ✓ si la respuesta es afirmativa, se considera que el resultado del test es positivo y no hace falta pasar al paso 5º;
 - ✓ si el resultado del test es negativo¹⁹⁷⁴: hay que pasar al paso 5º;
 - ✓ consideraciones especiales:
 - supuesto en el que hay más de una empresa con capacidad para ejercer el control: se considerará que el control corresponderá a quien lo ha asumido contractualmente si además es quien ejerce la capacidad y desempeña la función;
 - supuesto en el que hay más de una empresa que ejerce el control del riesgo: primero se procederá a verificar si la empresa asociada que asume el riesgo y lo controla tiene capacidad para ello, en caso afirmativo y ser dos a mas empresas las que tienen asumido el riesgo, lo controlan conjuntamente y tener todas capacidad para asumirlo: deberá respetarse esa asunción de riesgo.

¹⁹⁷³ Para poder comparar tienen que ser comparables: las características económicamente relevantes de las operaciones y las funciones de gestión de riesgos

¹⁹⁷⁴ Cuando la empresa asociada que assume el riesgo no lo controla o no tiene capacidad.

5º Reglas de asignación de riesgos en caso de no haber correspondencia entre quien asume el riesgo y su capacidad para asumirlo o su falta de control. Pueden presentarse dos situaciones:

- si varias empresas que asumen el riesgo ejercen el control y tienen capacidad financiera para asumirlo: se asignará a la empresa asociada que ejerza mayor control, siendo remuneradas las demás partes teniendo en cuenta la importancia de las actividades de control desarrolladas por cada una de ellas;
- si se llegase a la conclusión de que ninguna empresa ejerce el control y tiene capacidad, como quiera que esa situación es harto difícil que ocurra entre empresas independientes, se realizarán los ajustes necesarios para que se adecúe la operación a una operación de *arm's length*.

6º Determinación del precio de la operación efectiva conforme a lo evidenciado, de manera que deben ser remunerados anticipadamente tanto la asunción de riesgo (prestando especial consideración a las funciones de control y la capacidad financiera de cada una de las partes) como su mitigación.

ε.1.2.– El segundo aspecto en la definición de forma precisa de la operación vinculada: el reconocimiento de la operación definida.

ε.1.2. i). –Excepciones a la operación definida de forma precisa.

En este apartado las pautas sobre el *arm's length* analizan las situaciones excepcionales a la regla general, esto es, lo que ocurre cuando hay incoherencia (por falta de lógica comercial) entre lo que determinan los términos contractuales y las características con relevancia económica evidenciadas por el proceder de las partes, de manera que tal incoherencia sea lo suficientemente relevante para tener que prescindir de la operación efectiva, sin que para ello basten la ausencia de comparables independientes o la dificultad en determinar el precio de *arm's length*. En definitiva, en este apartado las Directrices determinan en qué supuestos la operación definida de forma precisa puede ser ignorada a efectos de precios de transferencia.

ε.1.2. ii). – Criterios de cuándo intervienen las excepciones.

Las pautas se limitan a analizar dos ejemplos en los que se entiende que no existe lógica comercial, tanto en caso de no existir una auténtica incertidumbre (era lo habitual y ordinario que el riesgo se produjera cada cierto tiempo) como en el caso de la pura especulación.

ε.1.3.–El tercer aspecto en la definición de forma precisa de la operación vinculada: las pérdidas.

Las pérdidas pueden presentar especialidades a la hora de determinar el cumplimiento del *arm's length*, ya que podemos encontrarnos con dos situaciones:

- que una empresa asociada dé continuamente pérdidas, mientras que el grupo es rentable, lo cual carece de toda lógica racional entre empresas independientes;
- que existan situaciones específicas que puedan justificar las pérdidas en una empresa asociada (lanzamiento de un producto, intromisión en un nuevo mercado, etc.)

ε.1.4.– El cuarto y quinto aspecto en la definición de forma precisa de la operación vinculada: Efecto de políticas gubernamentales y utilización del valor de aduanas.

El contenido no presenta cambios, simplemente sufre alteraciones la numeración identificativa de los párrafos

ε.1.5.– El sexto aspecto en la definición de forma precisa de la operación vinculada: las influencias de las características de los mercados locales en los que operan las empresas en el principio de *arm's length* y en la comparabilidad, con consideración especial de las economías de localización.

Por economías de localización se alude al ahorro de costes atribuible al ejercicio de la actividad en un mercado concreto. En cuanto a su tratamiento se señala:

- las pautas previstas para las economías de localización al tratar las reestructuraciones resultan plenamente aplicables en general;
- pueden presentarse dos situaciones:
 - ✓ cuando existan comparables fiables en el mercado local y puedan ser utilizados para determinar el *arm's length*: el ahorro se distribuirá de forma coherente con los comparables y sin realizar ajustes;
 - ✓ cuando no existan comparables fiables en el mercado local: la distribución del ahorro y los ajustes de comparabilidad se realizarán atendiendo a todos los hechos y circunstancias relevantes (incluidos riesgos asumidos, activos utilizados y funciones desempeñadas).

Las características de los mercados locales a las que hay que atender pueden ser muy variadas, citándose a título de ejemplo:

- las propias economías de localización;

- poder adquisitivo y las preferencias de consumo;
- mercado en expansión o recesión;
- grado de competencia;
- disponibilidad de infraestructuras;
- disponibilidad de mano de obra cualificada;
- proximidad a mercados rentables.

Pueden presentarse situaciones de existencia de comparables fiables o no. En todo caso es preferible tomar como comparables operaciones entre entidades independientes. En el supuesto de no encontrarse comparables:

- la necesidad de ajustes de comparabilidad por las características del mercado local puede presentarse en distintas situaciones: porque las ventajas o desventajas afecten al precio, por las especialidades de la reestructuración, porque se trate de transferencia de activos intangibles, etc;
- habrá que realizar los ajustes atendiendo a todos los hechos y circunstancias relevantes, debiendo prestarse especial consideración a:
 - ✓ si las características suponen ventaja o desventaja vinculada al mercado local;
 - ✓ identificar si la ventaja o desventaja determina aumento o disminución respecto de ingresos, costes o beneficios, frente a los de los comparables identificados en otros mercados;
 - ✓ el grado en que las ventajas o desventajas del mercado local afectan a proveedores o consumidores independientes;
 - ✓ si las ventajas o inconvenientes no se repercuten a proveedores o consumidores hay que atender a cómo procederían a asignarse las citadas ventajas o inconvenientes por empresas independientes.

ε.1.6.– El séptimo aspecto en la definición de forma precisa de la operación vinculada: el capital humano.

ε.1.6. i). – El porqué de su trascendencia.

Son variadas las circunstancias derivadas del capital humano (plantillas o personal) que se pueden presentar y afectar de forma relevante a los precios de bienes o servicios. Ciertamente, el que una empresa disponga de personal cualificado y/o con experiencia – ordinariamente– repercutirá en el precio de los servicios que presta o de los bienes que produzca, incluso puede verse afectada la eficiencia de la empresa y ello reporta consecuencias en la política de precios y costes. Por ende, son circunstancias que hay que tomar en consideración en el análisis de comparabilidad y que pueden justificar la necesidad de ajustes.

ε.1.6. ii). –Situaciones especiales de transferencia o adscripción de personal o plantillas entre empresas asociadas. Reestructuraciones empresariales o similares.

Como regla general la transferencia o adscripción de personal o plantillas entre empresas asociadas, que suelen acompañar a las operaciones de reestructuración empresarial o similares, no tiene que conllevar ninguna compensación o remuneración económica, pero hay situaciones en las que la transferencia o adscripción de personal puede precisar de compensación económica:

- cuando para la adquirente de la plantilla ello supone un ahorro relevante en la búsqueda y formación de una nueva plantilla, según el método de valoración utilizado pueden hacerse necesarios ajustes a la hora de determinar el precio de transmisión de activos entre empresas asociadas. Otro tanto sucede, pero en sentido contrario, cuando la transferencia conlleva limitaciones para la adquirente;
- cuando la transmisión o adscripción de plantilla pueda arrastrar transferencia de *know-how* o de activos intangibles, y ello puede llegar a suceder con un solo empleado altamente cualificado, también se hará necesaria la compensación económica para que se respete el *arm's length* conforme a las directrices contenidas en el Capítulo VI;
- en ocasiones, aunque no haya transferencia de capital humano de una empresa a otra, el mero acceso a personal dotado de experiencia o capacidades especiales deben ser tomados en consideración por repercutir en el precio de activos intangibles transferidos.

ε.1.7.– El octavo aspecto en la definición de forma precisa de la operación vinculada: sinergias del grupo de empresas multinacionales.

Por último, las sinergias del grupo pueden acarrear ventajas o perjuicios a una determinada empresa del grupo. Para que dichas ventajas o perjuicios deban ser tomados en consideración en el análisis de comparabilidad y funcional así como realizar los correspondientes ajustes se hará preciso que hayan sido buscados deliberada y concertadamente, sin que repercutan cuando son sobrevenidos incidentalmente por la mera circunstancia de la pertenencia al grupo.

ε.2. Activos Intangibles.

ε.2.1.– Encuadre.

Los intangibles revisten particularidades por cuanto que por sus singularidades propician y favorecen la planificación fiscal. Con ello nos referimos a tres factores básicos dignos de mención: su inaprehensibilidad, su alta movilidad y su independencia respecto de otros activos. Pero junto a dichos factores, usualmente recogidos por la práctica unanimitad de la doctrina, hay que señalar como hace SCREPANTE¹⁹⁷⁵ otros factores quizás de mayor trascendencia. Es el caso de la circunstancia legal de que hasta ahora se había venido admitiendo que los beneficios debían ser atribuidos al titular legal del intangible, pese a que a la par resultaba indiscutido el paradigma de que la empresa crea valor a través de las funciones que desarrolla, los activos utilizados y los riesgos que asume. A todo ello habría que añadir los regímenes de *IP Box*, *CFC rules*, *Check-the-Box Regime*, los bajos tipos impositivos de algunas jurisdicciones, la problemática de los establecimientos permanentes y, principalmente, la insuficiencia de las legislaciones domésticas para solucionar las lagunas legales. Por su parte, SÁNCHEZ DE CASTRO¹⁹⁷⁶ repara en que el análisis de comparabilidad en materia de intangibles debe ser reforzado por variadas razones: “*la complejidad y ambigüedad propia del concepto de activo intangible*”; “*las condiciones en torno a su titularidad legal y económica*”; “*el hecho de que ciertos activos intangibles no son objeto de regulación legal o de contabilización*”; y la complejidad en encontrar comparables similares.

No obstante, y pese a su indiscutible importancia, los intangibles no han merecido una atención especial hasta tiempos recientes. Nótese que en la redacción de las Directrices de 1995 no se contenía una regulación específica, siendo en la actualización de 1996 cuando por primera vez se incluyó un capítulo específico, aunque hubo que esperar a 2011 para que quedara concretada la aspiración a conseguir unas directrices que contuvieran recomendaciones sobre la delimitación conceptual de qué se consideran activos intangibles a efectos de precios de transferencia y sobre su valoración.

Los principales problemas específicos en este campo que han preocupado al proyecto BEPS han sido los contratos de licencias y otros mecanismos de transferencias de los derechos de propiedad sobre intangibles.

Las transferencias internas de activos intangibles constituyen el segundo gran apartado en el que han venido a influir las acciones BEPS, y especialmente la Acción 8. Ya en 2014, dentro del primer paquete de informes y recomendaciones, una de las siete acciones que fueron tratadas fue precisamente la Acción 8, como quedó constancia en la “*Guía sobre los Aspectos de los Precios de Transferencia de Intangibles*” donde se adelanta gran parte de lo que posteriormente volvería a ser recogido en el Informe Final¹⁹⁷⁷, aunque existe una serie de pautas que se incorporan con el carácter de mero borrador. La citada Guía fue dotada de tres partes diferenciadas. Una primera en la que se contienen enmiendas al Capítulo I (el principio de *Arm’s length*) y II de las Directrices 2014 en relación con los ahorros por ubicación y otras características del

¹⁹⁷⁵ SCREPANTE, M. (2018).

¹⁹⁷⁶ SÁNCHEZ DE CASTRO MARTÍN-LUENGO, E. (2018).

¹⁹⁷⁷ Recuérdese que como tenemos dicho, el Informe Final recoge lo que en los siete informes provisionales habían adelantado, si bien en el caso concreto de las Acciones 8–10 aglutinó el tratamiento bajo un solo informe

mercado local, la organización de la fuerza de trabajo y las sinergias en el grupo de una MNE, añadiéndose además una serie de ejemplos. La segunda parte contiene un Capítulo VI sobre intangibles totalmente revisado comprensivo de: (i) la definición de intangibles, (ii) la identificación y caracterización, (iii) la determinación de condiciones de mercado en casos que involucren intangibles. Además, se contienen con el carácter de mero borrador toda una serie de recomendaciones sobre la propiedad de intangibles y operaciones que impliquen el desarrollo, mejoramiento, mantenimiento, protección y explotación de los intangibles, al igual que sobre la aplicación de métodos de partición de utilidades y la determinación de precios a valor de mercado cuando la valuación de los intangibles resulta altamente incierta. En 2017, tras los informes finales de 2015, se procedió a la modificación de las Directrices sobre Precios de Transferencia, dando una nueva redacción a su Capítulo VI con el que se pretende que las Directrices sean coherentes con el *arm's length*. Para ello se ha procedido a:

- realizar una definición de qué se entiende por intangibles;
- asegurar el alineamiento de los beneficios por la transmisión y uso de intangibles con la creación de valor;
- dotar de medidas especiales para la valoración de intangibles de difícil valoración;
- actualizar los mecanismos de reparto de costes.

El Informe Final BEPS sobre las Acciones 8–10 se estructura a este respecto en dos apartados:

- revisión del Capítulo VI;
- pautas adicionales al Capítulo II como consecuencia de la revisión del Capítulo VI.

Pues bien, siguiendo las pautas marcadas en la nueva Sección D del capítulo I, las particularidades que pueden presentar los activos intangibles han sido ordenadas de la siguiente forma:

- el primer paso en la definición de forma precisa de la operación vinculada debe ser la identificación de las relaciones comerciales, que en el caso de tratarse de operaciones con intangibles implicará la identificación de los intangibles. A tal fin se proporcionan toda una serie de pautas sobre el concepto y qué se entiende por activos intangibles;
- el segundo aspecto en el que se presentan especialidades es en el de los términos contractuales y en el análisis funcional dedicándose a las mismas el apartado titulado “*titularidad de intangibles y operaciones que conllevan el desarrollo, mejora, mantenimiento, protección y explotación de intangibles*” (conocidas también como funciones DEMPE);
- el tercer aspecto sobre el que inciden las especialidades es en la determinación de los precios de *arm's length* con particularidades en los métodos y las técnicas de valoración, así como las singularidades de los intangibles de difícil valoración;
- un apartado que se dedica a exponer una serie de ejemplos.

Con la implementación de la Acción 8 se persigue, según nos enseña MIRANDA¹⁹⁷⁸, el desarrollo de normas que impidan conductas BEPS derivadas del movimiento de intangibles dentro de una MNE, asegurando que la distribución de beneficios esté alineada con la creación de valor.

Con carácter general podemos puntualizar algunas cuestiones que debemos tener presente durante todo el estudio de los intangibles y que nos ayudarán a su comprensión:

- i. El problema principal con el que se encuentran los activos intangibles es la ausencia de comparables ya sea por las singularidades que presentan este tipo de activos o por simples razones comerciales que determinen la celebración de operaciones entre asociadas que no tendrían lugar entre independientes¹⁹⁷⁹.
- ii. A los intangibles, y pese a las singularidades que trata el Capítulo VI, le resultan aplicables los principios generales contenidos en los Capítulos I–III de las Directrices, entre los que se encuentran los relativos al análisis de comparabilidad y el proceso tipo recomendado compuesto por nueve pasos¹⁹⁸⁰.
- iii. El análisis de comparabilidad habrá de tomar en consideración a las dos partes de la operación, sin que sea válido el punto de vista de una sola de ellas. Si ello no fuera posible habría que replantearse si la operación puede ser tomada como válida o si se requieren ajustes adicionales¹⁹⁸¹.

ε.2.2. – La identificación de intangibles.

ε.2.2. i). – Concepto

Apunta DE HARO IZQUIERDO¹⁹⁸² que la conceptualización de los activos intangibles, al igual que su contabilización y valoración, encierran una gran dificultad, determinada principalmente por la diversidad de situaciones y actividades que pueden desembocar en activos intangibles, por lo que cada caso concreto merece un tratamiento diferenciado. Las normas fiscales y contables mantienen un concepto demasiado restringido dentro de un marco regulatorio en el que lo que se persigue es la certeza del verdadero valor. La causa de ello hay que verla en que, hasta ahora, tanto el sistema fiscal como el contable, se centran en que las transacciones fueran efectivas y el flujo económico real.

¹⁹⁷⁸ MIRANDA, D. M. (2015).

¹⁹⁷⁹ Ver párrafo 6.108 DPT 2017.

¹⁹⁸⁰ Ver párrafo 6.107 DPT 2017.

¹⁹⁸¹ Ver párrafo 6.114.

¹⁹⁸² DE HARO IZQUIERDO, M. (2011).

Además, como determinan WRIGHT et al.¹⁹⁸³ al concepto de intangibles nos podemos acercar desde distintas perspectivas confluyendo las concepciones de los economistas (más proclives a un concepto amplio inclusivo de los *value drives*¹⁹⁸⁴), los contables (quienes apoyan un concepto restrictivo entendiendo que solo se puede atribuir valor a aquellos que aparecen en los balances conforme a las normas contables) y los juristas (para quienes no son dignos de tal consideración los que carecen protección legal).

Pero incluso desde una misma óptica es fácilmente colegible que se trata de un concepto en evolución, dinámico y cambiante. En este sentido, MARTÍN RODRÍGUEZ¹⁹⁸⁵ parte del concepto apreciable en las normas fiscales internacionales, trayendo a colación el párrafo segundo del artº 12 del MCDI OCDE donde se señala que el término cánones (regalías o royalties) significa los pagos de cualquier clase percibidos como contraprestación por el uso, o por la cesión del uso, de derechos de autor sobre obras literarias, artísticas o científicas, incluidas las películas cinematográficas, de patentes, marcas, diseños o modelos, planos, fórmulas o procedimientos secretos, o por información relacionada con los campos de la experiencia industrial, comercial o científica¹⁹⁸⁶. Ello debe de ser complementado con lo dispuesto en el artº9 entorno al principio de *arm's length* de forma que desde esta óptica, la cuestión clave radica en si el pago de ese canon, por el uso o la cesión, sería el que pagaría un tercero independiente en un mercado libre.

CARMONA¹⁹⁸⁷ añade que otros MCDI son sustancialmente coincidentes, aunque pueden presentar algún matiz. Así en el MCDI ONU, además del criterio distinto de reparto, ofrece una definición de cánones más amplia al incluir las contraprestaciones por el uso o la cesión de uso de equipos industriales, comerciales o científicos, y alcanzar a las prestaciones de servicios técnicos.

Ahora bien, puede afirmarse que ni el consabido artº9, ni el artº 12, ambos del MCDI OCDE, contienen una definición propiamente dicha y terminada de lo que se conceptúa como activo intangible. Donde sí es apreciable una verdadera intención de definir qué se entiende por activos intangibles es en las Directrices sobre Precios de Transferencia desde la redacción dada al Capítulo VI en el año 1996¹⁹⁸⁸. Posteriormente, las

¹⁹⁸³ WRIGHT, D. R.; KEATES, H. A.; LEWIS, J. & AUTEN, L. (2016).

¹⁹⁸⁴ Se entiende por tales a los elementos que añaden valor a un producto, marca o servicio, como puede ser una economía de escala, uso de herramientas tecnológicas, etc...

¹⁹⁸⁵ MARTÍN RODRÍGUEZ, J. M. (2016).

¹⁹⁸⁶ Este artículo establece que las regalías procedentes de un Estado contratante cuyo beneficiario sea el residente de otro Estado solo podrán ser sometidas a imposición en el Estado de residencia del beneficiario.

La postura del modelo de las Naciones Unidas, en relación con la tributación de las regalías, es más flexible que la visión incluida en el Modelo de Convenio de la OCDE. Inicialmente, el artículo 12 recomienda la misma localización de las regalías que la propuesta por el Modelo de Convenio de la OCDE. Sin embargo, el apartado segundo de dicho artículo propone la posibilidad de que estas sean gravadas en el Estado de la fuente. Esta organización defiende el derecho del país de la fuente de gravar los cánones pagados al exterior bajo la necesidad de que los países en desarrollo puedan obtener rentas y conservar divisas (Naciones Unidas, 2013: 217).

¹⁹⁸⁷ CARMONA FERNÁNDEZ, N. (2006).

¹⁹⁸⁸ Contenia en el par. 6.2: "the term "intangible property" includes rights to use industrial assets such as patents, trademarks, trade names, designs or models. It also includes literary and artistic property rights, and intellectual property such as know-how and trade secrets."

Directrices en su versión de 2010 en su párrafo 6.2¹⁹⁸⁹ mantienen el mismo mecanismo para delimitar el concepto de intangible, procediéndose a ofrecer un listado de lo que es considerado como intangible. Por tanto, no se contiene un concepto abstracto que recoja las características. Dicha forma de conceptuar corría el riesgo ineludible de toda proposición enumerativa, la obsolescencia por el simple devenir del desarrollo y evolución de las cosas, siempre más rico que cualquier suposición apriorística imaginable. No va a ser hasta el nuevo texto de 2017 cuando se proceda de una forma distinta a la hora de delimitar el concepto de activos intangibles. El nuevo texto rehúye de los problemas que plantearía un concepto demasiado amplio o estricto, para ofrecer un concepto distinto (coincidente a veces, pero no necesariamente) al que aparece en las normas contables y jurídicas, procediendo a suministrar tres elementos caracterizadores y definatorios de qué se considera como intangible:

- aquello que no se considere activo material ni activo financiero;
- que sea susceptible de apropiación o ser controlado para su uso en actividades comerciales;
- y que su uso o transmisión sería remunerado si se produjera en una operación entre empresas independientes en circunstancias comparables.

En su trabajo GÓMEZ REQUENA¹⁹⁹⁰ reseña que se ha procedido a ofrecer un concepto compuesto de tres elementos: un primer elemento definatorio negativo y principal, en el que se nos dice lo que no son intangibles, y otros dos elementos de necesaria concurrencia cumulativa. Estos segundos suponen la novedad de adelantar la preponderancia de la sustancia sobre la forma y del principio de *arm's length* a la propia definición de intangible, cuando antes se encontraban postergados al tratamiento que los intangibles recibían.

Que se ha querido dar una especial trascendencia al principio de *arm's length* en el marco de los activos intangibles es una obviedad verificable desde el primer y segundo párrafo con los que se abre ahora el capítulo VI. El primero, al traer a primer plano la consabida cita expresa del artº 9 MCDI y su funcionamiento. El segundo, marcando como objetivo primordial del capítulo el ofrecer las pautas para determinar las condiciones de *arm's length* en las transacciones relativas a activos intangibles. No en vano escribe PANKIV¹⁹⁹¹ que la definición de activos intangibles en las nuevas Directrices sobre Precios de Transferencia tiene como objetivo cumplir los requisitos del *arm's length* bajo las condiciones determinadas por el artº9 MCDI OCDE, proporcionando una noción universalmente interpretada en las operaciones transnacionales que previene del riesgo de doble imposición a causa de las inconsistencias de las definiciones domésticas.

¹⁹⁸⁹ “la expresión “activos intangibles” abarca los derechos de utilización de activos industriales tales como las patentes, marcas comerciales, nombres comerciales, dibujos o modelos. Asimismo, comprende la propiedad literaria y artística y la propiedad intelectual, como los conocimientos prácticos –know-how– y los secretos mercantiles”.

¹⁹⁹⁰ GÓMEZ REQUENA, J. A. (2018).

¹⁹⁹¹ PANKIV, M. (2016).

Otro tanto se podría decir del principio de la prevalencia de la sustancia sobre la forma, hasta el punto de que el párrafo 6.2 precisa que si un elemento o actividad transfiere valor económico (sustancia) deberá de tomarse en consideración si se quiere cumplir con el *arm's length*, y ello incluso en el supuesto de que no tuviera que ser calificado como activo intangible conforme a las directrices contenidas en el capítulo VI. Se trata de una cláusula de cierre con la que se supera el encorsetamiento de cualquier concepto abstracto que a la postre pudiera resultar superado por la realidad y las prácticas comerciales.

Los dos elementos concurrentes vienen a darnos notas características que diferencian lo que se consideran activos intangibles a efectos de precios de transferencia de lo que son los *value drivers* y *enhancers*. Los activos intangibles son susceptibles de ser objeto de derechos reales y, por tanto, los mismos pueden ser objeto de transacción comercial (venta, licencia o permuta). Los *value drivers* y *enhancers* no.

Este concepto de activos intangibles se trata, como atinadamente nos indica CALVO VÉRGEZ¹⁹⁹², de una especie de lista abierta.

Por último, hemos de referirnos a la limitación del alcance del régimen de los activos intangibles ofrecido en el nuevo capítulo VI. La limitación proviene desde dos frentes distintos:

a) por una parte, porque cuanto dispone el capítulo VI no deroga los principios expuestos en los capítulos I a III de las Directrices que son aplicables tanto a operaciones que afectan a tangibles como a intangibles. Quiere ello decir que todo lo expuesto sobre la definición de forma precisa de la operación vinculada, empezando por la identificación de las relaciones comerciales o financieras y el análisis funcional, resultan plenamente aplicables a las operaciones concernientes a activos intangibles;

b) por otra parte, el concepto de activos intangibles suministrado por las Directrices no tiene otro alcance que los precios de transferencia, ni siquiera en otros ámbitos de la fiscalidad, precisándose que es distinto al concepto de canon o regalía contenido en el artº12 del MCDI OCDE, y no interviene para el reconocimiento de rentas, la capitalización de los costes de desarrollo de activos intangibles, amortizaciones o cuestiones similares.

ε.2.2. ii). – Clasificación de intangibles

Las categorizaciones y clasificaciones son diversas. La clasificación clásica de BLAIR & WALLMAN¹⁹⁹³ distingue tres categorías enfrentando el problema de la propiedad de los intangibles:

¹⁹⁹² CALVO VÉRGEZ, J. (2018).

¹⁹⁹³ BLAIR M.M. & WALLMAN S.M.H., (2001),

- a) intangibles sobre los que alguien tiene derechos explícitos de propiedad y son susceptibles de ser adquiridos y transferidos (v.gr. patentes y bases de datos);
- b) intangibles controlados por una empresa, aunque sin derechos de propiedad sobre los mismos (secretos comerciales, o I+D en proceso de desarrollo);
- c) intangibles vinculados a personas de una empresa, que no son controlados, y sin existencia comercial (capacidades de personas, altas cualificaciones).

En atención a la protección jurídica (atendiendo a si pueden ser transferidos o controlados) se habla de intangibles duros o blandos (entre éstos últimos se encontrarían ciertas características de los mercados o las economías de comercialización, las plantillas de trabajadores o las sinergias del grupo).

Desde el punto de vista de su presencia en la empresa se diferencia entre intangibles rutinarios o no rutinarios.

Ahora bien, la categoría clasificatoria que se asigne a un activo intangible no tiene consecuencias a efectos conceptuales (lo importante es que concurren los tres elementos expuestos), pero sí en el análisis de valoración. Por ello el par.6.15 previene que el enfoque planteado en las Directrices no se articula entorno a las categorías de intangibles, ni prescriben resultados de las categorías. No obstante, y a los meros efectos de identificación, las Directrices 2017 distinguen entre intangibles de comercialización (commercial intangibles) o mercadotecnia (*marketing intangibles*) e intangibles mercantiles (*trade intangibles* o *manufacturing intangibles*). Las Directrices 1996 ya aludían en su par. 6.3 a los intangibles comerciales refiriendo que bajo dicha categoría se incluían las patentes, *know-how*, diseños y modelos y los derechos intangibles que son activos transferidos a los clientes o usados en las operaciones comerciales. Igualmente determinaban que los intangibles de mercadotecnia eran una especie dentro de los comerciales. Ahora, en la nueva redacción de 2017, se nos dice que los intangibles comerciales son aquellos vinculados a las actividades de comercialización, que contribuyen a la explotación comercial de un producto o servicio, o que tiene un valor de promoción importante para el producto en cuestión. Dependiendo del contexto los intangibles de comercialización pueden incluir, por ejemplo, marcas comerciales, nombres comerciales, listas de clientes, relaciones con clientes, así como los datos de propiedad exclusiva sobre el mercado y los clientes, que se utilizan en la comercialización y venta de bienes o servicios a clientes o que contribuyen a ellas. Por su parte la intangibles mercantiles son delimitados residual y negativamente como aquellos intangibles que no son comerciales. La terminología de intangibles de mercadotecnia desaparece.

Terminan este apartado realizando una serie de aclaraciones sobre una serie de supuestos que se considera son activos intangibles a efectos de precios de transferencia, si bien se advierte expresamente:

- no se trata de una lista cerrada;
- la mera referencia de tratarse de uno de los elementos contenidos en la lista no resultará suficiente para su consideración como activo intangible, sino que

será precisa la identificación como activo intangible, esto es, que cumpla con los tres elementos definitorios expuestos.

En la lista se enumeran:

- patentes;
- conocimientos prácticos (*know-how*) y secretos comerciales;
- marcas, marcas comerciales y nombres comerciales;
- derechos conferidos por contratos y licencias administrativas;
- licencias y derechos limitados similares sobre activos intangibles;
- fondo de comercio (*goodwill*) y valor de la empresa en funcionamiento;
- las sinergias del grupo.

De la numeración hay que reparar en algunos supuestos que se sitúan cuando menos en una zona de penumbra, arrojando serias dudas sobre su posible consideración como intangibles:

- el *know-how* y los secretos comerciales: las Directrices indican dos cuestiones a tomar en consideración:
 - ✓ su conceptualización y características:
No se trata de una categoría que aparezca *ex novo* en las Directrices en las que vienen apareciendo tradicionalmente y considerando que pueden constituir intangibles comerciales o mercantiles. Efectivamente, podemos remontarnos a las Directrices de 1996 para constatar que ya aparecían recogidos y se ofrecía idéntico concepto al que se sigue recogiendo en la revisión de 2017¹⁹⁹⁴. Su característica principal es la confidencialidad;
 - ✓ sus condicionantes para ser estimados como activos intangibles: se considerarán activos intangibles en aquellas situaciones en que supongan un valor añadido que represente una ventaja que en condiciones de independencia en el mercado libre sería retribuable. La transferencia de plantillas puede representar un especial valor cuando se trate de personal con singulares o especiales conocimientos que supongan ventajas en la entidad adquirente por posible disminución de costes (no necesidad de formación de plantilla, mayor calidad de bienes o servicios prestados, etc.), no en otro caso. Sobre este particular ya nos detuvimos con anterioridad al tratar las novedades introducidas en la Sección D del capítulo I;
- el fondo de comercio y valor de empresa en desarrollo:
 - ✓ resultan indisociables del resto de activos de la empresa;
 - ✓ resulta innecesaria su definición y la catalogación de elementos que pueden estimarse como tales, porque es indudable su consideración como intangibles. Lo importante es identificar qué valor ha añadido

¹⁹⁹⁴ “*informaciones o conocimientos de posesión exclusiva que facilitan o mejoran una actividad comercial pero que no son registrables a efectos de su protección*”.

al precio de la transmisión total o parcial de activos, y vigilar que cuando la transmisión tiene lugar entre empresas dependientes se respete el *arm's length*, valor que no tiene que coincidir con el valor contable que se le venga asignando;

- las sinergias del grupo en términos generales no son consideradas activos intangibles en la medida que no pueden ser poseídas ni controladas, para que merezcan relevancia en la materia que en este momento nos ocupa habrán de ser activas y deliberadas;
- las características específicas del mercado tampoco pueden estimarse como intangibles por idénticas razones que las sinergias.

ε.2.3 La titularidad de intangibles y operaciones que conllevan el desarrollo, mejora, mantenimiento, protección y explotación de intangibles.

ε.2.3 i). – Planteamiento de la cuestión.

El problema central en el tratamiento de los intangibles viene determinado por conseguir que los miembros que componen la MNE reciban una retribución de beneficios adecuada a los activos que invierte, las funciones que realiza y los riesgos que asume conforme al *arm's length*. Para ello, hay que proceder a estudiar las singularidades que presenta la definición precisa de la operación vinculada, que desde luego no se contrapone al análisis regulado a lo largo de la sección D del capítulo I, pero sí que reviste particularidades en la práctica que requiere de una serie de recomendaciones. Este marco analítico previsto para los intangibles comprenderá los siguientes pasos:

- i. la identificación de los intangibles utilizados o transferidos en la operación, así como los riesgos asociados a lo que vamos a ver se conoce como funciones DEMPE;
- ii. la identificación de los acuerdos contractuales donde tienen suma relevancia la propiedad y otros derechos sobre los intangibles;
- iii. la identificación de las partes;
- iv. el examen de la consistencia de las conductas con los términos contractuales
- v. definir las operaciones efectivamente realizadas conforme a las funciones DEMPE, relaciones contractuales y las conductas de las partes;
- vi. determinar un precio coherente con el *arm's length*.

El estudio en profundidad de los distintos aspectos de este análisis excede del ámbito y objetivo del presente trabajo, por lo que nos limitamos a una breve exposición esquemática.

ε2.3 ii). – La propiedad legal y los términos contractuales –vs– fondo de la operación.

La propiedad legal y las relaciones contractuales solamente sirven como punto de partida o referencia a la hora de solucionar el problema de la atribución de beneficios, de manera que:

- la conducta de las partes pasa a desempeñar un rol preponderante que se superpone a los términos que consten en los acuerdos contractuales, constituyendo éstos solo un punto de partida. Prima facie se atenderá a los términos contractuales escritos o documentados, pero en caso de ausencia de los mismos o de contradicción con las conductas de las partes la operación efectiva se deducirá de los hechos comprobados entre los que reviste especial importancia la conducta de las partes;
- la propiedad legal de los intangibles por sí misma, no confiere ningún derecho último a conservar los rendimientos obtenidos por el grupo multinacional de la explotación del activo intangible. Precisa SANZ GADEA¹⁹⁹⁵ que la titularidad jurídica de los intangibles, conforme disponen las Directrices, no genera necesariamente por sí misma, el derecho a percibir la totalidad (ni tan siquiera una parte) de los beneficios emanados de la explotación de estos, saliendo así al paso de las distribuciones arbitrarias de la renta generada por los intangibles entre las entidades del grupo de empresas. La propiedad legal servirá como una primera referencia, pero los rendimientos dependerán de las funciones que desarrolle una entidad, los activos que utilice y el riesgo que asuma. La mera titularidad legal únicamente daría derecho a una compensación económica si en condiciones de *arm's length* procediera. En la medida que una entidad no sea propietaria, pero contribuya en funciones o asuma riesgos y costes, deberá participar en la distribución de beneficios. Por este camino SCREPANTE¹⁹⁹⁶ llega a plantear dos situaciones límites. La primera, el supuesto de valor cero, esto es, si el titular legal tendría derecho a retribución si no desarrolla funciones, ni tiene activos ni asume riesgos. La segunda, si todo miembro del grupo por el hecho de desempeñar una función se convierte en propietario económico del intangible que, o bien el titular legal le tiene que remunerar, o bien tiene derecho a que se le asigne una participación en beneficios;
- la determinación de la retribución presenta el problema de que generalmente será fijada *ex ante*, al momento de acordarse la operación, con la incertidumbre que ello conlleva, por lo que posteriormente deberán realizarse las correcciones pertinentes atendiendo fundamentalmente, como se puntualiza en el parágrafo 6.70, al análisis de asunción real de riesgos con relevancia económica, de manera que la parte que no hubiera asumido riesgos

¹⁹⁹⁵ SANZ GADEA, E. (2016).

¹⁹⁹⁶ SCREPANTE, M. (2018).

entre el resultado previsto y el obtenido difícilmente tendrá legitimidad para recibir compensación por las desviaciones.

ε.2.3 iii). – La aplicación del principio de arm's length a los intangibles conlleva el estudio de las funciones, activos y riesgos.

La asignación de la compensación debida a cada miembro de la MNE, de forma que la distribución de beneficios se encuentre alineada con la creación de valor de forma coherente con el *arm's length*, exige que haya que atender a las funciones desarrolladas, los activos utilizados y los riesgos asumidos.

A través del análisis funcional en el caso de los intangibles se determinará:

- quién controla y desarrolla las funciones relacionadas con el desarrollo, mejora, mantenimiento, protección y explotación del activo intangible (funciones DEMPE);
- quién proporciona los activos en el desarrollo, mejora, mantenimiento, protección y explotación del activo intangible;
- y quien asume y controla los riesgos en el desarrollo, mejora, mantenimiento, protección y explotación del activo intangible.

En cuanto a las funciones se debe destacar que:

- la doctrina critica por excesivo el papel que es otorgado a la función de control, ya que se corre el peligro de ser manipulada por las MNEs;
- sucede con frecuencia que determinadas funciones se disocian de la titularidad del intangible, como sucede con la externalización de funciones o la subcontrata de funciones. En el caso de subcontrata de funciones con empresas asociadas, pero en que el control sea ejercido por un tercero distinto al propietario legal, habrá que retribuir a ese tercero por la función desempeñada;
- según las circunstancias del caso existirán unas funciones importantes a las que habrá que atender para determinar la retribución a cada miembro. La casuística es enorme. Un criterio posible de diferenciación es el de atender a si el intangible ha sido desarrollado internamente o si ha sido adquirido, ya que en el primer caso primará la función de investigación¹⁹⁹⁷ y en el segundo supuesto la función de protección.

En cuanto a los activos utilizados las Directrices se detienen en la financiación por cuanto ha sido utilizado frecuentemente para incurrir en conductas BEPS. Sobre la financiación se previene:

¹⁹⁹⁷ Entre las funciones importantes se citan: el diseño y el control de programas de investigación y comercialización, la orientación y determinación de prioridades en proyectos creativos, incluyendo la determinación del curso de la investigación básica, el control sobre las decisiones estratégicas y la gestión y control de presupuestos

- que no basta por sí misma para justificar que se le asigne a la entidad prestamista toda o una parte sustancial de la compensación. Habrá que estar a qué retribución se le asignaría en condiciones de *arm's length*;
- el análisis de la financiación irá muy ligado a los riesgos con relevancia económica que se asuman, debiéndose distinguir entre los meros riesgos que comporta cualquier financiación y el control de los riesgos de la actividad para la que se utiliza la financiación. En el primer caso la remuneración será inferior a la que corresponde en el segundo supuesto. También hay que analizar las alternativas de que disponía la entidad receptora. Con estas pautas se evitará la retribución a las *cash box*, pues por lo general no tendrán capacidad de hacer frente a los riesgos asociados.

Por último, las Directrices se ocupan de los riesgos en las operaciones con intangibles, precisando:

- una enumeración de los riesgos específicos envueltos en operaciones con intangibles:
 - ✓ riesgos relacionados con el desarrollo (I+D, comercialización posterior);
 - ✓ riesgo de obsolescencia;
 - ✓ riesgo de infracción;
 - ✓ riesgo de responsabilidad por el producto o similares;
 - ✓ riesgo de explotación y de rendimientos;
- una remisión al análisis de riesgo troncal contenido en el capítulo I y del que ya nos hemos ocupado.

ε.2.3 iv). – Algunas operaciones típicas en que intervienen activos intangibles: las operaciones que conllevan transferencia de activos intangibles o de derechos sobre activos intangibles y las operaciones que conllevan el uso de activos intangibles en relación con la venta de bienes o prestaciones de servicios.

Además de la identificación de los activos intangibles hay que identificar las operaciones vinculadas que les afectan. En este apartado las Directrices concretan las particularidades que pueden revestir algunas de dichas operaciones, sin que ello suponga en ningún caso derogación de cuanto se contiene en el Capítulo I en el análisis troncal de identificación y definición de las operaciones vinculadas.

Particularidades en el análisis de comparabilidad en ambos tipos de operaciones:

Nos vamos a ocupar de cinco cuestiones que revisten particularidades en el análisis de comparabilidad de intangibles en ambos tipos de operaciones, transferencias de activos

intangibles o derechos sobre activos y las operaciones que conllevan el uso de intangibles.

a) La primera cuestión que surge es la delimitación conceptual de los factores relevantes a tener en cuenta en el análisis, a cuyo efecto se pueden señalar diversas consideraciones:

- ¿Por qué deben ser tenidos en cuenta estos factores? Los intangibles suelen revestir características únicas que les confieren la potencialidad de generar beneficios y rendimientos futuros que son tenidos en cuenta a la hora de fijar sus precios y, por ende, los comparables habrán de reunir características similares.
- Según el método valorativo su importancia a la hora de determinar el precio de *arm's length* puede variar. Con el método CUP hay que ser especialmente cuidadoso ya que es el más proclive a no contemplar dichas circunstancias únicas.
- Se ofrece un listado que es meramente ilustrativo (“*numerus apertus*”) de algunas de las características únicas:
 - ✓ Exclusividad¹⁹⁹⁸.
 - ✓ Duración de la protección legal¹⁹⁹⁹.
 - ✓ Alcance geográfico²⁰⁰⁰.
 - ✓ Vida útil²⁰⁰¹.
 - ✓ Estado de desarrollo²⁰⁰².
 - ✓ Derechos relativos a futuras mejoras, revisiones y actualizaciones²⁰⁰³.
 - ✓ Expectativas de beneficios futuros²⁰⁰⁴.

¹⁹⁹⁸ Los intangibles, a diferencia de los activos materiales, suelen ser susceptibles de ser usados por más de una entidad al mismo tiempo, por lo que la exclusividad conferirá una ventaja competitiva que debe ser considerada a la hora de determinar el precio de *arm's length* y encontrar comparables.

¹⁹⁹⁹ Cuanto superior sea la duración mayor será la ventaja competitiva conferida al adquirente o cesionario de la operación relativa al intangible, así como mayores serán los beneficios esperados. En el caso del *know-how* y secretos profesionales el papel de la protección será inferior, ya que su protección legal se encuentra muy limitada, cuando no inexistente.

²⁰⁰⁰ Según la naturaleza de los intangibles y de los mercados en que operen o se comercialicen puede tener una influencia mayor o menor el hecho de que la concesión de derechos o de uso de intangibles tenga un alcance geográfico distinto.

²⁰⁰¹ La duración de la vida útil es indudable que afecta a la hora de fijar el valor del intangible. La duración puede venir limitada por múltiples factores: la naturaleza del activo, la duración y naturaleza de la protección, los avances tecnológicos.

²⁰⁰² Interviene principalmente cuando se transfieren o ceden intangibles sin haber concluido su proceso de investigación o desarrollo, o sin haber quedado demostrada su viabilidad comercial, lo cual es frecuente entre asociadas. En tales hipótesis habrá que atender a las probabilidades de éxito y los riesgos asociados al ulterior desarrollo.

²⁰⁰³ Es una consecuencia de la obsolescencia a la que están expuestos numerosos intangibles, por lo que o el adquirente o cesionario tienen acceso a las mejoras, revisiones y actualizaciones o la competitividad se volatilizará. En esta misma línea influirá también los derechos que se hayan concedido al adquirente o cesionario para realizar su propia actividad I+D con base en los intangibles transferidos, ya que en caso afirmativo pueden verse afectados los tiempos de mejoras o revisiones, los costes de la consecución de mejoras o revisiones, etc...

b) La segunda cuestión versa sobre la evaluación de los riesgos de obtención de beneficios futuros y la distribución de estos entre las partes vinculadas, puntualizándose variados aspectos al respecto:

- ¿Por qué son importantes los riesgos? Por dos razones básicas, una primera, porque afectan a la competitividad y, en consecuencia, al valor del intangible; otra segunda, porque pueden utilizarse para situar los riesgos en la parte que interese mediante pactos contractuales que no se correspondan con la realidad para así desplazar las bases imponibles.
- Los riesgos más relevantes que deberán considerarse para determinar si son intangibles comparables:
 - ✓ los riesgos ligados al desarrollo futuro de los intangibles²⁰⁰⁵;
 - ✓ los riesgos ligados a la obsolescencia y la depreciación²⁰⁰⁶;
 - ✓ los riesgos ligados a vulneraciones en el uso²⁰⁰⁷;
 - ✓ los riesgos ligados a la responsabilidad en el uso de intangibles²⁰⁰⁸

c) En tercer lugar, se aclara que los ajustes de comparabilidad se llevarán a cabo siguiendo las pautas generales señaladas en el capítulo III, si bien tratándose de intangibles los ajustes dejarán de ser fiables cuando supongan un “*porcentaje elevado*”²⁰⁰⁹ de la retribución por la transferencia o cesión del intangible

d) En cuarto lugar, se puntualiza que cuando se utilicen comparables extraídos de base de datos habrá que seguir los principios del análisis troncal, si bien exigiendo que los datos extraídos de las bases de datos habrán de contener el suficiente detalle para permitir la comparabilidad de las particularidades que presente el intangible en cuestión

e) En quinto lugar, se aborda la selección del método de valoración y las particularidades que presenta en materia de intangibles:

- Consideraciones de carácter general:

Resultan aplicables los principios contenidos en el Capítulo II, párrafos 2.1 al 2.12, así como los previstos para la aplicación de más de un método²⁰¹⁰ o los previstos para operaciones agregadas²⁰¹¹. Se quita la jerarquía de métodos y se incorpora la selección del más adecuado.

²⁰⁰⁴ Todos los factores anteriores afectan a las expectativas de beneficios de futuro, las cuales son sumamente importantes en la comparabilidad, ya que habrá que comparar intangibles respecto de los que se esperen beneficios similares, rechazando los que diverjan significativamente.

²⁰⁰⁵ Se refiere a los riesgos de que los intangibles permitan el desarrollo de productos comercialmente viables en el futuro, el coste del desarrollo y la viabilidad del éxito del desarrollo

²⁰⁰⁶ Para la comparabilidad igualmente habrá que evaluar la probabilidad de obsolescencia y consiguiente depreciación de los intangibles, dada la alta competitividad en el mercado y la velocidad de los avances tecnológicos.

²⁰⁰⁷ Se refiere a las posibilidades de reclamaciones de terceros con éxito porque los intangibles transferidos o cedidos contravengan o vulneren sus propios intangibles.

²⁰⁰⁸ Se refiere a las posibilidades de reclamaciones de terceros con éxito por lesiones generadas por el uso de los intangibles que se transfieren o ceden.

²⁰⁰⁹ Párrafo 6.129.

²⁰¹⁰ Párrafo 2.12, 3.58 y 3.59.

²⁰¹¹ Párrafos 3.9 a 3.12 y el párrafo 3.37.

A la hora de seleccionar el método más adecuado para los intangibles habrá de atenderse a: la naturaleza del intangible, la dificultad para encontrar comparables de operaciones no vinculadas y la dificultad en la aplicación de alguno de los métodos.

Lo importante es atender a las consecuencias económicas de las operaciones y no a sus estructuras, porque las consecuencias pueden ser similares, aunque las estructuras difieran. De nuevo vuelve a aparecer el triunfo del fondo sobre la forma. Si las estructuras utilizadas por empresas asociadas difieren de las que utilizarían entidades independientes, habrá que evaluar qué repercusiones hayan podido tener sobre los precios y otras condiciones que directa o indirectamente puedan repercutir en el precio.

La selección del método y los ajustes en la comparabilidad que se realicen deben tener en cuenta todos los factores que intervengan en la creación de valor, siendo trascendental para ello el análisis funcional. Como señala MARTÍN RODRÍGUEZ²⁰¹² la premisa de la que parten estas Directrices y que informa todo el documento es que el propietario del intangible no debe ser el receptor residual de cualquier beneficio derivado de su explotación una vez retribuidas las funciones realizadas por los demás partícipes, de ahí la trascendencia y rol que juega el análisis funcional.

- Se desaconseja la utilización de diversos métodos de valoración:
 - ✓ Los métodos unilaterales (el método del precio de reventa o el método del margen neto operacional) no resultan adecuados para la valoración de intangibles²⁰¹³, salvo de que puedan emplearse de manera indirecta utilizándolos para determinar el valor de ciertas funciones.
 - ✓ Los métodos basados en el coste (por ejemplo, C+), no son en términos generales adecuados por no existir ordinariamente correspondencia entre el coste de desarrollo de un intangible y su valor de transferencia una vez desarrollado, aunque hay situaciones excepcionales en que pueden ser operativos
- Con relación al método CUP:
 - ✓ Resultan aplicables las previsiones troncales contenidas en el Capítulo II respecto de este método.
 - ✓ Ahora bien, no será válido cuando no se encuentren comparables independientes fiables.
- Con relación al Transactional Profit Split Method (método de distribución del resultado):
 - ✓ Se vuelve a reiterar que resultan aplicables las apreciaciones generales contenidas en el Capítulo II sobre el mismo

²⁰¹² MARTÍN RODRÍGUEZ, J. M. (2016).

²⁰¹³ Parágrafo 6.141.

- ✓ Sin embargo, se advierte que para la fiabilidad de este método habrá de atenderse especialmente a: la disponibilidad de datos fiables y apropiados relativos a los resultados conjuntos, los gastos asignables y la fiabilidad de los factores utilizados.
- ✓ Este método puede ser utilizado tanto cuando se transfiere la totalidad de derechos sobre el activo intangible como cuando la transferencia sea de derechos limitados sobre activos totalmente desarrollados. En el primer supuesto se considera esencial la realización de un análisis funcional completo y se pueden presentar particularidades cuando se trate de un intangible en desarrollo. Estas particularidades se concentran en que habrá que atender al valor de las aportaciones que se realicen al desarrollo antes y después de la transferencia, siendo especialmente cautelosos con las aportaciones a la generación de rentas que realicen las partes en los años posteriores. En el segundo supuesto habrían de considerarse diversos factores en la aplicación del método de distribución del resultado: los beneficios obtenidos de los derechos transferidos, activos utilizados por transmitente y adquirente, análisis de las limitaciones impuestas, aportaciones al valor añadido que realice el adquirente.

f) Por último, reseñaremos que para el caso de ausencia de comparables se prevé la posibilidad de acudir a “*técnicas de valoración*” basadas en la renta. De las diferentes técnicas de valoración las Directrices vienen a resaltar la del valor actualizado de los flujos de caja que se prevé obtener en el futuro de la explotación del activo o activos transferidos. En dicha metodología adquieren especial protagonismo, por su nivel de trascendencia, los siguientes parámetros:

- La precisión de las previsiones financieras.
- Las tasas de crecimiento.
- Las tasas de descuento.
- La vida útil de los activos intangibles y el valor final.
- El efecto que provocarán futuros impuestos.

Operaciones que conllevan transferencia.

Se puede transferir la totalidad de los derechos sobre el intangible, o solamente alguno o parte de estos, o con limitaciones (temporales, geográficas, exclusividad, etc.) siendo esencial a efectos de fijar el precio determinar cuál haya sido el objeto real de la transmisión y su alcance, de todo ello se deriva la importancia del análisis funcional y la conducta de las partes por encima de la trascendencia de los términos contractuales de la operación. En nuestra opinión, nada especial añade esta consideración a lo que resultaría de la aplicación de la lógica comercial y legal, conforme a la cual se paga un precio en función de qué es lo que se transmite. Más bien se trata de una advertencia que obedece a la especial naturaleza inmaterial de este tipo de activos, sin que ello pueda conducir a desviaciones por las que se pudiera llegar a condiciones de

transmisión distintas a las que partes independientes adoptarían para su relación comercial.

En la configuración del objeto de la transferencia pueden encontrarse limitaciones a los posibles derechos que pudiera tener el adquirente o cesionario de un intangible sobre los resultados/mejoras fruto del desarrollo o investigación ulteriores (llevadas a cabo por el transmitente o por el adquirente o cesionario), ya que tales limitaciones en situación de partes independientes en el libre mercado incidirían negativamente en el precio de transferencia

Se pueden presentar situaciones especiales que pueden influir sobre el precio de los activos transferidos:

- Cuando se transmiten varios activos a la vez, ya que los activos pueden tener un valor agregado distinto a su valor independiente, con los consiguientes problemas de determinación del valor individual de cada intangible, máxime si se trata de activos intangibles inseparables o de difícil separación.
- Cuando se transmiten intangibles junto con otras operaciones comerciales de tangibles o servicios se plantean idénticos problemas, pues puede existir un valor agregado del intangible distinto a su valor independiente, o podemos encontrarnos ante intangibles inseparables de otros tangibles o servicios.

Operaciones que conllevan el uso de intangibles, aunque no se transfieran.

Aunque no se transfieran, determinados intangibles pueden influir en el valor de bienes o servicios a los que pueden venir asociados, por lo que habrán de ser tomados en consideración para determinar su valor de *arm's length* en las citadas operaciones.

ε.2.4 Activos intangibles de valor muy incierto al momento de la operación

ε.2.4. i). – Origen del problema.

Cuando por falta de comparables, debido a las características específicas no se puede o resulta muy incierta la valoración al momento en que tiene lugar la operación.

ε.2.4. ii). – Valoración conforme al arm's length.

Ante el problema acabado de identificar de la incertidumbre en la valoración del intangible y la influencia de la misma en la determinación del precio, las DPT 2017 resuelven la cuestión señalando que tanto los contribuyentes como las AATT deberán proceder mirando a lo que habrían hecho empresas independientes en circunstancias comparables para incluir la incertidumbre en la determinación del precio o, al menos, un mecanismo de reacción ante la eventualidad. No basta la existencia de incertidumbre

para acudir a ajustes *ex post* al margen de la estructuración dada a la operación por las partes.

CAÑABATE CLAU²⁰¹⁴ añade que atendiendo al momento en que se manifiesta la incertidumbre las DPT 2017 diferencian entre:

- supuestos en los que la manifestación se produce al celebrarse la operación en que quedaría justificada una cláusula de ajuste *ex post*;
- supuestos en los que la manifestación se produce a *posteriori*, en los que la solución pasaría por cláusulas de revisión.

La incertidumbre a tener en cuenta habrá de ser una incertidumbre relevante y suficientemente significativa.

ε2.4. iii). – Enumeración de algunos de los mecanismos para valorar conforme al arm's length.

Cláusula de los beneficios esperados.

Uno de los mecanismos posibles es la valoración al momento de la operación, conforme a los beneficios previstos cuando sean previsibles y la previsión fiable.

Cláusulas de revisión.

Una forma distinta de proceder sería en consonancia con el principio *rebus sic stantibus*, de forma que ante circunstancias relevantes sobrevenidas, no previstas o contempladas prácticamente como improbables al tiempo de celebrar la operación, se pueda proceder a la renegociación de las condiciones tal como lo hubieran hecho empresas independientes.

Otros tipos de cláusulas.

Otros mecanismos subsidiarios al de los beneficios esperados podrían ser el celebrar acuerdos a corto plazo de manera que se puedan corregir las fluctuaciones futuras, o acudir a acuerdos de precios contingentes en los que el importe o los plazos de pagos se hacen depender de una contingencia futura.

²⁰¹⁴ CAÑABATE CLAU, D. (2015).

ε.2.5 Activos intangibles de difícil valoración (*hard-to-value intangibles, HTVI*).

La dificultad y complejidad de encontrar comparables, concurrente en materia de intangibles, alcanza su máxima expresión cuando se trata además de intangibles de difícil valoración, resultando con frecuencia imposible en el momento de la celebración de la operación. La OCDE elaboró toda una serie de recomendaciones en el Informe Final sobre la Acción 8 de 2015 que fue incorporado a la versión de 2017 de las Directrices y, posteriormente, en junio de 2018 vio la luz el ya citado informe *Guía para las Administraciones Tributarias sobre la Aplicación del Enfoque a los Intangibles de Difícil Valoración* que se incorporan a las Directrices 2017 como un nuevo Anexo al Capítulo VI

ε.2.5 i). – Concepto.

El párrafo 6.189 DPT 2017 conceptúa los activos intangibles de difícil valoración como aquellos intangibles, o derechos sobre éstos, que en el momento de la transferencia o transacción entre entidades asociadas reúnen dos características: i) no existen comparables fiables; y ii) las proyecciones futuras de los flujos de caja o ingresos que se espera que deriven del intangible, o las presunciones o hipótesis empleadas sobre su valoración, son muy inciertas, lo que hace difícil predecir el grado de éxito del intangible.

NAVARRO IBARROLA²⁰¹⁵ critica el que no se ofrezcan pautas que permitan determinar cuando es previsible o no la capacidad para generar beneficios de un activo intangible, porque, aunque se trate de un aspecto que suponga el análisis de caso por caso, ello no excluye que se hubieran previsto unas pautas de referencia. Es más, la estimación de la concurrencia de la previsibilidad encierra una abierta contradicción, ya que:

- de una parte, se exige para que estemos ante un HTVI que se trate de una incertidumbre muy significativa: par. 6.189 “*el término intangible de difícil valoración abarca intangibles o derechos sobre intangibles sobre los que [...] las asunciones para valorar el intangible son muy inciertas,*”
- pero, de otra parte, los ajustes solo se prevén en el supuesto en el que (par. 6.188) “*el contribuyente tomó en consideración el desarrollo predecible de los acontecimientos futuros al momento de realizar la operación, así como la fiabilidad de la información empleada ex ante*”.

ε.2.5 ii). – Situaciones que se pueden presentar.

²⁰¹⁵ NAVARRO IBARROLA, A. (2019).

Se contemplan como situaciones que se pueden presentar las que a continuación citamos:

- el activo intangible se encuentre parcialmente desarrollado en el momento de la transacción;
- el activo intangible no se espera que sea explotado comercialmente hasta que hayan transcurrido varios años desde la operación;
- el activo no se ajusta al concepto de activo intangible de difícil valoración, pero forma parte integrante del desarrollo o mejora de otros intangibles de difícil valoración que sí se ajustan al concepto;
- se espera que el intangible sea explotado de una forma nueva en el momento de la operación, y la carencia de un historial de desarrollo o explotación de activos intangibles similares hace que las previsiones sean altamente inciertas;
- el activo intangible se transfiere a una entidad vinculada por un pago único;
- el intangible es explotado, o desarrollado, bajo un Acuerdo de Reparto de Costes o similar

ε.2.5 iii). – Ajustes ex post.

Problema que vienen a resolver.

La cuestión en conflicto radica en la incertidumbre sobre dos extremos a la hora de celebrar la operación; a saber:

- la previsibilidad sobre la ocurrencia de acontecimientos y la evolución de circunstancias que puedan afectar a la hora de la determinación del precio de transferencia y,
- la fiabilidad de las previsiones

En términos de análisis de comparabilidad esa incertidumbre se concreta en factor riesgo.

Las AATT se enfrentan a un problema doble para evaluar la previsibilidad y el grado de fiabilidad de las previsiones:

- su carencia de conocimiento específico del entorno empresarial absolutamente necesario para efectuar una valoración adecuada y correcta;
- la asimetría de información, por falta de acceso a la misma, entre las AATT y los empresarios

Los ajustes ex post como solución al problema.

Las DPT 2017 proponen como solución coherente con el principio de *arm's length* el considerar como presunción *iuris tantum* el que las evidencias *a posteriori* determinan la previsibilidad (y la fiabilidad) de las proyecciones sobre la ocurrencia de acontecimientos y la evolución de circunstancias que puedan afectar a los niveles de beneficio esperados.

Ahora bien, este análisis retrospectivo que prevén las DPT 2017 no puede abrir la puerta para devaluar la asunción de riesgo a un elemento inocuo a la hora de determinar el precio acorde con el *arm's length*; es decir, si la AT puede solucionar el problema de la incertidumbre por otra vía sin acudir a la presunción, deberá hacerlo. Como advierte SÁNCHEZ DE CASTRO²⁰¹⁶, la autoridad fiscal nacional podría emplear el ajuste *ex post* cuando fuera razonable entender que aquellos eventos o desarrollos hubieran sido lo suficientemente previsibles en el momento de la transacción como para haber sido considerados a la hora de establecer el precio.

La doctrina critica la introducción de esta regla sobre la carga de la prueba en esta materia, porque las Directrices deberían ser completamente neutrales como meras pautas de interpretación que son, debiendo ser los ordenamientos internos quienes distribuyesen el *onus probandi*, y porque la presunción no elimina las asimetrías de información, que es el objetivo perseguido por las modificaciones post-beps.

Antecedentes del ajuste ex post.

El origen de los ajustes *ex post* hay que verlo en la regulación del CWI estadounidense que extensamente ya examinamos en el capítulo III, apartado 3.3.3, de esta obra y a donde en aras a la brevedad nos remitimos.

Excepciones a la aplicación de los ajustes ex post

Las DPT contemplan una serie de supuestos en que la AATT no pueden realizar ajustes *ex post*:

1.– La primera entra de lleno en el juego de lo que constituye el funcionamiento de una presunción *iuris tantum* y que por tanto admite prueba en contrario. Así, se prevé que no cabrá su aplicación cuando el contribuyente:

- aporta detalles sobre las previsiones utilizadas al momento de celebrar la transferencia, entre los que son destacables la especificación de cómo se tuvieron en cuenta los riesgos en los cálculos y el modo en que se han considerado los hechos razonablemente previsibles y otros riesgos, y la probabilidad de que se produzcan;
- o acredita que las diferencias *ex ante* y *ex post* se deben:
 - ✓ a imprevistos surgidos tras la determinación del precio que no se hubieran podido tener en cuenta al momento de celebrar la operación,
 - o
 - ✓ a la materialización de probabilidades de que se produjeran unos resultados si esas probabilidades razonablemente no fueron consideradas suficientemente significativas al momento de celebrar la operación

²⁰¹⁶ SÁNCHEZ DE CASTROS MARTÍN-LUENGO, E. (2018).

2.– Tampoco cabrá cuando existan acuerdos previos de valoración de precios bilateral o multilateral vigente.

3.– Cuando las divergencias entre las previsiones financieras y resultados reales en el supuesto expuesto en la excepción “1.– ” apartado segundo, ut supra, no determinen una variación superior al 20% del precio fijado.

4.– Cuando hayan transcurrido más de 5 años desde que el intangible generó ingresos de una parte no vinculada y en dicho plazo toda diferencia entre las previsiones financieras y resultados reales, en el supuesto expuesto en la excepción “1. –“, no supera el 20% de las previsiones.

Críticas a los ajustes ex post desde el principio de arm’s length.

Resulta indiscutible que la OCDE ha dado un giro copernicano en este punto. Traigamos a la memoria el Informe 1993 “*Task Force Report on Tax Aspects of Transfer Pricing Within Multinational Enterprises: the United States Proposed Regulations*” emitido como respuesta a la modificación legislativa estadounidense de 1986 al introducir el conocido CWI en el § 482 IRC, en el que como subraya NAVARRO IBARROLA²⁰¹⁷ se nos decía: “*en tanto el criterio CWI implica retrospección, hay un riesgo de contradicción lógica entre el principio de plena competencia, que consiste en valorar operaciones al momento en que éstas tuvieron lugar, con el CWI, que supone una revisión retrospectiva año a año basada en beneficios*”. Sin embargo, tan solo dos años después, en las DPT 1995 se incluyó en el párrafo 1.37 la posibilidad de que las AATT procediesen correcta y legítimamente en dos casos a desconsiderar las estructuras adoptadas por las partes vinculadas en los contratos a largo plazo en los que se realizase un pago único a cambio de un derecho ilimitado sobre los activos intangibles que resultaran de investigaciones futuras durante la duración del contrato y se procediese a realizar ajustes a la operación. Los dos supuestos a los que aludía eran: i) cuando la sustancia económica difiere de la forma, o ii) cuando coincidiendo la sustancia y la forma, no obstante, los acuerdos alcanzados entre las partes, vistos en su totalidad, difieran de los que hubieran acordado partes independientes. U otro tanto sucedía en el apartado 3.25, en sede del estudio de la aplicación del método del reparto del beneficio, donde se admitía la posibilidad de acuerdos en los que las empresas alcanzasen acuerdos de corrección a *posteriori* porque la rentabilidad fuera imprevisible y se quisiera repartir los riesgos y los costes incurridos. Pese a ello, las DPT 1995 seguían manteniendo que los ajustes retrospectivos conjugaban mal con el *arm’s length* (par. 1.51 y 3.14), o en el texto 2010 (par. 3.74, 9.57), dejando así en evidencia que la OCDE se mueve entre dos aguas. Con ello queremos indicar lo que SÁNCHEZ DE CASTRO identifica como una contradicción entre lo que la OCDE expone en sus recomendaciones y aquello que empleó para fundamentar el ajuste *ex post* en el proyecto BEPS. Así, por una parte, tenemos que las DPT proclaman el principio de *arm’s length*, encontrándose

²⁰¹⁷ NAVARRO IBARROLA, A. (2019).

omnipresente a lo largo de todo el texto de las DPT 2017, lo que en la materia específica del análisis retrospectivo se traduce en recomendaciones que estiman que dicho tipo de análisis y de verificación puede ser contrario al *arm's length*, por considerarse que las partes independientes deben tener en consideración para fijar el precio las circunstancias concurrentes al momento de celebrar su transacción. Sirvan de referencia a título ilustrativo:

- Parágrafo 2.134: *“Cuando una Administración tributaria analiza la aplicación del procedimiento usado a priori, para evaluar si este ha conducido a resultados de plena competencia, es fundamental que tenga en cuenta que el contribuyente podía desconocer cuáles iban a ser los resultados reales de la actividad económica en el momento en que se establecieron las condiciones de la operación vinculada. Si no se tiene en cuenta este hecho, la aplicación del método de la distribución del resultado podría penalizar o recompensar a un contribuyente sobre la base de circunstancias imprevisibles para él. Esta aplicación sería contraria al principio de plena competencia, ya que unas empresas independientes, en condiciones similares, sólo hubieran podido basarse en previsiones, sin tener conocimiento de cuáles serían los resultados reales”*
- Parágrafo 2.136: *“Sin embargo, es necesario tener cuidado para garantizar que la aplicación del método de la distribución del resultado se lleva a cabo en un contexto similar al que las empresas asociadas habrían experimentado, es decir, apoyándose en la información que conocían las empresas asociadas en el momento de efectuar las operaciones, o que podían prever con buena lógica, a fin de evitar el uso de la retrospección.”*
- Parágrafo 3.74: *“Los datos referidos a años posteriores al de la operación también pueden ser relevantes en el análisis de los precios de transferencia, pero hay que tener cuidado en el uso de la retrospección.”*
- Parágrafo 8.20: *“Cuando la cuota proporcional de los beneficios realmente obtenida difiera notablemente de las previsiones, las Administraciones tributarias podrían verse impelidas a plantearse si empresas independientes hubieran considerado aceptables las previsiones en condiciones comparables, teniendo en cuenta la evolución de las circunstancias que los participantes podían prever razonablemente, sin recurrir a un análisis retrospectivo”.*
- Parágrafo 9.24: *“A este respecto, si bien las sinergias anticipadas pueden ser necesarias para entender una reestructuración empresarial, es preciso evitar el uso de la retrospección en los análisis a posteriori”.*

Pero, por otra parte, conforme a lo que tenemos visto, las DPT contemplan los ajustes *ex post* en los supuestos de los HTVI.

ε.2.5 iv). – La Guía de aplicación 2018.

Los trabajos de implementación respecto de los HTVI no cesaron en los Informes Finales 2015, sino que en 2017 vio la luz el borrador de *Implementation Guidance on hard-to-Value*. Posteriormente, el 4 de junio de 2018 el Marco Inclusivo aprobó el texto definitivo bajo el título *Guidance for Tax Administrations on the Application of the Approach to hard-to-Value Intangibles* en la que se señala que el enfoque adoptado en la Sección D.4 del Capítulo VI en su redacción dada por los Informes Finales es plenamente consistente con el principio de *arm's length* y se fundamenta en una ponderación adecuada de los acontecimientos o de la evolución de circunstancias que eran previsibles y que son relevantes para la valoración de ciertos activos intangibles difíciles de valorar. Esta guía se estructura en tres partes diferenciadas: una primera dedicada a una introducción en donde se exponen las líneas básicas recogidas en las DPT 2017 en su nueva redacción tras los Informes Finales; una segunda en la que se exponen una serie de ejemplos; y una tercera que se ocupa de la prevención de disputas y resolución de estas en la materia. Sin embargo, NAVARRO IBARROLA manifiesta abiertamente que la nueva concepción de los HTVI tras el Proyecto BEPS es contraria al principio de *arm's length*, ya que el mismo se opone a los ajustes *ex post*, a la presunción *iuris tantum* en la que descansan y a la recharacterización de la operación²⁰¹⁸.

ε.3. – Los servicios intragrupo en general y servicios intragrupo de bajo valor añadido.

Además de las modificaciones introducidas en las áreas acabadas de estudiar, las Acciones BEPS trajeron otras modificaciones en las DPT que afectaron al:

- Capítulo VII relativo a servicios intragrupo de bajo valor añadido.
- Capítulo VIII relativo a acuerdos de reparto de costes.
- Capítulo X, secciones A a E, relativo a los aspectos de los precios de transferencia de las transacciones financieras, que a su vez supuso la adición de la Sección D.1.2.1 en el Capítulo I, a continuación del par. 1.106.

Empecemos por los servicios intragrupo de bajo valor añadido.

Una de las preocupaciones de la Acción 10 son las contingencias que pueden resultar del uso del precio de los servicios intragrupo entre empresas relacionadas para producir desplazamientos de bases imponibles y erosión fiscal hacia jurisdicciones de conveniencia.

²⁰¹⁸ Los ajustes a las condiciones de la operación siempre se han venido considerando como excepcionales, Informe de 1979 par. 15, DPT 1995 par. 1.36, DPT 2010 par. 1.64, DPT 2017 1.1122, por lo que la carga de la prueba debería soportarla la parte que pretenda realizarlos, evitándose así la arbitrariedad. Luego mal conjuga con la presunción *iuris tantum* establecida en materia de HTVI.

ε.3.1. – Los servicios intragrupo en general.

Realmente sobre los servicios intragrupo en general no se introduce ninguna modificación sustancial, sino que se trata de una mera reiteración de lo que ya se contenía con anterioridad al Plan BEPS, aunque sí se añaden algunas aclaraciones y los mismos párrafos se ordenan bajo subapartados antes inexistentes. Así, los párrafos 7.5 al 7.37 siguen ocupando la subsección B (“*Principales Consideraciones*”), pero ahora se distribuye de la siguiente manera:

- Párrafo 7.5 introductorio.
- B.1, titulado “*Determinando si los servicios se han prestado*” contiene igual que antes los párrafos 7.6 al 7.18, pero se dividen en seis partes, cuando en la versión anterior dichos párrafos aparecían bajo una única. Dichas seis partes son:
 - ✓ B.1.1 Prueba del Beneficio
 - ✓ B.1.2 Actividades de Accionistas
 - ✓ B.1.3 Duplicación
 - ✓ B.1.4 Beneficios Indirectos o Incidentales
 - ✓ B.1.5 Servicios Centralizados
 - ✓ B.1.6 Forma de la Remuneración
- B.2, titulado “*Determinación de la retribución de plena competencia*” (párrafos 7.19 al 7.42) que se divide en tres partes al igual que en las DPT de 2010. La diferencia en su estructura estriba en que la segunda y tercera parte ahora se subdividen a su vez en diversos subapartados, quedando dispuestos con la siguiente distribución:
 - ✓ B.2.1. Términos generales
 - ✓ B.2.2. Identificación de los acuerdos efectivos para la remuneración de los servicios intragrupo
 - B.2.2.1. Métodos de cargo directo
 - B.2.2.2. Métodos de cargo indirecto
 - B.2.2.3. Forma de la remuneración
 - ✓ B.2.3. Cálculo de la contraprestación de plena competencia
 - B.2.3.1. Métodos
 - B.2.3.2. Consideraciones sobre la inclusión de un elemento de beneficio

Por servicios intragrupo en general se entienden los servicios que han sido prestados por un miembro de un grupo multinacional a otros miembros de ese grupo (párrafo 7.1 DPT 2017).

Presentan una gran variedad de tipos, dependiendo cada caso de sus circunstancias y acuerdos suscritos entre las partes, como por ejemplo si se trata de un grupo centralizado o no. Pueden incluir funciones de gestión, coordinación y control para

todo el grupo. Normalmente serán servicios administrativos, técnicos, financieros y comerciales. El costo de estos servicios inicialmente será asumido por la matriz, o por un miembro del grupo especialmente designado (un centro de servicio del grupo), o por otro miembro del grupo.

La preocupación de los servicios intragrupo recae sobre dos aspectos a considerar: la acreditación de la efectiva prestación de servicios y si el precio es consistente con el principio de *arm's length*. TRAPÉ VILADOMAT²⁰¹⁹ ya identificaba un tema de preocupación adicional, pero que no ha sido resuelto, la carga de la prueba.

ε.3.1 i) La acreditación de la efectiva prestación de servicios (test del beneficio).

La clave de la cuestión radica en si la actividad proporciona valor económico o comercial para un miembro del grupo que ve mejorar, o le permite mantener, su posición comercial.

Para resolver esta incógnita, el nuevo texto de las DPT determina que habrá que contestar afirmativamente cuando empresas independientes hubieran estado dispuestas a pagar por recibir dichos servicios de otra entidad independiente o a realizarlas por sí misma. Una vez más hace su aparición el *arm's length* como faro de guía a la hora de dilucidar los problemas que surgen en materia de precios de transferencia. Ahora bien, ello significa que no caben respuestas apriorísticas y en abstracto, sino que hay que proceder caso por caso a analizar las circunstancias concurrentes. GONZÁLEZ RODRÍGUEZ²⁰²⁰ lo expresa del siguiente modo: “*para que podamos hablar de un servicio intragrupo es necesario que exista un interés económico o comercial para la entidad que recibe este servicio, que el hecho de recibir dicha prestación revierta en un beneficio en su posición comercial. Y se entiende cumplido dicho requisito cuando una empresa independiente en circunstancias comparables hubiera demandado dicho servicio, bien de una empresa externa o bien desarrollándolo ella misma*”.

De lo dicho se desprende que el *test* de beneficio conlleva una serie de pautas a seguir:

- i. Determinación de la necesidad o no del servicio. En caso de respuesta negativa no se considerará servicio intragrupo.
- ii. En atención a este extremo quedan eliminados de la consideración de servicio intragrupo los servicios que son prestados por un miembro del grupo (la matriz o una *holding*), por su propio interés, en uno o más miembros del grupo. También se denominan servicios por la condición de accionista. Una empresa independiente no contrataría tales servicios, ni tampoco los desarrollaría misma. Entre ellos cabría citar los costes de la estructura jurídica de la matriz, los costes de los registros

²⁰¹⁹ TRAPÉ VILADOMAT, M. (2010).

²⁰²⁰ GONZÁLEZ RODRÍGUEZ M. E. (2012).

- contables de la matriz o los costes de los fondos para la adquisición de acciones de una filial por su matriz (supuesto este último distinto a los fondos proporcionados por una matriz a una filial para que ésta adquiriera las acciones de otra sociedad que sí tendrá la consideración de servicios intragrupo).
- iii. Determinar si son servicios duplicados o no, ya que sin los servicios son prestados por otro miembro del grupo, para sí mismo o por un tercero para ese otro miembro, no merecerán la consideración de servicios intragrupo, salvo cuando se trate de una duplicación meramente temporal o persiga la evitación de riesgos potenciales que conllevarían decisiones empresariales erróneas.
 - iv. Determinar si los beneficios o ventajas que reportan los servicios son recibidos directamente, o simplemente por el hecho de pertenencia al grupo (beneficios incidentales). Los beneficios incidentales no se consideran definitivos de tratarse de servicio intragrupo. Igualmente, si los beneficios directos solo son tales para una parte de los miembros del grupo e indirectos para otros, habrá que diferenciar su consideración respecto de quienes pueden ser tomados como servicios de grupo.
 - v. Determinar si son servicios centralizados, ya que estos redundan en beneficio de todos los miembros del grupo y, por ende, se consideran servicios intragrupo. Pueden consistir en muy variadas funciones: administrativas (abarcando desde la planificación, coordinación o control presupuestario, hasta la asesoría financiera, contabilidad, auditoría, servicios jurídicos, facturación o incluso informáticos), servicios financieros, gestión de recursos humanos, I+D, etc.

ε.3.1. ii) La determinación del precio coherente con el arm's length.

Verificada la efectividad de la prestación del servicio intragrupo habrá que proceder a la determinación de si el precio con que se remunera es coherente con el *arm's length*, esto es, con el que habría pagado una parte independiente en situación similar.

Con tal fin se procederá a:

1º) Identificar los acuerdos reales alcanzados entre las partes.

Podemos encontrarnos ante dos situaciones diferenciadas:

- La primera, la del método del cargo directo que sucede cuando se prestan servicios tanto a empresas asociadas como a empresas independientes. Las ventajas son obvias por la facilidad que ello merecerá para el análisis de

comparabilidad y la fiabilidad de la remuneración acordada, ante el aval que suponen los comparables internos.

- La segunda, la del método del cargo indirecto, que es la que en la práctica se da con mayor frecuencia, presentando diversas variantes atendiendo a un componente de estimación y aproximación.

Como particularidades del método del cargo indirecto se reseñan:

- i. Deberá ser especialmente sensibles a las circunstancias de cada caso.
- ii. Como presupuestos para su aplicación se exige:
 - que se tenga suficientemente en cuenta el valor de los servicios prestados y siempre que existan servicios comparables entre empresas independientes;
 - que contengan cláusulas de salvaguardia contra manipulaciones;
 - que sean conformes a los principios básicos contables;
 - y que determinen cargos de gastos proporcionales a los beneficios obtenidos o razonablemente previstos;
- iii. No puede aceptarse cuando el servicio sea la actividad principal de la empresa y lo preste a terceros independientes, pues en tal caso procede el método del cargo directo;
- iv. Es admisible atendiendo al criterio de razonabilidad de su aplicación:
 - cuando pese a tenerse la posibilidad de llevarse un registro detallado de costes, ello supondría elevados costes administrativos y contables;
 - cuando la actividad de promoción de ventas a nivel central repercuta en la cantidad de bienes producidos o vendidos por un cierto número de sociedades filiales;
- v. En cuanto al criterio de atribución de los costes se indica que se atribuirán acorde con la naturaleza del servicio y su utilización.

Por último, las Directrices contienen dos advertencias para supuestos especiales:

- En caso de contratos complejos: nos referimos a aquellos contratos en los que además de servicios conllevan otra serie de prestaciones y obligaciones, lo que exigirá que se realice una disgregación que permita asignar su coste a cada prestación.
- En el supuesto de tratarse de servicios a demanda: requieren un análisis de las condiciones pactadas, ya que pueden existir pactos de una tarifa plana mínima con independencia de la utilización efectivamente realizada.

2º) Calcular el precio de *arm's length*.

Habrán de tomarse en consideración tanto el punto de vista del proveedor como del destinatario del servicio, siendo los factores principales que influyen en el cálculo el

valor del servicio para el destinatario, el importe que una empresa independiente estaría dispuesta a pagar y los costes para el proveedor.

En lo concerniente al método:

- La elección se llevará a cabo conforme a las pautas contenidas en el Capítulo I, II y III.
- El método CUP será idóneo siempre que exista un servicio comparable prestado por empresas independientes en el mercado del beneficiario del servicio, o por la prestación de los servicios de una empresa asociada a una empresa independiente en circunstancias comparables.
- El método basado en coste (C+ ó método del margen neto operacional – TNMM–) será más adecuado en ausencia de comparables, siempre y cuando la naturaleza de las actividades involucradas, los activos utilizados y riesgos asumidos sean comparables a las realizadas por empresas independientes.
- Los métodos de reparto de utilidades serán los más apropiados, atendiendo a las circunstancias del caso y en casos excepcionales, cuando sea difícil de aplicar los métodos antes señalados.
- También pueden resultar idóneos métodos mixtos con carácter excepcional cuando no resulte factible ni el CUP ni un método basado en costes.

Para la determinación del método más adecuado se recomienda un análisis funcional de los distintos miembros del grupo para establecer la relación entre sus actividades y resultados y los servicios en cuestión. Igualmente, si el método aplicado se basa en costes sería recomendable el análisis de la necesidad de ajustes sobre los costes en que ha incurrido el proveedor de servicios a efectos de la comparabilidad.

No se considera siempre necesario para la coherencia con el *arm's length* que el precio facturado reporte beneficios al proveedor de servicios, ya que las empresas independientes a veces actúan de tal manera por circunstancias comerciales o estratégicas que justifican tal proceder.

ε.3.2. – Los servicios intragrupo de bajo valor añadido.

ε.3.2. i) Concepto de servicios intragrupo de bajo valor añadido.

El concepto de servicios intragrupo de bajo valor añadido introducido por los Informes Finales en relación con la Acción 10 gira entorno a dos pautas:

- un elemento subjetivo, en cuanto hace referencia a aquellos servicios prestados por un miembro del grupo multinacional a otro miembro del grupo y
- un elemento objetivo, bajo el que se engloban una serie de requisitos que deben concurrir para apreciar la existencia de servicios intragrupo, a saber:
 - ✓ tener carácter de apoyo o auxiliar;
 - ✓ no constituir la actividad principal del grupo;

- ✓ no requerir el uso de intangibles únicos o valiosos ni conducir a su creación;
- ✓ no conllevar la asunción o control de un nivel alto o significativo de riesgo, ni generar un nivel de riesgo significativo para el proveedor de servicios.

ε.3.2. ii) Perímetro de los servicios intragrupo de bajo valor añadido.

Dentro del concepto acabado de exponer quedarían comprendidas las siguientes actividades de servicios que son enumeradas a título de ejemplo por las DPT y no con carácter cerrado:

- Servicios de contabilidad y auditoría.
- Servicios de procesamiento y gestión de cuentas por cobrar/pagar.
- Actividades de recursos humanos, tales como selección y gestión de personal, formación y capacitación del personal y servicios salariales.
- Desarrollo y supervisión de protocolos de salud y prevención de riesgos laborales, seguridad e higiene en el puesto de trabajo y normas de regulación de la actividad empresarial.
- Supervisión y recopilación de datos en materia de salud y prevención de riesgos laborales, ambientales, seguridad e higiene en el puesto de trabajo y normas de regulación de la actividad empresarial.
- Servicios de tecnología de la información, cuando no constituyan la actividad principal del grupo.
- Apoyo a las comunicaciones internas y externas y a las relaciones con el público (a excepción de actividades de publicidad o mercadotecnia específicas, además del desarrollo de estrategias conexas).
- Servicios jurídicos.
- Actividades inherentes al cumplimiento de las obligaciones tributarias.
- Servicios generales de carácter administrativo.

Por el contrario, quedarían excluidos del perímetro de servicios intragrupo a los efectos aquí tratados:

- Servicios que constituyen la actividad principal del grupo multinacional.
- Servicios de investigación y desarrollo (incluido el desarrollo de programas informáticos, salvo que se incluyan en el ámbito de los servicios de tecnología de la información).
- Servicios de fabricación y producción.
- Actividades de compra relacionadas con materias primas u otros materiales que se utilicen en el proceso de fabricación o producción.
- Actividades de venta, distribución y comercialización.
- Transacciones financieras.
- Extracción, exploración o transformación de recursos naturales.
- Seguros y reaseguros.

- Servicios de alta dirección de empresas (distintos de la supervisión por parte de la dirección de servicios).

El que unos servicios intragrupo no queden comprendidos dentro del perímetro no significa que automáticamente queden bajo la consideración de que se trate de una actividad de alto rendimiento, sino que no recibirán el tratamiento del enfoque simplificado.

ε.4. – Los acuerdos de reparto de costes.

La Acción 8, en su último inciso, refería la necesidad de una actualización de las Directrices en materia de los acuerdos de reparto de costes y esto es lo que se ha venido a llevar a efecto con la nueva redacción dada al Capítulo VIII, donde se han venido a ajustar los ARC a las modificaciones introducidas en los Capítulos I y VI.

El actual Capítulo VIII se compone de 53 párrafos y un Anexo dedicado a la exposición de ejemplos, frente a los 43 párrafos que figuraban en la versión anterior.

Se ha criticado que la OCDE no haya aprovechado esta oportunidad para prestar mayor atención al contenido de este capítulo, ya que en la era pre-BEPS el Capítulo VIII no había disfrutado de mucha atención y análisis. En 2017, conforme a lo dispuesto en los Informes Finales, la OCDE se ha limitado a buscar la coherencia y compatibilidad del capítulo con las demás modificaciones introducidas y que hemos venido analizando.

ε.4.1. – Antecedentes.

El origen hay que verlo (con las matizaciones que exponemos) en EE. UU. en las prescripciones traídas en 1968 por las Regulaciones del Tesoro 1482-7, donde el reparto de costes apareció como un régimen “*safe harbor*” para proteger las “*joint ventures*” de investigación de las reglas de los precios de transferencia y del impuesto sobre entidades asociadas. Por tanto, como afirma BRAUNER²⁰²¹, a quien seguimos en este momento, en la concepción estadounidense y de la OCDE se trata de dos criaturas diferentes. En EE. UU. se configura como una excepción al *arm’s length*, mientras que en la OCDE lo que se persigue y vigila es el cumplimiento del *arm’s length*²⁰²². Esta diferenciación no solamente queda de manifiesto por las funciones de una y otra, sino además por el ámbito objetivo de actuación y por los efectos. Mientras que la figura estadounidense se limita al desarrollo de los intangibles y contempla abiertamente los ajustes *ex post*, los ARC OCDE son diferentes, cubriendo todas las transacciones. Por tanto, sería incorrecto comparar los ARC OCDE con el “*safe harbor*” previsto por la normativa estadounidense.

²⁰²¹ BRAUNER, Y. (2016).

²⁰²² Párrafo 8.1 DPT 2017.

Antes del Plan BEPS, ya 15 países diferentes a EE. UU. habían incorporado a sus legislaciones domésticas normativa relativa al régimen de ARC, entre ellos algunos tan relevantes por su importancia económica como China, Canadá, Australia, Japón, Italia y Alemania.

ε.4.2. – Concepto.

Los ARC aparecen definidos en el párrafo 8.3 como acuerdos contractuales entre empresas para compartir las contribuciones y los riesgos inherentes al desarrollo, producción u obtención conjuntos de servicios o activos tangibles o intangibles, entendiéndose que se espera que dichos servicios o activos tangibles o intangibles produzcan beneficios para los negocios de cada uno de los participantes. Por tanto, en el concepto intervienen tres elementos:

- un elemento subjetivo: empresas que celebran acuerdo contractual para compartir y que son asociadas (párrafo 8.1);
- un elemento objetivo definitorio del objeto y ámbito sobre el que pueden recaer los acuerdos para compartir. Dicho ámbito comprende contribuciones y riesgos, diferenciándose por tanto entre esfuerzo activo (contribución) y soporte pasivo (riesgos) que puede llegar a ser esfuerzo activo. El ámbito es muy amplio, por cuanto las contribuciones y riesgos deben ser inherentes a la actividad de desarrollo, producción u obtención, tanto de servicios como de activos tangibles o intangibles. Queda así plasmada la diferencia con el régimen estadounidense;
- un elemento intencional: se espera que los servicios o activos produzcan beneficios para cada uno de los participantes

ε.4.3. – Naturaleza.

Los ARC tienen y gozan de naturaleza contractual, son un acuerdo contractual. Así lo dispone el párrafo 8.3 DPT 2017 y así lo disponía el mismo ordinal en 2010.

También se nos dice lo que no es. Un ARC ni es una entidad jurídica distinta, ni es un establecimiento permanente.

GÓMEZ COTERO²⁰²³ señala que se trata de una forma contractual amplia, cuyo alcance podría configurarse como el estatuto ordinario interno del conjunto vinculado, sometida su interpretación al equilibrio proporcional de las ventajas y sacrificios entre las partes.

Por tanto y como primera consecuencia, el ARC constituirá la relación contractual que constituye el primer paso en la definición de forma precisa de la operación vinculada a que se refiere el apartado D.1 del Capítulo I de las DPT 2017, siéndole aplicable cuantas

²⁰²³ GÓMEZ COTERO, J.J. (2017).

pautas allí se exponen, guiadas por el principio de *arm's length* en cuanto que si las partes operan mediante acuerdos con características económicas similares deberían recibir rendimientos similares, merezcan tales acuerdos el calificativo de ARC o no (parágrafo 8.4 y parágrafo 8.9). Igualmente le resultan aplicables las pautas del Capítulo VI referentes a activos intangibles y a activos intangibles de difícil valoración.

Ahora bien, siendo como siempre el punto de partida el régimen general²⁰²⁴, se contemplan algunas características propias que requieren de aclaración:

- el punto clave se encuentra en el reparto de las aportaciones que para ser coherente con el *arm's length* se tratará de una cuota proporcional entre las contribuciones globales que realiza cada parte y los beneficios globales que esperan recibir. Además, si se trata de un ARC sobre activos tangibles o intangibles, cada parte pasará a ser titular efectivo del activo o tendrá derecho a explotarlos, mientras que si se trata de ARC relativo a servicios cada participante tendrá derecho a recibirlos.
- el derecho de cada uno de los participantes sobre los beneficios debe de establecerse desde el principio del acuerdo, al momento de su celebración.
- un ARC puede conllevar una simplificación de las operaciones entre empresas intragrupo, eliminando pagos cruzados independientes correspondientes a actividades internas prestadas y recibidas, y sustituyéndolos por simples compensaciones de pagos.

El ARC se diferencia de las transferencias internas intragrupo. Es incuestionable la similitud entre una aportación resultante de un ARC y una transferencia interna, pero el rasgo distintivo de los ARC está en que la aportación realizada por cada participante busca exclusivamente como contraprestación el beneficio esperado y proporcional. Hay una necesidad común de las que los participantes se pueden beneficiar. Y hay una asunción común de resultados positivos o negativos, sobre todo en los ARC de desarrollo. En las transferencias internas propiamente dichas los riesgos son asumidos independientemente por cada parte.

ε.4.4. – Tipos de ARC.

Las DPT 2017 distinguen atendiendo al objeto entre dos tipos, los denominados ARC de desarrollo y ARC de servicios. Esta categorización es nueva, pues en el texto anterior se centró en los ARC para el desarrollo conjunto de intangibles, y simplemente se limitaba a aludir a que también podían ser posibles otros tipos de ARC, citando: los de financiación conjunta, los de reparto de costes y riesgos, los de desarrollo o adquisición de intangibles y, por último, los de obtención de servicios.

²⁰²⁴ Al cual se contienen continuas referencias, cada vez que se desarrolla un apartado: v. gr. párrafos 8.9, 8.15, 8.18, 8.20, 8.21, 8.26.

Bajo los ARC de desarrollo quedan comprendidos aquellos que versen sobre el desarrollo, mejora, mantenimiento, protección o explotación conjunto de activos tangibles o intangibles.

Como diferencias entre unos y otros cabe puntualizar:

- el objeto sobre el que recaen: los ARC de desarrollo recaen sobre activos tangibles o intangibles, mientras los ARC de servicios recaen, como su denominación indica, sobre servicios;
- la temporalidad de los beneficios: como regla general acontece que en los primeros los beneficios son futuros y en los segundos los beneficios son inmediatos. Esta diferencia se acentúa en los ARC sobre activos intangibles que suelen conllevar riesgos asociados, por lo que los beneficios acostumbran a ser inciertos y alejados en el tiempo. Todo lo contrario, sucede en los ARC de servicios, donde la incertidumbre y los riesgos disminuyen. Sin embargo, existen supuestos concretos en los que las diferencias acabadas de acotar no se cumplen, por lo que habrá que atender a las circunstancias y características de cada caso.

Por último, como característica ordinaria en los ARC de desarrollo se realizan unas puntualizaciones en torno a la propiedad/derechos sobre los activos tangibles o intangibles que, aunque con diferente redacción y en esencia, ya aparecían en las DPT 2010. A saber:

- cada participante obtiene una cuota en los derechos sobre los activos, esto es, unos derechos específicos de explotación. No tiene por qué tratarse de un derecho de propiedad legal, pudiendo ser el propietario legal uno de los participantes y los demás ser propietarios efectivos o económicos;
- en el supuesto de activos intangibles la participación suele traducirse en el derecho de explotación en un ámbito geográfico concreto, o para ciertas aplicaciones;
- los participantes que no sean propietarios legales no tienen que pagar canon o contraprestación alguna por la utilización del activo desarrollado o por la recepción de los servicios que forman parte del objeto del ARC.

ε.4.5. – Pautas para que los ARC cumplan con el principio de *arm's length*.

ε.4.5. i) Cuestiones generales.

Para que los ARC cumplan con el *arm's length* habrá que analizar el mismo desde dos ángulos distintos pero enlazados entre sí:

- que el valor de las contribuciones de los participantes en el ARC debe ser el mismo que el de las contribuciones que aportarían empresas independientes en circunstancias comparables,

- que el valor de la cuota proporcional de las aportaciones debe ser consistente con la cuota de beneficio esperado por cada participante. Tiene que haber una expectativa razonable de obtención de un beneficio y el valor de la cuota de beneficio esperado tiene que ser consistente a la cuota de aportación, tal cual habría exigido una entidad independiente.

El proceso de verificación conlleva seguir tres pasos²⁰²⁵:

- comprobar quiénes son las partes del ARC y que en todo caso habrán de tener expectativas reales de obtener beneficios;
- calcular el valor de las aportaciones de cada parte (mediante actividad o dinero);
- verificar que las aportaciones son adecuadas al beneficio esperado.

Estas determinaciones pueden conllevar incertidumbres y falta de alineamiento de unos países a otros, todo lo cual se habrá de subsanar mediante la correspondiente fundamentación por parte de los participantes²⁰²⁶.

Aunque tanto en su redacción de 2010 como en la de 2017 aparecen determinados los tres pasos necesarios para determinar si el ARC es acorde al principio de *arm's length*, las Directrices exponen por distinto orden los mismos. Así, en las de 2010 se seguía el análisis por el orden acabado de referir en que se debe proceder, sin embargo, en las de 2017, tras la determinación de quienes son las partes intervinientes, se pasa a analizar el beneficio esperado, relegando a tercer lugar el estudio del valor de la contribución. Desde luego nos parece más acertada la sistemática de 2010.

ε4.5. ii) Sobre la consideración de participante en el ARC.

Como pautas principales a seguir para determinar quiénes son las partes participantes de un ARC se citan:

- solamente quien tiene una expectativa razonable en el beneficio puede ser considerado parte;
- quien no tiene asignada una cuota de participación en los beneficios no es parte;
- quien no tiene control de riesgos o carece de capacidad financiera para asumirlos no forma parte del ARC;
- las actividades pueden ser subcontratadas por un participante a un tercero y el coste de la subcontrata habrá de recibir justa compensación proveniente de los participantes.

²⁰²⁵ Parágrafo 8.9 DPT 2010 y 8.13 DPT 2017.

²⁰²⁶ Parágrafo 8.9 DPT 2010 y 8.13 DPT 2017.

ε 4.5.iii) Sobre los beneficios esperados.

Conforme tenemos expuesto, carece de lógica el adentrarse en los beneficios esperados que intervienen en el tercer paso (de acuerdo con la sistemática expuesta en las Directrices) sin haber analizado el valor de las aportaciones. Es decir, en buena sistemática, antes de poder verificar que las aportaciones son adecuadas al beneficio esperado, previamente se habrá tenido que determinar el valor de las aportaciones. Sin embargo, el orden expositivo aparece invertido en el texto de la OCDE.

Realizada esta advertencia, podemos proceder a resumir las recomendaciones sobre los beneficios esperados de la siguiente manera:

- bajo el concepto de beneficios esperados se comprenden dos ventajas que deben repercutir en la parte participante:
 - ✓ una que consistirá en el beneficio directo y propio de la actividad en sí misma llevada a cabo (p. ej. una entidad que interviene en una actividad de investigación y por la cual recibe una retribución, esta retribución será el beneficio directo), pero que por sí mismo no diferenciaría a una parte participante en un ARC de un mero prestador de servicios;
 - ✓ otra que estribará en una participación en el resultado y que normalmente se traducirá en un derecho de propiedad (legal o económica), o de utilización, o ambos. Es lo que en el párrafo 8.10 de DPT 2010 se denomina expectativa legítima de explotar o utilizar, directa o indirectamente, el derecho que se le ha asignado y que puede ejemplificarse en un acuerdo de licencia o en un acuerdo de venta;
- no existe un método universal para determinar que la correspondencia entre la cuota de las aportaciones de la parte y la cuota de participación en los beneficios es proporcional²⁰²⁷.

La estimación puede estar realizada en función de indicadores diversos entre los que destacan²⁰²⁸:

- ✓ la previsión de los ingresos adicionales generados o;
- ✓ la previsión de los ahorros de costes o;
- ✓ la previsión de otros beneficios que obtenga cada participante siempre que suponga un criterio de asignación relevante como pudiera ser el volumen de ventas, o las unidades utilizadas, producidas o vendidas, o el beneficio de explotación o el beneficio bruto, o el número de empleados, o el capital invertido.

²⁰²⁷ Párrafo 8.19 DPT 2010.

²⁰²⁸ Párrafo 8.19 DPT 2017.

La idoneidad del método de asignación dependerá de la naturaleza exacta de las actividades que cubra el ARC y la relación del criterio de asignación y los beneficios esperados²⁰²⁹.

La cuota de beneficios esperados supondrá una estimación, al determinarse *ex ante*, esto es, al momento de celebrarse el ARC.

Hay diversas circunstancias relevantes que pueden afectar a cómo proceder para la asignación de beneficios:

- cuando los beneficios se materialicen a largo plazo, y no en el año en que se soportan los costes, se podrán utilizar proyecciones, aunque las proyecciones suelen acarrear problemas para las AATT por dos razones: la verificación de las hipótesis en que se asienta la proyección y cuando la proyección difiera considerablemente de los resultados reales. Las soluciones a dichos problemas pueden venir dadas por contemplar ajustes en el propio ARC al tiempo de su celebración, o por la verificación de si empresas independientes en circunstancias comparables y con los datos razonablemente previsibles habrían realizado las mismas proyecciones de resultados. Los análisis retrospectivos no se consideran adecuados en las comprobaciones;
- en el caso de que activos intangibles de difícil valoración integren los beneficios esperados, o existiendo previamente formen parte de la contribución de las partes participantes, habrá que estar a las consideraciones especiales de este tipo de activos contenidas en el Capítulo VI;
- si un ARC cubre múltiples actividades puede ser conveniente la utilización de varios criterios de asignación;
- para solucionar las diferencias entre los beneficios esperados y los efectivos pueden ser necesarios ajustes. Los ARC pueden variar con el tiempo o contemplar posibles revisiones a medida que se van tomando informaciones más fiables (aunque los beneficios serán siempre inciertos) con el transcurso del tiempo en que está vigente.

ε4.5. iv) Sobre el valor de la contribución de cada participante.

Como orientaciones sobre el valor de la contribución de cada participante son precisadas las siguientes:

- por contribuciones se incluyen tanto las contribuciones actuales como las preexistentes. Todas las contribuciones actuales y preexistentes deberán identificarse y contabilizarse con arreglo al principio de *arm's length*;
- las formas que pueden revestir las contribuciones son múltiples. En los ARC de servicios fundamentalmente serán servicios. En los ARC de desarrollo se tratará de actividades de desarrollo (I+D, marketing) y otras adicionales (activos tangibles o intangibles preexistentes);

²⁰²⁹ Parágrafo 8.21 DPT 2017.

- para cumplir con el *arm's length* el valor de la contribución de cada participante habrá de ser consistente con el valor que empresas independientes le habrían asignado, lo que significa que se habrá de tomar el valor al momento en que se realiza teniendo en cuenta los riesgos y la naturaleza y alcance de los beneficios esperados;
- la valoración de contribuciones actuales y preexistentes presentan diferencias:
 - ✓ en su concepto:
 - contribución de valor preexistente sería la contribución de una parte con una tecnología ya patentada para realizar la actividad que comporta el ARC;
 - una contribución de valor actual sería la actividad de I+D que se está llevando a cabo por una parte. Este valor actual es distinto al valor potencial que pueda resultar en su día a consecuencia de la actividad de desarrollo e investigación;
 - ✓ en su valor:

el valor preexistente de la contribución se aproxima al coste, aunque no se identifica, sobre todo en ARC de servicios. En los ARC de desarrollo el valor de contribución se distancia del coste por manejar bases no fiables.

ε4.5. v) Ajustes compensatorios o pagos compensatorios.

Cuando no hay proporcionalidad entre el valor de las aportaciones y de la cuota de participación en beneficios esperados se harán precisos ajustes compensatorios para corregir esa desviación y cumplir con las existencias del *arm's length*.

Estos ajustes compensatorios normalmente consistirán en unos pagos complementarios que realizará la parte cuya aportación sea de valor deficitario en correspondencia a la cuota de beneficios esperados con la que participa.

Estos ajustes pueden provenir:

- de acuerdos de las partes participantes, bien los hayan previsto desde el principio en el ARC o bien sean consecuencia de revisiones del ARC original;
- de las AATT que detecten que el valor de la cuota de contribución o del beneficio esperado es incorrecto.

ε4.5.vi) Definición con precisión de la operación real.

Este apartado no aparecía en las Directrices 2010 y en realidad simplemente constituyen una llamada de atención reiterativa a lo que ya se contiene en la Sección D del Capítulo I al que se apela expresamente, así como la advertencia de la posibilidad de utilización

de los ARC como conducta BEPS. Igualmente, se vierte una remisión al régimen de los activos intangibles de difícil valoración contenido en el nuevo Capítulo VI.

Realmente consideramos que se trata de meras reiteraciones, cuando con carácter general ya existe en el párrafo 8.9 toda una exposición sobre la aplicabilidad en materia de ARC de cuanto se dispone en otros capítulos. Nada nuevo añade.

ε. 4.5.vii) Tratamiento fiscal de las contribuciones y ajustes compensatorios.

Se dispone que las contribuciones deben recibir el mismo tratamiento fiscal que si no fueran efectuadas en el marco de un ARC. Por tanto, habrá que estar a la naturaleza de la actividad en cuestión de que se trate.

Realmente las previsiones contenidas en las DPT 2010 vuelven a ser reproducidas, pero con una nueva redacción, así se puede apreciar la correspondencia entre el párrafo 8.24 anterior y el nuevo 8.42:

- es frecuente considerar las aportaciones como gasto deducible para el aportante y normalmente no tendrá la consideración de un canon;
- el beneficio esperado, como lo normal será que se dilate su percepción en el tiempo será considerada renta (en forma de ahorro de costes o a medida que los resultados de la operación se materialicen).

Los pagos compensatorios se considerarán pagos adicionales para el pagador y como un reembolso de costes para el beneficiario. Habrá que estar a lo que dispongan las legislaciones nacionales y los convenios fiscales aplicables al caso.

ε.5 – Los aspectos de los precios de transferencia de las transacciones financieras.

En el Informe publicado el 11 febrero de 2020 se contienen toda una serie de recomendaciones y pautas para que la determinación de los rendimientos de las transacciones e instrumentos financieros sean acordes y coherentes con el *arm's length*, auténtico faro de guía a lo largo de todo el texto.

Las secciones aparecen estructuradas conforme se expone a continuación:

A. Introducción

B. Interacción con la Sección D.1 del Capítulo I de las Directrices, donde se expone la aplicación de los principios contenidos en aquella Sección a las transacciones financieras, procediendo a fijar las pautas a seguir en la definición correcta de las operaciones financieras para determinar su remuneración coherente con el *arm's length*.

C. Funciones de Tesorería dentro de las MNEs, donde se concreta cómo determinar que las condiciones de *arm's length* son cumplidas en actividades de tesorería, incluidos préstamos intra-grupo, sistemas de tesorería centralizada y operaciones de cobertura.

D. Garantías financieras.

E. Aseguradoras cautivas.

F. Tasa de Interés de Libre Riesgo.

Las secciones A a E de este informe se incluyen en las Directrices de precios de transferencia de la OCDE como Capítulo X. La Sección F se agrega a la Sección D.1.2.1 en el Capítulo I de las Directrices, inmediatamente después del párrafo 1.106.

ε.5.1. – Delimitación de la operación financiera.

Lo primero consistirá en delimitar si nos encontramos ante un préstamo (a efectos fiscales), en cuanto que afecta al pago de intereses por parte de la entidad prestataria y a la obtención de beneficios en una jurisdicción, a cuyo efecto habrá que prestar atención a si las condiciones son las mismas en las que operarían entidades independientes en similares circunstancias.

Para ello se sugieren ciertos factores que permiten la caracterización de una operación como préstamo y que permitirá diferenciarla de otras formas de financiación (como una aportación de capital).

Entre los factores que pueden resultar útiles se referencian: la obligación de pagar intereses, la ausencia de una fecha de reembolso, el derecho a exigir el pago de principal e intereses, la existencia de acuerdos financieros y garantías, la fuente del pago de intereses, la capacidad del prestatario de solicitar préstamos en el mercado, en qué medida los anticipos se utilizan para adquirir activos de capital o la regulación y comportamientos respecto de los retrasos de devolución u otorgamiento de aplazamientos.

Igualmente, para determinar las condiciones de *arm's length* de las transacciones financieras habrán de aplicarse los principios contenidos en los Capítulos I a III de las Directrices a las particularidades de las operaciones financieras:

- en primer lugar, habrá de procederse a la identificación de las relaciones comerciales y financieras, a cuyo efecto:
 - ✓ habrá que analizar los factores que afecten al desarrollo del negocio en el sector industrial en el que opera la MNE, tales como las regulaciones de las jurisdicciones, diferencias entre sectores, momentos de un ciclo (de producto, económico o de negocio);
 - ✓ igualmente habrá de tomarse en consideración las respuestas de la MNE a los factores identificados (si está adoptando una estrategia

financiera distinta a la que se observa en el sector industrial de que se trate);

- en segundo lugar, habrá de procederse a la identificación de las condiciones relevantes desde el punto de vista económico (factores de comparabilidad): términos contractuales, funciones desempeñadas, características de los activos utilizados, riesgos asumidos, las circunstancias económicas de las partes y del mercado y las estrategias empresariales.

Si de acuerdo con lo ya indicado, la estructura del capital y de la deuda del prestatario no se corresponde con la que hubiesen pactado partes independientes, debe calificarse dicha transacción como una aportación de capital.

ε.5.2. – Funciones de Tesorería.

Las funciones de tesorería dependerán de la estructura de la MNE y lo complejo que resulten sus transacciones. Pudiendo tratarse de una tesorería centralizada, cuando existe un control total sobre las transacciones financieras del grupo, o descentralizada, cuando dentro del grupo cada entidad tiene total autonomía sobre sus transacciones financieras. Las diferencias pueden venir determinadas por las variaciones en el grado de autonomía de la función y el rango de actividades realizadas.

La función de tesorería suele ser un servicio de apoyo a las principales operaciones generadoras de valor de un grupo multinacional y, entonces, la remuneración de la función de tesorería debe establecerse aplicando los principios sobre servicios intragrupo recogidas en el Capítulo VII de las Directrices.

Las principales funciones de tesorería en que se detiene el Informe son el préstamo intragrupo, el *cash pooling* y el *hedging*.

ε.5.2. i) Préstamos Intragrupo.

Dos ámbitos de apreciaciones deben ser considerados: factores a los que hay que atender para el establecimiento del tipo de interés y metodología para la determinación del tipo de interés.

En relación con los factores que deben tomarse en consideración al momento de establecer el tipo de interés de mercado para estos préstamos hay que advertir:

- i. Desde la perspectiva del prestamista.

A fin de evaluar los riesgos de cada parte interviniente en la relación crediticia habrá que examinar las particularidades desde la óptica del prestamista y del prestatario, siendo conscientes que ambas perspectivas no siempre estarán alineadas, debiéndose partir de la identificación de las relaciones comerciales y financieras, así como del análisis de las características económicas relevantes.

El prestamista debe evaluar crediticiamente a quien recibe la financiación y el riesgo de un eventual impago. Sobre este aspecto que se presenta como importante, sin embargo, no se contiene un régimen de pautas suficientemente determinado de cómo evaluar dicha capacidad financiera para asumir el riesgo.

Como pautas a tomar como referencia:

- El prestamista se deberá plantear le pertinencia del otorgamiento del préstamo, por qué importe y en qué términos.
- Los factores principales de los que dependerá la decisión del prestamista de otorgar el préstamo girarán en torno a la capacidad del prestatario de devolverlo, los factores económicos del mercado que afectan tanto al prestamista como al prestatario (variación de los tipos de interés, o variaciones de los tipos de cambio en operaciones con divisas) y otras opciones en las que podría utilizar los fondos. En el supuesto de empresas independientes los prestamistas realizan un proceso de valoración, identificando y valorando el riesgo, los métodos de monitorización y de gestión del riesgo, el negocio de que se trate y la finalidad en que se utilizarán los fondos, y cómo se estructura la capacidad de devolución.
- Cuando se trata de un préstamo intragrupo el contexto cambia, pudiéndose apreciar que:
 - ✓ no se sigue el mismo proceso, ya que la prestamista dispondrá normalmente de la información sobre la prestataria, lo que no obsta a que haya extremos que deben siempre examinarse: nivel de solvencia, riesgo crediticio y circunstancias económicas relevantes.
 - ✓ en el caso de una matriz que presta a una filial, las garantías que pueda o deban exigirse al prestatario pasan a un segundo plano. Esta circunstancia debe repercutir en el precio del préstamo, al igual que lo debe hacer el hecho de si sobre los activos de la prestataria existen ya otras cargas en favor de terceros.
 - ✓ las condiciones jurídicas que en una jurisdicción se otorgue a los préstamos intragrupo también pueden influir en el precio por el aumento del riesgo de impago, ya que pueden ser considerados como subordinados y postergados en el rango de preferencia frente a los créditos de terceros independientes.

ii. Perspectiva del prestatario.

El prestatario evaluará el coste promedio del capital en consonancia con sus necesidades a corto y largo plazo. El criterio de *arm's length* siempre vendrá marcado por la búsqueda de la solución más rentable para su estrategia empresarial:

- El prestatario buscará siempre el tipo de interés más económico
- El régimen de garantías es un factor importante a tener en cuenta:
 - ✓ porque las operaciones garantizadas suelen ser a un tipo de interés inferior;

- ✓ porque si se otorgan activos en garantía disminuye la capacidad de endeudamiento futura y conseguir nueva financiación.
- El prestatario habrá de evaluar diversos factores que pueden impactar en su capacidad de devolución del principal e intereses, así, entre ellos, los posibles cambios en los tipos de interés, en los tipos de cambio o la posibilidad de acudir a productos más rentables que puedan aparecer en el mercado.

iii. La calificación crediticia.

Se contemplan dos calificaciones crediticias distintas, la calificación crediticia del prestatario (el grado de solvencia del prestatario) y la calificación crediticia de una emisión de deuda específica.

– La calificación crediticia del prestatario. –

- ✓ Concepto: el Informe cuando alude a calificación crediticia se refiere a una opinión sobre el grado de solvencia, en la que se evalúa la voluntad y capacidad de cumplimiento, tanto de una entidad del grupo como del grupo MNE (que influirá en la solvencia de sus miembros por el hecho de pertenecer al grupo), incluso de un grupo de MNEs, y que puede tener un grado de influencia elevado sobre el precio del préstamo o de cualquier otra operación financiera vinculada. En la misma intervienen elementos cuantitativos y cualitativos.

La calificación crediticia permite clasificar a las entidades y aparece referenciada en los mercados crediticios.

- ✓ Como regla general, a mejor calificación crediticia menor índice de riesgo para la prestamista y, en consecuencia, menor precio del préstamo.
- ✓ En el análisis de comparabilidad será útil:
 - Las condiciones de operaciones financieras celebradas por entidades con la misma calificación crediticia, aunque debe advertirse
 - que no siempre la misma calificación crediticia de dos entidades supone que no existan diferencias a efectos de riesgos crediticios;
 - que no siempre distintas calificaciones crediticias suponen diferencias de precio, ya que puede haber situaciones especiales que afecten a la calificación crediticia (empresas de nueva creación, las resultantes de una fusión, etc.).
 - Se podrán tomar como comparables:
 - las operaciones financieras celebradas por la prestataria u otra entidad del grupo con prestamistas externos;

- los comparables internos serán fiables solo cuando las diferencias con las transacciones independientes no afecten al precio o puedan realizarse los ajustes necesarios.
- La calificación crediticia de una emisión de deuda específica.
 - ✓ Concepto: es una opinión sobre la solvencia del emisor con respecto a un instrumento financiero específico, atendiendo a características como garantías, valores y nivel de antigüedad.
 - ✓ La calificación crediticia del prestatario y la calificación crediticia de la emisión pueden ser distintas, ya que atienden a aspectos distintos, aquella a los riesgos vinculados al prestatario, ésta a los riesgos vinculados a la operación. En caso de que difieran, será preferible atender a la calificación crediticia de la emisión cuando exista comparable externo de la emisión de deuda por un tercero independiente.
- Problemas de obtención de la calificación crediticia.

Si una agencia independiente tiene publicada la calificación crediticia, puede ser empleada a efectos de determinar el *arm's length*, pero lo normal será que esa información no sea de acceso público y abierto, sino restringido, por lo que habrá de procederse a realizar análisis cuantitativos y cualitativos utilizando las metodologías empleadas por las agencias de calificación.

4. –Influencia del Grupo.

Se deberá tomar en consideración el efecto de formar parte de un grupo, también denominado apoyo implícito, lo cual posiblemente repercuta en la capacidad del integrante del grupo multinacional para pedir un préstamo en un doble sentido:

- permite conocer las políticas y prácticas financieras de la administración del grupo y, por ende, los términos y condiciones de un préstamo con una parte independiente;
- la empresa del grupo recibe ayuda del grupo para cumplir con sus obligaciones.

El apoyo implícito puede influir en la calificación crediticia.

El mayor o menor apoyo implícito dependerá del peso específico que tenga la entidad dentro del grupo.

5.–Convenants.

Los *convenants* o compromisos financieros suelen establecerse entre partes independientes, a fin de dar seguridad al préstamo, limitando el riesgo del prestamista y dispensándole protección. Pueden ser de dos tipos:

- *Convenants* de cumplimiento: suelen consistir en determinadas prohibiciones que se imponen al prestatario para garantizar el cumplimiento de sus

obligaciones de pago de intereses y capital (prohibición de dar nuevas garantías, prohibición de endeudarse más).

- *Convenants* de mantenimiento: imponen unas obligaciones de cumplimiento de una serie de indicadores de solvencia que permiten al prestamista adoptar medidas correctoras tempranas, incluso vencimientos anticipados.

No obstante, muchas veces no se suelen incluir estos en operaciones de financiación intragrupo, por lo que deberá analizarse los pactos implícitos que haya.

6.– Garantías:

Las garantías que se presten frente al prestamista deben ser valoradas atendiendo a la solvencia que presentarían los garantes en caso de impago.

El segundo ámbito de apreciaciones para la determinación del precio del préstamo (tipo de inteés) será el de la metodología utilizable para efectuar tal labor.

La determinación del tipo de interés acorde con el *arm's length* se realizará eligiendo el método más apropiado a la transacción real debidamente delimitada. A tal fin se ofrecen diversos enfoques que pueden resultar adecuados.

1.– Método de Precio Comparable No Controlado.

Para la determinación del tipo de interés de *arm's length* habrá de atenderse:

- a la calificación crediticia del deudor y de la emisión de la deuda;
- a los términos y las condiciones del préstamo;
- a los factores de comparabilidad;

El método CUP suele ser el más idóneo por diversas razones:

- la existencia generalizada de mercados de préstamo;
- la frecuencia de este tipo de transacciones financieras entre entidades independientes;
- la disponibilidad generalizada de información y de los mercados de préstamo;

Son circunstancias que aumentarán el riesgo y, por tanto, el tipo de interés:

- la mayor duración del plazo de devolución;
- ausencia de garantías de devolución;
- la subordinación por ser préstamos entre partes vinculadas;
- la aplicación de los fondos a un proyecto de riesgo;

Son circunstancias que disminuirán el riesgo y, por tanto, el tipo de interés:

- prestación de garantías;
- las restricciones al comportamiento futuro del prestatario.

En el análisis de comparabilidad habrá que tener en consideración que:

- en la práctica lo normal será que la información del mercado permita determinar un rango de tipos de interés y no un único tipo;
- los comparables no están restringidos a los préstamos entre empresas independientes, pudiéndose tomar el precio de un préstamo:

- ✓ a otro miembro del grupo otorgado por un tercero en circunstancias económicamente relevantes similares;
 - ✓ o el otorgado por el prestamista a otro miembro de otro grupo MNE;
 - ✓ o el otorgado entre miembros de distintos grupos MNEs;
- se pueden tomar como comparables otras transacciones financieras distintas a los préstamos que sirvan como alternativas realistas (emisiones de bonos, obligaciones convertibles, depósitos, etc.) y tengan características económicas comparables, aunque haya que realizar los ajustes necesarios para evitar las consecuencias de las diferencias.

2.– Comisiones y gastos del préstamo.

Las comisiones y gastos se considerarán parte del precio del préstamo cuando entre empresas independientes también hubieran sido cargados y en la cuantía en la que hubieran sido admitidos entre empresas independientes

3.–El enfoque del Costo de financiación.

La OCDE señala que en caso de ausencia de comparables externos, se puede tomar como precio del préstamo el coste para el prestamista de consecución de los fondos que se prestan, al cual se le añadirá los gastos de tramitación del préstamo, los costos relevantes de la prestación del servicio, una prima de riesgo y un margen de beneficio. Ahora bien, para poder tomar dicho costo de financiación habrá que verificar que el prestamista ha procurado la consecución de la financiación más barata y que el costo está en coherencia con el costo de financiación para otros prestamistas que operen en el mercado.

El enfoque del costo de financiación no es apropiado cuando la financiación realmente es externa, pero posteriormente existen operaciones de financiación internas entre distintas entidades del grupo, ya que el ir añadiendo un margen de beneficio a cada operación intermedia no obedecería a una operación de mercado entre partes independientes que acudirían directamente a la obtención de la financiación externa, sin intermediación.

4. – *Credit Default Swaps* (permuta de incumplimiento crediticio).

Se señala que los swaps, al reflejar un riesgo crediticio en función de un activo subyacente, pueden ser utilizados como comparables en ausencia de información de este activo.

Para ello se podrá utilizar el diferencial de los swaps por incumplimiento crediticio a fin de calcular la prima de riesgo asociada al préstamo intragrupo, ya que en definitiva el índice diferencial viene a marcar el riesgo de que el vendedor de un Credit Default Swaps tenga que cumplir con la protección.

5. – Modelos Económicos.

Otro enfoque para el cálculo del precio de un préstamo puede ser el de los modelos económicos que calculan el tipo de interés mediante una combinación del tipo de interés libre de riesgo y una serie de primas asociadas con diferentes aspectos del préstamo

(inflación esperada, riesgo de incumplimiento, riesgo de liquidez). La fiabilidad del modelo dependerá de los parámetros incluidos y de los supuestos subyacentes. Es frecuente que los precios así determinados, en cuanto no se corresponden con precios de mercado entre empresas independientes requieran ajustes. –Son especialmente útiles ante la ausencia de comparables.

6. – Opinión de bancos.

Las opiniones escritas de bancos sobre cuál es el interés que aplicarían a una operación de financiación no cumple con el principio de *arm's length*.

ε.5.2. ii) Cash Pooling (Caja única o cuenta única centralizada).

1. –Concepto.

Con ello se refiere la OCDE a los acuerdos para alcanzar una gestión más eficiente de los saldos de cuentas bancarias mancomunadas independientes, ya sea haciendo depender en menor medida al grupo de financiación externa (apoyo financiero interno) o consiguiendo un rendimiento superior (reduciendo costos y comisiones bancarias). A través del mismo se consigue compensar saldos negativos con positivos, consiguiendo un efecto de reparto de liquidez.

2. –Tipos: físico o teórico (nocial).

El primero supone que todas las cuentas del grupo representan al mismo y quedan vinculadas al cumplimiento de las obligaciones. El segundo no conlleva transferencias de liquidez y no se producen transferencias de saldos, por lo que los costes generalmente serán inferiores que el de la modalidad física, ya que será el banco quien realice las funciones de netear las distintas cuentas, por lo que una entidad del grupo no podrá cargar coste por tales servicios de gestión, lo que no significa que no puedan formularse otros tipos para satisfacer necesidades específicas.

3. –Delimitación del precio de *arm's length*.

La OCDE señala que a fin de determinar la contraprestación que cumplan con el principio de plena competencia, en transacciones de cash pooling se deberá analizar la contraprestación pagada al “*cash pool leader*”, al “*cash pool member*” o al “*cash pool guarantes*”.

- se precisará, con carácter previo, una precisa delimitación de la operación, para posteriormente determinar el enfoque con el que determinar el precio;
- habrá que recompensar al líder de la cuenta mancomunada, cuya función se limitará a la coordinación y, por tanto, la prestación de ese servicio habrá de ser retribuida limitadamente. Si las funciones varían de la mera coordinación, la retribución deberá incrementarse;
- la retribución al resto de los miembros se hará conforme al tipo de interés de plena competencia en función de los saldos de las cuentas respectivas, tomando en consideración las funciones, activos y riesgos. Los rendimientos

de las sinergias de grupo se repartirán entre los miembros después de haber retribuido al líder del grupo. Será difícil encontrar comparables para la determinación de la retribución a los miembros;

- no siempre deberán ser retribuidas las garantías cruzadas y las compensaciones entre los miembros exigidas por la entidad bancaria. Únicamente merecerán ser retribuidas cuando suponga para el prestatario un beneficio distinto al que represente el apoyo implícito, y cualquier compensación o ejecución de garantía por incumplimiento tendrá la consideración de aportación a capital y no préstamo.

ε.5.2. iii) Hedging.

Las transacciones financieras intragrupo pueden incluir instrumentos por los cuales se hace una transferencia del riesgo entre las diversas entidades que conforman el grupo, tal como sucede en un acuerdo de cobertura o *hedging*. Por ejemplo, los acuerdos de cobertura se utilizan con frecuencia, en el curso normal de los negocios, como un medio para mitigar la exposición a riesgos (los movimientos de los precios de las materias primas o el tipo de cambio).

Por lo cual, será importante que la entidad que cubra esos riesgos reciba una contraprestación a valor de mercado.

ε.5.3. – Funciones de Garantías.

El apartado D se centra en cómo poder fijar los precios a las garantías financieras prestadas en transacciones intragrupo.

1. – Concepto.

Una garantía es un compromiso legalmente vinculante por parte del garante de asumir una obligación específica del deudor garantizado, si el deudor incumple esa obligación.

La más frecuente será la garantía prestada por una asociada (garante) de un grupo a otra empresa del grupo que habrá recibido un préstamo (prestataria/garantizada) de un tercero no vinculado (prestamista).

Para establecer la contraprestación se aluden a distintos enfoques posibles, tales como el precio comparable no controlado, el enfoque de rendimiento, el enfoque de costes, la valoración de pérdidas esperadas y el método del *capital support*.

2.– Delineación de la operación.

Habrá que proceder a la delineación precisa de la operación conforme a los principios generales previstos en la Sección D.1 del Capítulo I para poder comprender la naturaleza y alcance de las obligaciones que comporta, así como las consecuencias.

Como pautas específicas de la delimitación de la operación que pueden incidir en la transacción hay que atender a:

- Al beneficio económico que surja para el prestatario, más allá del que se derive de la asociación pasiva. La existencia de una garantía puede:
 - ✓ mejorar los términos del endeudamiento, como favorecer un mejor tipo de interés, al disminuir los riesgos para el prestamista y reducir los costos para el prestatario;
 - ✓ permitir el acceso a una mayor cantidad de endeudamiento
- Al beneficio económico que puede surgir por la pertenencia al grupo, realizando una remisión a lo previsto para los préstamos intragrupo al respecto. Solo merecerán una retribución aquellas garantías que atendiendo a las circunstancias reporten al prestatario un auténtico beneficio y supongan una prestación de un servicio
- A que no siempre el hecho de que se trate de una garantía explícita supone que reporte un auténtico beneficio para la prestataria. El riesgo del garante no cambia porque la garantía sea explícita o implícita.
- A la capacidad financiera del garante para cumplir con sus obligaciones en caso de que el prestatario incumpla sus obligaciones, lo que conlleva que deba tenerse presente la calificación crediticia del garante y del prestatario

3.– Enfoques posibles para la fijación del precio de *arm's length*

Realizada la delimitación precisa de la transacción, y siempre que resulte que la operación real es una garantía, se procederá a determinar el precio conforme alguno de los métodos que se especifican y las directrices que se señalan. En caso contrario se determinará el enfoque conforme a los principios establecidos en el capítulo VII.

Como enfoques posibles se enumeran los siguientes y con las características principales que a continuación se recogen:

- CUP:
 - ✓ Es el adecuado cuando existan comparables internos o externos.
 - ✓ Los inconvenientes radican en que:
 - no es fácil disponer de comparables externos;
 - Un garante independiente recibirá una compensación por el riesgo que asume por prestar una garantía. Ahora bien, en esa compensación una entidad independiente incluirá los costos que supondría la obtención del capital y del cumplimiento de los requisitos que se exijan a los intermediarios financieros para operar en el mercado, en los cuales no incurren las entidades asociadas por lo que intragrupo no podrán ser cargados dichos costes.
- Enfoque del rendimiento, cuyas características radican en que:

- ✓ Atiende a la perspectiva del prestatario.
 - ✓ Este enfoque calcula la diferencia entre el tipo de interés que pagaría la entidad garantizada sin garantía (pero con el apoyo implícito y teniendo en cuenta los costes–comisiones pagadas al garante–) y el que paga con garantía. Por tanto, no se atiende al costo que tendría para un prestatario independiente en el que no intervendría el beneficio del apoyo implícito.
 - ✓ La diferencia no determina un precio de *arm's length*, sino un máximo que el prestatario estaría dispuesto a pagar.
- Enfoque de costes, cuyos rasgos más destacados son:
- ✓ Atiende a la perspectiva del prestamista.
 - ✓ Consiste en calcular el coste de la pérdida esperada en que incurre el garante al otorgar la garantía o, alternativamente, de la pérdida esperada en relación con el capital requerido para soportar los riesgos asumidos.
 - ✓ El coste de la pérdida no determina un precio de *arm's length*, sino un mínimo que el garante está dispuesto a aceptar.
- Enfoque de la valoración de las pérdidas esperadas:
- ✓ La OCDE se limita a señalar que se calcularía procediendo en primer lugar a determinar la probabilidad de incumplimiento y realizar ajustes para tener en cuenta la tasa de recuperación esperada en caso de incumplimiento, para en segundo lugar aplicar el resultado obtenido al monto nominal garantizado y, por último, fijar el precio de la garantía en función de un rendimiento esperado de esta cantidad de capital en función de modelos comerciales.
- Enfoque del *capital support*:
- ✓ Atiende a la perspectiva del garante.
 - ✓ Es adecuado cuando existan diferencias de calificación entre el garante y el prestatario.
 - ✓ Consiste en determinar primero la calificación crediticia del prestatario sin la garantía, posteriormente hay que determinar la cantidad de capital que precisa el prestatario para alcanzar la calificación crediticia del garante. El precio se basará en el rendimiento esperado por dicha cantidad de capital, el cual reflejará solamente los resultados o consecuencias por la prestación de la garantía y no por las demás actividades de la garante.

ε.5.4. – Particularidades de las Aseguradoras Cautivas

ε.5.4. i). Concepto.

Por seguro cautivo la OCDE hace referencia a una empresa o entidad de seguros cuya actividad de seguros consiste en proporcionar pólizas de seguro para los riesgos de las entidades del grupo multinacional al que pertenece.

La actividad aseguradora se trata normalmente de una actividad restringida, sujeta a regulación especial, aunque los requisitos suelen suavizarse cuando se trata de una aseguradora cautiva.

Los seguros cautivos presentan múltiples ventajas:

- estabilizar las primas pagadas;
- beneficiarse del arbitraje fiscal y regulatorio;
- acceso a los mercados de reaseguros;
- mitigar la volatilidad de la capacidad del mercado;
- mayor rentabilidad;
- soluciona los problemas cuando en el mercado el riesgo no se asegura.

La mitigación de riesgo entra dentro de la gestión de riesgos, no en la de control de riesgo. La aseguradora mitigará el riesgo, pero no lo asume.

Los seguros cautivos pueden ser autogestionados por la propia MNE o por un proveedor de servicios.

ε.5.4. ii) Delineación de la transacción: Elementos a tener en consideración para determinar que se trata de una operación de seguro.

Se proporcionan una serie de indicadores fundamentales para determinar si se trata realmente una operación de seguro (todos normalmente concurren, o sustancialmente todos):

- Si hay diversificación y puesta en común de riesgos.
- Si mejora la posición de capital económico de las entidades a consecuencia de la diversificación.
- Si se trata de actividad regulada.
- Si el riesgo asegurable fuera de la MNE.
- La aseguradora cautiva tiene las capacidades necesarias y la experiencia.
- La posibilidad real de sufrir pérdidas por la aseguradora.

Para la delineación precisa de la transacción se dan unas pautas específicas que tienen como finalidad:

- el análisis de la capacidad de asunción de riesgos²⁰³⁰ y diversificación de riesgos²⁰³¹;
- el análisis de la asunción de riesgos económicamente significativos.

ε.5.4. iii) Enfoques posibles para la fijación del precio de arm's length de las primas.

Se deberá elegir el método más adecuado conforme a las pautas del Capítulo II. Entre los enfoques posibles son destacados:

- El método CUP:
 - ✓ Pueden utilizarse comparables internos (si la aseguradora cautiva realiza seguros a terceros no vinculados) o comparables externos.
 - ✓ Inconvenientes: el que por regla general para la aplicación de este método serán precisos ajustes difíciles de determinar.
- El análisis actuarial puede constituir una alternativa.
 - ✓ Este enfoque parte de la consideración de que una aseguradora a la hora de fijar el precio de la prima acorde con el *arm's length* tendrá en cuenta:
 - cubrir las pérdidas esperadas;
 - cubrir los costes de gestión y administración de las pólizas y el tratamiento de las reclamaciones;
 - una ganancia por rendimiento del capital.
 - ✓ Inconveniente: la aplicación de este enfoque requerirá ajustes, por cuanto la determinación del precio de la prima mediante este enfoque no se corresponde con un precio de mercado entre empresas independientes.
- Enfoque de la ratio combinada y del rendimiento del capital.
 - ✓ Mediante este enfoque se determina el precio de *arm's length* de la prima mediante un doble cálculo, cuya suma arrojará la ganancia operativa:
 - El de la ratio combinada $\frac{\text{importe reclamaciones} + \text{importe gastos}}{\text{importe primas}}$. Esta ratio será aplicada para llegar a la ganancia de la suscripción (primas menos reclamaciones y gastos).
 - El del rendimiento del capital (ingresos por las inversiones que realiza la aseguradora cautiva).

²⁰³⁰ Cobra especial importancia la correlación entre el riesgo asumido por la aseguradora cautiva y su capacidad de afrontarlo con la posición financiera de los propios miembros del grupo.

²⁰³¹ La diversificación del riesgo es un comportamiento normal de las aseguradoras en el mercado libre y será normal que las aseguradoras cautivas para lograr eficiencia en su negocio diversifiquen el riesgo, procediendo a asegurar riesgo externo al grupo. La diversificación también se puede lograr internamente

- ✓ Inconveniente: el inconveniente de este enfoque estriba en la necesidad de ajustes que conlleva, puesto que una aseguradora independiente no precisará de la misma cantidad de capital que una aseguradora cautiva.

ε.5.4. iv) Sinergias del grupo.

La aseguradora cautiva obtendrá unos beneficios por las sinergias que no obtiene una aseguradora independiente, tales beneficios deben redundar en un abaratamiento de las primas.

ε.5.5. – Tasas de rentabilidad libres de riesgo y ajustadas al riesgo

El apartado F, del Informe señala la manera en la cual se deberá determinar la tasa de interés de libre riesgo y la tasa de rendimiento ajustada, apartado que se añade a la Sección D 1.21, del Capítulo I de las Directrices de Precios de Transferencia. De ambas tasas nos ocupamos a continuación.

ε.5.5. i) Tasas de rentabilidad libres de riesgo

Concepto.

Una tasa de rentabilidad libre de riesgo es el rendimiento hipotético que se esperaría de una inversión sin riesgo de pérdida. El Informe precisa que una entidad tiene solamente derecho a una tasa de interés libre de riesgo cuando:

- carece de la capacidad para controlar el riesgo;
- no desempeña las funciones de toma de decisiones para controlar el riesgo.

Dentro de la tasa de rentabilidad libre de riesgo se tomarán en consideración los costos del financiador en el endeudamiento para conseguir la financiación.

Determinación de la tasa libre de riesgo.

Se sugiere que se puede tomar como tasa libre de riesgo la de los valores emitidos por un Gobierno (bonos del Estado²⁰³²), a cuyo efecto se recomienda:

- que se trate de un valor gubernamental emitido en la misma moneda utilizada por el inversor, a fin de evitar las diferencias por variaciones de cambio. Y si varios gobiernos emiten valores en la misma moneda habrá que elegir el más bajo;
- también se recomienda la proximidad temporal de la emisión del valor a la fecha de realización de la transacción;

²⁰³² El riesgo de incumplimiento es mínimo ya que un Gobierno puede tomar las medidas pertinentes para lograr el cumplimiento (fiscales, presupuestarias, monetarias, etc...)

- igualmente se aconseja que la duración de la transacción de la financiación sea la misma que la del valor emitido, porque la duración influye en el precio.

Otras alternativas pueden ser tomadas como referencia, así las tasas interbancarias, las tasas swap de tasas de interés o los acuerdos de recompra de acciones de alta calificación.

ε.5.5. ii) Tasas de rentabilidad ajustadas al riesgo (RAROC, risk-adjusted return on capital).

Concepto.

Cuando la entidad que financia ejerce un control sobre el riesgo financiero asociado con la financiación, sin la asunción o el control sobre cualquier otro riesgo específico, generalmente solo puede esperar una tasa ajustada al riesgo asumido. Hay por tanto dos riesgos diferenciados:

- el riesgo asociado a la financiación que es el que asume la parte que financia;
- el riesgo operacional que asume la parte financiada y se encuentra asociado a la utilización de los fondos.

La tasa de rentabilidad ajustada al riesgo comprende dos componentes: la tasa libre de riesgo y una prima que refleja los riesgos asumidos por la entidad financiadora.

Es obvio que toda inversión conlleva un riesgo y resulta razonable considerar que en el mercado libre la entidad independiente espera obtener una rentabilidad ajustada al riesgo que asume. Si una inversión presenta más riesgo que otra, el inversor exigirá una mayor rentabilidad. Para calcular una rentabilidad ajustada al riesgo se acude al concepto de prima de riesgo. La prima de riesgo es la rentabilidad extra que se obtiene para compensar el riesgo asumido sobre lo que sería la rentabilidad libre de riesgo.

La tasa de rentabilidad ajustada al riesgo es superior a la tasa de libre riesgo, porque supone un riesgo mayor.

Determinación de la tasa de rentabilidad ajustada al riesgo.

Se contempla la posibilidad de distintos enfoques para su determinación:

- un indicador razonable de una tasa de rentabilidad ajustada al riesgo de una transacción comparable no controlada;
- el retorno de una inversión alternativa realista con características económicas comparables;
- el agregar una prima de riesgo a la tasa de renta libre de riesgo;
- el enfoque de la tasa del coste de fondeo.

ε.6. – La nueva guía sobre el método del profit Split o de partición de utilidades o de distribución de los resultados (MPU).

Hasta dos borradores fueron confeccionados por la OCDE (julio 2016, junio 2017) antes de alcanzarse un consenso suficiente sobre el texto definitivo (junio 2018) para cumplir con el mandato contenido en la Acción 10 de clarificar la aplicación de los métodos de precios de transferencia, en particular el método de partición de utilidades. Incuestionablemente ello denota el hecho de que nos encontramos ante un método más complejo que otros y requiere una mayor labor en su aplicación. Se ha dicho que este método es adecuado para transacciones complejas en las que primen contribuciones únicas y respecto de las que resulte difícil encontrar comparables. Se trata de un método complejo en su aplicación cuando se trata de transacciones multilaterales que implican más de dos jurisdicciones, pero adecuado cuando se trata de operaciones bilaterales²⁰³³.

Este método venía siendo recogido en las Directrices desde el texto de 1995, aunque inicialmente fue un método de último recurso, y solo desde el 2010 pasó a tener la misma preferencia que los demás métodos al introducirse la regla del método más adecuado. No obstante, de facto, el MPU vino siendo utilizado con poca frecuencia.

La guía viene a reemplazar la sección C, parte III, del Capítulo II de las Directrices de Precios de Transferencia de la OCDE.

La estructura de la Sección se reparte ahora en cinco apartados:

- i. generalidades;
- ii. selección del MPU como el método más apropiado;
- iii. guía general sobre la aplicación del MPU;
- iv. guía sobre la determinación de la utilidad a dividir; y
- v. la partición de utilidades.

Se añade un anexo final en la que se nos ilustran con toda una serie de ejemplos.

Como premisa indiscutible se deja sentado que el mismo debe perseguir resultados acordes con los que habrían obtenido empresas independientes en operaciones similares.

En enero de 2019 el Marco Inclusivo publicó una nota sobre los desafíos fiscales de la digitalización de la economía²⁰³⁴, en la que se llegó a un acuerdo para realizar una serie de propuestas sobre dos pilares: el Pilar Uno se ocuparía de los desafíos de la economía digitalizada y el Pilar Dos de otros temas. En febrero de 2019 fue emitido un nuevo documento de consulta sobre la utilización del MPU.

La nueva guía se complementó a nivel de la U.E. con el informe sobre “*La Aplicación del Método del Reparto de Utilidades dentro de la Unión Europea*”²⁰³⁵ emitido por el Foro Conjunto Europeo de Precios de Transferencia en marzo de 2019. En el mismo se señala que la estandarización y clarificación del MPU favorecerá a los contribuyentes y

²⁰³³ WHITE, J. (2019).

²⁰³⁴ “*Addressing the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy—Policy Note: As Approved by the Inclusive Framework on BEPS on 23 January 2019*” (Paris: OECD, 2019)

²⁰³⁵ DOC: JTPF/002/2019.

a las Administraciones Tributarias a través de la reducción de los costes de cumplimiento, la simplificación de las auditorías y el incremento de la predictibilidad y certeza.

ε.6.1 Definición.

En el glosario de términos se introduce una nueva definición del MPU conceptuándolo como “*un método que identifica las utilidades o beneficios relevantes de empresas asociadas por una transacción controlada a ser divididos y luego divide esos beneficios entre las empresas asociadas en una base económicamente válida que se aproxime a la división de beneficios que sería acordada bajo el principio de libre competencia.*”

ε.6.2. – El MPU y el principio de arm’s length.

Escribe KOBETSKY²⁰³⁶ que la nueva guía falla en no haber aprovechado la oportunidad para expandir la utilización del MPU. En particular, esta deficiencia se aprecia al dejar vinculado el MPU al principio de *arm’s length*, cuando resulta que los grupos MNEs se encuentran altamente integrados y ello provoca la ausencia de comparables fiables. Así se constata reiteradas veces, entre las que pueden dejarse reseñadas sin ánimo de exhaustividad:

- en la propia definición de MPU introducida en el glosario, donde se alude a que la división de los beneficios entre las partes relacionadas debe aproximarse a la división que hubieran realizado empresas independientes en condiciones de *arm’s length*.
- en el párrafo 2.114 cuando se indica que el MPU busca “*establecer resultados en condiciones de plena competencia o comprobar que los resultados informados para transacciones controladas se aproximan a los resultados que se habrían logrado entre empresas independientes que participan en una transacción o transacciones comparables*”.
- en el párrafo 2.127 al descartar la idoneidad del MPU en aquellas transacciones en que una parte no realiza una contribución única y valiosa, ya sea por asumir una función simple o por no asumir riesgos económicamente significativos
- en el párrafo 2.147 cuando al referir la forma de proceder al reparto de los resultados entre las empresas asociadas señala que habrá de efectuarse sobre unas bases económicas válidas que permitan aproximar el reparto al que se hubiera anticipado y reflejado en un acuerdo de *arm’s length*. En el párrafo 2.149 se reitera en muy parecidos términos al abordar los enfoques posibles y otro tanto ocurre en el párrafo 2.166 en relación con los factores de reparto.

²⁰³⁶ KOBETSKY, M. (2019).

- en el párrafo 2.172 al subordinar la admisibilidad de los factores de división de los beneficios a que conduzcan a resultados consistentes con el *arm's length*.

Si comparamos este particular entre la anterior redacción y la nueva se puede constatar rápidamente que se mantiene la misma filosofía.

ε.6. 3. – Cuándo es el método más apropiado.

La Guía reitera la pauta de que debe elegirse el método más idóneo, fiable y adecuado a las circunstancias específicas del caso y a tal efecto se proporcionan una serie de indicadores que no son omnicomprendivos de todos los atendibles, ni prescriptivos, pero facilitan el conocer cuándo será considerada apropiada la aplicación del MPU. Dichos indicadores atienden a:

- las debilidades y fortalezas del método;
- la delineación precisa de la transacción;
- la información confiable disponible (especialmente comparables externos);
- y el grado de comparabilidad entre la transacción independiente y la vinculada.

ε.6.3. i) Debilidades y fortalezas.

Como fortalezas se destacan:

- El MPU es especialmente útil en los casos en que ambas partes de una transacción realizan contribuciones únicas y valiosas. Las razones que se apuntan para ello son las mismas que ya aparecían en la redacción anterior en el párrafo 2.115 (ahora en el párrafo 2.119):
 - ✓ porque en tales supuestos empresas independientes desearían repartirse los resultados en proporción a su respectiva contribución, por lo que un método unilateral no es adecuado;
 - ✓ por tratarse de supuestos en los que no será fácil disponer de información comparable fiable
- Igualmente es muy útil en operaciones altamente integradas, donde resulta impropio un método unilateral y hace falta el empleo de uno bilateral.
- Su flexibilidad para tener en cuenta hechos y circunstancias específicos²⁰³⁷.
- Por último, se alude a la ventaja que representa el que este método evalúa a todas las partes relevantes de la transacción, prestando atención a la contribución que realiza cada parte y al valor de esta en orden a poder determinar una compensación coherente con el *arm's length*. Ciertamente la

²⁰³⁷ Este rasgo ya era destacado en el párrafo 2.118 en su redacción anterior.

redacción contenida en el párrafo 2.122 introducida por la guía difiere de la expuesta en los apartados 2.116 y 2.117 del texto anterior, pero la esencia es la misma. En efecto y en cuanto a la consideración de las contribuciones respectivas de cada parte asociada involucrada en la transacción, antes se ensalzaba el valor del MPU por cuanto en los supuestos en que se dispusiera de información comparable permitía aproximarse al reparto que habrían realizado partes independientes en situaciones comparables, así como valorar las contribuciones respectivas, y en caso de falta de información sobre comparables el MPU permitía acudir a la división de funciones (teniendo en cuenta los activos y los riesgos) para la realización de la imputación de beneficios. Además, en lo concerniente al mérito que supone el que el MPU no se limite al análisis y evaluación de una sola parte, el antiguo párrafo 2.119 subrayaba dicho extremo como especialmente trascendente en los supuestos de la propiedad de intangibles y de las economías de escala u otras eficiencias.

Como debilidades de este método se reseñan:

- Las debilidades del MPU provienen de la dificultad en acceder a la información necesaria²⁰³⁸
 - ✓ para medir los ingresos y costos relevantes;
 - ✓ para identificar los gastos operativos apropiados cuando se aplica el método a los beneficios operativos
- La segunda debilidad que aparece ahora recogida, y no anteriormente, es la de que raramente es usado dicho método por las empresas independientes y, consecuentemente, su utilización por empresas asociadas también es escasa. Ello se debe a que se confunde erróneamente que con el método utilizado haya que replicar resultados de *arm's length*, cuando lo que se persigue no es eso sino que se trate de un medio para establecer o verificar que los resultados son coherentes con el *arm's length*.

ε.6.3. ii) La delineación precisa de la operación.

Para la determinación de la idoneidad del MPU resulta importante la delineación precisa de la operación, la cual requiere el análisis de:

- las relaciones comerciales y financieras entre las entidades asociadas;
- las contribuciones de cada parte;
- y el contexto en el que ocurre la transacción.

²⁰³⁸ La debilidad en la aplicación por la dificultad de acceder a la información de empresas independientes ya era expuesta en el párrafo 2.120 de la anterior redacción. Ahora pasa a exponerse en el párrafo 2.123.

El MPU es el método más adecuado cuando uno o más de los tres indicadores siguientes prevalezcan, bastando con la concurrencia de uno de ellos y sin que sean excluyentes entre sí:

- cuando cada parte de la transacción realice contribuciones que sean al mismo tiempo únicas y valiosas. A este respecto se añaden las siguientes precisiones:
 - ✓ este es el mejor indicador de la procedencia de la utilización del método. En contraposición, cuando una parte realiza funciones simples y no asume riesgos significativos el MPU no se considerará adecuado;
 - ✓ en cuanto al concepto de contribuciones únicas y valiosas se considera que ostentan tal condición las contribuciones que no sean comparables a las realizadas por partes independientes en similares circunstancias (únicas) y, además, representen una fuente clave de los beneficios económicos reales o potenciales (valiosas). Para que la contribución sea valiosa no se precisa que el beneficio económico potencial sea alcanzado, sino que basta que para el éxito de la relación comercial sea clave el éxito de la contribución. En el supuesto de activos intangibles, para determinar si son únicos y valiosos, habrá que estar a las pautas contenidas en el capítulo VI, parágrafo 6.6;
 - ✓ la ausencia de información sobre operaciones no controladas similares no debe conducir *per se* a la idoneidad de este método;
 - ✓ puede servir de mera referencia a efectos de determinar la adecuación de la aplicación del método el que entidades independientes del sector utilicen este método, como así mismo el que precisamente no lo utilicen.
- cuando se trate de operaciones altamente integradas por presentar un alto grado de interconexión, de forma que las funciones desarrolladas, los activos utilizados y los riesgos asumidos por una parte no puedan ser evaluados fiablemente de manera aislada. En términos prácticos, las operaciones estarían "*altamente integradas*" cuando dos o más entidades legales comparten y / o combinan funciones, activos y riesgos, mientras logran conjuntamente un objetivo común. Por tanto, dos son los presupuestos que confieren el carácter de altamente integradas: por una parte, la existencia de un objetivo común y, por otra parte, la combinación de contribuciones conjuntas, de manera que no puede conseguirse el objetivo común sin la otra parte de la transacción. Sin embargo, se advierte que, aunque se trata de un indicador de la adecuación del método, en estos tipos de supuestos es frecuente que se encuentren comparables externos que permitan evaluar la contribución de una parte. La existencia de una estructura de negocio unitaria entre empresas transfronterizas no significa que estemos ante operaciones altamente integradas

- cuando se trate de los supuestos de asunción compartida de riesgos económicamente significativos, o cuando por las partes son asumidos separadamente riesgos estrechamente interrelacionados y/o que no pueden valorarse aisladamente. Este factor es independiente de si la contribución de una parte es única y valiosa, aunque suele suceder que la contribución única y valiosa comporte la asunción compartida de riesgo relacionado con la contribución. Por riesgos estrechamente interrelacionados se entienden aquellos que no se pueden aislar de manera fiable de los riesgos asumidos por la otra parte.

ε.6.3. iii) La disponibilidad de información fiable.

Es el método más apropiado en situaciones en las que los elementos necesarios para otros métodos de precios de transferencia están ausentes.

Si se dispone de información de transacciones independientes comparables fiables, en principio no resultará adecuado el MPU, aunque la existencia de comparables no es suficiente para descartarlo.

ε.6.4. – Enfoques en la aplicación del MPU²⁰³⁹.

Existen diversos enfoques posibles en la aplicación del MPU, aunque los más habituales son dos: el análisis de la contribución y el análisis residual.

La elección del enfoque dependerá de las circunstancias específicas de la transacción objeto de examen, así como de la información disponible.

ε.6.4. i) El análisis de la contribución.

El análisis de la contribución resulta adecuado cuando todas las partes asociadas realizan contribuciones.

Por análisis de la contribución se entiende aquel mediante el cual “*los beneficios relevantes de una transacción controlada son divididos entre empresas asociadas con base en el valor respectivo de las contribuciones realizadas por cada una de las empresas asociadas participando en dichas transacciones, soportado en la medida de lo posible con datos externos de mercado que indiquen como empresas independientes dividirían sus beneficios en circunstancias similares*”²⁰⁴⁰.

²⁰³⁹ Parágrafos 2.149 al 2.153 en la nueva redacción, y parágrafos 2.124 al 2.129 de la redacción anterior

²⁰⁴⁰ Se introduce como definición en el glosario de las Directrices:

“An analysis used in the profit split method under which the relevant profits from controlled transactions are divided between the associated enterprises based upon the relative value of the contributions made by each of the associated enterprises participating in those transactions,

Dos cambios presentan esta nueva definición sobre la contenida anteriormente:

- se cambia la referencia de beneficios combinados por beneficios relevantes;
- se modifica la expresión “*as much as possible*” por “*where possible*”, por lo que el nivel de exigencia de los datos comparables externos aparece ligera y sutilmente relajada, por cuanto “*as much as possible*” imprimía a la exigencia un comportamiento más activo y de esfuerzo por parte de quien utilizaba el referido enfoque.

ε.6.4. ii) El análisis residual.

Este tipo de enfoque se considera que resulta idóneo cuando no todas las contribuciones de las partes, o solo algunas, puedan ser valoradas conforme a un método unilateral y someterse a un análisis de comparabilidad.

Aparece definido como:

“un análisis usado en el MPU por el que se dividen los beneficios relevantes de la transacción objeto de evaluación en dos categorías. La primera categoría son los beneficios atribuibles a contribuciones para las que pueden ser identificadas transacciones comparables fiables: contribuciones típicamente menos complejas para las que se pueden encontrar comparables fiables. Ordinariamente esta remuneración inicial se determinará aplicando uno de los métodos transaccionales tradicionales o el método del margen neto transaccional para identificar la remuneración de transacciones comparables entre empresas independientes. Así, generalmente no contaría para el retorno que sería generado por la segunda categoría de contribuciones, las cuales podrían ser únicas y valiosas, y/o atribuibles a riesgos económicamente significativos de un alto nivel de integración o de asunción compartida. Típicamente, la asignación de cualquier beneficio (o pérdida) residual que permanezca después de asignar los beneficios atribuibles a la primera categoría de contribuciones se basará en el análisis del valor relativo de la segunda categoría de contribuciones de las partes, soportadas cuando sea posible por datos externos de mercado que indiquen cómo empresas independientes dividirían beneficios en circunstancias similares.”²⁰⁴¹

supplemented where possible by external market data that indicate how independent enterprises would have divided profits in similar circumstances”.

²⁰⁴¹ Se introduce como definición en el glosario de las Directrices:

“An analysis used in the profit split method which divides the relevant profits from the controlled transactions under examination into two categories. In the first category are profits attributable to contributions which can be reliably benchmarked: typically less complex contributions for which reliable comparables can be found. Ordinarily this initial remuneration would be determined by applying one of the traditional transaction methods or a transactional net margin method to identify the remuneration of comparable transactions between independent enterprises. Thus, it would generally not account for the return that would be generated by a second category of contributions which may be unique and valuable, and/or are attributable to a high level of integration or the shared assumption of economically significant risks. Typically, the allocation of any residual profit (or loss) remaining after allowing for the profits attributable to the first category of contributions would be based on an analysis of the relative value of the

En este caso los cambios son más sustanciales respecto a la definición anterior, apreciándose que:

- se realiza el consabido cambio de beneficios combinados por el de beneficios relevantes;
- se sustituye el término “*stage*” por el de “*categories*”. A nuestro juicio con ello se pierde la idea que confería el término “*stage*”, alusivo a fases, cuando es obvio que, aunque conceptualmente se aluden a dos categorías de beneficios, realmente son tenidos en cuenta sucesivamente y con una naturaleza residual de la segunda categoría respecto de la primera, que precisamente confieren la denominación al enfoque.
- se distingue al igual que antes entre los beneficios pertenecientes a la primera y a la segunda categoría, pero se desciende más pormenorizadamente en sus características. Así, respecto a la categoría primera se perfila su ámbito conceptual²⁰⁴² y el método de la valoración de su retribución más idóneo. Por lo que concierne a la segunda categoría se mantiene el mismo concepto residual de que se incluirán los beneficios o pérdidas no comprendidos en la primera categoría, los que queden, que se procederán a atribuir conforme al análisis valorativo de las contribuciones respectivas de la segunda categoría de cada parte justificada en la medida de lo posible por comparables externos consistentes con el *arm's length*. En la segunda categoría quedan incluidas las contribuciones únicas y valiosas, la asunción compartida de riesgos económicamente significativos o la asunción separada de riesgos estrechamente relacionados o cuando se trata de actividades con un alto nivel de integración

ε.6.5. – Cómo se aplica el MPU.

La aplicación del MPU se encuentra presidida por el principio de *arm's length*, ya que se enfatiza que debe perseguirse el que el reparto de los resultados se efectúe sobre unas bases económicas que permitan aproximarse al reparto que hubieran anticipado y reflejado en su acuerdo partes independientes en situaciones similares.

Como directrices generales en la aplicación del MPU se señalan:

- consistencia con el análisis funcional y, especialmente, con la asunción de riesgos económicamente significativos;
- los resultados deben ser susceptibles de ser medidos de forma fiable;

second category of contributions by the parties, supplemented where possible by external market data that indicate how independent enterprises would have divided profits in similar circumstances”.

²⁰⁴² Los beneficios atribuibles a las contribuciones que se pueden comparar de manera confiable, normalmente contribuciones menos complejas por lo que resulta más fácil encontrar comparables. Además, se excluyen por lo general de la misma los beneficios procedentes de contribuciones únicas y valiosas o atribuibles a un alto nivel de integración.

- la duración de los acuerdos de determinación de los resultados y de cuáles sean los factores de reparto deben ser previos a la transacción;
- quien utilice el MPU debe estar en disposición de justificar por qué lo ha considerado el método más adecuado y la forma de aplicación en que se ha procedido (en especial los factores de reparto utilizados);
- los criterios utilizados para considerarlo el método más adecuado y para la elección de los factores de reparto deben ser mantenidos durante la duración del acuerdo, salvo que justificadamente se acredite que las circunstancias han cambiado.

La aplicación del MPU comprende dos momentos esenciales: el de la determinación de los resultados a repartir y el del reparto en sí mismo.

ε.6.5. i) La determinación de los resultados a repartir.

La guía proporciona una serie de directrices para la determinación de los resultados a repartir que pasamos a exponer.

1.– El párrafo 2.115, haciéndose eco de lo que ya contenían las redacciones anteriores de las Directrices, aclara que la referencia a beneficios comprende tanto los beneficios como las pérdidas. Así mismo, se admite que el reparto asimétrico de los resultados pueda ser compatible con el *arm's length*, aunque debe de admitirse con moderación y siempre que se encuentren documentalmente justificadas las razones por los que se ha acudido al mismo.

2.– Los resultados a los que hay que atender son los concernientes a las transacciones controladas bajo análisis, lo que supone tener presente las pautas generales sobre el nivel de agregación contenidas en el capítulo III, la identificación y la delineación adecuada de las citadas transacciones y la segregación de los datos financieros. Cosa distinta ocurrirá en el supuesto excepcional en el que la totalidad de las actividades de cada una de las partes estén involucradas de forma significativa en las transacciones.

3.– Criterios que deben seguirse sobre la contabilidad.

Es conveniente la uniformidad en las normas contables aplicadas para la determinación de los resultados, de manera que queden superadas las divergencias que surgirían al considerar los beneficios de varias empresas asociadas radicadas en distintas jurisdicciones con normativas dispares, a cuyo fin se propone (de acorde con la previsión general contenida en el párrafo 2.148) como mecanismo apropiado un acuerdo previo a la aplicación del método en el que queden fijadas las normas contables que van a ser aplicadas por todas las entidades asociadas involucradas en la transacción, así como la vigencia del acuerdo²⁰⁴³.

En caso de que no exista uniformidad, o se aprecien diferencias en las normas contables aplicadas por las partes, deberá de procederse:

²⁰⁴³ El anterior párrafo 2.131 recomendaba las mismas pautas.

- a identificar las diferencias y tratar de conseguir un alineamiento de estas;
- la contabilidad financiera puede ser el punto de partida en caso de falta de armonización de las normas contables, sin perjuicio de otros datos financieros cuando existan, sean fiables, auditables y suficientemente transaccionales²⁰⁴⁴.

4.–El concepto de beneficios relevantes y distintas medidas de estos.

a) En la redacción anterior se aludía a los beneficios combinados de las empresas asociadas, ahora se alude a los beneficios relevantes. La primera incógnita que surge es si son los mismos beneficios y únicamente se ha realizado una matización terminológica o, por el contrario, se trata de conceptos distintos.

El actual texto define los beneficios relevantes de la siguiente manera:

*“The relevant profits to be split under the transactional profit split method are those of the associated enterprises arising as a result of the controlled transactions under review”*²⁰⁴⁵ (parágrafo 2.154)

De lo dicho se desprende que tales beneficios, los cuales también incluyen las pérdidas, se encuentran acotados por partida doble:

- subjetivamente, puesto que deben de ser beneficios y pérdidas concernientes a las entidades relacionadas, no los correspondientes a otras entidades del grupo. Obviamente, de ahí deriva la importancia de que haya de realizarse una importante labor de disección o segregación, lo que puede resultar en ocasiones ciertamente complejo;
- objetivamente, ya que debe de tratarse de beneficios que tengan por fuente exclusivamente la transacción vinculada y no los que provengan de otras fuentes.

Por beneficios combinados se conceptuaba en la redacción anterior:

*“The combined profits to be split in a transactional profit split method are the profits of the associated enterprises from the controlled transactions in which the associated enterprises are engaged. The combined profits to be split should only be those arising from the controlled transaction(s) under review.”*²⁰⁴⁶ (parágrafo 2.130)

Como es fácil de constatar, el concepto de beneficios combinados acotaba en idénticos ámbitos su alcance, esto es, subjetiva y objetivamente, con una extensión igual en cada uno de ellos.

²⁰⁴⁴ En similares términos se pronunciaba el parágrafo 2.132 anterior.

²⁰⁴⁵ “Los beneficios relevantes que deben ser repartidos conforme al método de distribución de resultados son aquellos beneficios de las empresas asociadas que provienen como resultado de las transacciones vinculadas bajo examen”.

²⁰⁴⁶ “Los beneficios combinados que deben ser repartidos conforme al método de distribución de resultados son aquellos beneficios de las empresas asociadas provenientes de las transacciones vinculadas en las que participan aquellas. Los beneficios combinados que se dividirán solo deben ser los que surjan de las transacciones vinculadas bajo examen”.

Se trata por tanto de un mero cambio terminológico y de redacción, pero no conceptual. Con ello se consigue una mayor claridad, por cuanto con la terminología de “*beneficios combinados*” se daba lugar al equívoco de que pudieran tomarse en consideración beneficios y pérdidas que tuvieran su fuente en las propias operaciones objeto de examen o no, así como beneficios y pérdidas relativos a otras entidades del mismo grupo que no participaran en modo alguno en las operaciones vinculadas objeto de análisis. Ahora ya no cabe esa interpretación, porque tienen la consideración de relevantes los que tengan su origen, subjetiva u objetivamente, en un ámbito distinto del acotado.

b) La guía dedica los párrafos 2.162 a 2.165 (antes 2.137 y ss.) a los distintos parámetros económicos cuantificadores de los resultados (o medida de los beneficios que es como son denominados en el texto) que en cada caso pueden ser tomados en consideración para la determinación de los “*beneficios relevantes*” y que vienen a complementar el concepto.

La medida de los beneficios a tomar en consideración dependerá de la delineación de la transacción concreta de que se trate.

La regla general será que los beneficios operativos²⁰⁴⁷ serán los más convenientes por cuanto aseguran que los ingresos y gastos son atribuidos a las entidades vinculadas relevantes convenientemente sobre bases consistentes.

Pero la operación que haya quedado perfilada puede aconsejar que se acuda a otras medidas de los beneficios, como pudieran ser los beneficios brutos²⁰⁴⁸ para en un momento posterior proceder a deducir los gastos conforme a la atribución pertinente imputable a cada parte, bien porque se haya incurrido en los mismos o bien porque le sea atribuible.

El criterio de la elección de una medida u otra estriba en que con arreglo a los beneficios operativos se pueden estar atribuyendo beneficios a una parte que no ha asumido unos determinados riesgos, cuando la razón significativa de dichos beneficios procede de ellos.

Descendiendo a casos concretos se recomienda la medida de los beneficios brutos cuando las empresas relacionadas asumen riesgos relativos al mercado (referentes al volumen de ventas y los precios cobrados) y riesgos asociados a la producción o adquisición de bienes y servicios. En cambio, cuando las entidades relacionadas asumen además de los anteriores riesgos otros concernientes al nivel de los gastos operativos (p.ej. inversión en intangibles), se recomienda acudir a los beneficios operativos, porque las entidades estarán realizando funciones integradas o conjuntas donde todas las entidades participan en todos los riesgos. O, por último, se cita el ejemplo de dos empresas asociadas especializadas en la fabricación y cada una con intangibles únicos y valiosos que se ponen de acuerdo

²⁰⁴⁷ Se corresponde a la cifra de negocios descontados los gastos de explotación (costes de bienes y servicios vendidos, costes generales, costes de marketing y ventas, gastos de consultorías, costes I+D).

²⁰⁴⁸ Se corresponde a la diferencia entre los ingresos obtenidos y el coste de producción.

en contribuir con sus intangibles a producir productos innovadores y complejos, en cuyo caso solamente compartirán el riesgo del éxito del producto en el mercado, pero no los relacionados con los gastos de venta.

5.– Ganancias reales y ganancias anticipadas.

Pueden presentarse casos de ganancias reales, ganancias anticipadas o ganancias combinadas. En la nueva guía aparecen tratadas en los párrafos 2.158 al 2.161; antes se ocupaban de las mismas los párrafos 2.133 al 2.136, utilizando la terminología de ganancias proyectadas en lugar de ganancias anticipadas.

Las pautas suministradas cambian sustancialmente de las anteriores, porque si antes se centraban en las guías que debía seguir la Administración tributaria para evaluar el comportamiento de las empresas asociadas que habían estimado adecuada la aplicación del MPU, ahora se ocupan de deslindar cuando son admisibles las ganancias reales y cuando las anticipadas. Así, se considera que cuando se haya estimado que el MPU es el adecuado:

- ✓ el reparto de los beneficios reales será apropiado cuando se hayan compartido los riesgos asociados a la oportunidad de negocio y ello se desprenda de la descripción precisa de la operación, o separadamente si se trató de riesgos estrechamente relacionados;
- ✓ el reparto de los beneficios anticipados o proyectados sería idóneo cuando una de las partes no asuma riesgos económicamente significativos asociados a la oportunidad de negocio.

En la aplicación del MPU las partes deben operar sobre la base de información conocida o razonablemente previsible en el momento en que se realizaron las transacciones, no admitiéndose el análisis retrospectivo²⁰⁴⁹, realizándose una remisión a lo dispuesto en el capítulo III, párrafo 3.74. En la redacción anterior se advertía que no era respetuoso con el *arm's length* el que las AATT en sus actuaciones posteriores a las transacciones no tuvieran en consideración que los contribuyentes fijaron el reparto de beneficios sin el conocimiento de datos que razonablemente no pudieron prever, ya que las empresas independientes en condiciones comparables se habrían basado en proyecciones no verificadas y sin conocer esos datos.

ε.6.5. ii) El reparto de los resultados determinados: los factores de reparto.

La división de los beneficios relevantes generalmente se logra utilizando uno o más factores de división de beneficios.

Los factores de división deben cumplir las siguientes características:

²⁰⁴⁹ Esta recomendación ya aparecía en el párrafo 2.136 del texto anterior.

- deben ser independientes de las políticas de precios de transferencia de las empresas asociadas, basándose exclusivamente en datos objetivos;
- deben ser verificables;
- deben estar justificados por datos comparables externos, datos internos o ambos.

La elección de los factores idóneos deberá efectuarse atendiendo a aquellos factores que mejor reflejen las contribuciones claves para la creación de valor, para lo cual resultará esencial el análisis funcional. En este sentido se puntualiza en relación con los intangibles que²⁰⁵⁰:

- la titularidad legal sobre intangibles no crea un valor significativo;
- lo importante es el control sobre el riesgo y las funciones claves de desarrollo, la mejora, el mantenimiento, la protección o la explotación de intangibles.

Resta por exponer cuáles son los factores de reparto. Tanto la guía OCDE como el informe JTPF aluden sin carácter de exhaustividad a algunos de los principales factores que pueden ser usados en la división de los beneficios determinados. El presupuesto de aplicabilidad radica en que proporcionen resultados acordes con el *arm's length*.

La guía cita:

- factores basados en los activos;
- factores basados en costes;
- factores basados en los incrementos de ventas;
- factores basados en compensaciones de los empleados.

El informe del JTPF los agrupa en cinco categorías:

- A. Factores basados en las personas (*People-based factors*)
- B. Factores basados en ventas y volúmenes (*Sales/volume based factors*).
- C. Factores basados en activos (*Asset-based factors*)
- D. Factores basados en costes (*Cost-based factors*).
- E. Otros Factores.

A. Factores basados en las personas (*People-based factors*).

Este tipo de factores resultan idóneos cuando las funciones de las personas son un factor clave para la creación del valor de un negocio.

Como parámetros se pueden tomar o las compensaciones(retribuciones) que se realizan a los empleados y/o el número de empleados.

La dificultad estriba en determinar qué empleados habrán de ser tomados en consideración, porque solo podrán incluirse aquellos cuya actividad esté

²⁰⁵⁰ Sobre esta materia nos detenemos suficientemente en otro apartado de este trabajo al que nos remitimos.

relacionada con la contribución que realiza la entidad y determinaron la elección del MPU como método adecuado.

B. Factores basados en ventas y volúmenes (*Sales/volume based factors*).

Estos factores se suelen utilizar junto con otros factores relativos, por ejemplo:

- los esfuerzos en venta, marketing y distribución;
- los esfuerzos I+D y calidad.

C. Factores basados en activos (*Asset-based factors*).

Serán idóneos cuando la contribución consista en activos intangibles.

El problema en la utilización de este tipo de factores surgirá en la valoración de tales activos, dada la subjetividad y complejidad que conlleva. El valor contable no podrá ser atendido, sino que habrá que atender al valor de *arm's length*. Hay opiniones que favorecen el que se tome en consideración las tasas de regalías o las franquicias. También existe controversia sobre si debe ser valorada la propiedad legal o la económica.

Igualmente pueden existir dificultades desde la perspectiva de la ubicación del intangible.

D. Factores basados en costes (*Cost-based factors*).

Son idóneos cuando se trata de actividades creadoras de valor desarrolladas conjuntamente, ya que todas las partes habrán participado en los costes y en la medida respectivamente en que los hayan soportado habrán de recibir los retornos en forma de beneficios y pérdidas.

E. Otros factores.

Como categoría de cierre se incluye una residual en la que pueden tener cabida múltiples y heterogéneos factores. Entre los más frecuentemente utilizados se citan: los que tienen en cuenta las contribuciones respectivas sopesadas en base al análisis funcional, las referencias externas o la financiación mediante *hedge funds*.

6.2.2.d La era post-BEPS en España.

La doble condición de España como miembro de la OCDE y de la U.E. ha supuesto que el ordenamiento tributario español no haya escapado a la influencia de las acciones BEPS. Como destaca SERRANO ANTÓN²⁰⁵¹, la implementación del Plan BEPS requiere cambios no solo en la normativa fiscal internacional sino también en las nacionales, condicionando a los ordenamientos jurídicos sin necesidad de esperar a tratados ML.

²⁰⁵¹ SERRANO ANTÓN, F. (2015a).

Por su parte MARTÍNEZ MATOSAS y CUESTA CUESTA²⁰⁵² aprecian que el impacto del Plan BEPS ha sido bastante significativo, siendo España uno de los primeros países que procedieron a introducir y desarrollar las medidas fiscales recomendadas, casi todas quedando plasmadas en la reforma operada en el ordenamiento nacional en el año 2015²⁰⁵³. Incluso el espíritu ha sido acogido por los Tribunales en distintas sentencias como la SSTS 9 y 12 febrero de 2015. Así la Exposición de Motivos de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre alude a la lucha contra el fraude fiscal como uno de los motores de reforma²⁰⁵⁴.

La Acción 1, centrada en abordar los retos de la Economía Digital, tuvo su repercusión en dos áreas fundamentales:

a) En materia de IVA y con efectos a partir de 2015 se introdujeron nuevos criterios para la determinación del lugar de prestación de servicios de telecomunicaciones, radiodifusión y televisión, así como otros servicios prestados por vía electrónica

b) En la consideración del concepto de establecimiento permanente el caso Dell ofreció la oportunidad a los tribunales españoles de pronunciarse sobre las particularidades que puede presentar una página web y la circunstancia de que los servidores en que se aloja se encuentren ubicados en una jurisdicción concreta.

La Acción 2, dedicada a los instrumentos híbridos, en el Impuesto sobre sociedades acarrearía dos modificaciones:

a) la introducción de una cláusula antiabuso en el artº 15.j LIS, que persigue solucionar supuestos de doble no imposición y de doble tributación, en el que se disponía que no tendrían la consideración de gastos fiscalmente deducibles los *“correspondientes a operaciones realizadas con personas o entidades vinculadas que, como consecuencia de una calificación fiscal diferente en estas, no generen ingreso o generen un ingreso exento o sometido a un tipo de gravamen nominal inferior al 10 por ciento”*.

La aplicación de la disposición requería un triple elemento (PATÓN GARCÍA²⁰⁵⁵):

²⁰⁵² MARTÍNEZ MATOSAS, E. y CUESTA CUESTA, L. (2019).

²⁰⁵³ A través de la Ley 27/2014 del Impuesto sobre Sociedades y el Real Decreto 634/2015, de 10 de julio, Reglamento del Impuesto sobre Sociedades.

²⁰⁵⁴ *“resulta esencial incrementar las medidas que favorezcan una efectiva lucha contra el fraude fiscal, no solo a nivel interno sino en el ámbito de la fiscalidad internacional. Precisamente en este ámbito, los últimos trabajos elaborados por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico y materializados en los planes de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios, constituyen una herramienta fundamental de análisis del fraude fiscal internacional. En este marco, la presente reforma anticipa medidas encaminadas a este objetivo, como es el caso del tratamiento de los híbridos, o las modificaciones realizadas en materia de transparencia fiscal internacional u operaciones vinculadas[...] el tratamiento de las rentas derivadas de la tenencia de participaciones se complementa con una importante reforma del régimen de transparencia fiscal internacional, reestructurándose todo el tratamiento de la doble imposición con un conjunto normativo cuyo principal objetivo es atraer a territorio español la tributación de aquellas rentas pasivas, en su mayoría, que se localizan fuera del territorio español con una finalidad eminentemente fiscal”*.

²⁰⁵⁵ PATÓN GARCÍA, G. (2016).

- Subjetivo: se tratase de operaciones entre entidades vinculadas, lo que suponía una remisión a las consideraciones contenidas en el artº18 LIS
- Objetivo: la operación genere un gasto en sede de una entidad residente en territorio español
- como consecuencia de una diferente calificación fiscal, que es el núcleo de la cuestión, en la otra parte de la operación, el cobro no genere ingreso o de generarlo esté exento o bien sometido a un tipo nominal inferior al 10%.

El supuesto más frecuente ocurrirá cuando una entidad residente reciba recursos (operación de deuda o empréstito) que conlleve el pago de intereses (gasto conforme a normativa Española), pero que en la jurisdicción de la entidad pagadora la operación se califique como de aportación de fondos propios (aportación a capital o préstamo participativo) y, por tanto, el pago que reciba se entienda como distribución de dividendos procedentes de la entidad residente en jurisdicción española que se encuentre sujeto a exención. La norma española considera que en caso de concurrencia de los presupuestos previsto, como por la asimetría en el tratamiento se produciría una doble no imposición o una imposición muy débil (inferior al 10%), no se podrá tratar el pago como un gasto deducible.

De forma pareja, en el artº21 LIS se regulaba desde 1 enero de 2015 la exención de los dividendos percibidos por entidad residente en territorio español, donde se incardinarían precisamente las operaciones en las que los flujos se produjesen en sentido inverso, y tributaran en el exterior (se dice: *“sujeta y no exenta por un impuesto extranjero de naturaleza idéntica o análoga a este Impuesto a un tipo nominal de, al menos, el 10 por ciento”*).

b) por otro lado, también en el artº21 LIS.1 prevé que no se aplicará la exención a dividendos y rentas derivadas de la transmisión de valores representativos de los fondos propios de entidades residentes y no residentes en territorio español *“respecto del importe de aquellos dividendos o participaciones en beneficios cuya distribución genere un gasto fiscalmente deducible en la entidad pagadora”*.

Mediante RD Ley 4/2021 de 9 de marzo, volvería a producirse una nueva modificación en el régimen de híbridos. Se trataba de la transposición al ordenamiento español de la Directiva (UE) 2016/1164 del Consejo, de 12 de julio de 2016 (ATAD I), posteriormente modificada mediante la Directiva (UE) 2017/952 del Consejo, de 29 de mayo de 2017 (ATAD II). A través de la modificación se incorpora el artº 15 bis a la LIS, titulado *“Asimetrías Híbridas”* y que se compone de 13 apartados a través de los cuales se ha querido *“la eliminación de determinados resultados de doble no-imposición derivados de una diferente calificación de instrumentos financieros, entidades y establecimientos permanentes y, más concretamente, de una dispar*

calificación y tratamiento tributario de rendimientos en diferentes ordenamientos” (MARTÍNEZ LAGUNA²⁰⁵⁶).

La Acción 4 se ocupa de las conductas mediante las que se pretenda desplazamientos de bases imponibles a través de pagos de intereses y otros gastos financieros excesivos y, en definitiva, prevalerse del mecanismo del pago de intereses para planificación fiscal carente de sustento y realidad económica. La Ley 27/2014 IS vino a modificar el régimen en un doble sentido:

a) el establecimiento de la no deducibilidad de los gastos financieros generados en el seno de un grupo mercantil derivados de deudas con entidades del grupo destinados a la adquisición a otras entidades del grupo de participaciones en el capital social o realización de aportaciones de capital (se trataría de operaciones muy cercanas a la autocartera), salvo que se acredite motivos económicos válidos

b) los parámetros cuantitativos del régimen de deducibilidad de los gastos financieros derivados de préstamos denominados *Leverage Buy Out* (LBO). Los gastos financieros netos²⁰⁵⁷ deducibles contenidos hasta entonces en el artº 20 pasaron a estar regulados en el artº16.1:

1. Los gastos financieros netos serán deducibles con el límite del 30 por ciento del beneficio operativo del ejercicio.

A estos efectos, se entenderá por gastos financieros netos el exceso de gastos financieros respecto de los ingresos derivados de la cesión a terceros de capitales propios devengados en el período impositivo, excluidos aquellos gastos a que se refieren las letras g), h) y j) del artículo 15 de esta Ley.

El beneficio operativo se determinará a partir del resultado de explotación de la cuenta de pérdidas y ganancias del ejercicio determinado de acuerdo con el Código de Comercio y demás normativa contable de desarrollo, eliminando la amortización del inmovilizado, la imputación de subvenciones de inmovilizado no financiero y otras, el deterioro y resultado por enajenaciones de inmovilizado, y adicionando los ingresos financieros de participaciones en instrumentos de patrimonio, siempre que se correspondan con dividendos o participaciones en beneficios de entidades en las que, o bien el porcentaje de

²⁰⁵⁶ MARTÍNEZ LAGUNA, F. D. (2021).

²⁰⁵⁷ Por gastos financieros netos se entiende el exceso de los gastos financieros respecto de los ingresos financieros derivados de la cesión a terceros de capitales propios, devengados ambos en el período impositivo. No se computan dentro de los gastos financieros:

- Los gastos correspondientes a operaciones realizadas, directa o indirectamente, con personas o entidades residentes en paraísos fiscales o que se paguen a través de personas o entidades residentes en estos territorios;
- los gastos que no tienen la consideración de fiscalmente deducible derivados de deudas contraídas con otras entidades del mismo grupo mercantil cuyo destino es adquirir a otras entidades del grupo participaciones en el capital de otras entidades del grupo participaciones en el capital de otras entidades o bien ser aportado al capital de otras entidades del grupo;
- los gastos financieros que correspondan a operaciones vinculadas que tengan una calificación fiscal diferente en estas entidades, y en consecuencia de esa diferente calificación no generen un ingreso o generen un ingreso exento o sometido a un tipo de gravamen nominal inferior al 10%.

participación, directo o indirecto, sea al menos el 5 por ciento, o bien el valor de adquisición de la participación sea superior a 20 millones de euros, excepto que dichas participaciones hayan sido adquiridas con deudas cuyos gastos financieros no resulten deducibles por aplicación de la letra h) del apartado 1 del artículo 15 de esta Ley.

Por tanto, el límite del 30% sobre el beneficio operativo de deducibilidad de los gastos financieros generados se mantenía, pero la inversión se había elevado de 6 millones a 20 millones de euros cuando la participación fuera inferior al 5%.

El apartado 1 del artº16 sufriría dos modificaciones posteriores. Una mediante la Ley 11/2020 de 30 de diciembre y otra mediante RD Ley 4/2021 de 9 de marzo. La referencia a que el valor de adquisición de la participación fuera superior a 20 millones había desaparecido.

La Acción 3 y el régimen de transparencia fiscal internacional²⁰⁵⁸ recomendado se traducirían en nuestro ordenamiento en una nueva redacción del artº 100 LIS²⁰⁵⁹ respecto a la imputación forzosa a una sociedad española de las rentas positivas obtenidas por una filial no residente. Se trata de imputar la totalidad de la renta obtenida por una entidad calificada como CFC cuando no disponga de medios materiales y personales que la justifique. Consecuentemente no resultará de aplicación el régimen de transparencia fiscal cuando se justifique que obede a motivos económicos válidos o cuando se acredite que la entidad CFC se vale para la obtención de las rentas de medios materiales y personales de una entidad no residente que pertenezca al mismo grupo conforme a la concepción del artº42 C. de Com. Posteriormente el art 100 sería reformado mediante el RD Ley 4/2021 de 9 de marzo.

En línea con la Acción 5, mediante Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para 2016 se introdujo el régimen de *patent box* que afecta al cálculo del incentivo fiscal de la reducción de las rentas procedentes de determinados activos intangibles y que se reflejaría fundamentalmente en los apartados 1,2 y 3 del artº23 LIS

²⁰⁵⁸ Con el que se persigue evitar que los contribuyentes erosionen la base imponible en su país de residencia trasladando sus rentas a una entidad residente en una jurisdicción distinta.

²⁰⁵⁹

“1. Los contribuyentes imputarán en su base imponible las rentas positivas a que se refieren los apartados 2 o 3 de este artículo cuando se cumplan las circunstancias siguientes:

a) Que por sí solas o conjuntamente con personas o entidades vinculadas en el sentido del artículo 18 de esta Ley tengan una participación igual o superior al 50 por ciento en el capital, los fondos propios, los resultados o los derechos de voto de la entidad no residente en territorio español, en la fecha del cierre del ejercicio social de esta última.

El importe de la renta positiva a imputar se determinará en proporción a la participación en los resultados y, en su defecto, en proporción a la participación en el capital, los fondos propios o los derechos de voto.

b) Que el importe satisfecho por la entidad no residente en territorio español, imputable a alguna de las clases de rentas previstas en el apartado 2 o 3 de este artículo por razón de gravamen de naturaleza idéntica o análoga a este Impuesto, sea inferior al 75 por ciento del que hubiera correspondido de acuerdo con las normas de aquel”.

En lo referente a las Acciones 8 a 10 que son las que vienen a ocuparse de los precios de transferencia, las novedades legislativas arrastradas por las acciones BEPS han quedado plasmadas tanto en la Ley 27/2014 como en el desarrollo reglamentario de la misma, aprobado por el Real Decreto 634/2015, de 10 de julio. Así, ya en la Exposición de Motivos de la Ley 27/2014 se destaca la trascendencia de las Directrices de la OCDE en la interpretación y aplicación de la regulación prevista para las operaciones vinculadas:

“Por otra parte, el tratamiento fiscal de las operaciones vinculadas constituye un elemento trascendental internacionalmente, al cual se dedican específicamente tanto la Unión Europea como la OCDE. En este sentido, debe tenerse en cuenta que la interpretación del precepto que regula estas operaciones debe realizarse, precisamente, en concordancia con las Directrices de Precios de Transferencia de la OCDE y con las recomendaciones del Foro Conjunto de Precios de Transferencia de la UE, en la medida en que no contradigan lo expresamente señalado en dicho precepto, o en su normativa de desarrollo.”

Ahora el régimen de operaciones vinculadas ya no estaría en el artº16 sino en el artº18.

Las principales áreas de novedades introducidas han sido:

- a) En cuanto a los deberes de documentación:
 - simplificación de los deberes de documentación para entidades o grupo de entidades con una cifra de negocios inferior a 45 millones de euros
 - El capítulo V del Título I del Reglamento IS²⁰⁶⁰, titulado *“Información y documentación sobre entidades y operaciones vinculadas”* ha venido a

²⁰⁶⁰ Los artº13 y 14 RIS contienen el régimen del Informe país por país precisando:

- e) Sujetos obligados. Se encuentran obligadas:
 - las entidades residentes en territorio español que tengan la condición de dominantes de un grupo conforme a lo dispuesto en el artº 18.2 LIS y que no sean dependientes de otra a su vez;
 - las entidades residentes en territorio español dependientes, directa o indirectamente, de una entidad no residente en territorio español, que no sea al mismo tiempo dependiente de otra, así como los establecimientos permanentes en territorio español de entidades no residentes del grupo, siempre que se produzcan cualquiera de las circunstancias:
 - ✓ no exista una obligación de información país por país en términos análogos a la prevista en este apartado respecto de la referida entidad no residente en su país o territorio de residencia fiscal;
 - ✓ no exista un acuerdo de intercambio automático de información entre autoridades competentes, respecto de dicha información, con el citado país o territorio
 - ✓ se haya producido un incumplimiento sistemático del acuerdo de intercambio automático de información y haya sido comunicado por la Administración tributaria española a las entidades dependientes o a los establecimientos permanentes residentes en territorio español en el plazo previsto.
 - excepción: no existe obligación cuando el grupo multinacional haya designado para que presente la referida información a una entidad dependiente constitutiva del grupo que sea residente en un Estado miembro de la Unión Europea, o bien cuando la información haya sido ya presentada en su territorio de residencia fiscal por otra entidad no residente nombrada por el grupo como subrogada de la entidad matriz.
- f) Información que deberá contener:
 - Ingresos brutos del grupo, distinguiendo entre los obtenidos con entidades vinculadas o con terceros.

recoger las recomendaciones del Informe de la Acción 13 sobre los deberes de documentación. España se ha adelantado así a cuanto posteriormente sería recogido por la Directiva (UE) 2016/881 del Consejo, de 25 de mayo de 2016 que sería el instrumento en el espacio europeo de regular el informe país por país. La redacción vino a ser modificada por RD 1074/2017 de 29 de diciembre y por RD 1178/2020

b) en cuanto a la definición del perímetro subjetivo se procedió a reducir la participación necesaria en la relación sociedad–socio para estimar existencia de vinculación, pasando del 50 % al 25% (1% en cotizadas). Además, se excluyó de la consideración de operaciones vinculadas las retribuciones a consejeros y administradores por el ejercicio de sus funciones.

c) en cuanto a los métodos de valoración se eliminó la jerarquía o preferencia en la elección del método de valoración aplicable, abandonándose la primacía de los métodos transaccionales y alineándose con el criterio del método más adecuado. Incluso se admite con carácter subsidiario y siempre que se justifique, otras metodologías distintas a las cinco tradicionales siempre que sean acordes con el *arm's length*.

En el marco de la Acción 15, el 7 de junio de 2017 tuvo lugar la firma del Convenio Multilateral para implementar las medidas del Plan BEPS, aunque como tenemos recogido habría que esperar a su publicación en el BOE el 4 de diciembre de 2020.

El Real Decreto 399/2021, de 8 de junio, modificó el Reglamento de procedimientos amistosos en materia de imposición directa, aprobado por el Real Decreto 1794/2008, de 3 de noviembre, y otras normas tributarias. Como principal novedad, este real decreto introduce en el Reglamento de procedimientos amistosos en materia de imposición directa un nuevo título IV en el que se regulan los mecanismos de resolución de litigios a que se refiere la Directiva (UE) 2017/1852.

-
- Resultados antes del Impuesto sobre Sociedades o Impuestos de naturaleza idéntica o análoga al mismo.
 - Impuestos sobre Sociedades o Impuestos de naturaleza idéntica o análoga satisfechos, incluyendo las retenciones soportadas.
 - Impuestos sobre Sociedades o Impuestos de naturaleza idéntica o análoga al mismo devengados, incluyendo las retenciones.
 - Importe de la cifra de capital y otros resultados no distribuidos en la fecha de conclusión del período impositivo.
 - Plantilla media.
 - Activos materiales e inversiones inmobiliarias distintos de tesorería y derechos de crédito.
 - Lista de entidades residentes, incluyendo los establecimientos permanentes y actividades principales realizadas por cada una de ellas.
 - Otra información que se considere relevante y una explicación, en su caso, de los datos incluidos en la información.
- g) Plazo de presentación
- h) Formulario: La Orden HFP/1978/2016, de 28 de diciembre, vino a regular el modelo 231 para la presentación del Informe.

CONCLUSIONES

Si tuviéramos que aglutinar en un solo pensamiento cuanto precede a estas líneas, irremediablemente tendríamos que propinar un golpe bajo a nuestro apreciado principio de *arm's length*, porque nadie puede discutir que nos encontramos ante “*malos tiempos para*” el mismo. Con ocasión del desarrollo del Plan BEPS se ha calificado la situación de un nuevo paradigma de la fiscalidad internacional²⁰⁶¹, de la refundación del Derecho Internacional Tributario²⁰⁶², incluso se ha afirmado que las acciones BEPS constituyen en sí mismas la alternativa al *arm's length*. Fuera como fuese, en esta época del negacionismo, pareciera que cada vez existen más detractores del valor/eficacia del *arm's length* dispuestos en silencio a entonar un edulcorado *mea culpa* bajo la consigna del “*yo no tengo la culpa de verte caer*”.

En nuestra opinión tres factores coadyuvan entre sí para crear el clímax o momento de máxima tensión en el que nos situamos.

En primer lugar, la circunstancia insoslayable de encontrarse en juego nada menos que las soberanías nacionales y las potestades estatales frente a cuál debe ser el criterio aplicable en el reparto de los beneficios reportados por las operaciones transnacionales en las que normalmente se encuentran inmersas las MNEs. Ni siquiera en espacios geográficos más reducidos, como es el representado por la U.E., existe consenso sobre la cesión de potestades legislativas en materia de imposición directa, luego cuánto más enmarañado resultará cuando se procuren soluciones globales o, al menos, de mayor amplitud. Se trata de un ámbito en el que debido a la trascendencia económica de los posicionamientos que se puedan adoptar surgen conflictos entre los intereses de los distintos Estados. Porque, aunque el punto de mira en los últimos tiempos, y sobre todo subrayado por el Proyecto BEPS, se haya centrado en la elusión y evasión fiscal, el problema latente originario es de reparto de los ingresos fiscales en situaciones transaccionales que involucren distintas jurisdicciones fiscales. De ahí que certeramente se predique que nos situamos ante un problema de equidad interestatal²⁰⁶³. Ello indeleblemente acarrea un nuevo elemento de consideración en nuestro discurso sobre la fundamentación del principio de *arm's length*; ya no se trata de un problema de paridad entre contribuyentes (entidades asociadas y no asociadas), sino que el principio de capacidad económica deja de tener la exclusividad como mecanismo rector al que atender en el reparto de beneficios procedentes de este tipo de operaciones, debiendo complementarse con la equidad interestatal.

En segundo lugar, hay que reparar en la complejidad de la sociedad actual y la forma de relacionarse e interactuar los distintos sujetos que la conforman. La complejización es producto de factores variados que se reconducen siempre hacia dos ejes: por un lado, la globalización y el surgimiento de la aldea global y, por otro lado, los avances científicos y tecnológicos. La complejización se manifiesta en todos los órdenes de la vida: las relaciones sociales y comerciales, en el mundo laboral (jamás se hubiera alcanzado antes imaginar que de la noche a la mañana pudieran estructurarse las empresas en

²⁰⁶¹ CARBAJO VASCO, D. (2014). MENDOZA LÓPEZ, D. y VALDEZ AGUIRRE, F. (2019).

²⁰⁶² AVI-YONAH, R.S. (2014)

²⁰⁶³ SOLER ROCH. T. (2017)

teletrabajo), las transacciones a distancia, los transportes y las comunicaciones, etc. Y la complejización adopta tal grado de celeridad que los esquemas tradicionales requieren constantes ajustes. En nuestra materia ello ha supuesto la deslocalización en gran parte de las transacciones, creando necesidades a la hora de establecer los puntos de conexión y los criterios que deben servir para el sempiterno problema del reparto de los beneficios. Pero no solo por el establecimiento de tales criterios, sino por proveer al sistema de los mecanismos que permitan controlar la eficiencia de los criterios de conexión. Conexión y control de la conexión se erigen en piedras angulares para solventar cuantos problemas acarrea la complejización.

En tercer y último lugar, no se puede olvidar el factor humano individual, constantemente inclinado a la maximización de beneficios. No importa que se trate de empresas, por cuanto los beneficios siempre repercutirán en las retribuciones de los administradores sociales y el reparto de dividendos de los socios, y unos y otros son los que conforman la voluntad social a través de los órganos sociales que adoptan las decisiones empresariales de toda índole.

El cóctel de estos tres elementos explica los acontecimientos y situaciones, incidiendo unas veces más unos, y otras veces más otros (léase fenómenos de la competencia fiscal interestal y las ayudas de Estado, o la elusión y evasión fiscal, la planificación fiscal, etc.)

Por otra parte, ninguna duda nos alberga que solamente desde un análisis evolutivo del principio del “*arm’s length*” se podrá llegar a precisar si es necesario el cambio o, por el contrario, es susceptible de continuar manteniéndose como el criterio que hasta ahora la comunidad internacional ha venido utilizando de forma mayoritaria para la resolución del problema del “reparto del pastel”. En la elaboración del presente trabajo, precisamente por nuestro convencimiento de la necesidad de un análisis evolutivo, hemos dedicado gran parte de nuestro esfuerzo a ofrecer una visión del cambio gradual de algunos de los aspectos más interesantes y convenientes para el correcto entendimiento de lo que ha sido y es el principio de *arm’s length*. En interrogación queda lo que sucederá a partir de aquí, porque frente a quienes con especial pasión han exhortado a su abandono, se erigen voces muy autorizadas que perciben el error de estar matándose al mensajero²⁰⁶⁴. Quizá el problema no se encuentre tanto en el principio de *arm’s length* como en los agentes intervinientes en su aplicación, especialmente en quienes con su potestad de determinación de las políticas fiscales podrían subsanar las deficiencias que se presentan. En este sentido, defendemos que el principio de *arm’s length* supone un mecanismo lo suficientemente flexible como para superar los retos de la deslocalización que presentan la economía digital, los intangibles y la globalización de las transacciones internacionales. Será cuestión de adaptación. Nadie polemiza sobre que el *arm’s length* es dependiente del tiempo y de su contexto²⁰⁶⁵, pero ello no impide su adaptabilidad a las nuevas circunstancias. A su favor tiene la seguridad jurídica que

²⁰⁶⁴ EDEN, L. (2019)

²⁰⁶⁵ GREIL, S. (2019)

genera su amplia aceptación internacional y la innecesariedad de cambios que comporta en la red de tratados que combaten la doble imposición.

En el momento actual, en el que el Plan BEPS se encuentra todavía en sus momentos de implementación, quizá resulte prematuro el evaluar de forma desconsiderada el comportamiento del *arm's length* en el nuevo contexto. Cosa distinta será para quien se haya visto decepcionado por el contenido con el que a la postre ha sido dotada cada una de las Acciones BEPS²⁰⁶⁶, pero se trata de asuntos distintos; estrechamente relacionados, aunque indiscutiblemente diferenciados.

A la claridad no contribuye el choque de trenes propiciado por el distanciamiento entre las propuestas del Plan BEPS en materia de precios de transferencia y el relanzamiento el 25 octubre de 2016 por parte de la Comisión Europea de la Propuesta BICIS/BICCIS. Sin ningún género de dudas la aprobación de esta Directiva traería profundas consecuencias para el principio de *arm's length*, especialmente tomando en consideración el carácter de *hard law* con que se encuentran investidas las Directivas europeas para su espacio jurídico, frente al mero carácter de *soft law* otorgado a las acciones BEPS. La nueva propuesta BEFIT tampoco ayuda en la materia.

Una nueva vuelta de tuerca ha sufrido el *arm's length* con la publicación en julio de 2021 de los Pilares Uno y Dos por parte del Marco Inclusivo. El Pilar Uno, conforme hemos expuesto, viene a proponer una reasignación de rentas empresariales a través de un mecanismo formulario, por lo que el reparto de la *Cantidad A* supone un paso más en el alejamiento del estándar de *arm's length*, lo que ha sido calificado por BRACCIA²⁰⁶⁷ como apartamiento de la lógica estricta del *arm's length* y del enfoque de entidad separada, si bien cuando se analiza en profundidad no significa el principio del fin del principio *arm's length*, antes bien, significa la manera de reforzar y uniformar su aplicación por parte de las Administraciones tributarias. Para alcanzar tal consideración se pueden tomar en consideración cuatro aspectos:

- a) el régimen de la *Cantidad A* “se aplicará como una superposición (“overlay”) de las reglas de atribución de beneficios existentes”, por tanto, no las sustituyen ni eliminan;
- b) el régimen se encuentra limitado subjetiva y objetivamente, por cuanto se aplicará solamente a las empresas que cumplan los parámetros cuantitativos especificados y a un porcentaje de los beneficios residuales (no a todos);
- c) el régimen viene a simplificar y agilizar la aplicación del principio de *arm's length* en las actividades rutinarias de marketing y distribución,
- d) superar los inconvenientes y complejización que supone la coexistencia de múltiples regímenes de impuestos digitales nacionales que quedarán eliminados con la implantación de la *Cantidad A*.

²⁰⁶⁶ CARBAJO VASCO, D. (2016). SCREPANTE, M. (2018).

²⁰⁶⁷ BRACCIA, M.F. (2021)

En todo este mundo de sombras e incertidumbre sobre el futuro del *arm's length*, la aparición en enero de 2022 del nuevo texto revisado de las Directrices sobre Precios de Transferencia ha arrojado luz y cierto halo de esperanza. Efectivamente, en dichas DPT 2022 se sigue apostando firmemente por el *arm's length*, manteniendo los mismos argumentos en su defensa que desde hace tiempo ya se venían utilizando, a la par que enfatizando sus fortalezas. La trascendencia de tal posicionamiento, justo en el momento en que acontece, no puede ser pasada por alto: (i) la crisis económica desencadenada por la pandemia del COVID-19 a nivel mundial y la consiguiente caída de ingresos de los Estados, nos colocan en un momento crítico en el que las medidas que puedan coadyuvar a aumentar la recaudación habrían tenido mejor acogida que en momentos no coyunturales. Por otra parte, también somos conscientes de la prudencia de quienes sostienen que “*en tiempos de desolación nunca hacer mudanza*”; ya se encontraban las arcas estatales suficientemente perjudicadas como para iniciar una andadura nueva que conllevaría enormes desafíos; (ii) ítem más, carecería de sentido el que, por una organización internacional que representa uno de los foros de consenso con más amplio espectro de voluntades estatales, se adoptase un posicionamiento de reafirmación y aval del *arm's length* con carácter meramente provisional o a muy corto plazo. Nuestra lectura de la circunstancia de que esta iniciativa haya salido adelante, en clave de la materia que nos ocupa y que constituye su eje vertebral, es que por algún tiempo habrá que dejar aparcadas las elucubraciones sobre el posible abandono o el cambio en el seno de la OCDE. Especialmente ejemplificativo al respecto ha sido el abandono de las propuestas BIC(C)IS en la U.E.; (iii) el nuevo texto revisado constituye un mero texto refundido y alguna precisión terminológica de muy escaso recorrido por cuanto en las guías que precedieron al texto habían quedado suficientemente aclaradas. Quiere ello decir que no alcanzaríamos a comprender el que se procediese a efectuar una aprobación de un texto revisado, que supone meramente hacer aparecer en un solo texto lo que con anterioridad había quedado perfectamente incorporado a las Directrices de 2017 mediante revisiones posteriores, si en puridad se estuviese a corto plazo pensando en el abandono del *arm's length*.

Además de un análisis evolutivo, si queremos alcanzar un entendimiento correcto del problema, se hace preciso un enfoque integral del mismo. Con ello queremos indicar que, si bien el abordar la cuestión desde la óptica jurídica contribuye a elucidarla, quedarían espacios de sombra si nos limitásemos a tal enfoque. La praxis enseña con gran frecuencia que el mundo jurídico y el económico a menudo suponen mundos encontrados. La seguridad jurídica con más frecuencia de la deseada conlleva sacrificios económicos. Sirvan de muestra las conocidas como “*ineficiencias fiscales*”, tan opuestas al principio de maximización de beneficios. O repárese en el binomio de la forma *versus* el contenido, tantas veces mentado a lo largo de estas líneas. O advirtamos la doctrina del TJUE sobre los “*montajes puramente artificiales*”. Es por ello que, en una materia tan específica como el *arm's length*, si se prescinde de la realidad de la existencia de situaciones empresariales que justifican transacciones a un precio distinto del de mercado, se podrían estar adoptando soluciones que vulnerarían un pilar básico de nuestro sistema que se asienta sobre la economía de mercado.

El enfoque integral se opone forzosamente a una concepción puramente antielusiva o finalista del régimen de los precios de transferencia. Porque para quienes apoyan la concitada idea, todo se resuelve en parámetros jurídicos, de suerte que estimada la existencia de diferencia valorativa actúa el régimen legal previsto. Sin embargo, de acuerdo con cuanto tenemos expuesto en el capítulo II, hay consideraciones de otra categoría, fundamentalmente económica, que pueden amparar y dar cobertura a las diferencias. El principio de *arm's length* a través del análisis de comparabilidad (funcional y de riesgos) permite la observancia de las particularidades del caso. Por otra parte, el procedimiento en sí mismo de aplicación del principio de *arm's length* precisa de consideraciones económicas y ajenas al mundo jurídico. Citemos a efectos ilustrativos la utilización del rango intercuartil y otras medidas estadísticas. A mayor abundamiento, entendemos que precisamente son las concepciones que avalan y se centran en el fin antielusivo las que generan el conflicto sobre la supervivencia del *arm's length*. Como para estos comentaristas el *arm's length* no resuelve los comportamientos BEPS, hay que abandonarlo. En este trabajo en cambio consideramos que la finalidad no es antielusiva. El *arm's length* no surge en sentido estricto para eso, ni tiene cuando menos principalmente tal propósito. El *arm's length* viene a satisfacer la necesidad de un criterio de distribución y reparto de rentas entre distintas jurisdicciones implicadas en operaciones transnacionales entre entidades asociadas o vinculadas. Los comportamientos BEPS acontecen posteriormente, en la aplicación abusiva o distorsionada de las reglas. Ello no es nuevo, ni presenta carácter exclusivo del instituto del *arm's length*, sino que concurre en la práctica totalidad de cánones, estándares, reglas y mandatos mediante los que se trata de gobernar las relaciones humanas. Luego desde nuestra visión del problema, los comportamientos BEPS no debieran ser el faro conductor para decidir un cambio en el sistema.

El gran reto con que tiene que lidiar el principio de *arm's length* radica en la inseguridad que conlleva su aplicación para los contribuyentes. El hecho de que la determinación del valor de *arm's length* dependa de multiplicidad de factores, factores que serán interpretados con una fuerte dosis de subjetividad, representa una gran ventaja frente a otras metodologías, pero a su vez supone su gran debilidad. Actúa como ventaja por su gran adaptabilidad a las circunstancias concretas del caso. Pero esa incertidumbre previa constituye a su vez la causa principal de las reticencias que se le objetan. El contribuyente precisa seguridad para actuar en el mercado o, cuando menos, depender de unos parámetros controlables a los que poder adecuar su conducta. En definitiva, el contribuyente desea conocer con bastante aproximación sus márgenes de beneficio y sus riesgos. Producto de la dicotomía inseguridad/márgenes de beneficio devienen dos grandes consecuencias:

- los elevados costes en los que las MNEs incurren con la finalidad de tratar de mitigar los riesgos resultantes de las actuaciones de comprobación de la AT, mediante la contratación de los servicios de equipos profesionales de expertos en la materia;
- la proliferación de los Acuerdos Previos de Valoración, por cuanto los riesgos de la apreciación de la inadecuación del precio fijado, pese al asesoramiento

recibido, se sitúan en unos niveles altos. Riesgos que se duplican si atendemos a la dimensión de los desfases cuantitativos

En la inseguridad interviene de manera determinante la naturaleza de *soft law* del régimen del *arm's length*. Los operadores intervinientes en la aplicación del *arm's length* disponen de pautas y directrices que carecen de fuerza vinculante y, por tanto, se generan espacios lo suficientemente amplios como para que puedan tener cabida interpretaciones que a priori serían coherentes con el estándar, aunque a la postre, el valor que se determina cuando actúa la AT es único, o se mueve entre márgenes mucho más acotados. Además, el carácter de *soft law* favorece la falta de armonización entre los diferentes sistemas fiscales estatales.

Los grandes valedores del *arm's length*, como sugiere más de un comentarista, son sus aplicadores cotidianos. Con ello pretendemos referirnos no a las empresas MNEs, ni a las AATT, sino a los profesionales expertos en la materia que prestan su asesoramiento y materialmente determinan los precios fiscales de las transacciones vinculadas, así como a todo el entramado de bases de información que suministran datos para disponer de comparables. Son precisamente ellos quienes actuando en nombre de sus clientes refinan los criterios aplicativos y padecen las insuficiencias/suficiencias del sistema. Y son también ellos los más propensos a su mantenimiento, porque lo que constituye costes para el cliente se traduce en la herramienta de subsistencia de las estructuras de asesoramiento.

BIBLIOGRAFÍA

ABDEL-KHALIK, A. R. & LUSK, E. J. (1974). “Transfer Pricing – A Synthesis”. *The Accounting Review*, American Accounting Association (AAA), Enero, vol. 49(1), pp. 8–23.

<http://www.jstor.org/stable/244794>

ABU-SERDANEH, J. A., AL-OKDEH, S. K. & GAUHER, K. A., (2008). “Transfer pricing in Jordanian manufacturing companies”. *Jordan Journal of Business Administration*, Enero, vol. 11(2), pp. 313–330.

<https://bit.ly/31CWNzZ>

ADAMS, L. & DRTINA, R. (2008). “Transfer Pricing for Aligning Divisional and Corporate Decisions”. *Business Horizons*, Elsevier, septiembre, vol. 51(5), pp. 411–417. <https://isiarticles.com/bundles/Article/pre/pdf/17083.pdf>

ADAMS, L. & DRTINA, R. (2010). “Multinational Transfer Pricing: Management Accounting Theory versus Practice”. *Management Accounting Quarterly Spring*, vol. 11(3), pp. 22–29. The Association of Accountants and Professionals in Business. <https://www.imanet.org/-/media/969eeef22a624925b151f683e47f4b75.ashx>

ADELBERG, A. H. (1986). “Resolving Conflicts in Intercompany Transfer Pricing”. *Accountancy*, vol. 98 (1119), pp. 86–89.

AFFES, H. & BOUAZIZ, Z., (2012). “The Impact of the Strategy in Determining Transfer Prices: Case of the Tunisian Companies”. *Global Journal of Management and Business Research*, Global Journals Inc. (USA), vol. 12(5), pp. 45–54.

<https://bit.ly/3wli0tu>

AGUIAR, N. (2010). “El Fraude a la Ley Fiscal en el Derecho Europeo Visto a la Luz de las Concepciones de la Escuela de Salamanca”. En V. UKMAR, J. L. MORENO FERNÁNDEZ, S. TORRUCO SALCEDO y L. CRUZ DE QUIÑONES, *Lecciones de Derecho Tributario Inspiradas por un Maestro: Liber Amicorum en Homenaje a Don Eusebio González García*, Tomo I, Editores académicos, Facultad de Jurisprudencia. Bogotá: Universidad del Rosario.

<https://bibliotecadigital.ipb.pt/handle/10198/3387?locale=en>

AGULLÓ AGÜERO, A. (1986). “El Impuesto sobre Sociedades ante el Derecho Comunitario”. *Impuestos: Revista de doctrina, legislación y jurisprudencia*, No. 10, pp. 895–911. La Ley 3383/2001 Wolters Kluwer.

AGULLÓ AGÜERO, A. (1996). “La Introducción en el Derecho Tributario Español de las Fórmulas Convencionales Previstas en la Ley 30/1992”. En G. ELORRIAGA PISARIK (coord.), AA.VV., *Convención y Arbitraje en el Derecho Tributario*, pp. 181–190. Marcial Pons-IEF.

AGULLÓ AGÜERO A. (1998). “Operaciones Vinculadas”. En P. YEBRA MARTUL-ORTEGA, C. GARCÍA NOVOA y A. LÓPEZ DÍAZ, *Estudios sobre el Impuesto de Sociedades*, pp. 167–186. Ed. Comares.

AID, C. (2009 Marzo), “False Profits: Robbing the Poor to Keep the Rich Tax-Free”. [Online]

<https://www.yumpu.com/user/christianaid.org.uk>

ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, C. (1949). *Tributación del Beneficio de la Empresa y de sus Partícipes*. Ed. Revista de Derecho Mercantil. Alcalá de Henares.

ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, C. (1995). *Los Pactos de la Hacienda Pública Española*. Tapia No. 84.

ALEXY, R. (1988). *Sistema Jurídico, Principios Jurídicos y Razón Práctica*. Ponencia presentada en las IV Jornadas Internacionales de Lógica e Informática Jurídicas. San Sebastián.

https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10871/1/Doxa5_07.pdf

AL-ERYANI, M. (1987). *Policies of US Multinational Corporations on Pricing Intracompany Transfers with Foreign Affiliates in More-Developed and Less Developed Countries (Theory and Evidence)*. Tesis doctoral. Kent State University. EE.UU.

ALLES, M. & DATAR, S. (1998). “Strategic Transfer Pricing”. *Management Science*, The Institute for Operations Research and the Management Sciences (INFORMS), Abril, vol.44(4), pp.451–461.

<http://www.jstor.org/stable/2634608>

ALMUDÍ CID, J.M. (2003). “Las Libertades Fundamentales Comunitarias Impiden la Aplicación del Régimen de Transparencia Fiscal Internacional Incluso Cuando la Entidad Participada es Residente en Terceros Estados”. *Revista Quincena Fiscal*, No. 19/2003, pp.33–54. BIB 2003\1331. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor.

ALMUDÍ CID, J. M. y FALCÓN Y TELLA, R. (2007). “El Derecho Fiscal Europeo”. En T. CORDÓN EZQUERRO (Dir.), M. GUTIÉRREZ LOUSA y M^a L. MARTÍN PARRA (Coords.) *Manual de Fiscalidad Internacional*, 3^a Ed. Revisada y ampliada, capítulo 5, pp. 161–198. Madrid: Ministerio de Economía y Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales.

ALMUDÍ CID, J. M. y SERRANO ANTON, F. (2007). “Las Medidas Antiabuso para Evitar la Doble Imposición Internacional”. En T. CORDÓN EZQUERRO (Dir.), M. GUTIÉRREZ LOUSA y M^a L. MARTÍN PARRA (Coords.) *Manual de Fiscalidad Internacional*, 3^a Ed. Revisada y ampliada, capítulo 21, pp. 859–894. Madrid: Ministerio de Economía y Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales.

ALONSO DE LOS RÍOS, C. (1995). “Conversaciones con Gustavo Bueno, El Sabio de Niembro”. *El Suplemento Semanal*, Domingo, 8 de octubre de 1995, Entrevista n° 415, pp. 34–42.

<https://www.fgbueno.es/hem/1995q08.htm>

ALONSO GONZÁLEZ, L. M. (2010). Régimen especial de Infracciones y Sanciones. En T. CORDÓN EZQUERRO, *Fiscalidad de los Precios de Transferencia (Operaciones Vinculadas)*, cap. 19, pp.741–770. Ed. Centro De Estudios Fiscales.

ÁLVAREZ BARBEITO, P. (Marzo 2016). “Paquete de Medidas de la Comisión Europea para la lucha contra la evasión fiscal”. *Análisis Gómez Acebo & Pombo*. <https://bit.ly/3EUzlwX>

ÁLVAREZ GARCÍA, S y HERRERA MOLINA, P. (2004). “Ética en el Diseño y Aplicación de los Sistemas Tributarios”. *Documentos*, n° 16/04, pp. 3–161. Madrid: Ministerio de Economía y Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales.

ANCTIL, R. M. & DUTTA, S. (1999). “Negotiated Transfer Pricing and Divisional vs. Firm-Wide Performance Evaluation”. *The Accounting Review*, vol. 74(1), pp. 87–104. AAA.

<https://bit.ly/3bPcNkh>

ANDRADE, A. (1999). “Uma Crítica e uma Proposição Alternativa ao Regime Legal Brasileiro do Transfer Price”. En L. SCHOUERI, & V. ROCHA, *Tributos e Preços de Transferência*, pp. 51–59. Sao Paulo: Dialectica.

ANEIROS PEREIRA, J. (2011). “Soft law e Interpretación: las Directrices de la OCDE en Materia de Precios de Transferencia”. En C. GARCÍA-HERRERA BLANCO, C. *VII Jornada Metodológica de Derecho Financiero y Tributario Jaime García Añoveros. Interpretación del Derecho Financiero y Tributario. La Asignatura de Derecho Financiero y Tributario en los Nuevos Planes de Estudio*, Documentos N°

12/2011, pp. 209–215. Madrid: Ministerio de Economía y Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales

https://www.ief.es/docs/destacados/publicaciones/documentos_trabajo/2011_12.pdf

ANGUITA MORERA, A. (2012). *Comercio Internacional y los Precios de Transferencia Internacionales*. Marcial Pons.

ANINAT, E. (2002). “¿Cómo Enfrentar los Desafíos de la Globalización?”. *Finanzas&Desarrollo*, Fondo Monetario Internacional, Marzo, pp. 4–7. <https://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/spa/2002/03/pdf/aninat.pdf>

Anon., (2003, 7 octubre). “Dos Principios de Imposición: Legalidad y Capacidad Contributiva”.

<https://www.diariojudicial.com/nota/46575>

ANTHONY, R.N. & GOVINDARAJAN, V. (2007). *Management Control Systems*. 12th ed, McGraw–Hill/Irwin

ANTIĆ, L. & JABLANOVIĆ, V. (2000). “Criteria for Evaluating Transfer Pricing Methods”. *Economics and Organization*, Facta Universitatis Series Economics and Organization, vol. 1(8), pp. 61–70.

<http://facta.junis.ni.ac.rs/eao/eao2000/eao2000-08.pdf>

AMERSHI, A.M. & CHENG, P. (1990). “Intrafirm Resource Allocation: The Economics of Transfer Pricing and Cost Allocations in Accounting”. *Contemporary Accounting Research*, Canadian Academic Accounting Association, vol.7(1), p.61–99.

<https://doi.org/10.1111/j.1911-3846.1990.tb00801.x>

APARICIO PÉREZ, A. (2006). “Armonización, Coordinación Fiscal y Perspectivas de la Fiscalidad Europea”. En A. I. GONZÁLEZ GONZÁLEZ (Coord.), *Armonización Fiscal y Aproximación de los Sistemas Fiscales*, Cuadernos Jean Monet sobre Integración Europea Fiscal y Económica, pp. 17–47. Universidad de Oviedo.

http://www.uniovi.net/jeanmonnet/documentos/archivos/Cuaderno_Jean_Monnet_3.pdf

APPADURAI, A. (1996). *Modernity At Large: Cultural Dimensions of Globalization*. Minneapolis: University of Minnesota Press.

ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, J. (1990). *Los Principios Generales del Derecho y su Formulación Constitucional*. Madrid, Editorial Civitas, S. A.

ARGENTE ÁLVAREZ J., ARVERAS ALONSO, C.; GIL DEL CAMPO, M.; MELLADO BENAVENTE F.M., et al. (2007). *Guía del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*. 3ª Edic. CISS.

ARIAS VELASCO, J. (2002). “Operaciones Vinculadas: Aspectos Sustantivos y Aspectos Procedimentales”. En M. PONT MESTRES y J-F. PONT CLEMENTE, *Fundación Antonio Lancuentra: Estudios de Fiscalidad Empresarial*, Cap I.3, pp.93–112. Ed. Escola Universitària d’Estudis Empresarials.

ARISTÓTELES (s. IV a.C./2005). *Ética a Nicómaco*. (Trad. J. L. Calvo Martínez). Clásicos de Grecia y Roma. 4ª reimpresión. Alianza Editorial.

<http://mastor.cl/blog/wp-content/uploads/2017/12/Etica-a-Nicomaco-Aristoteles-PDF.pdf>

ARNOLD, B.J. (2014). *Introducción a los Tratados Tributarios*. Anexo a E/C.18/2014/5 Naciones Unidas.

https://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2015/10/TT_Introduction_Sp.pdf, o

[https://documents-dds-](https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N14/496/39/pdf/N1449639.pdf?OpenElement)

[ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N14/496/39/pdf/N1449639.pdf?OpenElement](https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N14/496/39/pdf/N1449639.pdf?OpenElement)

ARNOLD, B.J. & MCLNTYRE, M.J. (2002). *Transfer Pricing. International Tax Primer*. Kluwer Law International, 2ª ed.

ARPAN, J.S. (1972). *International Incorporate Pricing: Non American Systems and Views*. Praeger Pub Inc.

ARRIGHI, G. (2007). “La Globalización, la Soberanía Estatal y la Interminable Acumulación del Capital”. En F. LÓPEZ CASTELLANO, *Desarrollo, Crónica de un Desafío Permanente*, pp. 183–216. Universidad de Granada.

ARROW, K. J. (1959). “Optimization, Decentralization and Internal Pricing in Business Firms”. *Contributions to Scientific Management* (Los Angeles: University of California), pp 9–18.

ARVIDSSON, G. (1972). *Internpriser: Styrning, Motivation, Resultatbedömning*. Stockholm: Sveriges Mekanförbund.

ARYA, A. & MITTENDORF, B. (2008). “Pricing Internal Trade to Get a Leg Up on External Rivals”. *Journal of Economics and Management Strategy*, Wiley Periodicals, vol. 17(3), pp. 709–731.

<https://doi.org/10.1111/j.1530-9134.2008.00192.x>

ATIYAH P.S. & SUMMERS R.S. (1999). *Form and Substance in Anglo-American Law: A Comparative Study in Legal Reasoning, Legal Theory and Legal Institutions*. Clarendon Paperbacks.

ATRILL, P., & MCLANEY, E. (2009). *Management Accounting for Decision Makers*. Essex: Pearson Education, Financial Times.

AVI-YONAH, R.S. (1995). “The Rise and Fall of Arm’s length: A Study in the Evolution of U.S. International Taxation”. *Virginia Tax Review*, vol.15(1), pp.89–159.

<https://ssrn.com/abstract=1017524>

AVI-YONAH R. S. & CLAUSING, K. A. (2007). “Reforming Corporate Taxation in a Global Economy: A Proposal to Adopt Formulary Apportionment”. *Discussion Paper 2007–2008*, The Brookings Institution, pp.5–35.

<https://bit.ly/3BU6Ug6>

AVI-YONAH, R. S. (2008). “La Competencia Fiscal, el Arbitraje Fiscal y el Régimen Fiscal Internacional”. *Ars Iuris* (Universidad Panamericana), vol. 39/2008, pp. 149–180.

<https://ssrn.com/abstract=1147876>

AVI-YONAH, R. S. (2010). “Between Formulary Apportionment and the OCDE Guidelines: A Proposal for Reconciliation”. *World Tax Journal*, International Bureau of Fiscal Documentation (IBFD), vol. 2(1), pp. 3–18.

<https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2179&context=articles>

AVI-YONAH, R.S. (2012). “Transfer Pricing Disputes in the United States”. En E. BAISTROCCHI & I. ROXAN. “*Resolving Transfer Pricing Disputes: A Global Analysis*”, pp. 27–94. New York: Cambridge Univ.Press.

https://repository.law.umich.edu/book_chapters/49re

BADENES GASSET, R. (2009). *Metodología del Derecho*. Ed. Bosch, Barcelona.

BAISTROCCHI, E. A. (2005). “Transfer Pricing in the 21st Century: A Proposal for both Developed and Developing Countries”. *Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers*, pp. 1–26. UC Berkley.

<https://escholarship.org/uc/item/54k8q9vf>

BAKER, P. (1996). “The Equality Principle in United Kingdom Taxation Law”.

<https://bit.ly/3wlRe42>

BAKER, R. W. (2005). *Capitalism’s Achilles Heel. Dirty Money and How to Renew the Free-Market System*. John Willey& Sons, Inc.

BAKER, R. W. (2007). *The Ugliest Chapter in Global Economic Affairs Since Slavery*. Discurso al Global Financial Integrity Program. 1 noviembre 2007. [Online]

<https://gfintegrity.org/press-release/ugliest-chapter-global-economic-affairs-since-slavery/>

BALDENIUS, N., MELUMAD, N. D. & REICHELSTEIN, S. (2004). “Integrating Managerial and Tax Objectives in Transfer Pricing”. *The Accounting Review*, vol. 79 (3), pp.591–615. American Accounting Association.

<https://www.jstor.org/stable/3203271>

BANACLOCHE PALAO, C. y BANACLOCHE PÉREZ-ROLDÁN, J (1996). “Operaciones Vinculadas y Valores de Mercado Después del Nuevo Impuesto sobre Sociedades”. *Impuestos: Revista de doctrina, legislación y jurisprudencia*, No. 12(1), pp. 557–569. Editorial La Ley, Wolters Kluwer.

BANKER, R. D. & DATAR, S. M. (1989). “Sensitivity, Precision, and Linear Aggregation of Signals for Performance Evaluation”. *Journal of Accounting Research*, vol. 27(1), pp. 21–39).

<https://doi.org/10.2307/2491205>

BARBERIS, J. (1994). *Formación del Derecho Internacional*. Ed. Abaco, Buenos Aires.

BARFIELD, J. T., RAIBORN, C. A. & DALTON, M. A. (1991). *Cost Accounting – Traditions and Innovations*. St. Paul: West Publishing Company.

BARRETO, P.A. (2001). *Imposto sobre a Renda e Preços de Transferência*. São Paulo: Dialéctica

BARTELSMAN, E. J., & BEETSMA, R.M.W. (2003). “Why Pay More? Corporate Tax Avoidance Through Transfer Pricing in OECD Countries”. *Journal of Accounting Research*, vol. 27(1), pp. 31–39.

[https://doi.org/10.1016/S0047-2727\(02\)00018-X](https://doi.org/10.1016/S0047-2727(02)00018-X)

BÄBLER, J. (2011), “*Steuerliche Gewinnabgrenzung im Europäischen Binnenmarkt*”, *Steuerwissenschaftliche Schriften*, 23, Baden–Baden, Nomos, C.H. Beck.

BAXTER, R. R. (1980). “International Law in Her Infinite Variety”. *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 29 (4), pp.549–566.

<https://www.jstor.org/stable/758830>

BECK, U. (1997). *¿Qué es la Globalización? Falacias del Globalismo, Respuestas a la Globalización*. 1ªEd. (B. Moreno y M. R. Borrás, trad). Barcelona: Paidós Ibérica SA, Colecciones de Bolsillo.

BECKER, H. (1990). “Once Again: Thin Capitalisation and Treaty Overriding”. *Intertax*, vol. 18 (2), pp. 52.

<https://kluwerlawonline.com/journalarticle/Intertax/18.2/TAXI1990010>

BENKE Jr., R. L. & EDWARDS, J. D. (1980). *Transfer Pricing: Techniques and Uses*. New York: National Associations of Accountants.

BENTHAM ESQ. J. (1776). *A Fragment on Government; or, a Comment on the Commentaries*. 2ª edición de 1823. Impreso por E. Wilson, Royal Exchange y W. Pickering, Lincoln’s–Inn Fields.

<http://www.isec.ac.in/B-A%20fragment%20on%20government.pdf>

BERGER, P., & HUNTINGTON, S. M. (2002). *Globalizaciones Múltiples. La Diversidad Cultural en el Mundo Contemporáneo*. (A. Santos Mosquera trad.). Barcelona: Paidós.

BERNARD, A. B., JENSEN, J. B. & SCHOTT. P. K. (2006). “Transfer Pricing by US–Based Multinational Firms”. *Working Paper*, No. 12493, pp. 1–3. National Bureau of Economic Research, 6.

https://www.nber.org/system/files/working_papers/w12493/w12493.pdf

BERNARD, J.-T. & WEINER, R. J. (1989). “Multinational Corporations, Transfer Prices and Taxes: Evidence from US Petroleum Industry”. *Working Paper, No. 3013*, pp. 1–40. National Bureau of Economic Research.
DOI 10.3386/w3013

<https://www.nber.org/system/files/chapters/c7207/c7207.pdf>

BERNHART, R. (1984). “Las Fuentes del Derecho Comunitario: la Constitución de las Comunidades”. En AA.VV. *Treinta Años de Derecho Comunitario*, pp.73–86. Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas.

<https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/73059435-614d-4f8c-93c2-1f8f0924955e>

BERTRAM, H.M. (1999). *The Development of Fiscal Controls over International Transfer Pricing*. Tesis doctoral, University of Birmingham. M.Sc.

<https://etheses.bham.ac.uk/id/eprint/5074/1/Bertram99MSc.pdf>

BETTI, E. (1975). *Interpretación de la Ley y de los Actos Jurídicos*. EDERSA, Madrid.

BEUSELINK, C., & DELOOF, M. (2014). “Earnings Management in Business Groups: Tax incentives or Expropriation Concealment?”. *The International Journal of Accounting*, Elsevier, vol. 49 (1), pp. 27–52.

<https://doi.org/10.1016/j.intacc.2014.01.008> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.919681>

BHOGAL, S., FRYER, B. & BROWN, M. (2016, 1 diciembre). *The UK's Implementation of BEPS Action Items*. [Online]

[https://content.next.westlaw.com/Document/I83d934c1dc3f11e8a5b3e3d9e23d7429/View/FullText.html?contextData=\(sc.Default\)&transitionType=Default&firstPage=true](https://content.next.westlaw.com/Document/I83d934c1dc3f11e8a5b3e3d9e23d7429/View/FullText.html?contextData=(sc.Default)&transitionType=Default&firstPage=true)

BIALBAO ESTRADA, I. (2006). *Los Acuerdos Tendentes a la Determinación de la Obligación Tributaria en la Nueva Ley General Tributaria*. Madrid: Ministerio de Economía y Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales

BIRNBERG, J.C.; TUROPOLEC, L. & YOUNG, S.M. (1983). “The Organizational Context of Accounting”. *Accounting, Organizations and Society*, vol. 8(2–3), pp. 111–129.

[https://doi.org/10.1016/0361-3682\(83\)90018-1](https://doi.org/10.1016/0361-3682(83)90018-1)

BLAIR M.M. & WALLMAN S.M.H. (2001). *Unseen Wealth: Report of the Brookings Task Force on Understanding Intangibles Sources of Value*. Washington DC: The Brookings Institution Press.

BLOCHER E. J.; CHEN K. H.; COKINS G., & LIN T. W. (2005). *Cost Management – A Strategic Emphasis*. New York, NY: McGraw Hill – Irwin

BOBBIO, N. (1991). *Teoría General del Derecho*. 1ª. ed., Ed. Editorial Debate, S.A., Madrid.

BONELL COLMENERO, R. (2015). *Los Deberes de Documentación de las Operaciones Vinculadas*. Tesis doctoral, director F. SERRANO ANTÓN. Universidad Complutense de Madrid.

<https://eprints.ucm.es/id/eprint/43073/>

BORRÁS RODRÍGUEZ, A. (1979). “Los Convenios Internacionales para Evitar la Doble Imposición Internacional desde el Punto de Vista de la Teoría General de los Tratados Internacionales”. En AA.VV., *Estudios de Doble Imposición Internacional*, pp. 23-74. Madrid: Ministerio de Economía y Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales.

BOWEN H.P.; HOLLANDER A. & VIAENE J.M. (2012). *Applied International Trade*. Basingstoke: Palgrave–Macmillan.

BORKOWSKI, S. C. (1990). “Environmental and Organizational Factors Affecting Transfer Pricing: A Survey”. *Journal of Management Accounting Research*, vol. 2 (3), pp.79–99. American Accounting Association

BORKOWSKI, S. C. (1992). “Organizational and International Factors Affecting Multinational Transfer Pricing”. *Advances in International Accounting*, vol. 5 (1), pp. 173–192. CT JAI Press Greenwich.

BORKOWSKI, S. C. (1996). "An Analysis (Meta- and Otherwise) of Multinational Transfer Pricing". *The International Journal of Accounting*, vol 31(1), pp.39–53.

[https://doi.org/10.1016/S0020-7063\(96\)90012-6](https://doi.org/10.1016/S0020-7063(96)90012-6)

BORKOWSKI, S. C. (1997 a). “The Transfer Pricing Concerns of Developed and Developing Countries”. *International Journal of Accounting*, Elsevier, vol. 32 (3), pp. 321–336.

[https://doi.org/10.1016/S0020-7063\(97\)90014-5](https://doi.org/10.1016/S0020-7063(97)90014-5)

BORKOWSKI S. (1997 b). “Factors Affecting Transfer Pricing and Income Shifting (?) Between Canadian and U.S. Transnational Corporations”. *The International Journal of Accounting*, vol. 32, No. 4, pp. 391–415.

[https://doi.org/10.1016/S0020-7063\(97\)90030-3](https://doi.org/10.1016/S0020-7063(97)90030-3)

BRACCIA, M. F. (2021). *El Monto A(LP) del Pilar 1 de la OCDE*. Taxlatam, Economía Digital. [Online]

<https://taxlatam.com/noticias/el-monto-alp-del-pilar-1-de-la-ocde/>

BRADY, DAVID, JASON BECKFIELD, & WEI ZHAO (2007). “The Consequences of Economic Globalization for Affluent Democracies”. *Annual Review of Sociology*, vol. 33, pp. 313–34.

<https://doi.org/10.1146/annurev.soc.33.040406.131636>.

BRAUNER, Y.N. (2016). “Changes? BEPs, Transfer Pricing for Intangibles, and CCAS”. *Global Transfer Pricing Conference – WU – Proceedings*, 2016, Forthcoming University of Florida Levin College of Law Research Paper No. 16–14.

https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2744730

BRICKLEY, J.; ZIMMERMAN, J. & SMITH Jr., C. W. (2000). *Managerial Economics & Organizational Architecture*. 2^a ed. New York: McGraw–Hill Education.

BUCKS, D. R. & MAZEROV, M. (1993). “The State Solution to The Federal Government’s International Transfer Pricing Problem”. *National Tax Journal*, vol. 46(3). <https://doi.org/10.1086/NTJ41789030>

BUDD, L., & TYRRAL, D. (2003). “The Regulation of International Transfer Pricing: A Theological Critique.” *European Association of Accounting (EAA) Conference*, 2–4 Apr 2003, Sevilla.

https://www.researchgate.net/publication/42797267_The_regulation_of_international_transfer_pricing_a_theological_critique

BUETNER, T., OVERESCH, M., SCHREIBER, U. & WAMSER, G. (2012). “The Impact of Thin–Capitalization Rules on the Capital Structure of Multinational Firms”. *Journal of Public Economics*, Elsevier, vol. 96 (11–12), pp. 930–938. <https://doi.org/10.1016/j.jpubeco.2012.06.008>

BUHLER, O. (1968). *Principios de Derecho Internacional Tributario*. Volumen 14 de la Serie IV, Tratados de Derecho Financiero y Hacienda Pública. Madrid: Revista Derecho Financiero.

BUIREU GUARRO, J. (1991). *Tratamiento Contable del Impuesto sobre Sociedades*. Pirámide, Madrid.

BULLEN, ANDREA. 2010. *Arm's Length Transaction Structures. Recognizing and Restructuring Controlled Transactions in Transfer Pricing*. vol. 20. IBFD.

BUSTOS BUIZA J.A. (2007). “Los Precios de Transferencia en la Normativa Española”. En T. CORDÓN EZQUERRO (Dir.), M. GUTIÉRREZ LOUSA y M^a L. MARTÍN PARRA (Coords.), *Manual de Fiscalidad Internacional*, 3^a Ed. Revisada y ampliada, capítulo 26, pp.1081–1121. Madrid: Ministerio de Economía y Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales.

CAAMAÑO ANIDO, M. A. (2009). “Comentarios al Nuevo Régimen de Documentación de las Operaciones Vinculadas”. *Estudios financieros. Revista de contabilidad y tributación: Comentarios, casos prácticos*, No. 311, pp.35–64. Centro De Estudios Fiscales.

CAAMAÑO ANIDO, M. (2019). “Dos Novedades Jurisprudenciales en Materia de Operaciones Vinculadas”. *Blog CCS Abogados*. [Online]
<https://www.ccsabogados.com/dos-novedades-jurisprudenciales-en-materia-de-operaciones-vinculadas>

CAAMAÑO ANIDO, M. A. y CALDERÓN CARRERO, J. M. (2002). “Globalización Económica y Poder Tributario: ¿Hacia un Nuevo Poder Tributario?”. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, vol. 6, pp. 179–210. Universidade da Coruña. También en *Revista Española de Derecho Financiero*, N^o 114/2002. Civitas.
<https://bit.ly/3cw0BVK>

CALDERÓN CARRERO, J. M. (2004). *Comentarios a los Convenios para Evitar la Doble Imposición y Prevenir la Evasión Fiscal Concluidos por España*. Fundación Pedro Barrié de la Maza, Coruña.

CALDERÓN CARRERO, J.M. (2005). *Precios de Transferencia e Impuesto de Sociedades. Un Análisis de La Normativa Española desde una Perspectiva Internacional, Comunitaria y Constitucional*. Tirant Lo Blanch, Colección Financiero.

CALDERÓN CARRERO, J. M. (2006). “La Incidencia de la Globalización en la Configuración del Ordenamiento Tributario del Siglo XXI”. *Documentos 20/06*, pp. 1–35. Madrid: Ministerio de Economía y Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales.
https://www.ief.es/docs/destacados/publicaciones/documentos_trabajo/2006_20.pdf

CALDERÓN CARRERO, J.M. (2007). “The OECD Transfer Pricing Guidelines as a Source of Tax Law: Is Globalization Reaching the Tax Law?”. *Intertax*, vol. 35 (1), pp.4–29.

CALDERÓN CARRERO J.M. (2008). “La Prestación de Servicios Intragruppo en la Nueva Regulación de las Operaciones Vinculadas”. *Carta Tributaria – Monografías*, No 8, Sección Monografías, Quincena del 16 al 30 Abr. 2008. La Ley 15865/2008. CISS

CALDERÓN CARRERO, J. M. (2012). “La Globalización Económica y su Incidencia Sobre el Derecho Financiero y Tributario ¿Implicaciones Sobre La Protección de los Bienes Jurídicos Globales?”. *AFDUAM 16*(2012), pp. 337–366. Boletín Oficial del Estado; Universidad Autónoma de Madrid.
<http://hdl.handle.net/10486/662710>

CALDERÓN CARRERO, J.M. y MARTÍN JIMÉNEZ, A. J. (2009a). “Los Ajustes Secundarios en la Nueva Regulación de las Operaciones Vinculadas”. *Revista de Contabilidad y Tributación*, No. 316, 47/2009, pp. 37–64. Centro De Estudios Fiscales.

CALDERÓN CARRERO, J.M. y MARTÍN JIMÉNEZ, A. (2013). “Presupuestos y limitaciones del ajuste valorativo del artículo 16 TRLIS”. En CALDERÓN CARRERO, J.M. y MARTÍN JIMÉNEZ, A., *Precios de Transferencia, capítulo I*, pp.39–71. Colección Doctrina Tributaria y Aduanera. INDESTA. Editorial Netbiblo.

CALDERÓN CARRERO, J.M., REYERO, R. y PALACÍN, R. (2021), “Acuerdo Multilateral de 130 Jurisdicciones sobre los Principios de la Reforma Fiscal Global BEPS 2.0”. *Alerta informativa – julio 2021, EY*.

<https://go.ey.com/3Horp87>

CALDERÓN PATIER, C. (2003). “La Tributación Directa Internacional y el Comercio Electrónico: Problemática Actual y Perspectivas”. *Anales de Economía Aplicada 2003*, Reunión Anual de la Asociación Española de Economía Aplicada, ASEPELT.

<https://bit.ly/3le1lns>

CALDERÓN PATIER, C. (2004). “El Nuevo Estado del Bienestar en el Marco de la Globalización Económica: el Papel de la Política Fiscal”. *Información Comercial Española, Tribuna de Economía, No. 819*, pp. 229–238. Mº Industria, Economía y Competitividad.

<http://www.revistasice.com/index.php/ICE/article/view/734/734>

CALVO VÉRGEZ, J. (2007). “Las Reglas de Valoración de Operaciones Vinculadas en el IS a la Luz de la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de Medidas para la Prevención del Fraude Fiscal: Principales Novedades”. *Nueva Fiscalidad, No. 4*.

<https://vlex.es/vid/reglas-vinculadas-luz-fraude-principales-383870>

CALVO VÉRGEZ, J. (2009). “El Régimen Contable y Fiscal de los Negocios Conjuntos. La Aplicación de la Norma de Valoración 21ª del Nuevo PGC como Instrumento de Planificación Fiscal”. *Gaceta Fiscal, No. 292*, pp.72–84.

CALVO VÉRGEZ, J. (2011). *Operaciones Vinculadas y Subcapitalización. Cuestiones Conflictivas y Supuestos Prácticos*. Aranzadi.

CALVO VÉRGEZ, J. (2010). “La Práctica del Ajuste Secundario en el Marco de las Operaciones Vinculadas”. *Actum Fiscal, No. 44*, pp. 44–56. Francis Lefebvre.

CALVO VÉRGEZ, J. (2018), “*Pasado, Presente y Futuro de BEPS*”. Ed. Aranzadi.

CAMBARROS VILLANUEVA V.E. (1988). *Régimen Tributario de las Operaciones entre Sociedades Vinculadas en el Impuesto sobre Sociedades*. Ed. Tecnos, Madrid.

CAMBRIDGE DICTIONARY. (s.f.) Cambridge University Press.
<https://dictionary.cambridge.org/es/diccionario/ingles/arm-s-length>

CAÑABATE CLAU, D. (2015). *Los Precios de Transferencia en las Operaciones de Reestructuración Empresarial*. Tesis doctoral, director J. A. ROZAS VALDÉS, Departamento de Derecho Financiero y Tributario, Universidad de Barcelona. <http://hdl.handle.net/10803/366747>

CAÑABATE, D. (2019). “A Vueltas con el Régimen Sancionador de Vinculadas al Albur de la Reciente Jurisprudencia y Praxis de la Inspección”. *Sección de fiscalidad internacional y precios de transferencia*. AEDAF.

CAPUZZI, C. (2010). “Transfer Pricing and Fin 48: Removing Uncertainty Through the Advanced Pricing Agreement Process”. *Northwestern Journal of International Law & Business, vol. 30 (3)*, pp. 721–741.

<https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/njilb/vol30/iss3/27>

CARBAJO VASCO, D. (2007). “Hacienda Pública y Globalización”. *Crónica Tributaria, No. 123/2007*, pp. 41–68. Madrid: Ministerio de Economía y Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales

https://economistas.es/Contenido/REAF/gestor/123_Carbajo.pdf

CARBAJO VASCO, D. (2011). “Algunas Consideraciones sobre los Acuerdos Previos de Valoración de Precios de Transferencia, APAS, en el Ordenamiento Tributario Español”. *Crónica Tributaria, No. 140/2011*, pp.97–114.

<https://www.ief.es/vdocs/publicaciones/1/140.pdf#page=97>

CARBAJO VASCO, D. (2014). “El Informe BEPS y el nuevo paradigma de la fiscalidad internacional”. *Carta tributaria. Monografías, N.º 5, 2014, pp. 2-13.* Ciss Praxis.

CARBAJO VASCO, D. (2015a). “Objetivos y Medidas en la Lucha contra el Fraude Fiscal desde una Perspectiva Internacional”. *Ekonomiaz, No. 88, 2015, pp. 146–175.*

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5295700>

CARBAJO VASCO, D. (2015b). “El Plan de Acción de la Iniciativa Beps. Una Perspectiva Empresarial”. *Crónica Tributaria, No. 154/2015, pp. 49–67.* Madrid: Ministerio de Economía y Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales.

<https://www.ief.es/vdocs/publicaciones/1/154.pdf - page=49>

CARBAJO VASCO, D. (2016). “Reflexiones, Ciertamente Escépticas, Acerca del Post-BEPS”. En C. GARCÍA-HERRERA BLANCO (Coord.), *Iv Encuentro de Derecho Financiero y Tributario (3.a parte). Documentos, N.º15/2016, pp.29-38.* Instituto de Estudios Fiscales.

https://www.ief.es/docs/destacados/publicaciones/documentos_trabajo/2016_15.pdf

CARBAJO VASCO, D. (2017). “El Futuro de Beps: ¿Aplicación Uniforme, Fragmentación o Beps II?”. *Cronica Tributaria, No. 162/2017, pp. 7–24*

<https://www.ief.es/vdocs/publicaciones/1/162.pdf - page=7>

CARBAJO VASCO, D. (2022). *Práctico Impuesto sobre Sociedades.* Barcelona: V-LEX. [Online].

<https://app--vlex--com.us.debiblio.com/#sources/11847>

CARMONA FERNÁNDEZ, N. (2006). “Cánones”. En N. CARMONA FERNÁNDEZ, y J.M. CALDERÓN CARRERO, *Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la Unión Europea.* CISS.

CARNELUTTI, F. (1944). *Sistema de Derecho Procesal Civil, vol. II .* UTEHA argentina, Unión tipográfica editorial hispano americana

CARPIÓ RIVERA, R. (2012). “La Planificación Tributaria Internacional”. *Revista Retos, vol. 2(3), pp. 53–67.* Quito: Editorial Abya Yala.
<http://dx.doi.org/10.17163/ret.n3.2012.03>

CARRILLO SALCEDO, J. A. (1991). *Curso de Derecho Internacional Público.* Madrid: Editorial Tecnos S.A

CARROLL, A. J. (2004). *The Bluffer’s Guide to Tax.* Ed. Oval Books.

CARROLL, M.B. (1933). “Taxation of Foreign and National Enterprises (Volumen IV)– Methods of Allocating Taxable Income”. *Carroll Report League of Nations Document No. C.425. M. 217(b), 30 septiembre 1933.* Australian Digital Collections, The University of Sidney.

CASADO OLLERO, G. (1981). “El Principio de Capacidad y el Control Constitucional de la Imposición indirecta (I)”. *Revista Española de Derecho Financiero 32/1981, pp.185–236.*

CASADO OLLERO, G.; SÁNCHEZ GALIANA, J.A. y RUFÍAN LIZANA, M^a.D. (1987). “Extrafiscalidad e Incentivos Fiscales a la Inversión en la CEE”. En AA.VV. *Estudios sobre Armonización Fiscal y Derecho Presupuestario Europeo.* Granada: Tat, 1987

CASADO OLLERO, GABRIEL. (2001). “Capacidades Normativas de las Comunidades Autónomas”. En *El Sistema de Financiación Autonómica,* Instituto Nacional de Administración Pública, pp. 25–32. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.

CASADEVALL, J.J. (2007). “El Nuevo Régimen Fiscal de Operaciones Vinculadas en el Impuesto sobre Sociedades”. *Impuestos: Revista de doctrina, legislación y jurisprudencia*, vol.23 (2), pp. 135–160. La Ley 2621/2007. Editorial La Ley, Wolters Kluwer.

<https://bit.ly/3tz2bzU>

CASERO BARRÓN, R. (1999). “Los Precios de Transferencia en una Economía Global.Aproximación Jurídico–Tributaria”. Tesis doctoral, director C. ALBIÑANA GARCÍA–QUINTANA. Universidad de Sevilla.

<https://idus.us.es/handle/11441/73254>

CASEY, A.J. & NIBLETT, A., (2015). “The Death of Rules and Standards”. *Indiana Law Journal*, vol. 92(4), Working Paper No. 550, U of Chicago, Public Law University of Chicago Coase–Sandor Institute for Law & Economics Research Paper No. 738.

<https://ssrn.com/abstract=2693826> ; o

<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2693826>

CASTRO ARANGO J. M. (2012). “La Cláusula Antisubcapitalización Española: Problemas Actuales”. *Documentos de Trabajo Instituto Estudios Latinoamericanos*, No. 34, pp.1–28.

<https://1library.co/document/myjl7emz-la-clausula-antisubcapitalizacion-espanola-problemas-actuales.html>

CAUWENBERG, P. (1998). “*International Transfer Pricing*”. Intersentia.

CAVESTANY MANZANEDO, M.A. (1993). “El Treaty Shopping en el Modelo de Convenio de la OCDE de 1992”. *Impuestos: Revista de doctrina, legislación y jurisprudencia* n°15–16. LA LEY 22619/2001. Wolters Kluwer.

CAZORLA PRIETO, LUIS. (2005). *Derecho Financiero y Tributario: Parte General* (5ª edic.). Navarra: Aranzadi, Cizur Menor.

CELESTIN, L. C. (2000). *The Formulary Approach to the Taxation of Transnational Corporations: A Realistic Alternative?* Tesis doctoral, Facultad de Derecho, University of Sydney.

<https://core.ac.uk/download/pdf/41229867.pdf>

CENCERRADO MILLÁN E. (2007). “Los Efectos del Ajuste Secundario en el Nuevo Régimen de Operaciones Vinculadas”. *Revista Española de Derecho Financiero*, No. 133. BIB 2007\590. Editorial Civitas. Aranzadi

CENCERRADO MILLÁN E. (2007). “La Nueva Regulación de las Operaciones Vinculadas: Caracterización y Procedimientos”. *Revista Española de Derecho Financiero* No. 134/2007, pp.343–378.

CHAMORRO y ZARZA, J. A. (2012). “Los Principios Constitucionales del Derecho Financiero y Tributario y su Deseable Implementación en el Derecho de la Unión Europea”. *Estudios de Deusto: Revista de Derecho Público*, vol. 60 (2), pp. 323–338. [https://doi.org/10.18543/ed-60\(2\)-2012](https://doi.org/10.18543/ed-60(2)-2012)

CHAPINOTI, M.B. (2010). *Preços de Transferência e Valoração Aduaneira. Controvérsias Tributárias no Comércio Exterior*. São Paulo: Aduaneiras.

CHECA GONZALEZ, CLEMENTE. (2010). “La Degradación de los Principios Tributarios como Consecuencia de la Globalización Económica”. *Anuario de la Facultad de Derecho*, No. 28, pp. 17–40. Universidad de Extremadura.

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3433964>

CHECCHIN D. (2000). *Precios de Transferencia en la República Argentina en un Contexto de Economías Globalizadas*. Universidad de Buenos Aires, Facultad de Ciencias Económicas.

CHENHALL, R. (2003). “Management Control Systems Design Within Its Organizational Context: Findings from Contingency–Based Research and Directions for the Future”. *Accounting, Organizations and Society*, vol. 28 (2–3), pp. 127–168.

[https://doi.org/10.1016/S0361-3682\(01\)00027-7](https://doi.org/10.1016/S0361-3682(01)00027-7)

CHENHALL, R. (2007). “Theorising Contingencies in Management Control Systems Research”. En C. CHAPMAN; A. HOPWOOD & M. SHIELDS, *Handbook of Management Accounting Research*, vol. 1, pp. 163–205. Oxford, U.K.: Elsevier.

[https://doi.org/10.1016/S1751-3243\(06\)01006-6](https://doi.org/10.1016/S1751-3243(06)01006-6)

CHICO DE LA CAMARA, P. (2005). “Los Límites Difusos entre la Competencia Fiscal Lesiva y Beneficiosa: una Reflexión sobre la Necesidad de Armonizar la Imposición Directa”. En M. A. COLLADO YURRITA y S. MORENO GONZALEZ, *Estudios sobre Fiscalidad Internacional y Comunitaria*, capítulo IX, pp. 215–264. Madrid: Colex.

CHINKIN, C.M. (1989). “The Challenge of Soft law: Development and Change in International Law”. *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 38 (4). pp. 850–866.

<http://www.jstor.org/stable/759917>

CHOVART, E. (2003). “Forcing Multinational Enterprises to Play Fair: Proposals for a Rigorous Transfer Pricing Theory”. *Alabama Law Review*, vol. 54(5).

<https://ssrn.com/abstract=1475387> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1475387>

CLARK, R.G. (1993). “Transfer Pricing, Section 482, and International Tax Conflict: Getting Harmonized Income Allocation Measures From Multinational Cacophony ”. *The American University Law Review*, vol 42(3), pp. 1155–1212. Washington.

<https://bit.ly/3A6g75U>

CLAVERO ARÉVALO, M. F. (1952). “La Doctrina de los Principios Generales del Derecho y las Lagunas del Ordenamiento Administrativo”. *Revista de Administración Pública*, No. 7, pp.51–104.

CLAUSING K. A. (2003). “Tax Motivated Transfer Pricing and US Intrafirm Trade Prices”. *Journal of Public Economics*, vol. 87 (9–10), pp.2207–2223.

[https://doi.org/10.1016/S0047-2727\(02\)00015-4](https://doi.org/10.1016/S0047-2727(02)00015-4)

CLOPATH, G. (2003). *La Pratique de la Gestion Fiscale*. Muri.Berna: Cosmos.

CLOYD, C.; PRATT, J. & STOCK, T. (1996). “The Use of Financial Accounting Choice to Support Aggressive Tax Positions: Public and Private Firms”. *The Journal of Accounting Research*, vol. 34 (1), pp.23–43.

<https://www.jstor.org/stable/2491330>

COCKFIELD, A. J. (2004). “Formulary Taxation Versus the Arm’s– Length Principle: The Battle Among Doubting Thomases, Purists, and Pragmatists ”. *Canadian Tax Journal / Revue Fiscale Canadienne*, vol. 52(1), pp. 114–123.

<https://bit.ly/3E3UTH6>

COENEN, M. (2014). "Rules Against Rulification". *The Yale Law Journal*, vol. 124(3), pp. 644–714.

<https://www.yalelawjournal.org/article/rules-against-rulification>

COLBERT, G.J & SPICER, B.H. (1995). “A Multi–Case Investigation of a Theory of the Transfer Pricing Process”. *Accounting, Organizations and Society*, vol.20(6), pp. 423–456.

<https://bit.ly/3DFksxV>

COLLADO YURRITA, M. A. y PATÓN GARCÍA, G. (2007). “Las Fuentes del Derecho Tributario Internacional”. En En T. CORDÓN EZQUERRO (Dir.), M.

GUTIÉRREZ LOUSA y M^a L. MARTÍN PARRA (Coords.) *Manual de Fiscalidad Internacional*, 3^a Ed. Revisada y ampliada, capítulo 4, pp. 137–160. Ministerio de Economía y Hacienda, IEF

COLLINS ENGLISH DICTIONARY. (2007). Collins, 9^aEd.Rev.

COMBARROS VILLANUEVA, V. E. (1988). *Régimen Tributario de las Operaciones entre Sociedades Vinculadas*. Tecnos.

COMBARROS VILLANUEVA V.E. (1988). “Precios de Transferencia y Ajustes Extracontables (Comentarios a las Resoluciones del TEAC de 10 de septiembre de 1986 y 3 de febrero de 1987.)”. *CISS Comunicación*, No. 58, pp. 58–67.

COMISIÓN INDEPENDIENTE PARA LA REFORMA DE LA FISCALIDAD CORPORATIVA INTERNACIONAL (ICRICT), documento de 2018, “*Una Hoja de Ruta para Mejorar las Reglas de Tributación de las Multinacionales. Un Futuro Más Justo para la Tributación Mundial*”.

<https://static1.squarespace.com/static/5a0c602bf43b5594845abb81/t/5a7900599140b7833060e4b8/1517879398764/ICRICT+Unitary+Taxation+SPANISH+Feb2018.pdf>

COOLS, M. & EMMANUEL, C. (2007), “*Transfer Pricing: The Implications of Fiscal Compliance*”. En C. S. CHAPMAN; A. G. HOPWOOD & M. D. SHIELDS “*Handbook of Management Accounting Research*”, vol. 2, pp.573–585. Elsevier

COOLS, M. & SLAGMULDER, R. (2009). “Tax-Compliant Transfer Pricing and Responsibility Accounting”. *Journal of Management Accounting Research*, vol. 21(1), pp. 151–178. American Accounting Association.

<https://ssrn.com/abstract=1520421> ; o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1520421>

COOPER, L.; FOX, R.; LOEPRICK, J. & MOHINDRA, K. (2016). *Transfer Pricing and Developing Economies. A Handbook for Political Makers and Practitioners*. International Bank for Reconstruction and Development, World Bank Group

CORDERO GARCÍA, J.A. (2010). “Las Operaciones Vinculadas y el Impuesto sobre Sociedades: el Desarrollo de la Ley de Medidas de Prevención del Fraude Fiscal”. *Nueva Fiscalidad*, No. 5/2010, pp. 55–102.

CORDÓN EZQUERRO T. (2006). “El Artículo 16 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades: Análisis Crítico y Alternativas de Reforma”. *Cuadernos de Formación*, No. 1, pp. 7–8. IEF.

https://www.ief.es/docs/destacados/publicaciones/revistas/cf/01_01.pdf

CORDÓN EZQUERRO, T. (2014). “Ámbito Subjetivo de las Operaciones Vinculadas en la Nueva Ley del Impuesto sobre Sociedades: Perímetro de Vinculación”. *Crónica Tributaria*, No. 152/2014, pp. 89–116.

<https://www.ief.es/vdocs/publicaciones/1/152.pdf - page=89>

CORDÓN EZQUERRO, T. y GUTIÉRREZ LOUSA, M. (2006). “La Política Fiscal en la Unión Europea: ¿Convergencia o Competencia?”. *CLM. Economía: Revista económica de Castilla – La Mancha*, No. 9, pp.61–96. Asociación de Economía Castilla–La Mancha

http://www.clmeconomia.jccm.es/pdfelm/cordon_gutierrez_9.pdf

CORTÉS DOMÍNGUEZ, M. y MARTÍN DELGADO, M. (1977). *Ordenamiento Tributario Español*. Civitas, Madrid: Civitas

COSÍN OCHAITA R. (2007). *Fiscalidad de los Precios de Transferencia*. CISS

COSTA MILANESE, A. C. (2015). “Alternativas para la Legitimación del Poder Judicial en la Aplicación Jurisdiccional de los Conceptos Jurídicos Indeterminados”. Tesis doctoral, director J. A. COLMENERO GUERRA. Universidad Pablo Olavide, Sevilla. <https://bit.ly/3DfUbWK>

COSULICH AYALA, J. (2012). “Consecuencias Tributarias de la Globalización”. *Centro Interamericano de Administraciones Tributarias*. [Online] <https://www.ciat.org/consecuencias-tributarias-de-la-globalizacion/>.

Cravens, K.S. (1992). *A Comparative Investigation of Transfer Pricing Practices in an International Environment*. Tesis doctoral. Texas A&M University. <https://bit.ly/3Gnaysf>

CRAVENS, K. S. (1997). “Examining The Role of Transfer Pricing as a Strategy for Multinational Firms”. *International Business Review*, vol. 6(2), pp.127–145.Elsevier. [https://doi.org/10.1016/S0969-5931\(96\)00042-X](https://doi.org/10.1016/S0969-5931(96)00042-X)

CRAVENS K.S. & SHEARON W. (1996). “An Outcome–Based Assessment of International Transfer Pricing Policy. *International.*” *The International Journal of Accounting*, vol 31(4), pp 419–43. Elsevier. [https://doi.org/10.1016/S0020-7063\(96\)90030-8](https://doi.org/10.1016/S0020-7063(96)90030-8)

CRUZ AMORÓS, M. (1997). “Los Precios de Transferencia y la Deslocalización de Beneficios”. *Impuestos: Revista de doctrina, legislación y jurisprudencia*, No. 13(2), pp.359–370.

CRUZ AMORÓS, M. (2007). “Los Acuerdos Previos sobre Precios de Transferencia”. En T. CORDÓN EZQUERRO (Dir.), M. GUTIÉRREZ LOUSA y M^a L. MARTÍN PARRA (Coords.), *Manual de Fiscalidad Internacional*, 3^a Ed. Revisada y ampliada, capítulo 27, pp.1123–1146. Madrid: Ministerio de Economía y Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales.

CRUZ PADIAL, I. (2003). “Globalización Económica: Sinónimo de Desnaturalización Tributaria”. *Crónica Tributaria*, No. 109/2003 pp. 59–77. Madrid: Ministerio de Economía y Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales. https://www.ief.es/docs/destacados/publicaciones/revistas/ct/109_04.pdf

CRUZ PADIAL I. (2007). “Precios de Transferencia. Delimitación y Modificación por la Ley de Medidas para la Prevención del Fraude Fiscal”. *Carta tributaria. Monografías*, No. 7, pp. 3–18.

CUBERO TRUYO, A.M. y DÍAZ RAVN, N. (2012). *Convenios para Evitar la Doble Imposición Suscritos por España y Modelo de la OCDE*. Tirant lo Blanch

CUENCA GARCÍA, E. y LÓPEZ RODRÍGUEZ, J. (2010). “El Proceso de Armonización Fiscal e Integración Económica en la Unión Europea”. En AA.VV. *Studi Tributari Europei*, 2(1), Capítulo IV. [Online] <https://doi.org/10.6092/issn.2036-3583/4911>

CUENCA GARCÍA, E.; NAVARRO PABSDORF, M.; MIHI RAMÍREZ, A, y BARRILAO, P.E. (2012), “La Armonización Fiscal en la Unión Europea”. *Comunicación en XIV Reunión de Economía Mundial*, Universidad de Jaén. <http://xivrem.ujaen.es/wp-content/uploads/2011/11/27-R-149M310.pdf>

CULBERTSON, R.E.; DURST, M.C. & BAILEY, D.B. (2005) “Transfer Pricing: OECD Transfer pricing Rules and Guidelines”. *BNA Tax Management Foreign Income Portfolios*, vol. 894, pp. A1–A57.

CYERT, R.M. & MARCH, J.G. (1963). *A Behavioural Theory of The Firm*. Englewood Cliffs, N.J.: Prentice–Hall.

CZECHOWICZ, I. J.; CHOI, F. D. S. & BAVISHI, V. B. (1982). *Assessing Foreign Subsidiary Performance: Systems and Practices of Leading Multinational Companies*. New Yoirk: Business International Corporation.

D^aALESSANDRO, V. y ASOREY, F. (2015), “El Plan de Acción de la OCDE para Eliminar la Erosión de Bases Imponibles y el Traslado de Beneficios a Otras

Jurisdicciones (Beps): Situación Actual”. *Revista Instituto Colombiano de Derecho Tributario – No. 71 –2015*

<https://bit.ly/3tzbfog>

DA SILVA, A. C. (2008). “Princípios de Direito Fiscal”. *Revista TOC, No. 96*, pp. 54–57.

https://www.occ.pt/fotos/downloads/files/1206547483_54a57direito.pdf

DAVARNEJAD, L. (2011). “In the Shadow of Soft law: The Handling of Corporate Social Responsibility Disputes under the OECD Guidelines for Multinational Enterprises”. *Journal of Dispute Resolution, vol. 2011(2)*, pp.1–36.

<https://core.ac.uk/download/pdf/217050476.pdf>

DÁVILA L. DE GUEVARA, C. (2001). *Teorías Organizaciones y Administración, Enfoque Crítico*. McGraw–Hill, 2ª edición

DE ABIEGA VALDIVIELSO, M. (2020). “El Paquete Fiscal de la Comisión Europea, de 15 de julio de 2020, Para Una Fiscalidad Más Justa y Simple de Apoyo a la Recuperación Económica”. *Revista Forum Fiscal, No. 267*, Sección En Portada, Wolters Kluwer, La Ley 10823/2020.

DEAN, J. (1955). “Decentralization and Intracompany Pricing”. *Harvard Business Review, vol. 33(4)*, p. 65–74. Boston, Mass.: Harvard Business School Publ. Corp.

DEBATIN, H. (1969). “The Recognition of Services and Licence of Incorporeal Rights Between Parent companies and Their Foreign Subsidiaries. Avoidance of Double Taxation in Case of Non–recognition by Tax Administrations”. *Cahiers de droit fiscal international, vol. 54a*.

DE CASTRO Y BRAVO, F. (1949). *Derecho Civil de España. Parte General*. Civitas.

DE HARO IZQUIERDO, M. (2011). “Activos Intangibles, la Difícil Delimitación de su Conceptuación, Contabilización y Aplicación Fiscal en el Ambito de la I+D+I”. *Revista Quincena Fiscal, No. 13/2011*, pp. 59–73. BIB 2011\960 Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor.

DE HOSSON, F.C. & MICHELSE, G.M.M. (1989). “Treaty Aspects of the ‘Thin Capitalisation’ issue – A Review of the OECD Report”. *Intertax, vol. 17(11)*, pp. 476–484. Wolters Kluwer

<https://kluwerlawonline.com/journalarticle/Intertax/17.11/TAXI1989091>

DE JUAN PEÑALOSA J. L. (1993). “Modelo/92”. *Impuestos: Revista de doctrina, legislación y jurisprudencia, No. 15–16*, pp. 18 y ss. Wolters Kluwer

DEL CAMPO AZPIAZU, C. (2007). “Modelos, Fines, Estructura e Interpretación Y Calificación de los Convenios de Doble Imposición”. En T. CORDÓN EZQUERRO (Dir.), M. GUTIÉRREZ LOUSA y Mª L. MARTÍN PARRA (Coords.) *Manual de Fiscalidad Internacional*, 3ª Ed. Revisada y ampliada, capítulo 13, pp.539 – 581. Madrid: Ministerio de Economía y Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales.

DEL CAMPO AZPIAZU, C. (2011). “Ajustes Correlativos: Procedimiento Amistoso y Arbitral” En N. CARMONA FERNÁNDEZ (dtor), *Régimen Fiscal de las Operaciones Vinculadas: Valoración Y Documentación*. 1ª edición. Editorial CISS.

DE LA VILLA GIL, J.M. (1982). *Estudio Analítico de los Convenios de Doble Imposición Suscritos por España, y de sus Disposiciones Reglamentarias*. Tesis doctoral, director J.L. PÉREZ DE AYALA, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid.

<https://eprints.ucm.es/id/eprint/54513/1/532808539X.pdf>

DELGADO GÓMEZ A. (1984). “Comentarios de los Artículos 35 al 66 del RD 2631/1982 por el que se Aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades”. En A. MANTERO SÁENZ (coord.) et al., *Impuesto sobre Sociedades: Comentarios al Reglamento*. Escuela de Inspección Financiera y Tributaria, Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid.

DELGADO PACHECO A. (2001). “El Régimen de los Llamados Precios de Transferencia”. En T. CORDÓN EZQUERRO (Dir.), M. GUTIÉRREZ LOUSA y A. BLANCO DALMAU (Coords.) *Manual de Fiscalidad Internacional*, capítulo 8, pp. 242–274. IEF.

DELGADO PACHECO A. (1998). “Algunas Cuestiones de Procedimiento en los Ajustes por Precios de Transferencia en el Ordenamiento Tributario Español”. *Impuestos: Revista de doctrina, legislación y jurisprudencia* No. 14(2), pp. 332–370.

DELGADO PACHECO, A. (2017). *Las Normas Generales Antielusion en la Jurisprudencia Tributaria Española y Europea*. Tesis doctoral, director J. ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN, Departamento de Derecho Público y Filosofía Jurídica, Universidad Autónoma de Madrid.

<https://bit.ly/31IBOMe>

DEL TORO HUERTA, M. I. (2006). “El Fenómeno del Soft law y las Nuevas Perspectivas del Derecho Internacional”. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. VI. [Online]

<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/Derecho-internacional/article/view/160/257>

DEL VECCHIO, G. (1933). *Los Principios Generales del Derecho*. Bosch, Barcelona.

DEL VECCHIO, G. (2017). “Sui Principi dell Diritto”. *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, No. 8, pp. 15–63.

<https://www.rivistaitalianaperlescienzeigiuridiche.it/sites/default/files/2.%20Del%20Vecchio%20Giorgio%20-%20Sui%20principi%20del%20diritto.pdf>

DE POLANCO, J. (1997). *La Globalización Mediática: Riesgos y Beneficios*. *Octavas Jornadas Bancarias*, Asociación de Bancos República de Argentina, pp. 6

DEVEREAUX, MICHAEL P. (2006). “The Impact of Taxation on the Location of Capital, Firms and Profit: A Survey of Empirical Evidence”. *Working Papers*, No. 07/02, pp. 1–52. Oxford University Centre for Business Taxation.

<https://core.ac.uk/download/pdf/288286396.pdf>

DEVEREAUX, M.P. & VELLA, J. (2014). “Are We Heading Towards a Corporate Tax System Fit for the 21st Century?”. *Fiscal Studies*, vol. 35(4), pp. 449–475. Oxford University Centre for Business Taxation. Wiley.

<https://www.jstor.org/stable/24440324>

DHARMAPALA, D. (2014), “What Do We Know about Base Erosion and Profit Shifting? A Review of the Empirical Literature”. *Coase-Sandor Institute for Law & Economics Working Paper* No. 702/2014, pp. 1-29. University of Chicago Law School.

<https://bit.ly/3Ic0uwv>

DHARMAPALA, D. & RIEDEL, N. (2013). “Earnings Shocks and Tax-Motivated Income-Shifting: Evidence from European Multinationals”. *Journal of Public Economics*, vol. 97, pp. 95–107.

<https://doi.org/10.1016/j.jpubeco.2012.08.004>

DÍAZ ECHEGARAY, J.L. (2002). *El Administrador de Hecho de las Sociedades*. Editorial Aranzadi.

DÍEZ PICAZO, L. (1983). “Los Principios Generales del Derecho en el Pensamiento de F. de Castro”. *Anuario de Derecho Civil*, vol. 36(4), pp. 1263–1268. Mº de Justicia.

DIÉGUEZ SOTO, J., GARCÍA TORRES, Mª D., GONZÁLEZ GARCÍA, V. (1993). “Comentarios en Torno al Informe Ruding”. *Revista Econo Nuestra*, N.º 14/1993, pp. 12–16. Colegio de economistas de Málaga.

DIVER, C. S. (1983). “The Optimal Precision of Administrative Rules”. *The Yale Law Journal*, vol. 93(65), pp.65–109.

<https://core.ac.uk/download/pdf/160249178.pdf>

DJANINI, C. & BRÄHLERT, G. (2007). “Qualifikationskonflikten: Internationale Steuer-planung durch Ausnutzung von Qualifikationskonflikten”. *Steuer und Wirtschaft* No. 84(1), pp.53–63

DOGAN Z.; DERAN A. & KÖKSAL A.G. (2013). “Factors Influencing the Selection of Methods and Determination of Transfer Pricing in Multinational Companies: A Case Study of United Kingdom”. *International Journal of Economics and Financial Issues*, vol. 3(3), pp.734–742.

<https://www.proquest.com/docview/1392996149/347A548872404512PQ/1>

DONNENFELD, S. & PRUSA, T.J. (1995). “Monitoring and Coordination in MNCs: Implications for Transfer Pricing and Intra-Firm Trade”. *Journal of Economic Integration*, vol. 10(2), pp. 230–255.

<https://www.jstor.org/stable/23000303>

DOPUCH, N & DRAKE, D. F. (1964). “Accounting Implications Of A Mathematical-Programming Approach To The Transfer Price Problem”. *Journal of Accounting Research*, vol. 2(1), pages 10–24. Wiley Blackwell

DURÁN RODRÍGUEZ, V. (2011). “Operaciones Financieras y Subcapitalización: Ejemplos Prácticos”. En N. CARMONA FERNÁNDEZ, *Régimen fiscal de las operaciones vinculadas: valoración y documentación. Supuestos Prácticos; Doctrina y Jurisprudencia; Especial Referencia a Pymes*, 1ª ed. Editorial CISS.

DURÁN ROJO, L. (2014). “Uso del Soft law en el Derecho Tributario como Manifestación de Cambio del Paradigma Jurídico”. *Revista No. 57*, Instituto Peruano de Derecho Tributario, pp41–126.

https://nanopdf.com/download/soft-law-como-manifestacion-del-cambio-de-paradigma-juridico_pdf

DÜRR, O. M. & GÖX, R. F. (2008). “Strategic Incentives for Keeping One Set of Books in International Transfer Pricing”. *Journal of Economics&Management Strategies* vol. 20 (1), pp. 269–298.

<https://doi.org/10.1111/j.1530-9134.2010.00289.x>

DÍEZ DE VELASCO, M. (1988). *Instituciones de Derecho Internacional Público*. vol. I, (8ª ed.). Madrid: Tecnos.

DIKOLLI, S. S. & VAYSMAN, I. (2006). “Information Technology, Organizational Design, and Transfer Pricing”. *Journal of Accounting and Economics*, vol.41 (1–2), pp. 201–234. Elsevier.

<https://doi.org/10.1016/j.jacceco.2005.06.001>

2003. “Dos Principios de Imposición: Legalidad y Capacidad Contributiva”. *Diario Judicial*. [Online].

<https://www.diariojudicial.com/nota/46575>.

DRUMM, H. J. (1983). “Transfer Pricing in The International Firm”. *Management International Review*, vol. 23 (4), pp. 32–43. Springer.

<https://www.jstor.org/stable/40227696>

DRURY, C. (2012). *Management and Cost Accounting*. 8^a ed. Londres: Cengage Learning EMEA.

DWORIN, L. (1990). “Transfer Pricing Issues”. *National Tax Journal*, vol. 43 (3), pp. 285–291.
<https://www.proquest.com/docview/207465153/E5881880CF8A450FPQ/2?accountid=14744>

DWORKIN, R. (1977). *Taking Rights Seriously*. Londres, Ed. Duckworth & Co. Ltd.

ECCLES Jr., R. G. (1983). “Control with Fairness in Transfer Pricing”. *Harvard Business Review*, vol. 61 (6), pp. 149–161.
<https://hbr.org/1983/11/control-with-fairness-in-transfer-pricing?language=es>

ECCLES Jr., R. G. (1985). *The Transfer Pricing Problem: A theory for Practice*. New York: Lexington, Mass., Lexington Books, c1985

EDEN, L. (1998). *Taxing Multinationals: Transfer Pricing and Corporate Income Taxation in North America*. University of Toronto Press.

EDEN, L. (2000). “The Arm’s–Length Standard in North America”. *Tax Notes Internacional*, pp. 673–681.
<http://www.voxprof.com/eden/Publications/thearmslenghtstandardinnorthamerica.pdf>

EDEN, L. (2003). The Internalization Benefits of Transfer Price Manipulation. Bush School Working Paper # 315. Texas A&M University.
<https://bit.ly/3Dw0GnE>

EDEN, L. (2015). “The Arm’s Length Standard: Making It Work in a 21st Century World of Multinationals and Nation States”. Forthcoming in Thomas Pogge and Krishen Mehta (editors), *Global Tax Fairness*, pp. 1–29, Oxford University Press.
<https://ssrn.com/abstract=2568266>

EDEN, L. (2019). “The Arm’s–Length Standard Is Not the Problem”. *Tax Management International Journal*, 48 TMIJ 10, pp. 1–9. Bloomberg Tax.
<https://ssrn.com/abstract=3467066>

EISENHARDT, K.M. (1985). “Control: Organizational and Economic Approaches”. *Management Science*, vol. 31 (2), pp. 134–149.
<https://www.jstor.org/stable/20159839>

EL–SEGINI, S. A.–H. (1992). *The Accounting for Transfer Pricing and Profit Shifting in Multinational Companies: The Case of Egypt*. Tesis doctoral, Warwick Business School, University of Warwick, Coventry, Reino Unido.
<http://wrap.warwick.ac.uk/2308/> ; ó
http://wrap.warwick.ac.uk/2308/1/WRAP_THESIS_ElSegini_1992.pdf

ELLIOT, J. (1995). “Developments in Transfer Pricing”. *British Tax Review*. No. 4, pp. 348–357

ELLIOTT J. (1998). *International Transfer Pricing: A Survey of UK and Non–UK Groups*; London: CIMA Publishing.

ELLIOT J. (1999). *Managing International Transfer Pricing Policies: A Grounded Theory Study*. Tesis doctoral. University of Glasgow.
<https://eleanor.lib.gla.ac.uk/record=b1798001>

EMMANUEL, C.R. & MEHAFDI, M. (1994). *Transfer Pricing*. The Chartered Institute of Management Accountants and Academic Press. London.

ENDYCOTT, T. (2003). *Vagueness in Law*. Oxford, Oxford University Press.

ENGELEN, A. F. (2004). *Interpretation of Tax Treaties under International Law. A Study of Articles 31, 32 and 33 of the Vienna Convention on the Law of Treaties*

and their Application to Tax Treaties. Doctoral Series, vol. 7. IBFD, Publications BV, Amsterdam.

ENTRENA MORATIEL, B. (2010). “La Revisión de los Capítulos I y III de las Directrices Aplicables en Materia de Precios de Transferencia”. *Cuadernos de Formación, Colaboración 28/10, vol. 11/2010, pp. 65–75.* CENTRO DE ESTUDIOS FISCALES.

ERASMUS-KOEN, M. (2009). *Transfer Pricing and Business Restructurings: Streamlining All the Way.* Amsterdam, IBFD

ERNST&YOUNG. (20 de September de 2020). *The Worldwide Transfer Pricing Guide 2019–2020.*

https://www.ey.com/en_gl/tax-guides/worldwide-transfer-pricing-reference-guide-2020

ERLICH, I. & POSNER, R. A. (1974). " An Economic Analysis of Legal Rulemaking". *The Journal of Legal Studies, vol. 3(1), pp. 257–286.* The University of Chicago Press .

<https://www.jstor.org/stable/724127>

ESCARIO, J. L. (2015). “La Lucha Contra la Evasión y la Elusión Fiscal. Hacia una Armonización del Impuesto de Sociedades en la UE”. En D. LÓPEZ GARRIDO (coord.), *El Estado de la Unión Europea; Nueva Legislatura: 11 Desafíos de Europa; pp.79–90.* Lúa Ediciones.

ESPITIA, J. (2015). “Tributación y Globalización”. *América Latina en Movimiento. Semanario Virtual Caja de Herramientas.*

[https://www.alainet.org/es/articulo/170228?language=es.](https://www.alainet.org/es/articulo/170228?language=es)

ESTEBAN MARINA, A. (1999). “Impuesto Sobre Sociedades: Operaciones Efectuadas en el Período 1992–1995 entre Sociedades Vinculadas”. *Estudios financieros. Revista de contabilidad y tributación: Comentarios, casos prácticos, No. 190,* pp.99–114

ESTEFANÍA, J. (2003). *Hija, Qué Es la Globalización. La Primera Revolución del Siglo XXI.* Madrid: Punto de Lectura.

ESTEVE PARDO, M^a. L. (1996 a), “El Impuesto sobre Sociedades en la Unión Europea” Tirant lo Blanch, Valencia.

ESTEVE PARDO, M^a L. (1996 b), “Fiscalidad de las Operaciones Vinculadas y Distribuciones Encubiertas de Beneficios “.Tirantonline.

ESSER, I. (1961). *Principios y Normas en la Elaboración Jurisprudencial del Derecho.* Bosch, Barcelona.

ESVERRI MARTÍNEZ, E. (1995). *Presunciones Legales y Derecho Tributario.* Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A.

EVANS MARQUEZ, RONALD. 1999. Régimen Jurídico de la Tributación Internacional. Caracas: McGraw–Hill.

EZZAMEL, M. (1987). “Transfer Pricing”. En M. EZZAMEL & H. HART, *Advanced Management Accounting: An Organisational Approach.* Ed. M. Ezzamel. London: Cassell Education

EZZAMEL M. (1995). *Issues.* En D. Ashton, T. Hopper & R. W. Scapens, *Management Accounting,* pp. 137–158. London: Prentice–Hall

FALCÓN Y TELLA, R. (1995 a). “El Fraude a la Ley Tributaria como un Mecanismo para Gravar Determinadas Economías de Opción: su Radical Diferencia con los Supuestos Previstos en el artº 6.4 CC”. *Revista Quincena Fiscal, No. 17 y 18,* pp. 5–15. BIB 1995\1259. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor.

FALCÓN Y TELLA, R. (1995 b). “El Arbitraje Tributario”. *Revista Quincena Fiscal, No. 2.* BIB 1995\ 1244. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor.

FALCÓN Y TELLA, R. (1997). “La Libertad de Pactos y los Precios de Transferencia: Efectos de las Propuestas de Valoración Previa”. *Revista Quincena Fiscal*, No. 11, pp.5–8. BIB 1997\1098. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor.

FALCÓN Y TELLA, R. (1998). “El Régimen de Operaciones Vinculadas: Análisis del Artículo 16 de la Ley 43/1995 y de su Desarrollo Reglamentario”.

FALCÓN Y TELLA, R. (2006). “El Nuevo Tratamiento de las Operaciones Vinculadas en el IS y en el IVA”. *Revista Quincena Fiscal*, No. 22/2006. BIB 2006\1744. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor.

FALCÓN Y TELLA, R. y ALMUDÍ CID, J.M. (2007). “El Derecho Fiscal Europeo”. En T. CORDÓN EZQUERRO (Dir.), M. GUTIÉRREZ LOUSA y M^a L. MARTÍN PARRA (Coords.) *Manual de Fiscalidad Internacional*, capítulo 5, pp. 161–198. 3^a Ed. Revisada y ampliada M^o Economía y Hacienda: IEF.

FALCÓN Y TELLA, R. y PULIDO GUERRA, E. (2010). *Derecho Fiscal Internacional*. Marcial Pons.

FEINSCHREIBER, R. (2004). *Transfer Pricing Methods. An Applications Guide*. John Wiley & Sons, Inc.

FEINSCHREIBER, R. & KENT, M. (2012). *Transfer Pricing Handbook. Guidance for the OECD Regulations*. New York: John Wiley & Sons, Inc.

FERNÁNDEZ PÉREZ R. (1980). “Criterios de Reparto de la Potestad Tributaria según los Distintos Modelos y Recomendaciones Existentes”. En L. DEL ARCO RUETE y J. M^a DE LA VILLA, *Estudios de Doble Imposición Internacional*, pp. 109–144. IEF, Madrid.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, E. y ÁLVAREZ GARCÍA, S. (2003). “Evolución de la Armonización Comunitaria del Impuesto sobre Sociedades en Materia Contable y Fiscal”. *Impuestos: Revista de doctrina, legislación y jurisprudencia*, No. 19(1), págs. 387–416. La Ley 1004/2003. Wolters Kluwer

FERREIRA RUBIO, D.M. (1984). “La Buena Fe: el Principio General en el Derecho Civil”. Tesis doctoral, director A. HENÁNDEZ GIL. Universidad Complutense de Madrid.

<https://eprints.ucm.es/id/eprint/53574/>

FERREIRO LAPATZA, J.J. (2003). “Solución Convencional de los Conflictos en Materia Tributaria. Una Propuesta de Solución”. *Revista Quincena fiscal*, No. 9, pp.11–20. BIB 2003\552. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor.

FERRER VIDAL D. (2015). *Las Operaciones Vinculadas: El Ajuste Secundario*. Editorial Aranzadi, 1^a ed.

FERRUZ AGUDO, L.; MARCO SANJUAN, I. y VICENTE RENÉ, R. (2010). “Descentralización y Precios de Transferencia; Estrategia Financiera”. *Estrategia Financiera*, No. 278, pp. 52–55. CISS Praxis. Madrid: Wolters Kluwer

FISH, H. (1995). *I.R.C. Section 482: Transfer Pricing 1994 Final Regulations*. Tesis doctoral. *Honors Theses. Paper 201*. Southern Illinois University Carbondale OpenSIUC. http://opensiuc.lib.siu.edu/uhp_theses

FLAMHOLTZ, E. (1983). “Accounting, Budgeting and Control Systems”. *Accounting, Organizations and Society*, vol. 8 (2/3), pp. 153–169. [https://doi.org/10.1016/0361-3682\(83\)90023-5](https://doi.org/10.1016/0361-3682(83)90023-5)

FLAMHOLTZ, E.; DAS, T.K. & TSUI, A.S. (1985). “Toward an Integrative Framework of Organizational Control”. *Accounting, Organizations and Society*, vol. 10 (1), pp.35–50.

[https://doi.org/10.1016/0361-3682\(85\)90030-3](https://doi.org/10.1016/0361-3682(85)90030-3)

FLEMING JR. J.C., PERONI, R.J. & SHAY, S. (2014). “Formulary Apportionment in the U.S. International Income Tax System: Putting Lipstick on a Pig?”. *Michigan Journal of International Law*, vol. 36(1), pp.1–57.

https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2552271

FOUQUET, O. (2011). “Le Conseil Constitutionnel et le Principe D'égalité Devant L'impôt”. *Les Nouveaux cahiers du Conseil Constitutionnel* (Daloz) No. 33, pp. 7–13.

<https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/le-conseil-constitutionnel-et-le-principe-d-egalite-devant-l-impot>

GAETANO SCOCA, F. (1968). “Stato ed Altri Enti Impositori di Fronte al Dovere di Prestazione Tributaria”. En *Diritto e Practica Tributaria, Parte Prima* (CEDAM), vol. XX-XIX, pp. 145–221.

FUENTES QUINTANA, E. (1961). *Política Fiscal e Integración Europea*. Ariel, Barcelona.

FUENTES QUINTANA, E. (1973). *Hacienda Pública: Introducción y Presupuesto, Apuntes de la Facultad de Ciencias Económicas*. Madrid.

GALÁN SÁNCHEZ, R.M. (2008). “Criterios Interpretativos de la AEAT para las Operaciones Vinculadas”. *Derecho de los Negocios*, No. 213, Sección Tributos. La Ley 17182/2008. Wolters Kluwer.

GALHARDO, L.R. & BALSIMELLI, F.C. (2021). “The Transfer Pricing Law Review: Brazil”, En S. EDGE, & D. ROBERTSON, “*The Transfer Pricing Law Review*” (5ª ed.). The Law Reviews. [Online]

<https://thelawreviews.co.uk/title/the-transfer-pricing-law-review/brazil>

GAMPER, A. (2008). “Introduction to the Study of the Law of the Austrian Federal Constitution” *Vienna Online Journal on International Constitutional Law*, vol 2, pp.92 -96.

<https://doi.org/10.1515/icl-2008-0204>

GANSHOV VAN DER MEERSH, W. (1975). *L'ordre Juridique des Communautés Europeenes et le Droit International*. Collected Courses of the Hague Academy of International Law, vol. 148.

http://dx.doi.org/10.1163/1875-8096_pplrdc_A9789028610187_01

GARCÍA ALARCÓN, G. (2010). “El Soft Law y Nuestro Sistema de Fuentes”. En A. BÁEZ MORENO; D. JIMÉNEZ-VALLADOLID DE L'HOTELLERIE-FALLOIS; J. ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN (dir.), M.A. COLLADO YURRITA (dir.); J. ZORNOZA PÉREZ (dir.) y A. RODRÍGUEZ BEREIJO (hom.) *Tratado sobre la Ley General Tributaria: Homenaje a Álvaro Rodríguez Bereijo*, vol. 1 (Tomo I), pp. 271–298.

<https://bit.ly/3CXDYnW>

GARCÍA AÑOVEROS, JAIME. (2000). *Manual del Sistema Tributario Español*. 8ª ed. Madrid: Civitas.

GARCÍA ÁLVAREZ, G. (2017). “Ayudas de Estado y Tax Rulings.El Control de los Acuerdos entre Administración y Contribuyente desde el Derecho Comunitario”. En P. CHICO DE LA CÁMARA (dir.), AA.VV., *Una Propuesta para la Introducción en Nuestro Sistema Administrativo y Tributario de Medidas Alternativas de Resolución de Conflictos (ADR)*, pp.107–140. Instituto Nacional de la Administración Pública.

GARCÍA BAÑUELOS, J. A., y MUT AGUILAR, I. (2017). “Descripción Precisa de las Transacciones entre Partes Vinculadas, Desconocimiento o Sustitución de las Mismas y su Relación con Las Cláusulas Antiabuso Generales”. *Crónica Tributaria*, No. 164/2017, pp. 97–131. Madrid: Ministerio de Economía y Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales

https://www.ief.es/docs/destacados/publicaciones/revistas/ct/164_A_Mut.pdf

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1984). *Reflexiones sobre la Ley y los Principios Generales del Derecho*. Madrid: Civitas.

GARCÍA, Mirta. (2011). “Planificación Fiscal”. *Separata Temática, Año 2 , No. 15*, pp. 3–22. Instituto AFIP.

<http://contadores-cac-ros.com.ar/Planificacion%20fiscal.pdf>

GARCÍA HERRERO BLANCO C. (2001). *Precios de Transferencia y Otras Operaciones Vinculadas en el Impuesto Sobre Sociedades*. Madrid: Ministerio de Economía y Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales

GARCÍA-HERRERA BLANCO C. (2007). “Algunas Reflexiones sobre la Nueva Regulación de las Operaciones Vinculadas en el Impuesto sobre Sociedades. Particular Referencia a las Obligaciones Formales”. *Revista Quincena Fiscal No. 7/2007*, pp. 37–46. BIB 2007\308. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor.

GARCÍA-HERRERA BLANCO C. y HERRERA MOLINA, P.M. (2002). “Técnicas Convencionales e Igualdad Tributaria (Mitos y Paradojas de un Aparente Conflicto)”. *Quincena Fiscal, No. 14/ 2002*, pp. .9-29. BIB 2002\1336. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor

GARCÍA MAYNEZ, E. (1980). *Introducción al Estudio del Derecho*. 53ª ed. Reimpresión. Ed. Porrúa, S.A. México.

<https://bit.ly/3FVmrxy>

GARCÍA-MONCÓ MARTÍNEZ, A. (2005). ”De Nuevo sobre los Llamados Acuerdos Previos De Valoración”. *Nueva Fiscalidad, No. 7– 2005*, pp.9-20.

GARCÍA-MONCÓ MARTÍNEZ, A. y FUSTER GÓMEZ, M. (2016). “Planificación Fiscal Internacional Posible Vs. Indebida: Problemas Actuales”. *Revista de contabilidad y tributación: Comentarios, casos prácticos, No. 405*, pp. 5–54. Centro de Estudios Financieros Centro De Estudios Fiscales.

<https://roderic.uv.es/bitstream/handle/10550/58367/117010.pdf?sequence=1>

GARCÍA MORENO, A. (2018). “Régimen Sancionador de las Operaciones Vinculadas”. *Carta Tributaria, Revista de Opinión, No. 39*, Sección Estudios. La Ley 4049/2018. Editorial Wolters Kluwer.

GARCÍA NOVOA, C. (2000). *El Principio de Seguridad Jurídica en Materia Tributaria*. Marcial Pons, Madrid.

GARCÍA NOVOA, C. (2004). *La Cláusula Antielusiva en la Nueva Ley General Tributaria*. 1ª Ed. Madrid: Marcial Pons.

GARCÍA NOVOA C. (2006). “El Proyecto de Ley de Prevención del Fraude(I)”. *Revista Quincena Fiscal, No. 1*, pp. 11–28. BIB 2006\603. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor.

GARCÍA NOVOA C. (2008). “El Ajuste Secundario en las Operaciones Vinculadas”. *Revista Quincena Fiscal, No .12/2008*. BIB 2008\971. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor.

GARCÍA NOVOA C. (2010). “La Necesaria Modificación de la Regulación de las Operaciones Vinculadas”. *Revista Quincena Fiscal, No. 1–2*. BIB 2010\19. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor.

GARCÍA NOVOA, C. (2012 a). *Elusión y Evasión Fiscal Internacional*. I Congreso Internacional de Derecho Tributario, Panamá, 6–8 junio 2012.

<https://bit.ly/3FOZFZp>

GARCÍA NOVOA, C. (2012 b). *El Concepto del Tributo*. Madrid: Marcial Pons

GARCÍA NOVOA, C. (2013). “Condicionantes Esenciales de la Reforma del Sistema Tributario Español. El Marco Internacional: El Equilibrio entre la

Consolidación Fiscal y la Competencia Fiscal Internacional”. *Fundación Impuesto y Competitividad*.

<https://bit.ly/3IMmnd3>

GARCÍA NOVOA, C. (2015 a). “Armonización y Lucha contra la Elusión Tributaria en la Unión Europea”. *Administración y Ciudadanía* revista da Escola Galega de Administración Pública, Xunta de Galicia, Escola Galega de Administración Pública, vol. 10 (1), pp. 35–64.

<https://egap.xunta.gal/revistas/AC/article/view/4090/5503>

GARCÍA NOVOA, C. (2015 b) “Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) y sus Implicaciones en los Ordenamientos Domésticos”. *Nueva Fiscalidad* N°3, pp. 45-78.

<https://vlex.es/vid/base-erosion-and-profit-586361942>

GARCÍA PRATS, F.A. (1996). *El Establecimiento permanente. Análisis jurídico-tributario Internacional de la Imposición Societaria*. Tecnos.

GARCÍA PRATS, F.A. (1998). *Imposición Directa, No Discriminación y Derecho Comunitario*, Tecnos, Madrid.

GARCÍA PRATS, F.A. (2005 a). “Los Precios de Transferencia: Su Tratamiento Tributario desde una Perspectiva Europea”. *Crónica Tributaria*, nº117/2005, pp.33–82. Madrid: Ministerio de Economía y Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales.

<https://www.ief.es/vdocs/publicaciones/1/117.pdf - page=33>

GARCÍA PRATS, F.A. (2005 b). “Artículo 9. Empresas Asociadas”. En J.R. RUIZ GARCÍA y J.M. CALDERÓN CARRERO, “Comentarios a los Convenios para Evitar la Doble Imposición y Prevenir la Evasión Fiscal Concluidos por España (análisis a luz del Modelo de Convenio de la OCDE y de la legislación y jurisprudencia española)”. A Coruña: Fundación Pedro Barrié de la Maza.

GARCÍA PRATS, F.A. (2009). “Los Modelos de Convenio, sus Principios Rectores y su Influencia sobre los Convenios de Doble Imposición”. *Crónica Tributaria*, No. 133, pp. 101–124. Madrid: Ministerio de Economía y Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales

<https://www.ief.es/vdocs/publicaciones/1/133.pdf - page=101>

GARCÍA PRATS, F. A. (2010). “Las Operaciones Vinculadas y los Precios de Transferencia: La Aplicación del Principio de Libre Competencia. Valoración a Valor de Mercado”. En T. CORDÓN EZQUERRO, “Fiscalidad de los Precios de Transferencia (Operaciones Vinculadas)”. Ed. CENTRO DE ESTUDIOS FISCALESF.

GARCÍA BAÑUELOS J.A. y MUT AGUILAR I. (2017). “Descripción Precisa de las Transacciones entre Partes Vinculadas, Desconocimiento o Sustitución de las Mismas y su Relación con las Cláusulas Antiabuso Generales”. *Crónica Tributaria* No. 164/2017, ni. Madrid: Ministerio de Economía y Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales.

<https://www.ief.es/vdocs/publicaciones/1/164.pdf - page=97>

GARCÍA-TORRES FERNÁNDEZ, M^a. J. (2007). “Empresa familiar y Operaciones Vinculadas”. *Impuestos: Revista de doctrina, legislación y jurisprudencia*, Año 23, No. 1, pp.179–203. LA LEY 74/2007

GARDE GARDE, M^a J. (2016), “El Proyecto BEPS”. *Boletín Económico de ICE* No 3071 del 1 Al 31 de Enero de 2016, pp. 39-46.

<http://www.revistasice.com/index.php/BICE/article/view/5529/5529>

GARDE, M^a. J. (2017). *Análisis de la Evolución Convenio Multilateral y su Impacto en los CDIs Suscritos por España. Perspectivas de Futuro*. Desayuno de Trabajo 17 octubre 2017, Asociación Española de Derecho Financiero.

GARRIDO FALLA, F. (1970). *Tratado de Derecho Administrativo*. Vol. I. Madrid: Instituto de Estudios Políticos.

GARRIGUES (2017), *Plan de Acción Beps: Una Reflexión Obligada*. Fundación Impuestos y Competitividad.

<https://www.fundacionic.com/wp-content/uploads/2017/06/LIBRO-PLAN-DE-ACCION-BEPS.pdf>

GAVIOUS, A. (1999). *Transfer Pricing– A review*. [Online] <https://www.bgu.ac.il/~ariehg/review.htm>

GAVIOUS, A. & TAUMAN, Y. (1997). “The Transfer Pricing Problem: A Mixed Mechanism Approach”. *Israel Institute Business Research, Working Paper No. 31/97*. <https://ssrn.com/abstract=165212>; o <https://bit.ly/3nWROTA>

GÉNY, F. (1861/1959). *Método de Interpretación y Fuentes del Derecho Privado Positivo*. Ed. Comares SL, Granada, 2000.

GERVAIS, M. (1988). “Internal Delivery Price”. *Encyclopedia of Management Economica*, pp.2271–2293.

GIBBARD, A. (1973). “Manipulation of Voting Schemes: a General Result”. *Econometrica*, vol. 41(4), pp.587 y ss.

<https://doi.org/10.2307/1914083>, o <https://www.jstor.org/stable/1914083>

GIUDICE, M. (1999). *La Cooperación Internacional entre las Administraciones Tributarias en el Contexto de la Globalización Económica*. XXXII Asamblea General del CIAT.

https://www.ciat.org/Biblioteca/AsambleasGenerales/1998/Espanol/brazil32_1998_tem_a4_italia.pdf

GIBSON, T. & BROOKS, J. (1987). “The Super Royalty: The 1984 and 1986 Tax Act Amendments Affecting Transfers of Intangibles to Foreign Subsidiaries”. *Santa Clara High Tech Law Journal*, vol. 3(1), pp.97–104.

<https://digitalcommons.law.scu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1033&context=chtlj>

GIULIANI FONROUGE, C.M. (2004). *Derecho Financiero*. Tomo II (9ª ed.). La Ley, Buenos Aires

GODFREY J.T. (1971). “Short–Run Planning in a Decentralized Firm”. *The Accounting Review, American Accounting Association (AAA)*, vol. 46(2), pp. 282–97.

<http://www.jstor.org/stable/244336>

GODE, H. *The Linkage Between the Applicable Transfer Pricing Methods*. [Online.]

<https://www.oecd.org/ctp/transfer-pricing/44388489.pdf>

GOOLSBEE, A. & MAYDEW, E. (1998). “Coveting they Neighbor’s Manufacturing: The Dilemma of State Income Apportionment”. *Working Paper 6614*. National Bureau of Economic Research.

DOI 10.3386/w6614

GÓMEZ COTERO J. de J. (2017). *Los Precios de Transferencia Frente al Fenómeno de la Globalización. Análisis de su Problemática Jurídica y su Regulación. Comparativa en los Ordenamientos de México y España*. Tesis doctoral, director J. PÉREZ ARRAIZ, Derecho administrativo, constitucional, Universidad del País Vasco.

<http://hdl.handle.net/10810/22986>

GÓMEZ–MOURELO CASTEDO, C. (2011). “Régimen sancionador: Cuestiones teóricas y supuestos prácticos”. En N. CARMONA FERNÁNDEZ (dir. y coord.), AA.VV, *Régimen Fiscal de las Operaciones Vinculadas: Valoración y Documentación*. 1ª edición. Editorial CISS.

GÓMEZ REQUENA, J. A. (2018), *El Análisis de Comparabilidad Post–BEPS en Precios de Transferencia: Definición Precisa y Recaracterización de Operaciones*

Vinculadas con Activos Intangibles. Tesis doctoral, director S. MORENO GONZÁLEZ, Departamento de Derecho Público y de la Empresa, Universidad de Castilla-La Mancha.

<https://bit.ly/3o7VXD2>

GONZÁLEZ DÍAZ, B. (2000). “El Coste de Oportunidad como Herramienta Empresarial”. *Documentos de Trabajo*, vol. 200, pp. 1–31. Universidad de Oviedo. Facultad de Ciencias Económicas

https://digibuo.uniovi.es/dspace/bitstream/handle/10651/45785/d202_00.pdf?sequence=1&isAllowed=y

GONZÁLEZ GARCÍA, E. (1983). *Evasión, Elusión y Fraude Fiscales*. Ponencia Nacional española sobre el tema, Congreso de la IFA, Venecia. Memoria de la AEDF 1983-1984.

GONZÁLEZ GARCÍA, E. (2001). “*El Fraude a la Ley Tributaria en la Jurisprudencia (Cuadernos de Jurisprudencia Tributaria)*”. Cizur Menor, Aranzadi.

GONZÁLEZ GARCÍA, A. (2010). “El Ajuste Secundario en Operaciones entre Empresas del Grupo y Partes Vinculadas”. *Estudios financieros. Revista de contabilidad y tributación: Comentarios, casos prácticos*, No. 323, pp 187–202. Centro De Estudios Fiscales.

GONZÁLEZ RODRÍGUEZ M. E. (2012), “Precios de Transferencia: Servicios Intragrupo”. *Cuadernos de Formación. Colaboración 9/14. Volumen 17/2014*, Madrid: Ministerio de Economía y Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales.

https://nanopdf.com/download/precios-de-transferencia-servicios-intragrupos_pdf

GONZÁLEZ SÁNCHEZ, M. (1993). *El Fraude de Ley en Materia Tributaria*. Ediciones Plaza Universitaria, Salamanca.

GORDON, R. H. & HINES, J. R. (2002). “International Taxation”. *Working Paper*, No. 8854, pp. 1–89. National Bureau of Economic Research.

<http://www.nber.org/papers/w8854>

GORDON, R. & WILSON, J.D (1986). “An Examination of Multi Jurisdictional Corporate Income Taxation Under Formula Apportionment”. *Econometrica*, vol. 54(6), pp. 1357-1373.

<https://doi.org/10.2307/1914303>

GOTA LOSADA A. (1988). *Tratado del Impuesto de Sociedades*. Tomo II, Banco Exterior de España, Madrid.

GOTLIB, G., y VAQUERO, F. M. (2009). *Aspectos Internacionales de la Tributación Argentina. Estudio Teórico-Práctico*. 2ª ed., F. E. Economía, Ed. Buenos Aires: La Ley.

GOULD, J.R. (1964). “Internal Pricing in Firms when There Are Costs of Using an Outside Market”. *Journal of Business*, vol. 37(1), pp. 61–67.

<https://www.jstor.org/stable/2351205>

GRABSKI, S.V. (1985). “Transfer Pricing in Complex Organizations: A Review and Integration of Recent Empirical and Analytical Research”. *Journal of Accounting Literature*, vol. 4, pp. 33–75.

doi.org/10.1007/978-1-4899-7138-8_22

GRAGEDA NÚÑEZ, E. (2010). “La Interpretación de los Tratados para Evitar la Doble Tributación, el Modelo De La OCDE y sus Comentarios”. *Revista de Derecho económico internacional*, vol.1(1), pp. 1–27. Instituto Autónomo Tecnológico de México, Ciudad de México, México.

http://cdei.itam.mx/sites/default/files/gragedadobletributacion_0.pdf

GRAMLICH, J. D. & WHEELER, J. E. (2003). “How Chevron, Texaco and the Indonesian Government Structured Transactions to Avoid Billions in U.S. Income

Taxes”. *Accounting Horizons*, vol. 17(2), pp. 107–122. American Accounting Association.

<https://bit.ly/3qVKtFJ>

GREENE, J. & DUERRS, M.G. (1970). *Intercompany Transactions in the Multinational Firm*. National Industrial Conference Board, Inc. New York.

GREEN, JR, LAFFONT J–J. (1979). *Incentives in Public Decision Making*. Amsterdam: North–Holland. Elsevier Science Ltd

https://scholar.harvard.edu/files/green/files/incentives_in_public_decision_making.pdf

GREIL, S. (2019). “The Arm’s Length Principle in The 21st Century – Alive And Kicking?” [Online]

<https://ssrn.com/abstract=3379092> ;

<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3379092>

GRESIK, T. A. 2001. “The Taxing Task of Taxing Transnationals”. *Journal of Economic Literature*, vol. 39(3), pp. 800–838. American Economic Association.

<https://www.jstor.org/stable/2698314>

GROVES, T. & LOEB, M. (1979). “Incentives in a Divisionalized Firm”. *Management Science*, vol. 25(3), pp. 221–230.

<https://www.jstor.org/stable/2630568>

GRUBERT, H. & MUTTI, J. (1991). “Taxes, Tariffs and Transfer Pricing in Multinational Corporate Decision Making”. *The Review of Economics and Statistics*, vol. 73 (2), pp. 285–293. The MIT Press.

<https://doi.org/10.2307/2109519> ; o <https://www.jstor.org/stable/2109519>

GUILLÉN, M.F. (2001). “Is Globalization Civilizing, Destructive, or Feeble? A Critique of Five Key Debates in The Social Science Literature”. *Annual Review of Sociology*, vol. 27, pp. 235–60.

<https://doi.org/10.1146/annurev.soc.27.1.235> ;

<http://www.management.wharton.upenn.edu/guillen/PDF–>

Documents/Globaliz_ARS_2001.pdf

GUMMET, P. (1996). *Globalization and Public Policy*. Cheltenham (United Kingdom): Edward Elgar Publishing Ltd.

GUPTA A.K. & GOVINDARAJAN V. (1984). “Business Unit Strategy, Managerial Characteristics, and Business Unit Effectiveness at Strategy Implementation”. *Academy of Management Journal*, vol. 27(1), pp. 25–41.

<https://www.jstor.org/stable/255955>

GUTIÉRREZ BENGOCHEA, M. (2016). *Presunciones y Figuras Afines en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*. Ed.Comares.

GUTIÉRREZ LOUSA M. y RODRÍGUEZ ONDARZA J.A. (2007). “Los Precios de Transferencia tras la Reforma Realizada por la Ley 36/2006 de Medidas para la Prevención del Fraude Fiscal”. *Boletín Económico del ICE*, No. 2917, pp. 15–36. Ministerio de Industria, Turismo y Comercio.

HAAK, M.; REINEKE, R.; WEISKIRCHNER–MERTEN, K. & WIELENBERG, S. (2017). “One Set or Two Sets of Books: The Impact of a Strategic Tax Auditor”. *WU International Taxation Research Paper Series*, No. 2017/08. University of Vienna.

<https://ssrn.com/abstract=3012231> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3012231> ; o

<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3012231>.

HABERMAS, J. (2000). “El Estado–Nación Europeo y las Presiones de Globalización”. *New Left Review*, No. 1, pp 121–134. Akal. Publicado originalmente en *Blätter für deutsche und internationale Politik* (1999), pp. 425–436

<https://bit.ly/3x5FAus>

HAGEMEISTER, MARKUS, y AITZIBE LERTXUNDI LERTXUNDI. (2007). “Las Estrategias de la Gestión Internacional: el Conocimiento como Componente Clave para su Clasificación.” *Cuadernos de Gestión*, vol.7 (2), pp. 29–37. Instituto de Economía Aplicada a la Empresa de la Universidad del País Vasco, https://addi.ehu.es/bitstream/handle/10810/7520/CdG_722.pdf?sequence=1&isAllowed=y

HALPIRIN, R. M., & SRINIDHI, B. (1987). “The Effect of the US Income Tax Regulations’ Transfer Pricing Rules on Allocative Efficiency”. *The Accounting Review*, vol. 62(4), pp. 686–706. <https://bit.ly/3dnMz9c>

HALPIRIN, R. & SRINIDHI, B. (1996). “U.S. Income Tax Transfer Pricing Rules for Intangibles as approximations of Arm’s length Pricing”. *Accounting Review*, vol. 71(1), pp 61–80. <https://www.jstor.org/stable/248355>

HAMAEKERS, H. (1992). “The Arm’s Length Principle and The Role of Comparables”. *Bulletin for International Fiscal Documentation*, vol 46(12), 1992.

HAMAEKERS, H. (1997). “Can the Free Negotiation of Prices within a Multinational Enterprise Serve as Arm’s Length Method?” *International Transfer Price Journal*, No. 4(1).

HAMAEKERS, H. (2000). “Precios De Transferencia. Antecedentes – Estado Actual – Perspectivas”. En AA.VV, *La Tributación Frente a las Relaciones Internacionales y la Utilización de Nuevas Tecnologías*. Ciclo Conferencias en Oporto, Portugal.

HAMAEKERS, H. (2005). “Income Allocation in the 21st Century: The End of Transfer Pricing? Introductory Speech”. *International Transfer Pricing Journal*, 13(3), pp. 95–98.

HAMAEKERS, H. (2009). “Principio de Plena Competencia ¿Hasta cuándo?”. *Rev.Enfoque Internacional n°6*, Grupo AELE. <https://es.scribd.com/document/379153359/Hamakers-PT>

HARRIS, M.; KRIEBEL, C.H. & RAVIV, A. (1982). “Asymmetric Information, Incentives and Intrafirm Resource Allocation”. *Management Science*, vol. 28(6), p.604–620. Institute for Operations Research and the Management Sciences (INFORMS). <https://www.jstor.org/stable/2631044>

HARRIS, D. & SANSING, R. (1998). “Distortions Caused by the Use of Arm’s–Length Transfer Prices”. *Journal of the American Taxation Association*, vol. 2, pp. 40–50.

HART, H.L.A. (1977). “American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and The Noble Dream. Essays in Jurisprudence and Philosophy”. *Georgia Law Review*, vol. 11(5), pp.969–989. <https://bit.ly/3crDqvO>

HASS, J.E. (1968). “Transfer Pricing in a Decentralized Firm”. *Management Science*, pp. B310–B333.

HAY, D.; HORNER, F. & OWENS, J. (1994). “Past and Present Work in the OECD on Transfer Pricing and Selected Issues”. *Intertax*, vol. 22(10), pp. 423 – 439.

HECKEMEYER, J. H. & OVERESCH, M. (2013). “Multinationals’ Profit Response to Tax Differentials: Effect Size and Shifting Channels”. *ZEW Discussion Papers*, No. 13–04, pp. 1–32. Zentrum für Europäische Wirtschaftsforschung. <https://ftp.zew.de/pub/zew-docs/dp/dp13045.pdf>

HELD, D. (2000). “La Globalización”. En MARTIN JAQUES, *¿Tercera Vía o Neoliberalismo?*, pp 141–156. Icaria Editorial.

HELD, D.; MCGREW, A. G.; GOLDBLATT, D. & PERRATON, J. (1999). *Global Transformations: Politics, Economics, and Culture*. Toronto: Stanford University Press.

HELLERSTEIN, W. (2005). “The Case for Formulary Apportionment”. *International Transfer Pricing Journal*, vol. 12(3), pp.103–111.
https://digitalcommons.law.uga.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1726&context=fac_art_chop

HELLERSTEIN, J. R. (1993). “Federal Income Taxation of Multinationals: Replacement of Separate Accounting with Formulary Apportionment”. *Tax Notes*, vol. 60(10)

HERRERA MOLINA, P.M. (1998). *Capacidad Económica y Sistema Fiscal (Análisis Del Ordenamiento Español a la Luz del Derecho Alemán)*. Marcial Pons, Madrid.

HERRERA MOLINA, P. M., y ALVAREZ GARCÍA, S. (2004). “La Ética en el Diseño y la Aplicación de los Sistemas Tributarios”. *Documentos No. 16/04*: 22. Madrid: Ministerio de Economía y Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales.

HERRSCHER, E. (2009). *Administración, Aprender y Actuar: Management Sistémico Para Pymes*. Granica.

HERZIG, N. (2012). “Comment on Hiemann and Reichelstein: Transfer Pricing in Multinational Corporations: An Integrated Management– and Tax Perspective”. En W. SCHÖN & K. A. KONRAD, *Fundamentals of International Transfer Pricing in Law and Economics* (MPI Studies in Tax Law and Public Finance), vol. I, pp. 19–24. Berlin: Springer Berlin Heidelberg.

HIEMANN, M. & REICHELSTEIN, S. (2012). “Transfer Pricing in Multinational Corporations: An Integrated Management– and Tax Perspective”. En W. SCHÖN & K. A. KONRAD, *Fundamentals of International Transfer Pricing in Law and Economics* (MPI Studies in Tax Law and Public Finance), vol. I, pp. 3–18. Munich: Springer–Verlag Berlin Heidelberg.

HINES Jr., J. R. (1990). “The Transfer Pricing Problem: Where the Profits Are”. *Working Paper, No. 3538*. National Bureau of Economic Research.
DOI 10.3386/w3538

HINES, J. R., Jr. & E. M. RICE (1994). “Fiscal Paradise: Foreign Tax Havens and American Business”. *Quarterly Journal of Economics*, vol. 109 (1), pp. 149–182.
<https://doi.org/10.2307/2118431>

HINES J.R. (1999). “Lessons from Behavioral Responses to International Taxation”. *National Tax Journal* 52(2), pp.305–322.
<https://www.jstor.org/stable/41789395>

HINES, Jr., J.R. (2009). “Income Misattribution under Formula Apportionment”. *Working Paper* 15185. National Bureau of Economic Research.

<http://www.nber.org/papers/w15185.pdf>

HINES, Jr. J. R. (2014). “Policy Forum: How Serious Is the Problem of Base Erosion and Profit Shifting?”. *Canadian Tax Journal / Revue Fiscale Canadienne*, vol. 62(2), pp. 443–453.

<https://repository.law.umich.edu/articles/1379>

HIRSCHLEIFER, J. (1956). “On The Economics of Transfer Pricing”. *Journal of Business*, vol. 29(3), pp.172–184.

<https://www.jstor.org/stable/2350664>

HOFER C.V. & SCHENDEL D.E. (1978). *Strategy Formulation: Analytical Concepts*. West Publishing: St Paul.

HOFSTEDE, G. (1981). “Management Control of Public and Non-for-Profit Activities”. *Accounting, Organizations and Society*, vol. 6 (1), pp. 193–211.

[https://doi.org/10.1016/0361-3682\(81\)90026-X](https://doi.org/10.1016/0361-3682(81)90026-X)

HOLMES, K. (2007). *International Tax Policy and Double Tax Treaties: An Introduction to Principles and Application*. IBFD Documentation

HOLMSTROM, B. & TIROLE, J. (1991). “Transfer Pricing and Organizational Form”. *The Journal of Law, Economics, and Organization*, vol. 7(2), pp. 201–228. Oxford University Press.

<https://www.jstor.org/stable/764942>

HORNER, F.M. (1996). “International Cooperation and Understanding: What's New About Th OECD's Transfer Pricing Guidelines”. *University Miami Law Review*, vol. 50 (3), pp.577–595.

<https://repository.law.miami.edu/umlr/vol50/iss3/8>

HORNGREN, C. T., SUNDEM, G. L., SCHATZBERG, J. & BURGSTHALER, D. (2013). *Introduction to Management Accounting Global*. 16^a ed. Pearson Education Limited.

HORNGREN, C.T.(1993). *Management Accounting*. Englewood Cliffs..

HORNGREN, C. T., FOSTER, G. & DATAR, S. M. (2007). *Contabilidad de Costos. Un Enfoque Gerencial*. (Trad. por J. Gomez Mont Araitza y J.I. Chávez Servín). 12^a Edic. Pearson Prentice Hall.

HORNGREN, C. T., SRIKANT M. D., & RAJAN, M. V. (2012). *Cost Accounting. A Managerial Emphasis*. (14^a ed.). Pearson Education Limited

HORST, T. (1971). “Theory of the Multinational Firm: Optimal Behaviour under Differing Tariff and Tax Rates”. *Journal of Political Economy*, vol. 79(5), pp. 59–72. The University of Chicago Press.

<https://www.jstor.org/stable/1830272>

HORTALÁ VALLVÉ, J. (2010). “Los Acuerdos Previos de Valoración”. En T. CORDÓN EZQUERRO (dir.), AA.VV., *Fiscalidad de los Precios de Transferencia (Operaciones Vinculadas)*, capítulo 20, pp.771–805. Ediciones CENTRO DE ESTUDIOS FISCALES.

HOSHOWER, L.B. & MANDEL, L.A. (1986). “Transfer Pricing Policies of Diversified US-Based Multinationals”. *The International Journal of Accounting*, vol. 22(1), pp.51–60.

HUERTA DE SOTO, J. (2000). *Proyecto Docente para el Concurso de una Plaza de Catedrático de Universidad*.

<https://www.jesushuertadesoto.com/articulos/articulos-en-espanol/proyecto-docente/>.

HUIDOBRO ARREBA I. (2008). “Operaciones Vinculadas”. En B. GARCÍA-RONZADO GONZÁLEZ y N. E. CARRACEDO GONZÁLEZ, *Guía: Impuesto de Sociedades*, capítulo XII, pp.353-391. CISS, 2^a Ed.

HUIZINGA, H. & LUC LAEVEN. (2008). “International Profit Shifting within Multinationals: A Multi-Country Perspective”. *Journal of Public Economics*, vol. 92 (5–6), pp. 1164–1182. Elsevier.

<https://bit.ly/3oLQxhl>

HYDE, C. E. & CHOE, C. (2005). “Keeping Two Sets of Books: The Relationship Between Tax and Incentive Transfer Prices”. *Journal of Economics and Management Strategy*, vol. 14 (1), pp. 165–186.

<https://ssrn.com/abstract=522623> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.522623>

IBÁÑEZ CASADO J. (1996). “Análisis de la Reforma del Impuesto sobre Sociedades”. *Anales de Estudios Económicos y Empresariales*, No. 11, pp-. 259–282.

<https://bit.ly/3CY3ERC>

IHERING, R.V. (1912/2011). *El Espíritu del Derecho Romano en las Diversas Fases de su Desarrollo.*(Trad.E. Píncipe y Satorres). Ed. Comares

INTERNATIONAL TAX REVIEW. (18 de July de 2015). *Transfer Pricing 16th Edition.*

<https://www.internationaltaxreview.com/pdfs/supplements/tp14.pdf>

JANNESSON, E.; NILSSON, F. & RAPP, R. (2014). *Strategy, Control and Competitive Advantage: Case Study Evidence.* Berlin: Springer, Berlin, Heidelberg.

JENKINS, G. P. & WRIGHT, B. D. (1975). “Taxation of Income of Multinational Corporations: The Case of The United States Petroleum Industry”. *Review of Economics and Statistics*, vol. 57(1), pp. 1–11. The MIT Press.

<https://www.jstor.org/stable/1937857>

JENNERGREN, P. (1972). "Decentralization on the Basis of Price Schedules in Linear Decomposable Resource–Allocation Problems". *Journal of Financial and Quantitative Analysis*, vol. 7 (1), pp. 1407–1417.

<https://doi.org/10.2307/2330072>

JENNINGS, R.Y. (1990). “An International Lawyer Takes Stock”. *International & Comparative Law Quarterly*, 1990, vol. 39 (3), pp.513–529. Cambridge University Press.

<https://doi.org/10.1093/iclqaj/39.3.513>

JENSEN, O. W. (1986). “Transfer Pricing and Output Decisions: The Dynamic Interaction”. *Decision Sciences*, vol. 17(3), pp. 428–436.

<https://doi.org/10.1111/j.1540-5915.1986.tb00236.x>

JIMÉNEZ CANO, R–M. (1999). “Sobre los Principios Generales del Derecho. Especial Consideración en Derecho Español”. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, No. 3, pp. 1–18.

<http://www.rtfed.es/numero3/1-3.pdf>

JIMÉNEZ MACÍAS, I. (2017). *El intercambio de Información y el Sistema Fiscal Internacional Después de FATCA: Diagnóstico y Perspectivas.* Tesis doctoral, director Y. GUTIÉRREZ FRANCO, Departamento de Economía Aplicada IV, Universidad Complutense de Madrid.

<https://eprints.ucm.es/id/eprint/43588/1/T39005.pdf>

JONES, J. F. A. (2015). “The Sources of Addington’s Income Tax”. En P. HARRIS & D. DE COGAN (Eds.), *Studies in The ryry of Tax Law*, vol. 7, pp. 1–32. Bloomsbury Publishing.

<https://media.bloomsburyprofessional.com/rep/files/9781849467988sample.pdf>

JONES RODRÍGUEZ, L. (2011), “Criterios para la Determinación del Valor Normal de Mercado de las Operaciones Vinculadas. El Análisis de Comparabilidad”. En N. CARMONA FERNÁNDEZ, *Régimen fiscal de las operaciones vinculadas: valoración y documentación. Supuestos Prácticos; Doctrina y Jurisprudencia; Especial Referencia a Pymes*, 1ª ed. Editorial CISS.

KHANDWALLA, P.N. (1972). “The Effect of Different Types of Competition on the Use of Management Controls”. *Journal of Accounting Research*, vol.10 (2),pp. 275–285.

<https://doi.org/10.2307/2490009>

KAPLAN, R.S. (1982). “Measuring Manufacturing Performance: With New Managerial Challenge for Accounting Research”. *The Accounting Review*, vol. 58(4), pp.686–705.

<https://www.jstor.org/stable/247063>

KAPLOW, L. (1992). “Rules versus Standards: An Economic Analysis”. *Duke Law Journal*, vol 42 (3), pp. 557–603. Duke University School of Law.

<https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3207&context=dlj>

KARKINSKY, T. & RIEDEL, N. (2012). “Corporate Taxation and the Choice of Patent Location within Multinational Firms”. *Journal of International Economics*, vol. 88, pp. 176–185. Elsevier.

https://www.cesifo.org/DocDL/cesifo1_wp2879.pdf; o

<https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1532668>

KEARNS, T. R. (1973). “Rules, Principles, and the Law”. *The American Journal of Jurisprudence* vol. 18, pp. 114–135. Notre Dame Law School, Indiana. EE.UU.

<https://doi.org/10.1093/ajj/18.1.114>

KEESLING, F.M. & WARREN, J.S. (1960). “The Unitary Concept in the Allocation of Income”. *Hastings Law Journal*, vol. 12(1), pp.42–64.

<https://bit.ly/3EMBB8C>

KELSEN, H. (1994). *Teoría General de las Normas*. Ed. Trillas, México.

KEUSCHNIGG C. & DEVEREUX M. P. (2013). “The Arm’s Length Principle and Distortions to Multinational Firm organization”. *Journal of International Economics*, vol. 89(2), pp.432–440.

<https://doi.org/10.1016/j.jinteco.2012.08.007>

KIRCHHOF, P.; LEHNER, M.; RAUPACH, A. & RODI, M. (2002). *International and Comparative Taxation: Essays in Honour of Klaus Vogel*. 1ª Edic. Series on International Taxation, Kluwer.

KLASSEN, K.J., LANG, M., & WOLFSON, M. (1993). “Geographic Income Shifting by Multinational Corporations in Response to Tax Rate Changes”. *Journal of Accounting Research*, 31(2), pp.141–173.

<https://doi.org/10.2307/2491168>

KLASSEN K. J., LISOWSKY P. & MESCALL D. (2016). “Transfer Pricing: Strategies, Practices, and Tax Minimization”. *Contemporary Accounting Research*, vol. 34(1), pp.455–493. Wiley Online Library.

<https://doi.org/10.1111/1911-3846.12239>

KOBETSKY, M. (2019). “The Transfer–Pricing Profit–Split Method After BEPS: Back to the Future”. *Canadian Tax Journal, Revue Fiscale Canadienne*, vol. 67(4), pp. 1077–1105. University of Melbourne Legal Studies Research Paper No. 898.

<https://ssrn.com/abstract=3510267>

KOFLER, G. (2013). “The BEPS Action Plan and Transfer Pricing: The Arm’s length Standard Under Pressure?” *British Tax Review*, No. 5.

https://www.jku.at/fileadmin/gruppen/150/Team/Georg_Kofler/Aufsaeetze_in_Fachzeitschriften/BEPS_and_Transfer_Pricing_153.pdf

KOFLER, G. (2015) "Art.9 – Associated Enterprises". En E. REIMER & A. RUST, “*Klaus Vogel on Double Taxation Conventions*”, capítulo III, Volumen 1, Kluwer Law International.

KOPITS, G. F. (1976). “Intra–firm Royalties Crossing Frontiers and Transfer Pricing Behaviour”. *The Economic Journal*, vol. 86 (344), pp. 791–805. Oxford University Press

<https://doi.org/10.2307/2231453> ; o <https://www.jstor.org/stable/2231453>

KOTTER, J. (1976). "Organisational Design". En P. R. LAWRENCE; L.B. BARNES & J.W. LORSCH, *Organizational Behaviour and Administration – Cases and Readings (Improving Your Competence in Understanding and Dealing with the Human Aspects of Management)*. 3ª Ed. Edit. Richard D Irwin Inc. Illinois.

KROPPEH H. K. & EIGELSHOVEN, A. (1998). “Transfer Pricing Planning in Germany”. *Transfer Pricing Report*, vol. 7 (4), pp. 104–109. Tax Management Inc.

LAGOS RODRÍGUEZ, G. (2015). “La Fiscalidad de las Operaciones Vinculadas en el Nuevo Impuesto de Sociedades”. *Revista Quincena Fiscal*, No. 18, pp.19–32. BIB 2015\13430. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor.

LAGOS RODRÍGUEZ, M^a. G. y ALCARAZ RUIZ, S. (2015). “El Tratamiento Fiscal de las Operaciones Vinculadas en el Nuevo Impuesto sobre Sociedades”. *Crónica Tributaria*, No. 156/2015, pp.109–134. Madrid: Ministerio de Economía y Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales
<https://www.ief.es/vdocs/publicaciones/1/156.pdf> - page=109

LALL S. (1973). “Transfer–Pricing by Multinational Manufacturing Firms”. *Oxford Bulletin of Economics and Statistics*, vol. 35(3), pp. 173–195.
<https://bit.ly/2ZaMthQ>

LAMAGRANDE, A. J. (1998). “Globalización, Evasión Fiscal y Fiscalización Tributaria”. *Revista Boletín AFIP*, No. 9, pp. 627–657.
<https://bit.ly/3oMD9Jw>

LAMPREAVE MÁRQUEZ, P. (2010). *La Competencia Fiscal Desleal en los Estados de la Comunidad Europea*. Aranzadi Thomson Reuters.

LAMPREAVE MARQUEZ, P. (2011). “Las Doctrinas Judiciales Norteamericanas de Anti–Abuso Fiscal (Con Especial Consideración a la Reciente Codificación de la Doctrina sobre la Sustancia Económica) y la Doctrina sobre los Acuerdos Artificiales Aplicable en la Unión Europea”. *Revista Quincena Fiscal*, No. 21, pp. 87–130. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor.
<https://bit.ly/3x4pCRn>

LAMPREAVE MÁRQUEZ, P. (2018), “¿La Competencia Fiscal Desleal vs. las Ayudas de Estado Fiscales, Dos Caras de la Misma Moneda?”. *Revista Quincena Fiscal*, No. 8/2018, pp.19–42. BIB 2018\8443. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor.
<https://bit.ly/3CBCHmt>

LANGBEIN, S.I. (1991). “Transfer Pricing and Economies of Integration”. En MORRISON et al., *Transfer Pricing: The International Tax Concern of the 1990s*, Englewood Cliffs, NJ: Prentice Hall Law & Business, Wilkie, pp. 27–51.

LANGBEIN, S.I. (2019). “United States Policy and the Taxation of International Intangible Income”. 50 *U. Miami Inter–American Law Review* 1, vol. 50(2), pp.1–83. University of Miami School of Law Institutional Repository.
<https://repository.law.miami.edu/umialr/vol50/iss2/3>

LARA BERRIOS, B. (2009). “Hacienda Pública y Derecho Tributario. El Derecho Tributario: El Tributo”. *Documentos No. 4/09*, pp. 1–42. Instituto Estudios Fiscales.
http://www.ief.es/docs/destacados/publicaciones/documentos_trabajo/2009_04.pdf

LARENZ, K. (1994). *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Ariel, Barcelona

LARSON, R.L.C. (1974). “Descentralization in Real Life”. *Management Accounting*, vol. 55, pp.28–32.
<https://www.proquest.com/docview/198668312/3024317AC9324995PQ/1?accountid=14744>

LASARTE LÓPEZ, R. (2005). “La Comprobación Limitada en el Ámbito de las Actividades Empresariales y Profesionales”. En AA.VV. *La Aplicación de los Tributos en la Nueva Ley General Tributaria*, pp. 569–576. Madrid: Ministerio de Economía y Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales.

LAWRENCE, P. R. & LORSCH, J. W. (1967). *Organization and Environment*. Harvard Business School, Division of Research. (Reeditado como

Harvard Business School Classic, Harvard Business School Press, 1986.). Boston, Massachusetts.

LECRAW, D. J. (1985). Some Evidence on Transfer Pricing by Multinational Corporations. En L. EDEN & A. M. RUGMAN, *Multinationals and Transfer Pricing*, capítulo 12, pp. 223–240. New York: St. Martins Press.

LE GALL, J.P. (1994). “Some Thoughts on the Arm’s Length Principle”. *International Transfer Pricing Journal*, vol. 5. IBFD.

LEHENER, M. (2011). “Article 9: Associated Companies”. En T. Ecker & G. Ressler, *History of Tax Treaties- The Relevance of the OCDE Documents for the Interpretation of Tax Treaties*. Linde

http://www.steuerecht.jku.at/ml/de/elemente_site/Kommentare-Sammelwerke/Lehner - Art 9 OECD MC.pdf

LEMUS TORRES, A. B. (2011). “Strategic Incentives for Keeping One Set of Books under the Arm’s Length Principle”. Working Paper 11–35. Universidad Carlos III de Madrid. Departamento de Economía

<http://hdl.handle.net/10016/15096>

LENT, R.N. (1966). “New Importance for Section 482 of the Internal Revenue Code”. *William & Mary Law Review*, vol. 7(2), Article 12, pp. 345–356

<https://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol7/iss2/12>

LEPARD, B. D. (1999). “Is the US Obligated to Drive on the Right? A Multidisciplinary Inquiry into the Normative Authority of Contemporary International Law Using the Arm’s length Standard as a Case Study”. *Duke Journal of Comparative & International Law*, vol. 10(1), pp. 43–190.

<https://scholarship.law.duke.edu/djcil/vol10/iss1/3>

LEVEY, M. M., BRANDMAN, S. L., & MIESEL, V. H. (2001). “Tropicana: Inter–state transfer pricing – lessons learned?”. *International Tax Journal*, vol. 27(4), pp.14–23.

<https://bit.ly/31vq1ks>

LESSONA, C. (1905). “Teoría General de la Prueba en Derecho Civil”. *Revista de Legislación*, Canizares, Madrid.

LI, D. y FERREIRA, M. P. (2010). “Internal and External Factors on Firms’ Transfer Pricing Decisions: Insights from Organization Studies”. *globAdvantage Working Paper No. 6/2007*.

<https://ssrn.com/abstract=1579346> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1579346>

LIMONGI FRANCA, R. (1977). *Enciclopedia Saraiva do Direito*. vol 70. Editora Saraiva

LIN, C.–W., & CHANG, H.–C. (2010). “Motives of Transfer Pricing Strategies – Systemic Analysis”. *Industrial Management and Data Systems*, vol. 110 (8), pp. 1215–1233. Emerald Group Publishing Limited.

<https://bit.ly/3Dp5ZWx>

LI, J. (2002). “Global Profit Split: An Evolutionary Approach to International Income Allocation”. *Canadian Tax Journal / Revue Fiscale Canadienne*, vol. 50 (3), pp. 823–833.

<https://www.proquest.com/docview/215412477?pq-origsite=gscholar&fromopenview=true>

LI, J. (2005). “International Transfer Pricing Practices in New Zealand”. *University of Auckland Business Review*, vol. 7, pp.59–65.

https://researcharchive.lincoln.ac.nz/bitstream/handle/10182/1065/caer_wp_3.pdf?%3Bjsessionid=FF5BCD32AABDDE8D98D52622208DD261?sequence=3

LI J. & PAISEY, A. (2005). *International Transfer Pricing in Asia Pacific: Perspectives on Trade. Perspectives on Trade between Australia, New Zealand and China.* Pallgrave Macmillan.

LLAL, S. (1973). “Transfer–Pricing by Multinational Manufacturing Firms”. *Oxford Bulletin of Economics and Statistics*, vol. 35 (3), pp. 173–195.
<https://af.booksc.eu/book/15267979/fcb03c>

LOBO TORRES, R. (2006). *Normas de Interpretação e Integração do Direito Tributário.* 4ª Ed. Río de Janeiro: Renovar.

LOHSE, T. & RIEDEL, N. (2013). “Do Transfer Pricing Laws Limit International Income Shifting? Evidence from European Multinationals”. *CESifo Working Paper, No. 4404*, pp.1–30. Center for Economic Studies and ifo Institute (CESifo), Munich.

<http://ssrn.com/abstract=2334651> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2334651>

LONDOÑO SEPÚLVEDA, N. R. (2007). “La Obligatoriedad de los Principios Generales del Derecho en el Common Law de los Estados Unidos”. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 36 (106), pp. 55–68. Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín, Colombia

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2367490>

LÓPEZ ALBERTS, H. (2009). “El Ajuste Secundario y la Contabilización de las Operaciones Vinculadas”. *Carta Tributaria – Monografías, N° 18*, Sección Monografías, Quincena del 16 al 30 Oct. 2009. La Ley 19530/2009. CISS

LÓPEZ DE HARO, R. (2011). “Los Acuerdos de Reparto de Costes”. En AA.VV., *Régimen Fiscal de las Operaciones Vinculadas: Valoración y Documentación.* La Ley 13574/2011. 1ª Edición. Editorial CISS.

LÓPEZ DE HARO, R., MONTES URDÍN, J. y ORTEGA, M. (2013). “Los Precios de Transferencia: Normativa y Tendencias”. En F. SERRANO ANTÓN, *Fiscalidad Internacional*, Tomo I, capítulo 13, pp. 569–635. 5ª Edic., CENTRO DE ESTUDIOS FISCALES

LÓPEZ ESPADAFOR, C. Mª. (1999). *La Doble Imposición Interna.* Valladolid: Lex Nova.

LÓPEZ ESPADAFOR, C. Mª. (2006). “La Costumbre Internacional en el Derecho Tributario”. *Nueva Fiscalidad, No. 1*, pp. 9–42.

<http://vlex.com/vid/costumbre-internacional-tributario-290939>.

LÓPEZ ESPADAFOR, C. Mª. (2010). *Principios Básicos de Fiscalidad Internacional.* Madrid–Barcelona–Buenos Aires: Marcial Pons.

LÓPEZ ESPADAFOR, C. Mª. (2013 a). “Revisión de las Relaciones entre el Derecho Tributario y el Derecho Internacional General”. *Crónica Tributaria, No. 147*, pp. 127–152. Madrid: Ministerio de Economía y Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales

http://www.economistas.es/Contenido/REAF/CronicaTributaria/147/147_Lopez.pdf

LÓPEZ ESPADAFOR, C. M. (2013 b). “La Delimitación de los Contenidos de la Enseñanza de la Fiscalidad Internacional”. *Revista de Educación y Derecho, No. 8*, Abril–septiembre 2013, pp. 118–135.

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4422550>.

LÓPEZ ESPADAFOR, C. Mª. (2016). “Las Normas Generales Del Derecho Internacional Ante El Objetivo De Combatir la Evasión Fiscal”. *Cuadernos de Derecho Transnacional vol. 8, No 2*, pp.258–277.

<http://dx.doi.org/10.20318/cdt.2016.3259>; o

<https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/3259>

LÓPEZ HERMOSO AGIUS, J.C. (2010). “El Ajuste Secundario”. En T. CORDÓN EZQUERRO, *Fiscalidad de los Precios de Transferencia: Operaciones Vinculadas*, capítulo 18. CEF

LOZANO SERRANO, CARMELO, JOSE MANUEL TEJERIZO LÓPEZ, y JUAN MARTIN QUERAL. (2019). *Curso de Derecho Financiero y Tributario*. 19ª ed. Madrid: Tecnos.

LUCAS DURÁN, M. (2014). “Coordinación en el Seno de la Unión Europea para Luchar contra el Fraude y Elusión Fiscales. Viejas y Nuevas Medidas”. En F.D. ADAME MARTÍNEZ, J. RAMOS PRIETO y J. LASARTE ÁLVAREZ, *Estudios sobre el sistema tributario actual y la situación financiera del sector público: homenaje al Profesor Dr. D. Javier Lasarte Álvarez*, pp.615–643. Madrid: Ministerio de Economía y Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales.

LUCAS DURÁN, M. (2018), “Residencia y Territorialidad: Beps y la Necesidad de Revisar los Principios Tradicionales de la Fiscalidad Internacional”. En I. MERINO JARA y A. VÁZQUEZ DEL REY VILLANUEVA, *Problemas Actuales sobre la Residencia Fiscal: Perspectivas Interna, Comunitaria e Internacional*, capítulo I, IEF, Documentos de Trabajo 7/2018.

https://www.ief.es/docs/destacados/publicaciones/documentos_trabajo/2018_07.pdf

LUCEY, T. (2003). *Management Accounting*. 5ª ed. Cengage Learning.

MAFFINI, G. & MOKKAS, S. (2011). “Profit Shifting and Measured Productivity of Multinational Firms”. *Oxford Bulletin of Economics and Statistics*, vol. 73 (1), pp. 1–20.

DOI: 10.1111/j.1468–0084.2010.00610.x

MANES R. & VERRECCHIA R.E. (1979). “A New Proposal for Setting Intra–Company Transfer Prices”. *Accounting and Business Research*, vol. 12(46), pp. 97–104. <http://dx.doi.org/10.1080/00014788.1982.9728794>

o

https://repository.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1048&context=accounting_papers

MARCELINO JUNIOR, J. C. (2016). *Los Centros Off–Shore.La Utilización del Sistema Tributario como Vehículo a la Atracción del Capital Internacional*. Tesis doctoral, directora E. ANDRÉS AUCEJO. Departament de Dret Financer i Tributa, Universidad de Barcelona.

<http://hdl.handle.net/2445/97843>

MARÍN FERNÁNDEZ, J. y GRAU RUIZ, A. (1997). “Algunas Notas sobre la Armonización del Impuesto de Sociedades en el proceso de integración europea: especial referencia a la base imponible”. *Impuestos: Revista de doctrina, legislación y jurisprudencia 1997, Tomo II*, pp. 1061–1074. Wolters Kluwer

MÁRQUEZ SILLERO C. y MÁRQUEZ MÁRQUEZ A. (2015). “El Nuevo Régimen Tributario de las Operaciones Vinculadas. Al Hilo de los Razonamientos Jurídicos de la Sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de mayo de 2014”. *Carta Tributaria, Revista de Opinión*, No. 9, pp. 17–29. LA LEY 7325/2015.

MARREIROS MOREIRA, T. & ANTAS, F. (2018, 1 junio). “Transfer Pricing in Portugal”. Thomson Reuters, *Practical Law*.

<https://bit.ly/3HoHhYM>

MARRERO GUILLAMÓN, I. (2008). “La Fábrica del Conflicto. Terciarización, Lucha Social y Patrimonio en Can Ricart, Barcelona”. Tesis doctoral. Universidad de Barcelona.

MARTIN DELGADO, J. Mª, y DOMINGUEZ CORTES., M. (1977). *Ordenamiento Tributario Español*. Madrid: Civitas.

MARTÍNEZ ALFONSO, A.P. (2018). “Casos Prácticos para el Análisis de las Obligaciones de Documentación y de Declaración de las Operaciones Vinculadas en el Ámbito de la Declaración Informativa Modelo 232”. *Revista de Contabilidad y Tributación*, N°427 (octubre 2018), pp. E1–E54. Centro de Estudios Fiscales (CEF)

MARTÍNEZ ÁLVAREZ, E. M. (2010). “Obligaciones de Documentación de las Operaciones Vinculadas”. *Hacienda Canaria*, No. 32, pp.41–72

MARTÍN FERNÁNDEZ, J. (2004). *La Responsabilidad de los Administradores en la Nueva LGT*. Jornadas de la nueva Ley General Tributaria, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Madrid, 23 noviembre.
https://eprints.ucm.es/1458/1/pon_9.pdf.

MARTÍN FERNÁNDEZ, F. J. (2005). “El Carácter Vinculado de las Operaciones de los Socios con las Sociedades Mercantiles Profesionales”. *Revista Quincena Fiscal*, No. 9/2005, pp. 11–17. BIB 2005\1014. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor.

MARTÍN FERNÁNDEZ J. y BERDUD SEOANE J.M. (2010). “Las Operaciones Vinculadas en el Impuesto sobre Sociedades”. *Partida Doble*, No. 223, pp 48–62. Ciss Praxis.

MARTÍNEZ FERNÁNDEZ J. y RODRÍGUEZ MÁRQUEZ J. (2010). “Procedimiento de Comprobación del Valor Normal de Mercado”. En T. CORDÓN EZQUERRO, AA.VV. *Fiscalidad de los Precios de Transferencia (Operaciones Vinculadas)*, Cap 17, pp.693–714. Centro De Estudios Fiscales.

MARTÍN JIMÉNEZ, A. J. (2012). “Hacia una concepción unitaria del abuso del Derecho Tributario de la Unión Europea”. *Revista Quincena Fiscal* No. 7/2012, pp. 59–114. BIB 2012\551. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor.

MARTÍNEZ, J.C. y CABALLERO GUZMÁN, N. (2015). “Las Fuentes Invisibles del Derecho Tributario: por una Teoría de la Hipóstasis Jurídica”. *Revista Instituto Colombiano de Derecho Tributario*, No. 71.
<https://bit.ly/3qPtncw>

MARTÍNEZ–CARRASCO PIGNATELLI, J.M. (2009). “El Ajuste Secundario en la Ley y Reglamento del Impuesto sobre Sociedades (A Propósito del RD 1793/2008, de 3 de noviembre)”. *Revista Quincena Fiscal* num.12/2009, parte Estudio, pp. 75–84. BIB 2009\683. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor.

MARTÍNEZ JIMÉNEZ F. J. (2019). *La Armonización Fiscal en Materia de Sociedades en la Unión Europea*. Tesis doctoral, director C. M^a López Espadafor, Departamento de Derecho Civil, Derecho Financiero y Tributario, Universidad de Jaén.
<http://ruja.ujaen.es/jspui/bitstream/10953/968/5/9788491592440%20%281%29.pdf>

MARTÍN JIMÉNEZ, A. y CALDERÓN CARRERO, J. (2014). “El Plan de Acción de la OCDE para Eliminar la Erosión de Bases Imponibles y el Traslado de Beneficios a Otras Jurisdicciones (“BEPS”): ¿El Final, el Principio del Final o el Final del Principio?”. *Revista Quincena Fiscal*, No. 1–2, pp. 87–115. BIB 2014\267 Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor.

MARTÍNEZ LAGO, M. A. (2013). “El Problema del Fraude Fiscal en Europa: Objetivos y Opciones Estratégicas en el Marco de la Crisis Económica”. *Cuadernos de Política Fiscal*, E–Prints Complutense.
<https://eprints.ucm.es/id/eprint/22743/1/EprintMAML201303.pdf>

MARTÍNEZ LAGUNA, F. D. (2021). “Las Asimetrías Híbridas en el Impuesto sobre Sociedades: El Nuevo Artículo 15 Bis de la LIS”. *Quincena Fiscal*, No. 10, pp. 73–110. BIB 2021\3028, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor.

MARTÍN LÓPEZ, J. (2012). “Competencia Fiscal Perjudicial, Paraísos Fiscales e Intercambio de Información Tributaria”. En M. A. COLLADO YURRITA,

S. MORENO GONZÁLEZ y O. CARRERAS MANERO, *Estudios sobre Fraude Fiscal e Intercambio Internacional de Información Tributaria*. También en *Repositorio Institucional Universidad de Alicante*, 2012.

<http://hdl.handle.net/10045/53290>

MARTÍN LÓPEZ, J. (2015). “Planificación Fiscal Agresiva y Normas Antiabuso En El Derecho de la Unión Europea: Análisis de las Últimas Tendencias”. *Revista Quincena Fiscal*, No. 8/2015. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor.

<https://bit.ly/3oDTmRq>

MARTÍN QUERALT, J.; LOZANO SERRANO, C.; CASADO OLLERO, G. y TEJERIZO LÓPEZ, J.M., (2019). *Curso de Derecho Financiero y Tributario*. Tecnos, Madrid.

MARTÍN RODRÍGUEZ, J. M. (2016), “Acción 8. El "Nuevo" Capítulo VI de las Transfer Pricing Guidelines de la OCDE: Precios de Transferencia de Intangibles”. En J. RAMOS PRIETO, *Erosión de la base imponible y traslado de beneficios: estudios sobre el Plan BEPS de la OCDE: comentarios a las acciones 1, 2, 5, 6, 8, 13 y 15*. Aranzadi Thomson Reuters.

[doi:10.13140/RG.2.1.1342.1682](https://doi.org/10.13140/RG.2.1.1342.1682)

MARTÍNEZ, J.C. (1986). *Les Conventions de double imposition*. Librairies Techniques, Paris.

MARTÍNEZ MATOSAS, E. y CUESTA CUESTA, L. (2017). Impacto de las Acciones del Plan BEPS en España. *RT y C*, No. 408, pp. E1–E15 Centro De Estudios Fiscales.

MARTINI, J. T. (2008). *Managerial Versus Financial Transfer Pricing*. IX Symposium Zur Ökonomischen Analyse der Unternehmung. Augsburg: German Economic Association of Business Administration.

[http://www.wv.uni-](http://www.wv.uni-magdeburg.de/bizecon/teaching/WT_0910/BizEcon_papers/Martini(2008)_Transfer%20pricing_GEABA.pdf)

[magdeburg.de/bizecon/teaching/WT_0910/BizEcon_papers/Martini\(2008\)_Transfer%20pricing_GEABA.pdf](http://www.wv.uni-magdeburg.de/bizecon/teaching/WT_0910/BizEcon_papers/Martini(2008)_Transfer%20pricing_GEABA.pdf)

MARTINI, J. T., NIEMANN, R. & SIMONS, D. (2007). “Transfer Pricing or Formula Apportionment? Tax- Induced Distortions of Multinationals’ Investment and Production Decisions”. *Contemporary Accounting Research*, vol. 29(4), pp.1060–1086

<https://doi.org/10.1111/j.1911-3846.2012.01140.x>

MARULANDA OTÁLVARO, H. (2015). *Propuestas de Instrumentos Jurídicos Alternativos Contra la Competencia Fiscal Perniciosa Entre Estados*. Tesis doctoral, director J. MARTÍN LÓPEZ y N. NOCETE CORREA, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Castilla–La Mancha.

<https://bit.ly/3kjkaoH>

MARZINOTTO, B., SAPIR A. & WOLFF G. B. (2011), “What Kind of Fiscal Union?”, Policy Brief 2011/06, Bruegel.

[Online] <https://www.bruegel.org/2011/11/what-kind-of-fiscal-union/>

MATA SIERRA, M^a T. (1993). *La Armonización Fiscal en la Comunidad Económica Europea*. Lex Nova, Valladolid.

MATEU RUANO, L. (2007). “Novedades en Materia de Precios de Transferencia: Operaciones Vinculadas”. *Revista Quincena Fiscal* No. 14, pp. 25–29. BIB 2007\1121. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor.

MATSUI, K. (2013). “Entry Deterrence Through Credible Commitment to Transfer Pricing at Direct Cost”. *Management Accounting Research*, vol. 24, pp. 261–275. <https://doi.org/10.1016/j.mar.2013.01.001>

MAUTZ, R. K. (1968). *Financial Reporting by Diversified Companies*. Financial Executives Research Foundation. New York.

MAZZA, S. W. & KAYE, T. A. (2006). “Restricting Legislative Power to Tax in the United States”. *American Journal of Comparative Law*, American Society of Comparative Law, vol. 54, pp. 641–670.

<http://www.jstor.org/stable/20454556>

MAZUELOS BELLIDO, A. (2004). “Soft Law: ¿Mucho Ruido y Pocas Nueces?”. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, No. 8.

<http://www.reei.org/index.php/revista/num8/articulos/soft-law-mucho-ruido-pocas-nueces>

MCAULAY, L. & TOMKINS, C. R. (1992). “A Review of the Contemporary Transfer Pricing Literature with Recommendations for Future Research”. *British Journal of Management*, vol. 3 (2), pp. 101–122. Wiley Online Library.

<https://doi.org/10.1111/j.1467-8551.1992.tb00039.x>

MCINTYRE, M. (2012). “Challenging the Status Quo: The Case for Combined Reporting”. *Tax Management Transfer Pricing Report*, No. 20 (22), pp. 1165–1173.

http://faculty.law.wayne.edu/McIntyre/Text/McIntyre_articles/Intl/OECD_Combined_Reporting.pdf

MCLURE JR., C.E. (1980a). "The State Corporate Income Tax: Lambs in Wolves' Clothing". En AARON, H. & BOSKIN, M. J. *The Economics of Taxation, parte VI*, pp.327–348. Washington, D.C: Brookings Institution Press.

MCLURE, C.E. (1980b). *The economics of Taxation*. Brookings Institution, Washington, D.C .

MCLURE Jr., C. E. (1981). “The Elusive Incidence of the Corporate Income Tax: The State Case”. *National Bureau of Economic Research, Working Paper No. 616*, pp.1–27.

<https://doi.org/10.1177/109114218100900402>; o DOI 10.3386/w0616

MCLURE Jr., C. E. (1983). “Defining Unitary Business: An Economist’s View”. *Working Paper, No. 1165*. Stanford, Hoover Institution. National Bureau of Economic Research.

https://www.nber.org/system/files/working_papers/w1125/w1125.pdf

MCLURE JR., CHARLES E. (2001). “Globalization, Tax Rules and National Sovereignty”. *Bulletin for International Fiscal Documentation (BIFD)*, vol. 55, pp. 328–341.

MCLURE JR., C. E. (2007). “Método Legislativo, Judicial, de Soft Law y Cooperativo para Armonizar los Impuestos Sobre Sociedades en los Estados Unidos y en la Unión Europea”. *Revista Española de Derecho Financiero*, No. 136, pp. 845–943. Civitas.

<https://bit.ly/3nwRyKA>

MEHAFDI, M. (2000). “The Ethics of International Transfer Pricing”. *Journal of Business Ethics*, vol. 28 (4), pp. 365–381. Springer.

<https://www.jstor.org/stable/25074427>

MÉLIN-SOUCRAMANIEN, F. (2010). “Le Principe D’égalité dans la Jurisprudence du Conseil Constitutionnel. Quelles Perspectives pour la Question Prioritaire de Constitutionnalité?”. *Les Nouveaux cahiers du Conseil Constitutionnel (Daloz)*, No. 29, pp. 89–100.

<https://bit.ly/3tBPkx4>

MENDOZA LÓPEZ, D. T. (2016). “La Lucha del Derecho Internacional Tributario contra la Planificación Fiscal Agresiva”. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XVI, pp.525–548.

<https://doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2016.16.535>

MENDOZA LÓPEZ, D. T. (2018). *Erosión de Bases Imponibles y el Traslado de Beneficios de Empresas Multinacionales: Propuestas para el Sistema Fiscal Mexicano*. Tesis doctoral, director M. C. GARCÍA BUENO y M^a A. GUERVÓS MAÍLLO, Departamento Derecho Administrativo, Financiero y Procesal, Universidad de Salamanca.

<https://bit.ly/3D092Eq>

MENDOZA LÓPEZ, D. y VALDEZ AGUIRRE, F. (2019). “El Nuevo Paradigma de Fiscalidad Internacional: Informes Finales del Plan de Acción OCDE/G20”. *Nueva Fiscalidad*, N^o1, 2019, pp. 191-215. Dykinson.

MERCHANT, K. A. & VAN DER STEDE, W. A. (2007). *Management Control Systems: Performance Measurement, Evaluation and Incentives*. 2^a ed. Prentice Hall: Pearson Education Limited.

MESSERE, K. (1975). “The Activities of the Organization for Economic Co-operation and Development in the Field of Fiscal Affairs”. *Intertax: European Tax Review*, vol.3 (5), pp.157–161. Wolter Kluwer.

<https://kluwerlawonline.com/journalarticle/Intertax/3.5/TAXI1975058>

MESSNER, V. (2010). “El Sistema de Financiación del Estado Federal de Austria”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 30, No. 88, pp. 219–246. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales

MICHELSE, G.M.M. (1994). *Thin Capitalisation in Het Fiscale Recht: Afbakening van Vreemd Vermogen ten Opzichte van Eigen Vermogen Binnen Concernverhoudingen. Fiscale Monografieën*, No. 67. Tesis doctoral. Deventer: Kluwer.

<https://bit.ly/3Ip1Q7j>

MILBURN, J.A. (1977). *International Transfer Pricing in a Financial Accounting Context*. Tesis doctoral. Universidad de Illinois.

<https://bit.ly/3onTq8N>

MILES R.E. & SNOW C.C. (1978). *Organizational Strategy, Structure and Process*. McGraw–Hill. New York

MILL, JOHN STUART. (1848/2001). *Principios de Economía Política*. 2^a ed. 4^a re. México D.F.: Fondo Cultural Económica de España.

MILLER, B.F. (1984). “Worldwide Unitary Combination: The Californian Practice”. En C.E. MILLER (ed.), *The State Corporation Income Tax, Issues in Worldwide Unitary Combination*. Stanford, Hoover Institution Press

MILLER MOYA, L. M. (2007). “Coordinación y Acción Colectiva”. *Revista Internacional de Sociología (RIS)*, vol. 65(46), pp.161–183.

<https://doi.org/10.3989/ris.2007.i46.8>

MILLS R.W. (1988). “Pricing Decisions in U.K. Manufacturing and Service Companies”. *Management Accounting (U.K.)*, vol. 66(10), pp. 38-39.

<https://www.proquest.com/docview/195657415/fulltextPDF/A86BDC0F2B154696PQ/1?accountid=14744>

MIRANDA PÉREZ, A. (2003). *El Principio de No Discriminación Fiscal en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*. Tesis doctoral, director G. CASADO OLLERO, Departamento de Derecho Financiero y Tributario, Universidad Complutense de Madrid.

<https://eprints.ucm.es/id/eprint/4718/1/T26747.pdf>

MIRANDA, D. M. (2015). “Intangibles y Precios de Transferencia: Una Aproximación al Proyecto BEPS”. *Actualidad Jurídica Aranzadi* N^o 913.

MONTES URDÍN, J. (2011). “Servicios Intragrupos en el Seno de la Unión Europea, un Paso Adelante”. *Estrategia Financiera*, No. 286, pp.68–74. CISS Pra. Madrid: Wolters Kluwer

<http://pdfs.wke.es/8/9/5/4/pd0000068954.pdf>

MORALES SÁNCHEZ, E. (2009). “El Ajuste Secundario en las Operaciones Vinculadas”. *Revista de Actualidad Jurídica (Uria & Menéndez)*, No. 22, pp. 63–68.

<https://www.uria.com/documentos/publicaciones/2200/documento/articuloUM.pdf?id=3092>

MORENO FERNÁNDEZ, J. I. (2003). *La Tributación de las Operaciones Vinculadas*, Aranzadi.

MORENO ARANGÜENA, F. A. (2014). *La Tributación Internacional de los Rendimientos Derivados de Bienes Inmuebles*. Tesis doctoral, director L. RODRÍGUEZ ARIZA y M^a R. PALLARÉS RODRÍGUEZ, Derecho Financiero y Tributario, Universidad de Granada.

<https://bit.ly/3wrIwS1>

MÜLLER, A. (2011). “Aportación al Debate sobre la Base Imponible Común Consolidada del Impuesto sobre Sociedades (BICCIS) – Las posturas de los Estados Comunitarios Frente a la Propuesta de la Comisión”. *Crónica Tributaria - Boletín de Actualidad*, 9/2011, pp. 21-36

MUSGRAVE, R. A. (1968). *Teoría de la Hacienda Pública*. Madrid: Aguilar.

MUSGRAVE, P. (1972) “International Tax Base Division and The Multinational Corporation”. *Public Finance*, vol. 27, pp. 394–413.

MUSGRAVE, R. A. (1984). “Principles for Dividing the State Corporate Tax Base”. En C. E. MCLURE, Jr.(ed.) *The State Corporation Income Tax: Issues in Worldwide Unitary Taxation*. Stanford Ca: Hoover Institution Press, pp. 228–246.

NANCE D. A. (2006). “Rules, Standards and the Internal Point of View”. *Fordham Law Review*, vol. 75, pp. 1287–316.

http://fordhamlawreview.org/wp-content/uploads/assets/pdfs/Vol_75/Nance_December.pdf ; o

https://scholarlycommons.law.case.edu/faculty_publications/123

NATH D.& SUDHARSHAN D. (1994). “Measuring Strategy Coherence Through Patterns of Strategic Choices”. *Strategic Management Journal*, vol. 15(1), pp. 43–61.

<https://doi.org/10.1002/smj.4250150104> ; o

<https://www.jstor.org/stable/2486838>

NAVAS VÁZQUEZ, R. (1987). “La Valoración de Operaciones entre Sociedades Vinculadas en el Impuesto sobre Sociedades”. *Revista Española de Derecho Financiero*, No.55. Editorial Civitas.

NAVARRO IBARROLA, A. (2016). *Los Ajustes Transaccionales en la Normativa sobre Precios de Transferencia*. Tesis doctoral, director J. ZORNOZA PÉREZ, Universidad Carlos III, Madrid.

<https://bit.ly/3EYTPEh>

NAVARRO IBARROLA, A. (2017 a). “La Modificación de las Pautas sobre Precios de Transferencia en BEPS (Acciones 8–10): ¿Cambio o Evolución?”. En J. M. ALMUDÍ CID et al., *El Plan de Acción sobre Erosión de Bases Imponibles y Traslado de Beneficios (BEPS): G–20, OCDE y Unión Europea*, capítulo 5. Aranzadi , Cizur Menor.

NAVARRO IBARROLA, A. (2017 b). “El Desconocimiento de Operaciones Vinculadas en el Ámbito de los Convenios para Evitar la Doble Imposición. Una Crítica

a la Doctrina Vertida por la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo”. *Revista Quincena Fiscal*, No. 11/2017, parte Estudios. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor.

NAVARRO IBARROLA, A. (2019). “Intangibles de Difícil Valoración y Ajustes Retrospectivos en la Normativa Española sobre Precios de Transferencia”. *Crónica Tributaria*, No. 173/2019, pp.159–185. Madrid: Ministerio de Economía y Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales

<https://www.ief.es/vdocs/publicaciones/1/173.pdf - page=159>

NEUMARK, F. (1974). *Principios de la Imposición*. Madrid: Ministerio de Economía y Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales

NEWLON S.T. (2000). “Transfer Pricing and Income Shifting in Integrating Economies”. En S. CNOSEN (Ed.), *Taxing Capital Income in the European Union: Issues and Options for Reform*. Oxford University Press.

NIELSEN, S. B.; RAIMONDOS-MØLLER, P. & SCHJELDERUP, G. (2001). Formula Apportionment and Transfer Pricing under Oligopolistic Competition. *Working Paper No. 18–2000*. Copenhagen Business School (CBS), Department of Economics, Frederiksberg.

<https://www.econstor.eu/bitstream/10419/208440/1/cbs-wp2000-18.pdf> ; o

<http://hdl.handle.net/10398/7654>

NIELSEN, S. B., & RAIMONDOS-MØLLER, P. (2012). “Multiple Roles of Transfer Prices: One vs. Two Books”. En W. SCHON & K. A. KONRAD, *Fundamentals of International Transfer Pricing in Law and Economics*, vol. I, pp. 25–46. Springer.

NILSSON, F., & RAPP, B. (2005). *Understanding Competitive Advantage*.^{1ª} ed. Berlin: Springer.

NOCETE CORREA, J. (2011). “El Diverso Alcance del Soft Law como Instrumento Interpretativo en la Fiscalidad Internacional Europea”. En C. GARCÍA-HERRERA BLANCO, *VII Jornada Metodológica de Derecho Financiero y Tributario Jaime García Añoveros. Interpretación del Derecho Financiero y Tributario. La Asignatura de Derecho Financiero y Tributario en los Nuevos Planes de Estudio, Documentos 12/2011*. IEF.

NOCETE CORREA, F.J. (2016). “¿Es Posible Una Planificación Fiscal Lícita y Socialmente Responsable en la UE? (Acerca del Concepto Europeo de Planificación Fiscal Agresiva)”. *Revista Quincena Fiscal*, No.5/2016, pp.113–149. BIB 2016/810. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor.

NOVIKOVAS, M. (2011). “Evaluation of Theoretical and Empirical Researches on Transfer Pricing”. *Ekonomika*, vol. 90(2), pp. 128–143. Vilnius University Press, Lithuania.

DOI:10.15388/Ekon.2011.0.942

OCHOA LEON, M. (2014). “Elusión o Evasión Fiscal”. *Revista Iberoamericana de Contaduría, Economía y Administración (RICEA)*, vol. 3(5), pp. 18–46. Centro de Estudios e Investigación para el Desarrollo Docente A.C.

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5063717>

OGUM, G. & KIM, K. A. (1995). "New U.S. international transfer Pricing Regulations". *Multinational Business Review*, vol. 3(1), pp. 8–12. Bingley: Emerald Group Publishing Limited.

<https://bit.ly/3DmQsqd>

OHMAE, K. (1995). *The End of Nation State. The Rise of Regional Economies*. Londres: Harper Collins.

OLSON M. Jr. (1985). *Auge y Decadencia de las Naciones*. Ariel, Barcelona

OMAR FERNANDEZ, L. (2018). “Principios de la Imposición según Neumark, Un Abordaje Metodológico”. *Vitrina Legal*. [Online] <http://www.vitrinalegal.com.ve/2018/02/26/los-principios-de-la-imposicion-segun-neumark-un-abordaje-metodologico/>.

ORSINI, E. P. (1999). “O Princípio Arm’s Length e a Legislação Interna Brasileira”. En L. E. SCHOUERI, & V. ROCHA, *Tributos e Preços de Transferência*, vol. 2, págs. 117–142. Sao Paulo: Dialectica.

OUCHI, W.G. (1977). “The Relationship between Organizational Structure and Organizational Control”. *Administrative Science Quarterly*, vol. 22(1), pp. 95–113. <https://doi.org/10.2307/2391748>

OUCHI, W.G. & MAGUIRE, M.A. (1975). “Organizational Control: Two Functions”. *Administrative Science Quarterly*, vol. 20(4), pp. 559–570. <https://doi.org/10.2307/2392023>

OWENS, J. (2005). “Should The Arm’s Length Principle Retire?”. *International Transfer Pricing Journal*, May/June 2005

ONLINE ETYMOLOGY DICTIONARY, © 2010 Douglas Harper

OYE, K.A. (1985). “Explaining Cooperation under Aarchy: Hypotheses and Strategies”. *World Politics*, vol. 38(1), pp.1–24. Cambridge University Press. <https://doi.org/10.2307/2010349>

PAGAN, J. C. (1993). “Indications of Futura Policy in the Latest OECD Task Force Report”. *Bulletin for International Fiscal Documentation (IBFD)*, vol. 47(4), pp. 181–186

PALAO TABOADA C. (1977). “Los Precios de Transferencia” En C. PALAO TABOADA, J. RAMALLO MASSANET, M. SOLER ROCH, F. ESCRIBANO LÓPEZ, A. MENÉNDEZ MORENO, & M. Á. CAAMAÑO ANIDO, *Temas Pendientes de Derecho Tributario*, pp. 9–30. Madrid: Cedecs.

PANKIV, M. (2016), “Post-BEPS Application of the Arm’s length Principle to Intangibles Structures”. *International Transfer Pricing Journal* November/December 2016, IBFD

PALACÍN SOTILLOS, R. (2010). “Acuerdo de Reparto de Costes”. En T. CORDÓN EZQUERRO, *Fiscalidad de los Precios de Transferencia (Operaciones Vinculadas)*, cap. 12, pp. 475–506. Ed. Centro De Estudios Fiscales.

PAREDES V.G. y RUIZ-TAGLE M. (2002). *Modelo de Planificación Estratégica de Plantaciones Forestales; Austral 2.1; Manual de Usuario; Universidad Austral de Chile.*

PARISI, F. (2004). “Rules Versus Standards”. En C. K. ROWLEY & F. SCHNEIDER (eds), *The Encyclopedia of Public Choice*, pp. 835–841. Springer, Boston. https://doi.org/10.1007/978-0-306-47828-4_184

PARK, J. (2012). "Rules, Principles, and the Competition to Enforce the Securities Laws". *California Law Review*, vol. 100 (115), pp. 115–181. University of California, Berkeley School of Law.

<https://ssrn.com/abstract=2047012> ; o www.jstor.org/stable/41346404

PASCUAL GONZÁLEZ, M. (2001). *La Reserva para Inversiones en Canarias y la Zona Especial Canaria: Su Configuración como Ayudas de Estado Fiscales*. Tesis Doctoral, director G. NÚÑEZ PÉREZ, Departamento de Derecho Financiero, del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de La Laguna. <https://riull.ull.es/xmlui/bitstream/handle/915/9992/cs106.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

PASCUAL PEDREÑO, E. (1995). *La Operaciones Vinculadas en el Impuesto sobre Sociedades*, Jurisprudencia Tributaria Aranzadi tomo III. BIB 1995\144. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor.

PASS, C. (1994). “Transfer Pricing in Multinational Companies”. *Management Accounting: Magazine for Chartered Management Accountants*, vol. 74 (8), pp. 44–50.

PEDROSA LÓPEZ, J.C. (2015), “El Plan de Acción BEPS de la OCDE: Pasado, Presente y Futuro”. *Revista Actualidad Jurídica Iberoamericana*. Número 2. Febrero 2015.

<https://bit.ly/3oeBfkS>

PASTORI, A. (2018). “Los Estándares Internacionales, ¿Son Fuentes De Derecho Internacional Público?”. *Revista Direito e Justiça: Reflexões Sociojurídicas*, vol. 18(32), pp. 37–58.

<https://bit.ly/3E1AHFt>

PATÓN GARCÍA, G. (2016). “La Posición del Legislador Español ante el Proyecto Beps y los Avances del Plan de Acción de la Unión Europea”. *Documento n°20/2016*, pp.1–56. Madrid: Ministerio de Economía y Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales.

https://www.ief.es/docs/destacados/publicaciones/documentos_trabajo/2016_20.pdf

PERČEVIĆ H. & HLADIKA M. (2017). “Application of Transfer Pricing Methods in Related Companies in Croatia”. *Economic Research–Ekonomski Istraživanja*, vol. 30(1), pp. 611–628.

DOI:10.1080/1331677X.2017.1305779

PERELMAN, C. (1979). *La Lógica Jurídica y la Nueva Retórica*. Civitas, Madrid.

PÉREZ DE AYALA, J.L. (1970). *Las Ficciones en el Derecho Tributario*. Ed. Derecho Financiero.

PÉREZ DE AYALA, J. L., y GONZÁLEZ GARCÍA, E. (1994). *Derecho Tributario*. Salamanca: Plaza Ediciones.

PÉREZ LUÑO, A.E. (1997). “Principios Generales del Derecho: ¿Un Mito Jurídico?”. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, Núm. 98, pp. 9–24.

PÉREZ ROYO, F. (1972). *Infracciones y Sanciones Tributarias*. Madrid

PÉREZ ROYO F. (1986). “Sobre los Ajustes por Operaciones Vinculadas (Resolución del TEAC de 10 de septiembre de 1986)”. *Crónica Tributaria*, No. 56.

PERNTHALER, P. y GAMPER, A. “Estudio Comparado sobre los Techos Competenciales. Austria”. Observatorio de la Evolución de las Instituciones, Universidad Pompeu Fabra.

https://www.upf.edu/documents/3737713/3741738/doc_sostres_au_es.pdf/11833521-2684-4aa1-937b-42a930e05c26

PERROW, C. (1967). “A Framework for the Comparative Analysis of Organizations”. *American Sociological Review*, vol.32 (2), pp. 194–208.

<https://www.jstor.org/stable/2091811>

PERROW, C. (1970). *Organizational Analysis: A Sociological View*. Belmont, Calif. Wadsworth Publishing.

PERRY, S.R. (1989). “Second–Order Reasons, Uncertainty and Legal Theory”. *Southern California Law Review*, vol. 62, pp.913–994. Penn Law: Legal Scholarship Repository. Faculty Scholarship at Penn Law.

https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/1354

PETERSON, S. D. (1994). “Towards Greater Cooperation”. *International Tax Review*, July/August Supplement. pp. 2–4.

PETRUZZI, R. (2016). “The Arm’s Length Principle. Between Legal Fiction and Economic Reality”. En M. LANG, A. STORK & R. PETRUZZI, *Transfer Pricing in a Post-Beps World*, capítulo I, pp.1–32. Wolters–Kluwer.

PICCIOTTO, S. (2012). “Towards Unitary Taxation of Transnational Corporations”. *Tax Justice Network*. [Online]
https://www.taxjustice.net/cms/upload/pdf/Towards_Unitary_Taxation_1-1.pdf.

PICCIOTTO, S. (2013). “International Business Taxation: A Study in the Internationalization of Business Regulation”. United Kingdom: Cambridge University Press, Electronic Edition.
<https://bit.ly/308rHj6>

PICCIOTTO, S. (2014). “¿La OCDE Puede Reparar el Sistema Fiscal Internacional?”. *Enfoque Internacional, No. 12, Análisis Tributario*, pp. 1–20.
https://www.world-psi.org/sites/default/files/documents/research/es_la_ocde_puede_reparar_el_sistema_fiscal_intl.pdf

PICCIOTTO, S. (2016). “Towards Unitary Taxation”. En T. POGGE & K. METHA, *Global Tax Fairness*. United Kingdom: Oxford University Press.

PICÓN GONZÁLES, J. L. (2016). *Los Paraísos Fiscales como Herramienta de Planificación Tributaria*. Tesis doctoral, director A. M. CUBERO TRUYO y A. LUQUE CORTELLA, Departamento de Derecho Mercantil, Universidad de Sevilla.
<https://bit.ly/3wstjQA>

PINON, S. (2010). El Sistema Constitucional de Francia. *Revista de Derecho Constitucional Europeo, Núm. 14*, pp. 17–74. Instituto Andaluz de Administración Pública y Departamento de Derecho Constitucional de Universidad de Granada.

PISTONE, P. (2008). “Tratados Fiscales Internacionales y Soft law”. En C. GARCÍA NOVOA y C. HOYOS JIMÉNEZ, *El Tributo y su Aplicación. Perspectivas para el S. XXI; vol. I*, pp. 1197–1208. Marcial Pons, Ediciones Argentina

PITA GRANDAL, A. (2006). *Cuestiones Tributarias de la Empresa Familiar*. Marcial Pons ediciones– jurídicas y sociales, Madrid

POLIMENI, R. S., FABOZZI, F. K., ADELBERG, A. H. & KOLE, M. A. (1994). *Contabilidad de Costes. Conceptos y Aplicaciones para la Toma de Decisiones Gerenciales*. (Trad. G. E. Rosas Lopetegui). 3ª Edic. McGraw–Hill.

PONS CLEMENTE, J. (2003). *Las Operaciones Vinculadas en el Ámbito de los Impuestos Directos*. XXV Congreso de la Asociación Española de Asesores Fiscales
<https://jfpont.files.wordpress.com/2008/02/operac-vincul-aedaf-nov-2003-version-final-para-el-libro.pdf>

PONT MESTRES, M. (1984). “Presunción en el Préstamo a Sociedades”. *Gaceta Fiscal, No. 12*, pp. 139–167

PORPORATO M. y WAWERU N. (2011). “La Teoría de la Contingencia en Contabilidad Gerencial: Un Repaso de la Literatura Anglosajona”. *Revista iberoamericana de contabilidad de gestión, vol. IX(17)*, págs. 1–16.
<https://bit.ly/3IE4qgx>

PORTER M.E. (1980). *Competitive Strategy: Techniques for Analyzing Industries and Competitors*. The Free Press. New York

PORTER M.E. (1987). “From Competitive Advantage to Corporate Strategy”. *Harvard Business Review, vol. 65(3)*, pp. 43–59.
https://doi.org/10.1007/978-1-349-20317-8_17 ; o
<https://hbr.org/1987/05/from-competitive-advantage-to-corporate-strategy>

POUND, R. (1919/2010). *The Administrative Application of Legal Standards*. Gale, Making of Modern Law

POZA CID, R. y PRIETO CUADRADO, M^a I. (2011). *La Base Imponible Común Consolidada del Impuesto sobre Sociedades (BICCCIS)*. Trabajo presentado al XIII Curso de Alta Especialización en Fiscalidad Internacional celebrado en la Escuela de la Hacienda Pública del Instituto de Estudios Fiscales en el primer semestre de 2011, Cuadernos de Formación. Colaboración 13/12. Volumen 15/2012

PRADA LARREA J.L. (1995). “Precios de Transferencia y Sentido de los Ajustes en la Fiscalidad Interna e Internacional”. *Carta Tributaria, Monografías, No. 230*, pp. 1–12. CISS praxis.

PREBBLE, J. (2011). “Fictions of Income Tax”. *Legal Research Paper N° 29/2011*, Victoria University of Wellington.

<https://ssrn.com/abstract=1604978> ; o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1604978>

PRICEWATERHOUSECOOPERS. 1999–2000 “*International Transfer Pricing*”. Illinois, United States, CCH Editions Limited.

PRIETO CASTRO, L. (1985) *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Aranzadi

PRIETO SANCHÍS, L. (1992). *Sobre Principios y Normas. Problemas del Razonamiento Jurídico*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

PUGLIESE, M. (1973). *Instituciones de Derecho Financiero*. Ed. Porrúa, México.

PWC (2015). "International Transfer Pricing 2015/2016"[Online]. <https://www.pwc.com/gr/en/publications/assets/international-transfer-pricing-guide-2015-2016.pdf>

QUINTAS BERMÚDEZ J. (1983). "Las Relaciones Intergrupo en el Impuesto sobre Sociedades". *Revista de Derecho financiero y de Hacienda Pública*, vol. 33, No 166–167, pp. 995–1020. EDESA.

RAIMONDOS-MØLLER P. & SCHARF K. (2002). “Transfer Pricing Rules and Competing Governments”. *Oxford Economic Papers*, vol 54(2), pp. 230–246. <https://www.jstor.org/stable/3488778>

RAMALLO MASSANET, J. (1982). “Derecho Constitucional y Derecho Financiero”. *Cuadernos de la Facultad de Derecho*, Universidad de Palma de Mallorca, n°3, pp. 49–78.

RAMÍREZ GÓMEZ, S. (2017). “La Simulación en el Ámbito Tributario: Estado de la Cuestión en la Doctrina y la Jurisprudencia Reciente”. *Revista Quincena Fiscal No. 8/2017*, pp.149–182. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor.

RAMOS ÁNGELES, J. A. (2015), “El Proyecto BEPS de la OCDE y el Mito del Fin de la Planificación Fiscal Internacional: Un Enfoque Crítico a Propósito de los Final Reports 2015”. *Revista Derecho & Sociedad, N° 45* , octubre 2015.

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/15255>

RAYBURN, L. G. (1989). *Principles Of Cost Accounting: Managerial Applications*. Boston:MA: Irwin Professional Publishing.

RATCLIFF, C. y MARTINELLO, B. (2021), “*La Libre Circulación de Mercancías*”, Fichas Técnicas sobre la Unión Europea – 2021–.

www.europarl.europa.eu/factsheets/es.

RAZ, J. (1990). *Pactical Reasons and Norms*. Princeton University Press. DOI:10.1093/acprof:oso/9780198268345.001.0001

REGUERA BLANCO, M. (2015). “El Ajuste Secundario en el Derecho Positivo Español: Especial Referencia a la Nueva LIS”. *Carta Tributaria. Revista de Opinión, No. 3*, pp.57–66. La Ley 4423/2015 Wolters Kluwer.

REYERO, R., PALACÍN, R. y ALONSO, I. (2015). “La OCDE Presenta el Informe Final del Plan de Acción BEPS”, Nota Técnica, EY octubre 2015.

<https://bit.ly/3tHzq4o>

REINECKE, R. & WEISKIRCHENER-MERTEN, K. (2018). “Transfer Pricing and Location Choice of Intangibles – Spillover and Tax Avoidance through Profit Shifting”. *Journal of Management Accounting Research*, Forthcoming, <https://doi.org/10.2308/JMAR-19-052>; *WU International Taxation Research Paper Series No. 2019-01*.

<https://ssrn.com/abstract=3314732> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3314732> .

RFI (Marzo 2021). *Quién Paga las Pérdidas Millonarias del Atasco del Mega Carguero en el Canal de Suez*. [Online]

<https://bit.ly/3oX8TvC>

RIBES RIBES, A. (2003). *La Interpretación de los Convenios para Evitar la Doble Imposición. Interpretación, Procedimiento Amistoso y Arbitraje*. Editoriales de Derecho Reunidas. EDESA.

<http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/13287>

RIEDEL, E. (1991). “Standards and Sources. Farewell to the Exclusivity of the Sources Triad in International Law?”. *European Journal of International Law*, vol. 2(2), pp.58–84.

<http://www.ejil.org/pdfs/2/1/1166.pdf>

RÍOS GRANADOS, GABRIELA. (2008). *La Función del Tributo en el Estado Moderno de Derecho*. México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas.

RIVAS CORONADO, N. y VERGARA HERNÁNDEZ, S. (2000). “Planificación Tributaria, Conceptos, Teoría y Factores a Considerar”. Santiago de Chile, Editorial Magril Limitada

ROBINSON, P. H. (2000). “The Globally Integrated Multinational, the Arm’s length Standard, and the Continuum Price Problem”. *Tax Management Transfer Pricing Special Report*, vol. 9(13), pp. 1–24.

RODRÍGUEZ BEREIJO, A. (1976). *Introducción al Estudio del Derecho Financiero. Un Ensayo sobre los Fundamentos Teóricos del Derecho Financiero*. Ministerio de Hacienda. Madrid

RODRÍGUEZ BEREIJO, A. (2011). *Igualdad Tributaria y Tutela Constitucional. Un Estudio de Jurisprudencia (Igualdad Tributaria del Artº31 CE e Igualdad ante la Ley del artº14 CE: el Problema del Recurso de Amparo en Materia Tributaria)*. Madrid: Marcial Pons.

RODRÍGUEZ BOENTE, S.E. (2008). *Los Principios Generales del Derecho*. Universidad de Santiago de Compostela, Servizo de Publicacións e Intercambio Científico

RODRÍGUEZ GUERRA, J. (2006). “Globalización y Estado de Bienestar. ¿Por Qué No Ha Sido Desmantelado el Estado de Bienestar?”. *Revista Internacional de Filosofía Política*, No. 27, pp. 147–168. Universidad Autónoma Metropolitana, México. <https://bit.ly/3nz4uzH>

RODRÍGUEZ SANTOS, J. (2007). “Planificación Fiscal Internacional: Principios e Instrumentos”. En T. CORDÓN EZQUERRO (Dir.), M. GUTIÉRREZ LOUSA y M^a L. MARTÍN PARRA (Coords.) *Manual de Fiscalidad Internacional*, 3^a Ed. Revisada y ampliada, capítulo 33, pp. 1379–1402. I.E.F.

RODRÍGUEZ MARTÍN A.R. *Diccionario Económico*. [Online]

<http://www.expansion.com/diccionario-economico/precios-de-transferencia.html>

ROJÍ CHANDRO L.A. y ROJÍ PÉREZ S. (2016). “Operaciones vinculadas (II): ajustes fiscales y contabilización”. *Revista Contable*, vol. 5(48), pp. 64–80. Wolters Kluwer.

ROMERO CIVERA, A. (2016). “Propuesta de Directiva del Consejo sobre la Base Común Consolidada del Impuesto de Sociedades y su impacto en las cooperativas europeas”. *Finance, markets and Valuation*, vol. 2.

<https://journalfmv.com/resources/revista/2016/1/DirectivaIS.pdf>

RONEN, J & BALACHANDRAN, R. K. (1995). “Agency Theory: An Approach to Incentive Problems In Management Accounting”. *Asian Review of Accounting*, vol. 3(1), pp. 127–151.

<https://doi.org/10.1108/eb060655>

RONEN, J. & MCKINNEY, G. (1970). “Transfer Pricing for Divisional Autonomy”. *Journal of Accounting Research*, vol. 8(1), p. 99–112. Wiley Blackwell.

ROSEMBUJ, T. (2013). *Principios Globales de Fiscalidad Internacional*. Ed. El Fisco.

ROSEMBUJ, T. (2014). “La Erosión de la Base Imponible y el Desplazamiento de Beneficios”. En F. D. ADAME MARTÍNEZ, J. RAMOS PRIETO y F. J. LASARTE ÁLVAREZ, *Estudios sobre el Sistema Tributario Actual y la Situación Financiera del Sector Público: Homenaje al Profesor Dr. D. Javier Lasarte Álvarez*, pp.959–984. Madrid: Ministerio de Economía y Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales.

ROSEMBUJ, T. (2019). “La Fiscalidad Digital. El Pilar Uno y Pilar Dos de la OCDE.” *El Fisco*. [Online]

<http://elfisco.com/articulos/la-fiscalidad-digital-el-pilar-uno-y-pilar-dos-de-la-ocde>

ROSÓN SILVÁN, P. (2011). “El Nuevo Régimen de las Operaciones Vinculadas”. *Pecunia*, núm. 12 (enero–junio, 2011), pp. 277–316.

<https://documat.unirioja.es/download/articulo/3853331.pdf>.

ROSSETTO, V. (1999). *Tendências da Sistemática Brasileira de Transfer Pricing*. Tesis doctoral, director N. PETRI. Departamento de Contabilidade e Atuária, Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, Universidade de São Paulo.

ROXAN, I. (2012). “Transfer Pricing Dispute in Great Britain”. En E. A. BAISTROCCHI & I. ROXAN (eds), *Resolving Transfer Pricing Disputes: A Global Analysis*, part II.8., pp. 303–356. Cambridge Tax Law Series, Cambridge University Press. DOI:10.1017/CBO9781139208123.010

ROYERO, R., PALACÍN, R. y ALONSO, I. (2015), “La OCDE Presenta el Informe Final del Plan de Acción BEPS”, Nota Técnica, EY octubre 2015.

<https://aechile.cl/wp-content/uploads/2016/08/ey-15-10-19-nota-tecnica-la-ocde-presenta-informe-del-plan-de-accion-beps-1.pdf>

RUBIO GUERRERO, J. J. y BARROSO CASTILLO, B. (2002). *El Futuro de la Imposición Directa en la Unión Europea*. IX Encuentro de Economía Pública, Hacienda y Medio Ambiente: [Vigo]. 7 y 8 de febrero de 2002.

<https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/3131995.pdf>

RUF, M. & WEICHENRIEDER, A. (2012). “The Taxation of Passive Foreign Investment: Lessons from German Experience”. *Canadian Journal of Economics*, vol. 45(4), pp.1504–1528.

<https://doi.org/10.1111/j.1540-5982.2012.01737.x>

RUGMAN, A.M. & EDEN, L. (1985). *Multinationals and Transfer Pricing*. London: Croom Helm and New York: St. Martin's Press.

RUIBAL PEREIRA, L. y SERRANO ANTÓN, F. (2010). “La Competencia Fiscal Lesiva en la Unión Europea: Código de Conducta y Ayudas de Estado”. En J. LASARTE y F. ADAME *Armonización y coordinación fiscal en la Unión Europea. Situación actual y posibles líneas de reforma*; Cap. XVIII, Studi Tributari Europei.2(1).

DOI: <https://doi.org/10.6092/issn.2036-3583/4925>

RUIZ RUIZ, R. (2012). “La Distinción entre Reglas y Principios y sus Implicaciones en la Aplicación del Derecho”. *Derecho y Realidad Núm. 20*, pp. 143–166. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UPTC.

https://revistas.uptc.edu.co/index.php/derecho_realidad/article/download/4860/3952/

SABINE B. E. V. (2005). *A History of Income Tax. The Development of Income Tax from its Beginning in 1799 to the Present Day Related to the Social, Economical and Political History of the Period*. Reutledge, Reedición.

SADIQ, K. (2004). “The Traditional Rationale Of The Arm’s length Approach To Transfer Pricing – Should The Separate Accounting Model Be Maintained For Modern Multinational Entities?”. *Journal of Australian Taxation*, vo. 7(2), pp. 196–250.

https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3442030

SAINT-AMANS, P. & RUSSO, R. (2013). What the BEPS Are We Talking About? [Online]

<https://www.oecd.org/ctp/what-the-beps-are-we-talking-about.htm>

SAINZ DE BUJANDA, F. (1976). *Notas de Derecho Financiero*. Tomo I, Volumen II. Madrid: Universidad Complutense, Facultad de Derecho.

SAINZ DE BUJANDA, F. (1962). *Hacienda y Derecho. Estudio de Derecho Financiero. vol. II*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos.

SALA GALVÁN, G. (2003). *Los Precios de Transferencia Internacionales. Su Tratamiento Tributario*. Editorial Tirant Lo Blanch

SALA GALVÁN, G. (2014). “Puntos Críticos Actuales de los Precios de Transferencia Internacionales”. *Tribuna Fiscal: Revista Tributaria y Financiera*, No. 275, pp.24–42. CISS Praxis.

SALASSA BOIX, R. (2014). “El Tratamiento de los Beneficios Empresariales según el Modelo de Convenio OCDE 2010 y su Repercusión para la Red Chilena de Convenios de Doble Imposición”. *RDUCN vol. 21(1)*. Coquimbo.

<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532014000100008>

SAMUELSON, L. (1982). “The Multi-National Firm with Arm’s Length Transfer Price Limits”. *Journal of International Economics*, vol. 13 (3–4), p. 365–74.

[https://doi.org/10.1016/0022-1996\(82\)90064-2](https://doi.org/10.1016/0022-1996(82)90064-2)

SÁNCHEZ-ARCHIDONA HIDALGO, H. (2017). “La Delimitación Conceptual de la Erosión de las Bases Imponibles; un Problema Internacional”. *Nueva Fiscalidad*, No.2, pp. 139–158

SÁNCHEZ DE CASTRO MARTÍN-LUENGO, E. (2018). “El Ajuste *Ex post* en Materia de Precios de Transferencia en Operaciones sobre Activos Intangibles de Difícil Valoración: Críticas y Consideraciones Preliminares”. *Revista Quincena Fiscal No.14/2018*. BIB 2018\10643. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor.

<https://bit.ly/3H6XNww>

SÁNCHEZ DE CASTRO MARTÍN-LUENGO, E. (2019). “Las Reglas sobre los Precios de Transferencia Bajo el Derecho Europeo, Algunas Reflexiones tras la Sentencia del TJUE de 31 de Mayo de 2018, C-382-2016, Asunto Hornbach-Baumarkt AG”. *Nueva Fiscalidad No.1*, pp. 153–189.

<https://vlex.es/vid/reglas-precios-transferencia-bajo-790321277>

SÁNCHEZ GALIANA, J.A.; PALLARÉS RODRÍGUEZ, R. y CRESPO MIEGIMOLLE, M. (1993). *Impuesto sobre Sociedades. Supuestos Prácticos Comentados*. Comares, Granada.

SÁNCHEZ SERRANO, L. (1997). *Tratado de Derecho Financiero y Tributario Constitucional*. Madrid: Marcial Pons.

SÁNCHEZ SÁNCHEZ, A. (2018). “The Apportionment Formula under the European Proposal for a Common Consolidated Corporate Tax Base”. *European Taxation, June 2018*, pp. 230-236. IBFD

SAN SALVADOR PICÓ, E., (2013). “Probable Cambio de las Reglas de Juego: Plan de Acción contra BEPS”. *Estrategia financiera, N° 310*, 2013, pp.66-72. Madrid: Wolters Kluwer.

SANTILLANA DEL BARRIO, A. (1978). *Modelo de Convenio de Doble Imposición sobre la Renta y el Patrimonio. Informe 1977 del Comité Fiscal de la OCDE.* IEF.

SANTOS FLORES, I. (2016). *Régimen Jurídico de los Acuerdos Previos de Valoración.* Tesis doctoral, director F. SERRANO ANTÓN. Universidad Complutense de Madrid.

<https://eprints.ucm.es/id/eprint/46045/1/T39514.pdf>

SANZ GADEA, E. (1991), “Impuesto sobre Sociedades (Comentarios y Casos Prácticos)”. Tomo I, Centro De Estudios Fiscales.

SANZ GADEA, E. (2000). “Operaciones Vinculadas (I)”. *Estudios Financieros: Revista de Contabilidad y Tributación, No. 209–210*, pp.73–122.

SANZ GADEA, E. (2004). *Impuesto Sobre Sociedades (Comentarios y Casos Prácticos)*, Capítulo 16, Centro De Estudios Fiscales.

SANZ GADEA, E. (2007). “Implicaciones Fiscales del Nuevo PGC”. *Estudios Financieros: Revista de Contabilidad y Tributación, No. 295/ 2007*, pp. 97–142

SANZ GADEA, E. (2008). “Operaciones Vinculadas. Perspectiva Contable y Fiscal”. La ventana de la AEAT, Monografías 13 y 14.

SANZ GADEA, E. (2011 a). “Propuesta de Directiva del Consejo Relativa a una Base Imponible Común Consolidada del Impuesto sobre Sociedades (Sistema CCCTB): el Largo Camino hacia una Propuesta de Directiva”. *Estudios Financieros: Revista de Contabilidad y Tributación, No. 345/ 2011*, pp. 5–32

SANZ GADEA, E. (2011 b). “El Impuesto sobre Sociedades ¿Un Impuesto en Crisis?”. *Crónica Tributaria, No.141/2011*, pp. 179–209. Madrid: Ministerio de Economía y Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales

<https://www.ief.es/vdocs/publicaciones/1/141.pdf - page=179>

SANZ GADEA, E. (2011 c). *Las Operaciones Vinculadas: Prevalencia del Fondo sobre la Forma.* LIV Semana de Estudios de Derecho Financiero, Fundación para la Promoción de los Estudios Financieros, IEF.

https://www.fundef.org/diapo54/s54_03.pdf

SANZ GADEA, E. (2016). “La Directiva Antiabuso (I)”. *Estudios Financieros: Revista de Contabilidad y Tributación, No. 403/2016.*

<https://bit.ly/3oQCRIg>

SANZ GÓMEZ, R. J. (2014). *La Relación Cooperativa entre la Administración y los Grandes Contribuyentes: Análisis de la Experiencia Española.* Tesis doctoral, director A. CUBERO TRUYO. Universidad de Sevilla.

https://idus.us.es/bitstream/handle/11441/74114/Tesis_Sanz%20Gómez,%20Rafael%20J..pdf?sequence=1

SANZ GÓMEZ, R. (2017). “Elusión Fiscal (Regulación en la Unión Europea)”, *Economía, Revista en Cultura de la Legalidad, N°13*, pp. 251–259. Universidad Carlos III. <https://doi.org/10.20318/economia.2017.3821>

SARMIENTO, D. (2006). “La Autoridad del Derecho y la Naturaleza del Soft Law”. *Cuadernos de Derecho Público, No. 28*, pp. 221–266.

<https://revistasonline.inap.es/index.php/CDP/article/view/788/843>

SARRIÓN ESTEVE, J. (2014). “La Tutela de las Libertades Económicas Fundamentales en el Proceso de Integración Europea”. *Revista de Derecho Uned*, No. 14, pp. 933-967.

<https://doi.org/10.5944/rduned.14.2014.13294>

SARRIÓN GAVILÁN, M. D. (2014). *Estadística Descriptiva*. McGraw–Hill, Madrid.

SCHAUER, F. (2001). “The Convergence of Rules and Standards”. *New Zealand Law Review*, (3), pp. 303–328. *Regulatory Policy Program Working Paper RPP–2001–07*. Cambridge, MA: Center for Business and Government, John F. Kennedy School of Government. Harvard University.

<https://search.informit.org/doi/10.3316/agispt.20040118>.

SCHJELDERUP, G. & SØRGARD, L. (1997). “Transfer Pricing as a Strategic Device for Decentralized Multinationals”. *International Tax and Public Finance*, vol. 4(3), pp. 277–290. Springer.

<https://doi.org/10.1023/A:1008612320614>

SCHÖN, W. (2011). “Transfer Pricing, the Arm’s length Standard and European Union Law”. *Working Paper of the Max Planck Institute for Tax Law and Public Finance*, No. 2011–08.

<https://ssrn.com/abstract=1930237>.

SCHÖN, W. (2015). “Transfer Pricing Issues of Beps in the Light of EU Law”. *British Tax Review*, 2015, Issue 3.

https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2657998

SCHOUERI L. E. y TORRES R. L (1999). “O Princípio *Arm’s length*, Os Preços de Transferência e a Teoria da Interpretação do Direito Tributário”. *Revista Dialéctica de Direito Tributário*, nº48. São Paulo.

SCHOUERI L. E. (2013). “O Princípio *Arm’s length* em um Panorama Internacional”. En L. E. SCHOUERI (coord.), *Tributos e Preços de Transferência*. pp. 208-227. Dialéctica, São Paulo.

SCHREUER, C. (1977). “Recommendations and Traditional Sources of International Law”. *German Yearbook of International Law*, vol. 20, pp.103–118.

SCREPANTE, M. (2018). “Garantizar que los Resultados de los Precios de Transferencia Estén en Línea con la Creación de Valor en las Operaciones con Intangibles (Acciones 8–10 BEPS): ¿El Cambio que Nada Cambia?” En M.F. BRACCIA, *La Reforma Tributaria y Tributación Internacional*. La Ley–Thomson Reuters, Buenos Aires, 2018.

SCHWARTZ M.; ZIMMERMAN, P.; PETERSON, J. & SEICKEL, S. (1995), “Steps Towards International Consensus”. *International Tax Review*, vol 6 (1).

<https://bit.ly/3nlAEi1>

SCHUSTER, PETER, & CLARKE. P. (2010). “Transfer Prices: Functions, Types, and Behavioral Implications”. *Management Accounting Quarterly*, vol. 11(2), pp. 22–32. Institute of Management Accountants

<https://www.imanet.org/-/media/811de50591764312b7b2857fde9599ce.ashx>

SENDEN, L. (2004). *Soft law in European Community Law*. Hart Publishing Co., Oxford

SERRA DOMINGUEZ, M.; CORDÓN MORENO, F.; ALBADALEJO, M. y GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E. (1991). *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. T. XVI, Vol 2. 2º. Ed. Edersa.

SERRANO ANTÓN, F. (2003), “La Modificación del Modelo de Convenio de la OCDE para Evitar la Doble Imposición Internacional y Prevenir la Evasión Fiscal. Interpretación y Novedades de la Versión del Año 2000: La Eliminación del Artículo 14

sobre la Tributación de los Servicios Profesionales Independientes y el Remozado Trato Fiscal a las *Partnerships*”. *Crónica Tributaria*, No.106, pp.67–100. Madrid: Ministerio de Economía y Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales.

<https://www.ief.es/vdocs/publicaciones/1/106.pdf - page=67>

SERRANO ANTÓN F. (2013). *Fiscalidad Internacional (1)*. Centro de Estudios Financieros, Ed. 6ª, Capítulo 13.

SERRANO ANTÓN, F. (2014). “El Informe sobre Erosión de Bases Imponibles y Traslación de Beneficios de la OCDE: Origen e Implementación en un Marco Internacional y Globalizado”. *Derecho PUCP*, No. 72, 2014

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/9770/10181>

SERRANO ANTÓN, F. (2015a). “La Influencia del Plan de Acción BEPS en la Tributación Española: Impacto en la Normativa, Incremento de la Litigiosidad y el Papel de los Tribunales”. *Revista Contabilidad y Tributación*, No. 391, pp. 77-110, octubre 2015. Centro De Estudios Fiscales.

<http://www.aedf-ifa.org/FicherosVisiblesWeb/Doctrinas/ArchivoDoctrina84.pdf>

SERRANO ANTÓN, F. (2015b), “*Planificación Fiscal Agresiva: Últimos Avances en Beps y en la Unión Europea*”. *Legal Today*, 11 marzo 2015.

<https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-fiscal/fiscal/planificacion-fiscal-agresiva-ultimos-avances-en-beps-y-en-la-ue-2015-03-11/>

SERRANO ANTON, F., y GARCÍA DE LA CALLE, A. (2002). “La Supuesta Necesidad de las Medidas Diseñadas contra la Competencia Fiscal Lesiva y Las Iniciativas para su Control”. *Noticias de la Unión Europea*, No. 214, pp. 29–58. Wolters Kluwer.

SERRANO PALACIO, C. y GACIA-VILLANOVA RUIZ, I. (2008). “Competencia Fiscal Perniciosa. Estado Actual de la Normativa Española y el Caso Holandés”. *Cuadernos de Formación*, vol. 6/2008 (34–08), pp. 327–356. Madrid: Ministerio de Economía y Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales.

SHAY, S. (2017). “General Report”. En A. CHRISTIANS & S. SHAY, *Assessing BEPS, Origins, Standards and Responses*. International Fiscal Association, Rio de Janeiro Congress, Cahiers de droit fiscal international, volume 102.

<https://bit.ly/3ohsQ03>

SHEPPARD L. A. (2008). “Reflections on the Death of Transfer Pricing”. *Tax Notes Today*.

<https://bit.ly/3FQ0j8R>

SHUBIK, M. (1962). “Incentives, Decentralized Control: The Assignment of Joint Costs and Internal Pricing”. *Management Science*, vol. 8(3), pp. 325–343. Institute for Operations Research and the Management Sciences (INFORMS).

<https://cowles.yale.edu/sites/default/files/files/pub/d01/d0112.pdf>

SHULMAN, J. (1975). *Transfer Pricing in Multinational Business*. Soldiers Field Press.

SOLOMONS, D. (1965). *Divisional Performance Measurement and Control*. Homewood, Illinois: R.D. Irwin Inc.

SPAEMANN, R (1989). *Lo Natural y lo Racional*. Rialp, Madrid.

https://www.ief.es/docs/destacados/publicaciones/revistas/cf/06_21.pdf

SIEIRO CONSTELA, Mª M. (2000). “La Aplicación de las Normas de Valoración de las Operaciones Vinculadas a las Variaciones Patrimoniales en la Ley 61/1978 de 27 de diciembre. Sentencia del Tribunal Supremo de 8 octubre de 1999”. *Anuario Da Facultade de Direito da Universidade da Coruña*, No. 4, pp. 581–590

<https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/2058/AD-4-34.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

SIKKA, P. & WILLMOTT, H. (2010). “The Dark Side of Transfer Pricing: Its Role in Tax Avoidance and Wealth Retentiveness”. *Critical Perspectives on Accounting*, vol. 21(4), pp. 342–356. Elsevier Ltd.

<https://doi.org/10.1016/j.cpa.2010.02.004>

SILVESTRE LÓPEZ, J.L. (2019). “Acuerdos de Valoración Previa de Operaciones entre Personas Vinculadas”. *Revista Forum Fiscal*, No. 255, Sección Opinión. La Ley 8536/2019. CISS.

SIMÓN ACOSTA, E.A. (1996). “El Nuevo Impuesto de Sociedades”. *Actualidad Jurídica Aranzadi* No. 229

SIMÓN ACOSTA, E. (2005). “Del Fraude de Ley al Conflicto en la Aplicación de las Normas Tributarias”. En J. I. SÁNCHEZ MACÍAS, R. CALVO ORTEGA y F. RODRÍGUEZ LÓPEZ, *Economía, Derecho y Tributación. Estudios en Homenaje a la profesora Gloria Begué Catón*, pp.817–836. Universidad de Salamanca.

SIMONS, R. (1990). “Competitive The Role off Management Systems Control in Creating Advantage: New Outlines”. *Accounting, Organizations and Society*, vol. 15 (1/2), pp. 12– 36.

<https://master-cca.cnam.fr/html/ms/cca/eleves/cfa233-s7-3.pdf>

SKLIVAS, S. D. (1987). “The Strategic Choice of Managerial Incentives”. *The Journal of Economics*, vol. 18 (3), pp. 452–458. Oxford University Press.

SLOF, E. (1999). “Transfer Prices and Incentive Contracts in Vertically Integrated Divisionalised Companies”. *European Accounting Review*, vol. 8(2), pp.265–86.

<https://doi.org/10.1080/096381899336032>

SMITH, ADAM. (1776/1794). *Una Investigación sobre la Naturaleza y Causa de la Riqueza de las Naciones*. (Trad. J. Alonso Ortiz). Libro quinto, capítulo II, parte II "De los Impuestos". Valladolid: Oficina de la Viuda e Hijos de Santander. Reproducción facsímil del original de la Biblioteca del Mº Economía y Hacienda. https://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/ministerio/ficheros/libreria/La_Riqueza_de_las_Naciones.Red.pdf

SMITH, M. (2002). “Tax and Incentive Trade–Offs in Multinational Transfer Pricing”. *Journal of Accounting, Auditing&Finance*, vol. 17(3), pp. 209–236. doi:[10.1177/0148558X0201700302](https://doi.org/10.1177/0148558X0201700302)

SLATER, S. F. (1997). “Developing a Customer Value–Based Theory of the Firm”. *Journal of the Academy of Marketing Science*, vol. 25(2), pp. 162–163. <https://link.springer.com/content/pdf/10.1007/BF02894352.pdf>

SOLER BELDA, R. (2011). *La Evolución del Principio Constitucional de Progresividad en el Ordenamiento Tributario*. Tesis doctoral, director C. Mª LÓPEZ ESPADAFOR, Departamento de Derecho civil, Derecho Financiero y Tributario, Universidad de Jaén.

<http://ruja.ujaen.es/bitstream/10953/552/1/9788484398493.pdf>

SOLER ROCH, M.T. (2017). *La Imposición sobre Sociedades en la Encrucijada ¿Hacia un Escenario de Inmunidad Fiscal?* Ponencia presentada, el 26 de febrero de 2018 en el VI Encuentro de Derecho Financiero y Tributario organizado por el Instituto de Estudios Fiscales. El trabajo se ha realizado en el marco del proyecto “Los Planes de Acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios y la seguridad jurídica en el ordenamiento europeo e internacional” Generalitat Valenciana, Consellería de Educació. Expediente PROMETEO 206/53.

<http://hdl.handle.net/10045/83952>

SOLOMONS, D. (1976). *Divisional Performance: Measurement and Control*. 8th ed. Richard D. Irwin, Inc., Homewood, Illinois.

SPICER B.H. (1988). "Towards an Organizational Theory of the Transfer Pricing Process". *Accounting, Organizations and Society*, vol. 13(3), pp.303–322.
[https://doi.org/10.1016/0361-3682\(88\)90006-2](https://doi.org/10.1016/0361-3682(88)90006-2)

SPRINGSTEEL, I. (1999). "Separate but Unequal, Transfer Pricing". *Corporate Finance News and Events (CFO Magazine), Accounting&Tax*, 1 de agosto.[Online]
<https://www.cfo.com/accounting-tax/1999/08/separate-but-unequal/>.

SCOCA, F. G. (1968). "Stato ed Altri Enti Impositori di Fronte al Dovere di Prestazione Tributaria". *Diritto e Pratica Tributaria*, vol. 39, Parte Prima, pp. 175 y ss

STONCIUVIENE, N., & UZKURAITĖ, S. (2015). "Principles of Transfer Price Formation in the Multicomponent Enterprises". *European Scientific Journal*, vol. 11(10), pp.65–81. European Scientific Institute, ESI.
<https://eujournal.org/index.php/esj/article/view/5901>

SWENSON, D. (2001). "Tax Reforms and Evidence of Transfer Pricing". *National Tax Journal*, vol. 54(1), pp.7–25.
<https://bit.ly/3GjJMul>

SWIERINGA, R.J. & WATERHOUSE, J. H. (1982). "Organisational Views of Transfer Pricing." *Accounting, Organizations and Society*, vol 7(2), pp.149–165.
[https://doi.org/10.1016/0361-3682\(82\)90018-6](https://doi.org/10.1016/0361-3682(82)90018-6)

SUÁREZ MOSQUERA C (2007). "La Calificación Jurídica de las Operaciones Vinculadas, en la Imposición Directa, según la Modificación Realizada por la Ley 36/2006, de Prevención del Fraude Fiscal". *Cronica Tributaria*, No.125, pp. 149–174

SUÁREZ MOSQUERA, C. (2015). "Los Métodos de Valoración de Operaciones Vinculadas y MNEs". *Estudios y Notas / Crónica Tributaria 157–2015*, pp. 207–232 Madrid: Ministerio de Economía y Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales.
<https://www.ief.es/vdocs/publicaciones/1/157.pdf - page=207>

SULLIVAN, K. M. (1992). "The Justices of Rules and Standards". En K. M. SULLIVAN & A. R. AMAR, *The Supreme Court, 1991 Term, Foreword, Harvard Law Review*, vol. 106(1), pp.22–123.
<https://www.jstor.org/stable/1341533>

TANG, R. Y.W. (1979). *Transfer Pricing in the United States and Japan*. Praeger Publishers Inc.

TANG, R.Y.V. (1994). *Transfer Pricing in the 1990s: Tax and Management Perspectives*. The Accounting Review: a Journal of the American Accounting Association, vol. 67. American Accounting Association
<https://www.proquest.com/scholarly-journals/transfer-pricing-1990s-tax-management/docview/218570875/se-2?accountid=14744>

TANG, R.Y.V. & CHAN, K. H. (1979). "Environmental Variables of International Transfer Pricing: A Japan–United States Comparison". *Abacus, A Journal of Accounting, Finance and Business Studies*, vol. 15(1), pp. 3–12. The University of Sidney. <https://doi.org/10.1111/j.1467-6281.1979.tb00069.x>

TANG, R. Y. W.; WALTER C. K. & RAIMOND, R.H. (1979). "Transfer Pricing Japanese vs. American Style". *Management Accounting*, vol. 60(7), pp. 12–16.
<https://bit.ly/3wXEUr>

TANZI, VITO. (2001). "La Globalización y la Acción de las Termitas Fiscales". *Finanzas & Desarrollo (FMI)*, vol. 38 (1), pp.34–37.

<https://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/spa/2001/03/pdf/tanzi.pdf>

TANZI, V. (2004). “La Globalización y la Necesidad de una Reforma Fiscal en los Países en Desarrollo”. Documento de Divulgación –IECI– 06 . InterAmerican Development Bank. Instituto para la Integración de América Latina y División de Integración, Comercio y Asuntos Hemisféricos.

<https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/La-globalización-y-la-necesidad-de-una-reforma-fiscal-en-los-pa%C3%ADses-en-desarrollo.pdf>.

TAVOLARO, A. T., MACHADO, B., & MARTINS, I. (1988). *Estudos Jurídicos em Homenagem a Gilberto de Ulhoa Canto*. Río de Janeiro: Forense.

TEMPLAR, S. (2005). “Ensuring the Transfer Price Is Right”. *Articles of Merit Award Program for Distinguished Contribution to Management Accounting*, IFAC, August, pp. 68–72.

<https://bit.ly/3xbyPHF>

TERZIOGLU, B. & INGLIS, R. (2011). “Transfer Pricing in Australian Service Organizations”. *Asia-Pacific Management Accounting Journal*, vol. 6(2), pp. 85–106. Asia-Pacific Management Accounting Association, Accounting Research Institute & Faculty of Accountancy and UPENA. <https://bit.ly/3nozJxb>

TESÓN, F. (1998). “Derecho Internación, Teoría de los Juegos y Moralidad”. Traducción Lelia M. Sirotinsky, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, No.10. <https://dspace.palermo.edu/dspace/bitstream/handle/10226/340/032Juridica04.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

THOMAS, C. (1996). “Customary International Law and State Taxation of Corporate Income: The Case for the Separate Accounting Method”. *Berkeley Journal of International Law*, vol. 14(1). Berkeley Cornell Law Faculty Publications. Paper 1108. <http://scholarship.law.cornell.edu/facpub/1108>

THOMPSON, J. (1967). *Organizations in Action*. McGraw-Hill. New York.

TIMM HIDALGO, A. K. (2014). “Antiformalismo Jurídico, Aproximaciones Básicas”. *Revista de Derechos Fundamentales*, No. 11 (2014), pp. 195–226. Universidad Viña Del Mar.

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5605970>

TIPKE, K. (1973). *Steuernrecht*. Köln: Otto Schmidt.

TOMÉ, B. (1996). “Operaciones Vinculadas y Subcapitalización”. En I. DÍAZ YANES; J.A. LÓPEZ-SANTACRUZ MONTES y B. TOMÉ MUGURUZA, *Guía del Impuesto sobre Sociedades*, pp. 339–381. Valencia, Ed. CISSpraxis

TOMKINS, C. (1973). *Financial Planning in Divisionalised Companies*. Accountancy Age Books, Haymarket Pub. Ltd. London.

TORREGROSA CARNÉ, M^a D. (2016). “Base Imponible Consolidada Común del Impuesto sobre Sociedades, Reactivación del Proyecto. La «Propuesta de Directiva de BICIS»”. En A. I. GONZÁLEZ GONZÁLEZ (Coord.), *Armonización Fiscal y Aproximación de los Sistemas Fiscales*, Colección Cuadernos Jean Monet sobre Integración Europea Fiscal y Económica, No. 3, pp.283–290. Universidad de Oviedo.

http://www.uniovi.net/jeanmonnet/documentos/archivos/Cuaderno_Jean_Monnet_3.pdf

TOVILLAS MORÁN, J.M. (1996). *Estudio del Modelo de Convenio sobre Renta y Patrimonio de la OCDE de 1992*. Tesis doctoral, director L. M. ALONSO GONZÁLEZ, Universidad de Barcelona.

<https://www.tesisenred.net/handle/10803/666136#page=2>

TRANG, N. T. X. (2016). “A Review of Transfer Pricing: from Domestic to International Transfer Pricing”. *International Journal Business, Economics and Law (IJBEL)*, vol. 10 (3), pp.18–23.

https://www.ijbel.com/wp-content/uploads/2016/10/K10_215.pdf

TRAPÉ VILADOMAT, M. (2005). “El Foro sobre Precios de Transferencia en la Unión Europea”. *ICE, Revista De Economía No. 825*, pp. 161–172

TRAPÉ VILADOMAT, M. (2007). “Los Precios de Transferencia”. En T. CORDÓN EZQUERRO (Dir.), M. GUTIÉRREZ LOUSA y M^a L. MARTÍN PARRA (Coords.) *Manual de Fiscalidad Internacional*, 3^a Ed. Revisada y ampliada, capítulo 25, pp. 1027–1080. Madrid: Ministerio de Economía y Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales.

TRAPÉ VILADOMAT, M. (2008). “Empresas Asociadas”. En N. CARMONA FERNÁNDEZ y J.M. CALDERÓN CARRERO (coord.) “*Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la Unión Europea*”. La Ley 9721/2015 CISS

TRAPÉ VILADOMAT, M. (2010). “Métodos de Valoración”. En T. CORDÓN EZQUERRO (coord.) *Fiscalidad de los Precios de Transferencia (operaciones vinculadas)*, capítulo 8, pp.345–366. Madrid Ediciones Centro de Estudios Financieros.

TRAPÉ VILADOMAT, M. (2011). “Ajustes Valorativos y Normas de Contabilidad”. En AA.VV., “*Régimen fiscal de las operaciones vinculadas: valoración y documentación*”. La Ley 13574/2011. 1^a Edición. Editorial CISS

TREASURY DEPARTMENT, INTERNAL REVENUE SERVICE. *Internal Revenue Cumulative Bulletin 1988*, del T 22.23.

<https://bit.ly/3smMivP>

TREIDLER, O. (2016). “The Arm’s Length Principle in the Times of BEPS”. https://www.researchgate.net/publication/294495210_The_Arm's_Length_Principle_In_the_Times_of_BEPS

TUERO FERNÁNDEZ, A. (2010). “Análisis del Régimen de las Operaciones Vinculadas en el Impuesto sobre Sociedades”. *Cuadernos de Formación, Colaboración 42/10. Volumen 11/2010*, pp.293–309. Centro De Estudios Fiscales

TYRRALL, D. & ATKINSON, M. (1999). *International Transfer Pricing: A Practical Guide for Finance Directors*. London: Financial Times Management Briefings.

UCELAY SANZ, I. (1998). “Operaciones Vinculadas”. *Revista de Actualización Empresarial, No.3*. CEFGestión.

UNGERMAN, J.O. (1988). “The White Paper: The Stealth Bomber Of The Section 482 Arsenal”. *Dedman School of Law, SMU Law Review*, vol. 42(4), pp. 1107–1134. <https://scholar.smu.edu/smulr/vol42/iss4/6>

UYAR M. (2014). “A Study on Accounting of Transfer Pricing and Its Effect on Taxation”. *Accounting and Finance Research*, vol. 3(1), pp. 79–84. doi:10.5430/afr.v3n1p79

VADILLO CASERO, C (2010). “El Ajuste Secundario en el Nuevo Régimen de las Operaciones Vinculadas”. *Cuadernos de Formación, Colaboración 23/10, vol 10/2010*, pp. 251–281. CENTRO DE ESTUDIOS FISCALES

VAITSOS, V. C. (1974). “Intercountry Income Distribution and Transnational Enterprises” *World Development*, vol. 3 (2–3), pp. 149–151. Elsevier.

[https://doi.org/10.1016/0305-750X\(75\)90045-5](https://doi.org/10.1016/0305-750X(75)90045-5)

VALDÉS COSTA, RAMON. (1996). *Instituciones de Derecho Tributario*. 1^a reimp. Buenos Aires: Depalma.

VALLE SÁNCHEZ, V. (2001). “Una Nota sobre los Principios Impositivos en Perspectiva Histórica”. *Papeles de economía española, No.87*, pp. 44–57. Fundación de las Cajas de Ahorros (FUNCAS).

<https://bit.ly/3DBmrDc>

VALLEJO CHAMORRO, J. M. (2007). “La Competencia Fiscal”. En T. CORDÓN EZQUERRO (Dir.), M. GUTIÉRREZ LOUSA y M^a L. MARTÍN PARRA (Coords.) *Manual de Fiscalidad Internacional*, 3^a Ed. Revisada y ampliada, cap. 6, pp. 199–247. Madrid: Ministerio de Economía y Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales

VALLEJO CHAMORRO, J. M. (2005). “La Competencia Fiscal Perniciosa en el Seno de la OCDE y la Unión Europea”. *Información Comercial Española, Revista de Economía* (Ministerio de Economía, Industria y Competitividad), vol. 1(825), pp. 147–160.

<http://www.revistasice.com/index.php/ICE/article/view/828>

VANCIL R.F. (1978). *Decentralization: Managerial Ambiguity by Design*. – 3th Edition – Homewood, Illinois.

VAN DER BRUGGEN, E. (2003). “Notes on the Relationship Between Article 3(2) of the OCDE Model Tax Convention and Articles 31 and 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties”. *Bulletin of the IBFD*, vol. 43 (5), pp.142–156.

<https://bit.ly/317qaKH>

VANISTENDAEL, F. (1996). “Legal Framework for Taxation”. En V. THURONYI, *Tax Law Design and Drafting*, vol. I, pp.15–70. Washington D.C.: International Monetary Fund.

<https://doi.org/10.5089/9781557755872.071>

VANONI, E., FORTE, F. & LONGOBARDI, C. (1962). *Elementi di Diritto Tributario, Altri Saggi di Diritto Finanziario*. vol. 2. Milán: Giuffrè.

VAN RAAD, K. (1978). “Interpretation of Tax Treaties”. *Maandblad Belasting Beschouwingen*, No. 2–3.

VARELA, P. S., & ARTOPOULUS, A. L. (2020). Reconstrucción de la Red de Tratados. *Revista de Tributación de la Asociación Argentina de Estudios Fiscales*, No.(5).

https://ar.lejister.com/articulos.php?Hash=bb51c9900efe82f964475678643fa334&control_news=dd46a6a971e0a017e477e26bc0cd9e9c

VAYSMAN, I. (1996). “A Model of Cost–Based Transfer Pricing”. *Review of Accounting Studies* (Springer), vol. 1(2), pp. 73–108.

<https://doi.org/10.1007/BF00565413>

VEGA GARCÍA A. (2011). “¿Es Obligatorio Interpretar la Normativa Española de Origen Interno sobre Precios de Transferencia según las Directrices de la OCDE?”. *Crónica Tributaria*, Boletín Actualidad 4/2011, pp.39–56. Madrid: Ministerio de Economía y Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales

https://www.ief.es/docs/destacados/publicaciones/revistas/ct/2011_4.pdf

VEGA GARCÍA, A. (2012). “International Governance through Soft Law: The Case of the OECD Transfer Pricing Guidelines”. *TranState Working Papers*, No. 163, pp.1–30. Universität Bremen, Collaborative Research Center 597 – Transformations of the State, Bremen.

<https://www.econstor.eu/bitstream/10419/59530/1/717832643.pdf>

VEGA GARCÍA, A. (2014). *El Soft Law en la Fiscalidad Internacional*. Tesis doctoral, director A. AGULLÓ AGÜERO, Universitat Pompeu Fabra.

<http://hdl.handle.net/10803/279394>

VERDROSS, A. (1957). *Derecho Internacional Público*. (Trad. A. Truyol y Serra). Editorial Aguilar

VETTEL, T. (1996). “Die normative Bedeutung der OECD Verrechnungspreisrichtlinien”. En M. LANG (ed.), *Die neuen Verrechnungspreisrichtlinien der OECD*. Linde, Viena.

VICKERS, J. (1985). “Delegation and the Theory of the Firm”. *The Economic Journal*, vol. 95 (380a), pp. 138–147. Oxford University Press.

<https://doi.org/10.2307/2232877>

VICKREY, W. (1996). “The Corporate Income Tax in the U.S. Tax System”. 73 Tax Notes 5.

VIGO, L. R. (2018). “Los Principios Jurídicos y su Impacto en la Teoría Actual”. *Revista Persona y Derecho, Universidad de Navarra*.

<https://revistas.unav.edu/index.php/persona-y-Derecho/article/view/32102>

VILAR MAYER, P. (2005). “Reflexiones sobre el Conflicto en la Aplicación de la Norma en la Ley General Tributaria”. En P. VILAR MAYER y E. GONZALEZ GARCÍA (coord.), *Temas Actuales de Derecho Tributario, capítulo 3*, pp. 73–100. J.M. Bosch Editor.

<https://vlex.es/vid/reflexiones-conflicto-norma-tributaria-278028>

VILLALSMIL-MOLERO, M. C. (2017). “La Planificación Tributaria: Herramienta Legítima del Contribuyente en la Gestión Empresarial”. *Dictamen Libre (Universidad Libre Seccional)*, vol. 20, pp.121–128.

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6154121>

VILLCA POZO, M. (2010). “Problemas que se Determinan en la Aplicación de los Convenios de Doble Imposición”. *Revista El Fisco, No. 162*.

<http://elfisco.com/articulos/revista-n-o-162-problemas-que-se-determinan-en-la-aplicacion-de-los-convenios-de-doble-imposicion>

VILLELAS CIUDAD, C. (2019). *Los Precios de Transferencia: Una Aproximación Multidisciplinar*. Tesis doctoral, director J. LÓPEZ LABORDA, Departamento de Estructura e Historia Económica y Economía Pública, Universidad de Zaragoza. <https://zaguan.unizar.es/record/87521/files/TESIS-2020-033.pdf>

VOGEL, K. (1995). “Doppelbesteuerungsabkommen als Anwendungsgebiet des allgemeinen Völkervertragsrecht”. En U. BEYERLIN; M. BOTHE; R. HOFMANN & E.-U. PETERSMANN (eds.), *Recht zwischen Umbruch und Bewahrung: Festschrift für Rudolf Bernhardt*, pp.1143–1158. Springer, Berlín.

VOGEL, K. (1997). *On Double Tax Conventions*. Londres: Kluwer Law International.

VOGEL, K. (2005). *Double Taxation Conventions –a Commentary OECD–, and US–Model Conventions for the Avoidance of Double to the Taxation of Income and Capital with Particular Reference to Treaty Practice*. Kluwer Law and Taxation Publishers

VON JUSTI, J. H. G. (1766). *System des Finanzwesens*. Reproducción facsímil Münchener Digitalisierungszentrum, Digitale Bibliothek.

<https://www.digitale-sammlungen.de/en/view/bsb11067371?page=4,5>

WACKER, R., KARNES, A. & HAHN, R. (1993). “The Comparable Profits Method Under the Temporary Section 482 Regulations: A Radical Attempt to Introduce an Objective Standard for International Transfer-Pricing Activities”. *International Tax& Bus. Law. 26. Berkeley Journal of International Law*, vol. 11(1), pp. 26–47.

DOI: 10.15779/Z38406W

WACKER, R. & KARNES, A. (1994). “Allocation of Controlled Intangible Income Under The I.R.C. § 936 Credit: Effects of Recent Transfer-Pricing Regulations and The Omnibus Budget Reconciliation Act of 1993”. *California Western International Law Journal*, vol. 24(2), pp.1–34.

<https://scholarlycommons.law.cwsl.edu/cwilj/vol24/iss2/2>

WAGENHOFER, A. (1994). “Transfer Pricing under Asymmetric Information: An Evaluation of Alternative Methods”. *European Accounting Review* (Taylor & Francis Journals), vol. 3 (1), pp. 71–103.

<https://doi.org/10.1080/09638189400000004>

WAGNER, A. (1890). *Finanzwissenschaft*. Reproducción facsímil. [Online] https://archive.org/details/bub_gb_vW83AQAAIAAJ/page/n7/mode/2up

WAGNER, A. (1892). *Grundlegung der Politischen Oekonomie*. Leipzig: C F Winter'sche Verlagshandlung.

WALKER, G. (1988). “Strategic Sourcing, Vertical Integration, and Transaction Costs.” *Interfaces*, vol. 18(3), *Strategic Management*, pp. 62–73.

<https://www.jstor.org/stable/25061096>

WARD, D.A.; JONES, J.F.; DE BROE, L.; MAARTEN, E. & GOLDBERG, S.H. (2005). *The Interpretation of Income Tax Treaties with Reference to the Commentaries on the OCDE Model*. International Fiscal Association (Branch Canada). IBFD

WARNER, J. (8 enero 2004). *US Revenue in Smash and Grab Raid on GSK's UK Profits*. Independent News Paper.

<https://bit.ly/3CRf8qK>

WATERHOUSE, J.H. & TIESSEN, P. (1978). “A Contingency Framework for Management Accounting Systems Research”. *Accounting, Organizations and Society*, August, pp. 65–76.

[https://doi.org/10.1016/0361-3682\(78\)90007-7](https://doi.org/10.1016/0361-3682(78)90007-7)

WATSON, D.J.H. & BAUMLER, J.V. (1975). “Transfer Pricing: A Behavioral Context”. *The Accounting Review* (American Accounting Association), vol. 50(3), pp. 466–474.

<https://www.jstor.org/stable/245005>

WATSON, R. P. (1991). “New Developments in Transfer Pricing Rules”. *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 17(1), pp.17–60.

<https://brooklynworks.brooklaw.edu/bjil/vol17/iss1/3>

WEINER, J.M. (1994). *Company Taxation for the European Community. How Sub-National Tax Variation Affects Business Investment in the United States and Canada*. Tesis doctoral. Harvard University.

<https://www.proquest.com/docview/304087069/fulltextPDF/B2C025E0CC3C4203PQ/1?accountid=14744>

WEINER, J.M. (2002). “Formulary Apportionment and the Future of Company Taxation in the European Union: Company Taxation and the Internal Market”. *CESifo Forum*, vol. 03(1), pp. 10–20. Ifo Institut für Wirtschaftsforschung an der Universität München.

<http://hdl.handle.net/10419/166108>

WEINER, J. M. (2007). “Practical Aspects Of Implementing Formulary Apportionment In The European Union”. *Florida Tax Review*, vol. 8(7), pp. 629–667.

<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/ftaxr8&div=32&id=&page=>

WEIL, P. (1983). “Towards Relative Normativity in International Law?”. *77 American Journal of International Law*, vol. 77(3), pp.413–442. Cambridge University Press.

<https://doi.org/10.2307/2201073>, o <https://www.jstor.org/stable/2201073>

WHITE, J. (2019). “Arm’s length Pricing in an Imperfect World”. *International Tax Review*,

<https://search.proquest.com/scholarly-journals/arm-s-length-pricing-imperfectworld/docview/2341185169/se-2?accountid=14744>

WHITE, J. (2019). “Profit Split Method in IP Strategy Grows in Popularity”, International Tax Review Corporate.

<https://www.internationaltaxreview.com/article/b1fydc217gthjm/profit-split-method-in-ip-strategy-grows-in-popularity>

WILKIE, J. S. (2012). “Reflecting on the Arm’s length Principle: What is the ‘Principle? Where Next?’”. En W. SCHÖN & K. A. KONRAD, *Fundamentals of International Transfer Pricing in Law and Economics* (MPI Studies in Tax Law and Public Finance), vol. I, pp. 137–156. Munich: Springer-Verlag Berlin Heidelberg.

https://doi.org/10.1007/978-3-642-25980-7_8

WILKIE, J. S. (2020). *The ‘Source’ of the International Tax Conundrum.* Kluwer International Tax Blog. [Online]

<http://kluwertaxblog.com/2020/02/10/the-source-of-the-international-tax-conundrum/>

WILLIAMSON, O.E. (1975). *Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications: a Study in the Economics of Internal Organization.* The Free Press. New York

WITKER V., J. (2018). *Los Tratados de Libre Comercio, la Libre Competencia y los Nuevos Agentes Económicos*. Seminario de Estudios sobre Comercio Exterior, Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Derecho, Magister Iuris Revista Digital.

http://coordinacioneditorialfacultadderecho.com/assets/los_tratados_de_libre_comercio.pdf

WITTSCHIEBEN, O. (1937). *Grundriss des Österreichischen Finanzrechtes.* Graz: Verlag Universitätsbuchhandlung Leuschner & Lubensky.

WITTENDORFF, J. (2009). “The Transactional Ghost of Article 9 (1) of the OECD Model”. *Bulletin for International Taxation* ??, pp. 107–130. IBFD. <http://docplayer.net/48758005-The-transactional-ghost-of-article-9-1-of-the-oecd-model.html>

WITTENDORFF, J. (2010). *Transfer Pricing and the Arm’s length Principle in International Tax Law.* Series on International Taxation, Kluwer Law International.

WOLFF, M. (2007). “Market Price-Based Transfer Price Systems. Empirical Evidence for Effectiveness and Preconditions”. *Problems and Perspectives in Management* (Consulting Publishing Company “Business Perspectives”), vol. 5 (2), pp. 66–74.

<https://bit.ly/3wk4yGh>

WOODWARD, J. (1958). *Management and Technology (Problems of Progress in Industry).* No.3 Report of Department of Scientific and Industrial Research. Ed. Her Majesty’s Stationery Off. London.

WOODWARD, J. (1965). *Industrial Organization: Theory and Practice.* Oxford University Press. London.

WRIGTH, D. R.; KEATES, H. A.; LEWIS, J. & AUTEN, L. (2016). “The BEPS Action 8 Final Report: Comments from Economists”. *International Transfer Pricing Journal* Marzo/Abril 2016. IBFD.

WU, F. & D. SHARP (1979). “An Empirical Study of Transfer Pricing Practice.” *International Journal of Accounting*, vol.14 (2), pp.71–99.

<https://doi.org/10.1002/tie.5060220207>

XAVIER, A. (1993). “El Problema de las Calificaciones en Derecho Tributario Internacional”. *Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública*, vol. 43, No. 225–226, pp.663–696.

YOGIS, J. A. (1983). *Canadian Law Dictionary*. Woodbury, N.Y.: Barron's Educational Series.

YOUNG, A. (1974). *Interdivisional Transfer Pricing in Theory and Practice*. Tesis doctoral. University of Surrey, United Kingdom.

<https://www.proquest.com/docview/1773602630/A18734BA7FD340B8PQ/1?accountid=14744>

YUNKER, P. J. (1981). *Transfer Pricing and Performance Evaluation in Multinational Corporations: A Survey Study*. Tesis doctoral. Universidad de Saint Louis.

<https://bit.ly/3lwnU6X>

YUNKER, P. J. (1983). “A Survey Study of Subsidiary Autonomy, Performance Evaluation and Transfer Pricing in Multinational Corporations”. *Columbia Journal of World Business*, vol. 18 (3), pp. 51–64. Elsevier Inc.

<https://bit.ly/3FuA1bY>

ZARDOYA ALEGRIA, A. I. y COSENZA J. P. (2004). “Diseño de los Precios de Transferencia como Estrategia para la Evaluación de la Gestión”. *Revista Iberoamericana de Contabilidad de Gestión* (Asociación Española de Contabilidad y Administración de Empresas (AECA)– Asociación Interamericana de Contabilidad, vol. 2 (3), pp. 97–132.

<https://bit.ly/3CQf6zv>

ZORNOZA PEREZ, J. J., y RUIZ ALMENDRAL, V. (2004). “Sistema Tributario y Constitución”. En J.J. ZORNOZA PÉREZ, J.J., V. RUIZ ALMENDRAL y I. J. V. TROYA JARAMILLO. *Finanzas Públicas y Constitución*, pp. 103–151. Quito: Corporación Editora Nacional.

ZORNOZA PÉREZ J.J. (1993). “Determinación de los Precios de Transferencia en Ausencia de Precios de Mercado Comparables”. *Crónica Tributaria* 67/1993, pp. 123–136.

ZORNOZA PEREZ, J. (2018). “El Concepto de Fraude Fiscal: Evasión y Elusión Tributarias”. En E. GIMENEZ–REYNA RODRÍGUEZ, S. RUIZ GALLUD e I. ARRAEZ BERTOLIN, *El Fraude Fiscal en España*, pp. 69–85. Aranzadi Thomson Reuters

OTRAS FUENTES UTILIZADAS PROCEDENTES

DE LA OCDE, OMC Y ONU

CENTRE FOR TAX POLICY AND ADMINISTRATION. Glossary of Tax Terms, <http://www.oecd.org/ctp/glossaryoftaxterms.htm>

OECD (1979) “*Transfer Pricing and Multinational Enterprises*”, aprobado por el Consejo el 16 mayo 1979 y publicado 1 junio 1979. <https://bit.ly/3orBwkH>

OECD (1984). “*Transfer Pricing and Multinational Enterprises: Three Taxation Issues*”. Publicado 1 octubre 1984.

<https://doi.org/10.1787/9789264167803-en>.

OECD (1995) Report “*Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 1995*”. Publicado 18 julio 1995.

<https://doi.org/10.1787/g2g7fa2a-en>.

OECD (1996). Report “*Intangible Property and Services*”

OCDE (1997). Informe sobre *acuerdos de reparto de costes* aprobado por el Comité de Asuntos Fiscales el 24 julio de 1997

OCDE (1997). Rapport *Principes Applicables en Matière de Prix de Transfert à L'intention des Entreprises Multinationales et des Administrations Fiscales*, 1997: Mise À Jour.

OCDE (1998). Informe sobre la *Competencia Fiscal Perniciosa: un Problema Mundial Emergente*.

OCDE (1999). Informe sobre *los principios para la conclusión de acuerdos previos en materia de precios de transferencia en el marco de procedimientos amistosos*.

OCDE (2006). *Annual Report on the OECD Guidelines for Multinational Enterprises: Conducting Business in Weak Governance Zones*.

<https://doi.org/10.1787/mne-2006-en>

OCDE (2006). Informe de “*Propuestas para Mejorar los Mecanismos de Resolución de Controversias Relacionadas con los Convenios para Evitar la Doble Imposición*”

OCDE (2007). Informe de “*Mejora del Proceso de Resolución de Controversias Relacionadas con los Convenios para Evitar la Doble Imposición*”.

OECD (2009). “*OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2009*”. Publicado 18 agosto 2009. <https://doi.org/10.1787/tpg-2009-en>.

OCDE (2010). Informe sobre *cuestiones de precios de transferencia en la reestructuración de empresas*

OECD (2010). “*OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2010*”. Publicado 16 agosto 2010.

<https://doi.org/10.1787/tpg-2010-en>.

OCDE (2011). “*Legislación en Materia de Precios de Transferencia – Propuesta de Enfoque*”, junio 2011

<https://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/48275782.pdf>

OCDE (2013). *Lucha contra la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios*.

<https://doi.org/10.1787/9789264201224-es>

OCDE (2013), *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales*, OECD . Revisión 2011. Publishing.

<http://dx.doi.org/10.1787/9789264202436-es>

OECD (2014). “*Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles*”. OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Publicado 16 septiembre 2014.

<https://doi.org/10.1787/9789264219212-en>.

OECD (2015). “*Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 – 2015 Final Report*”. OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Publicado 5 octubre 2015.

<https://doi.org/10.1787/9789264241046-en>.

OECD (2015). “*Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8–10 – 2015 Final Reports*”. OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Publicado 5 octubre 2015.

<https://doi.org/10.1787/9789264241244-en>.

OECD (2015). “*Transfer Pricing Documentation and Country-by-Country Reporting, Action 13 – 2015 Final Report*”. OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Publicado 5 octubre 2015.

<https://doi.org/10.1787/9789264241480-en>.

OECD (2017) “*Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017*”. Publicado 10 julio 2017.

<https://doi.org/10.1787/tpg-2017-en>.

OECD (2017) Report “*Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 – 2016 Update*”. Marco Inclusivo sobre BEPS, OCDE/G20 Proyecto Erosión y Desplazamientos de Bases Imponibles. Publicado 22 diciembre 2016.

<https://doi.org/10.1787/9789264268333-en>.

OECD (2017) Report “*The 2017 Update to the Model Tax Convention*” adoptado por el Consejo el 21 noviembre 2017.

<https://www.oecd.org/ctp/treaties/2017-update-model-tax-convention.pdf>

OECD (2019) Report “*Addressing the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy—Policy Note*”. Publicado el 23 Enero 2019.

<https://bit.ly/3bRxaNB>

OECD (2019) *Model Tax Convention on Income and on Capital 2017* (Full Version).

<https://doi.org/10.1787/g2g972ee-en>

OECD (2020) Report “*Transfer Pricing Guidance on Financial Transactions: Inclusive Framework on BEPS: Actions 4, 8–10*”. de 11 febrero 2020.

<https://www.oecd.org/tax/beps/transfer-pricing-guidance-on-financial-transactions-inclusive-framework-on-beps-actions-4-8-10.htm>.

OECD (2020) Report “*Tax Challenges Arising from Digitalisation – Report on Pillar One Blueprint*”

OECD (2020) Report “*Tax Challenges Arising from Digitalisation – Report on Pillar Two Blueprint*”

OECD (2021) *Statement on a Two-Pillar Solution to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy*

INCLUSIVE FRAMEWORK ON BEPS”

OECD (2021) *Inclusive Framework on Beps. Progress report July 2020 – September 2021*

OECD (2021). *Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy – Global Anti-Base Erosion Model Rules (Pillar Two)*

OECD (2022) *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2022*.

https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/oecd-transfer-pricing-guidelines-for-multinational-enterprises-and-tax-administrations-2022_0e655865-en - page4

OMC, *Informe sobre el Comercio Mundial 2014, II Comercio y desarrollo: tendencias recientes y función de la OMC*

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS (OACNUDH) “*Los Derechos Humanos y los Acuerdos Comerciales Mundiales. Las cláusulas de excepción general como medio para proteger los Derechos humanos*”, Ginebra, 2005

ONU (2011) *Convención modelo de las Naciones Unidas sobre la doble tributación entre países desarrollados y países en desarrollo*.

ONU (2013) *Practical Manual on Transfer Pricing for Developing Countries*.

ONU (2017) *Manual Práctico de las Naciones Unidas para los Países en Desarrollo 2017*

ONU (2017). United Nations Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries

ONU (2021) *UN Practical Manual on Transfer Pricing for Developing Countries (2021)*

SENTENCIAS CITADAS

DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA U.E. (anteriormente TJCE).

STJCE de 17 febrero de 1959, *Sociétés Des Fonderies de Pont–A–Mousson*, asunto C–14/59

STJCE de 17 julio de 1963, Gobierno de Italia v.s. Comisión de la C.E.E., asunto C–13/63

STJCE de 11 julio de 1974, *Dassonville*, asunto C–8/74

STJCE de 3 diciembre de 1974, *Van Binsbergen*, asunto C–33/74

STJCE de 7 febrero de 1979, *Knoors*, Asunto 115/78

STJCE de 20 febrero de 1979, *Cassis de Dijon*, asunto C–120/78

STJCE de 10 enero de 1985, *Leclerc y otros*, asunto C–299/83

STJCE de 26 abril de 1988, *Bond van Adverteerders y otros*, asunto 352/85

STJCE de 21 junio de 1988, *Lair*, asunto C–39/86

STJCE de 3 octubre de 1990, *Bouchoucha*, asunto C–61/89

STJCE de 25 julio de 1991, *Manfred Säger*, asunto C–76/90

STJCE de 25 julio de 1991, asuntos C–353/89 y C–288/89

STJCE de 4 junio de 1992, *Comisión c. Reino de Bélgica*, asunto C–503/99

STCE de 3 febrero de 1993, *Veronica Omroep Organisatie*, asunto C–148/91

STJCE de 3 marzo de 1993, *General Milk Products*, asunto C–8/92

STJCE de 5 octubre de 1994, *TV10*, asunto C–23/93

STJCE de 11 agosto de 1995, *Wielockx*, asunto C–80/94

STJCE de 30 noviembre 1995, *Gebhard*, asunto C–55/94

STJCE de 15 diciembre de 1995, *Bosman*, asunto C–415/93

STJCE de 2 mayo de 1996, *Paletta*, asunto C–206/94

STJCE de 27 junio de 1996, *Asscher*, asunto C-107/94

STJCE de 15 mayo de 1997, *Futura Participations y Singer*, asunto C-250/95

STJCE de 12 mayo de 1998, *Kefalas y otros*, asunto C-367/96

STCE de 16 julio 1998, *Imperial Chemical Industries*, asunto C-264/96

STJCE de 9 marzo 1999, *Caso Centros Ltd contra og Selskabsstyrelsen*, asunto C-212/97

STJCE de 29 abril de 1999, *Royal Bank of Scotland*, asunto C-311/97

STJCE de 8 julio de 1999, *Baxter y otros*, asuntos C-254/97

STJCE de 13 abril de 2000, *Baars*, asunto C-251/98

STJCE de 14 diciembre 2000, *Emsland-Starke*, asunto C-110/99

STJCE de 8 marzo de 2001, *Metallgesellschaft y otros*, asuntos acumulados C-397/98 y C-410/98

STJCE de 4 de junio de 2002, *Comisión c. Reino de Bélgica*, asunto C-503/99

STJCE de 12 diciembre de 2002, *Lankhorst-Hohorst*, asunto C-324/00.

STJCE de 11 diciembre de 2003, *Barbier*, asunto C-364/01

STJCE de 4 marzo de 2004, *Comisión/Francia*, asunto C-334/02

STJCE de 11 marzo de 2004, *Lasteyrie du Saillant*, asunto C-09/02

STJCE de 10 marzo de 2005, *Laboratoires Fournier*, asunto C-39/04

STJCE de 13 diciembre de 2005, *Marks & Spencer*, asunto C-446/03

STJCE de 22 junio de 2006, *Bélgica y Forum 187/Comisión*, asuntos acumulados C-182/03 y C-217/03

STJCE de 12 septiembre de 2006, *Cadbury Schweppes y Cadbury Schweppes Overseas*, asunto C-196/04

STJCE de 14 septiembre de 2006, *Centro di Musicologia Walter Stauffer*, asunto C-386/04

STJCE de 5 diciembre de 2006, *Cipolla y otros*, asuntos acumulados C-94/04 y C-202/04

STJUE de 13 marzo de 2007, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, C-524/04

STJCE de 18 julio de 2007, *Oy AA*, asunto C-231/05

STJCE de 21 febrero de 2008, *Part Service*, asunto C-425/06

STJCE de 15 mayo de 2008, *Lidl Belgium*, asunto C-414/06

STJUE de 19 mayo de 2009, asuntos acumulados C-171 y 172/07

STJCE de 17 septiembre de 2009, *Glaxo Wellcome*, asunto C-182/08.

STJUE de 21 enero 2010, *SGL*, asunto C-311/08

STJUE de 25 febrero de 2010, *X Holding*, asunto C-337/08.

STJUE de 3 junio de 2010, *Comisión/España*, asunto C-487/08

STJUE de 22 diciembre de 2010, *RBS Deutschland Holdings GmbH*, asunto C-277/09

STJUE de 22 diciembre de 2010, *Weald Leasing Ltd.*, asunto C-103/09

STJUE de 29 septiembre de 2011, asunto C-318/10

STJUE de 27 octubre de 2011, *Tanoarch*, asunto C-504/10

STJUE de 29 noviembre de 2011, *National Grid Indus*, asunto C-371/10

STJUE de 5 julio de 2012, *SIAT*, asunto C-318/10

STJUE de 12 julio de 2012, *J.J. Komen en Zonen Beheer Heerhugowaard BV contra Staatssecretaris van Financiën*, asunto C-326/11

STJUE de 6 septiembre de 2012, *Philips Electronics UK*, asunto C-18/11

STJUE de 3 octubre de 2013, *Itelcar*, asunto C-282/12

STJUE de 23 diciembre de 2015, *Scotch Whisky Association y otros*, asunto C-333/14

STJUE de 7 septiembre de 2017, *Eqiom y Enka*, asunto C-6/16

STJUE de 18 mayo de 2017, *Lahorgue*, asunto C-99/16

STJUE de 20 diciembre de 2017, *Deister Holding y Juhler Holding*, asunto C-613/16

STJUE de 18 junio de 2018, *Hornbach-Baumarkt-AG*, asunto C-382/16

STJUE de 12 julio de 2018, asuntos T-356/15

STJUE de 13 noviembre de 2018, asunto C-33/17

STJUE de 26 febrero de 2019, *X GmbH*, asunto C-135/17

STJUE de 19 mayo de 2019, asuntos acumulados C-171/07 y C-172/07

STJUE de 19 junio de 2019, asunto C-608/17

STJUE de 24 septiembre de 2019, asuntos acumulados T-755/15 y T-759/15

STJUE de 24 septiembre de 2019, *Starbucks y otros*, asuntos acumulados T-760/15 y T-636/16

STJUE de 19 diciembre de 2019, asunto C-465/18

STJUE de 27 febrero de 2020, asunto C-384/18

STJUE de 15 de julio 2020, *Apple*, asuntos acumulados T-778/16 y T-892/16

STJUE de 3 septiembre de 2020, *Vivendi SA y otros*, asunto C-719/18

STJUE de 20 enero de 2021, asunto C-484/19

DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

STC 4/1981, de 2 de febrero. RTC 1981\4

STC 46/2000 de 17 febrero. RTC 2000\46

STC 120/2005, de 10 mayo. RTC 2005\120

STC 145/2013 de 11 julio. RTC 2013\145

DEL TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL

STS de 30 noviembre de 1989 (RJ 1989\8106)

STS de 26 marzo de 1992, recurso de casación núm. 2663/1989 (RJ 1992\2348)

STS de 18 junio de 1992, recurso de casación núm. 555/1990 (RJ 1992\5919)

STS de 7 octubre de 1992, recurso de casación núm. 1979/1990 (RJ 1992\8987)

STS de 19 enero de 1996, recurso de casación núm. 3816/1991 (RJ 1996\1701)

STS de 1 octubre de 1997, recurso núm.10290/1991 (RJ 1997\7141)

STS de 2 noviembre de 1999, recurso de casación núm 1245/1995 (RJ 1999\9086)

STS de 11 febrero de 2000, recurso de casación núm. 25/1999 (RJ 2000\2786)

STS de 3 mayo de 2002, recurso de casación núm. 74/1997 (RJ 2002\4380)

STS de 2 noviembre de 2002 (RJ 2003\1025)

STS de 3 junio de 2003, recurso de casación núm. 6980/1998 (RJ 2003\6091)

STS de 26 diciembre de 2003, recurso de casación núm. 8267/1998 (RJ 2005\2571)

STS de 26 enero de 2004, recurso de casación núm. 3669/1998 (RJ 2005\3837)

STS de 11 mayo de 2004 recurso de casación núm. 1402/1999 (RJ 2004\5189)

STS de 28 junio de 2006, recurso de casación núm. 5342/2001 (RJ 2006, 6314)

STS de 10 enero de 2007, recurso de casación núm. 375/2001 (RJ 2007\407)

STS de 16 septiembre de 2008, recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 163/2004 (RJ 2008\4527)

STS de 30 noviembre de 2009, recurso de casación núm. 3582/2003 (RJ 2010\1324)

STS de 11 diciembre de 2009, recurso de casación núm. 4113/2003 (RJ 2010\2209)

ATS de 8 febrero de 2011, cuestión de inconstitucionalidad núm. 8/2009 (JUR 2011\86969)

STS de 17 marzo 2011, recurso de casación núm. 5871/2006 (RJ 2011\218)

STS de 30 mayo de 2011, recurso de casación núm. 1061/2007 (RJ 2011\4838)

STS de 2 noviembre de 2011, recurso de casación núm. 3181/2007 (RJ 2012\3477)

STS de 9 diciembre de 2011, recurso de casación núm. 3586/2009 (RJ 2012\2645)

STS de 9 febrero de 2012, recurso de casación nº 2536/2007 (RJ 2012, 3870)

STS de 23 febrero de 2012, recurso de casación núm. 821/2008 (RJ 2012\4227)

STS de 12 julio de 2012, recurso de casación núm. 1485/2009 (RJ 2012\9364)

STS de 18 julio de 2012, recurso de casación núm. 3779/2009 (RJ 2012\7924)

STS de 12 noviembre de 2012, recurso de casación núm. 4299/2012 (RJ 2013\982)

STS de 19 junio de 2013, recurso de casación núm. 3850/2010, (RJ 2013\5628)

STS de 27 mayo de 2014, recurso de casación núm. 8/2009 (RJ 2014\3884)

STS de 4 julio de 2014, recurso de casación núm. 1285/2012 (RJ 2014\4405)

STS de 5 febrero 2015, recurso de casación núm. 4075/2013 (RJ 2015\1045)

STS de 18 junio de 2015, recurso de casación núm. 1517/2013, (RJ 2015\2965)

STS de 27 noviembre de 2015, recurso de casación núm. 3346/2014 (RJ 2015\5767)

STS de 23 febrero de 2016, recurso de casación núm. 887/2014 (RJ 2016\2359)

STS núm. 1503/2016 de 22 junio de 2016, recurso de casación núm.2218/2015 (RJ 2016\4311)

STS núm. 2256/2016 de 19 octubre de 2016, recurso de casación núm. 2558/2015 (RJ 2016\5194)

STS núm. 2744/2016 de 22 diciembre, recurso de casación núm. 3421/2015 (RJ 2016\6238)

STS núm. 723/2017 de 27 de abril de 2017, recurso de casación núm. 1173/2016 (R.J. 2017\1842)

ATS de 28 de febrero de 2018, recurso de casación núm. 6187/2017 (R.J. 2018\910)

STS úm. 1504/2018 de 15 de octubre de 2018, recurso de casación núm. 4561/2017 (R.J.2018/4693)

STS núm. 308/2020 de 3 marzo, recurso de casación núm. 5448/2018 (RJ 2020\1214)

STS núm. 446/2020 de 18 de mayo de 2020, recurso de casación núm. 6187/201 (R.J. 2020\1183)

STS núm. 904/2020 de 2 julio, recurso de casación núm. 1429/2018 (RJ 2020\5145)

STS núm. 1187/2020 de 21 septiembre, recurso de casación núm. 3130/2017 (RJ 2020\4094)

STS núm. 1319/2020 de 15 de octubre de 2020, recurso de casación núm. 437/2018 (RJ RJ 2020\4076)

DE OTROS TRIBUNALES ESPAÑOLES

SAN 27 junio 2002

SAN 11 enero 2018

SAN 29 junio 2018

STSJ de Galicia, Sala Contencioso–Administrativo, Sección Tercera, de 12 marzo de 1999, recurso nº 269/1999 (JT 1999\780)

STSJ de Cataluña, Sala Contencioso–Administrativo, Sección Tercera, de 14 mayo de 2019, recurso nº 117/2017 (RJCA 2019\575)

DE TRIBUNALES EXTRANJEROS

A) DE LA CORTE SUPREMA DE EE. UU.

Pollock v. Farmers' Loan & Trust Co., 157 U.S. 429 (1895)

United States v. Addyston Pipe and Steel Co (1899)

Standard Oil of New Jersey v. United States (1911)

Barclays Bank Plc v. Franchise Tax Board of California. Colgate–Palmolive Company (1994)

B) TRIBUNALES DE APELACIÓN DE EE. UU.

U.S. Court of Appeals for the Second Circuit– Asiatic Petroleum Co. v. Commissioner of Internal Rev., 79 F.2d 234 (August 16, 1935).

U.S. Court of Appeals for the Forth Circuit, Aiken Drive–In Theatre Corp. v. U. S. ,281 F. 2d 7(July 26, 1960).

U.S. Court of Appeals for the Second Circuit – 933 F.2d 1084, Bausch&Lomb, Inc and Consolidated Subsidiaries v. Comissioner Internal Revenue, 92 IC, No.3 (March 23, 1989).

U.S. Court of Appeals for the Second Circuit– 617 F.2d 942, U.S. Steel Corp. v. Commissioner of Internal Revenue, (March 12, 1980).

U.S. Court of Appeals for the Tenth Circuit– Klaassen v. Commissioner (Klaassen v. Comm'r, No. 98–9035 (April 7, 1999).

C) TAX COURT ESTADOUNIDENSE.

Hamburgers York Road, Inc. v. Commissioner. 41 T. C. 821 (Mar 17, 1964)

R. T French & Co. v. Commissioner 60 T.C. 836 (1973)

Hospital Corp. of America v. Commissioner, 81 T.C. 520 (1983)

G. O. Searle & Co.v. Commissioner 88 T.C. 252 (1987)

D) TRIBUNALES ALEMANES.

Sentencia de 3 de marzo de 1980 del Tribunal Fiscal Federal Alemán

E) TRIBUNALES AUSTRALIANOS.

Federal Court of Australia, 1st June 2011, Commissioner of Taxation v SNF (Australia) Pty Ltd.

Administrative Appeals Tribunal, 22nd July 2008, Roche Products Pty Ltd and Commissioner of Taxation.

F) TRIBUNALES CANADIENSES.

Caso Skalbania (Trustee of) v. Wedgewood Village Estates Ltd., CanLII 2747 (BC CA) (Court of Appeal for British Columbia 19th may 1989). Obtenido de <https://www.canlii.org/en/bc/bcca/doc/1989/1989canlii2747/1989canlii2747.html>

Caso Crawford & Co.Ltd. v. M.N.R., CanLII 352 (TCC) (Tax Court of Canada 8th december 1999). Obtenido de <https://www.canlii.org/en/ca/tcc/doc/1999/1999canlii352/1999canlii352.html?resultIndex=9>

Caso Galaxy Sports Inc. (Re), 2004 BCCA 284 (Court of Appeal of British Columbia 20th may 2004). Obtenido de https://www.bccourts.ca/search_judgments.aspx#SearchTitle

Caso General Electric Capital Canada Inc v The Queen, TCC 563 [GE Capital] (Tax Court of Canada 4th december 2009). Obtenido de <https://www.canlii.org/en/ca/tcc/doc/2009/2009tcc563/2009tcc563.html?resultIndex=1>

Caso Minister of National Revenue v. Sheldon's Engineering Ltd., CanLII 56 (SCC), [1955] SCR 637 (Supreme Court of Canada 28th june 1955). Obtenido de <https://www.canlii.org/en/ca/scc/doc/1955/1955canlii56/1955canlii56.html?resultIndex=1>

Caso Pocklington Foods Inc. v. Alberta (Provincial Treasurer), 1998 ABQB 279 (CanLII) (Court of Queen's Bench of Alberta 1st may 1998). Obtenido de <https://www.canlii.org/en/ab/abqb/doc/1998/1998abqb279/1998abqb279.html?resultIndex=4>

G) TRIBUNALES ALEMANES

3 March 1980, I R 186/76 (BStBl 1980 II, 531).

21 January 1981, I R 153/77 (BStBl 1981 II, 517).

H) TRIBUNALES FRANCESES

Sentencia del Consejo de Estado, 8ème – 3ème chambres réunies, 6 de junio de 2018, n° 409645 y 409647, SCS General Electric Medical Systems. Obtenidas de: <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000037022292/> y <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000037022293/>

Sentencia del Consejo de Estado, 8e et 3e ch., 28 nov. 2018, n° 410779, SCS GE Medical Systems, concl. K. Ciavaldini [FI 1-2019, n° 4.2.1]). Obtenida de: <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000037659267>

RESOLUCIONES DEL TEAC

Resolución TEAC 10 septiembre 1986

Resolución TEAC 27 noviembre 1986

Resolución TEAC 3 febrero 1987

Resolución TEAC 30 marzo 1989

Resolución TEAC 14 junio 1989

Resolución TEAC 3 octubre 1989

Resolución TEAC 17 octubre 1989

Resolución TEAC 20 diciembre 1989

Resolución TEAC 3 abril 1991

Resolución TEAC 9 mayo 1995

Resolución TEAC 31 mayo 1995

Resolución TEAC 25 octubre 1995

Resolución del TEAC 13 febrero 2004

Resolución TEAC 8 septiembre 2016