

**UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA**

**DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO Y DE LA EMPRESA**

**ÁREA DE DERECHO FINANCIERO Y TRIBUTARIO**

**FACULTAD DE DERECHO**



**EL ANÁLISIS DE COMPARABILIDAD POST-BEPS EN  
PRECIOS DE TRANSFERENCIA: DEFINICIÓN PRECISA Y  
REACTIVACIÓN DE OPERACIONES VINCULADAS  
CON ACTIVOS INTANGIBLES**

**Autor: José Ángel Gómez Requena**

**Directora: Profa. Dra. Saturnina Moreno González**

**TESIS DOCTORAL**

**Mención Internacional**

**Albacete, septiembre de 2018**

*A mi maestra, la Profesora Saturnina Moreno González, y a mi familia*

*“La lealtad es el camino más corto entre dos corazones”*

José Ortega y Gasset



## ÍNDICE

	<b>Página</b>
<b>ABREVIATURAS.....</b>	12
<b>NOTA PRELIMINAR.....</b>	14
<b>RESUMEN.....</b>	17
<b>ABSTRACT.....</b>	19
<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	22

### CAPÍTULO I

<b>PRECIOS DE TRANSFERENCIA Y ACTIVOS INTANGIBLES: APROXIMACIÓN CONCEPTUAL E IDENTIFICACIÓN DE PROBLEMAS.....</b>	29
1. PLANTEAMIENTO.....	29
2. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA....	30
2.1. Antecedentes históricos.....	32
2.2. El artículo 9 de los Convenios de Doble Imposición.....	35
2.3. Perspectivas conceptuales.....	41
2.3.1. Perspectiva neutra: los precios de transferencia como potenciales valores de mercado.....	42
2.3.2. Perspectiva instrumental: los precios de transferencia como mecanismos BEPS.....	43
3. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE ACTIVOS INTANGIBLES.....	45
3.1. Visión civilista.....	46
3.2. Visión contable.....	50
3.3. Visión jurídico-tributaria.....	53
3.4. Visión a efectos de precios de transferencia.....	56

4. RETOS PLANTEADOS EN EL ANÁLISIS DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA EN OPERACIONES VINCULADAS CON INTANGIBLES: UNA PERSPECTIVA POST-BEPS.....	63
4.1. Retos planteados en el análisis de comparabilidad.....	65
4.2. Retos planteados en el análisis de valoración.....	72

## CAPÍTULO II

<b>LA DEFINICIÓN PRECISA DE OPERACIONES VINCULADAS CON ACTIVOS INTANGIBLES: PREVALENCIA DE LA SUSTANCIA ECONÓMICA.....</b>	<b>82</b>
--	-----------

1. PLANTEAMIENTO: ¿ES EL <i>AT ARM'S LENGTH STANDARD</i> DE LA ETAPA POST-BEPS FIEL A SU ESENCIA ANTE LA AUSENCIA DE COMPARABLES?.....	82
--	----

2. TIPOS DE OPERACIONES VINCULADAS CON ACTIVOS INTANGIBLES.....	89
---	----

2.1. Operaciones en las que se transmite la propiedad o se ceden parcialmente derechos: la " <i>IP holding structure</i> " y el " <i>licence model</i> ".....	91
---	----

2.1.1. Venta.....	92
-------------------	----

2.1.2. Licencia.....	93
----------------------	----

2.1.3. Transmisiones conjuntas o en combinación con otras operaciones.....	98
--	----

2.1.4. Transmisiones tácitas dimanadas de reestructuraciones empresariales.....	101
---	-----

2.2. Operaciones en las que se usan intangibles para la venta de bienes o prestaciones de servicios.....	104
--	-----

3. LAS CARACTERÍSTICAS ECONÓMICAMENTE RELEVANTES PARA LA DEFINICIÓN PRECISA DE LA OPERACIÓN.....	105
--	-----

3.1. La importancia de un marco analítico para identificar las relaciones comerciales o financieras para un análisis de precios de transferencia.....	106
---	-----

3.1.1. Marco analítico troncal para las operaciones vinculadas.....	107
---	-----

3.1.2. Marco analítico complementario para las operaciones vinculadas que involucran intangibles.....	110
3.2. Acuerdos contractuales y la búsqueda de la propiedad legal como puntos de partida para detectar la propiedad económica.....	112
3.3. Análisis funcional desde la óptica de las funciones DEMPE.....	123
3.3.1. Realización y control sobre las funciones DEMPE.....	124
3.3.2. Activos utilizados en las funciones DEMPE.....	128
3.3.3. Asunción de riesgos sobre las funciones DEMPE.....	133
A) Tipos de riesgos particulares con activos intangibles.....	135
B) Control sobre el riesgo y capacidad financiera para asumirlo...	136
C) Riesgos y divergencias entre el rendimiento <i>ex ante</i> y <i>ex post</i> ..	139
3.3.4. ¿Se está recurriendo al <i>Authorised OECD Approach</i> ?.....	140
3.4. Aplicación casuística del reparto de beneficios <i>at arm's length</i> ligados a intangibles.....	145
3.4.1. Acuerdos de distribución con revalorización de la marca comercial.....	145
3.4.2. Acuerdos de I+D para el desarrollo de intangibles.....	151
3.5. Características de los activos intangibles.....	156
3.6. Circunstancias económicas.....	157
3.7. Estrategias empresariales.....	159
4. LA PREVALENCIA DE LA SUSTANCIA ECONÓMICA SOBRE LA FORMA JURÍDICA COMO EJE VERTEBRADOR DE LA DEFINICIÓN PRECISA DE LAS OPERACIONES VINCULADAS CON INTANGIBLES: <i>AT ARM'S LENGTH, ¿QUO VADIS?</i> .....	161

### CAPÍTULO III

<b>LA RECARACTERIZACIÓN DE OPERACIONES VINCULADAS CON ACTIVOS INTANGIBLES POR MOTIVO DE IRRACIONALIDAD COMERCIAL.....</b>	<b>168</b>
1. PLANTEAMIENTO: RECARACTERIZACIÓN DE LA TRANSACCIÓN PREVIANTE DELIMITADA CON PRECISIÓN.....	168
2. LA CUESTIÓN TERMINOLÓGICA: IGNORANCIA ( <i>DISREGARD OR NON-RECOGNITION</i> ), SUSTITUCIÓN ( <i>REPLACEMENT</i> ) y RECARACTERIZACIÓN ( <i>RECHARACTERIZATION</i> ) DE LA TRANSACCIÓN.....	177
3. LA RECARACTERIZACIÓN DE LAS OPERACIONES EN LA ERA PRE- BEPS.....	179
4. LA RECARACTERIZACIÓN EN LA CONSTRUCCIÓN DEL PLAN BEPS.....	185
5. LA RECARACTERIZACIÓN EN LA ERA POST-BEPS: LA IRRACIONALIDAD COMERCIAL DE LA OPERACIÓN COMO ÚNICA CIRCUNSTANCIA.....	191
5.1. El impedimento práctico para determinar un precio aceptable: ¿requisito o consecuencia?.....	196
5.2. Metodología en la recaracterización post-BEPS.....	199
5.2.1. El test de racionalidad comercial.....	200
5.2.2. El test de las operaciones realmente disponibles en el momento de celebrar la operación.....	206
5.3. La resiliencia del <i>at arm's length standard</i> en la recaracterización de operaciones.....	210
6. LA RACIONALIDAD COMERCIAL A LA LUZ DE LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA.....	214
6.1. Origen del <i>business purpose test</i> o test de los motivos económicos válidos.....	215
6.2. El concepto de “montajes puramente artificiales” a la luz de la jurisprudencia del TJUE.....	218

6.2.1. El motivo económico válido o justificación comercial en casos no genuinos de precios de transferencia.....	222
6.2.2. El motivo económico válido o justificación comercial en casos genuinos de precios de transferencia: los asuntos <i>SGI</i> y <i>Hornbach-Baumarkt</i> .....	226
6.3. Impacto de la traslación del test de los motivos económicos validos sobre el ALP en operaciones intragrupo dentro de la UE a los efectos de la recaracterización.....	232

## CAPÍTULO IV

<b>LA RECARACTERIZACIÓN DE OPERACIONES VINCULADAS CON ACTIVOS INTANGIBLES EN DERECHO TRIBUTARIO ESPAÑOL.....</b>	<b>235</b>
1. PLANTEAMIENTO.....	235
2. POSIBILIDADES EN TORNO AL MARCO JURÍDICO HABILITADOR DE LA RECARACTERIZACIÓN.....	241
2.1. Aplicación directa del art. 9 en los Convenios de Doble Imposición.....	243
2.1.1. La errónea concepción del art. 9.1 como norma de calificación y su relación con el Derecho interno.....	243
2.1.2. El art. 9.1 como norma de valoración, ¿proporciona suficiente cobertura para la práctica de una recaracterización?.....	248
2.1.3. La concepción del art. 9.1 en la jurisprudencia y doctrina administrativa española.....	250
A) Caso <i>BICC</i> .....	252
B) Casos <i>Lafarge Asland</i> y <i>Lafarge Cementos</i> .....	255
C) Caso <i>MM</i> .....	256
D) Los pronunciamientos del Tribunal Supremo en los casos <i>Peugeot</i> y <i>Mann Hummel</i> : ¿Un nuevo enfoque?.....	258
2.2. Cobertura legal específica.....	264
2.2.1. Modelo australiano.....	264
2.2.2. Modelo canadiense.....	267

2.3. Cobertura legal genérica: el art. 18.10 de la Ley 27/2014, del Impuesto sobre Sociedades español.....	270
<b>3. RECALIFICACIÓN vs. RECARACTERIZACIÓN EN DERECHO TRIBUTARIO ESPAÑOL.....</b>	<b>275</b>
3.1. Marco jurídico español en materia de cláusulas anti-abuso: normas anti-abuso general y especiales.....	276
3.2. Recalificación y recaracterización como instrumentos aplicables en escenarios diferentes pero con consecuencias jurídico-tributarias similares.....	285
<b>4. LA RECARACTERIZACIÓN COMO UN INSTRUMENTO ÍNSITO EN UNA NORMA ANTI-ABUSO ESPECÍFICA.....</b>	<b>293</b>
4.1. La regulación sobre precios de transferencia y su propósito anti-abuso en la era post-BEPS.....	294
4.2. La naturaleza jurídica de los apartados 1 y 10 del art. 18 LIS en conexión con las Directrices sobre Precios de Transferencia.....	296
4.3. Consecuencias de la recaracterización como instrumento ínsito en una norma anti-abuso específica.....	303
4.3.1. Disminución de la intensidad probatoria de la Administración tributaria.....	303
4.3.2. Posibilidad de acceso al procedimiento amistoso y arbitral para la eliminación de la doble imposición.....	307
4.3.3. Una norma anti-abuso específica con esencia diferente a la norma anti-abuso general.....	310
<b>5. PROPUESTAS DE <i>LEGE FERENDA</i> PARA MEJORAR LA FIGURA DE LA RECARACTERIZACIÓN EN LA REGULACIÓN DOMÉSTICA SOBRE PRECIOS DE TRANSFERENCIA.....</b>	<b>312</b>
5.1. Potestad recaracterizadora de la Administración con un marcado carácter excepcional.....	313
5.2. Distinción entre ajustes valorativos y transaccionales.....	313
5.3. La irracionalidad comercial de la operación como causa expresa de recaracterización posterior a su definición precisa.....	314
5.4. Una norma anti-abuso específica con la carga de la prueba sobre la Administración tributaria.....	315

<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>317</b>
<b>CONCLUSIONS.....</b>	<b>327</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>336</b>

## ABREVIATURAS

ALP/ALS	<i>At Arm's Length Principle / At Arm's Length Standard</i>
AOA	<i>Authorised OECD Approach</i>
APA	<i>Advance Pricing Agreement</i>
Art.	Artículo
ATO	<i>Australian Tax Office</i>
BEPS	<i>Base Erosion and Profit Shifting</i>
BOE	Boletín Oficial del Estado
CbCR	<i>Country by Country Report / Informe País por País</i>
CDI	Convenio de Doble Imposición
CRA	<i>Canada Revenue Agency</i>
DEMPE	<i>Development, Enhancement, Maintenance, Protection and Exploitation / Desarrollo, Mejora, Mantenimiento, Protección y Explotación</i>
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
DPT	Directrices de la OCDE aplicables en materia de Precios de Transferencia a empresas multinacionales y administraciones tributarias
EMN	Empresa Multinacional
EP	Establecimiento Permanente
EUJTPF	<i>EU Joint Transfer Pricing Forum / Foro Conjunto sobre Precios de Transferencia de la UE</i>
FJ	Fundamento Jurídico
GAAR	<i>General Anti-Abuse Rule / Norma Anti-Abuso General</i>
I+D+i	Actividades de Investigación, Desarrollo e innovación
IRS	<i>Internal Revenue Service</i>
LGT	Ley General Tributaria

LIS	Ley del Impuesto sobre Sociedades
MC OCDE	Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio de la OCDE
MC ONU	Convención Modelo de las Naciones Unidas sobre la Doble Tributación entre países desarrollados y países en desarrollo
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
P.	Página
Párr.	Párrafo/s
PGC	Plan General de Contabilidad de 2007
Pp.	Páginas
RIS	Reglamento del Impuesto sobre Sociedades
SAAR	<i>Specific Anti-Abuse Rule</i> / Norma Anti-Abuso Específica
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
SdN	Sociedades de las Naciones
SPF	<i>Significant People Functions</i> / Funciones Humanas Significativas
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la UE
TJUE	Tribunal de Justicia de la UE
UE	Unión Europea

## NOTA PRELIMINAR

Esta tesis doctoral ha sido dirigida por la Profa. Dra. Saturnina Moreno, Catedrática de Derecho Financiero y Tributario en la Universidad de Castilla-La Mancha. Ha sido realizada gracias al apoyo económico obtenido en las Ayudas para Contratos Predoctorales para la Formación de Doctores, concedida por el Ministerio de Economía y Competitividad (actual Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades), inserto en el Programa Estatal de Promoción del Talento y su Empleabilidad en I+D+i. Asimismo, la tesis se ha enmarcado en el proyecto de investigación “Fiscalidad y nuevas tecnologías en el comercio y de la información. Propuestas para la adaptación del sistema tributario a las exigencias de la economía y sociedad digitales” (DER2014-55677-R), concedido por el Ministerio de Economía y Competitividad (actual Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades), cuya investigadora principal es la Profa. Dra. Saturnina Moreno. La misma se ha completado con una estancia de investigación, gracias a una beca para la realización de estancias de investigación en centros de I+D extranjeros del Plan Propio de la Universidad de Castilla-La Mancha, en el *Institute for Austrian and International Tax Law* de la *Vienna University of Economics and Business* (Austria). La estancia se realizó bajo la supervisión y tutela del Prof. Dr. DDr. h. c. Michael Lang.

En primer lugar, quiero manifestar un sincero y eterno agradecimiento a mi directora y maestra, la Profesora Moreno González, por sus enseñanzas y su compromiso con mi persona. Me siento privilegiado por haber emprendido esta andadura con ella y espero poder continuar recibiendo su magisterio durante muchos años más. Mi agradecimiento hacia ella no es solo a nivel profesional, sino también personal. Con ella nunca me he sentido solo e incomprendido y los momentos difíciles lo han sido menos gracias a su apoyo y consejos. Por ello, mi agradecimiento también por su cariño y afecto. Mi mayor deseo es poder seguir aprendiendo de ella y con ella, lo más cerca posible, para poder recorrer mi propio camino en la investigación y la docencia.

En segundo lugar, quiero agradecer el apoyo, consejos y cercanía que he recibido de todos los profesores y profesoras del área de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de Castilla-La Mancha. Desde el primer minuto han hecho sentirme uno más del equipo y he recibido un estímulo constante para el desarrollo de mi tesis doctoral y demás tareas investigadoras. Particularmente, quiero agradecer personalmente a nuestro Director

del Centro Internacional de Estudios Fiscales, el Profesor Collado Yurrita, todo su cariño y apoyo que he recibido de él, directa e indirectamente.

Hago extensible mis agradecimientos al resto de profesores/as e investigadores/as con los que comparto labores investigadoras en diversos proyectos de investigación, muy especialmente a las profesoras Lagos Rodríguez y Álamo Cerrillo del área de Hacienda Pública de la Universidad de Castilla-La Mancha. Como no puede ser de otra manera agradezco en su conjunto como institución a la Universidad de Castilla-La Mancha, la cual considero mi casa, todo lo que ha hecho por mí desde que comencé en el año 2010 como estudiante del Grado en Derecho hasta la actualidad. Deseo que esta tesis doctoral sea una pequeña y humilde aportación al crecimiento de la misma, la cual es la piedra angular en el desarrollo científico y tecnológico de Castilla-La Mancha y, por ende, de nuestro país. Agradezco, con la misma intensidad, a todos los componentes del claustro de profesores/as de la Facultad de Derecho de Albacete su cariño a lo largo de estos años, así como las enseñanzas que obtuve de los que me dieron clase. Igualmente, mi agradecimiento a la que considero mi segunda casa, la Facultad de Ciencias Sociales de Cuenca.

En tercer lugar, doy las gracias al Personal de Administración y Servicios de la Biblioteca de la Universidad de Castilla-La Mancha, particularmente a los trabajadores/as y becarios/as de colaboración que a lo largo de estos años han sido importantes en el acceso al material bibliográfico de esta tesis. Su compromiso y esfuerzo ha sido sobresaliente y me han dado luz en momentos en los que no veía más que tinieblas. No quiero particularizar con nombres este agradecimiento porque todos sus miembros merecen el agradecimiento con la misma intensidad, pero sí que quiero destacar la figura de Frutos Soriano, bibliotecario de la biblioteca Melchor de Macanaz de la Facultad de Derecho, por su apoyo personal y cariño durante estos años.

En cuarto lugar, agradezco a todos los profesores/as, nacionales e internacionales, con los que he tenido la suerte de coincidir, recibir cariño y, consejos para mi desarrollo investigador. Muy especialmente, agradezco a la profesora Soler Roch sus comentarios y consejos durante el Congreso de la *European Association of Tax Law Professors*, celebrado en la Universidad de Lodz (Polonia) en 2017 y demás foros científicos en los que hemos coincidido; al Prof. Dr. DDr. h. c. Michael Lang, Director del *Institute for Austrian and International Tax Law*, por permitirme realizar una estancia de investigación en tan prestigiosa institución y supervisar mi actividad allí; al Prof. Jeffrey Owens, Director del

*WU Global Tax Policy Center* del *Institute for Austrian and International Tax Law*, por darme la oportunidad de profundizar mi formación en fiscalidad digital gracias al proyecto de investigación “*Tax and Technology*” que él mismo lidera y permitirme participar en todas las actividades que se realizaron durante mi estancia; y, a los profesores Di Pietro y Mondini de la *Scuola Europea di Alti Studi Tributari* de la Universidad de Bolonia por su acogida durante los fructíferos Seminarios de Doctorado que periódicamente realiza esta institución.

En quinto lugar, mi más sincero agradecimiento al elenco de doctorandos/as, nacionales e internacionales, con los que me he cruzado durante esta etapa. Con mayor o menor intensidad, con todos ellos acabas compartiendo las mismas inquietudes y todo se torna más fácil al sentirte acompañado. Debo destacar muy especialmente los lazos de amistad y hermandad que he desarrollado estos años con doctorandos de Derecho Financiero y Tributario. En primer lugar, con Laura Soto, doctoranda de la Universidad de Alicante y docente en la Universidad Miguel Hernández de Elche, con la cual he compartido jornadas, congresos y viajes inhóspitos al este de Europa; en segundo lugar, con Guillermo Sánchez-Archidona, doctorando y docente en la Universidad de Málaga por las experiencias compartidas con él a lo largo de estos años; en tercer lugar, con Mirna Screpante, doctoranda e investigadora en el *Institute for Austrian and International Tax Law* porque gracias a ella los días por Viena fueron más fáciles y nunca podré devolverle todo el afecto que me dio; y, finalmente, a mi querido *fratello* Carmine Marrazzo, doctorando de la *Scuola Europea di Alti Studi Tributari* de la Universidad de Bolonia. Para él, pocas palabras puedo aportar, porque una hermandad no necesita de muchas explicaciones. Finalmente, mis agradecimientos a mi compañera de despacho, la doctoranda de Derecho penal Carmen M<sup>a</sup> León, en primer lugar, por aguantarme, y, en segundo lugar, por ayudarme siempre a ver otras perspectivas.

En sexto lugar, agradezco enormemente a todas las personas, amistades o conocidos, que a lo largo de estos años han estado a mi lado y se han preocupado por mí en cualquier momento. En una etapa como es la de realizar una tesis doctoral, hasta el más mínimo gesto por preguntar, interesarse por mi trabajo y situación o dar ánimos ha significado mucho para mí y ha contribuido a mantener la motivación.

Por último, y no por ello menos importante, pese a que no me extienda en demasía, agradezco el apoyo de mi familia.

## RESUMEN

El objeto de la presente tesis doctoral es el estudio crítico del análisis de comparabilidad que las Directrices sobre Precios de Transferencia de la OCDE han configurado para el denominado escenario post-BEPS en operaciones vinculadas con activos intangibles. El análisis, condicionado por el principio *at arm's length*, se inicia en el proceso de definición precisa de la transacción, a través de un análisis funcional focalizado en las funciones DEMPE como nexos de atracción de rentas, y finaliza con el instrumento de recaracterización, un recurso extraordinario y de *ultima ratio* que permite a las Administraciones tributarias ignorar y/o sustituir los acuerdos alcanzados en una operación cuando difieren de los que habrían adoptado empresas independientes que actuaran con racionalidad comercial.

La línea investigadora de esta tesis es descendente. Analiza la problemática de las operaciones intragrupo que involucran intangibles en el análisis de precios de transferencia comenzando por una perspectiva internacional, representada por las Directrices de la OCDE, atravesando una perspectiva supranacional, estudiando el impacto del Derecho de la UE y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE sobre la aplicación del principio *at arm's length* en las recaracterizaciones de operaciones que se producen en el mercado interior, y concluyendo en una perspectiva nacional, en la cual se estudia la naturaleza jurídica del régimen español en precios de transferencia y la práctica de la recaracterización por la Administración tributaria española.

En tal sentido, el autor concluye, principalmente, que el nuevo proceso de definición precisa de la operación a través de un análisis funcional -funciones, activos y riesgos- relacionado con intangibles se vertebra a través del principio de sustancia sobre la forma. Este permite realizar a las Administraciones tributarias ajustes transaccionales que en la era pre-BEPS debían practicarse a través del instrumento de la recaracterización. Asimismo, las DPT únicamente establecen un supuesto para la recaracterización: la irracionalidad comercial de la transacción. Se trata de un concepto jurídico indeterminado que provoca que cada Administración tributaria lo interprete de una manera diferente. En este sentido, se suele confundir la irracionalidad comercial con la teoría del propósito económico que siguen las teorías anti-abuso de los ordenamientos jurídico-tributarios. Este problema se detecta en la doctrina administrativa y jurisprudencia española, la cual ha recurrido a la aplicación de la

cláusula anti-abuso general -art. 15 Ley General Tributaria- para ignorar los efectos fiscales de una operación vinculada. Esta tesis doctoral defiende que la normativa española sobre precios de transferencia -art. 18 Ley del Impuesto sobre Sociedades y su regulación reglamentaria- adoptan la naturaleza de cláusula anti-abuso específica, cuyos apartados primero y décimo habilitan de manera genérica a la Administración tributaria española para realizar tanto ajustes valorativos como transaccionales, dentro de los parámetros *at arm's length*. No obstante, se trata de una norma anti-abuso específica que requiere de una mejora legislativa para conseguir un justo equilibrio entre los legítimos intereses de la Administración tributaria para realizar ajustes en precios de transferencia y la seguridad jurídica de los contribuyentes. Por ello, la tesis propone *de lege ferenda* una serie de cambios que mejoren el régimen español de precios de transferencia, como la incorporación de la distinción entre ajustes valorativos y transaccionales, la definición de los supuestos que dan lugar a la recharacterización y otros ajustes transaccionales ínsitos en el análisis funcional post-BEPS, y una clara y expresa atribución de la carga probatoria de la racionalidad comercial de la operación a la Administración tributaria.

En definitiva, esta tesis doctoral realiza un estudio holístico de una materia de reciente actualidad como es el análisis de comparabilidad en los precios de transferencia. Las operaciones intragrupo con intangibles se han incrementado gracias al desarrollo económico y la irrupción de la economía digital. En tal sentido, hay que racionalizar la lucha contra prácticas BEPS que se producen a través de los precios de transferencia para evitar distorsiones indeseadas en los modelos económicos de las empresas multinacionales.

## ABSTRACT

The aim of this doctoral thesis is the critical study of the comparability analysis that the OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations (OECD TPG) have configured for the so-called post-BEPS scenario in intragroup transactions involving intangible assets. The analysis, influenced by the at arm's length principle, begins in the process of accurate delineation of the transaction, through a functional analysis focused on the DEMPE functions as criteria for the attribution of income to tax jurisdictions, and ends with the recharacterization instrument, which is an extraordinary and *ultima ratio* tool that allows tax Administrations disregard and/or replace an accurately delineated transaction where the arrangements made in relation to the transaction differ from those that would have been entered into by independent parties behaving in a commercially rational manner.

The research line of this thesis is descending. It is analyzed the problem of related-party transactions involving intangibles in the transfer pricing analysis starting from an international approach, represented by the OECD TPG, going through a supranational approach, studying the impact of EU Law and the case law of the Court of Justice of the European Union on the application of the at arm's length principle in the recharacterization of intragroup transactions that take place in the internal market, and concluding in a national approach, in which the legal nature of the Spanish transfer pricing regime and the recharacterization power of the Spanish tax Administration is studied.

In this vein, the author concludes that the new process of accurate delineation of the transaction through a functional analysis -functions, assets and risks- related to intangibles is structured through the substance-over-form principle in order to discover the economic substance. This new process in the post-BEPS era allows tax Administrations to make transactional adjustments that in the pre-BEPS era should be made through the recharacterization instrument. Furthermore, the OECD TPG only establish a circumstance for recharacterization: the commercial irrationality of the transaction. It is an indeterminate legal concept that causes each tax Administration to interpret it in a different way. In this sense, commercial irrationality is often confused with the business purpose doctrine followed by some anti-abuse clauses of tax-legal systems. This problem is detected in the

Spanish administrative doctrine and case law, which has resorted to the application of the general anti-abuse rule -art. 15 General Tax Law- to non-recognize the tax effects of an intragroup transaction. This doctoral thesis proposes that the Spanish transfer pricing rules - art. 18 Corporate Income Tax Law and its regulation- adopt the nature of a specific anti-abuse rule, whose first and tenth sections enable the Spanish tax Administration to make both valuation and transactional adjustments, on an at arm's length basis. Notwithstanding, it is a specific anti-abuse rule that requires a legislative improvement to reach a fair balance between the legitimate interests of the tax Administration to make transfer pricing adjustments, if necessary, and the legal certainty of taxpayers. Hence, this thesis proposes *de lege ferenda* a series of changes to improve the Spanish transfer pricing regime, such as the addition of the distinction between value and transactional adjustments, the definition of the cases which lead to the recharacterization and other transactional adjustments within the post-BEPS functional analysis, and a clear and explicit attribution of the burden of the proof about the commercial rationality of the transaction to the tax Administration.

To sum up, this doctoral thesis conducts a holistic study of a topical subject: the comparability analysis in transfer pricing. Intragroup transactions with intangibles have increased thanks to economic development and the irruption of the digital economy. Thus, we must rationalize the fight against BEPS practices which occur in transfer pricing scenario to avoid unwanted distortions in the economic models of multinational enterprises.



## INTRODUCCIÓN

El Derecho Financiero y Tributario se estructura a través de multitud de fuentes que conforman la sustancia de nuestra disciplina. La inclusión de elementos de internacionalidad no hace más que ampliar el abanico hacia fuentes distintas de la legislación positiva con fuerza vinculante y de obligado cumplimiento. Es precisamente el factor internacional en la relación jurídico-tributaria el que precipita el surgimiento del Derecho Internacional Tributario<sup>1</sup>. De esas nuevas fuentes emanan normas jurídicas en ocasiones carentes, *a priori*, de naturaleza obligatoria calificadas como *soft law*, teniendo su razón de ser en el contexto de las Organizaciones Internacionales. El avance de nuestra ciencia, tanto en perspectiva nacional como internacional, ha de venir, como viene siendo habitual, del estudio holístico de todas esas fuentes, nacionales e internacionales, vinculantes y no vinculantes, de manera ordenada y sistemática ante el foco de un determinado instituto jurídico conectado con un problema emergente<sup>2</sup>, con proyección tanto a nivel doméstico como internacional.

---

<sup>1</sup> Entendemos por Derecho Tributario Internacional el conjunto de normas de Derecho tributario doméstico que contemplan hechos imposables con vocación y/o trascendencia transfronteriza. El término “internacional” no debe confundirse con el origen de la fuente de producción, la cual puede ser interna o por vía de convenio internacional entre Estados. (Cfr. SAINZ DE BUJANDA, F., “La interpretación, en Derecho español, de los tratados internacionales para evitar la doble imposición”, *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, núm. 38, 1960, p. 286, y VOGEL, K. y RUST, A., “Introduction”, en REIMER, E. y RUST, A. (Eds.), *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions*, 4ª ed., Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2015, p. 13). Por otra parte, por Derecho Internacional Tributario entendemos aquellas normas emanadas de una fuente de Derecho internacional que afecta al poder tributario de los Estados, como por ejemplo los Convenios para evitar la Doble Imposición o las disposiciones de Derecho primario y secundario sobre fiscalidad del Derecho de la UE. Esta distinción entre Derecho Tributario Internacional -normas internas- y Derecho Internacional Tributario -normas internacionales- suele ser habitual entre la doctrina. Sin embargo, existen voces discrepantes. A este respecto, como esgrime LÓPEZ ESPADAFOR, cada día tiene menos sentido mantenerla ya que las normas de fuente internacional, como los Convenios fiscales o las normas de Derecho de la UE se incorporan gracias a su primacía al ordenamiento tributario doméstico, tal y como prescribe el art. 96.1 de la Constitución Española. (Cfr. LÓPEZ ESPADAFOR, C.M., “La construcción del Derecho Internacional Tributario”, *Crónica Tributaria*, núm. 160, 2016, pp. 100- 102). Desde nuestro punto de vista esta matización es acertada, si se analiza el fenómeno desde el punto de vista del ordenamiento jurídico español, el cual reconoce el principio de primacía. Por ello, para mantener un criterio coherente a lo largo de esta tesis nos referiremos a “Derecho Internacional Tributario” como aquellas normas de origen internacional, tanto de derecho vinculante como mero *soft law*, que regulan aspectos transfronterizos de la fiscalidad. Por su parte, el término “Derecho Tributario Internacional” lo reservamos para referirnos al elenco de normas nacionales que regulen aspectos fiscales con vocación internacional. *Vid.* COLLADO YURRITA, M.A. y PATÓN GARCÍA, G., “Las fuentes del Derecho tributario internacional”, en CORRAL GUADAÑO, I., (Dir.), *Manual de Fiscalidad Internacional*, vol. I, 4ª ed., IEF, Madrid, 2016, pp. 80 y ss.

<sup>2</sup> Como señala HERRERA MOLINA al hilo del estudio del método científico del Derecho Financiero, “al intérprete corresponde reconstruir el mandato que éstos (los preceptos legales) encierran y la posición que ocupan en el sistema de institutos jurídicos ya descritos y analizados por la doctrina. Sólo de este modo podrán plantearse objetivos que hagan avanzar nuestra disciplina” [HERRERA MOLINA, P.M., “Metodología del Derecho Financiero y Tributario”, *Documentos de Trabajo del Instituto de Estudios Fiscales*, núm. 26, 2003,

Las reglas que conforman la fiscalidad internacional están sufriendo una actualización para adecuarlas a la lucha contra la erosión de bases imponibles y la deslocalización de rentas hacia jurisdicciones de baja o nula tributación -las llamadas prácticas BEPS-. La irrupción de la economía digital va a exacerbar más si cabe la importancia de los activos intangibles dentro de las cadenas de valor de las empresas multinacionales (EMNs). No obstante, ya se han observado en la última década modelos empresariales como el *IP holding*, -empresas tenedoras de la propiedad intangible del grupo-, el *licence model*, -la licencia del uso de intangibles a filiales operativas del grupo a cambio de un *royalty* que sirve como instrumento de trasvase de beneficios desde jurisdicciones de alta tributación a las de baja o nula-, o el empleo de *cash-boxes* -sociedades altamente capitalizadas domiciliadas en territorios de baja o nula tributación que financian el desarrollo de intangibles- que gracias a las reglas vigentes en aquel momento sobre precios de transferencia conseguían trasladar la tributación de los beneficios ligados al intangible a jurisdicciones más favorables para los intereses corporativos.

Uno de los principales problemas que se ha imputado a las reglas sobre precios de transferencia ha sido la falta de coherencia entre el lugar de tributación y el de verdadera creación de valor. Con la llegada del Plan BEPS<sup>3</sup> de la OCDE en 2013 se dedicaron las Acciones 8 a 10 a la actualización de las Directrices de la OCDE aplicables en materia de precios de transferencia a empresas multinacionales y administraciones tributarias<sup>4</sup> (DPT, en lo sucesivo) con el fin de reducir esa brecha. Las operaciones intragrupo que tienen por objeto intangibles son la mayor preocupación para las nuevas DPT y el enfoque post-BEPS que en ellas se contiene. Se realiza una modificación profunda del Capítulo VI, que unida a la del apartado D del Capítulo I, relativa a la aplicación del principio *at arm's length* (ALP), conjugan una nueva visión para este tipo de operaciones tan frecuentes en las que hay algún elemento inmaterial.

El estándar *at arm's length* (ALS) continúa siendo el referente para las DPT. Su mandato prescribe que las operaciones entre empresas asociadas sean valoradas conforme lo habrían sido si se hubieran realizado por empresas independientes en el libre mercado. Pese

---

p. 19, disponible en [http://www.ief.es/docs/destacados/publicaciones/documentos\\_trabajo/2003\\_26.pdf](http://www.ief.es/docs/destacados/publicaciones/documentos_trabajo/2003_26.pdf) (último acceso: 03.08.2018)].

<sup>3</sup> OCDE, *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing, París, 2013, disponible en <https://www.oecd.org/ctp/BEPSActionPlan.pdf> (último acceso: 15.09.2018).

<sup>4</sup> OCDE, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, OECD Publishing, París, 2017.

a las numerosas críticas que ha sufrido por ser el principal responsable de que las EMN construyan políticas de precios de transferencia que ocasionan prácticas BEPS, la OCDE no ha cuestionado a lo largo de la construcción del Plan BEPS su figura en favor de otros métodos de distribución formularia. Se puede afirmar que este principio clásico de la fiscalidad internacional sale reforzado, pero con una aplicación en lo que a las operaciones con intangibles atañe diferente de lo que sus postulados tradicionales defendían. Encontrar una operación comparable en el libre mercado que involucre un intangible con unas características parecidas al que está siendo objeto de análisis es tarea casi imposible. Ante esa realidad, el principio *at arm's length* obliga a hipotetizar sobre una ficción que serviría de parámetro para comprobar si la operación vinculada es o no respetuosa con su contenido.

El análisis de comparabilidad es imprescindible para cualquier análisis de precios de transferencia. El nuevo enfoque post-BEPS ha construido un nuevo análisis de comparabilidad que abarca desde el proceso de definición precisa de la operación hasta la posible recharacterización de la operación, en el caso de que esta procediera. La definición precisa de la operación se realiza a través de un análisis funcional que busca inexorablemente la sustancia económica. En lo que a operaciones con intangibles se refiere el análisis se realiza desde la perspectiva de las llamadas funciones DEMPE (desarrollo, mejora, mantenimiento, protección y explotación). Los beneficios son reasignados según el mandato *at arm's length* en función de donde se localicen las funciones, los activos y los riesgos relacionados.

El enfoque post-BEPS del análisis de comparabilidad proyecta numerosos desafíos para las Administraciones tributarias y los contribuyentes. Los ajustes que se produzcan al aplicar las DPT por parte de una jurisdicción van a ser en buena medida ajustes transaccionales, los cuales afectan a las condiciones y estructura de una operación. Cualquier reasignación de riesgos que se produzca en el ejercicio de definición precisa de la transacción, por ejemplo, supondrá un cambio en la estructura de la operación que, irrefutablemente, desembocará en un ajuste valorativo porque la reasignación del riesgo en otra sociedad del grupo propiciará que determinados beneficios sean atribuidos a esta nueva sociedad. Las nuevas DPT mantienen un único supuesto para la realización del ajuste transaccional más severo: la llamada recharacterización (*recharacterization, disregard* o *non-recognition*). Es el cierre del análisis de comparabilidad y es un recurso de *ultima ratio* al

que puede recurrir una Administración tributaria cuando la operación carezca de la racionalidad comercial que tendría la operación si la realizaran empresas independientes.

En todo este contexto confluyen tres planos jurídicos: el propio de la OCDE a través de las DPT, el de los ordenamientos jurídicos nacionales y el Derecho de la UE a través de la interpretación que del mismo realiza el Tribunal de Justicia de la UE. La mayoría de los ordenamientos nacionales, como por ejemplo el español, asumen la importancia de las DPT como un instrumento de *soft law* aplicable para interpretar las escuetas normativas domésticas. A su vez, el Derecho de la UE ha comenzado en los últimos años a tener incidencia en el fenómeno de los precios de transferencia y en lo que a la aplicación del principio *at arm's length* atañe. Toda relación comercial transfronteriza entre sociedades vinculadas radicadas en distintos Estados miembros no puede ser tratada de manera contraria a la libertad de establecimiento. Por lo tanto, las exigencias para practicar ajustes valorativos y/o transaccionales sobre las mismas han de cumplir los requisitos que la jurisprudencia ha ido confeccionando y que, indirectamente, construyen un enfoque propio para aplicar el *at arm's length* en el mercado interior.

De un modo transversal, la propia recaracterización produce desafíos para los ordenamientos domésticos. El ordenamiento tributario español da *a priori* suficiente cobertura para la realización de los ajustes transaccionales. No obstante, no existe unanimidad en la doctrina científica española sobre tal aspecto y, por lo tanto, su tenor literal debería ser objeto de una mejora por el legislador para ganar en mayor seguridad jurídica. La normativa española sobre precios de transferencia se configura como una norma específica anti-abuso, con una notable dependencia en el principio *at arm's length*. Los desafíos son numerosos porque pese a su naturaleza anti-abuso, la misma cuenta con particularidades como la reducción de la intensidad probatoria de la Administración o el recurso al concepto de irracionalidad comercial de las DPT que la dotan de una abstracción y generalidad poco deseada desde la óptica de las garantías de los contribuyentes.

Por lo tanto, es necesario analizar en profundidad el alcance del análisis de comparabilidad en el escenario post-BEPS para poder entender cómo van a interactuar los nuevos elementos que en él se han añadido con los ordenamientos tributarios domésticos. En este sentido, el principal ordenamiento que va a analizar esta tesis doctoral es el español. Para ello, será importante trazar una sistematización ordenada que diferencie nítidamente las fases del propio análisis de comparabilidad, desde la definición precisa de la operación hasta

el instrumento de la recharacterización por motivo de irracionalidad comercial. El tema de esta tesis se justifica, precisamente, en la novedad del nuevo escenario post-BEPS y en la necesidad de aportar a la literatura científica una visión novedosa de los problemas que a lo largo de la presente tesis se irán detectando, con las correspondientes soluciones que se estiman conveniente para cumplir un doble objetivo: en primer lugar, avanzar en la actualización del ALP pero sin caer en su desnaturalización para luchar contra prácticas BEPS y, en segundo lugar, alcanzar el mayor equilibrio posible entre los intereses de recaudación tributaria de las Haciendas públicas y los derechos y las garantías de los contribuyentes.

Con todo este contexto, la presente tesis doctoral tiene por objeto abordar el estudio de lo que hemos denominado el nuevo análisis de comparabilidad en precios de transferencia en el escenario post-BEPS, desde un punto de vista crítico en torno a la aplicación del ALP a lo largo del mismo. Este análisis pondrá de relieve tanto los aspectos positivos como los negativos del nuevo enfoque sustancialista que la OCDE ha adoptado para luchar contra estrategias de precios de transferencia que, utilizando activos intangibles, deslocalizan los beneficios, y en consecuencia su tributación, hacia territorios en los que no se ha realizado actividad de creación de valor alguna. El análisis se realiza desde un punto de vista internacional, a través de las DPT publicadas por la OCDE, hasta un punto de vista doméstico por medio del estudio del instrumento de la recharacterización en el régimen español sobre precios de transferencia. Incidentalmente, se acudirá al Derecho comparado sobre la materia, especialmente a las normativas domésticas sobre precios de transferencia de Australia, Canadá y Estados Unidos. El trabajo se completa con la correspondiente aportación de propuestas que, a nuestro juicio, depuren la resolución de algunos problemas en la aplicación del ALP a lo largo del análisis de comparabilidad y que mejoren el régimen tributario de los ajustes transaccionales en la normativa española.

Todo problema objeto de estudio en el ámbito jurídico-tributario requiere de una metodología jurídica que sirva de guía para trazar su exégesis. Por un lado, la tesis parte de una visión internacional en la cual se abordan las cuestiones y problemas de la definición precisa de la operación y la recharacterización por motivo de irracionalidad comercial, con la consecuente aplicación del ALP, para descender hacia una visión interna como es el modelo español de precios de transferencia. Con ello se persigue un estudio más profundo de los problemas que se detectan a nivel internacional que se plasman en normas de fuentes atípicas

una vez que estas normas interactúan con un sistema jurídico concreto. Máxime, si tenemos presente que las normas españolas sobre precios de transferencia son interpretadas ampliamente siguiendo estas internacionales carentes de eficacia jurídica vinculante. Por otro lado, la tesis examina transversalmente un elenco de normas de diferente fuente y naturaleza: normas de *soft law* de la OCDE, principalmente las DPT; normas de Derecho de la Unión Europea y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE respecto a los precios de transferencia y el principio *at arm's length*; y, finalmente, normas domésticas que regulan la materia a nivel interno, principalmente el Derecho tributario español, pero también otros ordenamientos de Derecho comparado y resoluciones judiciales internacionales que han tenido un gran impacto para la temática de esta tesis.

La investigación se ha estructurado a través de cuatro capítulos. En primer lugar, se realizará una aproximación general a los aspectos terminológicos que guardan relación directa con el objeto de la tesis. Este ejercicio es imprescindible para dotar de homogeneidad a toda la tesis cuando se mencionen términos como “precios de transferencia” o “activos intangibles”. De igual manera, toda investigación debe partir de los problemas que se detectan *prima facie*. Por ello, el primer capítulo aborda los retos que se detectan en el análisis de precios de transferencia de la era post-BEPS.

En segundo término, se procederá al estudio del que se ha denominado ejercicio de definición precisa de las operaciones vinculadas. Este segundo capítulo tiene un carácter interdisciplinar, ya que se apoya en ocasiones en aspectos de las ciencias empresariales y no sólo en elementos jurídicos. Este ejercicio de definición precisa, incrustado en el general análisis de comparabilidad, se articula a través de un nuevo análisis funcional desde la perspectiva de las funciones DEMPE para los casos de operaciones intragrupo con intangibles. En él se estudiarán los marcos analíticos troncal y complementario para operaciones con intangibles que han diseñado, a nuestro juicio, las nuevas DPT de la era post-BEPS. Para clarificar el nuevo enfoque y la aplicación del ALP se ha procedido a confeccionar dos supuestos prácticos con una casuística habitual en la actualidad.

Una vez aclarado el ejercicio de definición precisa y vertidas las correspondientes conclusiones, el tercer capítulo analiza de lleno el instrumento de la recharacterización de operaciones intragrupo (ignorancia y/o sustitución). El estudio parte de las diferencias que han existido entre tres escenarios: el plano pre-BEPS (DPT de 2010), el plano de desarrollo del Plan BEPS y el actual escenario post-BEPS (DPT 2017). En este capítulo se conecta el

alcance del motivo de irracionalidad comercial, como causa única para la recharacterización *ex párr. 1.122 y ss. DPT*, con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE sobre los motivos económicos válidos o la justificación comercial en casos que han afectado, principal o incidentalmente, a normativas de Estados miembros sobre precios de transferencia.

Por último, el cuarto capítulo se centra exclusivamente en el Derecho tributario español. En él se pretende analizar la figura de la recharacterización a través de la normativa interna sobre la materia. Se recurrirá al estudio de la jurisprudencia más reseñable en la materia de estudio y se realizarán las correspondientes conclusiones sobre la verdadera naturaleza del régimen español de precios de transferencia. Asimismo, la tesis planteará una serie de propuestas *de lege ferenda* para racionalizar la regulación doméstica con el fin de garantizar un correcto equilibrio entre los intereses de la Hacienda pública por recaudar aquellas rentas que surgen en territorio español y la necesaria garantía jurídica para los contribuyentes.

## CAPÍTULO I

### PRECIOS DE TRANSFERENCIA Y ACTIVOS INTANGIBLES: APROXIMACIÓN CONCEPTUAL E IDENTIFICACIÓN DE PROBLEMAS

#### 1. PLANTEAMIENTO

Los precios de transferencia o *transfer pricing* son objeto de preocupación para las Haciendas públicas. Pueden ser de muy diversa naturaleza las operaciones que se producen dentro de un grupo multinacional, como operaciones de financiación, de prestación de servicios o reestructuraciones de funciones, activos o riesgos. Sin embargo, desde la eclosión del Plan BEPS en el seno de la OCDE parece que el foco se ha ubicado con mayor vehemencia sobre las transacciones intragrupo en las que existen activos intangibles.

Las características de estos activos junto a la galopante expansión de la economía digital están favoreciendo que la preocupación sobre estas operaciones se acreciente. Los intangibles son grandes generadores de riqueza, no sólo en última instancia en el momento en que son utilizados en los productos o servicios que se ofrecen a los clientes, sino a lo largo de toda la cadena empresarial, desde la función de creación a través de complejas inversiones en I+D hasta las actividades de comercialización y marketing para su explotación en el mercado. En toda esa franja se producen interacciones comerciales entre las empresas de un mismo grupo que adquieren relevancia para el Derecho tributario.

La utilización de estrategias de precios de transferencia para utilizar los activos intangibles del grupo multinacional como herramientas BEPS ha obligado a actualizar las DPT en esta materia, como puede verse en el Capítulo VI de este documento de *soft law*. El objeto de esta tesis es el análisis crítico del nuevo análisis de comparabilidad para operaciones vinculadas con activos intangibles. En toda investigación de índole jurídico-tributaria, antes de abordar los problemas y ofrecer las correspondientes soluciones o propuestas hay que acotar una serie de conceptos y señalar las hipótesis de partida.

En virtud de todo ello, este capítulo tiene como objetivo asentar los conceptos sobre aspectos nucleares de la tesis que serán la columna vertebral de esta tesis. Se ofrecerán los conceptos de “precios de transferencia” y “activos intangibles” y, finalmente, se definirán

los desafíos que las operaciones intragrupo con activos intangibles producen sobre el análisis de precios de transferencia.

## 2. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA

Los precios de transferencia pueden ser definidos de forma amplia como los precios de las operaciones comerciales transfronterizas que tienen por objeto la transmisión de activos o la prestación de servicios entre empresas asociadas<sup>5</sup>. El precio de transferencia de una operación vinculada (*controlled transaction*) determina, por tanto, el ingreso de la entidad acreedora del pago a efectos contables, lo que posteriormente se traducirá en un reflejo en la base imponible del impuesto sobre beneficios empresariales del país de residencia de dicha entidad asociada. Dado que la operación comercial se realiza entre empresas asociadas las fuerzas del mercado brillan por su ausencia, con lo cual, el precio fijado responde más bien a un pacto *ex profeso* que a un precio que, a tenor de las tensiones de la oferta y la demanda, alcanzarían partes independientes en el libre mercado<sup>6</sup>. Las jurisdicciones nacionales e internacionales pronto acusaron la necesidad de legislar sobre este tipo de operaciones vinculadas con la pretensión de atajar el empleo, correcto o abusivo, de estos mecanismos para deslocalizar ingresos hacia otras jurisdicciones fiscales con sistemas impositivos más beneficiosos. De esta manera, las reglas y la doctrina administrativa atinentes a los precios de transferencia tienen una delimitación ontológica bifronte. Por una parte, desde un punto de vista cuantitativo, como punto de equilibrio en el reparto de la potestad tributaria de las rentas originadas en actividades transnacionales; jugando un papel armonizador entre dos circunstancias confluyentes: la actividad económica transnacional y la existencia de Haciendas públicas nacionales<sup>7</sup>. Y, por otra parte, como mecanismo de racionalización de conductas abusivas que pretenden trasladar transfronterizamente beneficios imponibles.

El fenómeno de la globalización, entre otros aspectos, propicia que las EMNs, radicadas mayoritariamente en países desarrollados, expandan su negocio por el mundo.

---

<sup>5</sup> Cfr. JOHNSON, M., RADZIEWICZ, J. y SINGH, U., “Overview/best practices”, en HEIMERT, A.M., MICHAELSON, T.J. y DUFF & PHELPS (Eds.), *Guide to international transfer pricing. Law, tax planning and compliance strategies*, 6ª ed., Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2016, p. 3.

<sup>6</sup> Cfr. LEVEY, M.M., WRAPPE, S.C. y CHUNG, K., *Transfer pricing rules and compliance handbook*, CCH, Chicago, 2006, p. 1.

<sup>7</sup> Cfr. GONZÁLEZ CARCEDO, J., “Los precios de transferencia en el derecho comparado: Europea y América Latina”, en CORDÓN EZQUERRO, T. (Dir.), *Fiscalidad de los precios de transferencia (operaciones vinculadas)*, 2ª ed., CEF, Madrid, 2016, p. 194.

Según últimas estadísticas, las 100 primeras EMNs del Índice de Transnacionalización de la *United Nations Conference on Trade and Development* tienen, como media, más de 500 filiales repartidas en 50 jurisdicciones fiscales con estructuras de propiedad complejas que llegan, en algunos casos, hasta el séptimo nivel. Resulta, a la par, llamativo el dato de que pese a que menos del 1% de las EMNs tienen más de 100 filiales en total, dichas filiales representan el 30% de todas las filiales extranjeras y en torno al 60% del valor añadido de las EMNs a nivel mundial<sup>8</sup>. A mayor abundamiento, casi el 70% del comercio mundial transfronterizo se lleva a cabo en el seno de empresas asociadas<sup>9</sup>. La irrupción de nuevos modelos de negocio derivados de la economía digital, por su parte, va a estimular más el crecimiento de ese porcentaje gracias a las facilidades y desmaterialización de las prestaciones de servicios que pueden realizarse dentro de las EMNs aprovechando herramientas digitales (p. ej. almacenaje virtual de datos, servicios de consultoría *online*, servicios relacionados con el *cloud computing*, etc.)<sup>10</sup>. Siguiendo los postulados de la doctrina económica de la teoría de la internalización<sup>11</sup>, las empresas buscan eficientemente un ahorro de costes que resulta más complicado de lograr debido a las imperfecciones exógenas de los mercados. Cuanto más específico sea el objeto de la transacción, como por ejemplo un determinado activo intangible de características únicas, mayores serán los costes

---

<sup>8</sup> UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT, *World investment report 2016*, United Nations Publications, Ginebra, 2016, pp. 135-136, disponible en [http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2016\\_en.pdf](http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2016_en.pdf) (último acceso: 13.12.2016).

<sup>9</sup> Cfr. HAMAEEKERS, H.M.A., “Arm’s length – How long?”, *International Transfer Pricing Journal*, vol. 8, núm. 2, 2001, p. 30. Un análisis estadístico fragmentado en sectores de actividad económica en diversos países de la OCDE puede verse en RANZ, L. y MIROUDOT, S., “Intra-firm trade. Patterns, determinants and policy implications”, *OECD Trade Policy Papers*, núm. 114, disponible en <http://www.oecd-ilibrary.org/docserver/download/5kg9p39lrwnn-en.pdf?expires=1481618944&id=id&accname=guest&checksum=0C9BAC83B35F7D324182BCB5ADFA50B1> (último acceso: 13.12.2016). Las estadísticas muestran en dicho estudio que es más común el comercio transfronterizo en el seno de EMNs con presencia en países de la OCDE que otras radicadas en países emergentes.

<sup>10</sup> Como señala CUERVO GARCÍA, las tecnologías de la información y la comunicación propician que se diluya el requisito de fijeza y espacio en los procesos productivos. Las empresas emergentes están ligándose a *start-ups*, aprovechando las tecnologías para su emprendimiento y montaje, a los espacios de I+D+i, y a los *clusters*. En el caso de los *clusters*, su fenomenología se observa frecuentemente en EMNs ligadas a productos específicos y de alto valor por su especificidad y singularidad en el mercado como, por ejemplo, el sector electrónico o de la automoción. Consiste en la localización de ciertas filiales que realizan actividades industriales complementarias y cohesionadas entre sí en una misma localización geográfica, consolidándose de esta manera la cadena de valor y la integración en dicha estructura. Cfr. CUERVO GARCÍA, A., “La internacionalización de la empresa”, en VELARDE FUERTES, J. y SERRANO SANZ, J.M. (Eds.), *La economía*, Editorial Biblioteca Nueva, Madrid, 2008, pp. 534-535.

<sup>11</sup> Una exégesis sobre esta teoría puede consultarse en las siguientes obras: BOSS, M., *International transfer pricing: the valuation of intangible assets*, Kluwer Law International, La Haya, 2003, pp. 27-30; BUCKLEY, P.J. y CASSON, M., *The future of the multinational enterprise*, Mcmillan, Londres, 1976; EDEN, L., “The microeconomics of transfer pricing”, en RUGMAN, A.M. y EDEN, L. (Eds.), *Multinationals and transfer pricing*, Croom Helm, Londres, 1985, pp. 13-46; RUGMAN, A.M., *Inside the multinationals – The economics of internal market*, Croom Helm, Londres, 1981, y TEECE, D.J., “The multinational enterprise: market failure and market power considerations”, *Sloan Management Review*, vol. 22, núm. 3, 1981.

de esta transacción en el mercado. Por ello, las empresas crean una red de filiales para que éstas realicen dichas actividades a las empresas del grupo, lográndose esquemas de integración vertical u horizontal en la cadena de valor<sup>12</sup>.

Como puede colegirse, los precios de transferencia encuentran su hábitat natural en el seno de las operaciones vinculadas. El régimen jurídico-tributario en Derecho comparado de las operaciones vinculadas y los precios de transferencia suele regular conjuntamente ambos puntos, dada su natural interrelación. Tal y como señala ESTEVE PARDO<sup>13</sup>, que la operación tenga una *societatis causa* es el factor decisivo para poder proyectar el análisis de precios de transferencia. La deslocalización de actividades al extranjero (*offshoring*) a través de empresas asociadas al grupo multinacional implicará que las conexiones entre los productos, materias primas, las actividades y las distintas fases en las que se ordena la cadena de valor hagan necesario una interacción comercial entre las entidades de la EMN<sup>14</sup>, originándose precios de transferencia que deberán respetar los postulados legales y reglamentarios aplicables<sup>15</sup>.

## 2.1. Antecedentes históricos

Los primeros gérmenes de la globalización de la actividad económica datan del periodo comprendido entre las dos últimas décadas del siglo XIX y el estallido de la I Guerra Mundial en el siglo XX. Dos países con economías potentes como Estados Unidos y Reino Unido fueron sede de las primeras compañías multinacionales con descentralización de su

---

<sup>12</sup> Un ejemplo típico de integración horizontal se vislumbra cuando una empresa que pretende introducir sus productos en otros países se sirve de filiales locales para dichos mercados. Por su parte, un ejemplo de integración vertical se produce cuando la misma empresa se sirve de filiales, ordenadas jerárquicamente y con repercusión en la cadena de valor, para la investigación y desarrollo, fabricación, distribución y comercialización final de un producto. En ambos modelos puede observarse la internalización de las actividades en contraste con la externalización y la necesidad de buscar empresas independientes.

<sup>13</sup> ESTEVE PARDO, M.L., *Fiscalidad de las operaciones entre sociedades vinculadas y distribuciones encubiertas de beneficios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 55-56.

<sup>14</sup> Las relaciones comerciales societarias pueden ser de dos clases: intra-societarias o inter-societarias. En el primer caso la transacción se realiza entre diferentes partes de una misma empresa (p. ej. la casa central y un EP, o entre diversos EP de una misma empresa), mientras que en el segundo supuesto la operación comercial se realiza entre dos personas jurídicas distintas pero asociadas trasunto de la participación de una sobre la otra (p. ej. la matriz y sus filiales, o las filiales del grupo entre sí). Cfr. GARCÍA PRATS, F.A., “Los precios de transferencia: su tratamiento tributario desde una perspectiva europea”, *Documentos de Trabajo del Instituto de Estudios Fiscales*, núm. 9, 2005, p. 7, disponible en [http://www.ief.es/docs/destacados/publicaciones/documentos\\_trabajo/2005\\_09.pdf](http://www.ief.es/docs/destacados/publicaciones/documentos_trabajo/2005_09.pdf) (último acceso: 03.08.2018).

<sup>15</sup> Es evidente que las empresas matrices con proyección económica nacional también pueden deslocalizar sus actividades económicas en sociedades filiales domiciliadas en el mismo país que la matriz, originándose también el fenómeno de los precios de transferencia. Nuestra perspectiva de estudio va a ser internacional, auspiciada por las EMNs, la cual, en buena medida se ha servido de normas jurídicas (vinculantes o no) que han influenciado notablemente las normas sobre operaciones vinculadas domésticas.

cadena de valor. Establecido el marco empresarial desagregado no habrían de tardar en aparecer los retos a los sistemas fiscales que los precios de transferencia originaban. Tampoco se demoraron las primeras legislaciones para contrarrestar un problema de distribución inequitativa de bases imponibles auspiciada por la manipulación de dichos precios.

Estados Unidos y Reino Unido fueron las primeras jurisdicciones en establecer normas relativas a los precios de transferencia y operaciones vinculadas. Concretamente, Reino Unido fue el primero en hacerlo en 1915, a través de la *Finance Act* de 1915, mientras que Estados Unidos lo hizo en 1917, mediante la *Regulation n° 41* de la *War Revenue Act*. No obstante, es objetivamente indudable el rigor de la normativa sobre precios de transferencia estadounidense desarrollada posteriormente que ha influenciado, notablemente, la creación de los estándares en fiscalidad internacional de operaciones vinculadas<sup>16</sup>. La legislación británica permitía someter a imposición las rentas obtenidas por entidades no residentes (matrices) dimanadas de una operación comercial con una sociedad residente (filiales británicas), cuya valoración fuera inferior a los beneficios esperados<sup>17</sup> como consecuencia de una conexión o control sustancial de la no residente sobre la británica. En esos casos, la sociedad no residente era considerada un agente de la residente a efectos de encontrar un nexo de sujeción fiscal. En lo que atañe a la normativa estadounidense, la norma autorizaba al *Commissioner* del *Internal Revenue Service* (IRS) a consolidar fiscalmente los beneficios de las sociedades no residentes asociadas, según el concepto autónomo de vinculación que se establecía en dicha regulación, para así determinar, de manera más justa, el capital invertido o la base imponible verdadera del grupo societario<sup>18</sup>. Con la *Revenue Act* de 1921, se depura el objetivo de dicha facultad administrativa para lograr una “adecuada distribución o reparto de plusvalías, beneficios, rentas, deducciones o capital entre empresas vinculadas”, manteniéndose, en su esencia, sin alteraciones en las posteriores versiones hasta la actual sección 482 del *Internal Revenue Code* y su Reglamento 1.482<sup>19</sup>. Estas normativas surgen con tintes de prevenir prácticas abusivas inter-societarias

---

<sup>16</sup> Cfr. GONZÁLEZ DE FRUTOS, U., “La experiencia norteamericana en los precios de transferencia”, en CORDÓN EZQUERRO, T. (Dir.), *Fiscalidad de los precios de transferencia (operaciones vinculadas)*, 2ª ed., CEF, Madrid, 2016, pp. 100-101.

<sup>17</sup> El tenor literal de la Ley se refiere a “*either no profits or less than ordinary profits expected from the business*”.

<sup>18</sup> En 1918, la *General Rule 7*, de la *Income Tax Act* de Reino Unido estableció una cláusula similar.

<sup>19</sup> Sobre un análisis de la evolución de la normativa sobre precios de transferencia en EEUU, *vid.* AVIYONAH, R.S. “The rise and fall of arm’s length: a study in the evolution of U.S. international taxation”, *Virginia Tax Review*, vol. 15, núm. 1, 1995, disponible en: <http://heinonline.org/> (último acceso: 11.11.2016); GONZÁLEZ DE FRUTOS, U., *op. cit.*, pp. 102-123; RODRÍGUEZ LOSADA, S., *Régimen jurídico tributario*

y destaca su parecido con lo que años más tarde serían las normas sobre transparencia fiscal internacional (*controlled foreign corporation*)<sup>20</sup>.

Las legislaciones sobre precios de transferencia pronto necesitaron un criterio para valorar cuándo un determinado precio era aceptable o no desde la óptica tributaria. Surge así el llamado ALS<sup>21</sup> a partir de 1933. En el seno del Comité Fiscal de la Sociedad de las Naciones (SdN) se publica el Informe Carroll, cuyo propósito es concretar un sistema de distribución o imputación de los beneficios empresariales que satisfaga justamente las necesidades de las Administraciones fiscales implicadas en la operación vinculada internacional<sup>22</sup>. Dicho Informe concluyó que tanto las operaciones intra-societarias como inter-societarias deben ser analizadas desde una ficción jurídica de partes independientes (*separate accounting approach*), siendo por tanto factible un ajuste o corrección en el precio por parte de la Administración tributaria si éste se desmarca del ALS<sup>23</sup>. Es decir, el *quantum* de la operación comercial entre entidades asociadas debe estar dentro de los parámetros que terceras empresas independientes establecerían entre sí.

La primera regulación positiva del ALS no llegaría hasta 1935 en el ordenamiento jurídico estadounidense. La *Service Regulation under Section 45 of the Code* abrió el camino de la comparación de la operación vinculada con operaciones independientes en el

---

*de los rendimientos derivados de bienes intangibles. Aspectos internacionales*, Tesis doctoral inédita, Universidad Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2011, pp. 697-702; y, WITTENDORFF, J., *Transfer pricing and the arm's length principle in International Tax Law*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2010, pp. 23-82.

<sup>20</sup> Cfr. PAGAN, J.C. y WILKIE, J.S., *Transfer pricing strategy in a global economy*, IBFD Publications, Ámsterdam, 1993, p. 17. La aplicación efectiva de estas primeras regulaciones sobre precios de transferencia fue muy reducida dada la concatenación de conflictos bélicos. No sería hasta los años 60 cuando, acompañado por el progreso socioeconómico, estas normas fueron cogiendo volumen hasta nuestro presente.

<sup>21</sup> Esta expresión se ha traducido por la literatura jurídica española como “principio de plena competencia/concurrencia”. No obstante, usaremos su terminología anglosajona original que se ha convertido en un término casi universal en fiscalidad internacional.

<sup>22</sup> Se le otorgó el nombre de Informe Carroll (originalmente titulado *Taxation of Foreign and National Enterprises*) por ser este abogado del Departamento del Tesoro estadounidense, Mitchell B. Carroll, a quien se le encargó por parte del Comité Fiscal de la SdN un estudio sobre las normas internas relativas a la distribución de beneficios. Carroll examinó un total de 35 jurisdicciones fiscales y detectó que existían tres métodos para el reparto de rentas: 1) método de contabilidad separada (*method of separate accounting*); 2) métodos empíricos basados en la comparación (*empirical methods*); 3) método de reparto formulario, proporcional o de cifra relativa (*method of fractional apportionment*). Dicho análisis puede verse en el volumen IV bajo el título “*Methods of allocating taxable income*”.

<sup>23</sup> Si con la fijación de precios de transferencia alejados del ALS subyace una distracción de beneficios empresariales hacia otras partes de la EMNs, la Administración tributaria afectada tiene derecho a realizar un ajuste del mismo gracias al principio *at arm's length*. Cfr. WITTENDORFF, J. “The transactional ghost of Article 9(1) of the OECD Model”, *Bulletin for International Taxation*, vol. 63, núm. 3, 2009, p. 108.

mercado<sup>24</sup>. Posteriormente, Reino Unido en 1951, añadiría el estándar “*dealing at arm’s length*” a su legislación<sup>25</sup>.

Desde el punto de vista del Derecho Internacional Tributario, el *Draft Convention on the allocation of profits* de 1933 de la SdN incluyó el ALS como el mejor método para repartir la potestad tributaria de los Estados sobre beneficios empresariales dimanados de operaciones entre casa central y establecimientos permanentes (EP) y matriz con filiales o filiales entre sí<sup>26</sup>. El primer Convenio de Doble Imposición (CDI) en incluir tal estándar fue el de Estados Unidos y Francia de 1932 influenciado por el estudio sobre el ALS que se estaba realizando en el Informe Carroll. Desde el Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y el Patrimonio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (MC OCDE) de 1963 hasta la actualidad, dicho parámetro está inserto en el art. 9 del vigente MC OCDE. Por su parte, desde el primer Modelo de Convenio sobre doble tributación de la Organización de Naciones Unidas (MC ONU) de 1979 se reproduce en su totalidad el apartado primero del art. 9 en el que se contiene dicho principio. Además, su influencia sobre los CDI suscritos con posterioridad se percibe en sus arts. 9, actuando como criterio de asignación de rentas entre las jurisdicciones firmantes en el caso de operaciones entre partes asociadas.

## 2.2. El artículo 9 de los Convenios de Doble Imposición

El elenco de fuentes reguladoras de los precios de transferencia destaca por su policentrismo y abigarramiento. Su interconexión resulta complicada, máxime cuando se trata del llamado *soft law*, como por ejemplo las Directrices de la OCDE aplicables en materia de precios de transferencia a empresas multinacionales y administraciones

---

<sup>24</sup> Cfr. HAMAEEKERS, H.M., “Arm’s length – How long?”, *International Transfer Pricing Journal*, vol. 8, núm. 2, 2001, p. 32. Esta *Regulation* sigue estando vigente en el presente bajo la sección 482 del *Internal Revenue Code*. A continuación extractamos los matices destacables de dicha regulación. “*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 standard to be applied in every case is that of an uncontrolled taxpayer dealing at arm’s length with another uncontrolled taxpayer*”.

<sup>25</sup> Cfr. KOOMEN, M., “Transfer pricing in a BEPS era: rethinking the arm’s length principle-Part I”, *International Transfer Pricing Journal*, vol. 22, núm. 4, 2015, p. 147. Concretamente el ALS se insertó en la *Section 37, subsection (2)*: “*a property is sold at a price less than the price which it might have been expected to fetch if the parties to the transaction were independent persons dealing at arm’s length...*”.

<sup>26</sup> Arts. 3 y 5 respectivamente. Cfr. LEAGUE OF NATIONS FISCAL COMMITTEE, *Report to the Council on the fourth session of the Committee*. C.399.M.204.1933.II.A., Ginebra, 1933. Los siguientes proyectos de Convenio emitidos por el Comité Fiscal de la SdN siguieron manteniendo el ALS como puede observarse en los Modelos de México (1943) y Londres (1946).

tributarias<sup>27</sup>, el Manual Práctico de precios de transferencia para países en desarrollo de la ONU<sup>28</sup> o las resoluciones emanadas del Foro Conjunto sobre Precios de Transferencia de la Unión Europea (EUJTPF)<sup>29</sup>. Su encaje en el sistema de fuentes institucionalizado de los Estados resulta una ficción, en tanto que no son normas positivas y vinculantes, pero dada su importancia y prestigio para la aplicación de las normativas internas sobre operaciones vinculadas, los ordenamientos internos, así como los operadores jurídicos oficiales, las utilizan como verdaderos patrones básicos que conducen su interpretación y aplicación<sup>30</sup>. La matriz de todas esas regulaciones se halla en el art. 9 del MC OCDE, el cual recoge la combinación del enfoque de empresa independiente (*separate entity approach*) y el análisis *at arm's length*. Su primer apartado reza lo siguiente:

“Cuando 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 b) unas 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 del otro Estado contratante, y, en uno y otro caso, las dos empresas estén, en sus relaciones comerciales o financieras, unidas por condiciones aceptadas o impuestas que difieran de las que serían acordadas por empresas independientes, los beneficios que habrían sido obtenidos por una de las empresas de no existir dichas condiciones, y que de hecho no se han realizado a causa de las mismas,

---

<sup>27</sup> Las nuevas DPT han incorporado literalmente el contenido de los informes finales de las Acciones 8-10 y 13 del Plan BEPS de la OCDE de octubre 2015, tal y como se aprobó mediante Recomendación del Consejo de la OCDE sobre medidas de erosión de bases imponibles y traslado de beneficios relacionadas con precios de transferencia, C(2016)79, de 23 de mayo de 2016.

<sup>28</sup> ONU, *Practical Manual on transfer pricing for developing countries*, United Nations, Nueva York, 2017, disponible en <http://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2017/04/Manual-TP-2017.pdf> (último acceso: 07.11.2017). El 10 de abril de 2017, el Comité de expertos en cooperación internacional en asuntos fiscales, procedió a su actualización en consonancia con las nuevas aproximaciones que el Proyecto BEPS ha insuflado a las DPT de la OCDE, si bien desde una perspectiva garantista para los países en vías de desarrollo.

<sup>29</sup> El *European Joint Transfer Pricing Forum* fue creado en 2002. Está compuesto por expertos de los Estados Miembros, la Comisión y representantes del mundo empresarial. Su actividad se sustenta en las DPT y tiene como objetivo propiciar la aplicación homogénea del derecho relativo a los precios de transferencia en los países de la UE. Entre su labor normativa destaca el carácter de *soft law* de todas sus resoluciones, pero, sin embargo, de gran valor para muchas Administraciones tributarias europeas y contribuyentes. Sus principales documentos son el Código de Conducta para la efectiva aplicación del convenio de Arbitraje (90/436/CEE) y el Código de Conducta relativo a la documentación en materia de precios de transferencia entre empresas asociadas en la UE, así como diversos Informes y publicaciones. Toda su actividad puede monitorizarse a través de [http://ec.europa.eu/taxation\\_customs/business/company-tax/transfer-pricing-eu-context/joint-transfer-pricing-forum\\_en](http://ec.europa.eu/taxation_customs/business/company-tax/transfer-pricing-eu-context/joint-transfer-pricing-forum_en) (último acceso: 16.12.2016).

<sup>30</sup> Cfr. CALDERÓN CARRERO, J.M., “The OECD Transfer Pricing Guidelines as a source of tax law: is globalization reaching the tax law?”, *Intertax*, vol. 35, núm. 1, 2007, pp. 10-12. Las DPT, a pesar de ser una Recomendación del Consejo de la OCDE y carecer de efectos vinculantes, aglutinan el consenso internacional sobre el principio *at arm's length*, siendo una extensión de los Comentarios al art. 9 MC OCDE y, por tanto, “contexto” a los efectos de la interpretación del CDI, según el art. 3.2 MC OCDE.

podrán incluirse en los beneficios de esa empresa y someterse a imposición en consecuencia.”

Su influencia en el contexto convencional, bilateral y multilateral, es hegemónica<sup>31</sup>. Alejándose de lo habitual del articulado mayoritario de los CDI, este artículo no es una *distributive rule* o norma de reparto de la potestad tributaria entre los Estados contratantes tal y como se articula expresa y normalmente para otras rentas en el MC OCDE; si no que procede al reparto de los beneficios empresariales, y en consecuencia a su tributación en el Estado de residencia de la entidad asociada a la que se le realiza la regularización fiscal, en caso de vulneración del ALS. Ni siquiera compartió el objetivo de eliminación de la doble imposición internacional de todo CDI hasta 1977, fecha en la que se incluyó el apartado segundo<sup>32</sup>. De forma homogénea el ALS está presente en todo el cuerpo literal del art. 9.1 MC OCDE. Sin embargo, si procediésemos con precisión quirúrgica, la raíz del ALS se haya en el inciso “unidas por condiciones aceptadas o impuestas que difieran de las que serían acordadas por empresas independientes”.

La naturaleza jurídica es la de un parámetro para la asignación interjurisdiccional correcta y justa de rentas de origen empresarial transnacional de acuerdo al ALS<sup>33</sup>. Paralelamente, dicho precepto ofrece cobertura convencional a las Administraciones para proceder a realizar el ajuste primario en la contabilidad de las empresas bajo los límites del principio *at arm's length*. De esta manera, el ajuste está limitado hasta aquel precio (valor de mercado) que empresas independientes hubieran acordado, constituyendo un ejercicio arbitrario una regularización que se extralimite. El objetivo del art. 9 MC OCDE es dual. Por

---

<sup>31</sup> En el ámbito multilateral puede observarse en el Convenio multilateral de la Comunidad Andina de Naciones (art. 7), en el Convenio multilateral de doble imposición del Consejo Nórdico (art. 9) y en el Convenio multilateral para evitar la doble imposición de los países de la Comunidad del Caribe (CARICOM) (art. 10).

<sup>32</sup> Art. 9.2 MC OCDE: “Cuando un Estado contratante incluya en los beneficios de una empresa de ese Estado -y, en consecuencia, grave- los de una empresa del otro Estado que ya hayan sido gravados por este segundo Estado, y estos beneficios así incluidos son los que habrían sido realizados por la empresa del Estado mencionado en primer lugar si las condiciones convenidas entre las dos empresas hubieran sido las acordadas entre empresas independientes, ese otro Estado practicará el ajuste correspondiente de la cuantía del impuesto que ha percibido sobre esos beneficios. Para determinar dicho ajuste se tendrán en cuenta las demás disposiciones del presente Convenio y las autoridades competentes de los Estados contratantes se consultarán en caso necesario”. Este apartado recoge el llamado ajuste correspondiente o correlativo que debe practicar la Administración tributaria del otro Estado contratante con el objetivo de eliminar la doble imposición de tipo económico. Excepcionalmente, este apartado previene la doble imposición de índole económica, a diferencia de la tónica habitual en los CDI que es eliminar la doble imposición de tipo jurídico. Sobre la distinción entre doble imposición internacional jurídica y económica, *vid.* por todos CALDERÓN CARRERO, J.M., *La doble imposición internacional y los métodos para su eliminación*, McGraw Hill, Madrid, 1997, pp. 90-120.

<sup>33</sup> Cfr. GARCÍA PRATS, F.A., “Las operaciones vinculadas y los precios de transferencia: la aplicación del principio de libre competencia. Valoración a valor de mercado”, en CORDÓN EZQUERRO, T. (Dir.), *Fiscalidad de los precios de transferencia (operaciones vinculadas)*, 2ª ed., CEF, Madrid, 2016, pp. 25-26.

un lado, la distribución equitativa de la renta entre las jurisdicciones fiscales contratantes con arreglo a un mandato imperativo de valoración conforme al ALS, habilitando la potestad administrativa de regularizar el precio de la operación vinculada cuando se incumpla este. Y, por otro lado, desde 1977, la eliminación de la doble imposición económica ocasionada por la corrección de los beneficios entre empresas asociadas. El precepto no ha sido confeccionado por la OCDE como una norma anti-abuso, sino para corregir aquellas distorsiones en la valoración o reparto de beneficios intragrupo con respecto al principio *at arm's length*. Cuestión distinta será que los regímenes domésticos sobre precios de transferencia se doten de esa finalidad anti-elusoria al configurarse como normas anti-abuso específicas. Desde nuestro punto de vista el art. 9.1 MC OCDE es una norma de valoración imperativa cuyo objetivo es asegurar un correcto reparto interjurisdiccional de rentas originadas en operaciones intragrupo transfronterizas. Carece de facultad recalificadora alguna, como suele ser característico en las normas anti-abuso. Sin embargo, al actuar como norma de reparto interjurisdiccional de beneficios puede actuar latentemente como herramienta para mitigar escenarios de erosión de bases imponibles y traslado artificial de beneficios a jurisdicciones de menor o nula tributación. Que esto suceda no le otorga, en nuestra modesta opinión, una finalidad anti-abuso *per se*, sino que es un efecto fruto de su finalidad principal como la mencionada valoración imperativa *at arm's length*, impidiendo que afloren situaciones de doble imposición económica.

La aplicación del ALS descansa sobre tres pilares: la ficción jurídica de considerar a las entidades asociadas como independientes, la relevancia de las condiciones o acuerdos aceptados (términos contractuales) y la comparabilidad de la transacción con otra practicada en el mercado entre partes independientes<sup>34</sup>. El enfoque (ficticio) de empresa independiente obliga a tratar la operación vinculada como si hubiese sido realizada por empresas independientes o desconectadas de cualquier tipo de poder o influencia de una sobre la otra. Mayor enjundia tiene este enfoque cuando, aplicando en este caso el ALS para el art. 7.2 MC OCDE, la operación a analizar es entre un EP y la casa central. En estos casos, la ficción dicta que dichas partes integradas de una misma empresa son entes separados, los cuales son independientes (como si de dos personas jurídicas distintas se tratara). La participación o asociación entre ambas entidades actúa como causa directa de que el precio de la transacción

---

<sup>34</sup> Cfr. PETRUZZI, R., “The arm's length principle: between legal fiction and economic reality”, en LANG, M., STORCK, A. y PETRUZZI, R. (Eds.), *Transfer Pricing in a post-BEPS world*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2016, p. 11.

se aleje del valor normal de mercado. Es posiblemente la *conditio sine qua non* para dotar de cobertura jurídica a la práctica del ajuste por la Administración (razonabilidad objetiva). La comparabilidad requiere buscar una operación idéntica entre empresas independientes para así poder proceder a un correcto análisis.

Existe una crítica en torno a la falta de conexión del estándar *at arm's length* con la realidad económica que actualmente existe en las EMNs. Este principio clásico de la fiscalidad internacional adopta un enfoque neutral en virtud del cual las operaciones entre empresas asociadas e independientes deben recibir el mismo tratamiento fiscal; sin embargo, desde el punto de vista de los beneficios la realidad económica de los grupos multinacionales manifiesta que la estructura de centralización provoca que, en situaciones de comparabilidad, las empresas asociadas perciban mayores beneficios al eliminar diversos efectos distorsionadores del mercado que sufren las empresas independientes<sup>35</sup>. Esto provoca que las EMNs sean más eficientes y ostenten una posición competitiva superior en el mercado en parangón a las empresas no asociadas. Por lo tanto, el ALS está distribuyendo los beneficios dentro del grupo multinacional a través de un enfoque que desconoce este tipo de realidad<sup>36</sup>.

El ALS contrasta con enfoques basados en principios de reparto unitario como el del beneficio global según una fórmula preestablecida (*formulary apportionment method*). Este enfoque, descartado rotundamente por las DPT<sup>37</sup>, parte de la consolidación de los ingresos globales de la EMN y procede, según fórmulas basadas en factores como costes, activos, salarios o ventas, a repartir las bases imponibles entre los Estados en los que se encuentran los EP o filiales de la multinacional<sup>38</sup>.

---

<sup>35</sup> Vid., por todos, AVI-YONAH, R.S.; CLAUSING, K.A. & DURST, M.C., "Allocating business profits for tax purposes: a proposal to adopt a formulary profit split, *Florida Tax Review*, vol. 9, núm. 5, 2009, p. 503. Estos autores resaltan: "it is important to note that the problems with the current system derive not from rules at its periphery, but instead from a fallacy that lies at the system's central core: namely, the belief that transactions among unrelated parties can be found that are sufficiently comparable to transactions among members of multinational groups that they can be used as meaningful benchmarks for tax compliance and enforcement."

<sup>36</sup> En torno a la necesidad de articular un nuevo enfoque del ALS para tener presente las sinergias y economías de escala que se producen en los grupos empresariales a la hora de establecer un precio de plena competencia para las operaciones intragrupo, véase *in extenso* NAVARRO IBARROLA, A., "The arm's length standard and tax justice: reflections on the present and the future of transfer pricing", *World Tax Journal*, vol. 10, núm. 3, 2018.

<sup>37</sup> OCDE, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, op. cit., párr. 1.16-1.32.

<sup>38</sup> Desde nuestro punto de vista, este tipo de enfoques pueden acrecentar los problemas de elusión fiscal, dado que los contribuyentes parten de las fórmulas previamente establecidas y, posteriormente, pueden llevar a cabo

Las relaciones entre el art. 9.1 de los CDI y las normas nacionales sobre precios de transferencia pueden presentar fricciones. La premisa general mantenida por la doctrina científica, pese a las contradicciones encontradas en cierta jurisprudencia, es que dicho artículo actúa como título habilitante para el ejercicio de una potestad administrativa como es la práctica del ajuste para corregir la base imponible declarada por la empresa cuando concurre la situación objetiva de infracción del ALS<sup>39</sup>. En ese caso, la normativa interna puede resultar de aplicación para corregir dicho resultado contable en la órbita fiscal, estando limitado dicho ajuste al parámetro *at arm's length*<sup>40</sup>.

Con la llegada del Plan BEPS<sup>41</sup>, actualmente en fase de ejecución (era post-BEPS), existe unanimidad en considerar que el ALS sale reforzado como estándar internacional, pero, tal y como viene siendo frecuente desde la versión de 2010 de las DPT, su contenido va adaptándose progresivamente a las actuales exigencias del espectro comercial y económico<sup>42</sup>. Así, tiene por objetivo demostrar la realidad económica de las operaciones vinculadas (criterio sustancialista). Las Acciones 8-10<sup>43</sup> buscan alinear la creación de beneficios hacia aquellas partes del grupo empresarial que, sustancialmente, realizan las actividades que los originan en el seno de la cadena de valor, con especial atención a las actividades con activos intangibles y a la utilización de transacciones artificiosas que buscan deslocalizar los riesgos. La adecuación del ALS, no obstante, puede estar extralimitándose

---

una planificación fiscal internacional que les permita reordenar sus activos en aquellas jurisdicciones más favorables a la hora de practicar el reparto formulario. Para un estudio más amplio de este método, desde una visión del Derecho tributario estadounidense, *vid.* AVI-YONAH, R.S., CLAUSING, K.A. y DURST, M.C., “Allocating business profits for tax purposes: a proposal to adopt a formulary profit split”, *op. cit.*, pp. 516 y ss.

<sup>39</sup> Cfr. CARMONA FERNÁNDEZ, N., “Principios generales, fuentes de Derecho y doctrinales: incidencia del proyecto BEPS y de otras regulaciones”, en CARMONA FERNÁNDEZ, N. (Dir.), *Nuevo régimen fiscal de las operaciones vinculadas. Valoración, documentación y supuestos prácticos*, CISS, Valencia, 2016, p. 61; MARTÍN JIMÉNEZ, A.J. y CALDERÓN CARRERO, J.M., *Los precios de transferencia en la encrucijada del siglo XXI*, Netbiblo, 2012, p. 65; KOFLER, G., “Article 9. Associated enterprises”, en REIMER, E. y RUST, A. (Eds.), *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions*, 4ª ed., Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2015, p. 661.

<sup>40</sup> Resulta ilustrativo el énfasis empleado por GARCÍA PRATS al mencionar que “el convenio sólo reconoce o habilita para la práctica de dichos ajustes, en la medida y sólo en la medida en que en la legislación interna del Estado contratante se encuentra la base legal o normativa para la realización de dicho ajuste”. GARCÍA PRATS, F.A., “Las operaciones vinculadas y los precios de transferencia: la aplicación del principio de libre competencia. Valoración a valor de mercado”, *op. cit.*, p. 34.

<sup>41</sup> Las Acciones 8-10 tratan con mayor calado aspectos sustanciales respecto a los precios de transferencia. Las Acciones 5 y 13 abogan por aspectos formales relativos a las obligaciones documentales en materia de precios de transferencia y en el intercambio automático transfronterizo de acuerdos previos de valoración o *advance pricing agreement* (APA) y de los informes país por país o *country by country reports* (CbCR).

<sup>42</sup> Cfr. PETRUZZI, R., “The arm's length principle: between legal fiction and economic reality”, *op. cit.*, p. 30.

<sup>43</sup> OCDE, *Aligning transfer pricing outcomes with value creation, Actions 8-10, 2015 final reports*, OECD Publishing, París, 2015, disponible en <http://www.oecd-ilibrary.org/docserver/download/2315351e.pdf?expires=1478519507&id=id&accname=guest&checksum=8201FE9D294990F5C8BADE0C9C09BF72> (último acceso: 07.11.2016).

en lo que a sus fronteras atañe, desencadenando, para ciertas propuestas una desnaturalización del mismo. Ejemplos destacados de este fenómeno pueden ser la sustitución del enfoque de entidad separada e independiente por uno basado en la concepción grupal en el caso de reparto de beneficios como consecuencia de sinergias corporativas resultantes de medidas concertadas en el grupo<sup>44</sup>; la justificación de las estrategias empresariales como posible causa de discrepancia en la obtención de un precio *at arm's length*<sup>45</sup>; el sustento de la recharacterización de transacciones a tenor de un análisis de racionalidad comercial basado en presunciones (ficticias) de terceras partes independientes<sup>46</sup>; la apuesta por métodos de valoración alejados del estudio de comparables, como el de división del beneficio (*profit split method*) o técnicas de valoración en caso de ausencia de comparables o intangibles de incierta valoración<sup>47</sup>; o la inclusión de un *Commensurate With Income Standard*, siguiendo el ejemplo estadounidense de la sección 482, para la determinación del precio en operaciones con intangibles de difícil valoración en función de los ingresos atribuibles con posterioridad a su puesta en el mercado<sup>48</sup>.

### 2.3. Perspectivas conceptuales

El concepto “precios de transferencia” (“*transfer prices*” o “*transfer pricing*”) no es unívoco en la literatura. Existen dos definidas líneas conceptuales: una neutral y otra instrumental. Buen reflejo de ambas corrientes son las definiciones que diversos diccionarios jurídico-empresariales muestran. Desde una perspectiva neutral, uno de estos ejemplares los define como “*the prices at which goods and services are bought and sold between divisions or subsidiaries within a group of companies. The transfer price is a cost to the receiving division and revenue to the supplying division...*”<sup>49</sup>. Desde la posición instrumental, otro diccionario los presenta como “*a tax minimization technique involving the manipulation of the price of goods or services such that profits, and hence assessable income, is transferred*

---

<sup>44</sup> OCDE, *ult. op. cit.*, párr. 1.159-1.162.

<sup>45</sup> OCDE, *ult. op. cit.*, párr. 1.114-1.118.

<sup>46</sup> OCDE, *ult. op. cit.*, párr. 1.122-1.123. Como tendremos ocasión de estudiar en el capítulo correspondiente, adelantamos ya que esta medida nos parece *ultra vires* en lo que el ALS implica dado que sustenta el análisis de la racionalidad comercial en una operación comparable entre partes independientes virtual o ficticia.

<sup>47</sup> OCDE, *ult. op. cit.*, párr. 6.148-6.185.

<sup>48</sup> OCDE, *ult. op. cit.*, párr. 6.186-6.195. Curiosamente en los años 90 la OCDE criticaba severamente la inclusión de una *superroyalty clause* (cfr. KOFLER, G., “The BEPS Action Plan and transfer pricing: the arm's length standard under pressure?”, *British Tax Review*, núm. 5, 2013, p. 656). Este enfoque permite al IRS realizar ajustes retroactivos del *lump sum* o del *royalty* pactado en periodos posteriores conforme al grado de ingresos que el intangible está produciendo gracias a su explotación. Cfr. BOSS, M., *International transfer pricing: the valuation of intangible assets*, *op. cit.*, p. 104.

<sup>49</sup> *A dictionary of business and management*, Oxford University Press, Oxford, 2016, p. 513.

*between entities*”<sup>50</sup>. De esta manera, pese a que en la literatura jurídica castellana los términos “*transfer prices*” o “*transfer pricing*” son traducidos como “precios de transferencia”, técnicamente no es del todo correcto. *Transfer pricing* es la metodología u operación interna que se realiza para obtener el valor de una transmisión de bienes o prestación servicios (transfronterizos) intragrupo<sup>51</sup>; es decir, la aplicación de la política interna valorativa para obtener el precio de transferencia *stricto sensu* o “*transfer price*”. Se podría decir que *transfer pricing* es el medio o actividad y *transfer price* el resultado final de ésta.

### **2.3.1. Perspectiva neutral: los precios de transferencia como potenciales valores de mercado**

Las DPT definen “precios de transferencia” como “los precios a los que una empresa transmite bienes materiales y activos intangibles, o presta servicios, a empresas asociadas”<sup>52</sup>. En similares términos los definen las Directrices sobre precios de transferencia de la ONU, si bien, se añade que dichos precios son los apropiados<sup>53</sup>. Los precios de transferencia muestran el valor de las transacciones comerciales practicadas por empresas vinculadas entre sí. Dichos precios son presuntamente ajustados al principio de libre competencia, también llamado ALS. Alegar lo contrario supone la necesidad de prueba, al menos, desde el punto de vista de la mayoría de ordenamientos jurídicos. Las DPT recogen hasta cinco métodos de valoración en su Capítulo II que sirven para determinar el precio de transferencia *at arm's length*. Su aplicación ya no descansa en criterios jerárquicos, sino que pueden ser utilizados siguiendo el criterio de idoneidad en función de las características de la operación desde la versión de 2010. Estos métodos no se configuran como un *numerus clausus*, sino que explícitamente se faculta a las empresas a que apliquen otros métodos de valoración distintos siempre que se satisfagan dos requisitos: en primer lugar, que ninguno de los cinco métodos previstos en las DPT sea viable o apropiado para la operación que se esté cotejando, y, en segundo lugar, que el método propuesto ofrezca un valor dentro del principio *at arm's length*<sup>54</sup>. Además, las nuevas Directrices emanadas de las Acciones 8-10 habilitan el uso de

---

<sup>50</sup> *Butterworths business and law dictionary*, Butterworths, Sydney, 1997, p. 447, citado por MARKHAM, M., *The transfer pricing of intangibles*, Kluwer Law International, La Haya, 2005, p. 10.

<sup>51</sup> Cfr. PAGAN, J.C. y WILKIE, J.S., *Transfer pricing strategy in a global economy*, *op. cit.*, p. 15.

<sup>52</sup> OCDE, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, *op. cit.*, p. 17.

<sup>53</sup> Párr. 1.1.6.: “llega a ser importante establecer el precio apropiado, llamado precio de transferencia, para las transmisiones transfronterizas en el seno del grupo sobre bienes, intangibles y prestaciones de servicios” (traducción nuestra).

<sup>54</sup> OCDE, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, *op. cit.* párr. 2.9.

técnicas de valoración que estiman el valor descontado de los flujos de efectivo futuros proyectados derivados de la explotación para operaciones vinculadas con activos intangibles sin comparables en el mercado<sup>55</sup>. Estos métodos se dividen en dos. Por un lado, aquellos denominados tradicionales: método del precio libre comparable, método del coste incrementado y método del precio de reventa. Por otro lado, aquellos métodos basados en el beneficio: método de distribución del resultado y método del margen neto operacional.

Con arreglo a esta concepción neutral los precios de transferencia en sentido estricto o *transfer prices* son el resultado, con independencia de que éste sea acorde al principio de libre competencia, de una circunstancia fáctica y objetiva como la existencia de un nexo asociativo o de control entre las partes de la transacción internacional<sup>56</sup>. Por tanto, los problemas que puedan derivarse trasunto de la política de precios de transferencia de las EMNs deben imputarse a la incorrecta aplicación o adecuación al consenso internacional de la misma. Que el precio de transferencia de una operación intragrupo no sea acorde al valor que terceras partes independientes hubiesen convenido se debe a una proyección metodológica inadecuada que requerirá la correspondiente regularización fiscal para sintonizar el valor de la operación con el de mercado.

Por su parte, desde una perspectiva económica, los precios de transferencia pueden ser un instrumento para la fiscalización de los mercados internos de las EMNs, así como de sus resultados económicos. En un plano puramente teórico, en el que la inversión se descentraliza entre filiales del grupo multinacional, los precios de transferencia deberán ser óptimos, asignando recursos entre las empresas del grupo de manera eficiente, neutral, reflejando la verdadera sustancia económica de la operación promoviendo así una correcta distribución de los beneficios, y, finalmente, negociados, es decir, que sean la expresión última de un previo acuerdo<sup>57</sup>. En la práctica, dichos postulados teóricos suelen ser desoídos y ello deriva en problemas de erosión de bases imponibles y traslado de beneficios (BEPS).

### **2.3.2. Perspectiva instrumental: los precios de transferencia como mecanismos BEPS**

Los precios de transferencia también pueden ser empleados con el objetivo de disminuir el impacto de la imposición efectiva de las entidades del grupo. Esta

---

<sup>55</sup> OCDE, *Aligning transfer pricing outcomes with value creation, Actions 8-10, 2015 final reports*, párr. 6.157.

<sup>56</sup> Cfr. CARMONA FERNÁNDEZ, N., “Principios generales, fuentes de Derecho y doctrinales: incidencia del proyecto BEPS y de otras regulaciones”, *op. cit.*, p. 39.

<sup>57</sup> Cfr. SALA GALVAÑ, G., *Los precios de transferencia internacionales. Su tratamiento tributario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 43.

conceptualización responde a una percepción peyorativa a tenor de la cual las partes vinculadas establecen un precio inferior o superior al de mercado para trasladar los beneficios imponibles desde la empresa radicada en un país con una tributación mayor hacia la otra empresa con residencia en un país de menor tributación, imputando un gasto mayor en el país de mayor tipo de gravamen y un beneficio superior a la de menor presión fiscal<sup>58</sup>. Esta perspectiva se asemeja al fenómeno “*transfer pricing*”, es decir la planificación o estrategia metodológica seguida en el grupo multinacional para atenuar la presión fiscal sobre los beneficios globales.

Tal y como ya hemos señalado con anterioridad, una cuestión es el concepto de precios de transferencia y otra su utilización abusiva en el seno de estrategias de planificación fiscal internacional<sup>59</sup>. Las DPT diferencian entre el análisis de los precios de transferencia y los problemas de elusión o evasión fiscal en su aplicación práctica<sup>60</sup>. Es una estrategia de maximización de los beneficios consolidados del grupo aprovechando la ausencia de conflictos de intereses latentes en las contrataciones entre partes independientes.

La utilización de las políticas de precios de transferencia para trasladar beneficios imponibles y erosionar las bases imponibles supone una quiebra del principio de equidad

---

<sup>58</sup> Cfr. DE LA VILLA, GIL, J.M., *Precios de transferencia y empresas multinacionales*, Instituto de Planificación Contable, Madrid, 1986, p. 7; FALCÓN Y TELLA, R. y PULIDO GUERRA, E., *Derecho fiscal internacional*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 265; HAMAEEKERS, H.M.A., “Precios de transferencia. Historia, evolución y perspectivas”, traducido por DE LA CUEVA GONZÁLEZ-COTERA, A., en SERRANO ANTÓN, F. (Dir.), *Fiscalidad Internacional*, 2ª ed., 2005, CEF, Madrid, p. 421; MARKAHM, M., *The transfer pricing of intangibles op. cit.*, p. 11; PAGAN, J.C. y WILKIE, J.S., *Transfer pricing strategy in a global economy, op. cit.*, p. 15; SALVA GALVAÑ, G., *ult. op. cit.*, p. 49. Resulta destacable la crítica de MARKHAM que avisa de que la conceptualización del *transfer pricing* como herramienta de traslado de beneficios suele venir de posturas proclives al método de reparto formulario críticas con el ALS. También en el plano jurisprudencial pueden encontrarse definiciones de “precios de transferencia” como vehículos elusivos. La STS de 10 de enero de 2007, rec. 375/2001, en su fundamento de derecho cuarto dice que “En términos generales, existe precio de transferencia cuando en la relación económica existente entre dos entidades vinculadas se fija un precio distinto, superior o inferior, a aquel que sería acordado entre dos sociedades independientes. 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 aquellos”.

<sup>59</sup> La planificación fiscal internacional puede definirse como aquella estrategia colectiva que, conjugando los sistemas tributarios nacionales e internacionales, pretende reducir o diferir la tributación de una transacción internacional dentro de la legalidad. Esta puede ser de tipo agresiva/abusiva cuando explota las ventajas fiscales producidas por la interacción de los ordenamientos tributarios sirviéndose de formas jurídicas artificiosas con finalidad exclusivamente de ahorro fiscal. Cfr. ROHATGI, R., *Basic international taxation*, vol. I, 2ª ed., BNA, Londres, 2005, p. 6.

<sup>60</sup> OCDE, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, op. cit., párr. 1.2. Así viene pronunciándose la OCDE desde el primitivo Informe *Transfer pricing and multinational enterprises* de 1979. Vid., en el mismo sentido, ONU, *Practical Manual on transfer pricing for developing countries*, op. cit., párr. 1.1.7.

internacional entre los Estados subyacentes a la operación vinculada y de la equidad impositiva personal<sup>61</sup>. El primero de ellos se lesiona en tanto que la erosión de la base imponible en uno de los Estados merma la recaudación tributaria en beneficio de la otra jurisdicción. Por su parte, el segundo principio, con prácticas elusivas, se merma la igualdad en el tratamiento impositivo de contribuyentes asociados y los que no lo son. Además, en el plano competencial, las empresas asociadas que se benefician de estas prácticas gozarán de mayores beneficios que les permitirá tener una posición más reforzada y competitiva en su sector en detrimento de otras empresas respetuosas con la fijación de precios *at arm's length*.

### 3. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE ACTIVOS INTANGIBLES

Los activos intangibles se han convertido en el alma de los modelos de negocio empresariales actuales en un contexto de economía globalizada y cohesionada gracias a las tecnologías de la información y la comunicación (TIC). Son factores creadores de valor para las empresas, casi por excelencia, habiendo relegado a un segundo plano la importancia cuantitativa de los activos tangibles y siendo obtenidos, en algunos casos, de costosos proyectos de I+D<sup>62</sup>.

Como activos dotados de valor que son, pese a su espíritu inmaterial, son susceptibles de tráfico jurídico y comercial. Evidentemente, también entre partes vinculadas, lo cual requiere el correspondiente análisis de precios de transferencia con el objetivo de estructurar la operación en sintonía con el principio de libre competencia. Definir el término “activos intangibles” a los efectos de precios de transferencia ha sido una cuestión controvertida entre las empresas, los profesionales fiscalistas y las autoridades tributarias. Ofrecer un concepto cerrado o abierto (incluso semiabierto) puede jugar un papel primordial en la búsqueda de

---

<sup>61</sup> Cfr. GARCÍA PRATS, F.A., “Los precios de transferencia: su tratamiento tributario desde una perspectiva europea”, *op. cit.*, p. 8.

<sup>62</sup> Los activos intangibles como creadores de valor pueden comprobarse desde dos perspectivas: una interna y otra externa. A tenor de la primera, el propio activo intangible es susceptible de valoración autónoma, como por ejemplo, el caso de las marcas comerciales. Siguiendo estadísticas de 2017, marcas como *Google* (109,470 USD) *Apple* (107,141 USD) o *Amazon* (106,396 USD) son las marcas de mayor valor en el mundo. Resulta destacable que el top 10 lo compongan, casi hegemónicamente, EMNs digitales o ligadas a las telecomunicaciones, lo que hace gala de la importante conexión entre la economía digital y los activos intangibles en los que se sustenta; y que 8 de ellas sean empresas de nacionalidad estadounidense. Según la perspectiva externa, los intangibles participan en el valor comercial y económico de los productos físicos a los que se adhieren, bien en fase industrial (por ejemplo, el *know-how* o *software* para la fabricación y montaje de vehículos, o el principio activo patentado que se añade en un fármaco), bien en fase comercial (por ejemplo, utilizar una marca para los productos textiles fabricados). [Cfr. estadísticas en [http://brandirectory.com/league\\_tables/table/global-500-2017](http://brandirectory.com/league_tables/table/global-500-2017) (último acceso: 28.08.2018)].

un precio de la operación *at arm's length*<sup>63</sup>. Concretar específicamente si el objeto de la transacción es un activo intangible es el primero de una larga cadena de pasos existentes en todo análisis de precios de transferencia que siga con fidelidad las DPT. Con lo cual, la cuestión no es baladí, en tanto que sin un concepto propio no sería posible poner en marcha la praxis analítica.

Son diversos los puntos de vista desde los que ofrecer una definición de estos bienes. La doctrina de la OCDE viene abogando por un concepto autónomo de activos intangibles a efectos de precios de transferencia. Su delimitación conceptual ha ganado mayor importancia en los últimos trabajos de dicha organización, como el *Transfer Pricing and Intangibles Project* de 2011<sup>64</sup> y las Acciones 8-10 del Proyecto BEPS. Dicho concepto se formó por las perspectivas conceptuales. Esto no significa que su existencia y valoración esté condicionado por aquellas. Se trata de un concepto autónomo a efectos de precios de transferencia. En los siguientes apartados se ofrece una sucinta exposición de todas ellas, concluyendo con la definición actual en las DPT que servirá, en buena medida, como síntesis de todas ellas en la esfera de los precios de transferencia. Estas perspectivas son: la civilista, a modo de teoría jurídico-filosófica general, la contable, la jurídico-tributaria y la relativa a los efectos de precios de transferencia. Su estudio holístico permitirá acotar el concepto de activos intangibles de otras materias, distintas o englobadas en él, como los generadores de valor (*value drivers*) o los derechos de propiedad intelectual.

### **3.1. Visión civilista**

Para la doctrina del Derecho civil y mercantil, la intangibilidad se caracteriza por su inmaterialidad o falta de representación física en el mundo real a través de la percepción sensorial. Los bienes intangibles o inmateriales son el resultado de una creación inventiva derivada del intelecto que trasladados a la órbita empresarial son susceptibles de aportar y crear valor económico; se trata, en definitiva, de auténtico capital intelectual.

---

<sup>63</sup> Desde el punto de vista de los operadores en el tráfico jurídico y comercial, WRIGHT, KEATES LEWIS y AUTEN recogen una ilustrativa reflexión de la ausencia de un consenso para definir a los activos intangibles. Según estos autores, los economistas tienden hacia un concepto amplísimo de intangible, incluyendo los *value drivers*. Los abogados, por su parte, tienden a defender como intangible a aquellos que gozan de una protección legal, como los derechos de propiedad intelectual y/o industrial. Finalmente, los contables, sólo reflejan en los balances los intangibles acotados en las normas contables. Cfr. WRIGHT, D.R., KEATES, H.A., LEWIS, J. y AUTEN, L., "The BEPS Action 8 final report: comments from economists", *International Transfer Pricing Journal*, vol. 23, núm. 2, 2016, p. 100.

<sup>64</sup> <http://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/46987988.pdf> (último acceso: 12.01.2017).

Lo inmaterial se contrapone a lo tangible. Según la clásica distinción romanista de la *res* corporal e incorporal, del jurista Gayo, las cosas incorporales hacen referencia a los derechos (por ejemplo, de crédito, herencias, usufructos, etc.). Esos derechos esconden tras de sí objetos corporales, como el dinero, por lo que la teoría romanista sobre las *res incorporales* no aísla autónomamente a la creación intelectual como cosa intangible, descansando en una mera abstracción jurídica<sup>65</sup>. De esta manera, la doctrina usa el término “bienes inmateriales” para referirse de manera pulcra y precisa a aquellas creaciones espirituales inexistentes en el mundo real, superándose, por lo tanto, la idea de incorporeidad romanista<sup>66</sup>.

Los bienes inmateriales, como resultado de procesos creativos, han de materializarse en cosas corporales y tangibles para ser percibidas. Reluce así la fundamentación filosófica kantiana que distingue entre el *corpus mysticum*, es decir, la propia creación inmaterial en sí, y el *corpus mechanicum*, que atañe al soporte físico a través del cual el primero se exterioriza o materializa en el tráfico jurídico. La creación intelectual es autónoma e independiente de su materialización física en un objeto tangible<sup>67</sup>. Lo inmaterial es imperceptible en la naturaleza, salvo que se produzca su exteriorización material traducida en una cosa, la cual será una mera concreción del carácter intelectual que permanecerá perpetuamente inalterable<sup>68</sup>. Por ejemplo, unos conocimientos técnicos o *know-how* deben plasmarse en un proceso industrial para ser comprendidos, o una marca comercial ha de estar trazada en los productos para su percepción. Como indica ASCARELLI<sup>69</sup>, la creación intelectual trasciende el soporte físico en el que se manifiesta, por ello, a diferencia de los bienes tangibles o corporales, ésta puede ser susceptible de goce plural y simultáneo, debido a su carácter intemporal, ubicuo, indestructible e inconmensurable. Siguiendo a BAYLOS MORALES<sup>70</sup>, “la obra intelectual es espíritu materialmente encarnado”. Por su mediación,

---

<sup>65</sup> Cfr. TROLLER, A., *Immaterialgüterrecht*, Helbing & Lichtenhahn, Stuttgart, 1959, pp. 48-49, citado por BAYLOS MORALES, M., “La teoría de los derechos sobre bienes inmateriales como criterio expositivo unitario”, en BAYLOS CORROZA, H., *Tratado de Derecho Industrial*, 3ª ed., Civitas, Cizur-Menor, 2009, p. 135.

<sup>66</sup> Cfr. BAYLOS MORALES, M., “La teoría de los derechos sobre bienes inmateriales como criterio expositivo unitario”, *op. cit.*, p. 137.

<sup>67</sup> Cfr. BIONDI, B., *Il beni*, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Turín, 1956, p. 45, citado por BAYLOS RODRÍGUEZ, M., *ult. op. cit.*, p. 136.

<sup>68</sup> Cfr. LACRUZ BERDEJO, J.L., SANCHO REBULLIDA, F., LUNA SERRANO, A. *et al.*, *Elementos de Derecho Civil. III Derechos Reales*, vol. I, 3ª ed., Dykinson, Madrid, 2008, p. 354.

<sup>69</sup> ASCARELLI, T., *Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales*, traducida por VERDERA, E. y SUÁREZ-LLANOS, L., Editorial Bosch, Barcelona, 1970, p. 633.

<sup>70</sup> BAYLOS MORALES, M., “La teoría de los derechos sobre bienes inmateriales como criterio expositivo unitario”, *op. cit.*, p. 137.

el espíritu toma cuerpo en la materia, y la materia adquiere su forma propia”. Además, la titularidad del derecho inmaterial y la del bien en el que se plasma puede estar escindida en sujetos jurídicos diferentes.

Siguiendo a GÓMEZ SEGADE<sup>71</sup>, los bienes inmateriales pueden definirse como “creaciones de la mente humana que, mediante los medios adecuados, se hacen perceptibles y utilizables en las relaciones sociales y por su especial importancia económica son objeto de una tutela jurídica especial”. Los caracteres generales que traslucen para los bienes inmateriales, por lo tanto, son los siguientes:

- a) Dimanan de creaciones intelectuales humanas.
- b) Son imperceptibles físicamente, a menos que se sirvan de un soporte u objeto tangible para exteriorizarse.
- c) Son indestructibles e ilocalizables temporal y espacialmente.
- d) A diferencia de las cosas tangibles, son objeto de goce y percepción simultánea por indefinidos sujetos.
- e) Son objeto de protección legal específica, si bien en algunos casos requieren ser registrados, previa autorización de las autoridades gubernamentales, para gozar de tutelas jurídicas cualificadas, como derechos monopolísticos.
- f) Como consecuencia del anterior rasgo, son objeto de derechos de propiedad intelectual e industrial<sup>72</sup>.

---

<sup>71</sup> GÓMEZ SEGADE, J.A., *El secreto industrial (know-how): concepto y protección*, Tecnos, Madrid, 1974, pp. 73-74.

<sup>72</sup> En sentido amplio, se hace referencia en la literatura jurídica internacional a los derechos de propiedad intelectual o *intellectual property rights*. La *intellectual property* en los países del *Common Law* engloba a las patentes (*patents*), los derechos de autor (*copyright*), las marcas (*trademarks*) y diseños industriales (*industrial designs*), los secretos empresariales (*trade secrets*) y los conocimientos técnicos (*know-how*) (Cfr. CORINSH, W.R., *Intellectual property: patents, copyright, trade marks and allied rights*, 3ª ed., Sweet & Maxwell, Londres, 1996, pp. 5-10). En otros ordenamientos jurídicos de tradición continental (*civil law*) se suele emplear el término propiedad intelectual para hacer referencia expresa a los derechos de autor de obras literarias, artísticas o científicas; mientras que el concepto propiedad industrial se reserva para las creaciones de aplicación industrial, como las patentes, modelos de utilidad, marcas, nombres comerciales, etc. De esta manera se distingue entre creaciones espirituales e industriales. A nuestro modo de ver, sin ánimo de entrar en un debate perteneciente a los académicos del derecho privado, no vemos obstáculo en referirnos conjuntamente a ambas instituciones como propiedad intelectual, en un sentido amplio, o creaciones meramente intelectuales. La distinción responde a una suerte de tradición jurídica, también de origen internacional. La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual aboga en su labor por la construcción de un sistema de propiedad intelectual internacional, tanto en la vertiente artística, literaria o científica, como en la industrial. También, la

Desde una perspectiva jurídicamente objetiva, es desacertado calificar como “propiedad” a aquellos derechos que provienen de creaciones intelectuales o industriales<sup>73</sup>. Los derechos reales, entre ellos el de propiedad, tienen como objeto cosas corporales; elemento inexistente para estas invenciones del intelecto. La utilización habitual de este calificativo se debe a la pretensión de otorgar a dicho derecho la condición de absoluto y su oponibilidad *erga omnes*<sup>74</sup>. La creación intelectual *lato sensu* se asimila más a un derecho *sui generis* sobre un bien o activo inmaterial que responde a un criterio de oportunidad legislativa; el llamado derecho a la propiedad intelectual (inclusive la industrial) surge en tanto que las leyes así lo recojan, a diferencia del derecho sobre las cosas tangibles que no requiere cobertura normativa para su existencia<sup>75</sup>.

Esta primera aproximación al concepto de activos intangibles en su perspectiva jurídico civil resulta interesante para conformar el punto de partida en la delimitación ontológica de dicho concepto a los efectos de precios de transferencia. En el plano mercantil, las categorías de activos intangibles pueden ser explotadas exclusivamente por los titulares jurídicos o bien, transferidos íntegramente o licenciados a otros sujetos, a cambio de una

---

Organización Mundial del Comercio, en el Acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio, ha dado un tratamiento unitario a la propiedad intelectual en sentido estricto y a la propiedad industrial. Cfr. BAYLOS MORALES, M., “La diversificación de la materia en los dos tratados tradicionales de la «propiedad intelectual» y de la «propiedad industrial»”, en BAYLOS CORROZA, H., *Tratado de Derecho industrial*, 3ª ed., Civitas, Cizur Menor, 2009, p. 61; PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, A. y PEINADO GRACIA, J., “La propiedad intelectual en sentido amplio (I)” en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, AJ. (Dir.), *Lecciones de Derecho Mercantil*, vol. I, 9ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2011, p. 231.

<sup>73</sup> Como señala RONCERO SÁNCHEZ, se crea tal denominación fruto de la imposibilidad de construir la figura del “derecho cuyo objeto es otro derecho”. Cfr. RONCERO SÁNCHEZ, A., *El contrato de licencia de marca*, Civitas, Madrid, 1999, p. 21.

<sup>74</sup> Cfr. LACRUZ BERDEJO, J.L., SANCHO REBULLIDA, F., LUNA SERRANO, A. *et al.*, *op. cit.*, p. 357. De igual manera, en la literatura internacional tributaria se acude con frecuencia al término “*intangible property*” (propiedad intangible). *Mutatis Mutandis*, reiteramos nuestra argumentación. Lo más acertado es abogar por un derecho sobre los bienes intangibles que no debe confundirse con uno de tipo real a tenor del cariz absoluto del derecho sobre dichos activos.

<sup>75</sup> Fue, principalmente, desde la Revolución francesa cuando las leyes comenzaron a conceder el reconocimiento de derechos subjetivos en la figura de los autores e inventores de obras literarias, artísticas, científicas, patentes, marcas, etc. Por ello, en ese ambiente jurídico de defensa liberal de la propiedad, se comienza a hablar de propiedad intelectual e industrial. A finales de siglo XIX destacará la teoría del derecho sobre bienes inmateriales de KOHLER. Su tesis pivota en el desacierto que existe en nombrar como derecho de propiedad al vínculo entre el autor o inventor y su creación intelectual. El dominio o propiedad recae sobre cosas materiales, por lo que es más correcto hablar de “derecho sobre bienes inmateriales” (*immaterialgüterrecht*). La doctrina posterior ha coincidido en que la teoría de este autor germano no es una ruptura con la concepción romana de la propiedad, sino que, incluso, la perfecciona. *Vid.* BAYLOS MORALES, M., “La problemática de los derechos intelectuales”, en BAYLOS CORROZA, H., *Tratado de Derecho Industrial*, 3ª ed., Civitas, Cizur-Menor, 2009, pp. 536-552. En la perspectiva jurídica española, estos derechos gozan de la máxima protección en el sistema de fuentes. La protección constitucional se sitúa en el art. 20.1.b) de la Carta Magna como derecho fundamental. Adicionalmente, se incluye en el art. 44 del texto constitucional el mandato a los poderes públicos, con eficacia mediata, para que promuevan las actividades inventivas en beneficio de la sociedad.

contraprestación. Asimismo, pueden dividirse en dos grupos en función de si requieren inscripción registral pública o no. Los primeros, suelen denominarse *hard intangibles*, y lo conforman las patentes, marcas, modelos de utilidad, diseños industriales, entre otros; los segundos son *soft intangibles*, como la plantilla de trabajadores o el capital humano, las listas de clientes, concesiones administrativas, procesos industriales secretos, fuerzas del mercado, etc., los cuales constituyen, dada su amplitud e incluso goce simultáneo por otras empresas, elementos vagamente protegidos por los derechos de propiedad intelectual e industrial. La mayoría de estos *soft intangibles* pueden ser catalogados, con mejor acierto, como “*value drivers*” o generadores de valor económico para la empresa<sup>76</sup>. Son una categoría tan amplia que se nutre continuamente de nuevos elementos intangibles que, dada la ausencia de configuración legal, no son objeto de registro. De esta manera, desde el sentido civil del concepto, se trata de elementos inmateriales, si bien, ello no condiciona que en la perspectiva contable, fiscal o en precios de transferencia, vayan a ser calificados como activos intangibles.

### 3.2. Visión contable

El resultado contable arrojado en la cuenta de pérdidas y ganancias es el punto de partida para la determinación de la base tributaria en los impuestos sobre los beneficios de las sociedades. Por ello, procede estudiar previamente el tratamiento conceptual de los activos intangibles en el plano contable, antes de entrar al plano tributario.

Las Normas Internacionales de Contabilidad (NIC), promulgadas originariamente por el *International Accounting Standards Committee* en 1973, son *soft law*, englobadas en las Normas Internacionales de Información Financiera, que armonizan las directrices y estándares contables a nivel internacional, y cuyo éxito viene avalado por ser seguidas en las legislaciones contables domésticas de más de 100 países<sup>77</sup>. Como no podía ser menos, la

---

<sup>76</sup> Un generador de valor (*value driver*) es una actividad o enfoque organizativo que mejora el valor percibido por el consumidor de un producto o servicio y que, por lo tanto, crea valor para el productor. *Vid.* VERLINDEN, I. y MONDELAERS, Y., “Transfer pricing aspects of intangibles: at the crossroads between legal, valuation and transfer pricing issues”, *International Transfer Pricing Journal*, vol. 17, núm. 1, 2010, p. 50.

<sup>77</sup> Al respecto de lecturas generales sobre éstas, *vid.*, entre otras, AGUILÓ PIÑAS, J.F., “Aproximación a las Normas Internacionales de Contabilidad”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 253, 2004; SCHIPPER, K., “The introduction of International Accounting Standards in Europe: implications for international convergence”, *European Accounting Review*, vol. 14, núm. 1, 2005, disponible en <http://dx.doi.org/10.1080/0963818042000338013> (último acceso: 17.01.2017); WYATT, A., “Commentary on International Accounting Standards”, *Accounting Horizons*, vol. 3, núm. 3, 1989, disponible en <http://search.proquest.com/docview/208898533?pq-origsite=gscholar> (último acceso: 17.01.2017). En el panorama de los países miembros de la Unión Europea, su seguimiento es generalizado desde el ejercicio

normativa contable española sigue con fidelidad las cuarenta y una normas NIC<sup>78</sup>. La NIC 38 recoge el tratamiento contable para los activos intangibles<sup>79</sup>.

Un activo es un recurso: a) controlado por la empresa como resultado de sucesos pasados; y b) del que se esperan beneficios futuros (sección 8 NIC 38). Expresamente, para dicha norma, un activo intangible es un activo identificable, de carácter no monetario y sin apariencia física. Por tanto, se extraen tres requisitos troncales para que los balances incluyan a los intangibles como activos. En primer lugar, ha de ser un activo identificable. Esta exigencia queda cumplida cuando: a) el activo es separable o susceptible de serlo respecto a la entidad y vendido, cedido, licenciado, arrendado o intercambiado, ya sea individualmente o junto con el contrato, activo o pasivo con los que guarde relación; o, b) surja de derechos contractuales u otros derechos legales, con independencia de que esos derechos sean transferibles o separables de la entidad o de otros derechos u obligaciones<sup>80</sup>. En segundo lugar, la empresa ha de controlar el activo. Ello sucederá cuando la entidad tenga la potestad de obtener los beneficios futuros que le proporcionará el intangible y, adicionalmente, cuando también pueda restringir el acceso de terceras personas a dichos beneficios<sup>81</sup>. Esto se trasluce en que, principalmente, el activo intangible debe estar protegido por algún tipo de derecho legal, como los de propiedad intelectual o industrial oponibles *erga omnes*. Y, en último lugar, que el intangible nutra a la empresa de beneficios económicos futuros, tanto por la vía de ingresos directos como por ahorros de costes, por ejemplo, en procesos productivos<sup>82</sup>.

---

contable de 2005, fecha que estableció el Reglamento 1606/2002, del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de julio, relativo a la aplicación de las normas internacionales de contabilidad, para la elaboración de las cuentas anuales con arreglo a los criterios de las NIC. Por el contrario, Estados Unidos tiene sus propios estándares contables denominados *United States Generally Accepted Accounting Principles*. Sobre un estudio de contraste entre los sistemas contables europeo, homologado a los estándares financieros internacionales, y estadounidense, *vid.* CLARK, R.A y RIISBERG, K., “Differences in European and U.S. GAAP: implications for transfer pricing analysis”, *Tax Management Transfer Pricing Report*, vol. 13, núm. 13, 2004.

<sup>78</sup> Cfr. DE HARO IZQUIERDO, M., “Activos intangibles, la difícil delimitación de su conceptualización, contabilización y aplicación fiscal en el ámbito de la I+D+I”, BIB 2011\960, *Quincena Fiscal*, , núm. 13, 2011, p. 3, y PÉREZ, J.A., “Consideraciones sobre precios de transferencia de propiedad intangible”, *Cuadernos de Formación del Instituto de Estudios Fiscales*, vol. 17, núm. 7, 2014, p. 108, disponible en [http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/revistas/cuadernos\\_formation/2014\\_17\\_07.pdf](http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/revistas/cuadernos_formation/2014_17_07.pdf) (último acceso: 14.12.2016).

<sup>79</sup> Un resumen de ésta puede consultarse en <https://www.iasplus.com/en/standards/ias/ias38> (último acceso: 17.01.2017). El texto completo puede verse en <http://www.icac.meh.es/Temp/20170117114242.pdf> (último acceso: 17.01.2017). Una exposición sintética, desde una obra científica, puede verse en CAÑIBANO CALVO, L. y GISBERT CLEMENTE, A., “Los intangibles en las Normas Internacionales de Información Financiera”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 259-260, 2006.

<sup>80</sup> Sección 12, NIC 38.

<sup>81</sup> Sección 13, NIC 38.

<sup>82</sup> Sección 17, NIC 38.

A nivel contable, no basta únicamente con que el inmovilizado intangible cumpla con la definición expuesta para que sea reconocido en el balance. Para su reconocimiento se requiere conjuntamente que: a) los beneficios económicos futuros fluyan hacia la entidad; y b) el coste del activo pueda ser valorado fiablemente<sup>83</sup>. Igualmente, en el Plan General de Contabilidad (PGC)<sup>84</sup> y demás regulación contable española, el espíritu es igual que las directrices de las NIC a la hora de acotar el plano contable de los intangibles<sup>85</sup>.

Siguiendo específicamente el PGC, podemos detectar expresamente los siguientes activos intangibles, lo cuales serán objeto de la correspondiente amortización y corrección valorativa por su deterioro. El listado no es cerrado. Como hemos recalado, cualquier intangible que cumpla los requisitos citados puede ser activado<sup>86</sup>. En primer lugar, los gastos de investigación y desarrollo cuando: a) estén específicamente individualizados por proyectos y su coste sea claramente establecido para su ramificación temporal; y b) haya motivos fundados del éxito técnico y de la rentabilidad económico-comercial del proyecto. Si no cumplieran estas condiciones, serán gastos del ejercicio en el que se realicen. En segundo lugar, la propiedad industrial, incluyéndose los gastos de desarrollo capitalizados cuando se obtenga la patente o similar y los costes de registro y formalización. En tercer lugar, el fondo de comercio, siempre que su valor se ponga de manifiesto en virtud de una adquisición onerosa, en el contexto de una combinación de negocios. En cuarto lugar, los derechos de traspaso en los casos en que su valor se ponga de manifiesto gracias a una adquisición onerosa, debiendo ser objeto de amortización y corrección valorativa por deterioro. En quinto lugar, el *software*, cuando sea identificable, con independencia de que sea adquirido a terceros o creado por la propia empresa para su autoconsumo, así como los gastos de desarrollo de páginas *web*.

---

<sup>83</sup> Sección 21, NIC 38.

<sup>84</sup> RD 1514/2007, de 16 de noviembre. BOE núm. 278.

<sup>85</sup> Cfr. en lo referente al concepto de activo, art. 36.1.a) Código de Comercio y norma del marco conceptual 5ª. 1 del PGC; en lo relativo al inmovilizado intangible, normas de registro y valoración 5ª y 6ª del PGC.

<sup>86</sup> Por ejemplo, siguiendo la norma de registro y valoración 6ª, las concesiones administrativas, derechos comerciales, propiedad intelectual, licencias. Importante resaltar que la norma 5ª no permite el reconocimiento de gastos de inicio de actividad, las marcas, cabeceras de periódicos o revistas, sellos o denominaciones editoriales, listas de clientes u otras partidas similares, que se hayan generado internamente. Por ello, existirán intangibles que no serán reflejados en el balance (cfr. SMITH, G.V. y PARR, R.L., *Valuation of intellectual property and intangible assets*, 3ª ed., John Wiley & Sons INC. Nueva York, 2000, p. 64-65), lo cual, puede ser explotado por las empresas para manipular los balances. Este es un reto latente que, como señala PENMAN, puede ser parcialmente neutralizado si, inmediatamente, se verifica el valor de los intangibles no incluidos como activos del análisis de la cuenta de pérdidas o ganancias (*income statement*). Sobre dicha teoría, *vid.* PENMAN, S., "Accounting for intangible assets: there is also an income statement", *ABACUS*, vol. 45, núm. 3, 2009, disponible en <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1467-6281.2009.00293.x/full> (último acceso: 17.01.2017).

Del estudio contable extraemos una conclusión: la perspectiva contable parte de un concepto de intangible tan amplio como la doctrina privada; pero atenúa el abanico de intangibles supeditándolo al cumplimiento de una serie de caracteres. El listado es un *numerus apertus* condicionado. De esta manera, por ejemplo, intangibles como las listas de clientes o una plantilla de trabajadores cualificados no serán activados en el balance si la empresa carece de control sobre los beneficios futuros esperados<sup>87</sup>.

### 3.3. Visión jurídico-tributaria

Desde el punto de vista del Derecho tributario, el régimen conceptual de los intangibles se condensa, principalmente, en lo relativo a los precios de transferencia. Dicho tratamiento será estudiado autónomamente en el siguiente apartado dada su especialidad, reservándonos en el presente la visión puramente tributaria. A su vez, podemos dividir el análisis en función del origen de la fuente jurídica; por lo que, distinguiremos entre un plano internacional, fundado en el Derecho internacional tributario, y un plano interno o doméstico, con referencia a las escuetas referencias conceptuales, adelantamos ya, a estos activos en la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (LIS)<sup>88</sup>.

En el plano de la tributación internacional, los CDI proceden a un reparto de la potestad tributaria entre los Estados signatarios del mismo, clasificando las rentas en distintas categorías<sup>89</sup>. El MC OCDE es innegablemente el punto de referencia en la elaboración de los tratados fiscales, gozando de una influencia destacable que ha impregnado el Derecho internacional tributario, tanto el vinculante como el no vinculante. No obstante, su seguimiento no es, ni mucho menos, completo en lo que a su parte sustancial se refiere. Los Estados soberanos mantienen su propia política tributaria, interna e internacional, y ello se refleja en los CDI.

El artículo 12 MC OCDE trata la fiscalidad de unas rentas *pasivas* y especiales, llamadas cánones<sup>90</sup>, que toman en consideración determinados activos intangibles. No ofrece

---

<sup>87</sup> En el caso de la plantilla de trabajadores, el control es casi ineficaz, dado que nada obsta para que en el futuro dicha plantilla no esté en la empresa. La lista de clientes puede ser, en cambio, considerada un activo intangible si existen derechos legales que protejan la conexión entre los clientes y la empresa. *Mutatis mutandis* puede aplicarse este razonamiento al *know-how* o fórmulas de gestión.

<sup>88</sup> BOE núm. 288, de 28.11.2014.

<sup>89</sup> Los objetivos tradicionales de los CDI han sido la eliminación de la doble imposición internacional y la lucha contra el fraude fiscal. En el presente, parece estar naciendo el combate contra la doble no imposición como un nuevo objetivo, si bien dentro de la lucha contra la elusión fiscal.

<sup>90</sup> También llamadas *royalties* (en literatura anglosajona), regalías (en literatura latinoamericana), *canoni* (en literatura italiana), *redevances* (en literatura francófona), *lizenzgebühren* (en literatura alemana). El empleo del

una definición *ex profeso* de activos intangibles, pero sí indirectamente al concretar qué intangibles son cánones a los efectos del CDI. Según su apartado segundo, se entiende por cánones “las cantidades de cualquier clase pagadas por el uso, o la concesión de 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 informaciones relativas a experiencias industriales, comerciales o científicas”.

Éste es el núcleo que se halla presente en la práctica totalidad de los más de 3.000 CDI vigentes en el mundo. De manera contingente, algunas organizaciones internacionales y países amplían el concepto incluyendo pagos por servicios de asistencia técnica, como por ejemplo la India<sup>91</sup>, o el alquiler de equipos industriales, comerciales o científicos<sup>92</sup>. El concepto de canon surge de la concurrencia simultánea de tres elementos. En primer lugar, uno de tipo formal, al requerirse que el negocio jurídico entre las partes sea una concesión de uso, no una enajenación o transmisión del título dominical. En segundo lugar, un elemento material, el cual conforma el objeto del anterior contrato. Han de tratarse de derechos puramente intangibles dimanados de creaciones intelectuales o industriales. Y, en tercer lugar, un elemento esencial consistente en la existencia de una contraprestación económica o pago<sup>93</sup>.

El concepto cubre a la conocida en el ámbito jurídico anglosajón *intellectual property*. El listado de propiedad intelectual que ampara es cerrado, y única y exclusivamente atañe a los elementos de propiedad intelectual que se hallan en él<sup>94</sup>. De

---

primer término es el más expandido en la literatura tributaria internacional. Asimismo, son un tipo de renta que encuentra su hábitat tributario en su condición transfronteriza (Cfr. GREGGI, M., *Profili fiscali della proprietà intellettuale: le royalties nelle imposte dirette*, Università di Ferrara, Ferrara, 2008, p. 333).

<sup>91</sup> Vid., al respecto, RODRIGUEZ LOSADA, S., “La particular concepción de la Administración tributaria de la India en relación con el concepto y el régimen jurídico tributario de los servicios de asistencia técnica”, *Crónica Tributaria. Boletín de Actualidad*, núm. 4, 2014, disponible en [http://www.ief.es/docs/destacados/publicaciones/revistas/ct/2014\\_4.pdf](http://www.ief.es/docs/destacados/publicaciones/revistas/ct/2014_4.pdf) (último acceso: 3.08.2018).

<sup>92</sup> Hasta la versión de 1992 del MC OCDE se incluía en el concepto los pagos por alquiler de bienes tangibles. España mantuvo una reserva en los posteriores modelos de convenio al respecto hasta la versión de 2014. Por su parte, el MC ONU, actualmente, lo sigue manteniendo en su art. 12.3.

<sup>93</sup> La forma del pago es un elemento accesorio que no condiciona la calificación de una renta como canon en la perspectiva convencional. No obstante, el auge de la economía digital ha traído nuevas formas de pago electrónica, distintas a las monedas fiduciarias, como los *Bitcoins*. El concepto tan amplio usado por el texto convencional, como las explicaciones dadas en los Comentarios, pueden permitir, desde nuestra opinión, que los *Bitcoins* sean considerados pagos admisibles en la adquisición de algún derecho intangible. El MC OCDE y los demás CDI existentes hablan de “cantidades”, “retribuciones”, “contraprestaciones” o “remuneraciones” sin especificar si las mismas han de estar basadas en monedas fiduciarias de curso legal o en virtuales.

<sup>94</sup> Cfr. VALTA, M., “Article 12”, en REIMER, E. y RUST, A. (Eds.), *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions*, 4ª Ed., Kluwer Law International, La Haya, 2015, p. 1002.

manera más precisa, los intangibles contenidos en él pueden clasificarse en tres modalidades: los derechos de autor, o *copyright* anglosajón, sobre obras literarias, artísticas o científicas; los derechos de propiedad industrial, o *industrial property* anglosajona, como las patentes, marcas, diseños, modelos, planos, fórmulas o procedimientos secretos; y, las informaciones relativas a experiencias industriales, comerciales o científicas o *know-how*<sup>95</sup>. Desde una visión más genérica, se puede sostener que los intangibles contenidos dimanen de diferentes elementos de propiedad intelectual e industrial<sup>96</sup>.

Todos los derechos de propiedad intelectual e industrial son intangibles, si bien, no todos los intangibles, como puede contrastarse, están protegidos legalmente<sup>97</sup>. El concepto de intangible en el plano tributario internacional, obtenido de manera mediata a través del estudio de las rentas llamadas cánones, es restrictivo y selectivo, si bien, los problemas de interpretación de los preceptos del CDI aplicable y de calificación de rentas pueden lograr una ampliación del concepto y añadir nuevos activos intangibles. También, como dijimos previamente, los ordenamientos tributarios nacionales pueden incluir un concepto distinto a los efectos de tributación de personas no residentes. En el caso español, el art. 13.1.3º de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes<sup>98</sup>, añade los derechos de imagen y los equipos industriales, comerciales o científicos, y especifica que los derechos sobre los *softwares* también se hallan incluidos<sup>99</sup>.

En el Derecho tributario español, más allá del catálogo de intangibles para el concepto interno de canon doméstico, no existe una definición a efectos fiscales precisa y

---

<sup>95</sup> La distinción entre las fórmulas y procedimientos secretos, y el *know-how* no es del todo pacífica, dada su estrecha vinculación. VALTA califica a los primeros como *know-how* en sentido estricto, y al segundo como *know-how* en sentido amplio. Precisa la distinción en que los primeros sí que están protegidos legalmente y son secretos, patentables o no; mientras que el segundo no goza de protección legal como un derecho absoluto, como por ejemplo las patentes, y son experiencias no secretas pero no divulgadas (Cfr. VALTA, M., “Article 12”, *op. cit.*, p. 1013).

<sup>96</sup> Cfr. GARCÍA HEREDIA, A., *Fiscalidad internacional de los cánones: derechos de autor, propiedad industrial y know-how*, Lex Nova, Valladolid, 2007, p. 41.

<sup>97</sup> La posición privilegiada en un determinado mercado puede ser un intangible desde una óptica empresarial. Sin embargo, en el terreno legal no es tan nítida su catalogación. Siguiendo a VERLINDEN y MONDELAERS, posiblemente se trate de un potenciador del valor (*value enhancer*) para la empresa que se encuentra expresamente fuera del listado de intangibles a los efectos de los tratados fiscales. El párr. 10.1 de los Comentarios al art. 12 del MC OCDE distinguen entre el derecho de distribución exclusiva de un producto o servicio en un territorio frente al derecho de utilización exclusiva de un derecho intangible. En el primer caso, se trata de un potenciador del valor que no está dentro del grupo de intangibles del art. 12, mientras que el segundo sí lo está. Cfr. VERLINDEN, I. y MONDELAERS, Y., *op. cit.*, p. 51.

<sup>98</sup> Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes. BOE núm. 62, de 12.03.2004.

<sup>99</sup> También se entienden incluidos en el concepto de canon del MC OCDE a través del párr. 12 de los Comentarios al MC OCDE actuales.

concluyente. Situación que no es anómala, dado que el tratamiento de los aspectos fiscales del inmovilizado intangible de las sociedades tiene como sustrato base el régimen contable (art. 10.3 LIS). En este sentido existen normas generales sobre aspectos relacionados con intangibles que se enumeran a continuación: a) imputación de las rentas negativas generadas en la transmisión del inmovilizado inmaterial, cuando la entidad adquirente sea miembro del grupo societario *ex art.* 42 del Código de Comercio (art. 11.9 LIS); b) amortización del inmovilizado intangible según su vida útil, como regla general (art. 12 LIS y 103 LIS, con particularidades para empresas de reducida dimensión); c) no deducibilidad de las pérdidas por deterioro del inmovilizado intangible, inclusive el fondo de comercio (art. 13.2.a LIS); d) la deducción en la cuota íntegra por los gastos e inversiones en inmovilizado material e intangible por actividades de investigación, desarrollo e innovación tecnológica (art. 35 LIS).

El único precepto que atañe a una breve descripción conceptual de estos bienes inmateriales es el art. 23.1 LIS. Este artículo recoge el catalogado *patent box regime* que tiene como finalidad incentivar las actividades de I+D+i en territorio español. *Grosso modo*, permite una reducción en la base imponible en una cuantía parcial respecto a la renta obtenida por la cesión del uso o explotación de una serie de intangibles ligados a las creaciones industriales, según una fórmula establecida en dicho precepto<sup>100</sup>. A los efectos de este régimen fiscal, se mencionan los siguientes activos intangibles: patentes, dibujos o modelos, planos, fórmulas o procedimientos secretos y derechos sobre informaciones relativas a experiencias industriales, comerciales o científicas (*know-how*). En definitiva, derechos protegidos por las normas de propiedad industrial españolas.

### **3.4. Visión a efectos de precios de transferencia**

Acotar una definición homogénea y común de “activo intangible” a los efectos de precios de transferencia es importante, dado que de su calificación como tal puede depender la aplicación de las normas contenidas en el Capítulo VI de las DPT, con los consiguientes

---

<sup>100</sup> Mediante la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016, se introdujo en este régimen el llamado *nexus approach* en virtud del cual, gracias a un método formulario, se pretende eliminar su aplicación abusiva por multinacionales que trasladan aquí sus activos intangibles para posteriormente percibir rentas de la cesión de éstos a otras empresas. Tal enfoque viene siendo defendido por la Acción 5 del Plan BEPS sobre competencia fiscal perjudicial. De esta forma, España se adelantó a la implementación multilateral de este aspecto puntual del Proyecto BEPS. Para un análisis más extenso del *IP regime* español, *Vid.* GIL GARCÍA, E., “Implementation of the modified nexus approach under the Spanish patent box regime”, en DANON, R. (Ed.), *Base erosion and profit shifting (BEPS): impact for European and international tax policy*, Schulthess, Zurich, 2016, pp. 1-21.

conflictos de valoración *at arm's length*. Un ejemplo paradigmático es el caso *GlaxoSmithKline*, donde el conflicto con el IRS estadounidense versó sobre la existencia de un intangible de comercialización, la marca de la patente farmacéutica obtenida por la matriz con residencia británica, saldándose con el allanamiento de la empresa al pago de 3.4 billones de dólares<sup>101</sup>. De igual importancia es conseguir una definición propia y autónoma, sin ninguna conexión con las disciplinas tributaria, contable o de derecho privado.

Desde la inclusión en 1996 de un Capítulo específico en las DPT sobre activos intangibles no ha existido una definición de dicha expresión. A modo ejemplificativo, se mencionaba en el párr. 6.2 de la anterior versión de las DPT que tal concepto abarcaba los derechos de utilización de activos industriales, como, por ejemplo, las patentes, marcas, nombres comerciales, dibujos o modelos, propiedad literaria y artística e intelectual, *know-how* y los secretos industriales. Sin embargo, desde 2011, con el proyecto de la OCDE sobre precios de transferencia y activos intangibles, la inclusión de una definición a los efectos de precios de transferencia ha ganado fuerza. Dicho proyecto fue absorbido por la Acción 8 del Proyecto BEPS, la cual tiene entre sus objetivos “la adopción de una definición de intangibles amplia y claramente delineada”<sup>102</sup>.

Con las nuevas DPT resultantes de las Acciones 8-10 del Proyecto BEPS, se define el término “intangible” como un “bien que no es un activo físico ni un activo financiero, que puede ser objeto de propiedad o control para su uso en actividades comerciales, y cuyo uso o transmisión sería remunerado si se produjera en una operación entre empresas independientes en circunstancias comparables”<sup>103</sup>. Es una definición en sentido excluyente

---

<sup>101</sup> Cfr. MIYATAKE, T., “General report”, en IFA, *Cahiers de droit fiscal international. Transfer pricing and intangibles*, vol. 92a, Amsterdam, 2007, p. 23; TIMOSHENKO, I., “Definition and valuation of intangible assets for international transfer pricing purposes”, *Lund University Publications and Students Papers*, 2014, p. 11 disponible en <http://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordOID=5104580&fileOID=5104605> (último acceso: 09.01.2017).

<sup>102</sup> OCDE, *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, *op. cit.*, p. 23.

<sup>103</sup> OCDE, *Aligning transfer pricing outcomes with value creation. Actions 8-10, 2015 final reports*, *op. cit.*, párr. 6.6. Adviértase que esta definición, en los mismos términos, fue propuesta por primera vez en uno de los borradores del Proyecto de la OCDE sobre precios de transferencia y activos intangibles en 2012 [Cfr. OCDE, *Discussion draft. Revision of the special considerations for intangibles in chapter VI of the OECD Transfer Pricing Guidelines and related provisions*, OECD Publishing, París, 2012, párr. 5, disponible en <http://www.oecd.org/ctp/transfer-pricing/50526258.pdf> (último acceso: 30.01.2017)]. Igualmente, fue adoptada, posteriormente, por la versión preliminar de las Acciones 8-10 de 2014 [Cfr. OCDE, *Guidance on transfer pricing aspects of intangibles. Action 8, 2014 deliverable*, OECD Publishing, París, 2014, párr. 6.6, disponible en <http://www.oecd-ilibrary.org/docserver/download/2314291e.pdf?expires=1485767687&id=id&accname=guest&checksum=D4B3EEF0AB66ACC911BE3BF419783084> (último acceso: 30.01.2017)].

(será intangible aquello que no es tangible ni del valor negociable en mercados financieros) que da las tres características básicas para que los operadores jurídicos subsuman en ella el potencial activo intangible involucrado en una operación vinculada<sup>104</sup>. No es una definición amplia ni cerrada; consta de un exquisito equilibrio que favorecerá la desaparición de bastantes problemas de calificación.

La definición consta de un elemento principal y dos concurrentes. El principal es neutro y ofrece la definición clásica de intangible en perspectiva negativa. Consiste en la delimitación objetiva de tales activos identificándolos como aquellos que no son ni físicos ni financieros. Los otros dos elementos han de darse cumulativamente y son los detonantes de la existencia de un intangible a efectos de precios de transferencia. El primer elemento, que el intangible pueda ser objeto de propiedad o control para su uso en actividades comerciales, está en línea con el enfoque sustancialista que predicen las nuevas Directrices. Este matiz refleja que más allá de la forma, como por ejemplo que el activo esté en la hoja de balance o goce de protección registral, lo importante es determinar si ese intangible es susceptible de ser objeto de título dominical o posesión (*substance over form*)<sup>105</sup>. El segundo elemento consiste en que el uso o enajenación del activo intangible sea potencialmente remunerado si dicha operación se realizase entre empresas independientes en circunstancias comparables. De esta manera, se introduce en la doctrina OCDE una de las premisas de construcción jurisprudencial que conforman el concepto de activo intangible en las normas sobre precios de transferencia en Estados Unidos. Como indica el precedente manifestado por la *Tax Court* en *Merck & Co. v. United States*, se requiere que el intangible sea objeto de transacción comercial (*commercially transferable interest*), ya sea mediante su venta,

---

<sup>104</sup> Han existido opiniones, principalmente de sectores privados, que solicitaban un concepto de intangibles alineado con la perspectiva contable o el derecho de propiedad intelectual en sentido amplio en favor del principio de seguridad jurídica. Sin embargo, coincidimos con SILBERZTEIN en que tal postura no es del todo satisfactoria a los efectos de los precios de transferencia. Existen intangibles que careciendo de protección registral, como por ejemplo el *know-how* o los secretos industriales, son mensurables económicamente y objeto de comercio entre empresas [Cfr. SILBERZTEIN, C., “Transfer pricing aspects of intangibles: the OECD Project”, *Transfer Pricing International Journal*, vol. 12, núm. 8, 2011, p. 3 (documento electrónico)]. Igualmente, en ocasiones, desde la perspectiva contable, los gastos de I+D y los intangibles resultantes del mismo no siempre se registran en el balance como activos, siendo indudable su valor para la actividad de la empresa. Finalmente, las nuevas DPT aclaran en sus párrafos 6.13 y 14 que la calificación fiscal de una operación transfronteriza no determina la calificación a efectos de precios de transferencia, y viceversa. El concepto tributario de cánones, *ex art. 12 MC OCDE*, y el concepto de intangibles a efectos de precios de transferencia son conceptos que se aplican en planos distintos, si bien, en ocasiones, estos planos pueden ser homogéneos y superponerse.

<sup>105</sup> Cfr. MONSENEGO, J., *Introduction to transfer pricing*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2015, p. 67.

licencia o permuta en cualquier mercado<sup>106</sup>. Estos dos elementos son los que permiten distinguir entre los intangibles y los generadores y/o potenciadores de valor empresarial (*value drivers and/or enhancers*) como las características de los mercados, la posición monopolística en un mercado o las sinergias. A diferencia de los intangibles a efectos de precios de transferencia, los últimos no pueden ser objeto de ningún derecho real de propiedad y, por lo tanto, no existe predisposición de ningún operador del mercado en pagar por su adquisición o uso<sup>107</sup>.

Desde nuestra postura, estos dos elementos concurrentes suponen un adelanto del *substance over form principle* y el *at arm's length principle* a un estadio totalmente novedoso e inicial en el análisis de precios de transferencia para activos intangibles como lo es la mera definición de éstos. Si bien, como tendremos ocasión de exponer en el correspondiente capítulo de esta obra, la búsqueda de una operación comparable no siempre será posible y la dificultad de construir una transacción ficticia entre partes independientes para avalar el precio de una transacción real puede suponer una tensión para el ALS que aboque a su desnaturalización tal y como lo hemos conocido históricamente.

Con este nuevo enfoque de las DPT en materia de determinación de intangibles para el análisis de precios de transferencia se aboga por el estudio casuístico y pormenorizado, huyendo de una vaga, ejemplificativa y genérica definición de “activo intangible”. Una correcta valoración *at arm's length* del activo intangible en una operación entre partes asociadas pasa, en primer lugar, por la delimitación de la naturaleza del intangible de manera autónoma, en virtud de un análisis funcional<sup>108</sup>.

---

<sup>106</sup> *Merck & Co. v. United States*, 24 CL. Ct. 73 (1991). Cfr. BONANO, W.E., “Transfers of intangible property under section 482”, *International Tax Bulletin*, february, 1999, p. 1, disponible en <http://www.pmstax.com/ftp/intl/bull9902.pdf> (último acceso: 31.01.2017); MIYATAKE, T., “General report”, *op. cit.*, p. 23; WITTENDORFF, J., “BEPS Actions 8-10: birth of a new arm's-length principle”, *Tax Notes International*, vol. 81, núm. 4, 2016, p. 346.

<sup>107</sup> Cfr. VERLINDEN, I. y MONDELAERS, Y., “Transfer pricing aspects of intangibles: at the crossroads between legal, valuation and transfer pricing issues”, *op. cit.*, p. 55.

<sup>108</sup> Cfr. OCDE, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, *op. cit.*, párr. 6.12. No bastará con alegar que unos intangibles van a tener relevancia a efectos de precios de transferencia. Habrán de ser intangibles específicamente relevantes, situación que se cumplirá cuando encajen en la definición señalada. Además, se deberá determinar la forma en que contribuyen a la creación de valor en la operación, las funciones y riesgos con relación a su desarrollo, mejora, mantenimiento, protección o explotación, y el modo en que interactúan con otros activos de la empresa para crear valor (Cfr. SERRANO PALACIO, C., “El régimen fiscal de los precios de transferencia (iv): intangibles y técnicas de valoración”, en CORRAL GUADAÑO, I. (Dir.), *Manual de Fiscalidad Internacional*, vol. II, 4ª ed., IEF, Madrid, 2016, p. 951).

Las DPT ofrecen un listado ejemplificativo de qué activos pueden encuadrarse en esta categoría. La clasificación en cuanto a tipologías o divisiones de los activos intangibles no tiene mayor trascendencia para su delimitación conceptual, sin perjuicio de que su encuadre en uno u otro grupo tenga consecuencias en el posterior análisis de valoración. En atención a su grado de protección legal, puede hablarse de intangibles blandos (*soft intangibles*) y duros (*hard intangibles*), o en función de si se trata de intangibles que suelen tener presencia en distintas empresas de un sector, hablaríamos de intangibles rutinarios o no rutinarios. La clasificación más frecuente es la que diferencia entre intangibles mercantiles (*trade intangibles*)<sup>109</sup> y de comercialización o mercadotecnia (*marketing intangibles*). Intangibles mercantiles son las patentes, el *know-how*, los secretos comerciales, los dibujos, los diseños industriales y los modelos. Ejemplos de intangibles de comercialización son las marcas, los logos comerciales, los nombres comerciales, las listas de clientes, las licencias o la información sobre mercados. Mientras los primeros son empleados en la fase de producción industrial de bienes y servicios y suelen estar protegidos por derechos cuasi monopolísticos definidamente, los segundos se condensan en la fase de comercialización de dichos bienes y servicios y su protección legal, aunque es de menor intensidad que los primeros, se prolonga indefinidamente en el tiempo<sup>110</sup>. También pueden existir intangibles híbridos que compartan características de ambas categorías, como por ejemplo los derechos dimanados de licencias o concesiones públicas, las licencias sobre intangibles, las franquicias o las simples marcas, las cuales pueden crear valor en la fase de producción y en la de comercialización<sup>111</sup>.

Como ya hemos señalado, más allá de las diferentes clasificaciones que puedan existir, lo determinante a efectos de precios de transferencia será que el activo, para tener la consideración de intangible, cumpla con los tres requisitos mencionados. En tal caso, la operación comercial vinculada sobre la transmisión o uso del intangible deberá ser remunerada conforme al ALS. Existen intangibles cuya entrada en el concepto de las DPT dependerá de ciertos factores. Los podríamos calificar “intangibles problemáticos” en el sentido de que se encuentran en una zona de penumbra en cuanto a su consideración como

---

<sup>109</sup> También son conocidos como intangibles de producción (*manufacturing intangibles*). Como indica RODRÍGUEZ LOSADA, “la lógica económica de estos intangibles [...] se basa en la idea de que su origen responde al desarrollo de costosas actividades de I+D+i en las que se asumieron riesgos”. Cfr. RODRÍGUEZ LOSADA, S., *Régimen jurídico tributario de los rendimientos derivados de bienes intangibles. Aspectos internacionales*, op. cit., p. 715.

<sup>110</sup> Cfr. PURI, S., “Situs of intangible assets: marketing versus trade intangibles”, *Bulletin for International Taxation*, vol. 19, núm. 6, 2014, p. 204.

<sup>111</sup> Cfr. MARKHAM, M., *The transfer pricing of intangibles*, op. cit., pp. 43-44.

tales desde la visión de la Doctrina OCDE, a pesar de su indudable naturaleza jurídica intangible. Se trata de la plantilla de trabajadores reunida (*assembled workforce* o *workforce in place*), las sinergias dentro del grupo multinacional, las características específicas del mercado, el fondo de comercio (*goodwill*) y el valor de la empresa en funcionamiento (*ongoing concern value*).

Las empresas pueden tener capital humano específico, con una cualificación *ad hoc*, para su actividad mercantil. Ese grupo de trabajadores puede dar un valor añadido a la empresa en su tráfico empresarial. Expresamente, este intangible no aparece en el listado orientativo que las DPT facilitan. Su tratamiento en ellas aparece en las nuevas Directrices, con buen criterio, en el apartado D.7 del Capítulo I relativo a la aplicación del principio de plena competencia, en el cual se analiza cuándo ha de existir una remuneración en los casos de transferencia de dicha plantilla a otras entidades de la EMN. Siguiendo tal tesis, la remuneración *at arm's length* será exigible cuando la transferencia de trabajadores suponga también el traslado de conocimientos técnicos o *know-how*. Cuando no exista implícitamente tal transmisión, la plantilla de trabajadores será un mero factor de comparabilidad. Por ello, en ese caso, estimamos que dicha plantilla es un activo intangible conforme a los tres requisitos para su determinación a los efectos de precios de transferencia<sup>112</sup>.

Las sinergias del grupo empresarial son los efectos favorables (cargas sinérgicas) que determinadas actuaciones colectivas, o unilaterales, producen efectos a las empresas del grupo, proyectan sobre el estado financiero de la EMN. Son los retornos monetarios que se obtienen gracias a la optimización de la integración empresarial vertical, como por ejemplo las economías de escala, la eliminación de duplicidades o la centralización de la contratación o financiación crediticia en una sociedad del grupo<sup>113</sup>. Con las sinergias, la postura de las

---

<sup>112</sup> En la doctrina jurídico-tributaria estadounidense existe un clima de tensión entre la *Tax Court* y el IRS. Mientras que la primera aboga por no calificar a la *workforce in place* como intangible en perspectiva de precios de transferencia, por no estar incluida dentro de la *Treasury Regulation Section 1.482-4 (b)* [Cfr. *Veritas Software Corp. v. Commissioner*, 133 TC 297 (2009)], la Administración tributaria sostiene que sí es un intangible, y así pretende lograr que los traspasos intergrupo de plantillas no sean un mecanismo de elusión fiscal. Cfr. ROSS, A., "Taxation and pricing of intangibles", *Singapore Management University School of Accountancy Research Paper*, vol. 4, núm. 2, 2016, p. 11, disponible en [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2722836](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2722836) (último acceso: 27.10.2016); WITTENDORFF, J., "BEPS Actions 8-10: birth of a new arm's-length principle", *op. cit.*, p. 346. Sobre una visión crítica a la postura de la OCDE al considerarla como intangible para el análisis de precios de transferencia cuando, única y exclusivamente, haya traslado de *know-how* valioso, *vid.*, *in extenso*, PANSE, A., "Workforce in place: is it an intangible to pay for?", *International Transfer Pricing Journal*, vol. 21, núm. 3, 2014.

<sup>113</sup> Cfr. . Finalmente, los contables, sólo reflejan en los balances los intangibles acotados en las normas contables. Cfr. WRIGHT, D.R., KEATES, H.A., LEWIS, J. y AUTEN, L., "The BEPS Action 8 final report: comments from economists", *International Transfer Pricing Journal*, vol. 23, núm. 2, 2016, p. 101.

nuevas DPT es más tajante y no deja lugar a excepciones. No son intangibles en tanto que no son susceptibles de propiedad o control<sup>114</sup>. En cuanto a las características específicas del mercado, como ya señalamos *supra*, tampoco son intangibles a estos efectos<sup>115</sup>.

A los efectos de precios de transferencia es irrelevante la definición que se ofrezca del fondo de comercio y del valor de la empresa en funcionamiento<sup>116</sup>. Ambos elementos van siempre anejos a los activos de la empresa, luego su transmisión nunca puede hacerse individualmente. Lo importante es aislar de la remuneración pagada por la adquisición de aquel activo aquella parte que corresponde al valor reputacional de la empresa. Su calificación como intangible es indudable y, en caso de transmisiones entre entidades asociadas, dicha parte debe ser respetuosa con el ALS.

Finalmente, en Derecho comparado, las jurisdicciones suelen seguir las DPT para regular sus normativas domésticas sobre precios de transferencia, con lo cual, seguirán la definición de intangibles señalada<sup>117</sup>. No obstante, destacamos a dos países que tienen un concepto propio de intangible a los efectos de precios de transferencia. Se trata de Estados Unidos<sup>118</sup> e India<sup>119</sup>, en donde si bien los elementos que conforman el listado de intangibles

---

<sup>114</sup> OCDE, *Aligning transfer pricing outcomes with value creation. Actions 8-10, 2015 final reports, op. cit.*, párr. 6.30.

<sup>115</sup> OCDE, *ult. op. cit.*, párr. 6.31.

<sup>116</sup> Cfr. OCDE, *ult. op. cit.*, párr. 6.28. Las nuevas DPT mencionan las tres acepciones posibles para el fondo de comercio: 1. La diferencia entre el valor total del negocio y el de la suma de los valores de todos los activos tangibles e intangibles; 2. La representación de los beneficios económicos futuros asociados a los activos; 3. La expectativa de negocio futuro generado por los clientes actuales. En el caso *Philip Morris v. Commissioner* 96 TC 606 (1991), de la *US Tax Court*, se define el *Goodwill* como la suma total de aquellas cualidades imponderables que atraen clientes y dan patrocinio al negocio (traducción propia). Por su parte, por empresa en funcionamiento puede entenderse, desde el punto de vista económico, como aquel valor que tienen los activos de un negocio en conjunto por encima de la suma de los valores individuales de cada uno de ellos. En puridad, es irrelevante que se ofrezca una definición cerrada de fondo de comercio o empresa en funcionamiento a efectos de precios de transferencia, porque es indudable que son intangibles (desde la visión jurídico-empresarial y contable) que cumplen con las tres características que han de tener los intangibles en las DPT (Cfr. DESIROTTE, B. y VAN DEN BRANDEN, L., “What could goodwill still represent for the OECD?”, *Transfer Pricing International Journal*, vol. 14, núm. 12, 2013, p. 3).

<sup>117</sup> Vid. IFA, *Cahiers de droit fiscal international. Transfer pricing and intangibles*, vol. 92a, 2007. Destacamos que casi la mayoría de países siguen las DPT, luego también siguen la nueva definición que se contiene. Salvo contadas excepciones, ningún país tiene una definición de intangible interna a los efectos de precios de transferencia; si bien, algunos la tienen a los efectos mercantiles, tributarios o contables.

<sup>118</sup> En la Sección 482 del Reglamento del *Internal Revenue Code*, 1. 482-4 (b): “For purposes of section 482, an intangible is an asset that comprises any of the following items and has substantial value independent of the services of any individual - (1) Patents, inventions, formulae, processes, designs, patterns, or know-how; (2) Copyrights and literary, musical, or artistic compositions; (3) Trademarks, trade names, or brand names; (4) Franchises, licenses, or contracts; (5) Methods, programs, systems, procedures, campaigns, surveys, studies, forecasts, estimates, customer lists, or technical data; and (6) Other similar items. For purposes of section 482, an item is considered similar to those listed in paragraph (b)(1) through (5) of this section if it derives its value not from its physical attributes but from its intellectual content or other intangible properties”.

<sup>119</sup> En la Sección 92B de la *Income Tax Act*, que establece el concepto de transacción internacional vinculada, se indica que la expresión *intangible property* engloba: “ a) marketing related intangible assets, such as,

no son distintos a los que tendrían encaje en la definición de las nuevas DPT, el desafío lo encontramos en el posible nacimiento de supuestos de doble imposición internacional de tipo económica, como consecuencia de ajustes de dichos precios conforme al ALS cuando las Administraciones tributarias y/o jurisdiccionales realicen interpretaciones demasiado expansivas que no estén en consonancia con la doctrina general de la OCDE, la cual tiene un claro espíritu homogeneizador<sup>120</sup>.

#### **4. RETOS PLANTEADOS EN EL ANÁLISIS DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA EN OPERACIONES VINCULADAS CON INTANGIBLES: UNA PERSPECTIVA POST-BEPS**

La importancia de la propiedad intangible en el comercio mundial dentro de EMNs se ha tornado en una cuestión de riesgo para las autoridades fiscales nacionales. Su inmaterialidad facilita notablemente el traslado de dichos activos entre las empresas asociadas con dos posibles motivaciones. Por un lado, para atender a cuestiones de pura lógica y ordenación de los factores productivos y comerciales del grupo, bajo los principios de eficiencia y máximo beneficio en la explotación comercial, justificados por la competitividad que la globalización económica exige a las multinacionales; por otro lado, bajo el anhelo de conseguir un ahorro de impuestos que, indirectamente, tiene como finalidad última la búsqueda del máximo beneficio neto del grupo empresarial<sup>121</sup>. Es esta segunda

---

trademarks, trade names, brand names, logos; b) technology related intangible assets, such as, process patents, patent applications, technical documentation such as laboratory notebooks, technical know-how; c) artistic related intangible assets, such as, literary works and copyrights, musical compositions, copyrights, maps, engravings; d) data processing related intangible assets, such as, proprietary computer software, software copyrights, automated databases, and integrated circuit masks and masters; e) engineering related intangible assets, such as, industrial design, product patents, trade secrets, engineering drawing and schematics, blueprints, proprietary documentation; f) customer related intangible assets, such as, customer lists, customer contracts, customer relationship, open purchase orders; g) contract related intangible assets, such as, favourable supplier, contracts, licence agreements, franchise agreements, non-compete agreements; h) human capital related intangible assets, such as, trained and organised work force, employment agreements, union contracts; i) location related intangible assets, such as, leasehold interest, mineral exploitation rights, easements, air rights, water rights; j) goodwill related intangible assets, such as, institutional goodwill, professional practice goodwill, personal goodwill of professional, celebrity goodwill, general business going concern value; k) methods, programmes, systems, procedures, campaigns, surveys, studies, forecasts, estimates, customer lists, or technical data; l) any other similar item that derives its value from its intellectual content rather than its physical attributes”.

<sup>120</sup> Se trataría de casos en los que una jurisdicción tributaria entiende que la operación vinculada tiene por objeto un intangible, y como tal, debe ser remunerada conforme al principio de plena competencia, mientras que la otra jurisdicción entiende que no hay intangible y que esa transmisión no genera una remuneración. El ajuste primario en la primera, no se verá compensado por un ajuste correlativo en la segunda jurisdicción según indica el art. 9.2 MC OCDE.

<sup>121</sup> Como indica MONSENEGO, a la hora de elegir un modelo de precio de transferencia por las multinacionales existe un doble conflicto entre la eficiencia empresarial, con el objetivo de organizar la cadena de valor de manera que produzca el mayor beneficio posible, y la cuestión fiscal, de manera que se estructure la operación interna de la forma más liviana en cuanto a la cuantía de impuesto a ingresar, aun cuando no sea

motivación la que mayor preocupación despierta a las Haciendas estatales, dado el auge de técnicas de planificación fiscal en virtud de las cuales la propiedad de los activos intangibles es almacenada en filiales, radicadas en territorios de baja tributación y con regímenes fiscales atractivos para las rentas derivadas de intangibles, que cobran los correspondientes *royalties* por la licencia de los mismos a sociedades del grupo domiciliadas en territorios de mayor presión impositiva. Además, la propia naturaleza de muchos intangibles dificulta la fijación de un valor *at arm's length*, completándose el problema del traslado de beneficios hacia filiales con carentes funciones empresariales más allá de la titularidad de grandes activos intangibles (*cash boxes*) y el cobro de los *royalties*<sup>122</sup>. En conclusión, un problema de prácticas BEPS en las operaciones vinculadas.

Los precios de transferencia se convierten en la solución armonizada a este problema tributario. Por ello, la OCDE impulsó en sus Acciones 8 a 10 una revisión que desembocó en las actuales DPT que fue finalizada en octubre de 2015<sup>123</sup>. El tratamiento conjunto de estas tres acciones ha reconfigurado al Capítulo VI de las DPT en materia de transferencias internas de intangibles, así como la sección D del Capítulo I que resultan igualmente aplicables para estas operaciones específicas. Las directrices específicas del capítulo sexto son meras ampliaciones *sui generis* de las directrices generales para la aplicación del principio de libre competencia a cualquier operación entre empresas asociadas. De igual manera, el Capítulo IX de las DPT, relativo a los procesos de reestructuración empresarial, resultará igualmente aplicable en todo lo relativo a las reorganizaciones empresariales de activos intangibles.

La visión post-BEPS trata de aportar nuevas soluciones para que las Administraciones tributarias y los contribuyentes puedan evitar la potencial conflictividad en la determinación de un precio en condiciones *at arm's length*. Los retos siguen vigentes aún tras las nuevas DPT, pero los mecanismos para luchar contra ellos han sido actualizados a las presentes exigencias del contexto comercial internacional. Los desafíos los clasificamos

---

del todo eficiente desde la perspectiva empresarial. De esta manera, las multinacionales deben lograr un justo equilibrio entre ambos factores. Cfr. MONSENEGO, J., *Introduction to transfer pricing, op. cit.*, p. 64.

<sup>122</sup> Cfr. DISCHINGER, M. y RIEDEL, N., "Corporate Taxes and the location of intangible assets within multinational firms", *Journal of Public Economics*, vol. 95, núm. 7-8, 2011, p. 693, disponible en <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0047272710002045> (último acceso: 15.03.2017).

<sup>123</sup> La Acción 8 desarrolló la problemática de los intangibles, continuando los trabajos anteriores impulsados desde la OCDE para la modificación del Capítulo VI de las DPT. La Acción 9 se centró en la erosión de las bases imponibles como consecuencia de una reestructuración de los riesgos y el capital en el seno de la empresa. Por su parte, la Acción 10 actuó a modo de cierre analizando otras transacciones de riesgo sin racionalidad económica alguna.

en función de en qué estadio del análisis de precios de transferencia de una operación controlada nos hallemos. Por ello, desglosamos nuestro estudio entre el análisis de comparabilidad y el posterior análisis de valoración.

#### **4.1. Retos planteados en el análisis de comparabilidad**

El consenso internacional alcanzado para valorar las operaciones entre empresas asociadas y repartir los correspondientes beneficios según las fuerzas del mercado de manera objetiva acarrea la necesidad de practicar ejercicios comparativos entre la operación vinculada y las que se manifiestan, en términos equiparables, entre empresas independientes que operan en un mercado libre. El análisis de comparabilidad es un proceso analítico y metodológico que permite, tras la previa delimitación precisa de la operación vinculada, comparar a ésta con otra potencialmente equiparable realizada por empresas no vinculadas con el objetivo final de establecer el auténtico precio de la operación vinculada conforme al que terceras partes independientes establecerían en el libre mercado. Se trata de un proceso analítico porque se sustenta en el estudio y confrontación de los diversos elementos económicos y jurídicos que rodean a las operaciones objeto del análisis. Por contraposición, no se trata de un proceso constructivo del que se espere obtener un resultado al azar, sino que su carácter analítico radica en que su resultado, el establecimiento de un valor o rango de valores *at arm's length*, se extrae y depende del estudio de factores previamente seleccionados del mercado entre partes independientes. Su carácter metodológico viene dado por su investigación secuencial establecida por diferentes pasos interconectados y que responden a una lógica común. No obstante, tal y como establece el párr. 3.4 del Capítulo III de las DPT, su aplicación no es preceptiva, sino que es una mera orientación. Lo importante es que el resultado final sea la obtención de un precio según las fuerzas del mercado con independencia de que el proceso secuencial tipo haya sido o no aplicado de manera estricta.

Es un proceso amplio con subprocesos analíticos. A grandes rasgos podría decirse que el análisis de comparabilidad comienza con la identificación de las relaciones comerciales o financieras entre las partes vinculadas -lo que podríamos denominar, la contextualización o definición exacta de la operación vinculada- y termina en el instante en que se produce la determinación de una remuneración de plena competencia -análisis de valoración-, pasando previamente, en primer lugar, por un análisis funcional de la operación testada y, en segundo lugar, un análisis de comparabilidad *stricto sensu* cuando se buscan

comparables internos -entre la empresa vinculada y otra independiente- o externos -entre dos empresas independientes- en el mercado<sup>124</sup>. Cuando en el ejercicio de definición precisa de la operación resulte una operación carente de racionalidad comercial desde la perspectiva de la que ostentaría una operación parecida acordada por empresas independientes, el análisis de comparabilidad post-BEPS ha incluido la realización de un ajuste transaccional severo para tornar a la operación dentro de los parámetros *at arm's length*. Este ajuste se trata de la llamada recaracterización, la cual puede consistir en la ignorancia y/o sustitución de la transacción. Una vez concluido el análisis de comparabilidad, se está en disposición de iniciarse el análisis de valoración. El análisis de comparabilidad es la razón instrumental a través de la cual el ALS se manifiesta. Que dos operaciones sean comparables significa que no existen entre ambas diferencias que puedan mermar la valoración de la operación, bien mediante un precio unitario o un margen de valores, a menos que de existir las mismas puedan ser depuradas mediante ajustes de comparabilidad. Si bien es cierto que la búsqueda de la operación comparable idéntica es lo más deseable, no existe un mandato expreso en el ALS en tal sentido, sino que, en su defecto, para el análisis sirve aquella operación que pueda resultar sustancialmente comparable. Como indica WILKIE<sup>125</sup>, la esencia del ALS no es buscar operaciones comparables, sino más bien circunstancias comparables entre las operaciones objeto de análisis.

Las particularidades de las operaciones vinculadas que implican transmisiones o cesiones de uso de bienes intangibles ofrecen un desafío troncal al análisis de comparabilidad como es la inexistencia de operaciones comparables. Asimismo, puede existir otro reto como es la dificultad de delimitar con precisión una operación de reestructuración operativa que afecte a bienes intangibles. Su importancia a los efectos del análisis de comparabilidad no es baladí, en tanto que la definición precisa de la reorganización empresarial con activos intangibles es el primer paso para proceder a una búsqueda óptima de un comparable. Si no

---

<sup>124</sup> En el párr. 3.4 del Capítulo III de las Directrices se contienen los nueve pasos que conforman el análisis de comparabilidad. A continuación se enumeran: 1. Determinación de los años incluidos en el análisis; 2. Análisis del conjunto de las circunstancias del contribuyente; 3. Comprensión de la operación u operaciones vinculadas objeto de comprobación, sobre la base, en particular, de un análisis funcional a fin de seleccionar la parte objeto de análisis, el método de determinación de precios de transferencia más apropiado a las circunstancias del caso, el indicador financiero que será analizado, e identificar factores de comparabilidad importantes que deban tenerse en cuenta; 4. Revisión de comparables internos, si los hubiera; 5. Determinación de las fuentes de información disponibles (bases de datos comerciales) sobre comparables externos; 6. Selección del método de determinación de precios de transferencia; 7. Identificación de comparables potenciales; 8. Determinación y aplicación de los ajustes de comparabilidad que procedan; 9. Interpretación de los datos para la determinación de un precio *at arm's length*.

<sup>125</sup> WILKIE, J.S., "Transfer pricing aspects of intangibles: the license model", en LANG, M., STORCK, A. y PETRUZZI, R. (Eds.), *Transfer Pricing in a post-BEPS world*, op. cit., p. 71.

alcanzamos a definirla más allá de lo que las partes hayan estipulado formalmente, no estaremos en condiciones de iniciar un análisis de comparabilidad óptimo. Nacerá viciado en su raíz y el comparable, en caso de hallarlo definitivamente, no será el ideal para obtener un precio *at arm's length*. En el seno de las EMNs se adoptan decisiones que buscan el beneficio del interés del negocio global del grupo. Lo que pudiera parecer irracional desde el punto de vista económico para una sociedad del grupo, puede estar justificado en perspectiva global. Ese interés del negocio global, justificado por la integración vertical, no existe en las operaciones independientes, con lo cual el ejercicio de comparabilidad se complica en tanto que no existen operaciones comparables en el libre mercado dada la naturaleza *sui generis* de algunas reestructuraciones empresariales<sup>126</sup>.

Por lo tanto, escojamos un comparable interno o externo, lo que está claro es que especialmente en las operaciones con activos intangibles se exagera incluso la imposibilidad de lograr un comparable. Además, en caso de obtenerlo, éste posiblemente sea imperfecto. Por ejemplo, una operación vinculada que tiene por objeto una patente, cuyo carácter único, novedoso e inventivo, tal y como se requiere para obtener el derecho de explotación exclusiva sobre la misma por su titular, imposibilita, en la práctica, buscar una operación independiente con similares características. Asimismo, si dicha patente es transmitida a una empresa dentro del grupo encargada de la gestión, protección y explotación de éstas derivadas de actividades internas de I+D+i, la cual se encarga de licenciar la misma a otras empresas del grupo para su actividad empresarial, el análisis funcional que pueda desprenderse de tal estructuración será complicado que se encuentre en el mercado independiente, en donde no se tiene en consideración la lógica comercial y económica, basada en la eficiencia y máximo beneficio colectivo, que existe en un grupo multinacional.

El problema de la búsqueda de comparables en transacciones que implican a intangibles, pese a su grado de dificultad por los motivos señalados, no es un capítulo cerrado. Las nuevas DPT emanadas del Plan BEPS intentan asentar nuevos patrones para la aplicación efectiva del análisis de comparabilidad o, dicho en otras palabras, para la aplicación racional y concordada del ALS a las operaciones vinculadas que afectan a activos intangibles. También en el ámbito europeo, promovido por la Comisión Europea a través del EUJTPF, ha comenzado un intento de armonización del análisis de comparabilidad en lo que

---

<sup>126</sup> Cfr. LÓPEZ DE HARO, R. y MONTES, J., “Los procesos de reestructuración empresarial”, en CORDÓN EZQUERRO, T. (Dir.), *Fiscalidad de los precios de transferencia (operaciones vinculadas)*, 2ª ed., CEF, Madrid, 2016, p. 597.

a la búsqueda de comparables se refiere. Gracias al Informe sobre el uso de comparables en la UE<sup>127</sup>, emitido en marzo de 2017, se introduce un marco de precios de transferencia en la UE que busca conseguir consistencia y objetividad para asegurar una adecuada implementación de las DPT de la OCDE y prevenir el surgimiento de disputas entre contribuyentes y Administraciones tributarias<sup>128</sup>. Para ello, se ofrecen una serie de directrices específicas en lo relativo a la búsqueda de comparables internos o externos en bases de datos. El objetivo final es conseguir un análisis de comparabilidad gobernado por los principios de calidad, transparencia y consistencia.

El análisis de comparabilidad se articula gracias a las denominadas características económicamente relevantes o comúnmente conocidos como los factores de comparabilidad. Las DPT, en su párr. 1.36, establecen cinco factores a estudiar para definir con precisión la operación vinculada, en una primera fase, y comparar posteriormente con una operación no vinculada, en una segunda fase. En el primer caso estaríamos ante un análisis de delimitación, mientras que en el segundo estaríamos ante un análisis de comparabilidad en sentido estricto condicionado por el primero. Estos factores conforman las directrices generales aplicables a cualquier operación vinculada. Sin embargo, para las operaciones que involucran a activos intangibles, la sección D.2.1 del Capítulo VI de las DPT ha incluido una serie de directrices especiales que complementan a las generales. De la misma manera, la sección D.2 de la parte II del Capítulo IX de las Directrices establece aclaraciones para reestructuraciones con intangibles. En consecuencia, para la determinación de un análisis de comparabilidad óptimo habrá que aplicar coordinadamente las directrices generales y las especiales.

El primero de los factores de comparabilidad son los términos contractuales de la operación (sección D.1.1). Todo análisis previo de definición precisa de una transacción ha de partir de los términos contractuales escritos por las partes vinculadas, los cuales deberán ser confrontados con el comportamiento real de los contratantes. En caso de inconsistencia entre ambos elementos prevalecerán las características de la operación manifestadas por la conducta real de las partes, lo que supone una prevalencia de la sustancia sobre la forma. El análisis funcional es el segundo factor (sección D.1.2). Es posiblemente el pilar sobre el que

---

<sup>127</sup>JTPF/007/2016/FINAL/EN, disponible en [https://ec.europa.eu/taxation\\_customs/sites/taxation/files/jtpf0072017encomps.pdf](https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/jtpf0072017encomps.pdf) (último acceso: 6.11.2017).

<sup>128</sup> Cfr. DOZSA, M. y ROSCA, I.F., “Comparability analysis- A practical approach”, *Transfer Pricing International*, vol. 1, núm. 4, 2017, p. 192.

se asienta la definición precisa de una operación intragrupo a efectos de precios de transferencia en tanto que informa de las actividades ejercidas, los activos utilizados y los riesgos asumidos. Las nuevas DPT, heredera de la visión post-BEPS, han profundizado notablemente en el análisis de los riesgos, incluyendo nuevos términos como el de “gestión del riesgo” y aclarando aspectos sobre la asunción, mitigación y control de riesgos. El tercer factor de comparabilidad son las características de los bienes transmitidos o de los servicios prestados (sección D.1.3), el cual juega un papel importante en el valor de éstos, como por ejemplo productos con la última tecnología del mercado o servicios muy innovadores y específicos prestados vía online. El cuarto factor son las circunstancias económicas de las partes y del mercado en el que operan (sección D.1.4), mientras que el último lo componen las estrategias mercantiles (sección D.1.5).

Las directrices especiales<sup>129</sup> entendemos que complementan concretamente el análisis funcional, en lo que atañe a las perspectivas de la comparación de los riesgos en el seno de un análisis funcional, y las características de los bienes transmitidos. Suponen unas indicaciones *ad hoc* para el análisis de comparabilidad óptimo, maximizando el mayor logro posible en la búsqueda de un comparable sustancialmente parecido o con circunstancias comparables respecto al que se involucra en la operación vinculada objeto de estudio.

Las características únicas de los intangibles convierten el análisis de comparabilidad en una tarea más complicada. Por ello, se ofrecen una serie de características a las que los contribuyentes, asesores financieros o las Administraciones tributarias deberían atender. Tal y como indica el párr. 6.117 de las DPT, el listado que a continuación se muestra es un *numerus apertus* y nada obsta a que se tengan en cuenta otras variables para caracterizar los intangibles o los derechos sobre éstos.

a) Exclusividad de derechos sobre intangibles. Este carácter puede atribuir a su titular un *ius prohibendi* que impide que terceros utilicen o exploten, por ejemplo, una patente, confiriéndole una clara posición privilegiada, monopolística durante un periodo de tiempo, en el mercado. Luego el carácter exclusivo o no de los intangibles es un factor a considerar para el análisis de comparabilidad.

---

<sup>129</sup> Las DPT en su sección D.2 del Capítulo VI las denomina como “Directrices complementarias”. Nos referiremos indistintamente a ellas a lo largo de este trabajo como directrices especiales o complementarias.

b) Alcance y duración de la protección legal. Existen diferentes tipos de protección legal para los intangibles. Las patentes gozan de una protección registral que las hace oponibles *erga omnes*, mientras que el *know-how* o los secretos industriales gozan de una protección legal más laxa, especialmente gracias a la normativa contra la competencia desleal. También la duración de la protección difiere entre los intangibles, como por ejemplo en el caso español, donde las patentes son concedidas por un plazo de veinte años improrrogables<sup>130</sup>. Será un gran condicionante que ante el análisis de comparabilidad una de las patentes venza más pronto que la otra.

c) Extensión geográfica de la protección. Suelen existir distintos regímenes en función de cada intangible, especialmente en los dimanados de creaciones industriales. Por ejemplo, una patente puede gozar de una protección nacional o transnacional, como por ejemplo, en la llamada patente europea<sup>131</sup>. Asimismo, puede haber concesiones a nivel mundial de derechos sobre intangibles, así como concesiones territorialmente limitadas. Un caso de las primeras sería para aquellas invenciones industriales que se solicitan gracias al Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, también conocido como Convenio de la Unión de París. Su efecto es que a la par que se solicita un derecho, por ejemplo sobre una patente, en un Estado parte de tal convenio, se puede solicitar que automáticamente la misma se tramite administrativamente en todos los demás Estados parte del convenio, obteniendo una protección casi mundial dado el elevado número de países que han ratificado tal texto internacional. Todos estos factores geográficos son capitales para la valoración del intangible objeto del análisis.

d) Vida útil. Este factor, posiblemente, este ganando gran importancia recientemente, especialmente en los intangibles derivados de modelos de negocio digitales. La mayor o menor vida útil de un intangible hace que su valoración sufra cambios exponenciales. Además, el riesgo de obsolescencia es cada vez mayor, y suele producirse mucho antes de transcurridos los años de protección legal, con lo cual su valor decrece notablemente y es apartado tácitamente del mercado con la irrupción de nuevos intangibles.

e) Fase de desarrollo del intangible. Otro factor relevante que condiciona férreamente la selección de un comparable óptimo que se halle en situación similar de desarrollo.

---

<sup>130</sup> Art. 49, Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes (BOE núm. 73, 26.03.1986).

<sup>131</sup> Gracias al Convenio de Múnich de 5 de octubre de 1973 (BOE núm. 234, de 30.09.1986), se crea la Oficina Europea de Patentes que permite armonizar el procedimiento de obtención de derechos de patentes, y así gozar de protección en aquellos Estados (europeos) parte en el Convenio.

Asimismo, también será importante detectar si el intangible tiene una potencial salida en el mercado o no.

f) Derechos sobre mejoras, revisiones y actualizaciones. Factor interconectado con la vida útil. Las mejoras, revisiones y actualizaciones de intangibles pueden marcar la diferencia entre intangibles abocados a la estancamiento o a una continua actualización y supervivencia en un mercado altamente competitivo y globalizado.

g) Expectativa de beneficios futuros. Este factor está presente a lo largo de los seis citados anteriormente, tal y como indican las DPT. Su estudio se realiza conjuntamente en ellos y consiste en la confrontación con intangibles comparables que vayan a tener las predicciones de parejas generaciones de beneficios en el futuro.

El análisis de comparabilidad en lo que atañe a los riesgos en operaciones con intangibles requiere tomar en consideración riesgos específicos relacionados con la probabilidad de obtener beneficios económicos futuros a partir del intangible objeto de la operación. Las DPT ofrecen en su párr. 6.128 un listado de cuatro tipos de riesgos a tomar en consideración. Se trata de los riesgos relacionados con el futuro desarrollo del intangible, los relativos a la obsolescencia del producto y su depreciación, los que atañen a la infracción de los derechos sobre otros intangibles, y los dimanados de la responsabilidad con los productos que resulten del intangible.

Las directrices especiales no son demasiado receptivas en la aplicación de ajustes de comparabilidad en operaciones con transmisión de intangibles o derechos sobre éstos. Solo lo recomiendan cuando el ajuste sea plenamente fiable, situación bastante complicada si tenemos presente que leves ajustes en la operación comparable pueden acarrear grandes cambios valorativos en el intangible. Mayor plausibilidad parece darle al empleo de bases de datos comerciales para obtener comparables externos y tasas de *royalty*, siempre que se cumplan las previsiones de los párrafos 3.30 a 3.34 de las DPT<sup>132</sup>.

---

<sup>132</sup> Destacan las siguientes bases de datos: *Bloomberg*, *Osiris* y *Amadeus*, ésta última con datos de empresas privadas que cotizan en bolsas europeas. Sobre bases de datos que contengan información sobre contratos de licencia con intangibles y tasas de *royalties* destacan: *Intangible Spring*, *Royalty Connection*, *ktMine IP* y *RoyaltyRange*. Datos extraídos del Grupo Banco Mundial. Vid. COOPER, J., FOX, R., LOEPRICK y MOHINDRA, K., *Transfer pricing and developing economies: a handbook for policy makers and practitioners*, The World Bank Group, Washington, 2016, pp. 188 y ss., disponible en <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/25095> (último acceso: 09.01.2017).

El análisis de comparabilidad que afecte a intangibles debe considerar las opciones disponibles de forma realista (*options realistically available*) que las partes envueltas en la operación tenían a su disposición en el momento previo a la misma<sup>133</sup>. Las opciones realistas pueden rondar desde la posibilidad de obtener un precio mayor o menor al aceptable hasta la posibilidad de no realizar la operación. Las nuevas Directrices profundizan en la idea de que si la operación no busca la optimización de la asignación de recursos, surgiendo situaciones en las que el precio mínimo aceptable del vendedor o licenciante del intangible supera el precio máximo aceptable del comprador o licenciario vinculado, habría que plantearse si la operación debería ser sustituida por otra que cumpliera con una estructura *at arm's length* o directamente ignorada según la Sección D.2 del Capítulo I<sup>134</sup>.

#### **4.2. Retos planteados en el análisis de valoración**

El análisis de valoración es un proceso valorativo que comienza tras la correcta definición de las características comerciales y financieras de la transacción intragrupo y la búsqueda de comparables, en caso de que existan. En un escenario ideal, el análisis de comparabilidad en sentido estricto concluiría con el contraste de la transacción objeto de análisis con otra comparable realizada en el libre mercado. Sin embargo, ello no siempre es así, como sucede cuando existen activos intangibles tal y como señalamos con anterioridad. En esos casos, el subproceso de definición precisa se encarga de recrear unos resultados de la operación que hipotéticamente se darían en operaciones *at arm's length*.

Sus características especiales nos llevan a dividir su estudio en lo que a los retos planteados por las operaciones con intangibles proyectan sobre él. Es un análisis condicionado por la previa definición precisa de la operación y la búsqueda de un buen comparable; podríamos calificarlo como el eslabón final del *íter* metodológico para concretar el valor de la remuneración en consonancia con el principio de libre competencia.

Los retos específicos encontrados, nuevamente, tienen su raíz en la idiosincrasia especial que los intangibles poseen. Los podríamos dividir en dos: por un lado, la dificultad de seleccionar un método de valoración ante la posible ausencia de operaciones comparables

---

<sup>133</sup> Cfr. OCDE, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, *op. cit.*, párr. 6.110-6.114. Que deban considerarse a las dos partes vinculadas involucradas en la operación con intangible para definirla correctamente, no debe confundirse con la selección de la *tested party* para el análisis de precios de transferencia, el cual se realiza desde la perspectiva de una de ellas.

<sup>134</sup> Cfr. PANKIV, M., "Post BEPS application of the arm's length principle to intangible structures", *International Transfer Pricing Journal*, vol. 23, núm. 6, 2016, p. 468.

y, por otro lado, la dificultad de encontrar una remuneración *at arm's length* en el momento en el que se realiza la operación. Las nuevas DPT han ensanchado sus indicaciones para lograr la selección del método de valoración más adecuado para los casos de ausencia de comparables. Asimismo, ofrecen pautas novedosas para lograr una valoración de intangibles de incierta valoración (*highly uncertain intangibles*) y de difícil valoración (*hard-to-value intangibles*) en el preciso momento en el que se celebra la operación vinculada.

El párr. 6.131 comienza asentando los tres puntos a los que hay prestar atención para un correcta selección de un método de precios de transferencia: la naturaleza de los intangibles relevantes, la dificultad de identificación de operaciones no vinculadas e intangibles comparables y la dificultad de aplicar alguno de los métodos del Capítulo II en la operación de transmisión de intangibles. La selección del método de valoración debe tomar en consideración no sólo la naturaleza y caracteres de los intangibles involucrados en la operación, sino ir más allá y tener presente los elementos del análisis funcional (riesgo, activos y funciones) de todas las partes implicadas en la operación vinculada objeto de análisis. Es el análisis de comparabilidad *stricto sensu* el que habilita y/o recomienda la elección del método más efectivo posible. Por ello, los métodos que analizan solo a una de las partes no serán del todo deseables (método del precio de reventa y el del margen neto operacional), siendo preferibles aquellos que hacen un análisis holístico de la totalidad de las entidades involucradas.

Como principio general, cualquiera de los cinco métodos de precios de transferencia contenidos en el Capítulo II puede ser adecuado<sup>135</sup>. La selección responderá por lo tanto a

---

<sup>135</sup> Los métodos recogidos por las DPT forman parte de un consenso internacional bastante homogéneo. Los ordenamientos nacionales suelen contener dichos métodos, bien de manera positiva, bien mediante una remisión al texto de las DPT para interpretar la normativa interna sobre operaciones vinculadas. No suponen un listado cerrado, sino que es posible la utilización de cualquier método que los operadores económicos emplean en la práctica siempre y cuando sea el más adecuado para determinar un precio *at arm's length* (principio del mejor método). Tampoco se encuentran jerarquizados en la actualidad. Los cinco métodos pueden dividirse en dos grupos: los métodos tradicionales, focalizados única y exclusivamente en la operación, y los métodos del beneficio, basados en el resultado de la transacción. Son métodos tradicionales el método de precio libre comparable, el método del precio de reventa y el método del coste incrementado. El primero consiste en comparar el precio del bien o servicio facturado en una operación vinculada con el precio facturado por bienes o servicios similares en una operación entre empresas sin vinculación. El segundo, por su parte, consiste en detracer del precio de venta de un producto a una entidad independiente el margen bruto adecuado al revendedor. El precio de la operación vinculada se extrae, por lo tanto, en atención a la operación comercial de reventa que practica la entidad del grupo compradora. El tercero consiste en incrementar el coste de creación del bien o servicio, transmitido a otra entidad asociada, en la cuantía equivalente al margen bruto que sobre estos costes obtiene la entidad proveedora en operaciones comparables con terceros independientes. Son métodos basados en el beneficio, también llamados métodos indirectos, el de distribución del resultado y el de margen neto transaccional. El primero consiste en asignar a cada una de las partes vinculadas involucradas en la operación la parte correspondiente al nivel de su participación, según sería practicado el reparto en

un enfoque basado en los principios de adecuación e idoneidad, sin que previamente exista una directriz cerrada que distribuya los métodos en función de las características típicas de las operaciones. No hay una preselección de métodos para ciertas operaciones que involucren intangibles que suelen ser usuales en el tráfico mercantil intragrupo. La ausencia de operaciones no vinculadas comparables no significa que la remuneración no sea según el ALS. El principio de plena competencia sigue siendo plenamente exigible pese a que sea más complicado y tenga que obtenerse de una manera más potencial que pragmática. Ante estos casos, las nuevas DPT incorporan en el párr. 6.139 una serie de aspectos a considerar para seleccionar un método de valoración óptimo: el análisis funcional de las partes implicadas en la operación; los motivos económicos de la operación; las opciones disponibles de manera real para cada una de las partes; las ventajas competitivas que dan los intangibles; los beneficios económicos proyectados de la operación en el futuro; las características de los mercados locales, las economías de localización, la plantilla de trabajadores y las sinergias del grupo multinacional.

Las DPT identifican como mayormente útiles para un análisis de precios de transferencia que involucren a activos intangibles a los métodos del precio libre comparable, distribución del resultado y, de forma novedosa, a las técnicas de valoración. Se descarta la utilización de métodos que se justifican en el coste del desarrollo de los intangibles (método del coste incrementado)<sup>136</sup>. Esta postura es acertada y consecuente con la lucha de prácticas BEPS. Pueden existir grandes inversiones para la creación de un intangible, pero fracasar su desarrollo y obtener un producto intangible con un valor en el mercado paupérrimo en proporción a los costes de producción, y viceversa. Asimismo, se rehúye de la aplicación de “*rules of thumb*” para determinar la tasa del *royalty* en un contrato de licencia entre entidades vinculadas<sup>137</sup>. Se trata de un mecanismo metodológico mecánico que no toma en

---

circunstancias comparables entre empresas independientes. El segundo atribuye a la empresa vinculada objeto de análisis el margen neto de beneficio que, en función del indicador de beneficio seleccionado (ventas, activos, costes, etc.) se habría calculado en una transacción igual o similar realizada por partes independientes. Sobre estos métodos, *vid.*, entre otros, ARNOLD, B. J., *International Tax Primer*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2016, pp. 94-100, y VILADOMAT TRAPÉ, M., “Métodos de valoración”, en CORDÓN EZQUERRO, T. (Dir.), *Fiscalidad de los precios de transferencia (operaciones vinculadas)*, 2ª ed., CEF, Madrid, 2016, pp. 382-395.

<sup>136</sup> OCDE, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, *op. cit.*, párr. 6.142.

<sup>137</sup> Según esta herramienta, conocida también como la regla del 25%, creada por el profesor R. Goldscheider en los años setenta, el *royalty* que el licenciatario debe al licenciante debe ser equivalente al 25% de los beneficios futuros esperados por la explotación de los productos o servicios que se prestan gracias al intangible cuyo uso ha sido cedido. Es un mecanismo que permite el reparto de beneficios entre las partes contratantes, obteniendo una mayor ventaja el licenciante sustentado en la lógica preconcebida de que ha costeado las actividades de I+D para la creación del intangible y al ser el propietario de éste asume mayores riesgos, en

consideración el ALS a la hora de establecer el reparto de ingresos entre el licenciante y el licenciario de los intangibles<sup>138</sup>.

Es evidente que el método del precio libre comparable es el mejor método en el caso de que exista un grado de comparabilidad férreo entre la operación vinculada y la realizada entre terceros independientes. No obstante, entendemos que en su virtud radica su debilidad, especialmente en el espectro de las operaciones que tienen por objeto activos intangibles. Pese a ello, las nuevas DPT mantienen su esperanza en aplicar este método para dichos casos, subrayando la necesidad de similitud o identidad entre los intangibles o derechos en intangibles transmitidos. Deberá prestarse una especial atención a los factores del párr. 6.117 de las DPT. Posiblemente, el aspecto más novedoso que destacaríamos de las nuevas DPT en este asunto es que postula al precio pagado por la adquisición de un intangible por el grupo multinacional de un tercero independiente como un comparable para la posterior operación vinculada de transmisión del mismo intangible.

La aplicación del método de distribución del resultado puede resultar útil cuando se carece de comparables fiables en operaciones de venta o licencia de intangibles<sup>139</sup>. No obstante, las DPT recalcan que será importante contar con datos adecuados y fiables sobre los beneficios globales, el reparto de los gastos y factores fiables sobre los que se procederá al reparto. La importancia del análisis funcional es indiscutible nuevamente, en tanto que el reparto se practicará en función de las actividades, riesgos y activos utilizados por cada una

---

contraposición al licenciario. No puede concebirse como un método de precios de transferencia en absoluto, pero suele acudir a él, por parte de los profesionales en precios de transferencia, para corroborar y contrastar que el *royalty* pactado es acorde al ALS. Vid. SANTALLUSIA, V., “Valoración de activos intangibles”, en CORDÓN EZQUERRO, T. (Dir.), *Fiscalidad de los precios de transferencia (operaciones vinculadas)*, 2ª ed., CEF, Madrid, 2016, pp. 587 y 588.

<sup>138</sup> Cfr. VILADRICH SANTALLUSIA, V., *ult. op. cit.*, p. 588. La jurisprudencia estadounidense también está comenzando a desterrar esta regla del 25% en el espectro de las licencias de patentes, tanto por carecer de base científica para su justificación, al ser demasiado genérica sin adaptarse flexiblemente a las especialidades de cada operación, como por su carácter arbitrario. Son exponentes de ello las Sentencias de la US Court of Appeals for the Federal Circuit, en los casos *Uniloc USA Inc. v. Microsoft Corp.*, de 4 de enero de 2011, y *VirnetX, Inc. v. Cisco Sys., Inc.*, de 16 de septiembre de 2014. Sobre la primera de las sentencias, un análisis en consonancia al ALS puede consultarse en HENSHALL, J., “Uniloc: insight on arm’s-length royalties from U.S. patent case”, *Tax Management Transfer Pricing Report*, vol. 19, núm. 21, 2011.

<sup>139</sup> Se encuentra en fase de elaboración una revisión de las normas aplicables a este método para adecuarlo al enfoque post-BEPS. Consistirán en normas más depuradas y atractivas para los contribuyentes y Administraciones tributarias que desincentivarán el uso de métodos unilaterales y que ayudarán a un correcto reparto del beneficio del grupo multinacional en consonancia a la creación de valor en cada territorio. Sobre el futuro reciente del método de distribución del beneficio, vid. DUJSIC, M., GURR, S. y EVANS, A., “The OECD’s continuing BEPS work: will 2017 be the year of the profit Split?”, *Tax Management Transfer Pricing Report*, vol. 24, núm. 24, 2016 y OECD, *Revised guidance on the application of the transactional profit split method. Inclusive framework on BEPS: Action 10*, OECD Publishing, París, 2018, disponible en <http://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/revised-guidance-on-the-application-of-the-transactional-profit-split-method-beps-action-10.pdf> (último acceso: 16.07.2018).

de las entidades vinculadas partícipes en la operación. Igualmente, las DPT vuelven a advertir en su párr. 6.151 sobre la asimetría existente entre el valor de las aportaciones de las partes antes de la transmisión y los resultados en ejercicios posteriores a dicha operación, con lo cual, el enfoque de distribución del beneficio se sustentará en proyecciones futuras con factores difíciles de valorar que requieren más cautela.

La inclusión de las técnicas de valoración ha resultado una de las novedades de las DPT en la era post-BEPS, si bien, ya era habitual su utilización para valorar operaciones por los expertos contables y auditores y algunas jurisdicciones ya las habían incluido como mecanismos de valoración en sus normativas internas sobre precios de transferencia<sup>140</sup>. Las DPT permiten su utilización cuando no haya operaciones comparables fiables. No se configuran como un sexto método de precios de transferencia. De haber sido así, debería haberse regulado expresamente en el Capítulo II. No se trata por lo tanto de un método autónomo, sino que su función es más bien instrumental y auxiliar para las operaciones con activos intangibles. Entendemos que la relación de las técnicas de valoración respecto a los otros cinco métodos se justifica en el principio de subsidiariedad. Únicamente podrán acudir los operadores a dichas herramientas de valoración cuando ninguno de los métodos OCDE sean óptimos para arrojar un resultado *at arm's length*<sup>141</sup>. Estas técnicas deben aplicarse de manera consecuente con el ALS, por lo que resultan aplicables íntegramente las directrices que se contienen en los tres primeros capítulos de las DPT. En su aplicación práctica buscan obtener el valor razonable del activo u operación; sin embargo, si se quieren aplicar en materia de precios de transferencia como mecanismos de valoración, dicho valor razonable puede no estar en consonancia al valor *at arm's length*<sup>142</sup>. No se aporta un listado, ni siquiera orientativo, de qué técnicas específicas pueden ser aplicables<sup>143</sup>, si bien existe una particular

---

<sup>140</sup> Es el caso del legislador español que en el nuevo art. 18.4 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades, habilita el empleo de otros métodos y técnicas de valoración generalmente aceptados que respeten el principio de libre competencia.

<sup>141</sup> Cfr. SERRANO PALACIO, C., "Operaciones sobre intangibles" en CARMONA FERNÁNDEZ, N. (Dir.), *Nuevo régimen fiscal de las operaciones vinculadas. Valoración, documentación y supuestos prácticos*, Wolters Kluwer, Madrid, 2016, p. 384.

<sup>142</sup> Sobre las diferencias entre ambos valores, *vid.*, JIE-A-JOEN, C., LU, L. y ARON, A., "Action 8 BEPS guidance: use of valuation techniques to estimate arm's-length prices in intangibles transfers", *Tax Management Transfer Pricing Report*, vol. 24, núm. 22, 2016, pp. 2 y 3.

<sup>143</sup> En la práctica las técnicas de valoración pueden agruparse en tres grandes grupos. Por un lado, las basadas en el mercado (*market-based method*), que guardan similitud con el método del precio libre comparable y buscan comparar el valor del activo con el de otro, objeto de transmisión en una operación independiente. Por otro lado, las técnicas basadas en el coste (*cost-based method*), que valoran el activo conforme al coste de reproducción o de reemplazo que estaría dispuesto a pagar un tercero independiente. Finalmente, están las técnicas que tienen en cuenta los ingresos (*income-based method*), las cuales tienen en cuenta los ingresos (o ahorros) que el intangible va a generar en el futuro para determinar su valor actual. Dentro de este grupo, son habituales los métodos del excedente de margen (*excess earnings method*), el de beneficios extraordinarios

preferencia por las técnicas de descuento de flujos de efectivo futuros, limitándose a aportar una serie de indicaciones a tomar en consideración cuando se aplique al terreno de transacciones que tienen por objeto intangibles<sup>144</sup>.

El segundo reto planteado es la dificultad de hallar un precio al tiempo de la celebración de la operación dada la elevada incertidumbre o dificultad para valorarla con arreglo al ALS. Es un problema, nuevamente, conexas a la ausencia de comparables fiables, pero exacerbado por el carácter exclusivo, monopolístico y único del intangible, así como por otros factores adyacentes como su posible prematura fase de desarrollo y las altas expectativas de éxito comercial depositadas en él. En ambos casos el precio debe fijarse en consonancia con el que entidades independientes acordarían en circunstancias comparables de incertidumbre. Para ello, las DPT han incluido las Secciones D.3 y D.4 en el Capítulo VI ofreciendo una interesante perspectiva.

Las DPT ofrecen hasta tres mecanismos que las empresas independientes podrían adoptar para hacer frente a la incertidumbre en la valoración del intangible en el momento de la operación. Si las circunstancias son comparables respecto a la operación vinculada, nada obsta a que la Administración tributaria practique un ajuste del precio del intangible según el mecanismo que empresas que operen sin vínculos en el mercado hubieren acordado. La primera de las posibilidades es el mecanismo de los beneficios anticipados (párr. 6.182), en términos muy parecidos a cualquiera de las mencionadas técnicas de valoración basadas en los ingresos. La segunda alternativa es la celebración de contratos a corto plazo (párr. 6.183), bien incluyendo cláusulas contractuales que habiliten a las partes a ajustar periódicamente las cantidades inicialmente estipuladas en función de la evolución (industrial o comercial) del intangible o bien con estructuras de pagos contingentes, a tenor de las cuales serán exigibles cantidades parciales en función del cumplimiento de una serie de hechos u objetivos alcanzados fijados contractualmente. La última posibilidad es la utilización de la renegociación contractual (párr. 6.184), apoyada por la libre autonomía de la voluntad negocial, cuando se produjesen acontecimientos originariamente inesperados en el momento

---

(*premium profits method*) y el de ahorro de *royalties* (*relief-from-royalty method*). Vid. BAKKER, A., "Intangibles: a legal, accounting and tax perspective", en NYKIEL, W. y ZALASINSKI, A. (Eds.), *Tax aspects of research and development within the european union*, Wolters Kluwer, Varsovia, 2014, pp. 253-254; BOOS, M., *International transfer pricing: the valuation of intangible assets*, Kluwer Law International, La Haya, 2003, pp. 75-87; JIE-A-JOEN, C., LU, L. y ARON, A., "Action 8 BEPS guidance: use of valuation techniques to estimate arm's-length prices in intangibles transfers", *op. cit.*, pp. 4-6.

<sup>144</sup> Un análisis de estas áreas de especial preocupación no serán analizadas aquí por exceder el ámbito de estudio de esta obra, si bien, pueden consultarse en los párrafos 6.158 a 6.179 de las DPT.

de cierre de la operación que hagan fluctuar, al alza o a la baja, el precio inicialmente pactado para la transmisión o cesión del intangible.

La difícil valoración de ciertos intangibles tiene su raíz en una asimetría de información entre las Administraciones tributarias y los contribuyentes. Los desarrollos o acontecimientos futuros que crean la incertidumbre valorativa a las Administraciones tributarias son difíciles de conocer y delimitar. Requieren elevados conocimientos especializados, técnicos y gran experiencia en el espectro de la ciencia empresarial. Se puede sintetizar en que solo un elenco selecto de empresas tiene la capacidad para conocer y escrutar esos elementos relevantes en la valoración del intangible, quedando la Administración tributaria en una situación de inferioridad cognitiva para cotejar si el precio de la operación se sustenta en el principio de plena competencia. Los riesgos de valoración desintonizada con el ALS son notorios y el nuevo enfoque post-BEPS de las DPT aboga por utilizar los resultados *a posteriori* como elemento probatorio/verificador de los resultados para así analizar si el valor pactado en el momento de celebración de la operación que involucró a intangibles tuvo o no en consideración los desarrollos o acontecimientos que previsiblemente habrían afectado al valor inicial<sup>145</sup>. La información posterior encarnada por los resultados, por ejemplo los ingresos por la explotación del intangible transmitido a una entidad vinculada cuando estaba en fase de creación, es una prueba que, por supuesto, admite prueba en contrario por el contribuyente y que habilita a la Administración tributaria a regularizar el precio inicial de la operación si estima que no se adecuó al estándar *at arm's length*<sup>146</sup>.

El concepto “intangibles de difícil valoración” *-hard-to-value intangibles-* se circunscribe, según el párr. 6.189, a los intangibles o derechos en intangibles en los que, en

---

<sup>145</sup> Cfr. HENSHELL, J. y LOBB, A., “Hard-to-value intangibles and the challenge of valuing uncertainty”, *Tax Management Transfer Pricing Report.*, vol. 24, núm. 6, 2016, pp. 2 y 3. Ambos autores destacan la necesidad de una aplicación racional de este nuevo enfoque. Utilizan un fallo judicial británico en el caso *Force India Formula One Team Ltd. v. Aerolab SRL*, (2012) EWHC 616, para advertir de la utilización de resultados posteriores para valorar operaciones previas. En este caso el actual equipo de Fórmula 1, *Force India*, en el momento de celebración de la operación estaba pendiente la aprobación de su solicitud de ingreso como equipo de Fórmula 1, situación que se produjo con posterioridad y suscitó la oportunidad de considerar tal acontecimiento *ex post* como excusa para ajustar el precio. El tribunal británico dictaminó que tal evento no era conocido o razonablemente predecible en el momento de celebración de la operación, con lo cual el análisis valorativo se ha de realizar como si tal empresa no hubiera obtenido la decisión afirmativa de su ingreso en la Fórmula 1. Los autores señalan la posibilidad de que los resultados reales acaben por sustituir las valoraciones *ex ante* por las *ex post* siempre que haya una diferencia notable entre ambas, alejándonos, en definitiva, de conseguir una verdadera valoración de plena competencia.

<sup>146</sup> Este nuevo enfoque supone la traslación del *Commensurate With Income Standard* del Reglamento 1.482 estadounidense al estándar OCDE en los nuevos párrafos 6.186 a 6.195. Cfr. GONZÁLEZ DE FRUTOS, U., “La experiencia norteamericana en los precios de transferencia”, *op. cit.*, p. 137-138.

el momento de celebración de la transacción, concurren simultáneamente los siguientes factores: 1. Que no existan comparables fiables y 2. Que los ingresos proyectados que se estiman obtener o las hipótesis formuladas para su valoración sean muy inciertas<sup>147</sup>. El nuevo enfoque *ex post* puede resultar inaplicable en alguno de los siguientes cuatro casos (párr. 6.193). En primer lugar, cuando el contribuyente facilite, por un lado, detalles de las proyecciones iniciales utilizadas en la celebración de la operación para determinar el precio y la adecuación de los riesgos y los eventos razonablemente previsibles para fijar tal precio; y, por otro lado, pruebas fiables de que cualquier diferencia significativa entre las proyecciones financieras y los resultados reales se deben a eventos que razonablemente no podrían haberse podido prever en el momento inicial de cierre de la operación o porque simplemente se materializó uno o varios de los acontecimientos que diligentemente fueron señalados por las partes *a priori*. En segundo lugar, que la operación esté amparada por un acuerdo previo de valoración o *Advance Pricing Agreement* (APA) entre el contribuyente y la Administración tributaria. En tercer lugar, se introduce una especie de regla de insignificancia que excluye del nuevo enfoque a las operaciones cuya diferencia entre la valoración inicial y los resultados *ex post* no reduzcan o aumenten en más de un 20% la remuneración fijada inicialmente. Finalmente, se excluye también a aquellos casos en que hayan transcurrido cinco años desde que el intangible comenzó a generar beneficios económicos y en dicho periodo la diferencia entre las previsiones iniciales y la realidad posterior no haga fluctuar, como en el anterior caso, más del 20% al precio pactado originariamente.

Desde nuestra postura, consideramos acertadas las nuevas directrices para combatir los problemas en el análisis de valoración de operaciones con intangibles. No obstante, debería profundizarse más en la articulación y coordinación de los nuevos mecanismos propuestos, especialmente para evitar disputas entre contribuyentes y Administraciones tributarias que hagan proliferar la doble imposición económica y el recurso a los procedimientos amistosos. Ante la ausencia de comparables, las nuevas DPT ofrecen dos posibles soluciones a los contribuyentes: aplicar métodos de distribución del resultado o

---

<sup>147</sup> El párr. 6.190 señala alguna de las características que pueden presentar operaciones de enajenación o licencia de intangibles, como por ejemplo: su desarrollo parcial en el momento de la transmisión; que no haya expectativa de explotar comercialmente el intangible hasta varios años después de la operación; que el intangible, aun no siendo de difícil valoración, es vital para el desarrollo o mejora de otros intangibles que sí lo son; que se espere explotar el activo de forma novedosa en el momento de la transmisión y la ausencia de historial de desarrollo y explotación hace cualquier proyección futura extremadamente incierta; que el intangible haya sido transmitido a otra entidad del grupo a cambio del pago de una suma global; y, que el intangible se utiliza en relación con un acuerdo de reparto de costes o se desarrolla a tenor del mismo.

recurrir a técnicas de valoración que respeten el ALS. Por su parte, muestran otras dos herramientas para las Administraciones tributarias para ajustar los precios de las operaciones: aplicar los criterios para las operaciones de valoración incierta en el momento inicial, o aplicar el enfoque prospectivo si el intangible es de difícil valoración<sup>148</sup>. La distinción entre un intangible de valoración incierta y de difícil valoración tampoco está claramente acotada. Estimamos que los segundos son un híbrido de los primeros y que posiblemente a las Administraciones tributarias les resulte más accesible aplicar el enfoque de revisión a tenor de los resultados *a posteriori* que buscar mecanismos de fijación de precios por empresas independientes para aplicarlo *mutatis mutandis* a la operación vinculada objeto del análisis. En definitiva, las nuevas DPT suponen un gran avance, pero consideramos deseable una mayor racionalización que haga ganar seguridad jurídica a los contribuyentes, los cuales pueden estar recurriendo a técnicas de valoración en sus políticas de precios de transferencia y acabar sufriendo un ajuste de sus precios años después cuando los resultados dimanados de la explotación comercial del intangible desvirtúan la valoración inicial del activo. Ante tal tesitura, los APAs pueden ser un cauce efectivo para que los contribuyentes ganen seguridad jurídica y eviten una litigiosidad futura en casos de ausencia de comparables, siendo de aplicación efectiva a tales acuerdos el ALS y no ser utilizados como mecanismos de competencia fiscal perniciosos.

Por último, no debemos pasar por alto la utilidad accesoria que en el contexto de la UE puede tener la obligación de comunicación de los denominados “esquemas de planificación fiscal agresiva” a los efectos del art. 8. bis bis bis de la Directiva 2011/16/UE<sup>149</sup>, en el cual se incluyen, en lo que a precios de transferencia afecta, los esquemas que impliquen transmisión de intangibles de difícil valoración, junto a los de transferencia transfronteriza de funciones, riesgos y activos y los que utilicen uno de los llamados “puertos seguros” o regímenes simplificados de precios de transferencia. El objeto de esta norma de Derecho secundario de la Unión es cumplir con el mandato de la Acción

---

<sup>148</sup> Como ha señalado SÁNCHEZ DE CASTRO MARTÍN-LUENGO, las nuevas propuestas de la OCDE en torno a estos intangibles no solucionan el problema de raíz existente que es la ausencia de comparables. De ser identificados intangibles comparables se podrían conocer los beneficios brutos que el intangible objeto de análisis produciría. Cfr. SÁNCHEZ DE CASTRO MARTÍN-LUENGO, E., “El ajuste *ex post* en materia de precios de transferencia en operaciones sobre activos intangibles de difícil valoración: críticas y consideraciones preliminares”, *Quincena Fiscal*, BIB 2018\10643, núm. 14, 2018, p. 7.

<sup>149</sup> Modificación introducida a través de la Directiva 2018/822 del Consejo, de 25 de mayo de 2018, que modifica la Directiva 2011/16/UE por lo que se refiere al intercambio automático y obligatorio de información en el ámbito de la fiscalidad en relación con los mecanismos transfronterizos sujetos a comunicación de información. Sobre esta Directiva *vid.* RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J., *Revelación de esquemas de planificación fiscal agresiva: directiva de intermediarios fiscales*, Francis Lefebvre, Madrid, 2018, pp. 39-87.

12 del Plan BEPS para introducir un mecanismo europeo de obligación de revelación de esquemas de planificación fiscal agresiva, con el fin de ganar en transparencia y evitar potencialmente escenarios de elusión fiscal. Siendo esa la principal misión de la norma europea, entendemos que al incluirse como un indicio específico aquellos esquemas que implican transmisión de intangibles de difícil valoración puede ser una herramienta fructífera para la Administración tributaria al conocer con bastante antelación las características de la transacción y así contar con más medios -principalmente información- para su correcta valoración. Siendo la asimetría de información un mantra en casos de operaciones vinculadas con intangibles de difícil valoración, medidas de este tipo en las que las Administraciones tributarias perciben información en una fase muy prematura son muy bien recibidas. La Directiva establece un plazo de 30 días para que el sujeto pasivo -el intermediario o promotor, o en su caso el contribuyente-. Ese plazo se computa a partir de cualquiera de estos tres momentos: la puesta a disposición del esquema para su implantación, momento en el que esté listo para su implantación o el momento en el que se dé el primer paso para su implantación. Los Estados miembros tienen hasta el 31 de diciembre de 2019 para la transposición a sus ordenamientos domésticos de este modelo, y se establece que no será hasta el 1 de julio de 2020 cuando resulte aplicable. Asimismo, se prevé que se centralice en una base de datos central y compartida por todos los Estados miembros todas las comunicaciones que se hagan a las Administraciones tributarias con el objeto de cumplir con el intercambio automático entre Estados de dichas comunicaciones.

## CAPÍTULO II

### LA DEFINICIÓN PRECISA DE OPERACIONES VINCULADAS CON ACTIVOS INTANGIBLES: PREVALENCIA DE LA SUSTANCIA ECONÓMICA

#### 1. PLANTEAMIENTO: ¿ES EL *AT ARM'S LENGTH STANDARD* DE LA ETAPA POST-BEPS FIEL A SU ESENCIA ANTE LA AUSENCIA DE COMPARABLES?

Es una cuestión que responde a la pura lógica que para poder recharacterizar algo, como puede ser una operación mercantil, previamente ha debido ser caracterizado o delimitado. El Diccionario de la Real Academia Española define al verbo “definir” como “fijar con claridad, exactitud y precisión el significado de una palabra o la naturaleza de una persona o cosa”. La definición de las operaciones vinculadas alcanza una depuración nunca vista en las anteriores versiones de las DPT (1979, 1995 y 2010). Mientras las anteriores Directrices de 2010 abogaban por la preponderancia del análisis de comparabilidad, tomando como referencia la operación objeto de análisis tal y como había sido estructurada por las partes (*as-structured principle*), con posibilidad de recharacterizar la misma cuando la sustancia difiriese de la forma o fuera comercialmente irracional, las nuevas DPT no se adentran en la búsqueda de una operación comparable hasta que haya finalizado un paso previo: el de la definición precisa de la operación (*accurately delineated transaction*)<sup>150</sup>.

El nuevo enfoque para delimitar exactamente las operaciones vinculadas parte de la identificación de las relaciones comerciales o financieras que unen a las entidades. En dichas relaciones existirán una serie de características económicamente relevantes contempladas a lo largo de la sección D.1 del Capítulo I de las DPT. Estas se corresponden con los anteriores factores de comparabilidad de versiones anteriores, si bien, se ha profundizado en la preponderancia de la búsqueda de la sustancia económica de la transacción. Se trata de los términos contractuales de la operación; las funciones, activos y riesgos de cada participante, incluyendo el modo en que esas funciones contribuyen a la generación de valor dentro del grupo multinacional; las características de los activos transferidos o de los servicios

---

<sup>150</sup> Aclaremos en este punto el régimen lingüístico escogido. Siguiendo la traducción española de las Acciones 8-10 utilizaremos el término “definición precisa” de ahora en adelante. Para evitar constantes reiteraciones, en ocasiones también nos referiremos a este término con expresiones sinónimas como el de “delimitación exacta”, “delimitación precisa” o “descripción precisa”.

prestados; las circunstancias económicas de las partes y del mercado en el que operan; y, finalmente, las estrategias empresariales.

La existencia en el mercado de operaciones comparables con activos intangibles entre partes independientes es muy difícil. Como ya hemos señalado en el capítulo anterior, en el seno de las EMNs existen sinergias y elementos que hacen particulares a muchas de las operaciones que en ellas suceden, sin que tengan una reproducción en el mercado libre entre empresas no asociadas. Por ello, la definición precisa de las operaciones con activos intangibles ha sido, si cabe, más depurada todavía en el Capítulo VI de las DPT, en donde el simple ejercicio deductivo que, *a priori*, debería ser la delimitación de la operación vinculada, traspasa su esencia terminológica y se adentra en un plano recharacterizador. El análisis funcional, como se estudiará más adelante, se propone como objetivo el de hallar la sustancia económica, tras analizar los acuerdos contractuales y la verdadera conducta de las partes en materia de funciones realizadas y controladas, riesgos asumidos y efectivamente controlados y activos utilizados, ajustando la remuneración que le correspondería a cada una de las empresas intervinientes en función de su contribución. Las versiones anteriores de las DPT se asentaban en un marco que estudiaba las transacciones vinculadas como si se tratase de entidades separadas. Actualmente, el marco de precios de transferencia ha mutado en la etapa post-BEPS y se apoya en un estudio de la contribución de todas y cada una de las empresas del grupo multinacional en la creación de valor en el seno de la cadena de valor, analizándose los resultados de cada una de estas en relación con los resultados generales del grupo<sup>151</sup>. En resumidas cuentas, se ha pasado de un enfoque particular de la operación a un enfoque global y más completo que aboga por incardinar la transacción particular en el contexto empresarial del grupo empresarial. Todo ello, propiciado por el mandato sustancialista que emanó de la Acciones 8-10 del Plan BEPS para la alineación de la tributación de los beneficios con la creación de valor. Pero, esa realidad ¿es una evolución en la forma de aplicar el ALS? No nos cabe la menor duda. Y lo que es más importante ¿se está traspasando la esencia de ese estándar internacional, profundamente asentado internacionalmente, y se camina (intencionada o accidentalmente) hacia un enfoque más parecido a los métodos de distribución formularia?

---

<sup>151</sup> Cfr. PANKIV, M., *Contemporary application of the arm's length principle in transfer pricing*, IBFD Publications, Amsterdam, 2017, p. 138.

El nuevo enfoque que se da a las Directrices en la sección D.1 del Capítulo I se traslada a las operaciones entre empresas asociadas que involucran activos inmateriales con una serie de pautas complementarias a partir de la sección B del Capítulo VI. Su estudio holístico conforma el nuevo marco de aplicación del ALS para este tipo de operaciones. La propiedad intelectual congrega a un importante elenco de activos intangibles imprescindibles en el avance de la actual economía basada en el conocimiento y la innovación. Dada su naturaleza intangible y el elevado valor económico que poseen, son un instrumento atractivo para las estrategias de planificación fiscal en el seno de EMNs. Más allá de la calificación jurídica que pudiera merecer una estrategia (economía de opción, elusión, evasión o la creación *ex novo* de la llamada planificación fiscal agresiva), la localización de los activos intangibles junto a las funciones y riesgos anejos a los mismos no cabe la menor duda de que se ha convertido en instrumento para el traslado de beneficios hacia jurisdicciones de tributación más favorables. No obstante, no toda reestructuración empresarial de funciones, activos y/o riesgos, así como una operación entre partes asociadas que afecte a intangibles, han de responder a una práctica BEPS *per se*.

Las economías de escala y el ahorro de costes en la gestión de la propiedad intelectual de un grupo multinacional justifican una estrategia de centralización de estos activos y la descentralización de funciones y riesgos ligados a los mismos. Por ello, deseamos una aplicación racional del nuevo enfoque del principio de libre competencia por las Administraciones tributarias que evite situaciones lesivas para los contribuyentes, como la doble imposición internacional económica. Debemos distinguir entre una aplicación incorrecta del ALS por parte del contribuyente que dimane en una práctica BEPS de aquellas aplicaciones correctas del ALS que, lamentablemente, resulten en una conducta BEPS, las cuales, en principio, con las anteriores Directrices no podrían corregirse por las autoridades fiscales, pero que con el nuevo enfoque post-BEPS pueden ser reajustadas en la fase de delimitación de la transacción. ¿Cuál puede ser una consecuencia inmediata de este enfoque? El aumento exponencial de disputas entre contribuyentes y Administraciones tributarias e inseguridad jurídica.

En la motivación subyacente al nuevo enfoque post-BEPS en materia de precios de transferencia y activos intangibles radica la lucha contra los modelos de *cash boxes* o *IP holdings*. Son entidades que se encuentran altamente capitalizadas con recursos financieros y/o activos intangibles y que apenas cuentan con personal. Se trata de reestructuraciones

dentro del grupo multinacional que abogan por centralizar en una sola sociedad la titularidad jurídica de la propiedad intelectual, domiciliada en un país con un régimen fiscal atractivo para los ingresos dimanados de la explotación de estos derechos, la cual ha sido creada en centros de I+D radicados en jurisdicciones de mayor tributación con unos activos y recursos humanos de alta capacitación y cualificación. Ambos modelos pueden darse al mismo tiempo en una sociedad. Sin embargo cuando concurren de manera separada en dos sociedades del grupo multinacional comparten la característica de ser sociedades altamente capitalizadas que se localizan en territorios de baja o nula tributación. La *IP holding* tendrá un patrimonio compuesto por activos intangibles, mientras que la *cash box* contará con un alto capital que destinará a financiar actividades desarrolladas por sociedades operativas del grupo ligadas con intangibles y contará con un nivel bajo o nulo de funcionalidad.

Con arreglo a este enfoque, los beneficios derivados de la explotación de los intangibles podrían ser retenidos por una sociedad que careciera de personal, funciones relevantes, ni asumiera riesgos en el desarrollo ni en la explotación de los intangibles, más allá del riesgo financiero implícito en toda inversión. Siguiendo la metáfora de WILKIE<sup>152</sup>, las hojas (beneficios) están localizándose o “cayendo” en lugares en los que no hay árboles (funciones, riesgos ni activos), es decir, en territorios en los que no se realiza función alguna que propicie la creación de valor. El problema, por lo tanto, es que los riesgos financieros y la propiedad de valiosos intangibles se almacenan en sociedades de grupos multinacionales con residencia en países de baja o nula tributación, mientras que el grueso de las funciones importantes que crean valor, como el desarrollo, mejora, mantenimiento, protección y explotación (las llamadas funciones DEMPE) se hallan en territorios de alta tributación<sup>153</sup>. Se trata de estructuras empresariales dentro del grupo multinacional que buscan asegurar una reducción de las cargas tributarias finales a nivel del grupo. Su estudio no sólo alcanza, como puede fácilmente colegirse, al contraste entre los tipos impositivos de dos jurisdicciones fiscales. Comprende, además, el análisis conjunto del tratamiento fiscal que van a recibir los *royalties* pagados a la *IP holding* en el Estado fuente (preferiblemente que sea gasto deducible en la base imponible del impuesto sobre beneficios empresariales) por las restantes empresas operativas (fabricantes, distribuidoras, comercializadoras, etc.); los incentivos fiscales a actividades de I+D a las sociedades del grupo que se dedican a la gestión de laboratorios; los regímenes tributarios aplicables a las rentas que la sociedad propietaria de

---

<sup>152</sup> WILKIE, J.S., “Transfer pricing aspects of intangibles: the license model”, *op. cit.*, p. 68.

<sup>153</sup> Cfr. WITTENDORFF, J., “BEPS Actions 8-10: birth of a new arm’s-length principle”, *op. cit.*, p. 332.

los intangibles puede sufrir, como por ejemplo, un *patent box regime*<sup>154</sup>; la posible tributación de la renta originada por la enajenación de los intangibles a la nueva entidad centralizadora de la propiedad intelectual en el proceso de reestructuración empresarial, así como la posible existencia de un *exit tax* por la salida de dichos activos hacia la sociedad “*cash box*”; el alcance e impacto de la aplicación de un posible régimen *Controlled Foreign Company* (CFC rules); entre otros.

La definición precisa de la operación con activos intangibles ofrecerá un resultado que puede ser diferente a lo que inicialmente las partes habían asumido contractualmente. La búsqueda de la sustancia a efectos de precios de transferencia en la fase previa al análisis de comparabilidad *stricto sensu* y la valoración *at arm's length* (posiblemente, con un método de reparto del beneficio) se divide en dos planos interrelacionados. La forma en que quede delimitada finalmente la operación va a condicionar la selección de un método de valoración u otro. El descubrimiento de la sustancia jurídica (*legal substance*) se realizará a través del estudio de la verdadera realidad existente basada en la conducta de las entidades. Esa sustancia jurídica, va a ofrecer al analista la verdadera sustancia económica de la transacción. Con ella, determinará qué entidades del grupo ejecutan y/o controlan las funciones importantes que crean valor, asumen y controlan los riesgos derivados de dichas funciones y tienen capacidad financiera para responder en caso de que los riesgos se materialicen y aportan activos (tangibles, intangibles o financieros) en la cadena de valor. Más allá de la forma contractual que las partes hayan dado a la operación, las DPT buscan la sustancia jurídica, la cual conducirá automáticamente a la sustancia económica.

Para combatir la acumulación de beneficios residuales en las *IP holdings*, las DPT abogan por la eliminación del binomio propiedad legal-derecho a percibir los rendimientos derivados de la explotación del intangible. Como sintetiza el párr. 6.71, si el propietario legal del intangible:

1. No realiza ni controla todas las funciones DEMPE,

---

<sup>154</sup> Las razones de política fiscal que llevan a los legisladores la introducción de estos regímenes, también llamados *IP box regimes*, son, principalmente, la estimulación de la inversión en actividades innovadoras de las EMNs, atraer las inversiones móviles que llevan asociadas un elenco de trabajadores de alta cualificación y conocimientos técnicos novedosos y lograr un aumento de los ingresos fiscales al aplicar una presión fiscal a estas rentas móviles. Cfr. EVERS, L., MILLER, H. y SPENGEL, C., “Intellectual property box regimes: effective tax rates and tax policy considerations”, *International Tax and Public Finance*, vol. 22, núm. 3, 2017, p. 504, disponible en <https://link.springer.com/article/10.1007/s10797-014-9328-x> (último acceso: 31.10.2017).

2. No aporta activos, incluida la financiación, para el desarrollo, mejora, mantenimiento, protección y explotación del intangible,

3. No tiene el control ni la capacidad financiera para asumir los riesgos que contractualmente dice haber asumido,

Entonces, no tiene derecho a retener la totalidad del rendimiento que dimane de la explotación de los intangibles. Esos rendimientos deberán ser repartidos proporcionalmente en función del valor de las contribuciones que las partes del grupo multinacional hayan desarrollado sobre las funciones DEMPE.

No es extraño que haya comenzado a manejarse a nivel de precios de transferencia el concepto de “propiedad económica”. Éste fue un término que comenzó a ser empleado implícitamente en 2012 por la OCDE, el cual confronta con el plano jurídico<sup>155</sup>. Conforme a este enfoque, pudiera resultar que en el plano tributario los intangibles iban a pertenecer a múltiples entidades de un mismo grupo y en una proporción igual al valor de su contribución a la creación de valor en la cadena. La propiedad económica no es utilizada expresamente en las DPT que resultaron del Plan BEPS. De hecho, se recalca que el punto de partida es el de considerar como propietario del intangible a aquél que lo sea en el plano legal<sup>156</sup>. Sin embargo, el resultado es el mismo que el que en 2012 comenzaba a plantearse en el seno de esta organización internacional, ya que se ha ocultado el enfoque de la propiedad económica bajo uno basado en la compensación a las empresas del grupo que realicen las funciones importantes y asuman los riesgos relevantes<sup>157</sup>. ¿Ocurre esto en el mercado entre empresas independientes? ¿Retienen las empresas que ejecutan un servicio de desarrollo de intangibles en sus laboratorios de I+D la mayor parte de los rendimientos derivados de su posterior explotación o, por el contrario, únicamente reciben una contraprestación por su servicio y el beneficio residual es absorbido por la entidad titular del intangible? ¿Camina el ALS hacia una predefinición del reparto de los beneficios basado en un criterio funcional?

---

<sup>155</sup> Cfr. OCDE, *Discussion draft. Revision of the special considerations for intangibles in chapter VI of the OECD Transfer Pricing Guidelines and related provisions*, op. cit. párr. 27-56.

<sup>156</sup> Cfr. Párr. 6.40.

<sup>157</sup> Cfr. NAVARRO IBARROLA, A., “La modificación de las pautas sobre precios de transferencia en BEPS (Acciones 8-10): ¿cambio o evolución?”, en ALMUDÍ CID, J.M., FERRERAS GUTIÉRREZ, J.A. y HERNÁNDEZ GONZÁLEZ-BARREDA, P.A. (Dir.), *El Plan de Acción sobre erosión de bases imponibles y traslado de beneficios (BEPS): G-20, OCDE y Unión Europea*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, p. 138.

El presente capítulo, tiene por objeto ofrecer una respuesta a todas las cuestiones que se han planteado. Para ello, se presentará, en primer lugar, una visión de qué tipos de operaciones vinculadas pueden detectarse con activos intangibles. A continuación, se estudiarán las características económicamente relevantes que sirven como ejercicio deductivo para que las Administraciones tributarias puedan delimitar con precisión la transacción. El nuevo enfoque que se ha dado en el análisis funcional entre los párr. D.1.2 del Capítulo I y B.2 del Capítulo VI jugará un papel importante en la búsqueda de la sustancia de la operación. Es llamativo, como tendremos ocasión de estudiar, que en este estadio del análisis de precios de transferencia las autoridades fiscales ya puedan relocalizar riesgos y establecer la remuneración de las demás partes del grupo multinacional sin que previamente haya sido declarada la operación como abusiva a través de una norma anti-abuso -general o específica-. Esto parece vislumbrar una ruptura entre los planos jurídico y a efectos de precios de transferencia. En este último plano se va a crear una realidad paralela bajo el mantra de que entre partes independientes la operación se define en tal sentido, lo cual, no tiene por qué ser asumido irrefutablemente. La aplicación del ALS en un marco post-BEPS responde, a nuestro parecer, a la lucha contra la erosión de bases imponibles y el traslado de beneficios que están sufriendo las Haciendas estatales, en detrimento de una aplicación fiel de lo que en sí mismo significa<sup>158</sup>. Finalmente, concluiremos este capítulo con una idea que envuelve transversalmente nuestro estudio: la prevalencia de la sustancia económica como

---

<sup>158</sup> El principio de plena competencia no solo tiene una aplicación exclusiva y reservada para la fiscalidad internacional como mecanismo protector de las bases imponibles y mitigador de su traslado artificial hacia otras jurisdicciones. Aunque sea un aspecto que desborda la temática de este trabajo, debemos señalar que este principio también tiene aplicación en el Derecho de la competencia de la UE para luchar contra las ayudas de Estado. Como señaló la Comisión Europea en el apartado 172 de la Comunicación relativa al concepto de ayuda de estatal conforme a lo dispuesto en el art. 107, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, (2016/C 262/01), publicada en el DOUE el 19.07.2016, “Este principio de plena competencia forma parte necesariamente de la evaluación de la Comisión de las medidas fiscales concedidas a compañías de un grupo con arreglo al artículo 107, apartado 1, del Tratado, independientemente de si un Estado miembro ha incorporado este principio en su ordenamiento jurídico nacional y en qué forma. Se utiliza para establecer si el beneficio imponible de una compañía de un grupo a efectos del impuesto de sociedades se ha determinado sobre la base de un método que produzca una aproximación fiable de unos resultados basados en el mercado.” Las Decisiones finales de los expedientes de la Comisión sobre ayudas de Estado relativas a los asuntos *Starbucks* (SA. 38374, de 21 de octubre de 2015), *FTT* (SA. 38375, de 21 de octubre de 2015), *Apple* (SA. 38373, de 30 de agosto de 2016) y *Amazon* (SA. 38944, de 4 de octubre de 2017), en los cuales se analizaba la compatibilidad de los APAs establecidos por diversos Estados miembros con estos grupos multinacionales con el art. 107 TFUE se utilizó el principio *at arm's length* como umbral para determinar la existencia de una ventaja fiscal selectiva. Si el APA no se aparta de las condiciones de plena competencia, según se configura en las DPT, la empresa no estaría recibiendo de un Estado una ayuda ilegal. Como ha señalado MORENO GONZÁLEZ al respecto “el principio de plena competencia parece adquirir una nueva funcionalidad al anclarse jurídicamente de forma explícita a una norma de Derecho originario de la UE que forma parte del Derecho de la competencia, más que del Derecho tributario”. Continúa la autora remarcando que en esta parcela el principio *at arm's length* “sería una manifestación del principio de igualdad de condiciones sobre el que se erige la competencia en el mercado interior.” Cfr. MORENO GONZÁLEZ, S., *Tax rulings: intercambio de información y ayudas de Estado en el contexto post-BEPS*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 223.

el eje vertebrador de la definición precisa de las operaciones intragrupo. Ello permitirá ignorar y, en su caso, sustituir -recharacterizar- transacciones para las autoridades tributarias que, en el enfoque pre-BEPS requerían el concurso de una norma anti-abuso doméstica, ya fuera general o especial, y que en un enfoque post-BEPS se van a justificar en el seno de la simple delimitación de la operación.

## **2. TIPOS DE OPERACIONES VINCULADAS CON ACTIVOS INTANGIBLES**

Las operaciones entre empresas de una misma compañía que involucren a activos intangibles suelen destacar por la simplicidad, desde un punto de vista legal, pero a la par por la complejidad desde un punto de vista económico. La sección C.1 del Capítulo VI de las DPT de 2017 incluye por primera vez en este texto una descripción de las operaciones que conllevan la transmisión de intangibles o de derechos sobre intangibles. Es una sección que sirve como herramienta para que las Administraciones tributarias puedan delimitar la estructura jurídica de la operación intragrupo con el fin de detectar aquellas particularidades que sirvan de ayuda para buscar una operación comparable en el mercado de empresas independientes.

Es ampliamente sabido que el objetivo principal de las EMNs es maximizar los ingresos y reducir los costes, para así lograr un beneficio neto mayor. Entre esos costes se encuentran los gastos relacionados con el pago de impuestos. La naturaleza intangible de los derechos de propiedad intelectual y su elevado valor para la empresa, como ya señalamos en el anterior capítulo, provoca su utilización en negocios jurídicos entre partes vinculadas para conjugar una estrategia de planificación fiscal eficiente. Así se puede lograr la deslocalización, por un lado, de los activos intangibles y, por otro lado, la de los beneficios que resultan de la explotación de éstos. En consecuencia, se desajusta el lugar en el que los beneficios tributan con el de verdadera creación de valor.

Este postulado se exterioriza en una migración de estos derechos hacía territorios de menor presión fiscal y la creación de estructuras de concesión de licencias, en las que los flujos de *royalties* propician que los beneficios obtenidos por sociedades radicadas en territorios de mayor presión fiscal fluyan hacia las de menor presión fiscal<sup>159</sup>. Estas prácticas BEPS emplean las estructuras y negocios jurídicos que el Derecho privado permite construir,

---

<sup>159</sup> Cfr. BEETON, D., CLAYSON, M. y FORSYTH, C., "IP in transfer pricing planning", *Transfer Pricing International Journal*, vol. 11, núm. 4, 2010, p. 20.

aprovechando los desajustes que se originan en el ámbito fiscal por la yuxtaposición de dos o más ordenamientos tributarios o por la aplicación del Tratado fiscal aplicable para reducir la carga tributaria global del grupo empresarial.

Ni la utilización de una estrategia empresarial de concentración de la propiedad intelectual en una sola compañía (*IP holding*) ni la posterior concesión de licencias de uso a las demás sociedades operativas del grupo (*licence model*) a cambio de un *royalty* ha de presuponer que estemos ante una práctica abusiva y/o contraria al ALS. Detrás de estas estrategias empresariales puede haber sólidos y legítimos motivos empresariales<sup>160</sup>. Por ejemplo, la gestión eficiente de la protección de los intangibles protegidos por los ordenamientos jurídicos al ser competencia de una sociedad especializada en ello, la óptima toma de decisiones por la empresa matriz sobre la propiedad intelectual concentrada, la maximización del valor comercial de los intangibles trasunto de su gestión centralizada, la minimización casi plena de riesgos en las demás sociedades del grupo en actividades de investigación y desarrollo de potenciales intangibles o la provisión de financiación a los centros de I+D del grupo multinacional para desarrollar nuevos intangibles o mejorar los ya centralizados. El ejercicio deductivo para delimitar exactamente la operación determinará si hay o no adecuación con lo que el ALS reclama. En caso positivo, la operación será respetada tal y como quedó configurada. En caso negativo, el análisis funcional exigirá un ajuste en las condiciones de la operación y el reparto de los beneficios conforme al nuevo enfoque de la OCDE, el cual aboga encarecidamente por concentrar los beneficios dimanados de la explotación de los intangibles en aquellas sociedades que han realizado actividades sustantivas que crean valor y asumido los riesgos, con relación a las funciones DEMPE.

Siguiendo la clasificación de las DPT, procedemos a desarrollar en este apartado los dos tipos de operaciones que pueden darse entre partes vinculadas cuando involucran a activos intangibles. En primer lugar, se expondrán aquellas en las que se transmite el título

---

<sup>160</sup> Una exposición sintética de las características de una estructura de gestión centralizada de la propiedad intelectual puede verse en la multinacional IBM. La entidad en la que se ubica la propiedad intelectual informa periódicamente a su matriz sobre el estado de las operaciones que esta realiza. De la matriz recibe las órdenes estratégicas sobre cómo gestionar sus activos intangibles, así como la concertación de operaciones de licencia o *joint ventures*. De esta forma las licencias se condensan en una sola sociedad del grupo y se evitan duplicidades. La cartera de intangibles (*portfolios*) como, por ejemplo, las patentes o la marca comercial, se almacena y gestiona desde dicha sociedad y ella es la encargada de cobrar los *royalties* por la cesión de su uso a otras entidades, vinculadas o independientes. En el caso de IBM, en la *IP holding* se aglutina personal especializado en aspectos jurídicos y económicos de la explotación de su conocida como *patent licensing strategy*. Cfr. BRYER, L.G., LEBSON, S.J. y ASBELL, M.D., *Intellectual property strategies for the 21st century corporation*, John Wiley & Sons, Inc., New Jersey, 2011, pp. 4-5.

dominical o se cede algún derecho particular sobre el activo intangible a través de los modelos *IP holding* y el *licence model*, mencionando también lo que puede calificarse como transmisiones tácitas de intangibles en algunas reestructuraciones empresariales. Y, en segundo lugar, se expondrán los elementos de las operaciones en las que se usan intangibles como instrumento de otras operaciones de venta de bienes o prestaciones de servicios.

## **2.1. Operaciones en las que se transmite la propiedad o se ceden parcialmente derechos: la “*IP holding structure*” y el “*licence model*”**

Tal y como apuntamos con anterioridad, el Capítulo VI de las DPT resultantes de las Acciones 8-10 del Plan BEPS centra todos sus esfuerzos en neutralizar las conductas BEPS originadas en estrategias de planificación fiscal con intangibles que utilizan *cash boxes* y/o *IP holdings*. Estimamos que ambos calificativos pueden presentarse en una misma sociedad del grupo. Una *cash box* es una entidad tenedora de activos de alto valor que carece de funciones importantes y/o personal en parangón al elevado valor patrimonial que alberga (baja o nula sustancia económica). Esos activos pueden ser físicos, intangibles o meramente financieros. La idea general es que una *cash box* tiene una gran capacidad crediticia y es la encargada de proporcionar la financiación a otras sociedades vinculadas que realizan funciones operativas.

Sin embargo, nada obsta a que dicha entidad pueda almacenar conjuntamente la titularidad de los activos intangibles, puesto que la financiación que aporta a las actividades de I+D en acuerdos de reparto de costes con otras entidades operativas se suele traducir en la asunción de la titularidad legal de los intangibles creados por parte de la empresa que aportó la financiación. Los tres pasos clásicos para crear una entidad de este tipo *ab initio* son<sup>161</sup>: 1. Constituir una sociedad mercantil, preferentemente en un territorio de baja o nula tributación (podría ser un paraíso fiscal). 2. Traspasarle la mayoría de los recursos financieros (patrimonializarla). 3. Dirigir desde la matriz su política de inversión en creación de nueva propiedad intelectual, constituyéndola en propietaria de las creaciones intangibles que resulten de los procesos de I+D sufragados.

Las operaciones con intangibles en este punto pueden diferenciarse entre ventas, licencias, transmisiones conjuntas o en combinación con otros bienes o servicios y

---

<sup>161</sup> Cfr. LEBOWITZ, B., “The arm’s-length standard as a ‘special measure’ under BEPS”, *Tax Notes International*, vol. 77, núm. 7, 2015, p. 607.

transmisiones tácitas en supuestos de reestructuraciones de funciones u otras operaciones intragrupo. Los dos primeros negocios jurídicos estarán presentes en las estrategias empresariales de concentración de activos intangibles y de concesión de licencias por su uso, si bien, el traspaso mediante una venta transfronteriza de derechos de propiedad intelectual ya existentes hacia la futura *IP holding* que se pretende crear sufrirá un tratamiento fiscal en el seno del Convenio fiscal aplicable (ganancia de capital) que puede lastrar la eficiencia y el ahorro de impuestos que se pretende. También, puede traspasarse la propiedad intelectual de la matriz a la nueva filial remunerando la operación mediante la emisión de acciones por la filial y su suscripción por la matriz<sup>162</sup>. Igualmente, puede realizarse esta operativa interponiendo el previo traslado de fondos. Primeramente, la matriz traspasa dinero a su nueva filial y esta a cambio emite nuevas acciones y, posteriormente, el dinero es empleado por la segunda para comprar los activos intangibles relativos a la propiedad intelectual. Nuevamente, la segunda operación será una enajenación por lo que su tratamiento fiscal se depurará según el reparto que proceda en el artículo dedicado a las ganancias de capital del Convenio fiscal aplicable. Por ello, lo más recomendable es almacenar en la nueva filial los futuros intangibles que se vayan creando gracias a la financiación que esta aporta. Los intangibles ya existentes se pueden licenciar a otras sociedades del grupo desde la sociedad que tenga la titularidad a cambio de un *royalty* periódico, a la espera de que con los años pierdan valor y sea menor el impacto fiscal de una transmisión a la *IP holding*<sup>163</sup>. Véase aquí la importancia de ser antes que *IP holding* una *cash box* con sólo capital financiero para dedicarlo a financiar servicios de I+D.

### 2.1.1. Venta

La venta supone lo que las DPT denominan transmisión plena de todos los derechos que van unidos al intangible<sup>164</sup>. La empresa vendedora se obliga a traspasar el activo intangible a la parte compradora a cambio de un precio. Tanto la propiedad jurídica como la económica son transferidas en este tipo de negocio jurídico. En caso de que los intangibles estén inscritos en algún registro público, el titular en la inscripción registral cambiará y será la sociedad compradora. El traspaso también de los derechos económicos permitirá al nuevo propietario ostentar el derecho y la legitimidad a explotar (derecho de disposición) el activo

---

<sup>162</sup> Cfr. COLLIER, R.S. y ANDRUS, J.L., *Transfer pricing and the arm's length principle after BEPS*, Oxford University Press, Oxford, 2017, pp. 159-160.

<sup>163</sup> Cfr. RUSSO, R., *Fundamentals of international tax planning*, IBFD, Amsterdam, 2007, pp. 180-81 y PANKIV, M., *Contemporary application of the arm's length principle in transfer pricing*, *op. cit.*, pp. 85-86.

<sup>164</sup> Párr. 6.88.

de la forma que libremente considere, reteniendo el total de los beneficios que produzca y recibiendo de partes independientes o de otras empresas asociadas las cantidades que procedan en concepto de *royalty* por la cesión del uso o algún otro derecho relacionado con el intangible.

Pueden encuadrarse también como transmisiones plenas los casos de licencias exclusivas perpetuas sobre intangibles, en los que la naturaleza de los derechos y obligaciones de las partes se hayan casi cercanas a lo que una compraventa supone en el espectro del derecho contractual. Asimismo, las enajenaciones podrían realizarse de manera segmentada en función del ámbito de aplicación de los derechos sobre los intangibles. Por ejemplo, en el sector de la industria farmacéutica, el creador del intangible -por ejemplo principio activo farmacéutico- puede retener los derechos de los intangibles para la aplicación humana y vender los que afectan a la aplicación para uso animal del intangible<sup>165</sup>.

Lo que mayor trascendencia tiene a los efectos del análisis de precios de transferencia no es el nombre que las partes hayan dado a la operación sino el alcance de los derechos y obligaciones que las partes han asumido contractualmente. La labor calificativa de un negocio jurídico-comercial (venta, licencia, licencia exclusiva, *leasing*, etc.) es competencia de los ordenamientos jurídicos privados, no de las DPT. Por ello, poco importa cómo los contribuyentes llamen a sus operaciones<sup>166</sup>. No obstante, es útil que las DPT actuales desgranen sucintamente los negocios jurídicos arquetípicos que involucran a intangibles, puesto que en la búsqueda de operaciones comparables conviene conocer los elementos descriptivos a los que atender en tal ejercicio.

### **2.1.2. Licencia**

El contrato de licencia es el acuerdo contractual más empleado a la hora de transmitir derechos sobre activos intangibles. Se puede definir como aquella operación en virtud de la cual la empresa licenciante transmite a otra licenciataria una parte de los derechos que como propietario legal tiene la primera sobre el intangible. Esa licencia puede ser de múltiples características, como por ejemplo exclusiva o no exclusiva, limitada territorialmente o con alcance global, restringida temporalmente o perpetua, o acotada a algunos derechos

---

<sup>165</sup> Cfr. PwC, *International Transfer Pricing 2015/2016*, 2015, p. 79, disponible en <http://www.pwc.com/gx/en/international-transfer-pricing/assets/itp-2015-2016-final.pdf> (último acceso: 1.11.2017).

<sup>166</sup> Como señalan las DPT en su párr. 6.89, “las etiquetas aplicadas a las operaciones no controlan el análisis de precios de transferencia”.

únicamente. Sólo la propiedad económica, o una parte de ella, es transmitida al licenciario, el cual puede proceder a la explotación comercial del activo y estar legitimado y habilitado legalmente a retener todo el beneficio que le reporte su actividad comercial. De igual manera, el traspaso de dicha propiedad económica lleva aparejado el de los riesgos inherentes a tal propiedad. A modo de contraprestación, deberá satisfacer una cantidad pactada al propietario legal, aspecto que permanece inamovible en este tipo de contratos en la figura del licenciante. La contraprestación puede revestir alguna de las siguientes tres formas<sup>167</sup>, por un lado, estar fijada mediante una tasa de *royalty* (*royalty rate*), la cual consiste en una cuantía representada por un porcentaje sobre los ingresos obtenidos por el licenciario gracias a la explotación de los derechos económicos sobre el intangible. Esta puede ser una cuantía fija o variable que se abona periódicamente. Por otro lado, puede consistir en un pago único (*lump sum payment*). Y, finalmente, puede ser una combinación de las dos anteriores.

La valoración *at arm's length* del *royalty* será una cuestión compleja, puesto que en el mercado independiente cada día resulta más complicado encontrar operaciones en la que se compartan las características que se dan entre partes vinculadas. Mayores serán los desafíos cuando nos hallemos ante intangibles de difícil valoración, en donde reinan las asimetrías de información entre las EMNs y Administración tributaria, como ya tuvimos ocasión de señalar en el anterior capítulo. No obstante, todo análisis de precios de transferencia debe intentar siempre buscar un comparable lo más parecido posible. Previamente habrá que identificar, mediante el ejercicio de definición precisa, la operación vinculada en la que las partes conciertan un contrato de licencia. Para ello, factores como el alcance geográfico de los derechos transmitidos, el tipo de derechos que se han traspasado, el alcance exclusivo o no de la licencia, su duración en el espacio temporal, el método de fijar la tasa de *royalties*, limitaciones en el uso del intangible para el desarrollo de otros futuros intangibles, entre otros, deben ser estudiados para alcanzar una valoración acertada de la operación. El carácter exclusivo y/o limitado geográficamente del uso sobre un intangible supondrá, con arreglo a las reglas del libre mercado, una contraprestación mayor que si no existieran tales matices. Igualmente, que el licenciante (propietario legal) siga conservando el derecho a cualquier mejora que surja del intangible durante el periodo de licencia, afecta al valor de los derechos transmitidos y, como no, a la comparabilidad con operaciones entre partes independientes.

---

<sup>167</sup> Cfr. BOSS, M., *International transfer pricing: the valuation of intangible assets*, op. cit., p. 42.

Las estructuras *IP holding* y el *licence model* son dos elementos interconectados en las diversas formas de modelar esquemas de planificación fiscal que involucran a derechos de propiedad intelectual. Su unión se deriva del mero hecho de que la concesión de licencias a terceras sociedades del grupo multinacional nace en la *IP holding*, fluyendo los royalties a la entidad centralizadora de la propiedad intelectual. Esta sociedad es la que tiene los derechos legales y económicos, en un primer estadio, de la propiedad intelectual del grupo y, como tal, dispone de ellos.

La *IP holding* va a ser una entidad participada por la matriz. Lo normal es que su residencia se encuentre establecida en un territorio de baja o nula tributación, preferiblemente que ofrezca a sus empresas residentes un tratamiento fiscal especial a las rentas dimanadas de la cesión de derechos sobre propiedad intelectual (*IP box regimes*). A tenor del *licence model* la sociedad *holding* licencia el uso de los intangibles a otras empresas del grupo encargadas de la producción, venta, prestación de servicios o distribución a clientes de la EMN a cambio de un *royalty*<sup>168</sup>. Frecuentemente, la práctica en la etapa pre-BEPS nos ha demostrado que estas sociedades filiales en las que se acumulaban los intangibles no ejercían ninguna función significativa que creara valor sustancial en la cadena de valor del grupo. De hecho, las decisiones importantes seguían siendo tomadas por la sociedad matriz, radicada en un Estado de alta tributación, mientras que la función de la *IP holding* era simplemente la de una sociedad inversora, como cuando aportaba financiación a través de los acuerdos de reparto de costes o contrataba servicios de I+D con sociedades vinculadas, y cobradora de *royalties*. No practicaba un uso efectivo y empresarial de los tan preciados activos intangibles que concentraba, lo cual no todas las legislaciones en materia de derechos de propiedad intelectual toleran. Por ejemplo, aplicando el Derecho de propiedad industrial de Estados Unidos, una *IP holding* debe usar para sí misma la marca comercial; en caso contrario, la Administración pública encargada del registro y gestión de marcas puede revocar la concesión de su derecho por no utilización<sup>169</sup>. No obstante, se

---

<sup>168</sup> Cfr. VLASCEANU, R., U, R., “Intellectual property structuring in the context of the OECD BEPS Action Plan”, en COTRUT, M. (Ed.), *International tax structures in the BEPS era: an analysis of anti-abuse measures*, IBFD Tax Research Series, Amsterdam, 2016, pp. 221-222 y WILKIE, J.S., “Transfer pricing aspects of intangibles: the license model”, *op. cit.*, p. 66-67.

<sup>169</sup> Cfr. COWAN, M.J. y NEWBERRY, W., “Reevaluating the intellectual property holding company”, *Management Accounting Quarterly*, vol. 14, núm. 3, 2013, p. 31, disponible en [http://scholarworks.boisestate.edu/account\\_facpubs/29/](http://scholarworks.boisestate.edu/account_facpubs/29/) (ultimo acceso: 1.11.2017) y PANKIV, M., *Contemporary application of the arm's length principle in transfer pricing*, *op. cit.* p. 86.

considera que se ejercita el uso de la marca cuando sobre la filial licenciataria (sociedad operativa) haya un control financiero o de calidad.

La explotación del *licence model* supone la acumulación de los beneficios en la entidad *holding*. El flujo de *royalties* desde las filiales operativas, las cuales utilizan la propiedad intelectual que se les ha licenciado para su actividad comercial, trasvasa los beneficios del grupo multinacional en los territorios de alta tributación en los que operan hacia la *IP holding*. De esta forma, por un lado, se erosionan las bases imponibles de las sociedades del grupo que tienen funciones operativas (fabrican o distribuyen), reduciendo la carga tributaria en dichos países y, por otro, se trasladan esos beneficios a un territorio de menor tributación. Si el régimen CFC aplicable en el territorio de residencia de la sociedad matriz fuese efectivo, los rendimientos de cariz pasivo que únicamente obtiene la *IP holding* deberían ser incluidos en la base imponible de la primera. Sin embargo, los regímenes CFC requieren una actualización que los haga más eficaces, en la línea de lo que ha señalado la Acción 3 del Plan BEPS.

En función del objeto de la actividad empresarial que realice la sociedad a la que se licencia el uso de los intangibles, podemos clasificar en tres tipos al *licence model* en el seno de una EMN. Por un lado, como licencia a una empresa fabricante, por otro lado, la concesión de una licencia a una empresa distribuidora y, finalmente, un modelo mixto en el que se concede una licencia sobre un intangible tanto para una actividad productora como posteriormente distribuidora.

En cuanto al modelo de concesión de licencias sobre intangibles a una sociedad fabricante del grupo multinacional, ha sido frecuente su utilización en el seno de reestructuraciones empresariales. Las propias DPT apuntan en el párr. 9.58 al almacenamiento de la titularidad legal de intangibles en estas *IP holding* como una estrategia empresarial para ganar en la especialización de las empresas fabricantes del grupo. En una fase previa a la reestructuración, la sociedad fabricante actuaba asumiendo todos los riesgos de la actividad productora, ostentando ella misma la titularidad, por ejemplo, de patentes que empleaba para la producción de bienes. Al tener la titularidad de una patente específica, claramente su actividad productora estaba limitada a la producción de bienes que requieran la puesta en marcha de dicha patente. Ello condicionaba que, en perspectiva global del grupo, la actividad manufacturera estuviese anclada a las jurisdicciones en las que las sociedades fabricantes del grupo tuvieran la propiedad legal de estos intangibles. En un modelo de

negocio global, resulta más eficiente para las EMNs especializar a cada entidad del grupo encargada de la fabricación de partes del producto final conforme a otros criterios de pura táctica empresarial (cercanía a las materias primas, personal cualificado o idóneo para la actividad, etc.). Por ello, para diseñar un esquema de distribución de competencias en la fabricación, los intangibles que poseen estas sociedades son transmitidos a la nueva *IP holding* y ésta devuelve el uso de dichos activos inmateriales a las sociedades fabricantes mediante una licencia de uso para la realización de la actividad productiva especializada de estas sociedades. Este esquema es similar al de un fabricante pleno (*fully-fledged manufacturer*), en donde la entidad fabricante dirige y desarrolla el proceso de fabricación por su propia cuenta, es decir, asumiendo él mismo los riesgos que acarrea, pero, con la diferencia de que ya no posee la titularidad de los activos intangibles que utilizaba para su proceso, sino que paga un *royalty* por poder utilizarlos<sup>170</sup>. Con arreglo al enfoque que reclama el ALS, el fabricante licenciado (*licensed manufacturer*), una vez ha remunerado a través del *royalty* a la entidad titular del intangible y demás entidades (dependientes y/o independientes) que hayan participado en el proceso de fabricación, está autorizada para retener todos los beneficios residuales que dimanen de su actividad productora.

El modelo de concesión de una licencia de uso sobre activos intangibles a una empresa distribuidora, desde la sociedad del grupo que centraliza los intangibles de comercialización, suele responder, igualmente, a motivos empresariales de centralización de los derechos de propiedad intelectual del grupo multinacional. Al centralizar en una entidad del grupo la titularidad de los derechos sobre marcas, se puede atribuir el uso de las mismas a las empresas que distribuyen los productos o prestan los servicios a los clientes finales del grupo. De esta forma se centraliza la estrategia del grupo a la hora de determinar en qué ámbito geográfico se van a identificar de una forma u otra los productos o servicios que desarrolla la EMN. A cambio de un *royalty*, las sociedades distribuidoras hacen uso de la marca para designar a sus productos, asumiendo ellas todos los demás riesgos inherentes a la explotación de su actividad empresarial en el ámbito territorial que les corresponda.

Finalmente, nos podemos encontrar con un modelo de concesión de licencias mixto, en el que se transfieran derechos de uso sobre intangibles industriales y comerciales a una

---

<sup>170</sup> Cfr. MONSENEGO, J., *Introduction to transfer pricing, op. cit.*, pp. 74-75.

misma sociedad, a cambio de un *royalty*. En definitiva, no es un modelo autónomo y diferente a los anteriores, sino una combinación de ambos.

Otra estructura relevante es aquella que emplea contratos de prestación de servicios de I+D (*Contract R&D services*). Se trata de una figura contractual en virtud de la cual una empresa ejecuta y desarrolla servicios de I+D en nombre y según el encargo de la entidad principal, la cual posteriormente, en caso de que resulte exitoso el desarrollo del intangible, adquirirá la propiedad del mismo y concederá las correspondientes licencias a las demás sociedades operativas del grupo para su uso, en la forma que hemos visto anteriormente. La filial encargada de prestar el servicio de I+D actuará con bajos riesgos y funciones y será remunerada con una comisión por sus actividades. La entidad principal puede ser bien la *IP holding* o la mera matriz. Ellas recibirían la propiedad jurídica del activo desarrollado, transmitirían otros intangibles necesarios para realizar la labor de I+D, financiarían la investigación y dirigirían las funciones y decisiones principales de esas labores, asumiendo los riesgos pertinentes.

En conclusión, la transmisión de derechos sobre intangibles entre partes vinculadas mediante contratos de licencia parte en la práctica de una previa concentración de la titularidad legal en una entidad del grupo. El nuevo enfoque sustancial del ALS en el que predominan las funciones va a requerir a estas entidades tenedoras de intangibles y cuyo modelo de negocio *a priori* es conceder licencias a otras sociedades operativas del grupo y cobrar los *royalties*, que acrediten un efectivo desempeño de funciones DEMPE y control de los riesgos para poder tener derecho a retener todos o una amplia mayoría de los beneficios residuales que dimanen de la explotación de los activos intangibles que poseen.

### **2.1.3. Transmisiones conjuntas o en combinación con otras operaciones**

No siempre los intangibles van a transmitirse entre empresas asociadas de manera particular e individualizada. Existirán supuestos en la praxis comercial en los que, por una parte, se transmitan de manera conexa a otros intangibles y, por otra parte, en los que su transmisión se combine con otras transacciones empresariales. La detección en el análisis de precios de transferencia de ambas circunstancias responde, nuevamente, a la tarea que corresponde realizar con el nuevo enfoque post-BEPS de la descripción precisa de la operación. Sólo la determinación de la operación realmente efectuada por las partes será el

ejercicio hermenéutico idóneo para vislumbrar si hay o no, gracias a la verdadera conducta de las partes, una transmisión conjunta o combinada de activos intangibles.

En los casos de transmisión conjunta de intangibles, las DPT señalan dos aspectos para tener en cuenta a la hora de practicar el análisis de precios de transferencia<sup>171</sup>. El primero de ellos es de las interacciones entre los intangibles objeto de la operación. Principalmente se refieren a los supuestos en los que un intangible tiene más valor al pertenecer a una combinación de intangibles que si se analizara aisladamente. El ejemplo arquetípico de estos casos es el de los productos farmacéuticos que llevan asociado una amplia gama de intangibles. Por un lado, el principio activo del medicamento que estará protegido por una patente; por otro lado, la marca comercial con la que el producto es identificado y vendido en el mercado; asimismo, la propia licencia que las autoridades administrativas de un Estado conceden al propietario para comercializar tal medicamento es también susceptible de ser un activo intangible más ligado al producto.

En un análisis agregado de precios de transferencia, dichos intangibles pueden alcanzar un valor enorme en el mercado. Sin embargo, aisladamente, sin la interacción recíproca de los demás, uno de ellos tendría un valor ínfimo. La transmisión de una marca comercial no tendrá el mismo valor si no va asociada a un producto activo protegido por una patente y sin la autorización gubernativa para explotar dicho producto en un determinado mercado. Igualmente, el valor de una patente será superior cuando goza de la habilitación administrativa para ser puesta en el mercado. Esas interacciones jurídicas y económicas entre los intangibles transmitidos de forma colectiva son las que las DPT exhortan, en primer lugar, a identificar con precisión y, en segundo lugar, a tomar en consideración en la búsqueda de comparables para tasar la operación conforme al principio *at arm's length*. El análisis funcional también identificará la contribución de cada parte del grupo multinacional a la creación de valor sobre cada uno de los intangibles que están siendo transmitidos, con el fin de procurar un reparto justo a efectos de precios de transferencia de las rentas que producen.

El segundo aspecto a tomar en consideración en este tipo de operaciones es el de asegurar la identificación plena de todos los intangibles transmitidos en la operación. Habrá casos en los que sea imposible separar los intangibles y su transmisión deba practicarse

---

<sup>171</sup> Párr. 6.92-6.95.

conjuntamente sin opción alguna. Un ejemplo típico se detecta en la transmisión de una marca comercial mediante un contrato de licencia entre partes vinculadas en donde el fondo de comercio o valor reputacional de la marca se transmite implícitamente con la marca. La remuneración que deba realizar el licenciatarario debe tener en consideración la transmisión del fondo de comercio que lleva asociada la marca y que ha sido creado por el licenciante. Por ello, es importante identificar la naturaleza de todos los intangibles que en realidad se están transmitiendo para así lograr que, en el caso del ejemplo, la cuota pagada sea congruente con el valor que en el libre mercado partes independientes pagarían por el uso limitado de dicha marca y su valor reputacional en el mercado.

Las DPT señalan la importancia de identificar aquellas situaciones en las que las partes contratantes están separando de forma artificial los intangibles que irremediablemente se han de transmitir conjuntamente. Evidentemente, el *royalty* a pagar por el uso de una marca puede ser menor si no se toma en consideración el fondo de comercio que lleva tras de sí. Por ello, estos intentos de separación que en operaciones comparables no serían separados deberán ser reajustados por las Administraciones tributarias en la fase de delimitación de la operación vinculada.

En lo que afecta a las transmisiones de intangibles combinadas con otras operaciones de negocio, el objetivo que las DPT mantienen es similar a la de los casos anteriores<sup>172</sup>. Los intangibles pueden transmitirse junto a otros activos tangibles o junto a prestaciones de servicios. La identificación de las interacciones recíprocas entre los intangibles y estos elementos será importante para el análisis de precios de transferencia.

La regla general por la que parecen abogar las DPT es el de la descomposición de la operación a efectos de precios de transferencia, siempre que sea posible e idóneo. En estos casos se descompondría el precio total de la operación y se atribuiría parcialmente a cada una de las operaciones en las que se ha dividido conforme al ALS. El objetivo de esta medida es conseguir la búsqueda óptima de una operación comparable. Dado que en una lectura holística resultará complicado encontrar una operación similar, la segregación de la operación principal en otras puede facilitar dicho ejercicio.

Un supuesto frecuente de transmisiones combinadas de intangibles con, en este caso, servicios, es el de los contratos de franquicia entre partes vinculadas. En virtud de estos

---

<sup>172</sup> Párr. 6.98-6.103.

acuerdos se suelen transmitir numerosos intangibles, como por ejemplo, el uso de la marca comercial o conocimientos técnicos y empresariales (*know-how*) al franquiciado, junto a servicios de suministro de productos o asistencia técnica. Si esa operación es tan particular que no existe otra comparable entre partes independientes, lo aconsejable será segregarse los distintos elementos del contrato de franquicia, a los meros efectos de precios de transferencia. De esta forma, puede analizarse de forma individualizada, por un lado, las transmisiones de intangibles (por ejemplo, la licencia de la marca) y, por otro, la prestación de los servicios (por ejemplo, la prestación de asistencia técnica al franquiciado). No obstante, detectamos que este enfoque no es de aplicación estricta. Su aplicación responde más bien a la casuística que se plantee en cada operación.

Al igual que sucedía con transmisiones conjuntas y homogéneas de intangibles, en estos supuestos en que se combinan con otros activos tangibles o servicios van a existir, en ocasiones, interacciones entre ambos factores que darán mayor valor a alguno de ellos si se hayan en conexión directa con ellos. En estos casos, la regla general que parece desprenderse de la lectura de estos párrafos de las DPT no sería tan aconsejable como *prima facie* podría parecer, lo cual, va a complicar la búsqueda de una operación comparable. Un ejemplo de esta circunstancia puede ser la transmisión de un *software* informático junto a una prestación de servicios de mantenimiento continuos, como por ejemplo la actualización de éste.

Por lo tanto, la desmembración de la operación principal en otras más particulares es una opción para definir con mayor precisión la operación y, por consiguiente, buscar mejores comparables para determinar un precio adecuado. No obstante, la segregación de operaciones con férreas interacciones entre los activos y/o servicios transmitidos dificultarán la tarea en tanto que no será posible desagregarlas.

#### **2.1.4. Transmisiones tácitas dimanadas de reestructuraciones empresariales**

Los activos intangibles también pueden transmitirse en operaciones entre partes vinculadas de una forma tácita o indirecta. Entendemos la existencia de este tipo de transmisiones en virtud de que existen operaciones de reestructuración empresarial de funciones, activos y riesgos que, sin tener por objeto la transmisión de algunos intangibles, indirectamente se están transmitiendo. La consecuencia de este fenómeno es clara: la fijación de un precio *at arm's length* para dicha transacción; su diagnóstico: a través de la delimitación precisa de la operación.

Para estar ante una reestructuración empresarial se requiere que los nuevos acuerdos reemplacen a la estructura previamente existente<sup>173</sup>. Siendo el objeto principal de la operación vinculada la reformulación de las relaciones comerciales y financieras con relación a aspectos funcionales, de riesgos y de activos, la transmisión de activos intangibles puede estar oculta en alguna de estas operaciones, dada la intrínseca relación que estos activos pueden poseer sobre alguno de los elementos objeto de la renegociación de acuerdos entre las partes asociadas.

Esa transmisión tácita debe estar remunerada conforme al principio *at arm's length*, bien de manera individual, bien juntamente con el reparto de beneficios post-reestructuración que se haya pactado. De lo que no cabe duda es de la necesidad de identificar en estas operaciones mercantiles los activos intangibles que subyacen en la transmisión. A modo de aclaración, procedemos a continuación a mostrar sucintamente una serie de supuestos en los que, a nuestro modo de ver, la transmisión de los intangibles ocurre de forma tácita.

En primer lugar, en los casos de conversión de un distribuidor con riesgos y funciones completas (*fully-fledged distributor*) en uno de riesgos limitados y funciones más acotadas (*limited-risk distributor*), como agente o mero comisionista.

Una sociedad A, perteneciente al grupo multinacional XY, ha venido desempeñando funciones de distribuidor en el territorio A de una serie de productos. Para ello ha desempeñado una amplia gama de funciones relativas a la promoción del producto, campañas publicitarias, asumiendo los riesgos inherentes a su actividad, como los de inventario o los propios del mercado. A lo largo de los 6 años en los que ha desempeñado su actividad ha desarrollado una productiva lista de clientes, una red de distribución solvente y ha contribuido a asentar una gran reputación de la marca Z, la cual identifica a los productos que distribuye, propiedad de la matriz B, radicada en el Estado B. El contrato de distribución es renegociado por su empresa matriz, B, pasando a convertirse en un mero comisionista de ésta para seguir suministrando los productos en el Estado A. Como consecuencia de dicha reestructuración, el valor que la marca tiene pasados 6 años ha aumentado gracias a las actividades de mercadotecnia que la filial A ha desarrollado. Igualmente, la lista de clientes que ha aglutinado gracias a sus funciones redundará actualmente en beneficio de la sociedad

---

<sup>173</sup> Cfr. párr. 9.102 DPT.

matriz B, que pasa a ser la que retenga todos los beneficios que dimanen de la venta de productos en la jurisdicción, una vez deducida la correspondiente comisión a la filial A. En estos casos, la lista de clientes y el fondo de comercio asociados a la marca están siendo transferidos tácitamente a la sociedad matriz en esta operación de reestructuración. Por ello, la filial A debe ser remunerada como terceras partes independientes lo serían en el mercado libre en situaciones comparables a esta, bien en la propia operación, o bien en la remuneración post-reestructuración.

En segundo lugar, en supuestos de traslado de personal altamente cualificado de una empresa del grupo multinacional a otra.

La sociedad A, con residencia en el territorio A, tiene entre sus activos empresariales la titularidad legal de un *software* que gestiona la conducción automática de los vehículos que el grupo empresarial XY fabrica y comercializa por todo el mundo. Dicho *software* fue creado en gran parte gracias a los conocimientos y labor que desarrollaron su plantilla de científicos del laboratorio de I+D. Actualmente, el grupo XY ha decidido desarrollar motocicletas de conducción autónoma, sin intervención alguna del ocupante, siguiendo las bases del *software* que se aplica a los vehículos. Para ello, el grupo empresarial ha decidido que los trabajadores que desarrollaron tal intangible se trasladen a la sociedad B, domiciliada en el Estado B, para ayudar a los científicos del laboratorio de la sociedad B a adaptar el *software* a las características geométricas de la motocicleta. Como puede observarse, en este traslado de personal cualificado de la sociedad filial A a la filial B subyace la transmisión de unos conocimientos técnicos para la confección de un nuevo *software* de conducción autónoma de motocicletas. El *know-how* que poseen los trabajadores del laboratorio de la sociedad A va a trasladarse tácitamente a la sociedad B, y será utilizado para desarrollar un nuevo intangible que pertenecerá a la sociedad B. En estos casos, nuevamente, dicha transmisión latente del *know-how* ha de ser remunerada *at arm's length*.

En tercer lugar, en la formación de los empleados de la nueva filial sobre procedimientos comerciales secretos en la prestación de servicios y atención al cliente.

La sociedad A, residente en A, es una empresa dedicada a la prestación de servicios e ortodoncia. Goza de una gran reputación en el mercado, dada la innovación de sus tratamientos y la atención post-tratamiento a los clientes. En vistas de su éxito local, decide expandir su modelo de negocio al Estado B. Para ello, constituye una filial enteramente

participada. Durante los meses previos al comienzo de su actividad comercial, la sociedad A forma minuciosamente a los empleados de la sociedad B en toda una serie de procedimientos secretos relativos a todos los tratamientos dentales que aplican, así como en técnicas de asistencia a los pacientes. Esos procedimientos y la forma en que se aplican los tratamientos son en lo que radica el éxito de la empresa A, puesto que ninguna empresa competidora llega a ofrecer algunos de los servicios vanguardistas que ella sí ofrece. En este supuesto, existe una transmisión tácita de conocimientos técnicos secretos que son únicos en el mercado, desde la sociedad A hacia la nueva filial constituida en B. Dicha transmisión debe ser remunerada *at arm's length* por la nueva filial a su sociedad matriz radicada en el Estado A.

## **2.2. Operaciones en las que se usan intangibles para la venta de bienes o prestaciones de servicios**

La depuración técnica del nuevo Capítulo VI de las DPT que dimanaron del Plan BEPS ha alcanzado hasta el reconocimiento de operaciones vinculadas con activos intangibles en las que no tiene por qué darse, esencialmente, la transmisión, expresa o tácita, de éstos. Pueden existir también supuestos en los que dichos intangibles son simplemente usados en relación con otras operaciones de producción, venta de bienes o prestaciones de servicios entre empresas asociadas. A este tipo de operaciones es a las que han dedicado las DPT su sección C.2. del Capítulo VI.

A efectos de precios de transferencia, los intangibles no solo van a ser relevantes en transmisiones. También, alcanza al análisis cuando han sido empleados en la elaboración para una posterior venta de productos o prestaciones de servicios. Su toma en consideración responde a la obtención de una definición de la operación, lo más sólida posible con el objetivo de encontrar una operación comparable que nos permita obtener un precio *at arm's length*. En síntesis, su relevancia radica a los meros efectos del análisis de comparabilidad, como un factor más a tener en cuenta para elegir un método de valoración lo más acertado posible<sup>174</sup>.

---

<sup>174</sup> Cfr. WANG, J., "A tentative improvement: comments on OECD Discussion Draft on the transfer pricing of intangibles", *International Transfer Pricing Journal*, vol. 20, núm. 3, 2013, p. 140 y ORTÍZ GÓMEZ, G., "Transfer pricing of intangibles in the digital economy", en KERSCHNER, I. & SOMARE, M. (Eds.), *Taxation in a global digital economy*, Linde, Viena, 2017, p. 295.

Un supuesto que refleje estos aspectos, siguiendo las DPT, es el de la utilización de patentes para la fabricación de vehículos que posteriormente son distribuidos por otra sociedad del grupo. Imaginemos una sociedad A, con residencia en A, que cuenta con una patente que emplea para la fabricación de los vehículos del grupo multinacional XY. Dichas patentes son realmente valiosas. Una vez fabricados los vehículos, la entidad fabricante vende a la sociedad del grupo B, radicada en el Estado B, los vehículos para que se distribuyan en un determinado mercado geográfico, remunerando a la sociedad fabricante. En el precio que se acuerde en dicha transacción vinculada ha de reflejarse el valor que aporta el empleo de la patente en la fabricación del vehículo. Pese a que la empresa distribuidora no adquiere la patente, ni derecho relacionado con ella, afecta de tal forma al valor final del vehículo que ha de ser tomada en consideración como un factor más a la hora de realizar el correspondiente análisis de precios de transferencia.

De la misma forma, otro supuesto fácilmente entendible es aquel en el que una sociedad distribuidora de productos informáticos en una determinada jurisdicción compra a otra entidad del mismo grupo empresarial, XY, dichos productos que van estampados con el logo de la marca X, perteneciente al grupo multinacional. Esa operación vinculada de venta de una mercancía compuesta por productos informáticos no es una transmisión de la marca; sin embargo, la marca va incorporada a los activos tangibles y proporciona un valor añadido a los productos informáticos cuando son puestos en el mercado. Por lo tanto, su utilización ha de ser tomada en consideración en el análisis de precios de transferencia, delimitando la transacción con la correcta identificación de este intangible (marca) y buscando el mejor método de valoración posible para cumplir con el ALS.

### **3. LAS CARACTERÍSTICAS ECONÓMICAMENTE RELEVANTES PARA LA DEFINICIÓN PRECISA DE LA OPERACIÓN**

Una vez expuestas las clases de operaciones que pueden darse entre empresas de un mismo grupo que afecten a activos intangibles, el siguiente paso es determinar con la mayor precisión posible las fronteras y el contenido de la misma según la realidad. Si bien las DPT siguen un enfoque transaccional para la aplicación del ALS, ello no obstaculiza que la operación concreta que quiera ser sometida a análisis esté inmersa en el seno de una estructuración empresarial mayor. Dicho de otra forma, la transacción está incrustada en un panorama mayor que modela las relaciones comerciales o financieras que existen dentro del grupo multinacional. Por ello, dada la interconexión de múltiples sociedades del grupo en

las estructuras empresariales con activos intangibles, tal y como hemos visto anteriormente, el análisis de precios de transferencia con activos intangibles no es recomendable que se practique solo desde la perspectiva de la parte que está siendo auditada, sino desde la perspectiva múltiple de cada una de las partes vinculadas implicadas en la operación que involucra al intangible.

Ese proceso de definición se debe sustentar en una visión general del grupo multinacional, teniendo presente elementos como el sector económico en el que opera, los mercados en los que participa, los factores que alteran (positiva o negativamente) los resultados del grupo, las funciones que realizan sus empresas, los activos que posee y los riesgos que se asumen a lo largo de la cadena de suministro o las estrategias empresariales que posee, entre otros<sup>175</sup>. Como señalan expresamente las DPT, la definición precisa de la transacción realmente realizada exige un previo análisis de los atributos económicos fundamentales. Estos caracteres son los conocidos factores de comparabilidad.

El presente apartado tiene como objetivo detallar cómo se realiza la definición precisa de las operaciones que involucran intangibles a través de los nuevos caracteres económicos fundamentales. Su estudio se extrae de la yuxtaposición de la sección D.1 del Capítulo I y de la sección B del Capítulo VI de las DPT. Con las actuales DPT dimanadas de las Acciones 8-10 del Plan BEPS no se han añadido o eliminado factores de comparabilidad, sino que algunos de ellos se han reconfigurado con el fin de plasmar el tan reiterado enfoque sustancial del principio *at arm's length*.

### **3.1. La importancia de un marco analítico para identificar las relaciones comerciales o financieras para un análisis de precios de transferencia**

Todo proceso de análisis es más fructífero si sigue unas pautas metodológicas ordenadas. Como en toda investigación, el respeto a dichas pautas son el camino que conducen a la obtención del resultado. En el panorama de los precios de transferencia, más concretamente en la fase previa de definición precisa de la operación vinculada, esas pautas metodológicas se articulan a través de las características económicamente relevantes o factores de comparabilidad. Su seguimiento por parte de los organismos inspectores de las Administraciones tributarias domésticas conlleva al resultado que hoy en día reclaman las DPT; dicho sea de paso, que tal resultado es consecuencia del nuevo enfoque que la

---

<sup>175</sup> Párr. 1.34.

comunidad internacional a través de la OCDE ha decidido dar al *at arm's length standard* para luchar contra las conductas BEPS de las grandes EMNs. Por ello, el análisis investigador que siga las pautas metodológicas que se señalarán a continuación derivará en un resultado: la delimitación precisa de la operación y la puesta de relieve de la verdadera sustancia económica subyacente sobre la forma jurídica que las partes han podido dar a su transacción.

### **3.1.1. Marco analítico troncal para las operaciones vinculadas**

El marco analítico troncal para el análisis de definición de la operación se haya en los factores de comparabilidad que se ofrecen en el párr. 1.36 de las DPT. Estos factores son los siguientes:

- Las cláusulas contractuales
- El análisis funcional
- Las características de los activos o servicios
- Las circunstancias económicas internas y externas
- Las estrategias empresariales

Esta serie de factores o atributos suponen una parcelación de las relaciones comerciales o financieras entre las partes involucradas en la transacción con la finalidad de delimitarla con precisión y poder buscar una operación comparable<sup>176</sup>. Las posteriores subsecciones de la sección D.1. del Capítulo I de las DPT se encargan de desarrollar los contenidos de cada uno de estos factores, siendo particularmente importantes los dos primeros. En ellos se encarna el espíritu de lucha contra las prácticas BEPS y que la tributación esté en línea con la generación de valor.

Su función es doble. En primera instancia, sirven para definir la operación objeto de análisis estableciendo sus características, los términos contractuales subyacentes, las funciones desempeñadas, los activos utilizados y los riesgos asumidos por las partes, así como las circunstancias de las empresas asociadas y la naturaleza de los productos o servicios transmitidos. Este ejercicio de definición asienta las bases para que las Administraciones tributarias determinen si, en circunstancias comparables, las empresas involucradas en la operación, si no actuaran por las fuerzas que les unen, hubiesen alcanzado otro tipo de

---

<sup>176</sup> Cfr. GONZÁLEZ DE FRUTOS, U., “La experiencia norteamericana en los precios de transferencia”, *op. cit.*, p. 126.

acuerdo; es decir, si existían opciones alternativas realmente disponibles (*options realistically available*) que tenían mejores resultados que la que han efectuado en la práctica.

Aunque detectar que realmente existían operaciones alternativas mejores que la que han elegido las partes vinculadas no presume la inexistencia de racionalidad comercial, entendemos que es un primer paso importante para poder determinar tal supuesto. En caso de materializarse, tras comprobar más elementos, las autoridades fiscales podrían proceder a la recharacterización de la operación. No obstante, advertimos ya de lo complicado que puede ser aplicar este enfoque, puesto que el ALS trata ficticiamente a entidades dependientes como independientes y busca en el mercado independiente esas posibles alternativas más fructíferas. Es evidente que hay que aplicar racionalmente este enfoque, pues en el seno de las EMNs existen factores que hacen viable una operación pese a que partes independientes tuviesen ante ellas otras opciones alternativas con mejores oportunidades comerciales.

En segunda instancia, son un instrumento para la búsqueda de las operaciones comparables<sup>177</sup>. Las autoridades tributarias no sólo van a utilizar estos factores para intentar definir la operación vinculada, sino que también los emplearán para segmentar la búsqueda de potenciales operaciones comparables.

La influencia que tiene la toma en consideración de estos factores se proyecta a nivel internacional y nacional. En la esfera internacional puede comprobarse en el hecho de que también las Directrices sobre precios de transferencia de la ONU describen a estos cinco factores como esenciales en la identificación de las relaciones comerciales o financieras entre las partes y en la futura selección de un método de valoración apropiado<sup>178</sup>.

Por su parte, las legislaciones domésticas sobre precios de transferencia suelen seguir generalmente los dictados de las DPT. Por ello, la búsqueda de estos factores de comparabilidad por las Administraciones tributarias es una práctica homogénea. Cuestión distinta será el modo en que se trasladen al Derecho positivo nacional las mismas, en el caso de que así se produzca, puesto que no todos los países tienen regulación interna de precios

---

<sup>177</sup> Cfr. BARRENO ASENSIO, M.M., “Transfer pricing y recharacterización de transacciones: sustancia económica vs. términos contractuales (acciones 8-10)”, en ALMUDÍ CID, J.M., FERRERAS GUTIÉRREZ, J.A. y HERNÁNDEZ GONZÁLEZ-BARREDA, P.A. (Dir.), *El Plan de Acción sobre erosión de bases imponibles y traslado de beneficios (BEPS): G-20, OCDE y Unión Europea*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, p. 251.

<sup>178</sup> Cfr. ONU, *Practical Manual on transfer pricing for developing countries*, op. cit., párr. B.2.1.6.

de transferencia, pero aplican las DPT. Como modelos podemos contrastar la normativa española, la cual recoge literalmente los factores de comparabilidad de la OCDE, y la estadounidense, la cual configura de distinta forma dichos factores con respecto a la OCDE. Finalmente, Canadá es un ejemplo de cómo la jurisprudencia puede estar añadiendo un nuevo factor de comparabilidad.

Desde el punto de vista del legislador español, los factores de comparabilidad se encuentran actualmente recopilados en el art. 17.2 del Real Decreto 634/2015, de 10 de julio, del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades (RIS). Simplemente se citan y son prácticamente una copia de los de las DPT. La razón por la que se han recopilado estos caracteres en la legislación española sobre precios de transferencia responde, según el legislador del RIS, a la búsqueda de una operación comparable. Detectamos una predominancia de la segunda función que citábamos anteriormente que tienen estos factores, si bien, esta apreciación de técnica legislativa no debe conducir erróneamente a no utilizar estos factores como herramientas útiles para delimitar previamente con precisión la operación vinculada.

La normativa doméstica sobre precios de transferencia de Estados Unidos parece recopilar los factores de comparabilidad de forma distinta a las DPT. A partir del párrafo 1.482-1 (d) del Reglamento del *Internal Revenue Code* se desarrollan los factores de comparabilidad. Expresamente recoge los siguientes: análisis funcional; términos contractuales; riesgos; condiciones económicas y propiedad o servicios. *A priori*, estos factores no son idénticos a los que recogen las DPT; sin embargo, tanto los de la normativa estadounidense como los de la OCDE comparten la misma esencia y finalidad cuando se analizan los factores holísticamente<sup>179</sup>. Posiblemente, el legislador estadounidense haya optado por una mayor segmentación de los atributos económicos para detectar más óptimamente las relaciones comerciales o financieras entre las partes vinculadas. De esta manera, el análisis funcional [apartados 1.482-1 (d) (3) (i)] se centra exclusivamente en las funciones desempeñadas por cada parte y en los recursos empleados para las mismas. En este análisis funcional no se estudian los riesgos, sino que estos gozan de autonomía propia como otro factor independiente a tomar en consideración. Pero, en definitiva, el resultado

---

<sup>179</sup> Cfr. GONZÁLEZ DE FRUTOS, U., “La experiencia norteamericana en los precios de transferencia”, *op. cit.*, p. 127.

final del estudio de los factores de comparabilidad estadounidenses no difiere en gran medida de la línea trazada por la OCDE en sus DPT.

Por su parte, Canadá es una jurisdicción que no recoge expresamente en su *Income Tax Act* un listado expreso de los factores de comparabilidad, pese a contar con un apartado específico para la regulación de los precios de transferencia (sección 247). Sin embargo, desde hace tiempo los tribunales canadienses han reconocido la importancia de las DPT en el análisis de comparabilidad y han pasado los factores de comparabilidad en ellas recogidas a ser tomados en consideración por los actores en materia de precios de transferencia<sup>180</sup>. Con la sentencia dictada por la Corte Suprema en el caso *GlaxoSmithKline*<sup>181</sup> se ha asentado el nacimiento de un sexto factor de comparabilidad creado jurisprudencialmente a través de la figura del “*reasonable business person*”. De esta forma han introducido los tribunales canadienses factores de comparabilidad no sustentados en el ALS que están presentes en las relaciones entre las partes vinculadas. Se tomará como otro factor más la existencia de circunstancias que responden al hecho de que las partes están asociadas. Ello va a desencadenar mayor litigiosidad para los contribuyentes, ya que para analizar operaciones vinculadas se introducen factores que no se estudiarían en operaciones entre partes independientes, lo cual puede ser peligroso si no se racionaliza por las autoridades administrativas y jurisprudenciales canadienses, pues pueden acabar desnaturalizando el principio *at arm's length*<sup>182</sup>.

### **3.1.2. Marco analítico complementario para las operaciones vinculadas que involucran intangibles**

Como ya hemos venido señalando en este trabajo, la máxima preocupación de las DPT derivadas del Plan BEPS cuando se analizan operaciones vinculadas que involucran intangibles es el de cómo determinar la participación de las entidades asociadas en el rendimiento o en los costes y pérdidas obtenidos por el grupo en la explotación de los intangibles conforme al ALS.

Ante la exigencia del reto, las DPT han realizado un desarrollo más profundo del Capítulo VI dedicado a los intangibles. Como no podía ser de otra forma, en lo que atañe al

---

<sup>180</sup> Cfr. *Smithkline Beecham Animal Health Inc. v. Canada*, 2002 FCA 229.

<sup>181</sup> *Canada v. GlaxoSmithKline Inc.*, 2012 SSC 52.

<sup>182</sup> Cfr. ROBILLARD, R., “Is there a sixth comparability factor in Canadian transfer pricing?”, *Canadian Tax Journal*, vol. 63, núm. 2, 2015, p. 379.

ámbito de la definición precisa de la operación han proporcionado un nuevo marco analítico complementario al marco troncal del Capítulo I. Este marco complementario para operaciones vinculadas en las que existen intangibles se aplica en consonancia con el marco troncal. No supone un tratamiento *sui generis* para operaciones con intangibles diferente al enfoque troncal, sino que es la traslación de dicho enfoque a la práctica forense de este tipo de operaciones con intangibles. Huelga decir, por lo tanto, que en todo aquello que no exista tratamiento por el marco analítico complementario se aplicará directamente el marco troncal.

El nuevo marco analítico sobre operaciones con activos intangibles, el cual entendemos que actúa en relación de complementariedad con el marco troncal, se halla en el párr. 6.34 de las DPT y se desarrolla a lo largo de los párrafos siguientes concernientes a la sección B del Capítulo VI. Este marco consta de los siguientes pasos:

a) Identificación de los intangibles utilizados o transmitidos (expresa o tácitamente, según señalamos con anterioridad) en la operación de forma específica y los riesgos de importancia económica asociados con las funciones DEMPE sobre intangibles.

b) Identificación de los acuerdos contractuales, con especial énfasis en la determinación de la propiedad legal de los intangibles basándose en los términos y condiciones de los acuerdos legales, incluidos los registros relevantes, acuerdos de licencia, otros contratos relevantes e indicios de propiedad legal, y de los derechos y obligaciones contractuales, incluida la asunción contractual de los riesgos entre las entidades vinculadas del grupo.

c) Identificación de las partes que realizan funciones, utilizan activos y gestionan riesgos relacionados con las funciones DEMPE a través del análisis funcional y, en concreto, de las partes que controlan cualquier función subcontratada y los riesgos de importancia económica que son específicos del control.

d) Confirmación de la consistencia entre los términos relevantes asumidos en el contrato y la conducta real de las partes, determinando si la parte que ha asumido los riesgos *ex contractu* por un lado, los controla y, por otro, tiene capacidad financiera para asumirlos con relación a las funciones DEMPE de los intangibles.

e) Definición de la operación vinculada en relación con las funciones DEMPE, del resto de relaciones contractuales relevantes y de la conducta de las partes, incluidas sus

aportaciones sustanciales de tipo funcional, con activos (tangibles, intangibles, financieros) y de riesgos, tomando como referencia el análisis de riesgos en seis pasos de la sección D.1.2.1 del Capítulo I.

f) Determinación de una remuneración *at arm's length* que sea proporcional al grado de aportación de cada parte según las funciones realizadas, los activos utilizados y los riesgos asumidos.

El marco analítico para las operaciones que involucran intangibles no incluye factores de comparabilidad diferentes a los generales del párr. 1.36. Basándose en los ya existentes, hace un énfasis notorio en los factores relativos a los términos contractuales, en lo que atañe a la búsqueda de la titularidad sobre los intangibles, y al análisis funcional desde la perspectiva de las funciones DEMPE. En definitiva, no es más que la armonización de estos factores de comparabilidad a la aplicación práctica en operaciones con intangibles. Los demás factores del marco troncal resultan igualmente aplicables en la forma en que están configurados a lo largo de la sección D.1. del primer capítulo.

Al igual que en lo que afectaba a los factores de comparabilidad, este marco complementario ha sido trasladado a las actuales Directrices sobre precios de transferencia de la ONU en párrafo B.5.3.3. Con una ordenación sistemática diferente a la de las DPT de la OCDE, las de la ONU establecen las mismas pautas para realizar la identificación de las relaciones comerciales o financieras que delimiten adecuadamente la transacción. Igualmente, ponen su enfoque en la generación de valor de las partes con relación a las funciones DEMPE sobre los intangibles y en la sintonía entre los derechos y obligaciones asumidos contractualmente y la verdadera conducta de las partes.

### **3.2. Acuerdos contractuales y la búsqueda de la propiedad legal como puntos de partida para detectar la propiedad económica**

Los términos contractuales y la propiedad legal del intangible sirven como puntos de referencia para realizar el análisis de delimitación exacta de la transacción intragrupo<sup>183</sup>, tal y como expresan las DPT. Sin embargo, de un análisis sustancial del contenido que se les da a ambos elementos en dichas DPT<sup>184</sup> parece reconducirlos a meros puntos de partida residuales para detectar la propiedad y sustancia económica de la transacción. Una vez

---

<sup>183</sup> Párr. 6.43.

<sup>184</sup> *Vid.* Párr. 1.42-1.50 y 6.35-6.46.

hallada la sustancia económica y los verdaderos propietarios económicos se estaría en disposición de repartir los rendimientos dentro del grupo multinacional conforme a la configuración post-BEPS del principio *at arm's length*.

Las operaciones vinculadas pueden estar formalizadas mediante contratos escritos. El recurso a los contratos es el instrumento por excelencia, pero también pueden encontrarse los términos de las mismas a través de registros públicos, correspondencia o en comunicaciones entre las partes. Los contratos contendrán el elenco de funciones, derechos y obligaciones de ambas partes contratantes con respecto a los intangibles. El grado de detalle de los términos contractuales puede ser tan amplio como pueda imaginarse. Pueden llegar a describir qué entidad/es aporta la financiación, cuál realiza las actividades de I+D, cuál se encarga del mantenimiento y protección de los intangibles, cuál realiza las funciones de producción, distribución y comercialización, o la forma en que se repartirán los beneficios que dimanen de la explotación de los intangibles entre las partes del grupo multinacional.

Evidentemente, es deseable por parte de las EMNs un mayor grado de detalle en sus contratos intragrupo para allanar a las Administraciones tributarias la difícil tarea de definir una operación vinculada. Pero esto simplemente es un punto de partida para el análisis de precios de transferencia. Un simple aspecto tangencial que no significa que la definición deba ser aceptada tal y como la han estructurado las partes en sus acuerdos. No es tampoco un elemento necesario para las autoridades fiscales el contar con el acuerdo contractual de la operación que están revisando.

Cuando las condiciones no consten por escrito o constando su presencia escrita sean diferentes, total o parcialmente, a la conducta real de las partes, la operación real se extraerá de las características que reflejan el comportamiento de las partes<sup>185</sup>. De esta forma, la conducta real que las partes ponen en práctica en la ejecución del acuerdo es la que prevalecerá a la hora de ir definiendo la operación. Esto supone una clara apuesta por la consideración de la búsqueda de la sustancia sobre la forma o estructura que las partes hayan dado a sus relaciones comerciales o financieras. Por ello, sostenemos que los términos contractuales de una operación vinculada son un simple punto de inicio, nunca una referencia, a menos que estén en sintonía perfecta con la conducta de las partes.

---

<sup>185</sup> Párr. 1.45 y 6.36.

La potencial irrupción de la nueva tecnología *blockchain*<sup>186</sup> en el campo de los precios de transferencia puede resultar útil para corregir los desequilibrios entre la conducta real de las partes (sustancia económica del acuerdo) y los términos contractuales firmados (forma). Al ser una tecnología que se caracteriza, entre otros factores, por la confianza y la eliminación de terceras partes intermediarias, encriptando en “bloques” de algoritmos la información que se desea transmitir, la utilización de *smart contracts* puede ayudar a conseguir el objetivo<sup>187</sup>. Se trata de una forma de documentar y ejecutar las operaciones en virtud de la cual se almacenan las cláusulas contractuales en libros de registro virtuales, llamados *distributed ledgers*, que se ejecutan automáticamente cuando se cumplen los parámetros que las partes han decidido. Las partes que intervienen en la red o cadena, los llamados nodos, certifican la operación y podría verse con fidelidad qué parte del grupo multinacional ha sido la que ha ejecutado una función. Si a esta forma de realizar las relaciones contractuales dentro de las EMNs le añadimos la entrada de las Administraciones fiscales para que puedan monitorizar en línea las características de una operación ejecutada, podrían ver en tiempo real, por ejemplo, qué parte ha transmitido una determinada renta, cuál ha ejercido una actividad de distribución comercial del intangible o cuál ha cedido el uso del intangible a una entidad productora del grupo. De esta manera podrían corregirse las asimetrías de información que existen entre Administraciones tributarias y contribuyentes. El empleo de *smart contracts* puede ser un elemento a tomar en consideración ante la advertencia de las DPT de que las empresas documenten todas sus decisiones e intenciones en lo que a la asignación de derechos sobre los intangibles se refiere, particularmente sobre las funciones DEMPE. Las autoridades fiscales podrían determinar la remuneración *at arm's*

---

<sup>186</sup> Para una comprensión del alcance de este fenómeno, *vid.* BOUCHER, P., NASCIMENTO, S. y KRITIKOS, M., *How blockchain could change our lives*, European Parliamentary Research Service, Bruselas, 2017, disponible en [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2017/581948/EPRS\\_IDA%282017%29581948\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2017/581948/EPRS_IDA%282017%29581948_EN.pdf) (último acceso: 9.11.2017). Por su parte, sobre una visión general de la futura aplicación de esta tecnología a otras parcelas de la fiscalidad internacional pueden consultarse los *papers* preparados conjuntamente por el WU Global Tax Policy Center de Viena y la Digital Economy Taxation Foundation: [https://www.wu.ac.at/fileadmin/wu/d/i/taxlaw/institute/WU\\_Global\\_Tax\\_Policy\\_Center/Tax\\_Technology\\_Backgrd\\_note\\_Blockchain\\_Technology\\_and\\_Taxation\\_03032017.pdf](https://www.wu.ac.at/fileadmin/wu/d/i/taxlaw/institute/WU_Global_Tax_Policy_Center/Tax_Technology_Backgrd_note_Blockchain_Technology_and_Taxation_03032017.pdf) (último acceso: 9.11.2017) y [https://www.wu.ac.at/fileadmin/wu/d/i/taxlaw/institute/WU\\_Global\\_Tax\\_Policy\\_Center/Tax\\_Technology/DET\\_Blockchain\\_101\\_for\\_Governments.pdf](https://www.wu.ac.at/fileadmin/wu/d/i/taxlaw/institute/WU_Global_Tax_Policy_Center/Tax_Technology/DET_Blockchain_101_for_Governments.pdf) (último acceso: 9.11.2017).

<sup>187</sup> DE JONG, J. y OWENS, J., “Taxation on the blockchain: opportunities and challenges”, *Tax Notes International*, vol. 87, núm. 6, 2017, pp. 601-612.

*length* que le correspondería a cada parte al tener acceso directo y en tiempo real a los resultados que dimanaran de la explotación de los intangibles<sup>188</sup>.

A través del estudio de los contratos, la legislación nacional aplicable y la información contenida en los registros públicos nacionales se puede determinar con éxito quién es el propietario legal del intangible. El concepto de propiedad ha sido ampliamente discutido y seguirá siendo discutible por la heterogeneidad que puede presentar cuando se analice una operación vinculada. Especialmente porque en función de qué aproximación de propiedad utilicemos, el derecho a percibir los rendimientos generados por la explotación del intangible puede ser repartido de diversa forma entre las empresas del grupo.

El concepto propiedad encubre varios aspectos cuando se analiza desde la perspectiva de los precios de transferencia y atañe a activos intangibles<sup>189</sup>. Siguiendo la distinción que introdujo MIYATAKE<sup>190</sup>, la propiedad sobre los intangibles puede ser de tres tipos: legal, económica y contractual. La propiedad legal sería aquella que se obtiene en virtud del ordenamiento jurídico privado y que es concedida, por ejemplo, a través de un acto administrativo y la posterior inscripción en un registro público. El propietario legal es el que goza del monopolio en la explotación del intangible y está habilitado para percibir una retribución por permitir a otras entidades su uso<sup>191</sup>. Como veremos a continuación, esta concepción de propiedad es el punto de arranque para la OCDE. La propiedad económica va unida al nivel de participación en la creación de valor en el intangible, como por ejemplo los gastos soportados o los riesgos asumidos en el desarrollo del intangible<sup>192</sup>. En este sentido, podrán existir varios co-propietarios de un intangible desde un plano estrictamente económico. Finalmente, la propiedad desde el punto de vista del contrato es aquella que dimana de la concesión recíproca por las partes contratantes de derechos que pueden ser

---

<sup>188</sup> Cfr. SIM, S., OWENS, J., PETRUZZI, R. *et al.*, “Blockchain, transfer pricing, customs valuations, and indirect taxes: transforming the global tax environment”, *Tax Management Transfer Pricing Report*, vol. 26, núm. 4, 2017, p. 5.

<sup>189</sup> Cfr. LAGARDEN, M., “Intangibles in a transfer pricing context: Where does the road lead?”, *International Transfer Pricing Journal*, vol. 21, núm. 5, 2014, p. 336. Ese autor segrega la propiedad desde una perspectiva jurídica y económica. En la primera, se encuentra la propiedad legal y contractual (*legal and contractual ownership*); en la segunda, la económica y la efectiva (*economic and beneficial ownership*).

<sup>190</sup> MIYATAKE, T., “General report”, *op. cit.*, p. 25.

<sup>191</sup> Cfr. HENSHALL, J., *Global transfer pricing: principles and practice*, 3ª ed., Bloomsbury Professional, 2016, pp. 100-101.

<sup>192</sup> Cfr. LAGARDEN, M., “Intangibles in a transfer pricing context: Where does the road lead?”, *op. cit.*, p. 337 y WITTENDORFF, J., *Transfer pricing and the arm’s length principle in International Tax Law*, *op. cit.*, p. 624.

ejercitados y reclamados ante los tribunales a título dominical<sup>193</sup>. Desde nuestro punto de vista, la propiedad contractual es una subcategoría de la propiedad legal, por lo que sintéticamente, la clasificación pivota siempre entre propiedad legal y económica de los intangibles.

De la lectura conjunta de los párrafos 6.35 a 6.46 DPT se llega a la conclusión de que “propiedad” a efectos de precios de transferencia en materia de activos intangibles hace referencia al derecho o habilitación (*entitlement*) a percibir total o parcialmente los rendimientos dimanados de la explotación del intangible<sup>194</sup>. Esa conceptualización autónoma a efectos de precios de transferencia unas veces estará más próxima a la perspectiva legal y otras a la económica. Ello dependerá del resultado que arroje el ALS al aplicarse en el posterior análisis funcional. En virtud del mismo, los rendimientos residuales podrían ser acumulados por la entidad propietaria legal del intangible o bien, repartirse entre las entidades del grupo que han contribuido a la creación de valor. La forma de detectar cómo han contribuido a ello será analizando cuáles han ejecutado y controlado control sobre las funciones DEMPE, cuáles han financiado el desarrollo del intangible y cuáles han asumido los riesgos relacionados con la creación del intangible.

Presumiblemente, las DPT -sabedoras de la importancia de detectar un propietario del intangible para practicar una definición precisa de la operación y, en consecuencia, un análisis de comparabilidad posterior lo más óptimo posible- parten de la premisa de considerar como dueño del intangible al propietario legal<sup>195</sup>. Se evitan problemas al no tener que dar una conceptualización autónoma a efectos de precios de transferencia y derivan tal responsabilidad en el derecho doméstico<sup>196</sup>. En caso de no poder identificar al propietario legal según el derecho civil, los registros públicos o los términos contractuales, las DPT adoptan un enfoque de propiedad económica. En ese caso será considerado propietario aquel miembro del grupo multinacional que controle las decisiones relativas a la explotación del activo inmaterial y tenga la capacidad práctica de impedir que terceras partes lo usen.

---

<sup>193</sup> Un ejemplo es, siguiendo el párr. 6.41, el derecho que existe sobre un intangible, como pudiera ser la propiedad, y otro distinto es el que recae sobre la licencia de uso que se ha concedido a la otra parte. La licencia para comercializar, por ejemplo, productos utilizando una marca es un activo intangible para la empresa licenciataria.

<sup>194</sup> Cfr. PANKIV, M., *Contemporary application of the arm's length principle in transfer pricing*, *op. cit.*, p. 80.

<sup>195</sup> Párr. 6.40.

<sup>196</sup> Cfr. WITTENDORFF, J., “Shadowlands”: the OECD on intangibles”, *Tax Notes International*, vol. 67, núm. 10, 2012, p. 944.

Sin embargo, la toma en consideración de la propiedad legal como punto de partida para la OCDE contrasta con la posterior vehemencia en luchar contra las acumulaciones de rendimientos globales del grupo en una *IP holding* que solo tiene como función asumir la titularidad de los intangibles. De esta forma, las DPT expresan que la propiedad legal de los intangibles no confiere *per se* un derecho a conservar esos rendimientos dimanados de la explotación del intangible. Para el principio *at arm's length* de la era post-BEPS, estos rendimientos deberán ser distribuidos entre las entidades del grupo que hayan realizado funciones DEMPE, aportado activos y asumido riesgos con relación a dichas funciones. En virtud de este enfoque, si el propietario legal desea seguir acumulando todos los rendimientos que se prevén obtener desde el grupo por la explotación de los activos intangibles deberá:

- 1) Realizar y controlar todas las funciones DEMPE.
- 2) Aportar todos los activos y la financiación que sean necesarios para desarrollar, mejorar, mantener, proteger y explotar los intangibles.
- 3) Asumir y controlar todos los riesgos relacionados con las funciones DEMPE y la aportación de activos y financiación.

Por un lado, una lectura desafortunada por parte de alguna Administración tributaria puede desembocar en la negación del derecho a percibir al menos una mínima remuneración, que dimane de los derechos de propiedad. Se corre el riesgo de que la entidad que es legítima propietaria no perciba ninguna renta (*zero-valued ownership approach*). Esto contravendría los postulados dogmáticos de la propiedad legal, puesto que un análisis de precios de transferencia, bajo la cobertura del ALS, que arroje un resultado cero a la entidad propietaria no sería consecuencia de una aplicación, sino de una mala e incorrecta aplicación del principio *at arm's length*<sup>197</sup>. El problema aquí, en síntesis, es que las DPT abren la puerta a un resultado en ese sentido.

Por otro lado, este enfoque no significa que el propietario legal deba realizar obligatoriamente todas las funciones él mismo con cargo a su propio personal. Existe la

---

<sup>197</sup> Este problema ha sido puesto de relieve por SCHWARZ, J., "Are legal rights irrelevant for transfer pricing after BEPS Actions 8, 9 and 10?", *Kluwer International Tax Blog*, 2015, disponible en <http://kluwertaxblog.com/2015/11/15/are-legal-rights-irrelevant-for-transfer-pricing-after-beps-actions-8-9-and-10/> (último acceso: 9.11.2017) y PANKIV, M., *Contemporary application of the arm's length principle in transfer pricing*, *op. cit.*, pp. 165-166.

posibilidad de que subcontrate tales funciones, tanto a empresas independientes como dependientes, pero para seguir estando legitimado para retener los rendimientos de la explotación del intangible, tras remunerar a las entidades subcontratadas, debe controlar efectivamente los riesgos que proceden de esas funciones subcontratadas y tener la capacidad financiera para asumirlos.

El concepto de propiedad económica no es un término que esté o haya sido recogido expresamente en las DPT vigentes o en los trabajos previos al Plan BEPS que la OCDE emprendió para la revisión de los aspectos relativos a intangibles en los precios de transferencia. Sin embargo, su filosofía ha estado y sigue estando latente para la determinación de la remuneración *at arm's length* entre las sociedades operativas del grupo multinacional y el propietario legal del intangible.

La idea de propiedad económica se recogió con mayor vehemencia en el *Discussion Draft* de 2012 sobre la revisión de consideraciones especiales para intangibles en el Capítulo VI de las DPT. En ella se expuso que los rendimientos relacionados con la explotación de los intangibles en el grupo multinacional pertenecerían a aquellas entidades que realizaran los gastos incurridos en el ejercicio de funciones de desarrollo, mejora, mantenimiento y protección de los intangibles. Es decir, partiendo de un enfoque de gastos, el Informe los asocia a la ejecución de esas funciones principales con relación a los intangibles y, en consecuencia, procede a otorgar el derecho a obtener a esas entidades una porción del rendimiento global del grupo por la explotación de los intangibles, en proporción a dichos costes<sup>198</sup>. De esta manera, se estaba sugiriendo que esos rendimientos iban a ser repartidos entre las sociedades del grupo según el valor de la contribución de cada una de ellas al propio valor de los intangibles<sup>199</sup>. En definitiva, siguiendo las líneas maestras señaladas anteriormente de lo que el concepto propiedad económica atañe, la OCDE abogó en 2012 de una manera tácita, pero firme, por otorgar los beneficios a los co-propietarios económicos de los intangibles.

---

<sup>198</sup> Cfr. OCDE, *Discussion draft. Revision of the special considerations for intangibles in chapter VI of the OECD Transfer Pricing Guidelines and related provisions*, op. cit. párr. 27-29 y 46.

<sup>199</sup> Cfr. COLLIER, R.S. y ANDRUS, J.L., *Transfer pricing and the arm's length principle after BEPS*, op. cit., p. 214, y WILKIE, S., "The definition and ownership of intangibles: Inside the box? Outside the box? What is the box?", *World Tax Journal*, vol. 4, núm. 3, 2012, p. 239.

A partir del *Discussion Draft* de 2013<sup>200</sup>, la OCDE matizó el anterior enfoque tanto en el Informe preliminar de la Acción 8, en el Informe final de las Acciones 8-10 como en las vigentes DPT que han hecho propias los resultados del Informe final de 2015. Con el enfoque presente, ya hemos visto que las DPT parten de la propiedad legal como punto de partida. Sin embargo, ello no supone el derecho a retener todos los beneficios dimanados de la explotación del bien inmaterial por el grupo, sino que deberán ser repartidos entre las sociedades del grupo que realicen funciones, aporten o utilicen activos y asuman los riesgos ligados a la creación de valor de los intangibles. El propietario legal, apriorísticamente, recibirá todos los beneficios en virtud del cumplimiento de los acuerdos contractuales y de la praxis mercantil regular; sin embargo, acto seguido, a efectos de precios de transferencia, se le obliga a compensar según el ALS a las demás sociedades del grupo que han contribuido a la generación de ese rendimiento a través de funciones DEMPE<sup>201</sup>. Esa compensación puede ser que afecte a una parte o a la totalidad del beneficio residual. Todo dependerá del grado de importancia de las funciones que las otras sociedades del grupo han desempeñado, el alcance de los activos que han aportado o el nivel de riesgos que han asumido.

Llegados a este punto nos debemos cuestionar, ¿cuál es la diferencia entre el actual enfoque y el defendido en 2012 por la OCDE?

En cuanto a la forma de presentarlo a la sociedad internacional evidentemente es diferente por dos motivos. En primer lugar, porque se evita mencionar expresamente que el beneficio se atribuirá directamente a las entidades consideradas propietarias económicas. En segundo lugar, porque el Informe de 2012 era un mero borrador y el nuevo enfoque está contenido en las vigentes DPT, que si bien continúan siendo, como por todos es sabido, *soft law*, su grado de aceptación y seguimiento por las Administraciones tributarias y judiciales de la comunidad internacional es alto, a diferencia de los meros borradores que prepara esta organización internacional.

Desde un aspecto sustancial, debemos responder que no hay diferencia alguna. La idea de propiedad económica sigue latente de una manera dulcificada. La configuración post-BEPS del ALS se ha sustentado en la lucha contra prácticas BEPS a través de sociedades

---

<sup>200</sup> OCDE, *Revised discussion draft on transfer pricing aspects of intangibles*, OECD Publishing, Paris, 2013, disponible en <http://www.oecd.org/ctp/transfer-pricing/revised-discussion-draft-intangibles.pdf> (último acceso: 10.11.2017), párr. 89-90.

<sup>201</sup> Cfr. TOBIN, J.J., "Intangible BEPS risks", *Tax Management International Journal*, vol. 45, núm. 4, 2016, p. 3.

que solo financian actividades de desarrollo de intangibles (*cash boxes*) y que sólo tienen la centralización de la propiedad intelectual con un bajo nivel de funciones (*IP holdings*). Para ello, el enfoque contemporáneo del ALS se ha estilizado de tal manera que se nos invita a pensar por la OCDE que en el libre mercado partes independientes distribuirían los beneficios con arreglo al criterio de la propiedad económica, es decir, según el grado de contribución a la generación de valor. En primera instancia, en el mercado independiente no existen comparables a las estructuras empresariales para explotar intangibles que pueden darse en el seno de las EMNs, por los motivos que ya hemos señalado a lo largo de este trabajo, como las sinergias, las economías de escala o los ahorros de costes. Y, en segunda instancia, porque quien posee la titularidad legal de un activo, y por lo tanto es propietario de los derechos económicos relativos al mismo, en tanto en cuanto no disponga de otra manera sobre los mismos es el que recibe los ingresos derivados de su explotación comercial.

El enfoque del Informe de 2012 se ha implementado finalmente gracias a una estrategia de camuflaje. Ya no se trata de acumular, en primera instancia, los beneficios en las sociedades operativas del grupo multinacional, sino en compensarlas, por parte de la propietaria legal de los intangibles, en virtud de las funciones importantes que hayan realizado, los activos que hayan usado y los riesgos que hayan asumido<sup>202</sup>. Una configuración en tal sentido del ALS nos resulta criticable. Lamentablemente, algo parecido ocurre con la aplicación del ALS a las actividades de aportación de financiación para el desarrollo del intangible, como veremos más adelante. Desoye la realidad jurídico-privada subyacente<sup>203</sup>. Esa realidad no es menos que la existencia de un propietario legal con un legítimo derecho protegido por el ordenamiento jurídico civil aplicable, el cual se merma al privarlo de recibir cualquier tipo de renta que su intangible produce, a efectos de precio de transferencia.

En virtud de lo anterior, no podemos si no concluir que el ALS está cada vez más próximo al enfoque de la distribución de los beneficios globales según fórmulas preestablecidas<sup>204</sup>. El método de reparto del beneficio global según una fórmula

---

<sup>202</sup> Párr. 6.48.

<sup>203</sup> Cfr. NAVARRO IBARROLA, A., “La modificación de las pautas sobre precios de transferencia en BEPS (Acciones 8-10): ¿cambio o evolución?”, *op. cit.*, p. 138.

<sup>204</sup> Vid. ARNOLD, B. J., *International Tax Primer*, *op. cit.*, pp. 107-110; AVI-YONAH, R.S., CLAUSING, K.A. & DURST, M.C., “Allocating business profits for tax purposes: a proposal to adopt formula profit split”, *op. cit.*, pp. 507-515; OSBORNE, D.A., “Deterring transfer pricing abuse: changing incentives as a practical alternative to a global tax regime”, *Washington University Global Studies Law Review*, vol. 10, núm. 4, 2011, disponible en

preestablecida (*global formulary apportionment system*) tiene por objeto, en primer lugar, definir el beneficio consolidado de un grupo multinacional a nivel mundial (la base imponible consolidada) y, en segundo lugar, repartir ese beneficio global entre las sociedades del grupo radicadas en diferentes países en virtud de una fórmula predeterminada basada en una combinación de factores como los gastos incurridos, los activos, salarios y el volumen de facturación. Se trata de un método que parte de la objetiva concepción de que los ingresos que percibe una EMN son generados a través de la unidad del grupo y no por una ficción de individualización de cada una de las empresas como establece el ALS en la ficción del enfoque de entidad separada. El grupo multinacional, de esta manera, sería gravado como si de una única entidad se tratara y en aplicación de la fórmula predeterminada los ingresos se repartirían fraccionadamente en cada una de las jurisdicciones correspondientes.

Ha sido un método históricamente criticado por la OCDE ante el riesgo de una aplicación arbitraria de la fórmula por parte de los Estados con el fin de destacar los factores de su conveniencia para atraer mayor cantidad de ingresos a las bases imponibles de sus impuestos sobre los beneficios empresariales<sup>205</sup>. Igualmente, alcanzar un consenso en la comunidad internacional sobre la fórmula a aplicar se vislumbra muy complicado dadas las tensiones entre la heterogeneidad de intereses por los Estados. Consecuentemente, los escenarios de doble imposición económica se elevarían notablemente. Desde nuestro punto de vista, ya manifestamos en el anterior capítulo nuestras dudas con respecto a la eficacia de este mecanismo de reparto preestablecido mediante un método formulario en tanto que las EMNs pueden explotar en su propio beneficio el alcance de la hipotética fórmula de reparto. A modo de ejemplo, si dentro de la fórmula destaca la importancia cuantitativa del factor “gastos en salarios”, las empresas van a poder estructurar de antemano sus estrategias de tal forma que eviten tener determinados trabajadores en plantilla en un país determinado, por ejemplo recurriendo a profesionales independientes o autónomos, y así imputar menos beneficios en tal jurisdicción. En consecuencia, presumimos que el resultado puede ser del todo indeseado porque las estrategias BEPS volverían a potenciarse parcialmente.

---

[http://openscholarship.wustl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1033&context=law\\_globalstudies](http://openscholarship.wustl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1033&context=law_globalstudies) (último acceso: 10.11.2017); SCHÖN, W., “International tax coordination for a second-best world (part III), *World Tax Journal*, vol. 2, núm. 3, 2010 y VICK, B.B., “Related-party transfers of intangibles: standards and recommendations for combating international transfer pricing abuses”, *Tax Management International Journal*, vol. 43, núm. 4, 2014.

<sup>205</sup> Las DPT dedican los párrafos 1.16 a 1.32 a criticar este método.

En el plano internacional es un método que todavía no se ha aplicado, salvo en los recientes intentos en 2011 y 2016 de la Comisión Europea para implementar en los países de la UE la conocida como Base Imponible Común Consolidada<sup>206</sup>. Únicamente se aplica dentro de Estados federales como Estados Unidos y Canadá para repartir los ingresos de las empresas nacionales entre las federaciones o Estados.

En cierta medida, las DPT cumplen con el objetivo de BEPS y es el de ofrecer un enfoque sustantivo. Al pretender localizar las rentas en aquellas entidades que son propietarias económicas, se pone de relieve la verdadera sustancia económica. Sin embargo, esto puede provocar un aumento exponencial de las disputas tributarias y, en consecuencia, de supuestos de doble imposición económica. Las administraciones tributarias nacionales pueden interpretar que la sociedad que radica en su jurisdicción contribuye a la generación de valor y, por lo tanto, proceder a un ajuste en la base imponible del contribuyente para incorporar parte del rendimiento que el grupo multinacional obtiene por la explotación del intangible.

El peligro de modelar el ALS como si de un elemento gaseoso se tratase es que se puede desnaturalizar todavía más en el futuro. Si el nuevo enfoque de la OCDE va a ser el de impedir que las *IP holdings* perciban la mayor parte del beneficio residual de los intangibles porque no realizan funciones, como muy acertadamente han señalado diversos autores, será tan fácil eludir este inconveniente para las EMNs como empezar a traspasar funciones y personal a estas sociedades para así comenzar a retener más beneficios<sup>207</sup>. Si dicha práctica se expande, ¿cuál sería el siguiente paso de la OCDE? Podría modificar nuevamente el contenido del ALS y decir que con ejercitar y controlar funciones ya no basta, sino que dichas funciones habrán de ser de índole cualificada, distinguiendo entre funciones rutinarias y efectivamente importantes para la creación de valor, o que sólo las entidades del grupo que tengan los conocimientos y competencias para desarrollar un intangible van a poder ser las que realicen dichas funciones. No sabemos lo que deparará el futuro y cuál será el siguiente paso para someter a mayor estrés al principio *at arm's length*. Pero hoy en día,

---

<sup>206</sup> Vid. COMISIÓN EUROPEA, *Proposal for a Council Directive on a Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB)*, COM(2011), 121 final, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011PC0121&from=EN> (último acceso: 11.11.2017) y *Proposal for a Council Directive on a Common Consolidated Corporate Tax Base (CCTB)*, COM(2016), 683 final, disponible en <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/EN/COM-2016-683-F1-EN-MAIN.PDF> (último acceso: 11.11.2017).

<sup>207</sup> Cfr. NAVARRO IBARROLA, A., *ult. op. cit.*, pp. 140-141 y WITTENDORFF, J., “BEPS Actions 8-10: birth of a new arm's-length principle”, *op. cit.*, pp. 332-333.

la evolución del ALS parece encaminada a una mutación con rasgos distintivos del tan criticado por la OCDE método de distribución formularia de los beneficios que toma, principalmente, como variables de la hipotética fórmula a las funciones significativas, los activos y los riesgos.

### **3.3. Análisis funcional desde la óptica de las funciones DEMPE**

Como ya ha quedado expuesto más arriba, ostentar la propiedad legal de un activo intangible no da *per se* el derecho a retener todos los beneficios dimanados de su explotación por el grupo empresarial. El principio *at arm's length* exige que los rendimientos deberán, por lo tanto, repartirse entre las empresas del grupo que han realizado funciones, aportado activos y asumido riesgos con relación a las ya mencionadas funcionadas DEMPE. Para proceder a esa distribución equitativa de beneficios es necesario practicar un análisis funcional. El análisis funcional es el factor de comparabilidad más importante gracias a la descomposición que realiza de las operaciones vinculadas que está analizando y, especialmente, de la cadena de valor del grupo multinacional.

El marco regulatorio lo encontramos en las secciones D.1.2 del Capítulo I y B.2 del Capítulo VI de las DPT. En lo que atañe a funciones y activos, las actuales DPT no distan mucho de lo que ya venía recogiendo en la versión anterior de 2010; por el contrario, en el aspecto de los riesgos la profundidad y rigor con el que se abordan actualmente es destacable. La realización del análisis funcional es remarcable para obtener un entendimiento sólido de la cadena de valor y de cómo los intangibles interactúan con las funciones que se realizan, otros activos que se emplean para generar valor y los riesgos que van asumiéndose por los actores de la cadena. Por ello, para delimitar exactamente una operación vinculada que involucre intangibles, la ejecución de un análisis funcional es prioritaria<sup>208</sup>. Con la configuración post-BEPS del análisis funcional cuando hay presencia de intangibles se amplía el enfoque más allá de la simple transacción. La OCDE comienza a tomar conciencia de la casi imposibilidad de encontrar comparables idóneos y abre su análisis a la definición de la operación a través de un análisis funcional que muestre el contenido e interacciones de la cadena de valor de la EMNs (cómo y dónde se crea el valor)

---

<sup>208</sup> Cfr. PETRUZZI, R., "The arm's length principle: between legal fiction and economic reality", *op. cit.*, p. 21 y WRIGHT, D.R., KEATES, H.A., LEWIS, J. y AUTEN, L., "The BEPS Action 8 final report: comments from economists", *op. cit.*, p. 102.

con relación al intangible que se está analizando. El análisis funcional relacionado con intangibles siempre va a pivotar sobre las funciones DEMPE<sup>209</sup>.

El análisis funcional busca detectar la sustancia subyacente. Su conexión con el anterior factor de comparabilidad -los términos contractuales- se detecta en el mero hecho de que el análisis funcional servirá como contraste de aquellos, de tal forma que la sustancia jurídica del acuerdo quedará puesta de relieve, y consiguientemente la sustancia económica de la operación. Esa sustancia se extraerá por medio de las funciones realizadas y controladas, los activos y/o financiación aportada y los riesgos asumidos<sup>210</sup>. En función del resultado que arroje el análisis funcional, las mayores contribuciones de valor al intangible deberán remunerarse con una cantidad mayor de rendimientos que produzca el intangible y las menores contribuciones con una menor retribución.

### **3.3.1. Realización y control sobre las funciones DEMPE**

Cada uno de los miembros del grupo multinacional deben ser remunerados según entidades independientes lo serían en el libre mercado en virtud de las funciones que han llevado a cabo. Es decir, en el aspecto que nos atañe concretamente, según las funciones DEMPE que hayan ejercido y contribuido a la generación de valor en la cadena del grupo. Como ya hemos reiterado, las nuevas DPT son deudoras del espíritu del Plan de Acción BEPS de la OCDE y pretenden luchar contra los traslados de beneficios imposables en las sociedades que únicamente tienen la titularidad de los activos intangibles del grupo empresarial. Por ello, actualmente las multinacionales deben adecuar sus políticas de precios de transferencia, de tal forma que si desean que las conocidas *IP holdings* sigan reteniendo todos los rendimientos derivados de la explotación de los intangibles, deberán otorgarles lo que ha venido a llamarse una mayor sustancia. Esta sustancia se traduce en más funciones significativas, más allá de la mera aportación de financiación si cabe. No sólo el mero control de esas funciones DEMPE, sino también la realización directa de dichas funciones con personal a su cargo.

---

<sup>209</sup> Las DPT de la ONU incluyen, sin ánimo de diferenciarse de las de la OCDE, el elemento adquisición (*vid.* párr. B.5.3.13). De esta forma, es habitual ver en estas directrices la referencia a las funciones DAEMPE. De esta forma, la adquisición se trata alternativamente junto al desarrollo de forma acertada, puesto que un intangible no siempre va a proceder de una labor de I+D en el seno del grupo, también puede venir por compra a una empresa independiente.

<sup>210</sup> Cfr. PANKIV, M., *Contemporary application of the arm's length principle in transfer pricing*, *op. cit.*, p. 166.

Es evidente que en la lógica empresarial implícita en un grupo multinacional está el aprovechamiento de la red empresarial para fragmentar las funciones con el fin de ganar en eficiencia, reduciendo costes y aumentando los ingresos finales del grupo. Por ello, al igual que ocurre en el mercado independiente, nada obsta para que una sociedad del grupo subcontrate la realización de esas funciones. Evidentemente, las DPT apuntan que su enfoque no obliga a las empresas asociadas a que reestructuren sus modelos de negocio de tal forma que una misma sociedad realice físicamente todas las funciones; sin embargo, al descentralizar la realización de una de esas funciones se descentraliza también parte del rendimiento global que produce dicho intangible, dado que la empresa asociada que realice las funciones en nombre del propietario legal deberá ser remunerada.

El binomio a tener en cuenta sobre las funciones DEMPE en la cadena de valor es el de realización-control. La realización y control de estas funciones llevará siempre aparejado un elenco de activos y de riesgos. Por ese motivo, en la tríada “funciones, activos y riesgos” de todo análisis funcional, el factor “funciones” es el más importante a la hora de calibrar el reparto de beneficios entre las sociedades de la EMN. Pero no siempre, como se ha apuntado, ambos elementos del binomio van a darse en la figura del propietario legal<sup>211</sup>.

Por un lado, podría darse la situación en la que la ejecución de alguna de las funciones se hubiese traspasado a otra empresa asociada, pero bajo la dirección y control del propietario legal del intangible. En estos casos, para determinar la remuneración conforme al ALS que le correspondería a la empresa asociada que ejerce con su propio personal la función, habría que tener en cuenta<sup>212</sup>: 1. La disponibilidad de operaciones independientes comparables; 2. La importancia de las funciones realizadas en la creación de valor del intangible; y 3. Las opciones realistas que las partes tienen a su disposición.

---

<sup>211</sup> A modo de metodología complementaria para definir qué entidad/es del grupo realizan y controlan las funciones DEMPE puede mencionar el análisis RACI. Sus siglas responden al descubrimiento del responsable de ejercer la función (*responsible*), el responsable de su control (*accountable*), la entidad que se le consulta y provee información con relación a la ejecución de una función (*consulted*), y la entidad que es continuamente informada sobre la función (*informed*). Se trata de un análisis aplicado en el campo de la gestión y dirección empresarial, pero que puede contribuir, aunque sea mínimamente bajo nuestra modesta opinión, a la identificación de la verdadera sustancia de las partes en la cadena de valor. Los elementos R y A ya están en las DPT, mientras que los C e I pueden ser englobados como subcategorías de lo que las DPT definen como control. Se trata de una herramienta complementaria que puede ser utilizada para delimitar las contribuciones de cada una de las partes vinculadas. Una defensa para su puesta en práctica por las autoridades fiscales puede verse en DI ROSA, T. y TSIPOULOS, T., “Legal ownership versus economic substance: OECD perspectives and practical approaches”, *Canadian Tax Journal*, vol. 64, núm. 4, 2016, pp. 924-926.

<sup>212</sup> Párr. 6.52.

Por otro lado, podría darse el supuesto en el que las funciones subcontratadas sobre los intangibles estén bajo el control de una entidad distinta al propietario legal. De esta manera, el esquema sería el de una ejecución de la función con los recursos propios de una sociedad vinculada y el control de la misma sería competencia de otra entidad asociada. En estos casos, el propietario legal tendría que remunerar tanto a la que ejerce físicamente las funciones como a aquella que procede a las labores de control.

Una entidad del grupo que sea la propietaria legal de los intangibles y que no realice funciones DEMPE ni desarrolle labor de control alguno sobre dichas funciones, no tendrá derecho alguno sobre los beneficios que genere el intangible con relación al valor creado en las funciones subcontratadas. Ello no debe conducir al equívoco de asumir que no vaya a tener derecho a retener cualquier otra parte de los rendimientos del grupo que no tengan relación con los intangibles. Perfectamente, el análisis funcional en lo que no afecta a los intangibles puede arrojar el derecho a recibir una remuneración por cualquier otra función que haya realizado, activo aportado o riesgo que haya asumido.

Algo destacable de las DPT que vieron la luz auspiciadas por las Acciones 8-10 del Plan BEPS es que parece ser que no todas las aportaciones funcionales van a ser iguales. Se dividen en dos categorías. Por un lado, las funciones normales y, por otro, las importantes. En función de la relevancia de las mismas la remuneración *at arm's length* será mayor o menor. Desde nuestro punto de vista, este es un elemento añadido que puede ser conflictivo en el futuro. Máxime porque no se ofrece un catálogo cerrado de funciones significativas y la interpretación subjetiva de las Administraciones tributarias puede dar cabida a considerar como una función importante una aportación que otra Administración considere como normal o rutinaria. La cuestión, como ya puede apreciarse, no es nada baladí. Las aportaciones funcionales se convierten con el nuevo enfoque post-BEPS del análisis funcional en los criterios de atracción de rentas, como si de nexos impositivos se trataran. Allí donde se están localizando las funciones importantes del grupo multinacional, las rentas dimanadas de la explotación global del intangible se atribuirán a las sociedades que residan en esos territorios, de tal forma que las Administraciones tributarias podrán someter a tributación una parte del beneficio residual global que corresponda a cada sociedad del grupo. Por lo tanto, una consecuencia tan importante hubiese requerido de una depuración técnica mayor para que las Administraciones tributarias puedan considerar qué factores hacen significativa una función, en detrimento de otras.

Las funciones significativas -o, visto lo visto, los nexos impositivos- se presentan, a nuestro entender, como *numerus apertus*, según se desprende de su lectura<sup>213</sup>. Para los intangibles desarrollados internamente, o los desarrollados internamente o adquiridos pero que son utilizados para actividades de desarrollos de otros, estas funciones son:

1. El diseño y control de programas de investigación y mercadotecnia.

2. La dirección y establecimiento de prioridades en proyectos creativos, incluyendo la determinación de las investigaciones teóricas o “*blue-sky research*”, en las que no hay un objetivo claro más allá de la curiosidad por profundizar en la ciencia, en busca de una serendipia.

3. El control sobre las decisiones estratégicas en materia de programas de desarrollos de intangibles.

4. La gestión y control de los presupuestos.

Para el resto de los intangibles, las funciones significativas pueden ser las funciones importantes sobre la defensa y protección de los intangibles, y el control continuo de calidad en las funciones realizadas por partes independientes o asociadas que puedan tener un efecto significativo en el valor del intangible.

La lectura de las funciones que a título ejemplificativo han recogido las DPT nos muestra que son funciones notables que en el libre mercado se remuneran más que otras de índole rutinaria. Son funciones que llevan aparejada una gran responsabilidad. Detrás de esa responsabilidad hay una trasunta aportación de activos (tangibles, intangibles y/o financieros) y la asunción de riesgos. Paradójicamente se trata de funciones que en los esquemas de planificación fiscal que combinan sociedades *cash box* e *IP holding* se concentraban en la sociedad matriz del grupo por ser ésta la que contaba con los recursos humanos y materiales para tomar órdenes que se enviaban a las otras entidades. Por ello, el nuevo enfoque OCDE muta hacia una preponderancia de las aportaciones funcionales (las cuales, insistimos, arrastran activos y riesgos) como criterio de reparto de rentas dimanadas de la explotación de intangibles. De esta manera, las Administraciones tributarias que cuentan en su jurisdicción con la presencia de las entidades operativas en las que se toman

---

<sup>213</sup> Cfr. Párr. 6.56.

decisiones importantes pueden atribuir en las bases imponibles de estas entidades una parte sustancial de los beneficios residuales del intangible.

El ALS se emplea nuevamente como herramienta para la lucha contra prácticas BEPS. Se trata de una función que desde su configuración original en la década de los treinta del pasado siglo no se hallaba en su contenido. Es indudable que se trata de unas funciones tan importantes que, en caso de darse entre empresas asociadas, si aplicamos el ALS requerirán una retribución mayor por la entidad propietaria del intangible; sin embargo, justificar dichas funciones como nexos de atracción de los rendimientos globales del grupo es algo que no va en sintonía con el principio *at arm's length*, salvo que estemos ante su paulatina mutación<sup>214</sup>.

### 3.3.2. Activos utilizados en las funciones DEMPE

El segundo elemento a estudiar en el seno de un análisis funcional es el de los activos que se usan en el desarrollo, mejora, mantenimiento, protección o explotación de un intangible. Estos activos pueden ser intangibles, como un *know-how* que se emplea para el desarrollo de otro intangible; tangibles, como la utilización de bienes de equipo; o financieros, como la provisión de financiación para el desarrollo de un intangible. El análisis funcional en este punto no se satisface con meramente señalar el activo que se ha empleado, sino que requiere un mayor detalle del que pudiera parecer. El grado de definición alcanza hasta los casos en que se producen utilizaciones tácitas de intangibles, como por ejemplo la utilización de una plantilla de trabajadores reunida (*assembled workforce*) con altos conocimientos para desarrollar un principio farmacológico. Esto es reto añadido para las Administraciones tributarias, las cuales sufren la asimetría de información sobre estos aspectos y no siempre es fácil encontrar registros empresariales que avalen la utilización implícita de algunos activos, generalmente, intangibles.

Las empresas del grupo multinacional que estén utilizando cualquier tipo de activo en alguna de las funciones DEMPE deben percibir una compensación adecuada, de la misma manera que sería retribuida una empresa independiente que estuviese en su condición. Las DPT hacen depender el alcance de la remuneración por dicha utilización de dos elementos.

---

<sup>214</sup> Con relación al alcance que reciben las funciones en el nuevo análisis funcional post-BEPS, WITTENDORFF también señala que el análisis bajo las nuevas DPT va a conducir a resultados desacordes con el *at arm's length principle*. Cfr. WITTENDORFF, J., "BEPS Actions 8-10: birth of a new arm's-length principle", *op. cit.*, p. 350.

Por un lado, la realización y control de la función DEMPE para la que están aportando un activo y, por otro, el control sobre los riesgos (operativos) asociados a la actividad que están realizando<sup>215</sup>.

En el anhelo de buscar la verdadera sustancia subyacente, en lo que afecta a los activos utilizados para funciones DEMPE, será importante conocer quién es el verdadero propietario del intangible para así poder trazar una posterior búsqueda de posibles operaciones comparables teniendo presente tal factor. En este caso tan particular, el enfoque de la propiedad económica vuelve a manifestarse, ya que lo crucial es conocer quién es la entidad que goza de los derechos económicos de ese activo. De esta manera, la propiedad económica parece alinearse más con la idea de beneficiario efectivo, el cual será aquel que realiza las funciones, controla los riesgos y aporta un activo para llevar a cabo alguna/s función/es DEMPE y, por lo tanto, tiene derecho a ser remunerado por su aportación<sup>216</sup>.

La identificación del activo que se está utilizando ha de comprender también el de sus características esenciales, todo con el objetivo de conseguir encontrar una operación comparable lo más acertada posible o, en su defecto, para poder hipotetizar cómo hubiesen actuado partes independientes en las mismas circunstancias de la operación. Por ejemplo, el nivel de protección que tenga bajo el derecho de propiedad intelectual/industrial nacional es importante. En el caso de una patente, cuyo propietario es la sociedad A, y que cede su uso a la sociedad B para que sea empleada para el desarrollo de otro intangible del grupo multinacional a cambio del pago de un *royalty* periódico, es necesario saber si esa patente instrumental sigue siendo un intangible protegido o hasta cuándo va a seguir siéndolo. Como sabemos, las patentes suelen tener un tiempo de explotación monopolística limitado y, una vez que este expire, como se indicó en la sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos, *Kimble v. Marvel Entertainment LLC*, de 2015, ya no existe propiedad intelectual alguna. Luego, trasladando esto al campo de nuestro estudio, sin patente no hay intangible alguno por lo que ya no sería adecuado, en caso de haber expirado la protección jurídica, seguir considerando este intangible como activo utilizado en las funciones DEMPE<sup>217</sup>.

---

<sup>215</sup> Párr. 6.59.

<sup>216</sup> Cfr. PANKIV, M., *Contemporary application of the arm's length principle in transfer pricing*, op. cit. p. 171; MONSENEGO, J., *Introduction to transfer pricing*, op. cit., pp. 122-123 y MONSENEGO, J., "The substance requirement in the OECD Transfer Pricing Guidelines: what is the substance of the substance requirement?", *International Transfer Pricing Journal*, vol. 21, núm. 1, 2014, p. 18.

<sup>217</sup> Cfr. HENSHALL, J., *Global transfer pricing: principles and practice*, op. cit., p. 108.

Las DPT resultantes en la etapa post-BEPS han recogido con más detalle el fenómeno de la financiación de actividades para la creación de intangibles y la atribución de los rendimientos del grupo. Como ya señalamos en el apartado correspondiente, la titularidad legal sobre un intangible no es suficiente para retener todos los rendimientos que ese intangible produce. De la misma manera, el otro resultado de las Acciones 8-10 del Plan BEPS ha sido que la simple aportación de los fondos para el desarrollo de intangibles no es tampoco motivo suficiente para acumular todos los rendimientos que dicho activo vaya a producir en el futuro.

Nuevamente, para comprender este hecho hay que situarse en la perspectiva de lucha contra las llamadas sociedades *cash box* en los esquemas de estructuración empresarial de la propiedad intelectual por las EMNs en la era pre-BEPS. Se trata de entidades altamente capitalizadas y radicadas en territorios de menor tributación cuya función mercantil era la de conceder préstamos a sociedades operativas del grupo radicadas en países de alta tributación y/o participar en el desarrollo de nuevos intangibles aportando los recursos financieros necesarios. Las DPT exponen que una entidad independiente, actuando en condiciones de libre competencia, que únicamente aporta los fondos y no realiza personalmente las funciones que está financiando ni controla los riesgos inherentes a la actividad financiada no puede percibir un rendimiento igual o mayor que otra sociedad independiente que, en un situación similar, además de actuar como inversor sí realiza las funciones y controla los riesgos ligados a la operación financiada<sup>218</sup>.

Como veremos en el siguiente apartado, existen diversas tipologías de riesgos. En este punto es interesante distinguir entre los riesgos financieros y los riesgos operativos. Mientras los primeros responden a la incertidumbre existente sobre la aportación de un capital (realización de una inversión), los segundos están ligados a las actividades financiadas, como puede ser el posible fracaso de la labor de I+D que se está sufragando y la pérdida del dinero destinado hasta la fecha. En virtud de lo anterior, las DPT señalan que la parte que tan solo aporta fondos únicamente puede esperar un rendimiento ajustado al riesgo financiero que ha asumido, de conformidad con la rentabilidad que en el mercado libre tendría una inversión de ese tipo. Nunca debe recibir y, por lo tanto acumular, ningún beneficio residual por el éxito en el desarrollo del intangible, porque ni realizó la función significativa de desarrollo ni controló el riesgo operativo sobre dicha función. Únicamente

---

<sup>218</sup> Párr. 6.59.

aportó financiación como si de una inversión pasiva se tratase y, como tal, si controló los riesgos financieros y tuvo la capacidad financiera para hacer frente a la misma, únicamente está legitimada a un rendimiento ajustado al riesgo de financiar la operación (*risk-adjusted return*)<sup>219</sup>.

Este enfoque novedoso del principio *at arm's length* para el caso de las entidades del grupo que únicamente aportan fondos para alguna de las funciones DEMPE resulta, otra vez, llamativo a la par que criticable. La asunción general de que el mero financiador sólo tiene derecho a recibir una remuneración ajustada al riesgo que ha asumido confronta con las condiciones y hechos que se dan en el libre mercado. Son muchas las situaciones en las que los inversores que no realizan funciones con relación a la actividad que están financiando reciben, en caso de llegar a buen puerto las investigaciones, una amplia porción o incluso la totalidad de los rendimientos que posteriormente se empiecen a obtener<sup>220</sup>.

Es por ejemplo lo que ocurre en el sector privado con los *start-up* de nuevos modelos de negocio de economía digital que están recibiendo financiación para el desarrollo de sus actividades de I+D, por ejemplo, a través de la figura del *angel investor* o una *venture capital firm*. Se trata de inversiones pasivas en una sociedad sin ejercitar control sobre los riesgos operativos de las actividades de desarrollo en las que los términos del acuerdo firmado estipulan que el inversor se adjudicará una parte sustancial del beneficio residual ligado al intangible, una vez fructifique su creación. Una entidad vinculada que aporte la financiación de las actividades de I+D puede no contar con el personal científico para realizar esta función. El personal cualificado estará en otra sociedad vinculada. Sin embargo, el enfoque predominante sobre las funciones desarrolladas hará localizar los rendimientos anticipados de ese intangible en la segunda entidad<sup>221</sup>. Las DPT, por lo tanto, están condicionando la

---

<sup>219</sup> Como señalan los párr. 1.65 y 1.66 existe control sobre un riesgo financiero si hay capacidad para tomar las decisiones relevantes relacionadas con la oportunidad que conlleva el riesgo, la realización efectiva de dichas funciones de toma de decisión y la realización de actividades de mitigación en el día a día del riesgo.

<sup>220</sup> Cfr. en el mismo sentido: HEGGMAIR, M., "The new interpretation of the arm's length principle: a post-BEPS evaluation", *International Transfer Pricing Journal*, vol. 24, núm. 4, 2017, p. 265; MORRISON, P.D., "Final BEPS report on transfer pricing of intangibles: IP ownership takes backseat to people functions", *Tax Management Transfer Pricing Report*, vol. 24, núm. 24, 2016, pp. 3-4; MUSSELLI, A., "Intangible revenues assigned to the developer and not to the funder lacking 'development monitoring staff': OECD transfer pricing anti-abuse rule clashes with economics of contracts", *International Tax Journal*, vol. 43, núm. 6, 2017, pp. 40-42; SPILLER, W. y LEFEVRE, T.A., "The changing role of risk in transfer pricing", *Tax Management Transfer Pricing Report*, vol. 25, núm. 21, 2017, pp. 7-9.

<sup>221</sup> Como apunta MORRISON, "It appears that such a provider of capital will earn only a small return unless he or she controls all of the research. To control the research, it appears that he or she must have competence and experience in the area of scientific inquiry the research involves". Cfr. MORRISON, P.D., "Final BEPS report on transfer pricing of intangibles: IP ownership takes backseat to people functions", *op. cit.*, p. 3.

libertad de organizar la estructura empresarial puesto que, si no localizan su centro de I+D en la sociedad que aporta los fondos, ésta no recibirá el rendimiento que partes independientes sí que obtienen con simplemente aportar financiación. Por lo tanto, si con las reglas del libre mercado ocurren estas situaciones, ¿por qué el ALS se aparta de este camino al repartir los beneficios entre empresas asociadas?

La respuesta implícita es porque la aplicación contemporánea del ALS responde a la lucha contra las prácticas BEPS. En la obcecación por contrarrestar dichas conductas, el ALS ha mutado según lo conocíamos originalmente. En realidad, el nuevo enfoque post-BEPS cambia desde la acumulación de beneficios residuales ligados a intangibles en aquellas sociedades del grupo propietarias legales y/o aportadoras de financiación, que se permitía con las anteriores versiones de las DPT, hacia el almacenamiento de esos beneficios en las sociedades donde se realizan las funciones<sup>222</sup>.

Se corre incluso el peligro de que se obvие la naturaleza desfragmentada de las funciones en una EMN, en donde la toma de la decisión de realizar una inversión con el capital acumulado de una sociedad del grupo se toma desde otra sociedad, por motivos empresariales legítimos. De esta manera, actividades como las funciones de análisis de riesgos de la inversión, la asunción o declinación, el estudio de la solvencia crediticia del acreedor, etc., pueden estar practicándose, por motivos de eficiencia, en la sociedad del grupo que cuenta con el personal apropiado para ello, y, como consecuencia de la preponderancia de las funciones, la Administración fiscal podría atribuir a esta sociedad el rendimiento financiero que produzca dicha inversión bajo la justificación de que en la sociedad financiadora no se realizó ninguna función relacionada con el riesgo financiero que se asumía.

Las consecuencias son bastante claras. Habrá un aumento de los casos de doble imposición internacional y de las disputas tributarias transfronterizas. Las DPT expresan una realidad que no es del todo acertada en el libre mercado. Se requiere una racionalización del enfoque actual del ALS que conjugue la realidad existente con las inversiones privadas en el mercado independiente con las particularidades que existen en las relaciones jurídico-comerciales entre empresas del mismo grupo empresarial.

---

<sup>222</sup> Cfr. BALLENTINE, G.J., "Ownership, control, and the arm's-length standard", *Tax Notes International*, vol. 82, núm. 12, 2016, p. 1178.

### 3.3.3. Asunción de riesgos sobre las funciones DEMPE

El análisis de riesgos es el tercer factor por estudiar en el análisis funcional. Su regulación en las actuales DPT es más extensa y detallada que en ediciones anteriores, sin embargo, ello no lo convierte en el elemento más importante del análisis funcional<sup>223</sup>. Su conexión con el elemento funcional, al igual que los activos, es la nota predominante en la visión post-BEPS. En el caso de operaciones que involucran intangibles, el análisis debe realizarse con atención a la asunción de riesgos asociados al desarrollo, mejora, mantenimiento, protección y explotación de intangibles<sup>224</sup>.

El desempeño de cualquier tipo de función DEMPE lleva aparejado un riesgo inherente, el cual, en función de su mayor o menor potencial será remunerado con mayor o menor intensidad por la entidad que lo soporta. El riesgo se define como el efecto de la incertidumbre sobre los objetivos del negocio<sup>225</sup>. Riesgo y potenciales beneficios o pérdidas son dos elementos que van de la mano, desde un punto de vista puramente económico. Los riesgos son un componente atractivo para ser relocalizados contractualmente entre las sociedades del grupo multinacional para servir de vehículo transmisor de los beneficios mediante la atribución de los riesgos a sociedades radicadas en países de nula o baja tributación<sup>226</sup>. Los riesgos, por lo tanto, pueden ser desplazados y separados desde la sociedad que realiza las actividades económicas que crean valor hacia otras sociedades con una finalidad BEPS (*risk stripping*).

Las DPT, herederas del espíritu del Plan BEPS, han adecuado el enfoque del tratamiento de los riesgos a efectos de precios de transferencia para luchar contra dichas prácticas. Parten de la concepción del principio económico de riesgo moral a tenor del cual las personas (físicas o jurídicas) toman más riesgos si no son ellos los que asumen sus costes. Traducido este principio a la práctica comercial entre entidades independientes quiere decir que los riesgos se adjudican siempre a la entidad que va a tener un mayor control sobre ellos, siempre con la finalidad de lograr el máximo cumplimiento de las obligaciones asumidas con terceros y, en definitiva, conseguir mayores beneficios<sup>227</sup>. Las DPT, por lo tanto, asumen

---

<sup>223</sup> Párr. 1.56-1.106.

<sup>224</sup> Párr. 6.67.

<sup>225</sup> Cfr. Párr. 1.71.

<sup>226</sup> Cfr. HAFKENSCHIED, R., “The BEPS report on risk allocation: not so functional”, *International Transfer Pricing Journal*, vol. 24, núm. 1, 2017, p. 19.

<sup>227</sup> Cfr. COLLIER, R.S. y ANDRUS, J.L., *Transfer pricing and the arm’s length principle after BEPS*, op. cit., p. 203.

que entre partes asociadas de un mismo grupo, este riesgo moral no es evitado como ocurre con operaciones comparables, por lo tanto la bifurcación entre funciones y riesgos va a afectar en última instancia al reparto de beneficios.

El nuevo enfoque post-BEPS desea combatir la falta de sustancia en la asunción contractual de riesgos entre empresas asociadas. Las DPT supeditan la distribución de riesgos a las actividades de asunción, gestión y control. La asunción de un riesgo es la manifestación del consentimiento para soportar las consecuencias económicas tanto favorables como desfavorables que pueden afectar al patrimonio del sujeto que lo asume. El objetivo del análisis funcional atinente a los riesgos es unir la asunción contractual de riesgos con las actividades de control sobre el mismo y la capacidad financiera para asumirlos. Nuevamente, el punto de partida será el reparto de riesgos que se ha realizado en los contratos. Su dictado será respetado por la Administración tributaria a menos que la entidad que ha asumido el riesgo no esté realizando las funciones de control ni tenga capacidad financiera para asumirlo en caso de materializarse. En estos casos, el ALS exige la relocalización de riesgos en la sociedad que efectivamente lo está controlando<sup>228</sup>.

Las DPT introducen en su párr. 1.71 a 1.106 un proceso de seis pasos para practicar un óptimo análisis de riesgos, de la siguiente manera:

1. Identificar de forma específica los riesgos económicamente significativos.
2. Determinar qué entidades del grupo asumen contractualmente los riesgos identificados en el primer paso.
3. Realizar un análisis funcional para determinar qué empresa/s del grupo realiza las funciones de gestión del riesgo, sufre las consecuencias positivas y negativas de los resultados del riesgo y tiene la capacidad financiera para asumir el riesgo (micro análisis funcional para los riesgos).
4. Determinar, tras interpretar los resultados de los pasos anteriores, si existe coherencia entre la conducta de las partes y la asunción contractual de riesgos que han practicado. Es decir, cotejar si la empresa que asume contractualmente el riesgo ejerce el control y tiene capacidad financiera para asumirlo.

---

<sup>228</sup> Párr. 1.98.

5. En caso de respuesta negativa al paso anterior, se procede a una relocalización del riesgo hacia la empresa que efectivamente tiene control sobre el riesgo y la capacidad financiera para asumirlo. En este punto es interesante destacar que si no se detectase ninguna sociedad del grupo encargada de esas funciones, muy posiblemente, la racionalidad comercial de la operación esté altamente cuestionada y podamos estar ante un escenario para que la Administración tributaria competente no la reconozca (*disregard*).

6. Finalmente, valorar la operación tal y como ha quedado delimitada teniendo en cuenta las consecuencias de la localización de los riesgos.

#### **A) Tipos de riesgos particulares con activos intangibles**

Es importante detectar los riesgos asumidos por cada una de las partes en el análisis funcional. Únicamente los riesgos significativos serán tomados en consideración. Los elementos que hacen relevante un riesgo a efectos de precios de transferencia son dos<sup>229</sup>. Por un lado, que sea significativo desde una perspectiva económica, es decir, que su cristalización tenga un impacto en los ingresos de la empresa. Por otro, que se trate de riesgos específicos y no genéricos, los cuales pueden desvirtuar la búsqueda de comparables. Cuanto mayor sea la precisión, como ya estamos teniendo ocasión de vislumbrar en este capítulo, mejor.

Cuando estamos analizando funcionalmente a las entidades asociadas que participan en la cadena de valor con relación al activo intangible involucrado, podemos encontrarnos con riesgos específicos. A este respecto, las DPT muestran un listado ejemplificativo de cuáles pueden ser estos riesgos particulares<sup>230</sup>, a cuya enumeración procedemos:

1. Riesgos relacionados con el desarrollo de intangibles, como, por un lado, el de que las actividades de I+D o el de la posterior comercialización del producto sean infructuosas, o, por otro lado, el del momento en que se realiza la inversión en I+D. En este segundo aspecto, no es igual el nivel de riesgo respecto a invertir en el desarrollo de intangible en fase de proyección teórica que hacerlo a mitad de la fase de desarrollo.

---

<sup>229</sup> Cfr. VERLINDEN, I., LEDURE, D. y DESSY, M., “The risky side of transfer pricing: the OECD base erosion and profit shifting reports sharpen the rules on risk allocation under the arm’s length standard”, *International Transfer Pricing Journal*, vol. 23, núm. 2, 2016, p. 110.

<sup>230</sup> Párr. 6.65.

2. Riesgos ligados a la obsolescencia del producto por los avances de los competidores. Este es un riesgo implícito en la actual economía digital, en donde los avances se producen a pasos agigantados y lo que en fase de desarrollo pudiera parecer un intangible revolucionario, la competencia puede estar desarrollando una idea mejor que deje sin valor al intangible.

3. Riesgos de infracción de derechos de propiedad intelectual/industrial de terceras partes, los cuales suelen llevar asociados tres componentes: litigiosidad, periodo extenso de conflicto judicial y elevados costes.

4. Riesgos relativos a la responsabilidad por productos o servicios defectuosos basados en los activos intangibles creados. Nuevamente, ello puede generar la proliferación de procesos judiciales contra el grupo multinacional que pueden desembocar, en función del daño ocasionado, en importantes cantidades en concepto de responsabilidad extracontractual.

5. Riesgos inherentes a la incertidumbre que existe con relación al rendimiento que generaría el intangible. En definitiva, un riesgo relativo a la incertidumbre sobre el resultado que ofrecerá el intangible cuando sea puesto en el mercado a través de los productos o servicios que lo contengan.

## **B) Control sobre el riesgo y capacidad financiera para asumirlo**

El elenco de riesgos que hemos señalado lleva consigo la atracción de importantes beneficios o pérdidas. La asunción de riesgos es el elemento que determina quiénes serán las entidades responsables ante su materialización con relación a las funciones DEMPE. Únicamente, aquellos miembros del grupo que asuman en la práctica las funciones y los costes asociados en caso de cristalizar los riesgos serán las que tengan el derecho a percibir los rendimientos derivados de la asunción de riesgos.

Según el actual enfoque sobre reparto de beneficios y riesgos, una parte asociada tendrá derecho a recibir los rendimientos dimanados de dichos riesgos asumidos contractualmente si ostenta el control sobre éstos y tiene la capacidad financiera suficiente para asumirlos. El requerimiento de sustancia en la asunción de riesgos en la era post-BEPS pasa, por lo que parece, por la realización de actividades. No basta con la mera atribución

contractual del riesgo. Tras esa formalidad, ha de existir una sustancia plasmada a través del control y la capacidad financiera.

La gestión del riesgo se compone de tres elementos<sup>231</sup>: 1. Tener la capacidad para tomar realmente la decisión de asumir, de dejar o declinar una oportunidad que lleva aparejados riesgos. 2. Tener la capacidad para tomar realmente decisiones sobre la idoneidad y forma de responder a los riesgos aparejados a la oportunidad. 3. Tener la capacidad para tomar decisiones que mitiguen el riesgo. El control sobre el riesgo engloba a las dos primeras funciones. La tercera función, relativa a la mitigación día a día de los riesgos, puede ser subcontratada a otra sociedad del grupo y su actuación, evidentemente, deberá ser remunerada *at arm's length*. No obstante, dicha subcontratación no debe suponer una pérdida de la capacidad de control. La entidad no realizaría con sus propios recursos y personal las funciones de mitigación, pero sí que seguiría controlándolas, como por ejemplo decidiendo a qué entidad se contrata para que realice la labor de mitigación, fiscalizando la labor de la sociedad a la que se le ha encargado tal cometido o decidiendo cuándo terminar el contrato, entre otras. Dichas funciones de control deben ser tomadas por responsables con competencia y experiencia en el riesgo sobre el que van a tomar las decisiones, con conocimiento de las repercusiones de sus decisiones y con acceso a información relevante para ejercer su autoridad<sup>232</sup>. Se busca, por lo tanto, que tras estas funciones exista una sustancia real. Funciones como la mera formalización del resultado de la toma de decisiones en reuniones organizadas para la aprobación formal de unos acuerdos que han sido elaborados por otra sociedad o el establecimiento del entorno político relevante para el riesgo suponen una función cualificada para entender que se controla el riesgo.

La capacidad financiera para asumir un riesgo se define como el acceso a fondos suficientes como para asumir el riesgo o dejarlo, pagar por las funciones subcontratadas de mitigación de riesgos y para hacer frente a las consecuencias que provocaría una materialización del riesgo<sup>233</sup>. Las DPT vienen a señalar que no es imprescindible que la sociedad cuente con el capital o los fondos suficientes, sino que basta con que tenga acceso a ellos en caso de que el evento de riesgo cristalizase.

---

<sup>231</sup> Párr. 1.61.

<sup>232</sup> Párr. 1.66.

<sup>233</sup> Párr. 1.64.

Sin embargo, este postulado a tenor del cual los riesgos se deben atribuir a aquellas entidades que asumen el control y la capacidad financiera no es del todo coherente cuando se aplica a un supuesto fáctico. En el párr. 1.103 observamos el resultado de la aplicación de este enfoque a un caso de una sociedad que no realiza ninguna de las funciones de control y que únicamente aporta la financiación. En este sentido, entendemos que en caso de que se materializase el riesgo, tiene la capacidad financiera para hacer frente al mismo. Sin embargo, las DPT dictan que en tanto que dicha sociedad no realiza funciones de control sobre el riesgo que acarrea aportar la financiación, como por ejemplo, el de evaluar la oportunidad financiera o determinar la prima de riesgo adecuada, se entiende que no estará legitimada para obtener el beneficio residual del intangible ligado al riesgo, sino que meramente tendrá derecho a obtener un rendimiento libre de riesgo dado que carece de control sobre el riesgo asociado a su inversión.

Ponemos de relieve este punto para sostener la idea de que el enfoque sustancial que se le ha dado al análisis de los riesgos tras el Plan BEPS aboga exclusiva y únicamente por el factor funcional. La funcionalidad, es decir, el control sobre el riesgo es la clave de bóveda para habilitar a las Administraciones tributarias a relocalizar los riesgos en la empresa que ejercita tal control y, en definitiva, someter a tributación los beneficios ligados a ese riesgo en la cabeza de dicha sociedad<sup>234</sup>. Nuevamente, las funciones son la guía para la distribución latente de los beneficios entre las empresas de una EMN. La toma de decisiones (*decision-making function*) se encumbra como la función principal para entender que existe control sobre el riesgo. Además, se exige que dichas funciones sean ejercidas por personal competente y experimentado en la materia, disponer de información relevante y con conocimiento de las repercusiones de sus decisiones. Las DPT actuales tensionan todavía más al principio *at arm's length* porque en esencia no se está buscando la sustancia del reparto contractual de riesgos; es decir, no se investiga si la conducta de las partes encaja con los términos contractuales. No se está analizando si es cierto o no que la parte vinculada que ha asumido en el contrato una serie de riesgos es la que efectivamente, por un lado, tiene el control sobre los mismos y, por otro, la capacidad financiera para asumirlos<sup>235</sup>. El nuevo enfoque post-BEPS hace que el ALS se supere todavía más y lo que se busca es la relocalización ciega y absoluta de los riesgos en aquella sociedad/es que ejerce el control

---

<sup>234</sup> Cfr. HAFKENSCHIED, R., “The BEPS report on risk allocation: not so functional”, *op. cit.*, p. 20.

<sup>235</sup> Recalamos que dudamos seriamente del peso específico del segundo requisito. Lo concebimos como prácticamente absorbido en el primero.

sobre los riesgos. Es decir, en aquellas que muestran sustancia funcional porque se entiende que en operaciones de libre competencia existe precisamente esa unión entre asunción contractual de riesgos y control sobre los mismos. Poco importa que la conducta de las partes asociadas sea coherente con lo que han estipulado contractualmente<sup>236</sup>. Como consecuencia, los rendimientos ligados a esos riesgos serán atribuidos a las sociedades funcionales que ejercitan el control de estos. En nuestra opinión, el enfoque práctico del ALS se ha deslizado más hacia el terreno de la subjetividad por parte de la OCDE. El principio *at arm's length* ahora es un principio de la fiscalidad internacional que ofrece resultados a medida para lo que dicha organización internacional considera oportuno que represente.

### C) Riesgos y divergencias entre el rendimiento *ex ante* y *ex post*

Una cuestión conexas al examen de los riesgos es la que se produce con el reparto de los beneficios o pérdidas una vez que ha llegado a cristalizarse algún riesgo, bien por sobrevaloración o por infravaloración de los mismos. Puede deberse a múltiples factores, como por ejemplo que un acontecimiento se produzca de manera distinta a la que inicialmente se planteó. Es lo que podría suceder cuando un producto basado en un intangible tiene un éxito en el mercado superior al esperado y los rendimientos que se están obteniendo son altamente superiores a los inicialmente previstos. En definitiva, se trata de supuestos en los que la rentabilidad real o posterior (*ex post*) es diferente a la inicialmente esperada o previa (*ex ante*).

Tanto si se tratase de beneficios como de pérdidas la cuestión que subyace es cómo repartirlas entre los miembros del grupo multinacional que han contribuido al desarrollo, mejora, mantenimiento, protección y explotación del intangible. Se entiende que entre partes que actúan según las fuerzas del mercado, las partes pactarían un ajuste de sus retribuciones. La solución que ofrecen las DPT es nuevamente desde el punto de vista del enfoque de la preponderancia funcional.

Desde esta premisa, la sociedad/es del grupo que realmente esté asumiendo los riesgos que se han materializado y han provocado esa variación entre el rendimiento *ex ante* y *ex post* y realiza o controla alguna de las funciones significativas del párr. 6.56 con relación

---

<sup>236</sup>Cfr. GONNET, S., "Risks redefined in transfer pricing post-BEPS", en LANG, M., STORCK, A. y PETRUZZI, R. (Eds.), *Transfer Pricing in a post-BEPS world*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2016, p. 41 y VINCENT, F. y LUQUET, P., "Risk, recharacterization and a tsunami of double tax cases", *Tax Management Transfer Pricing Report*, vol. 23, núm. 22, 2015, p. 4.

a las DEMPE será la que percibirá los beneficios o soportará las pérdidas inesperadas. Para determinar quién está asumiendo los riesgos, habrá que aplicar el test de los seis pasos que ya mencionamos. Se trata de ver quién asume realmente los riesgos allende de lo que las partes hayan estipulado contractualmente. O, según hemos sostenido, cotejar si quien de verdad asume contractualmente los riesgos es la entidad vinculada que ejerce funciones de control sobre ellos.

Nos mostramos preocupados, de nuevo, por la introducción de un enfoque retrospectivo, prácticamente parecido al *Commensurate With Income Standard* de la legislación tributaria estadounidense<sup>237</sup>. La labor de descripción precisa de una operación vinculada debe ser asépticamente lo que su significado predica: una definición precisa, simplemente. Nunca suponer un ejercicio recharacterizador de operaciones, ni mucho menos retrospectivo en la valoración de las mismas. Por todos es sabido que las operaciones con intangibles en el seno de las multinacionales suponen un campo de proliferación de divergencias entre las proyecciones financieras iniciales y los resultados que se producen en la práctica. La volatilidad en cuanto al éxito o al fracaso pende de un hilo, en ocasiones, muy fino. Una aplicación subjetiva de esta aproximación por parte de las Administraciones tributarias puede conducir a una presunción de no adecuación al ALS de las remuneraciones inicialmente previstas para las partes del grupo multinacional.

#### **3.3.4. ¿Se está recurriendo al *Authorised OECD Approach*?**

Una vez que se ha desgranado el estudio del nuevo análisis funcional con el respectivo enfoque en la aplicación del principio *at arm's length*, es inevitable formularse la pregunta de si implícitamente las actuales DPT, dimanadas de las Acciones 8-10, están aplicando el llamado enfoque autorizado de la OCDE para la atribución de beneficios a establecimientos permanentes o *Authorised OECD Approach* (AOA, en lo sucesivo) cuando se procede a ejecutar el análisis funcional dentro del amplio ejercicio de definición precisa de la transacción. Para ello, en primer lugar, se deben detectar las características esenciales de este enfoque y, en segundo lugar, proceder a emitir una respuesta, la cual, en mayor o menor medida, ya ha sido adelantada a lo largo del apartado anterior.

---

<sup>237</sup>Cfr. WITTENDORFF, J., "BEPS Actions 8-10: birth of a new arm's-length principle", *op. cit.*, p. 351.

El AOA contiene una serie de directrices de reciente creación contenidas en un Informe<sup>238</sup> del año 2010 compuesto de cuatro partes: aplicación general, sector bancario, empresas que operan en el mercado global de instrumentos financieros y sector asegurador. El objetivo de este enfoque autorizado es la introducción del ALS en la atribución de beneficios a los establecimientos permanentes, en tanto que el art. 7.2 MC OCDE adopta el principio de empresa funcionalmente distinta y separada (*separate legal entity approach*) a la hora de imputar rentas a los establecimientos permanentes respecto a las operaciones con otras partes de la empresa. En definitiva, se sintetiza como la ficción de independencia a tenor de la cual un establecimiento permanente es considerado como una empresa independiente de su casa central a los efectos de conseguir fijar el precio de las operaciones internas conforme lo harían entidades independientes en su misma situación<sup>239</sup>.

Para proceder a la asignación de beneficios *at arm's length*, el AOA sigue una metodología sustentada en dos pasos. En primer lugar, se hipotetiza que el establecimiento permanente es una empresa separada e independiente<sup>240</sup>. Para ello, se practica un análisis funcional y factual para delimitar las funciones que realiza, los activos que le pertenecen y los riesgos que asume. Conforme al mismo, el resultado arrojado es que los riesgos y la propiedad económica de los activos serán atribuidos a la entidad que realice las llamadas funciones humanas sustantivas o *Significant People Functions* (SPF) relevantes para la asunción de dichos riesgos y activos. Asimismo, para desarrollar dichas funciones por un establecimiento permanente será necesario atribuirle capital. Dicha atribución se realiza en proporción a las funciones, riesgos y activos utilizados. La atribución de los riesgos y la propiedad económica de los activos siguen un criterio marcadamente funcional. Parten de la concepción de que el desempeño de funciones por el personal de un establecimiento permanente lleva asociado una serie de riesgos y activos, de forma que inherentemente estos

---

<sup>238</sup> OCDE, *Report on the attribution of profits to permanent establishments*, OECD Publishing, Paris, 2010, disponible en <http://www.oecd.org/ctp/transfer-pricing/45689524.pdf> (último acceso: 20.11.2017). El Informe final de la Acción 7, *Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status*, señaló en su sección D que ante los cambios en la definición de establecimiento permanente, trasladados en la actualidad tanto al Instrumento Multilateral para implementar las medidas anti-BEPS como a los apartados 4, 5 y 6 del art. 5 del MC OCDE, simplemente sería necesario establecer en posteriores trabajos la orientación sobre cómo aplicar las reglas de atribución de beneficios a un establecimiento permanente para estos nuevos supuestos. En este sentido, la OCDE lanzó en junio de 2017 un consulta pública con el correspondiente borrador, el cual puede consultarse en <https://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/beps-discussion-draft-additional-guidance-attribution-of-profits-to-permanent-establishments.pdf> (último acceso: 19.11.2017). El enfoque autorizado de 2010 sigue siendo a día de hoy el vértice sobre el que pivota la atribución de beneficios a establecimientos permanentes.

<sup>239</sup> Cfr. PETRUZZI, R. y HOLZINGER, R., "Profit attribution to dependent agent permanent establishment in a post-BEPS era", *World Tax Journal*, vol. 9, núm. 2, 2017, p. 274.

<sup>240</sup> OCDE, *Report on the attribution of profits to permanent establishments*, *op. cit.*, párr. 13 y ss.

factores son concomitantes con las SPF. En segunda instancia, se procede a la fijación del resultado *at arm's length* (*pricing*). Una vez distribuidos los riesgos y activos en el análisis funcional y factual conforme al enfoque SPF, se establece la cantidad de beneficios atribuibles al establecimiento permanente conforme entidades independientes hubieran acordado. En esta fase se produce la aplicación analógica de las DPT, específicas para el art. 9 MC OCDE, con el fin de depurar el examen de atribución de manera coherente al ALS.

Es interesante descubrir las diferencias teóricas existentes entre el ALS del art. 7 y el del art. 9 MC OCDE. Recalcamos el matiz “teóricas” porque empíricamente estimamos que cuando se procede a la aplicación del ALS en la configuración que se le ha dado en la era post-BEPS ya no existe matiz distintivo alguno, sino que se han alineado por completo. Desde una perspectiva teórica la diferencia que existía entre ambos era la causa de justificación, precisamente, de la existencia del enfoque SPF. Los términos contractuales no pueden ser el punto de partida, ni mucho menos de referencia, para el análisis de atribución de beneficios entre casa central y establecimiento permanente por la sencilla razón de que se trata de entes con la misma personalidad jurídica. Una persona jurídica no firma contratos consigo misma, como es natural. Únicamente entidades independientes desde el punto de vista del Derecho aplicable suscriben acuerdos legalmente vinculantes. En las relaciones entre casa central y establecimiento permanente no hay contratos, únicamente registros contables o documentación interna<sup>241</sup>. Ante esta situación, la OCDE crea desde 2008 el AOA el cual suple la falta de acuerdos contractuales entre establecimientos permanentes y las casas centrales como punto de partida del reparto de funciones, activos y riesgos (y consiguiente reparto de beneficios) con el enfoque de las SPF. De tal forma que los activos y los riesgos se atribuyen a la entidad (casa central o establecimiento permanente) que realiza con personal propio las actividades que generan valor.

La asignación de funciones es el hilo conductor tanto en el AOA como en las DPT. El Capítulo VI aboga decididamente por dar preponderancia a las funciones significativas como criterios de reparto de rentas entre las entidades del grupo multinacional para así lograr cumplir el mandato sustancial del Plan BEPS de alinear tributación con la generación de valor<sup>242</sup>. El análisis funcional de las DPT, como hemos señalado, atribuye al desarrollo de

---

<sup>241</sup> OCDE, *Ult. op. cit.*, párr. 177.

<sup>242</sup> Cfr. ESTEVE PARDO, M.L., “Intangibles y precios de transferencia. Las nuevas directrices de la OCDE y sus aspectos más cuestionables”, en MORENO GONZÁLEZ, S. (Dir.), *Tendencias y desafíos fiscales de la economía digital*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 380-381; MORRISON, P.D., “Final BEPS report on transfer pricing of intangibles: IP ownership takes backseat to people functions”, *op. cit.*, pp. 3-4; MUSSELLI,

las funciones DEMPE una serie de activos y riesgos, alineándose, por lo tanto, con el AOA. En el análisis funcional los términos contractuales pierden su relevancia. Su toma en consideración es un trámite ceremonial. Por un lado, porque en primera instancia se busca descubrir la verdadera sustancia jurídica y económica de la operación que involucra intangibles, de manera que la conducta real de las partes prevalece sobre los acuerdos contractuales. Y, por otro lado, porque en segunda instancia, y aquí aparece lo que estamos criticando, si dicha sustancia no entra dentro de los parámetros que la OCDE ha configurado para aplicar el ALS, se delimita la transacción para evitar la cristalización de prácticas BEPS. Eso es ir más allá del mandato *at arm's length*. Es una aplicación errónea y subjetiva, alejada de las teorías económicas que rigen el libre mercado.

En la aportación de activos con relación a las funciones DEMPE, la búsqueda del propietario económico es el elemento distintivo. De tal forma que el activo en cuestión será otorgado a la entidad que realiza funciones y asume costes en su explotación, ignorando al propietario legal. De la misma manera, cuando lo que se aportan son activos financieros, como la aportación de fondos para el desarrollo de intangibles, la entidad del grupo que las financia únicamente percibirá un rendimiento ajustado a su riesgo financiero a menos que realice o controle las funciones que está sufragando, en donde podrá obtener una compensación mayor mediante beneficios residuales del intangible.

Por su parte, en lo que al análisis de riesgos atañe, la preponderancia de los elementos funcionales en sintonía con el AOA se detecta cuando la sociedad del grupo que asume contractualmente los riesgos con relación a las funciones DEMPE únicamente tiene derecho a percibir los rendimientos ligados a ese riesgo si los controla y tiene capacidad financiera para asumirlos. El ejercicio de control de riesgos supone el desempeño de funciones cualificadas, como la toma de decisión (*decision-making function*) de asumir, dejar o declinar una operación que lleva riesgos o la forma de responder ante éstos. Además, el personal que realice la toma de decisiones para controlar el riesgo deberá estar capacitado y desempeñar realmente las funciones. Las DPT señalan que procederá una relocalización de los riesgos en aquellas sociedades que efectivamente realicen con su personal dichas funciones de control. Nuevamente, obsérvese la alineación del AOA con la aplicación

---

A. y MUSSELLI, A., "Rise of a new standard: profit location in countries of important intangible functions managers", *International Transfer Pricing Journal*, vol. 24, núm. 5, 2017, p. 332; NAVARRO IBARROLA, A., "La modificación de las pautas sobre precios de transferencia en BEPS (Acciones 8-10): ¿cambio o evolución?", *op. cit.*, pp. 139-140, y WITTENDORFF, J., "BEPS Actions 8-10: birth of a new arm's-length principle", *op. cit.*, p. 337.

contemporánea del ALS. O, dicho de una forma más amplia, se han alineado absolutamente los criterios de reparto de riesgos de los arts. 7.2 y 9 MC OCDE<sup>243</sup>. Allí donde se localicen las SPF, con personal formado y experimentado en el área particular de riesgos, relativas a la aceptación de asunción o declinación del riesgo y/o formas de respuesta ante su materialización, se atribuirán los beneficios<sup>244</sup>.

La respuesta a la pregunta que planteábamos como título de esta sección, en consecuencia, debe ser respondida de una manera afirmativa. Supone una construcción artificial del análisis funcional y la aplicación del ALS. Para luchar contra las prácticas BEPS causadas con estrategias de planificación fiscal que involucran intangibles se ha seleccionado un enfoque propio y lógico para el campo del reparto de beneficios entre la casa central y los establecimientos permanentes, como es el de la SPF, y se ha embebido en el análisis funcional relativo a las operaciones vinculadas con intangibles.

Con este enfoque se pierde cierta neutralidad, ya que se va a premiar a las autoridades tributarias de países altamente industrializados (alta tributación), que cuentan con plantillas de trabajadores específicas para ciertas funciones. Esto puede repercutir negativamente sobre los países en desarrollo, los cuales suelen optar por tipos impositivos más bajos. No obstante, la situación puede reconvertirse si las Administraciones tributarias de los países donde se localizan los recursos humanos para el desarrollo de funciones y control de riesgos comienzan a adoptar el enfoque de las DPT, puesto que las EMNs podrían comenzar a relocalizar sus funciones significativas con el personal adyacente en las sociedades radicadas en jurisdicciones de menor presión fiscal con el fin de lograr la acumulación de los beneficios

---

<sup>243</sup> Adviértase, tal y como señala la OCDE en la *Public Discussion Draft* sobre la atribución de beneficios a establecimientos permanentes a los nuevos escenarios cubiertos por el art. 5.5 del presente MC OCDE, que en los casos en que el intermediario y la empresa no residente sean empresas asociadas, la aplicación conjunta del reparto de riesgos a efectos del art. 7, bajo el AOA, y del art. 9, bajo las normas de las DPT, no debe desencadenar en doble imposición en el estado de la fuente. A los efectos del art. 9, se podría proceder a relocalizar el riesgo, atendiendo al nuevo enfoque de las DPT, en la figura del intermediario, mientras que a efectos del art. 7 el establecimiento permanente existente en el mismo estado de la fuente se le podrían otorgar una serie de riesgos en virtud de sus funciones significativas de control de riesgos. En estos casos, el Informe señala en su párr. 18 que si el riesgo se considera asumido por el intermediario mediante la aplicación de las DPT, no se puede relocalizar ese riesgo a la empresa no residente o al establecimiento permanente a los efectos de la aplicación del AOA, puesto que de lo contrario existiría una doble imposición en el Estado fuente al imputarse doblemente los mismos beneficios a entidades residentes (intermediario y establecimiento permanente) en la misma jurisdicción. Cfr. OECD, *Public Draft Discussion BEPS Action 7. Additional guidance on attribution of profits to permanent establishments*, OECD Publishing, Paris, 2017, disponible en <http://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/beps-discussion-draft-additional-guidance-attribution-of-profits-to-permanent-establishments.pdf> (último acceso: 19.11.2017).

<sup>244</sup> Cfr. TRACANA, D., “The impact of BEPS Actions 8-10 on comparability analysis in the context of attribution of profits to permanent establishments”, *Intertax*, vol. 45, núm. 5, 2017, p. 415.

derivados de la explotación del intangible en aquellas sociedades. Por lo tanto, lejos de haber ofrecido una solución, las Acciones 8-10, plasmadas en las actuales DPT, han puesto un parche provisional al problema de las prácticas BEPS desarrolladas a través de *cash boxes* y *IP holdings*. Como ya hemos defendido varias veces, la diferencia entre la era pre-BEPS y la post-BEPS es que antes se acumulaban los beneficios en esas sociedades y ahora se van a almacenar en las que realizan funciones significativas relacionadas con los intangibles, en la línea del AOA. El tiempo nos dirá si los resultados siguen siendo o no los mismos.

### **3.4. Aplicación casuística del reparto de beneficios *at arm's length* ligados a intangibles**

Todas las reglas y el enfoque del ALS expuestos hasta el momento dentro del análisis de definición precisa de una operación vinculada requieren un análisis especial adaptado a cada una de las situaciones fácticas que se muestren. Nunca olvidemos que lo que la OCDE expone son una serie de directrices genéricas, las cuales deben amoldarse a los supuestos prácticos que se den. A continuación, se señalan dos operaciones que involucran intangibles que pueden servir de modelo para expresar el enfoque contemporáneo del principio *at arm's length* para repartir los beneficios entre las sociedades del grupo multinacional que han contribuido con alguna función DEMPE a la generación sustancial de valor. Por un lado, se trata de los acuerdos de distribución y/o comercialización de productos identificados por una marca comercial y la posible contribución implícita del distribuidor al desarrollo del valor de ese intangible de comercialización (*marketing intangible*). Por otro lado, de los acuerdos para el desarrollo de intangibles (operaciones de I+D), en donde varias empresas del grupo están involucradas, bien sea ostentado la titularidad legal, realizando las funciones de I+D o aportando el capital necesario. Los modelos que procedemos a explicar se basan en los resultados que la aplicación de las DPT y el ALS muestran. De esta forma, las empresas deberán ser remuneradas según la contribución a cualquier función DEMPE, activos aportados y riesgos asumidos y controlados sobre los intangibles.

#### **3.4.1. Acuerdos de distribución con revalorización de la marca comercial**

Los acuerdos transfronterizos intragrupo de distribución de productos son la herramienta jurídica para articular la entrada de bienes en otros mercados geográficos. Pueden acarrear cumulativamente funciones de distribución y comercialización directa. A través de ellos una sociedad de un grupo vende sus productos a otra sociedad radicada en

otro Estado diferente para que proceda a realizar las funciones de distribución y/o comercialización, remunerando a la entidad distribuidora por sus servicios. La libertad contractual de las partes puede configurar una mayor o menor complejidad en los derechos y obligaciones de las partes. Esa complejidad o amplitud será un elemento crucial para ser analizado por las Administraciones tributarias ante la cuestión de una potencial revalorización de la marca comercial que identifica a esos productos gracias al desempeño de las funciones de distribución por la entidad vinculada.

La pregunta implícita, por lo tanto, es en qué momento un distribuidor/comercializador debe participar en los beneficios que genera al grupo multinacional cuando sus funciones han mejorado el valor de la marca comercial en el mercado, o, dicho de otra forma, si procede y de qué forma que esta entidad sea remunerada, aparte de por la prestación de sus servicios, por mejorar el valor de la marca comercial como consecuencia de las funciones realizadas, los activos que ha utilizado y los riesgos asumidos. Procedemos, a continuación, a exponer la solución ayudándonos de un supuesto de hecho.

Tornado Bikes A, sociedad residente en el país A, se dedica a la fabricación de bicicletas que se comercializan en países del mismo continente que el del país A, el continente C1, en el continente C2 y en algunos pocos países del continente C3 bajo la marca y el nombre comercial Tornado. Tanto la marca como en el nombre comercial pertenecen legalmente a esta sociedad y están protegidas gracias a las normas de *copyright* del país A. Las bicicletas Tornado tienen una gran cuota de mercado en todo el continente C1 y ciertos países del C2, gozando de un gran prestigio y aceptación por los amantes del ciclismo *amateur*. Asimismo, Tornado Bikes A tiene suscritos varios acuerdos de suministros de bicicletas de carretera y accesorios a algunos equipos ciclistas profesionales que únicamente compiten en el continente C1. El equipo directivo de estrategia comercializadora de la sociedad decide que es un momento idóneo para introducir sus bicicletas en el mercado del Estado B ante el aumento de la práctica del ciclismo por parte de los ciudadanos de ese territorio. En el país B, la marca Tornado no es muy conocida más allá de que es una marca de bicicletas que se venden en algunos países próximos al Estado B del continente C3.

Para llevar a cabo su plan, Tornado Bikes A constituye una sociedad filial, enteramente participada, llamada Tornado Bikes B para que actúe como distribuidora y comercializadora en el territorio B durante los próximos 10 años. Las dos sociedades suscriben un contrato a tenor del cual Tornado Bikes B adquiere el derecho de distribución

exclusiva de unos modelos de bicicletas Tornado, utilizando para ello el nombre comercial Tornado. Tornado Bikes B asume por contrato la obligación de vender y distribuir las bicicletas y ciertos componentes (horquillas, platos, piñones, bielas y potencias) que compra a Tornado Bikes A sin realizar ningún tipo de procesamiento ni alteración en los productos que recibe periódicamente de su matriz. A cambio de dichos servicios, Tornado Bikes B recibe una remuneración consistente en el margen entre el precio que paga por comprar las bicicletas y accesorios a la matriz y el precio de reventa a clientes externos. Para ello, la filial establecida en B bifurca su estrategia en dos líneas. Por un lado, abre varias tiendas en ciudades del Estado B, tras un estudio de mercado realizado por ella misma, para vender directamente las bicicletas y componentes utilizando el nombre comercial Tornado. Por otro, suscribe acuerdos de distribución de las bicicletas y componentes con establecimientos de venta de material deportivo.

Tornado Bikes B compra las bicicletas y otros accesorios a su matriz a cambio de un precio *at arm's length*. Asume la propiedad de estos productos para su distribución exclusiva en B. Según el contrato, la filial desarrolla y ejecuta su propio plan de comercialización de manera independiente. Para ello, ha adquirido los derechos de utilización de la marca comercial, cuya titularidad pertenece a la sociedad matriz. No existe control alguno de la matriz sobre la estrategia comercializadora. Tornado Bikes B asume todos los gastos de las campañas publicitarias y el *marketing* para dar a conocer a la comunidad residente en el Estado B sus bicicletas. La matriz no reembolsa ningún gasto incurrido a la filial. La filial cuenta con personal propio con el que atender la explotación de su modelo de negocio (gestión de almacenes, atención en tienda, servicios de reparación y atención post-venta, etc.). Asume todos los riesgos correspondientes a su actividad, como el de inventario, de crédito y el de financiación.

Toda la estrategia de comercialización, como por ejemplo la costosa campaña publicitaria que ha llevado a cabo Tornado Bikes B, ha fructificado tras 4 años intensos en una gran reputación y aceptación de las bicicletas Tornado en el mercado del país B. Asimismo, ha conseguido dos hitos importantes que van a reportar mayores ingresos a la matriz con la ayuda en la ejecución de la filial. En primer lugar, que el Ayuntamiento de la ciudad X ha seleccionado a Tornado para componer la flota de 2.300 bicicletas de uso público de este ente público. En segundo lugar, la firma de un contrato de suministro de

bicicletas y componentes a un equipo ciclista del país B que compite en las pruebas de primer nivel mundial.

Los gastos en los que ha incurrido Tornado Bikes B hasta lograr consolidarse como la marca referente de bicicletas en B son consecuencia de las funciones y riesgos tan amplios que ha asumido. En la búsqueda de comparables no encontramos empresas independientes que hayan desempeñado el elenco de funciones y asunción de gastos en situaciones comparables. Por ejemplo, la apertura de tiendas propias con personal a su cargo; el desarrollo de un modelo de atención personalizado al cliente que es novedoso en el mercado de las bicicletas; o la potente inversión en publicidad, aspecto notable puesto que no era habitual en el país B que hubiese publicidad de bicicletas en los medios de comunicación. Además, las campañas publicitarias han conseguido captar la atención de la gente y algunos de sus anuncios se han convertido en fenómenos ampliamente seguidos por sectores juveniles de la población. La filial, gracias a la autonomía de la que gozaba en su contrato de distribución exclusiva, ha implementado unas técnicas pioneras nunca vistas en la comercialización de bicicletas, lo cual ha supuesto un incremento de los beneficios de Tornado Bikes A dado que la filial establecida en B cada vez le compra más bicicletas dada la creciente demanda de los clientes. Sin embargo, el margen de beneficios de Tornado Bikes B está por debajo de la remuneración que obtienen entidades distribuidoras independientes en situación comparable, debido a que ha realizado grandes gastos en funciones de marketing.

El análisis de precios de transferencia que la OCDE propone para estas situaciones es el de buscar, bajo el paraguas del ALS, la compensación justa para la filial distribuidora por haber mejorado el valor de la marca comercial<sup>245</sup>. Las DPT abogan por que las filiales locales que se dedican a la distribución o comercialización pasen a participar en los beneficios que están proporcionando a la propietaria legal de la marca como consecuencia de sus actividades. Para ello aplican un criterio o umbral funcional alineado con sustanciales costes en comparación con entidades independientes en su misma situación. Cuando las filiales distribuidoras practican funciones intensivas, que van más allá de la mera compra y venta de los productos, y para ello, como es lógico, asumen unos gastos de comercialización notablemente superiores, se entiende que están teniendo unos márgenes de beneficios inferiores a aquellos que obtendrían distribuidores independientes con los mismos derechos

---

<sup>245</sup> Párr. 6.76 y ss.

en situaciones comparables. Es decir, contribuyen a desarrollar el valor de un intangible, en este caso la marca comercial, y para ello realizan unas actividades, como puede ser una campaña publicitaria innovadora, que les acarrea un nivel de gastos mayor que el de una empresa independiente en situación de comparabilidad. Por ello, su beneficio neto se ve mermado y procedería un ajuste de precios de transferencia por la Administración tributaria para que reciban una remuneración *at arm's length*.

El ejemplo que hemos confeccionado sirve para comprobar el alcance de esta atribución de beneficios a las filiales locales que realizan funciones de distribución y comercialización. Tornado Bikes B, filial distribuidora, ejecuta por su propia cuenta y con plena independencia respecto de su matriz, Tornado Bikes A, una serie de actividades de marketing, implementación de tiendas y desarrollo de técnicas comerciales para implementar en el Estado B las bicicletas y, en consecuencia, la marca Tornado. Para ello incurre en unos costes elevadísimos que, en situaciones comparables, entidades distribuidoras independientes no realizan. Como consecuencia, la filial tiene un margen de beneficios notablemente inferior por el elevado volumen de gastos al de estas entidades comparables. Toda esa estrategia responde al anhelo de desarrollar la marca Tornado, por lo que la Administración tributaria del país B debería practicar un ajuste de precios de transferencia, bien reduciendo el precio de compra de las bicicletas que paga la filial a su matriz o aplicando el método del reparto de beneficios (*Profit Split*) en el que se distribuyera parte del beneficio residual en Tornado Bikes B como consecuencia de sus funciones y costes asumidos.

La delimitación exacta de una operación de este calibre vuelve a poner de relieve la preponderancia del aspecto funcional como dogma de creación de valor para la OCDE y, por ende, de asignación de beneficios entre las empresas de un grupo multinacional. La aplicación de un enfoque en tal sentido se asemeja bastante al *bright-line test* aplicado por la doctrina administrativa y jurisprudencial de India en los casos de revalorización de marcas comerciales por las funciones realizadas por filiales locales distribuidoras. La doctrina alcanza su máxima expresión con en el caso *LG Electronics*<sup>246</sup> a tenor del cual se permitía a las autoridades tributarias hindúes considerar que una filial local que realizase funciones de

---

<sup>246</sup> ITAT Special Bench (Delhi), *LG Electronics India Pvt. Ltd. v. ACIT*, ITA 5140/DEL/2011, 23 January 2013. En la misma línea continuaron ITAT-Delhi, *Canon India Pvt. Ltd. v. DCIT*, ITA 4602/DEL/2010, 5593/DEL/2011 & 6086/DEL/2012, 3 May 2013, y ITAT-Chennai, *Ford India Pvt. Ltd. v. DCIT*, ITA 2089/MDS/2011, 4 June 2013.

comercialización bajo una marca comercial, cuya propiedad era de otra empresa del grupo, estaba prestando un servicio intragrupo de marketing cuando la ratio *Advertisement, Marketing and Promotion expenses* (AMP) superaba la que tenían empresas independientes en situaciones comparables<sup>247</sup>. Es decir, el alcance del *bright-line test* es que la Administración tributaria de India está habilitada para practicar un ajuste de precios de transferencia a la filial local porque se presume la existencia de una operación de servicios intragrupo de marketing por las funciones y gastos que practica la filial distribuidora y que repercuten en el valor de la marca comercial del grupo<sup>248</sup>.

Diversos pronunciamientos jurisprudenciales posteriores han depurado esta presunción *iuris tantum* de contrato intragrupo de prestación de servicios de marketing de la filial a la matriz<sup>249</sup>. Del análisis de los casos *Bausch & Lomb*<sup>250</sup>, *Sony Ericsson*<sup>251</sup>, *Maruti Suzuki India*<sup>252</sup> o *Hyundai*<sup>253</sup>, se observa que ya no se permite a las autoridades fiscales de India el ajuste automático y la construcción ficticia de un contrato intragrupo por superar un elevado volumen de gastos AMP en comparación con entidades independientes, pero siguen permitiéndose dichos ajustes cuando se entienda que hay una retribución por debajo de lo que el ALS dicta para operaciones de distribución entre empresas vinculadas. Para ello, el enfoque actual del *bright-line test* recurre al elenco de funciones que la filial está desarrollando y a su intensidad, de tal forma que si se descubre por la Administración tributaria hindú, aplicando un método del reparto del beneficio, que la remuneración otorgada a la filial local no está en consonancia con la participación en beneficios que una entidad independiente en situación comparable obtiene, procederá la regularización fiscal de la base imponible de la filial para sumar más ingresos<sup>254</sup>.

---

<sup>247</sup> Cfr. BILANEY, S.K., “Marketing intangibles: an Indian perspective”, *International Transfer Pricing Journal*, vol. 23, núm. 6, 2016, pp. 519-520.

<sup>248</sup> Cfr. CALDERÓN CARRERO, J.M., “¿La revalorización de una marca global determina un ajuste de precios de transferencia en sede de las filiales del grupo? Una nota al hilo del caso *Hyundai* sobre la explotación de los intangibles de marketing en un contexto post-BEPS”, *Revista de Contabilidad y Tributación*, núm. 417, 2017, p. 42.

<sup>249</sup> Véase la evolución y criterios aplicables para distinguir entre un distribuidor de riesgo pleno y limitado en BILANEY, S.K., “Marketing intangibles: an Indian perspective”, *op. cit.*, pp. 520 y ss.

<sup>250</sup> Delhi High Court of India, *Bausch & Lomb Eyecare India Pvt. Ltd. v. CIT*, ITA 643, 675-77/2014 & 165, 166/2015, 23 December 2015.

<sup>251</sup> Delhi High Court of India, *Sony Ericsson Mobile Communications Pvt. Ltd. v. CIT*, ITA 16/2014, 16 March 2015.

<sup>252</sup> Delhi High Court of India, *Maruti Suzuki India Ltd. v. CIT*, ITA 110/2014, 11 December 2015.

<sup>253</sup> ITAT-Chennai, *Chennai vs. Hyundai Motor India Limited*, ITAT-Chennai, ITA 853/Chny/2014 and 563/Chny/2015, Assessment years 2009-12, 27 April 2017.

<sup>254</sup> Cfr. BHATNAGAR, V., “India articulates its view on marketing intangibles”, *International Transfer Pricing Journal*, vol. 22, núm. 4, 2015, pp. 253-254; CALDERÓN CARRERO, J.M., “¿La revalorización de

De la lectura de los ejemplos 8 a 13 del Anexo al Capítulo VI de las DPT se observa que la traslación de los principios y reglas para practicar un análisis funcional y la aplicación contemporánea del ALS conducen a un papel clave de las funciones sustanciales de la filial distribuidora local y a la asunción de costes. Efectivamente, no aplican rigurosamente el *bright-line test* en su concepción original, sin embargo, el resultado y la consecuencia jurídico-tributaria sigue siendo la misma: la práctica de un ajuste de precios de transferencia. Nos resulta preocupante este enfoque dado que aumenta la inseguridad jurídica de las entidades que actúan como distribuidoras o comercializadoras de productos bajo la marca de su empresa matriz. Por el contrario, no parece que vayan a tener derecho a participar en el reparto de beneficios aquellos distribuidores de riesgo limitado, como por ejemplo los agentes. En estos casos, la filial distribuidora actúa bajo las órdenes de la entidad matriz, la cual realiza las funciones y gastos relativos al marketing. La filial únicamente es retribuida por sus servicios con una comisión que la remunere *at arm's length*.

¿Dónde se va a hallar la línea entre una función intensa y un gasto voluminoso que supera lo que entidades independientes harían en una situación comparable? ¿Cómo van a cotejar las Administraciones tributarias en qué momento una marca comercial se ha revalorizado? ¿Accediendo a índices internacionales como *Interbrand*? ¿Cuándo una campaña de marketing de una filial distribuidora supone una contribución al desarrollo de la marca comercial que deba ser remunerada? No nos atrevemos a dar respuestas porque serían de índole subjetiva. Ese es el problema que más preocupación nos causa. Son preguntas que no tienen una respuesta objetiva y en el terreno de la aplicación de las normas tributarias, especialmente las de precios de transferencia, la subjetividad se paga con inseguridad jurídica para los contribuyentes y mayores disputas tributarias transfronterizas.

### **3.4.2. Acuerdos de I+D para el desarrollo de intangibles**

Un elevado número de EMNs deben su valor y rentabilidad al desarrollo de activos intangibles, como la marca comercial, patentes, fórmulas secretas, etc. Las cadenas de valor integradas explotan la red empresarial que conforma el grupo multinacional para optimizar el desarrollo y posterior explotación de los activos intangibles. Esa optimización, como es obvio, busca la eficiencia para conseguir productos novedosos y revolucionarios en el

---

una marca global determina un ajuste de precios de transferencia en sede de las filiales del grupo? Una nota al hilo del caso *Hyundai* sobre la explotación de los intangibles de marketing en un contexto post-BEPS”, *op. cit.*, p. 43, y TOLIA, S., MEHTA, R. y KOTAK, R., “Life after Indian High Court Decision on marketing intangibles”, *Tax Management Transfer Pricing Report*, vol. 24, núm. 8, 2015.

mercado y así aumentar los beneficios globales del grupo. Por ello, hace tiempo que la separación de elementos como la propiedad legal de un intangible, la toma de decisiones, la financiación para su desarrollo, el control de los riesgos ligados al él o la llamada propiedad económica, entre otros, están repartidos a lo largo de la cadena de valor.

Como hemos tenido ocasión de exponer a lo largo de este capítulo, las DPT de la era post-BEPS han supuesto un cambio en cuanto a la forma de practicar el análisis de precios de transferencia. El reparto de beneficios entre las empresas del grupo multinacional, conforme al principio *at arm's length*, se sustenta en un enfoque sustancial. Esa sustancia parece radicar en elementos funcionales con el objetivo de luchar contra acumulaciones de beneficios en sociedades que únicamente aportan financiación o son titulares de los intangibles pero que no realizan ninguna actividad relevante. A continuación, ofrecemos un supuesto fáctico con el que recopilar los resultados que la aplicación del enfoque contemporáneo del ALS dicta.

Pharmamondo A es una sociedad matriz, residente en país A, de todo un grupo multinacional dedicado al desarrollo y explotación de productos farmacológicos. Hace unos años constituyó una sociedad filial enteramente participada en el país B, Pharmamondo International Operations B, a la cual transfirió todos los derechos de propiedad intelectual del grupo multinacional, como, por ejemplo, la marca de diversos medicamentos o las patentes de las que el grupo era titular en aquel momento. Esta filial no realiza ningún tipo de actividad operativa (fabricación o distribución). Únicamente tiene contratado a su cargo una plantilla de diez abogados expertos en derecho de propiedad intelectual y mercantil, diverso personal administrativo y está establecida en unas instalaciones arrendadas por una empresa independiente. La sociedad filial radicada en B está altamente capitalizada, tanto con activos financieros como por intangibles. Su actividad, principalmente, consiste en dos aspectos. Por una parte, su plantilla se encarga de gestionar todas las patentes del grupo multinacional. Sus abogados se encargan de las solicitudes de patentes cuando se desarrolla un nuevo principio activo y de los trámites administrativos que se requieren en los países para conseguir la autorización de comercialización de los productos farmacológicos del grupo. Asimismo, la filial se encarga de suscribir los respectivos contratos de licencia con filiales distribuidoras de sus productos, cobrando los *royalties* por el uso de las marcas correspondientes a dichos productos farmacológicos. Por otra parte, se encarga de financiar todas las actividades de I+D del grupo multinacional.

Cuando en el grupo multinacional se va a iniciar una actividad de I+D para crear un nuevo principio activo para su posterior registro como una patente, Pharmamondo International Operations B suscribe un contrato de prestación de servicios de I+D con Pharma Innovation C, una sociedad del grupo Pharmamondo domiciliada en el Estado C, a través del cual la filial domiciliada en el territorio B se obliga a aportar los fondos necesarios para la actividad de I+D más una remuneración por el servicio que va a prestar la empresa asociada con residencia en el Estado C, a cambio de obtener la titularidad legal del potencial intangible que pueda resultar desarrollado. Pharma Innovation C cuenta con recursos materiales vanguardistas y humanos de alta capacitación para el desarrollo de actividades de I+D en sus laboratorios. La última decisión de la empresa matriz ha sido la de emprender el desarrollo de un principio activo para el tratamiento de la diabetes. La ejecución del proyecto de I+D llevado a cabo por el laboratorio de Pharma Innovation C, siguiendo los plazos y directrices de la matriz con residencia en el Estado A, resultó exitoso y la filial con domicilio en C, tras asumir la propiedad legal, procedió a iniciar los trámites para la obtención de la patente sobre el principio activo desarrollado, así como las preceptivas autorizaciones gubernamentales para su venta. Pharmamondo International Operations B registró la marca Bliming para el nuevo medicamento. Una vez le fue concedida la patente, ha suscrito los respectivos contratos de distribución y comercialización con las filiales locales que tiene el grupo multinacional y que se encargan de cubrir diversas zonas geográficas del mundo. Dichas filiales adquieren el producto farmacológico y para usar la marca Bliming pagan en concepto de *royalties* las cantidades acordadas a Pharmamondo International Operations B,

El resultado que arroja este esquema es que, en virtud de los contratos suscritos entre las empresas del grupo, la filial establecida en el país B, tenedora de la propiedad sobre las patentes del grupo, es la que percibe todos los beneficios residuales derivados de las ventas en cada uno de los mercados regionales del nuevo medicamento contra la diabetes llamado Bliming. La filial residente en B, por su parte, remunera a la otra filial residente en C por los servicios que presta conforme al método del coste incrementado y a las filiales distribuidoras que actúan como agentes (distribuidores de riesgo limitado).

Cuando se practica un análisis funcional de la estructura descrita para desarrollar y explotar los intangibles del grupo se observa, ante el enfoque actual de las DPT, la ausencia de sustancia e inconsistencia entre la generación de valor y la tributación. Asimismo, no se puede pasar por alto que, con mayor o menor intensidad, el esquema de planificación de

Pharmamondo busca trasladar las bases imponibles de las filiales locales a la filial con residencia en el Estado B mediante la reducción de la base imponible por el respectivo impuesto sobre los beneficios empresariales con el pago de *royalties* a ésta por el uso de la marca Bliming. No obstante, a los efectos de este caso vamos a presumir que la tasa de *royalties* pactada entre las filiales distribuidoras y la sociedad filial residente en B, así como la remuneración por los servicios de I+D que percibe la sociedad establecida en C, están dentro del parámetro de valores *at arm's length*.

El análisis de la realización y control de funciones significativas nos muestra que es la matriz del grupo Pharmamondo A, la que realiza las funciones de diseño de los programas de investigación, da las directrices oportunas al laboratorio de I+D de la sociedad para que el director de éste las ejecute, establece la cantidad de dinero que Pharmamondo International Operations B debe aportar para sufragar íntegramente las tareas de I+D y gestiona el presupuesto del programa de I+D que se esté llevando a cabo. La filial Pharmamondo Innovation C rinde periódicamente cuentas a través de su director al equipo encargado de la I+D en la matriz sobre el estado de la investigación. Por lo tanto, si bien la filial establecida en C tiene plena independencia para desarrollar los principios farmacológicos empleando los mecanismos, fórmulas y presupuesto (previa aprobación de la matriz) que necesite, los plazos y las cuestiones estratégicas son decisiones que se toman por la matriz en el territorio A. Por su parte, Pharmamondo International Operations B únicamente realiza funciones de administración de patentes y demás propiedad intelectual del grupo.

En lo que atañe a la aportación de activos en la cadena de valor, principalmente, el activo que destaca es la aportación de financiación por parte de Pharmamondo International Operations B a Pharmamondo Innovation C. La cantidad de dinero que debe aportar con la firma del contrato viene ya previamente establecida por la matriz.

El acuerdo de prestación de servicios de I+D entre la filial residente en B y la otra filial del grupo residente en C revela que la primera entidad asume los riesgos existentes en la operación de desarrollo de los intangibles. Sin embargo, la sustancia subyacente nos muestra que no tiene un control efectivo sobre el riesgo. Las funciones de toma de decisión de emprender, abandonar o declinar un proyecto de I+D no las asume la sociedad radicada en B, sino que competen a la matriz con residencia en A. Esa filial carece de personal competente y experimentado en la parcela de riesgos que conlleva el desarrollo de un

principio farmacológico. El personal está compuesto simplemente por abogados expertos en la gestión y administración de las patentes y demás propiedad intelectual del grupo y carecen de acceso a la información necesaria que respalde la toma de decisión de emprender una investigación en tal camino. Igualmente, la empresa matriz contrata siempre a una empresa externa que se encarga de realizar los controles de calidad al producto desarrollado en el Estado C para evitar posibles responsabilidades futuras por daños a las personas. Esa función de mitigación del riesgo por producto defectuoso la lleva a cabo la matriz, no la filial del país C. Por lo tanto, el análisis de riesgos de las DPT va a desencaminar una relocalización del riesgo en la sociedad matriz.

El actual enfoque funcional y sustancial para la realización del reparto de los beneficios entre las sociedades del grupo multinacional va a reportarnos el siguiente resultado. La mera propiedad legal sobre un intangible no otorga un derecho *per se* a percibir la totalidad del beneficio residual derivado de la explotación, en este caso, del medicamento Bliming que contiene una patente farmacológica. El análisis funcional exige que entidades como la matriz o la filial residente en el Estado C que cuenta con el laboratorio, así como las restantes filiales distribuidoras, sean participantes en el reparto de beneficios conforme a su aportación sustancial a la generación de valor del intangible. La mayoría de funciones significativas, junto a la asunción de riesgos y su control, recaen en la sociedad matriz, por lo que deberá ser remunerada en consecuencia. De la misma forma, la sociedad del Estado C realiza una función estricta de desarrollo de los intangibles y, como tal, su remuneración deberá reflejar también una participación sustancial en los beneficios residuales del grupo multinacional. La sociedad del Estado B, dado que únicamente realiza las aportaciones de fondos necesarios al laboratorio del país C, solo recibirá una remuneración conforme a su inversión pasiva, es decir, una remuneración ajustada al simple riesgo financiero que ha asumido según inversores independientes obtendrían en situaciones de comparabilidad.

La sustancia funcional de la entidad del grupo multinacional propietaria de los intangibles es paupérrima. Ello se está castigando bajo las nuevas DPT con una captura ínfima del beneficio residual. Como hemos venido señalando a lo largo de este capítulo, la nueva preponderancia hacia las funciones, las conocidas SPF, convirtiéndolas la OCDE en una especie de nuevos puntos de conexión fiscal para atraer rentas hacia las bases imponibles, puede convertirse paradójicamente en un problema en el medio y largo plazo para las jurisdicciones fiscales, generalmente de mayor tributación, en las que se concentran

las plantillas de directivos y trabajadores que toman las decisiones relevantes o donde se hallan los centros de I+D y su personal altamente cualificado. Las EMNs pueden comenzar a trasladar al personal encargado de la toma de decisiones (*decision-making function*) a jurisdicciones de baja o nula tributación por lo que los beneficios residuales volverían a concentrarse, principalmente, en sociedades que únicamente aportan financiación u ostentan la titularidad de los activos intangibles del grupo. Con esto, pretendemos poner de relieve la volatilidad que comparten los activos intangibles y las funciones significativas ligadas al desarrollo y explotación de intangibles. Un desafío ciertamente muy difícil de poder resolver simplemente con la evolución o mutación del principio *at arm's length*.

### **3.5. Características de los activos intangibles**

Todo análisis de delimitación precisa de una operación vinculada que afecte a activos inmateriales ha de tomar en consideración las propias características que definen y distinguen a estos activos. En un análisis de delimitación tan marcado por la comparación con operaciones detectadas en el mercado independiente, la definición y posterior comparación de estas características puede resultar útil junto al resto de factores de comparabilidad<sup>255</sup>. No obstante, su importancia podrá ser mayor cuando el método de precios de transferencia que se aplique sea el del precio libre comparable, a diferencia de lo que ocurrirá cuando se opte por métodos que buscan la comparabilidad entre márgenes de beneficios.

En el caso de los activos intangibles, los contribuyentes y las Administraciones tributarias se van a encontrar entre los elementos que mayor repercusión pueden tener a la hora de practicar un análisis de comparabilidad lo más riguroso posible el tipo de activo, por ejemplo si es un *soft* o *hard* intangible (lista de clientes, patente, marca, *know-how*, etc.), la duración de su protección y su alcance o los beneficios que previsiblemente reportará.

Los párr. 6.117 a 6.127 DPT, como ya tuvimos ocasión de exponer en el anterior capítulo, contienen un listado *numerus apertus* de una serie de características a tomar en consideración que suelen definir a un intangible como único en su mercado. Además de las ya mencionadas en el Capítulo I de las DPT se pueden añadir la exclusividad de los derechos que existan sobre los intangibles; el ámbito geográfico sobre el que el intangible puede ser explotado; la vida útil que se espera tenga el activo, lo cual puede incidir notablemente en el

---

<sup>255</sup> Cfr. párr. 1.107.

asentamiento de una posición dominante en el mercado por el titular legal y/o el propietario económico; la fase de desarrollo en la que se encuentra el intangible, es decir, si está en una fase meramente proyectiva, en creación o a falta de comprobar su eficacia en la aplicación cotidiana; o la existencia de posibles mejoras, revisiones y actualizaciones de los activos para evitar que se queden obsoletos.

### **3.6. Circunstancias económicas**

Otra de las características económicamente relevantes para delimitar con precisión una operación vinculada en general son las circunstancias económicas que envuelven a ésta. Por todos es conocido que los precios de un mismo bien o servicio pueden variar según en qué mercado nos hallemos. En el ámbito de las operaciones vinculadas, las autoridades fiscales que estén analizando una operación deberán descubrir si la variación que se está detectando en el precio con arreglo a una operación comparable puede o no estar justificada por este factor de comparabilidad. Lo deseable siempre sería que la operación entre partes independientes que está sirviendo como comparable no sea realizada en un mercado que presente diferencias significativas que incidan en los precios<sup>256</sup>. En el ámbito de las operaciones vinculadas que involucran activos intangibles, teniendo presente lo expuesto en el análisis funcional, las circunstancias económicas no van a tener tanto impacto como el que pudiera tener para otro tipo de operaciones entre empresas asociadas. La inexistencia de operaciones comparables es prácticamente la nota predominante. De ahí que cada vez se avance más en un análisis funcional que hipotetiza cómo partes independientes hubieran repartido los beneficios derivados de intangibles en situaciones de comparabilidad.

Las DPT ofrecen una reseña de las circunstancias económicas que pueden ser relevantes para determinar la comparabilidad de los mercados. Las podemos dividir en internas y externas. Las circunstancias económicas internas serán aquellas que afecten a la esfera particular de las partes envueltas en la transacción. Por su parte, las de tipo externas serán aquellas que afectan al mercado geográfico en el que están operando las partes.

El mercado geográfico, en realidad, es considerado por las DPT como una circunstancia económica relevante más. Es la circunstancia económica sobre la que pivotarán el resto de circunstancias externas. Los mayores problemas que pueden existir al realizar dentro del análisis de comparabilidad el estudio del impacto de las circunstancias

---

<sup>256</sup> Cfr. Párr. 1.110.

económicas en el precio de la operación es la heterogeneidad que existe en los mercados geográficos que cubren regiones o países enteros. De igual manera, el desafío puede acrecentarse si el grupo multinacional realiza transacciones vinculadas en diversos Estados en los que exista heterogeneidad. Imaginemos supuestos de cesión de patentes por parte de una sociedad del grupo a filiales encargadas de la fabricación con residencia en Namibia y otra en Suecia. La tasa de *royalty* fijada seguramente sea distinta por las circunstancias económicas y características de cada uno de estos mercados. En estos casos las DPT muestran su preocupación a que las EMNs justifiquen su política interna de precios de transferencia buscando comparables internos<sup>257</sup>. Si el ajuste de precios de transferencia lo está practicando la jurisdicción fiscal sueca por entender que hay una infra remuneración de la filial operativa sueca, la fiabilidad del análisis se adultera si la filial local justifica su tasa de *royalty* por estar en consonancia con la que su entidad hermana namibia paga a la misma matriz. El criterio multi-país reduce significativamente la fiabilidad del análisis.

Las circunstancias económicas internas que pueden tener relevancia son los costes de producción; el rol que ocupan las partes en el mercado, es decir, si actúan como fabricantes, distribuidores o comercializadores (mayoristas o minoristas); los costes de transporte, lo cual hace conectar este elemento con el nivel de desarrollo de las infraestructuras del mercado geográfico en el que se opera; la fecha en la que se realiza la operación, la cual puede estar conectada intrínsecamente con alguna circunstancia económica externa; y, finalmente, la posible existencia de un ciclo económico que puede arrojar una época de oscilación creciente o decreciente de la actividad económica o comercial ligada al activo intangible que ha sido objeto de la transacción.

Finalmente, las circunstancias económicas externas que mayor impacto pueden tener a la hora de buscar una operación comparable en un mercado homogéneo con el de la operación analizada pueden ser la localización geográfica del mercado, es decir, el territorio que abarca, si corresponde a una parte de un Estado, a un Estado por completo o a un conjunto de países; el nivel de competencia que existe en dicho mercado y la posición competitiva relativa de los intervinientes en él, es decir, conviene detectar las ventajas competitivas que pueden tener los competidores y que pueden menoscabar la competencia de ese mercado, algo que sucederá con frecuencia en el actual contexto de la economía digital donde las empresas basan su valor en bienes intangibles únicos y que producen una posición

---

<sup>257</sup> Párr. 1.113.

casi monopolística a sus propietarios; la disponibilidad de bienes y servicios alternativos; los niveles de oferta y demanda en el mercado; y, la situación jurídica y el contexto político en el que se haya envuelto el territorio que engloba al mercado objeto de comparación, como por ejemplo las regulaciones administrativas que haya sobre el mismo, las normas para la protección de la libre competencia, entre otras.

### **3.7. Estrategias empresariales**

Las estrategias empresariales conforman la última de las características económicamente relevantes para una definición precisa de las operaciones vinculadas. Las estrategias empresariales son el conjunto de planes y tácticas que las empresas planifican *a priori* para conseguir unos objetivos que persiguen siempre el aumento de los beneficios. A lo largo de este capítulo ha podido verse transversalmente la importancia de la estructuración de diversos modelos de negocio para explotar de una manera más eficiente los activos intangibles. Todo ello responde a una estrategia empresarial, desde la fase de creación hasta la de comercialización, pasando por todas las sociedades filiales intermediarias. Sin embargo, las DPT cuando desarrollan este factor parecen centrarse únicamente en las estrategias de penetración en los mercados.

Estas estrategias pueden responder a diversas causas como la innovación y desarrollo de nuevos productos, el grado de diversificación, la neutralización de riesgos, los posibles cambios políticos en el mercado donde se opera, la incidencia de las leyes laborales o la duración de los acuerdos<sup>258</sup>.

A la OCDE le despierta mayor preocupación las estrategias de penetración “agresivas” en los mercados en virtud de las cuales un contribuyente, con el fin de afianzar su cuota de mercado, comienza a facturar sus productos, de manera temporal, a precios inferiores a los que cobran empresas independientes en situaciones comparables, o bien, realiza unos costes significativos, por ejemplo a través de campañas publicitarias, que le hace obtener márgenes de beneficio ostensiblemente menores a los de empresas independientes competidoras. Expuesto de esta forma el asunto podría parecer que estamos ante un problema que debería depurarse con las normas internas que tutelan la libre competencia. Sin embargo, el nudo gordiano radica en que dicha estrategia puede estar ocultando una práctica BEPS. La manera de poder atajarlo es francamente difícil a la par

---

<sup>258</sup> Cfr. Párr. 1.114.

que delicada porque las Administraciones tributarias se hallan ante asimetrías de información de este tipo de estrategias y su verdadera sustancia económica.

Los tres elementos que deben justificar tal estrategia deben ser la temporalidad, la coordinación y la existencia de beneficios futuros. Imaginemos un caso en el que una sociedad fabricante de un fármaco lo vende a su filial distribuidora a un precio inferior al de mercado para conseguir que la segunda penetre en el nuevo mercado. El ahorro del distribuidor debería verse reflejado en el precio que éste factura a los clientes externos en el mercado, es decir, que ha de ser coherente y coordinarse la rebaja inicial de la operación vinculada de compra del fármaco con la posterior rebaja en la venta a terceros en dicho mercado. Todo ello, de una manera temporal, de tal forma que cuando la empresa distribuidora se halla asentado en el mercado y haya acrecentado sus beneficios, los precios de facturación con la sociedad fabricante deben volver al marco *at arm's length*.

En este sentido, la conducta real de las partes será nuevamente importante. Las Administraciones tributarias, antes de practicar el ajuste de precios de transferencia, deben analizar si el contribuyente ha seguido o no la estrategia y si ha sido coherente con ella. En caso contrario, el ajuste podría estar justificado. Las DPT son estrictas en este punto y no pasan por alto la posibilidad de que se enmascare bajo estrategias empresariales de penetración en un mercado realizando sustanciosos costes de publicidad una erosión de la base imponible si la estrategia no tiene visos de factibilidad. La apreciación corre el riesgo de caer en la subjetividad. Hubiese sido más indicado que las DPT hubieren supeditado el ajuste a la irracionalidad comercial de la propuesta<sup>259</sup>. Igualmente, si la estrategia de penetración está siendo un fracaso y no produce un aumento de beneficios en el tiempo y pese a ello sigue siendo empleada por el contribuyente, el ajuste fiscal vuelve a estar justificado. Las Administraciones tributarias deberán cotejar si un tercero en condiciones de libre mercado hubiese estado dispuesto a asumir una estrategia en tal sentido para obtener una potencial rentabilidad superior en el futuro.

---

<sup>259</sup> Las DPT en su párr. 1.118 hablan sobre la expectativa razonable de obtener ingresos suficientes que justifiquen los costes incurridos con dicha estrategia.

#### **4. LA PREVALENCIA DE LA SUSTANCIA ECONÓMICA SOBRE LA FORMA JURÍDICA COMO EJE VERTEBRADOR DE LA DEFINICIÓN PRECISA DE LAS OPERACIONES VINCULADAS CON INTANGIBLES: *AT ARM'S LENGTH, ¿QUO VADIS?***

El análisis de precios de transferencia ha ido evolucionando desde un enfoque meramente formalista, en el cual la operación vinculada se analizaba según la forma y los términos contractuales que las partes habían estipulado (*as-structured principle*), hacia uno basado en la predominancia de la sustancia sobre la forma. Los desajustes entre lugar de tributación y el de creación de valor fruto de estrategias de planificación fiscal internacional que combinaban operaciones con intangibles han sido los que han acelerado el proceso de apuesta total por la sustancia en el seno de la OCDE. El ejercicio de definición precisa de la operación vinculada se ha convertido en sinónimo de buscar la sustancia económica subyacente; sin embargo, el enfoque post-BEPS de las DPT parece ir un poco más allá y se atreve a crear artificialmente la sustancia cuando el análisis de sustancia sobre la forma no arroja el resultado apriorísticamente querido por la OCDE. Ello es consecuencia del objetivo implícito tras la nueva articulación del Capítulo VI de las DPT dimanadas de las Acciones 8-10 del Plan BEPS tendente a contrarrestar la erosión de bases imponibles en las jurisdicciones de creación de las rentas y su consiguiente traslado artificial a jurisdicciones en las que radican sociedades del grupo que almacenan toda la propiedad de los activos intangibles del grupo y cuentan con una alta solvencia financiera fruto de su capitalización.

Siempre está latente el debate sobre si el campo de los precios de transferencia está ligado a la ciencia jurídica o a la económica. Ciertamente, la conexión es doble y lo que cabría cuestionarse es con cuál de las dos ramas tiene una mayor relación. Conforme ha ido evolucionando el contexto internacional de los precios de transferencia, el aspecto legal ha ido ganando terreno al económico, el cual parece haberse quedado reservado para la aplicación de los variados métodos de valoración que prevén las DPT. Cuanto mayor sea la apuesta por la sustancia económica, paradójicamente, el recurso a la ciencia jurídico-tributaría será mayor. Sostenemos que el requisito de sustancia que buscan las DPT es el de la verdadera realidad económica que hay tras el acuerdo formal de las partes vinculadas; sin embargo, previamente se ha de detectar la verdadera sustancia jurídica (*legal substance*). De esta manera, hallar la sustancia jurídica es una *conditio sine qua non* para encontrar la

sustancia económica, convirtiéndose en un instrumento imprescindible para la doctrina que predica la OCDE<sup>260</sup>.

Mientras que la sustancia jurídica pretende desvelar la verdadera delimitación jurídica de la operación conforme se manifiesta a través de la conducta de las partes, la sustancia económica utiliza esos resultados para descubrir el modo en que se manifiestan en la cadena de valor del grupo multinacional. Compartimos la sistematización que realiza MONSENEGO<sup>261</sup> sobre el requisito de sustancia que demanda la OCDE. Éste tiene un significado doble. Por una parte, aplicando el principio de sustancia sobre la forma (*substance-over-form principle*), cuando la forma jurídica y la sustancia real de la operación difieren, prevalecerá la verdadera sustancia. Para encontrar esa sustancia las Administraciones tributarias deberán fijarse en la verdadera conducta de las partes, pudiendo ignorar los acuerdos contractuales existentes. Es un simple estudio empírico de la realidad. Como ya tuvimos ocasión de señalar, los términos contractuales han perdido importancia pese a que las DPT los siguen considerando el punto de partida, pero ello no obsta a que la verdadera conducta de las partes los reduzca a la nada cuando no estén alineados con ella. Por otra, cuando se realiza el análisis funcional para determinar las funciones, activos y riesgos. Estos elementos han de tener sustancia suficiente para las partes que las realicen, posean o asuman, respectivamente. Todo ello para lograr descubrir la verdadera sustancia económica y así cohesionar sustancia (creación de valor) con lugar de tributación.

La búsqueda de la sustancia económica para definir con precisión la operación vinculada a través del análisis funcional no debe confundirse con las teorías de sustancia sobre la forma que se hallan en las normas anti-abuso que habilita legalmente a las Administraciones tributarias a denegar la aplicación de ventajas fiscales cuando la motivación fiscal es la tónica predominante en la operación y carece a la misma vez de un propósito empresarial independiente (sin sustancia comercial)<sup>262</sup>. La confusión puede venir

---

<sup>260</sup> En una línea parecida se encuentra el profesor WILKIE, el cual, tras negar que la búsqueda de la sustancia responda a teorías de levantamiento del velo, recharacterización o aplicación de normas anti-abuso, afirma que *“it is much more closely associated with a thorough, penetrating and, in legal theory terms, enlightened inquiry into the “legal substance” of internal MNE arrangements despite how they are configured even though it is too frequently mislabeled as an economic substance or recharacterization analysis”*. Cfr. WILKIE, J.S., “Transfer pricing aspects of intangibles: the license model”, *op. cit.*, pp. 80-81. Su enfoque, en esencia, no está tan alejado del nuestro, puesto que su concepción fusiona sustancia jurídica y económica bajo la primera, y nosotros concebimos a la primera como un instrumento de la segunda. Ambos compartimos la importancia del análisis sustancial legal en la aplicación contemporánea de los precios de transferencia.

<sup>261</sup> Cfr. MONSENEGO, J., *Introduction to transfer pricing*, *op. cit.*, pp. 116-117.

<sup>262</sup> Cfr. MONSENEGO, J., “The substance requirement in the OECD Transfer Pricing Guidelines: what is the substance of the substance requirement?”, *op. cit.*, p. 10.

porque en ambas esferas se busca atajar conductas de elusión fiscal. De una forma expresa en las normas anti-abuso, y de una manera indirecta con la configuración del análisis funcional de las DPT. Pero, reiteramos que se trata de conceptos diferentes. A efectos de precios de transferencia, la prevalencia de la sustancia sobre la forma es un ejercicio de definición precisa de la operación. Tiene un enfoque puramente casuístico para detectar la sustancia o, dicho de otra manera, la creación de valor en la cadena del grupo empresarial. De esta forma, en las operaciones entre empresas del mismo grupo que involucren a intangibles, si el propietario legal del activo no realiza ni controla ninguna de las funciones DEMPE, no aporta todos los activos y la financiación necesaria para realizar dichas funciones y no asume todos los riesgos relacionados con las mismas, no tendrá derecho a acumular la totalidad del beneficio residual que dimane de la explotación del intangible por el grupo empresarial. La sustancia se convierte artificialmente en la clave de bóveda de la aplicación del principio *at arm's length*, cuando no era un elemento que formara parte de él originariamente.

El análisis funcional, como herramienta clave en el ejercicio de delimitación exacta de la operación vinculada que afecte a intangibles, sigue la filosofía del AOA para buscar la justa asignación de rentas entre las empresas del grupo multinacional que con sus funciones han contribuido a la creación de riqueza sobre el intangible. Dentro de las funciones DEMPE existen una serie de funciones significativas que deben ser remuneradas a las empresas del grupo que las realicen o controlen. La realización de dichas funciones requiere de personal experto y capacitado, con lo cual, allí donde radique la plantilla especializada se atribuirá parte del beneficio residual. Como ya mencionamos, el enfoque de propiedad económica está latente en las actuales DPT. Las DPT abogan por la compensación *at arm's length* por parte del propietario legal del intangible a las entidades propietarias económicas. Con la aportación de activos para cualquiera de las funciones DEMPE, el enfoque de la propiedad económica sigue siendo aplicable. Igualmente, la aportación de fondos para el desarrollo de un intangible no legitima a la entidad inversora a percibir la totalidad de los beneficios residuales, sino que deberá repartir por vía de compensaciones *at arm's length* dichos frutos con las entidades del grupo que hayan participado en la creación de valor, de tal forma que ella sólo retenga una remuneración por el riesgo financiero que ha asumido. En cuanto a los riesgos, el enfoque de la AOA y la prevalencia de las SPF vuelven a revelarse como piedra de toque. La sustancia sobre los riesgos se logrará cuando la entidad vinculada que asuma contractualmente el riesgo tenga el control sobre el mismo y la capacidad financiera para

hacer frente a su cristalización. Ostentar el control sobre el riesgo se configura en las DPT bajo un nuevo elenco de funciones, de tal manera que aquella entidad que las practique con su personal será en la que se relocalice el riesgo a efectos de precios de transferencia.

La OCDE ha configurado, presumiblemente inintencionadamente, a las funciones como criterios de atribución de rentas. Las funciones junto al personal que las practica llevan aparejados una serie de activos y riesgos. Se trata de verdaderos puntos de conexión fiscal que se alinean claramente con el principio de capacidad económica (*ability-to-pay principle*), puesto que en aquellas sociedades del grupo multinacional en las que se manifieste la creación de riqueza (capacidad económica suficiente) con la realización de funciones sustanciales para la cadena de valor, las Administraciones tributarias del Estado de residencia de estas sociedades podrán imputar rentas (objeto imponible). El ALS se convierte en un instrumento para repartir dentro de un grupo multinacional los beneficios residuales de la explotación de intangibles, aprovechando la fase de delimitación precisa de la operación con el análisis funcional de forma subjetiva, ya que la sustancia económica no será aquella que verdaderamente se ponga de manifiesto, sino que deberá ser la que la OCDE ha configurado excusándose en la aplicación contemporánea del ALS para luchar contra las estructuras de *IP holdings* y *cash-boxes*.

Como ha señalado el profesor GARCÍA PRATS<sup>263</sup>, con el actual panorama da la sensación de que van a existir dos planos distintos que no tienen necesariamente por qué coincidir: uno relativo a la realidad vinculada a la propiedad legal de los intangibles y otro a la realidad que se predique de la propiedad económica de los intangibles. Con mayor notoriedad se dará esta dualidad de planos si la teórica aplicación que la OCDE realiza del ALS está fuera del ámbito de aplicación de lo que verdaderamente ocurre en operaciones comparables en el libre mercado, tal y como hemos tenido ocasión de exponer a lo largo de este capítulo.

En un sentido metafórico podríamos decir que el ALS de la era post-BEPS es el alma del análisis funcional. El análisis funcional es un cuerpo inerte que se activa con lo que actualmente dice el ALS para actuar como reparto, teóricamente equitativo, de los beneficios entre las empresas asociadas en operaciones que involucran intangibles en función del grado

---

<sup>263</sup> Cfr. GARCÍA PRATS, A., “Recaracterización de operaciones y normas antiabuso”, en CARMONA FERNÁNDEZ, N. (Dir.), *Nuevo régimen fiscal de las operaciones vinculadas. Valoración, documentación y supuestos prácticos*, Wolters Kluwer, Madrid, 2016, p. 638.

de sustancia demostrado por cada una de ellas. Esa sustancia se verifica a través de la realización y/o control de funciones. El mayor problema que desencadenará todo este nuevo enfoque sustancialista anclado en elementos funcionales es el de la subjetividad a la hora de aplicarse. Las Administraciones tributarias pueden sentirse libres para justificar un ajuste en las bases imponibles de sociedades filiales de un grupo multinacional sosteniendo que la filial practica una determinada función o controla un riesgo determinado. Automáticamente, en función del nivel de sustancia, la renta que se le debería remunerar por la sociedad del grupo que tenga la titularidad del intangible del que dimanen los beneficios para el grupo será atribuida a la sociedad vinculada. La línea entre interpretar una función como significativa o no, o dónde radican las aptitudes mínimas para que el personal de una empresa cuente con la competencia para tomar decisiones de control sobre un riesgo, por ejemplo, es demasiado fina. ¿Qué va a suceder cuando la plantilla de trabajadores sea desplazable periódicamente entre las sociedades del grupo, por ejemplo, cada mes? ¿Qué reparto de beneficios se hará cuando la jurisdicción en la que radica un centro de I+D no tiene el control del riesgo operativo de su actividad? Son múltiples los interrogantes. La OCDE ha lanzado su propuesta dando ejemplos para ciertos casos, pero la realidad comercial los va a superar en demasiadas ocasiones. Esto será un caldo de cultivo idóneo para que las autoridades fiscales se auto-entiendan legitimadas para exigir la tributación de parte de los beneficios residuales en su territorio.

Ya hemos tenido ocasión de adelantar los efectos más notorios de este problema de subjetividad. En primer lugar, la posible respuesta paradójica de las EMNs relocalizando las funciones y plantillas de trabajadores encargados de funciones DEMPE en las sociedades del grupo consideradas “*IP holding*” y “*cash-boxes*”, para así relocalizar nuevamente los beneficios residuales en aquellas sociedades. Por el momento la OCDE no exige una sustancia basada en criterios cuantitativos, como por ejemplo un número de personal, por lo que cumpliendo un mínimo de sustancia, la política de precios de transferencia debería ser respetada por las Administraciones tributarias. En segundo lugar, el aumento de la inseguridad jurídica de los contribuyentes junto al de las disputas tributarias transfronterizas derivadas de los escenarios de doble imposición. Posiblemente, en vistas de la potencial litigiosidad que pueda desencadenar la política de precios de transferencia de una EMN, prefieran someterse a APAs o *tax rulings* para pactar con las Administraciones tributarias los resultados y el reparto de bases imponibles. Quedará por ver qué actitud muestran las Administraciones tributarias nacionales en las negociaciones, si la de seguir fielmente el

nuevo enfoque sustancialista post-BEPS de las DPT o abogar por una mayor flexibilidad que contente a las EMNs.

La prevalencia de la sustancia económica sobre la forma en caso de diferencias entre ambas se ha adelantado a una fase previa respecto a lo que venía aconteciendo en las DPT de la era pre-BEPS. Antes se configuraba como un supuesto de ignorancia y consiguiente recaracterización de la operación para las Administraciones tributarias<sup>264</sup>. Actualmente es un elemento vertebrador del análisis de definición precisa de la operación vinculada dentro del análisis de comparabilidad. Con mayor vehemencia, si cabe, para el caso de las operaciones con intangibles, puesto que de los predicados del Capítulo VI hemos demostrado que no vale cualquier tipo de sustancia para justificar el reparto *at arm's length* de los beneficios dentro de una EMN. Para recaracterizar una operación vinculada actualmente ya solo queda el supuesto de irracionalidad comercial<sup>265</sup>. Como se verá más adelante, para recaracterizar una operación debería declararse previamente su carácter abusivo mediante normas anti-abuso domésticas o existir cobertura de una norma doméstica que expresamente permita a la Administración tributaria la realización de ese ajuste transaccional en tales circunstancias. Por lo tanto, el nuevo enfoque post-BEPS de las DPT sortean este requisito previo y abren la puerta a lo que antes se llamaban recaracterizaciones pero ahora se camuflan como ajustes necesarios para delimitar con exactitud la operación. Un ejemplo flagrante se observa en el análisis de riesgos cuando se permite a las Administraciones tributarias relocalizar un riesgo, pese a que la asunción contractual coincida con la asunción real derivada de la conducta de las partes, en aquella entidad que controla el riesgo, es decir, aquella que cuenta con el personal capacitado para la toma de decisiones (*decision-making*).

Por último, todo lo relatado en este capítulo nos confirma que se ha utilizado la parcela de los precios de transferencia y el principio *at arm's length* para luchar contra los mayores problemas que suscitan las prácticas BEPS por las grandes multinacionales. Era obvio y claro que aplicando el ALS tal y como ha venido siendo aplicado desde sus orígenes con arreglo a las teorías económicas y del libre mercado no se podría combatir estas prácticas. Por ello, la OCDE le ha dado un nuevo enfoque que nos resulta preocupante, especialmente a la hora de aplicarse a operaciones vinculadas con activos intangibles. No refleja fielmente las condiciones del mercado ni la conducta que realizan las empresas

---

<sup>264</sup> Cfr. Párr. 1.65 DPT 2010.

<sup>265</sup> Cfr. Párr. 1.122.

independientes. Es un enfoque que lo aleja de su esencia y lo acerca a métodos de distribución formularia que predefinen el reparto de rentas en atención a variables como funciones, costes, riesgos, etc. Esto es lo que llamamos una mutación del principio *at arm's length*.

## CAPÍTULO III

### LA RECARACTERIZACIÓN DE OPERACIONES VINCULADAS CON ACTIVOS INTANGIBLES POR MOTIVO DE IRRACIONALIDAD COMERCIAL

#### 1. PLANTEAMIENTO: RECARACTERIZACIÓN DE LA TRANSACCIÓN PREVIAMENTE DELIMITADA CON PRECISIÓN

Una vez que la operación entre empresas asociadas haya sido definida con total precisión gracias a los denominados marcos analíticos troncal<sup>266</sup> y, en supuestos que involucren activos intangibles, complementario<sup>267</sup>, existe la posibilidad de que las Administraciones tributarias todavía no hayan podido establecer un precio o un reparto de los beneficios entre las entidades del grupo conforme al ALP. El problema radicaría en que las condiciones de la operación, tal cual ha quedado delimitada (*as-delineated principle*) partiendo de la estructuración (*as-structured principle*) que las partes hayan realizado, son de una naturaleza anómala de acuerdo con el principio de plena competencia. Esa anomalía responde en la actualidad a un motivo de irracionalidad de la operación desde una perspectiva comercial. Por ello, se hace necesario recurrir a la reconstrucción de esas condiciones. Genéricamente, esto es lo que se denomina como la recaracterización de la transacción.

La recaracterización, entendida como un ajuste transaccional, es un instrumento para solventar sin fisuras una aplicación solvente del ALP que la OCDE ofrece a las Administraciones tributarias. Su regulación se halla en la sección D.2 del Capítulo I DPT bajo el título “reconocimiento de la operación definida con precisión” (*recognition of the accurately delineated transaction*), siendo aplicable a otros supuestos particulares como operaciones que involucran intangibles<sup>268</sup>, acuerdos de reparto de costes<sup>269</sup> y reestructuraciones empresariales, si bien para las últimas se ha ofrecido un régimen más específico y adaptado a las características de estas operaciones<sup>270</sup>. En esencia, su *leitmotiv* es contrarrestar el hecho de que las características estructurales de la transacción difieren de

---

<sup>266</sup> Cfr. Sección D.1, Capítulo I.

<sup>267</sup> Cfr. Sección B, Capítulo VI.

<sup>268</sup> Cfr. Párr. 6.114.

<sup>269</sup> Cfr. 8.40.

<sup>270</sup> Cfr. 9.34-9.38.

la predicable racionalidad comercial que tienen las operaciones regidas por las condiciones efectivas del mercado fruto de la unión asociativa que existe en las relaciones comerciales y financieras entre las partes vinculadas<sup>271</sup>.

Como ya se ha mencionado en el capítulo correspondiente, el análisis de comparabilidad es el ejercicio más importante a la hora de fijar un precio en consonancia con las exigencias del libre mercado. Dentro del mismo, se debe realizar una definición exacta de la transacción intragrupo y cómo influyen las relaciones comerciales y financieras que las unen a la hora de estructurar y fijar un precio para tal operación. Cuando el resultado sigue siendo indeseado, debe proceder la realización de un ajuste transaccional o estructural, o bien un ajuste valorativo.

Por ajustes transaccionales entendemos aquellas modificaciones practicadas por las autoridades tributarias en las condiciones de la operación vinculada tal y como quedó estructurada por las partes asociadas conforme al Derecho privado<sup>272</sup>. En función del alcance menor o mayor que tenga el ajuste sobre las condiciones de la transacción, podemos apreciar los siguientes tres tipos de ajustes. En primer lugar, los ajustes de comparabilidad, recogidos en la sección A.6 del Capítulo III DPT<sup>273</sup>. Se trata de los ajustes transaccionales menos invasivos que tienen por objeto ajustar la operación con la mayor precisión y fiabilidad posible a otras operaciones comparables. La comparabilidad requiere que ninguna de las posibles diferencias existentes entre las transacciones objeto de comparación puedan influir significativamente en la fiabilidad de los resultados. Ha de tratarse de leves ajustes, como por ejemplo ajustes por inventarios, adecuación de los sistemas contables entre las empresas comparadas, etc. De lo contrario, sería un indicativo de que no existe un comparable adecuado para la operación y quizá procedería un ajuste de la operación más severo. En segundo lugar, podemos hablar de ajustes ínsitos en la definición precisa de la operación, en donde a lo largo del ejercicio de ese proceso, tal cual hemos relatado en el anterior capítulo, las DPT habilitan a las autoridades tributarias a ajustar la atribución de beneficios por la vía de relocalizar en empresas del grupo que cuentan con sustancia económica las funciones,

---

<sup>271</sup> Cfr. LIAUGMINAITE, G., “Recognition of the actual transactions undertaken”, *International Transfer Pricing Journal*, vol. 17, núm. 2, 2010, p. 121.

<sup>272</sup> Cfr. NAVARRO IBARROLA, A., *Transactional adjustments in transfer pricing*, vol. 40, IBFD Doctoral Series, IBFD, Amsterdam, 2017, p. 50; WITTENDORFF, J. “The transactional ghost of Article 9(1) of the OECD Model”, *op. cit.*, p. 115.

<sup>273</sup> En las DPT se permite el recurso a estos ajustes de comparabilidad para los estudios de las economías de localización y características de mercados locales, así como en la plantilla de trabajadores reunida y las sinergias internas del grupo multinacional. *Vid.* Párr. 1.142 y 1.143; 1.144-1.146; 1.153; 1.163.

activos y riesgos. Finalmente, en tercer lugar, nos encontraríamos con los ajustes transaccionales más importantes que podemos denominar ajustes derivados de la recaracterización de las condiciones de una operación, amparado en el párr. 1.122 DPT y en versiones anteriores -*vid.* 1995 y 2010- en los párrafos 1.64 y 1.65.

Por su parte, los ajustes valorativos son aquellos que única y exclusivamente afectan al precio fijado en la transacción, al margen bruto o neto que se deriva de la transacción o a la cuantía de beneficios atribuida individualmente a cada empresa del grupo. Por ejemplo, podrían darse estos ajustes como consecuencia del empleo de un método de valoración distinto al que las partes utilizaron inicialmente y que se adecua mejor para cumplir con el objetivo de obtener, dentro de un rango de valores, un precio *at arm's length*. A este ajuste, en aplicación del art. 9.1 MC OCDE, se le conoce como primario y no es más que una simple corrección de la cuantía que el contribuyente ha imputado inicialmente en la base imponible del impuesto sobre beneficios empresariales para ajustarlo al precio que empresas independientes pactarían para una transacción sustancialmente idéntica. Con posterioridad, en aplicación del Convenio fiscal aplicable, tal y como recoge el art. 9.2 MC OCDE, la autoridad tributaria del otro Estado contratante en el que reside la otra parte vinculada de la operación deberá proceder a realizar el pertinente ajuste para evitar la aparición de una situación de doble imposición económica. A este ajuste *ex art.* 9.2 MC OCDE se le llama ajuste correspondiente o correlativo.

Los ajustes transaccionales y valorativos no son inexorablemente compartimentos estancos. Los ajustes valorativos pueden existir sin necesidad de la realización previa de un ajuste en las condiciones de la operación vinculada. Un ejemplo claro de ello se produce cuando la Administración tributaria competente rechaza el método de valoración del precio libre comparable y lo sustituye por uno de reparto del beneficio para determinar la atribución *at arm's length* de rentas a cada una de las entidades asociadas involucradas en una operación. Sin embargo, no se puede sostener la misma afirmación respecto a los ajustes transaccionales. Todo ajuste que afecte a las condiciones, términos o estructura de una transacción va a acarrear un resultado en la valoración diferente al inicial aportado por las partes<sup>274</sup>. En consecuencia, si para obtener un precio de una operación o un reparto de beneficios conforme al ALP es necesario ajustar las condiciones de una operación, bien

---

<sup>274</sup> Cfr. en el mismo sentido, NAVARRO IBARROLA, A., *Transactional adjustments in transfer pricing*, *op. cit.*, p. 52.

realizando un ajuste en la comparabilidad, realizando ajustes dentro del análisis funcional o ignorando y sustituyendo la transacción, indiscutiblemente se acabará obteniendo una valoración diferente a la original. Por lo tanto, todo ajuste transaccional derivará en un ajuste valorativo.

Los ajustes en las condiciones de la operación son una parcela muy delicada puesto que provocan situaciones de doble imposición al ser practicados unilateralmente por las autoridades tributarias de un Estado. Quizá el problema radique en que el art. 9 del MC OCDE y los Comentarios al mismo no contemplan dentro del ALP la realización de ajustes en la estructura de una operación (salvo en los casos de subcapitalización), sino únicamente ajustes o correcciones valorativas con el fin de repartir las rentas equitativamente entre los países implicados<sup>275</sup>. El mandato *at arm's length* no se adentra en contradecir la estructura de una operación. Por todos es sabido que el *as-structured principle* ha sido -y estimamos que lo seguirá siendo en su evolución al *as-delineated principle*- la regla general que limita los ajustes transaccionales como la recharacterización. Las DPT parten en el análisis de comparabilidad de la operación realizada por las partes. De ahí el carácter excepcional que siempre ha dado la OCDE al rechazo o ignorancia de operaciones. Sin embargo, la OCDE ha venido reconociendo en sus DPT la posibilidad de que las Administraciones tributarias practiquen estos ajustes transaccionales en supuestos tasados. Un amplio y autorizado sector de la doctrina niega que estos ajustes se hallen amparados por el art. 9 MC OCDE<sup>276</sup> y siguen

---

<sup>275</sup> Como señala el profesor GARCÍA PRATS en su estudio sobre el art. 9, “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 de dichos Estados”, concluyendo que los convenios únicamente son la base habilitante para realizar ajustes siempre que en el ordenamiento jurídico interno se permita la realización de esos ajustes. Cfr. GARCÍA PRATS, F.A., “Tributación de las rentas empresariales: rentas asociadas en los Convenios de Doble Imposición”, en SERRANO ANTON, F. (Dir.), *Fiscalidad Internacional*, vol. I, 6ª ed., CEF, Madrid, 2015, p. 562.

<sup>276</sup> Como referente en la defensa de esta línea doctrinal destaca WITTENDORFF el cual estima que los ajustes transaccionales nacen de normas tributarias domésticas, como por ejemplo normas anti-abuso, o incluso de doctrinas jurisprudenciales como la de sustancia sobre la forma (*substance-over-form*), sustancia económica (*economic substance*) o del motivo económico válido (*business purpose*). De ninguna de las maneras estos ajustes se hallan cubiertos por el art. 9 MC OCDE (Cfr. WITTENDORFF, J. “The transactional ghost of Article 9(1) of the OECD Model”, *op. cit.*, p. 115). En la misma línea BULLEN, A., *Arm's length transaction structures. Recognizing and restructuring controlled transactions in transfer pricing*, IBFD Doctoral Series, Amsterdam, 2011, pp. 231-232; GARCÍA PRATS, A., “Recharacterización de operaciones y normas antiabuso”, *op. cit.*, pp. 620-621; KOFLER, G., “Article 9. Associated enterprises”, *op. cit.*, p. 664; PANKIV, M., “Post BEPS application of the arm's length principle to intangible structures”, *op. cit.*, p. 474. Por su parte, NAVARRO IBARROLA aboga por sostener que el citado artículo permite la realización de ajustes transaccionales siempre que estos respeten el ALP partiendo de la premisa de que un ajuste transaccional desemboca en un ajuste primario. (Cfr. NAVARRO IBARROLA, A., *Transactional adjustments in transfer pricing*, *op. cit.*, pp. 89-91). Como hemos manifestado anteriormente, también entendemos que un ajuste transaccional deriva en uno de índole valorativa; sin embargo, esto no desvirtúa el dato objetivo de que el tenor literal del art. 9 MC OCDE, así como sus Comentarios que contienen las raíces del ALP no contemplan la práctica de ajustes sobre las condiciones de la operación, salvo en supuestos de *thin capitalization*, sino que

siendo múltiples los casos en los que estos ajustes realizados por Administraciones tributarias siguen siendo rechazados por los tribunales<sup>277</sup>. En todo caso, como tendremos ocasión de estudiar en el próximo capítulo, estos ajustes transaccionales deberían estar cubiertos por normas anti-abuso domésticas para solventar con eficacia esos supuestos de elusión fiscal.

Actualmente, la potestad de recaracterización de operaciones intragrupo viene reconocida en el párr. 1.122 DPT. En él se expone que “la operación definida con precisión puede ignorarse y, en su caso, sustituirse por otra operación alternativa cuando los acuerdos alcanzados en relación con la operación, considerados en su totalidad, difieren de los que habrían adoptado empresas independientes comportándose con lógica comercial en circunstancias comparables, impidiendo así que se determine un precio aceptable para ambas partes teniendo en cuenta las perspectivas y las opciones realmente disponibles de cada una de ellas”.

El *as-structured principle* ha acentuado históricamente que del mandato *at arm's length* del art. 9 MC OCDE emana una regla general en virtud de la cual las Administraciones tributarias deben respetar la estructura o forma jurídica de las operaciones intragrupo tal y como las partes hayan pactado. Sin embargo, en supuestos tasados y excepcionales se ha permitido en las DPT la facultad de ignorar y/o sustituir una operación<sup>278</sup>; dicho de otra forma, recaracterizarlas. En la actualidad, parece que este principio cohabita con uno de reciente creación que podríamos denominar como *as-delineated principle*. El mencionado párr. 1.122 DPT se inicia con el siguiente tenor: “en esta sección se describen las circunstancias en las que la operación entre partes tal y como ha sido definida con precisión puede ser ignorada a efectos de precios de transferencia”. En él puede verse que lo que se recaracterizará en las DPT herederas del enfoque post-BEPS es la operación intragrupo que previamente ha sido delimitada con exactitud, en los términos que relatamos en el precedente capítulo de este trabajo. No se trata de recaracterizar esencialmente la operación tal y como ha sido construida por las partes, sino que la

---

han sido una creación de las DPT desde el primigenio Informe de 1979 hasta la actualidad y que, en consecuencia, requieren para su práctica cobertura legislativa doméstica.

<sup>277</sup> En tal sentido BULLEN recopila en su investigación un amplio elenco de casos, entre los que destacamos, en Francia: *SA Andritz*, nº 233,894; en Noruega: *Statoil Angola*, RT 2007/1025; en Suecia: *Findus*, RA 1979 1:98; y, en Estados Unidos: *Bausch & Lomb, Inc. v. Commissioner*, 933 F.2d 1084, *Claymont v. Commissioner*, 90 TCM (CCH) 462 (2005). Cfr. BULLEN, A., *Arm's length transaction structures. Recognizing and restructuring controlled transactions in transfer pricing*, op. cit., p. 732.

<sup>278</sup> Sobre un análisis histórico y analítico de este principio, vid. BULLEN, A., *ult. op. cit.*, pp. 83-133.

recharacterización se produce sobre la transacción definida con precisión cuando se detecta que la misma carece de la lógica comercial de operaciones comparables en el libre mercado. *A priori*, este razonamiento puede parecer contradictorio con la tesis de la cohabitación que hemos manifestado; sin embargo, ha de recordarse que todo ejercicio de delimitación precisa de una operación, siguiendo el régimen general de la sección D.1 del Capítulo I DPT, se inicia siempre en los términos contractuales establecidos por las partes. Es decir, parte de la estructura y forma jurídica que los actores han dado a la operación. Además, en el inciso “los acuerdos alcanzados en relación con la operación” se manifiesta nuevamente la estructura acordada como punto de partida. Por lo tanto, todo ejercicio de delimitación precisa de la operación (*as-delineated principle*) ha partido y puede ser que sea equivalente a la estructura original que las partes dieron a su operación comercial (*as-structured principle*), si las relaciones comerciales o financieras que las unen manifiestan una sustancia económica alineada con la operación real de las partes.

El origen de la recharacterización tiene sus raíces en el *OECD Thin Capitalization Report* de 1987<sup>279</sup>. Este informe reconocía por primera vez que el art. 9 MC OCDE amparaba la recharacterización de operaciones vinculadas de préstamo como aportaciones al capital social de la otra parte contratante. Con anterioridad, en el Informe sobre Precios de Transferencia de 1979 (*OECD Transfer Pricing and Multinational Enterprises Report*)<sup>280</sup>, ya se había reconocido excepcionalmente la facultad de las Administraciones tributarias de ignorar y sustituir operaciones, lo cual podría aplicarse a estos préstamos por suscripciones de capital social; sin embargo, no se mencionaba que tal recharacterización estuviese cubierta por el art. 9 MC OCDE<sup>281</sup>. Como consecuencia del Informe de 1987, aprovechando la actualización del MC OCDE y sus Comentarios en 1992 se introdujo en los Comentarios al art. 9 la recharacterización en estos casos de subcapitalización. Como ya hemos señalado anteriormente, se trata del único tipo de ajuste transaccional que expresamente reconocen los Comentarios al art. 9 dentro del ALP.

La reconfiguración de una operación intragrupo a efectos puramente fiscales ha sido siempre considerada como un ejercicio excepcional en todas las versiones de DPT desde 1979. Esto es algo evidente puesto que se corre el riesgo de que las autoridades tributarias

---

<sup>279</sup> Cfr. KOOMEN, M., “Transfer pricing in a BEPS era: rethinking the arm’s length principle-Part II”, *International Transfer Pricing Journal*, vol. 22, núm. 4, 2015, p. 241.

<sup>280</sup> OCDE, *Transfer Pricing and Multinational Enterprises*, OECD Publishing, Paris, 1979.

<sup>281</sup> *Vid.* WITTENDORFF, J. “The transactional ghost of Article 9(1) of the OECD Model”, *op. cit.*, p. 117 y KOFLER, G., “Article 9. Associated enterprises”, *op. cit.*, pp. 669-672.

recurran a este instituto que desoye la naturaleza jurídico-privada de la transacción bajo la excusa de valorar bajo el principio de plena competencia una operación pese a que existen ajustes menos invasivos como los que hemos sistematizado más arriba. En definitiva, estaríamos ante escenarios de ejercicio arbitrario de esta potestad que desembocaría en un déficit de seguridad jurídica para los contribuyentes y, fundamentalmente, en doble imposición internacional de índole económica que vulneraría la pretendida neutralidad fiscal. La excepcionalidad sigue estando remarcada en la actualidad en el párr. 1.121 DPT e igual de importante es que la inexistencia de una operación comparable no presume la ignorancia y posible recaracterización automática de la transacción intragrupo. Entendemos que ello podría ser uno de los múltiples indicios que las autoridades tributarias deben valorar para recaracterizar o no una operación, pero nunca un factor decisivo porque, por todos es sabido que en el seno de los grupos multinacionales se realizan operaciones muy específicas que responden a una lógica empresarial interna distinta a la que ocurre cuando empresas independientes actúan en el libre mercado.

En el Informe de 1979 sobre precios de transferencia y empresas multinacionales, considerado como las primeras directrices en materia de precios de transferencia, se estableció por primera vez en su párr. 23 la posibilidad de ignorar o sustituir las operaciones vinculadas por otras en circunstancias excepcionales con el fin de ajustar el precio de la operación al marco del mercado independiente. Sin embargo, el texto no desglosaba con más detalle cuáles eran esos supuestos excepcionales que legitimarían una recaracterización<sup>282</sup>. Pese a que este hecho pudiera resultar criticable porque crearía incertidumbre sobre los contribuyentes, tiene una ventaja y es que tácitamente se está dejando en manos de los ordenamientos tributarios internos la configuración de qué supuestos van a ser los que permitan a las autoridades tributarias recaracterizar una transacción. No obstante, la parte negativa sería que en la comunidad internacional podría existir heterogeneidad de criterios entre los Estados, lo que conduciría a recaracterizaciones no reconocidas por otros Estados y, en último término, aumentarían los supuestos de doble imposición internacional.

Con la aprobación de las DPT en su versión de 1995 y la posterior de 2010, la OCDE corrigió el vacío dejado en la versión anterior y detalló dos circunstancias que excepcionalmente legitimaban a las Administraciones tributarias a no reconocer a efectos de

---

<sup>282</sup> Cfr. LIAUGMINAITE, G., G., “Recognition of the actual transactions undertaken”, *op. cit.*, p. 121.

precios de transferencia una operación tal cual ha sido documentada por el contribuyente<sup>283</sup>. Por un lado, cuando la sustancia económica de la transacción es diferente a la forma. Y, por otro lado, cuando coincidiendo sustancia económica y forma, los acuerdos de la transacción, vistos en su totalidad, difieren de aquellos que habrían sido acordados por empresas independientes actuando con lógica comercial y esa estructura impide a la Administración determinar un precio de transferencia *at arm's length*.

Con la llegada del Plan BEPS, la Acción 10 se marcó entre sus objetivos contrarrestar los fenómenos de erosión de bases imponibles y traslado de beneficios a través de operaciones que no ocurren o se dan en muy escasos escenarios entre empresas independientes. En este sentido, se adoptarían medidas especiales en las normas sobre precios de transferencia para clarificar las circunstancias en que las operaciones vinculadas pueden ser recharacterizadas<sup>284</sup>.

Ese mandato ha sido recogido por las DPT aprobadas en 2017. Como puede apreciarse del tenor literal de los párrafos 1.121 a 1.124 más los dos ejemplos clarificadores (párr. 1.126-1.128), únicamente existe un supuesto para legitimar una recharacterización. Se trata del conocido como el supuesto de irracionalidad comercial de la operación. Por su parte, ha desaparecido el motivo basado en la discrepancia entre la sustancia económica y la forma. Como ya señaló BULLEN, posiblemente se deba esta simplificación a que nunca ha existido una línea nítida entre ambos supuestos, es decir, entre la diferencia entre la realidad económica y la comercial de una transacción<sup>285</sup>. Asimismo, el supuesto relativo a divergencia entre sustancia y forma de la operación no ha desaparecido en absoluto del análisis de comparabilidad. Como ya hemos defendido en el anterior capítulo, la búsqueda de la sustancia económica es el eje vertebrador del ejercicio de delimitación precisa de la operación. En este sentido, las DPT permiten realizar ajustes en las condiciones de la operación, como por ejemplo ignorar el reparto contractual de riesgos sobre el desarrollo de activos intangibles cuando la empresa del grupo que asuma tal riesgo *ex contractu* no tenga un control del mismo ni capacidad financiera para hacer frente a su cristalización<sup>286</sup>.

---

<sup>283</sup> Vid. Párr. 1. 36 y ss. DPT 1995 y 1.64 y ss. DPT 2010.

<sup>284</sup> Cfr. OCDE, *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, *op. cit.*, pp. 20-21.

<sup>285</sup> Cfr. BULLEN, *Arm's length transaction structures. Recognizing and restructuring controlled transactions in transfer pricing*, *op. cit.*, p. 371.

<sup>286</sup> Es lo que RUBIO CUADRADO define como ajustes derivados del análisis funcional. Vid. RUBIO CUADRADO, F., "Análisis de comparabilidad", en CORDÓN EZQUERRO, T. (Dir.), *Fiscalidad de los precios de transferencia (operaciones vinculadas)*, 2ª ed., CEF, Madrid, 2016, pp. 370-371.

En el espectro de las operaciones vinculadas que involucran intangibles la recaracterización de la misma puede ser una opción. No obstante, aun siendo pocos los casos que se han dado en tribunales nacionales -porque lo más ágil, en términos de fundamentación jurídica, es corroborar la realización de un ajuste valorativo, por ejemplo en el *royalty* de un intangible previamente transmitido, en vez de un ajuste transaccional-, sí que podemos destacar como uno de los primeros casos el dictado por el Tribunal Supremo danés en 1989<sup>287</sup>. Se trataba de un caso de *sale-and-licence back* de intangibles, en donde una entidad danesa transmitía a su filial suiza unos intangibles que, acto seguido, licenciaba a la danesa para su uso a cambio de un *royalty*. La filial suiza no tenía empleados ni actividad alguna y las actividades comerciales se continuaban realizando en sede de la sociedad danesa. El fallo judicial dicta ignorar la operación intragrupo de venta de intangibles y atribuir las cantidades pagadas en concepto de *royalty* a la sociedad danesa, debiendo tributar en tal Estado. Se trata de una aplicación del principio de sustancia sobre la forma -*substance over form principle*- para ignorar el conjunto de la operación y revertir los flujos de rentas hacia la sociedad danesa para ser sometidos a tributación en territorio danés<sup>288</sup>.

El objeto de este capítulo es describir cuál es el régimen y delimitación del único supuesto que da cobertura a la recaracterización en la era post-BEPS: el motivo de irracionalidad comercial. Para ello, en primer lugar, se acotará el alcance de la expresión “recaracterización”. En segunda instancia, se realizará un breve estudio histórico de la recaracterización a lo largo de la doctrina OCDE, a fin de contrastar el régimen previo al Plan BEPS con el actual post-BEPS. En tercer lugar, se estudiará el contenido del llamado test racionalidad comercial, entroncándolo con las operaciones intragrupo en las que hay involucrados activos intangibles. Finalmente, en cuarto lugar, se desarrollará un estudio sobre las relaciones que existen entre el test de racionalidad comercial a efectos de recaracterización en los precios de transferencia y el test de los motivos económicos válidos o *business purpose test*. En este sentido, se cotejará cuál puede ser el recorrido del concepto “racionalidad comercial” a la hora de recaracterizar operaciones intragrupo dentro de la Unión Europea al ponerlo en conexión con las libertades fundamentales de la UE y la interpretación de la doctrina anti-abuso en perspectiva tributaria del Tribunal de Justicia de la UE (TJUE).

---

<sup>287</sup> Sentencia TfS 1989, 605 H.

<sup>288</sup> Cfr. VISTISEN, E. & OTTOSEN, A. M., “Intangible Property. Denmark”, *Transfer Pricing Forum*, vol. 1, núm. 5, 2010, pp. 26-27.

## 2. LA CUESTIÓN TERMINOLÓGICA: IGNORANCIA (*DISREGARD OR NON- RECOGNITION*), SUSTITUCIÓN (*REPLACEMENT*) Y RECARACTERIZACIÓN (*RECHARACTERIZATION*) DE LA TRANSACCIÓN

El problema terminológico conviene ser aclarado de antemano en todo trabajo de investigación con dos finalidades. Por un lado, para determinar las barreras entre distintos conceptos con el objeto de diseñar la autonomía de cada uno de ellos. Por el otro lado, para homogeneizar la terminología lingüística que se va a emplear en adelante y cuáles son los motivos que conducen a que nos decantemos por la misma.

En materia de precios de transferencia y, especialmente, en el terreno de la recaracterización no existe ni ha existido en las DPT o en la literatura académica un consenso que diera homogeneidad a los fenómenos de ignorancia, sustitución, reestructuración o no reconocimiento de operaciones comerciales intragrupo por las Administraciones tributarias.

Las DPT siempre se han referido a estos ajustes transaccionales como supuestos de ignorancia (*disregard*) y sustitución (*substitution*)<sup>289</sup>. Igualmente, en la actualidad los términos empleados son, alternativamente, el de la facultad de ignorar (*disregard*) o sustituir (*substitution or replacement*)<sup>290</sup>. Sin embargo, en ningún momento histórico la OCDE ha utilizado en las DPT la palabra “recaracterización” (*recharacterization*). Simplemente fue usada en el seno de los trabajos preparatorios de los Informes finales del Plan BEPS en el *Public Draft Discussion* de las Acciones 8, 9 y 10 para la revisión del Capítulo I de las DPT sobre riesgos, recaracterización y medidas especiales<sup>291</sup>. En dicho borrador -párr. 83- se estipula que el término “no reconocimiento” tiene el mismo alcance y significado a efectos de precios de transferencia que recaracterización. De hecho, en las actuales DPT se usa el término “no reconocimiento” de manera indistinta con el de ignorancia o rechazo<sup>292</sup>.

Ignorar o rechazar supone el no reconocimiento de una transacción a los efectos de determinar el precio *at arm's length* por parte de las autoridades tributarias. En función del

---

<sup>289</sup> Vid. Párr. 1.64 DPT 2010.

<sup>290</sup> Vid. Párr. 1.121 y 1.122; y, para las reestructuraciones empresariales párr. 9.35.

<sup>291</sup> OECD, *BEPS Actions 8, 9 and 10: Discussion draft on revisions to chapter I of the Transfer Pricing Guidelines (including risks, recharacterisation and special measures)*, OECD Publishing, París, 2014, disponible en <https://www.oecd.org/ctp/transfer-pricing/discussion-draft-actions-8-9-10-chapter-1-TP-Guidelines-risk-recharacterisation-special-measures.pdf> (último acceso: 2.03.2018).

<sup>292</sup> Por ejemplo, en los párr. 1.122 o 9.36.

grado de ignorancia sobre los términos y condiciones de la operación, podemos distinguir entre un rechazo pleno y parcial<sup>293</sup>. La ignorancia plena supone el completo no reconocimiento de la transacción, de tal forma que a efectos tributarios no habrá existido un recíproco intercambio de bienes y/o servicios entre las partes de tipo oneroso. En definitiva, dicho en otras palabras, la operación jamás habrá tenido lugar desde el foco tributario -por supuesto, sí desde el punto de vista jurídico-privado-. Un ejemplo de este supuesto sería aquel en que la Administración tributaria competente no reconoce una reestructuración empresarial en la que se pretende la centralización de la propiedad intangible en una entidad del grupo, estructurándola mediante una venta de uno o varios intangibles a otra sociedad del grupo<sup>294</sup>. Por su parte, la ignorancia parcial sería aquella en la que no se reconoce un aspecto individual de la operación y que no se sustituye por otra alternativa en consonancia con el objetivo de que finalmente se obtenga un precio *at arm's length*. Se trataría de supuestos en los que se elimina, a efectos tributarios, una parte de la transacción muy particular sin llegar a ser sustituida completamente por otra. Supuestos que participen de esta tipología pueden ser, entre otros, aquellos en los que en una prestación de servicios intragrupo consistentes en servicios de asesoría jurídica, la sociedad prestadora del servicio se compromete a garantizar la plena resolución favorable de los litigios judiciales pendientes y futuros de la entidad beneficiaria del servicio a cambio de una determinada cuantía suplementaria a la financiación de los servicios. Con mucha probabilidad, dada la intrínseca naturaleza civil de obligación de medios y no de resultados que tienen los contratos de prestación de servicios, una garantía de tal tipo en la estructura de la operación intragrupo sería objeto de ignorancia por la Administración tributaria, pero no así el resto de la transacción intragrupo.

Sustituir supone para las autoridades tributarias la necesidad de añadir nuevas estructuras hipotéticas de forma que sea lo más parecido a lo que empresas independientes habrían acordado en una transacción libre. Esa estructura sustitutiva a la que el contribuyente ha documentado a efectos de precios de transferencia debería ser lo más próxima a la realidad comercial de la transacción y que, a la misma par, sea oportuna para acordar el precio en régimen de plena competencia<sup>295</sup>.

---

<sup>293</sup> Cfr. BULLEN, A., *Arm's length transaction structures. Recognizing and restructuring controlled transactions in transfer pricing*, op. cit., p. 219.

<sup>294</sup> Por ejemplo, en el caso *Eli Lilly & Co. v. Commissioner*, 84 TC 996, (1985).

<sup>295</sup> Cfr. Párr. 1.124.

De las anteriores definiciones colegimos que, salvo en los supuestos muy minoritarios de ignorancia parcial, siempre que exista un rechazo o no reconocimiento de una operación vinculada va a existir automáticamente la necesidad de articular una estructura sustitutiva por parte de la Administración tributaria.

Por ello, vamos a utilizar la expresión “recharacterización” para hacer referencia tanto a los supuestos de ignorancia (*disregard or non-recognition*) y sustitución (*substitution or replacement*). Siguiendo la sistematización realizada por WITTENDORFF<sup>296</sup>, podríamos distinguir, por lo tanto, entre una recharacterización plena y parcial. En la primera, el ajuste transaccional afecta de lleno al aspecto formal de la operación, por ejemplo ignorando que el contribuyente haya estructurado su operación vinculada como un préstamo y sustituyéndola por una aportación de capital a la otra parte vinculada. Por su parte, en la recharacterización parcial, la forma jurídica de la operación es respetada, pero se ignoran y/o sustituyen aspectos particulares de la transacción, como por ejemplo que la forma de pago acordada por las partes contratantes en forma de un único pago por la adquisición de derechos de uso sobre intangibles sea ignorada y reemplazada por un pago supeditado al cumplimiento de ciertos aspectos, como puede ser el avance o no en la investigación de un intangible.

### **3. LA RECARACTERIZACIÓN DE LAS OPERACIONES EN LA ERA PRE-BEPS**

El escenario previo a la llegada del Plan BEPS en 2013 se caracterizaba por la proliferación de estrategias de planificación fiscal corporativas que erosionaban y desplazaban artificialmente bases imponibles desde territorios con una mayor presión fiscal a otros de menor o nula tributación. Especialmente, destacaba la utilización de los activos intangibles como denominador común a todos esos esquemas dentro de las grandes cadenas multinacionales. Es evidente que cuando hay unos síntomas -en estos casos el de las prácticas BEPS y la consiguiente pérdida recaudatoria de la mayoría de jurisdicciones fiscales- es porque existe algún tipo de problema. En términos generales, este problema es ampliamente conocido como el de la inadecuación de las normas tributarias nacionales e internacionales a la realidad económica existente. La solución pasa por una actualización del sistema fiscal internacional, posiblemente con medidas más ambiciosas que las que paulatinamente se van

---

<sup>296</sup> WITTENDORFF, J. “The transactional ghost of Article 9(1) of the OECD Model”, *op. cit.*, p. 115.

a ir incorporando a los Convenios fiscales y que propusieron las diferentes Acciones del Plan BEPS.

En materia de precios de transferencia y utilización de activos intangibles parece claro que los problemas pasaban por el enrocamiento en el *as-structured principle* y la atracción de beneficios en aquellas sociedades del grupo que tenían la titularidad jurídica de los intangibles del grupo. Sin embargo, dicho principio que aboga por respetar la forma en que la operación vinculada ha sido documentada y estructurada por las partes nunca ha sido absoluto desde el primer informe en materia de precios de transferencia que publicó la OCDE en 1979. El principal problema ha radicado en que la facultad de recharacterizar operaciones vinculadas no es una cuestión pacífica en la comunidad fiscal internacional. Sobre todo, si partimos de la premisa de que el art. 9 MC OCDE no es un mecanismo de lucha contra la elusión fiscal, sino una norma de reparto equitativo de rentas entre dos Estados. Eso se ha traducido históricamente en una definición imprecisa y vaga de las circunstancias que habilitaban la práctica de una recharacterización a juicio de la OCDE<sup>297</sup>.

Con las primeras Directrices sobre precios de transferencia publicadas en 1979, se comenzó también la inclusión de la recharacterización en su texto. Por lo tanto, desde los mismos orígenes de lo que hoy conocemos como DPT siempre ha existido la regulación de la recharacterización. En el párr. 23 de las DPT 1979 se reconocía la preponderancia del reconocimiento de la operación real tal y como ha sido estructurada por las partes; sin embargo, de forma excepcional se permite a la Administración tributaria competente ignorar o sustituir la operación<sup>298</sup>. Únicamente existía ese reconocimiento genérico para las autoridades tributarias sin entrar a concretar o explicar con mayor precisión cuál es el alcance o qué motivos justificarían la práctica de un ajuste transaccional de este calibre en una transacción intragrupo. El único esbozo de ejemplificación que podría encontrarse es en el Capítulo V del Informe de 1979 dedicado a los préstamos intragrupo. En él se establecía la oportunidad para las Administraciones tributarias de recharacterizar una operación estructurada como un préstamo de capitales en una aportación al capital social por causa de subcapitalización. Sin lugar a dudas esta regulación conforma el germen de lo que

---

<sup>297</sup> Cfr. BULLEN, A., *Arm's length transaction structures. Recognizing and restructuring controlled transactions in transfer pricing*, op. cit., p. 348.

<sup>298</sup> Concretamente, el párr. 23 del OECD Report 1979 establece: “*In general, the approach which is adopted in this report to the adjustment of transfer prices for tax purposes is to recognise the actual transactions as the starting point for the tax assessment and not, in other than exceptional cases, to disregard them or substitute other transactions for them. The aim in short is, for tax purposes, to adjust the price for the actual transaction to an arm's length price*”.

posteriormente sería el reconocimiento de la recaracterización de operaciones vinculadas por motivo de subcapitalización en el *OECD Thin Capitalization Report* de 1987 y, en 1992, su inclusión dentro del art. 9 MC OCDE como único supuesto cubierto por él para justificar una recaracterización de operaciones de préstamo intragrupo.

En 1995 la OCDE, a través del Comité de Asuntos Fiscales, publicó por primera vez un texto conocido específicamente como Directrices aprobado por su Consejo, actualizando el contenido del Informe de 1979 de una manera considerable para hacer frente a los nuevos desafíos fiscales que se iban acumulando en años anteriores como consecuencia del auge de la globalización y las empresas multinacionales. Bajo el título “Identificación de las operaciones realmente efectuadas”, en la Sección C, apartado ii) del Capítulo I de las DPT 1995, que abarca los párr. 1.36 a 1.41, se recoge el tratamiento de la recaracterización, el cual permaneció inalterable en lo sustantivo con la actualización de 2010. Por lo tanto, en todo lo que a la recaracterización nos refiramos concerniente a 1995, también atañe a la regulación de 2010.

Las DPT 1995 parten en su párr. 1.36 del máximo respeto por las autoridades tributarias al *as-structured principle*. Se remarca el carácter excepcional de la ignorancia o sustitución de unas operaciones intragrupo por otras, pues de lo contrario podría convertirse en una actuación administrativa arbitraria que incrementaría los supuestos de doble imposición económica para los contribuyentes. Acto seguido, el párr. 1.37 procede a regular un aspecto vacío en las denominadas DPT 1979; como es el de manifestar qué circunstancias particulares legitiman a las Administraciones tributarias a recaracterizar las operaciones vinculadas.

El primer motivo para recaracterizar surge cuando la sustancia económica de la operación difiere de la forma o estructura jurídica que las partes han dado a la operación. En puridad, este supuesto no resultó una novedad con respecto a la regulación de 1979, porque la potestad de recaracterización aludida en aquel para supuestos de subcapitalización, sustituyendo fiscalmente una operación de préstamo por una de participación en el capital de la otra empresa vinculada, hunde sus raíces en la búsqueda de la sustancia económica más allá de la forma en que se haya estructurado la operación. Además, dado que la mayoría de jurisdicciones utilizan medidas internas anti-abuso y doctrinas jurisprudenciales ambas

basadas en el *substance-over-form principle*<sup>299</sup>, la práctica de recaracterizaciones tras las DPT 1995 no supuso en realidad una novedad, puesto que se trataba de un supuesto excepcional para justificar la recaracterización que estaba latente, pero que simplemente fue expresamente citada en las DPT 1995<sup>300</sup>. De hecho, para corroborar esta tesis, el ejemplo que dan las DPT 1995 para explicar este supuesto es el de una inversión en una empresa asociada estructurando formalmente la operación como un préstamo con devengo de intereses, cuando, en condiciones de plena competencia (*at arm's length*), debido a las circunstancias económicas de la entidad prestataria, la inversión no se articularía de tal forma, sino como una suscripción de capital social. Como puede verse, es un ejemplo que encuentra paralelismo claro con la doctrina de la OCDE al respecto de la lucha contra la subcapitalización, aludida en páginas anteriores.

Sin embargo, sí que supuso una novedad respecto a las DPT 1979 el segundo de los motivos excepcionales que dio cobertura a la recaracterización, puesto que no se encuentra un paralelismo con aquel primigenio informe. Se trata del conocido como supuesto de irracionalidad comercial e impedimento para fijar un precio *at arm's length* en la transacción. Es una circunstancia subsidiaria en su aplicación respecto a la primera, puesto que parte de la condición de que la sustancia económica y la forma de la operación sean coincidentes. Así, cuando los acuerdos de la transacción, valorados en su conjunto, difieran de los que habrían suscrito empresas independientes que actuaran de modo racional desde un punto de vista comercial, impidiéndose que la Administración tributaria determine un precio de transferencia apropiado, las autoridades tributarias estarían legitimadas para recaracterizar la operación con el fin de conseguir siempre un precio *at arm's length*. Deben concurrir a la par los siguientes tres requisitos<sup>301</sup>. En primer lugar, que no haya desequilibrio entre fondo y forma de la operación. En segundo lugar, que las partes no hayan actuado con lógica comercial para llevar a cabo la transacción, existiendo, por lo tanto, alternativas más ventajosas. Y, en tercer lugar, que la Administración carezca de más recursos para fijar un precio *at arm's length*. El ejemplo que ofrecen las DPT 1995 para ilustrar este supuesto es el de una operación intragrupo de venta mediante un pago único por los derechos ilimitados

---

<sup>299</sup> Vid. al respecto, MARÍN BENÍTEZ, G., *La relevancia jurídica de la motivación fiscal: influencia del "business purpose" en el ordenamiento tributario español*, Dykinson, Madrid, 2009, pp. 45-47.

<sup>300</sup> Cfr., en el mismo sentido, WILKIE, J.S., "Canadian transfer pricing rules keep pace with international developments", *The Tax Executive*, vol. 50, núm. 2, 1998, p. 118.

<sup>301</sup> Cfr. HORNER, F.M., "International cooperation and understanding: What's new about the OECD's Transfer Pricing Guidelines", *University of Miami Law Review*, vol. 50, núm. 3, 1996, p. 582, disponible en <https://repository.law.miami.edu/umlr/vol50/iss3/8> (último acceso: 5.03.2018).

sobre la futura propiedad intelectual que resulte de actividades de I+D. En este caso, fondo y forma de la operación coinciden, sin embargo, empresas independientes actuando en el libre mercado -explican las DPT- no estructurarían esta operación como una compraventa de futuros derechos sobre intangibles, sino como un acuerdo permanente de investigación con pagos contingentes.

Si realizamos una comparación entre las DPT de 1979 y las de 1995 -así como las de 2010- en cuanto a la recaracterización observamos interesantes diferencias. La regla genérica de recaracterización contenida en la versión de 1979 era muy vaga e imprecisa. De una lectura holística del propio Informe podía entenderse que la potestad de ignorar y sustituir una operación vinculada cabía, específicamente, para los casos de subcapitalización en donde se pretendía que, en perspectiva puramente fiscal, resultara determinante la verdadera realidad económica de la operación con independencia de la forma jurídica que las partes acordasen. Ese motivo de recaracterización tuvo una gran influencia por lo que no nos resulta extraño que el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE lo incluyera a partir de las DPT como uno de los dos supuestos excepcionales que legitiman una recaracterización.

Desde nuestro punto de vista, sí se puede entender como una ventaja desde la perspectiva de la seguridad jurídica de los contribuyentes, gracias a la parca regulación de 1979, que la recaracterización tenía que venir amparada por un supuesto recogido en una norma de Derecho tributario doméstico. Es decir, ante la laxitud del Informe de 1979 que no mencionó ningún supuesto excepcional que legitimara la recaracterización, los ordenamientos tributarios debían recoger y acotar *ex lege* estos motivos para así garantizar que sus Administraciones tributarias actuaban cubiertas por la legalidad ante la práctica de una recaracterización. La OCDE estaba reconociendo la genérica potestad de las Administraciones tributarias para realizar, excepcionalmente, recaracterizaciones, pero la dejaba huérfana. Quizás, podría haber sido un llamamiento a que los Estados, a través de sus cauces legislativos vinculantes, establecieran esos motivos que habilitaban a la recaracterización.

Con las DPT de 1995 y 2010 se da un paso adelante y ahora son las propias Directrices las que ofrecen qué dos supuestos legitiman la práctica de un ajuste transaccional de tal categoría. Ello acrecienta la incertidumbre que se sigue prolongando hasta nuestros días en varios casos resueltos por Tribunales de Justicia en los que se discute si el art. 9 MC OCDE es *per se* habilitante para practicar una recaracterización por alguno de estos dos

motivos o si necesita además el concurso de una norma tributaria doméstica que permita la práctica del ajuste<sup>302</sup>, como por ejemplo sucede en Australia mediante el *Ruling* TR 2014/6<sup>303</sup> o en la subsección 247(2) de la *Income Tax Act* canadiense<sup>304</sup>.

La consecuencia entre optar por uno u otro enfoque se traduce en el dilema de si las autoridades tributarias deben aplicar, antes de la recharacterización, una norma o doctrina jurisprudencial anti-abuso interna o, por el contrario, la aplicación directa del art. 9 del Convenio fiscal aplicable es suficiente. Desde la óptica de las garantías del contribuyente la cuestión tampoco es baladí, porque si se opta por el primer enfoque la carga probatoria para declarar la transacción abusiva podría corresponder a la Administración tributaria, según sucede en algunos ordenamientos jurídicos con sus normas anti-abuso generales -no así con la mayoría de las normas anti-abuso específicas, como parecen estar configurándose las normas internas sobre precios de transferencia-. Sin embargo, si no se requiere que previamente a la recharacterización la operación vinculada sea declarada abusiva, la Administración tributaria en el seno del procedimiento inspector reestructurará la transacción y liquidará una nueva deuda tributaria. Si el contribuyente no estuviera conforme con tal enfoque del órgano inspector, entonces debería ser él el que recurra administrativa, o incluso, judicialmente el ajuste estructural sufrido.

Como ya hemos manifestado anteriormente, la actualización de 2010 no supuso ningún cambio sustantivo en materia de recharacterización. Únicamente un simple cambio formal en la ubicación del tratamiento en las DPT. Su regulación se incluyó en la sección D.2 del Capítulo cubriendo los párr. 1.64 a 1.69. También merece ser destacado que se incluyese un desarrollo *sui generis* de la recharacterización en los supuestos de reestructuraciones empresariales, dentro de la Parte IV del Capítulo IX DPT, que recogió los resultados del *Discussion Draft on Transfer Pricing Aspects of Business Restructurings* de 2008<sup>305</sup>. Se siguen aplicando los dos supuestos excepcionales del Capítulo I DPT, pero ofrecen más información sobre su aplicación. Por ejemplo, que la motivación fiscal de la

---

<sup>302</sup> Vid. por ejemplo el caso *KHO* 2014:119, de 3 de julio de 2014 resuelto por el Tribunal Administrativo Supremo de Finlandia en la recharacterización de un préstamo intragrupo como una suscripción de capital a efectos fiscales. RAUNIO, M., “Landmark case on the ability of tax authorities to disregard and recharacterize transactions”, *International Transfer Pricing Journal*, vol. 22, núm. 2, 2015.

<sup>303</sup> Disponible en <https://www.ato.gov.au/law/view/document?DocID=TXR/TR20146/NAT/ATO/00001> (último acceso: 6.03.2018).

<sup>304</sup> Disponible en <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/I-3.3/page-265.html#h-158> (último acceso: 6.03.2018).

<sup>305</sup> Disponible en <http://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/41346644.pdf> (último acceso: 6.03.2018).

reestructuración empresarial no es *per se* un motivo válido para recharacterizar<sup>306</sup> o que la operación sustitutiva de la ignorada debe reflejar al máximo los hechos del caso y ser coherente con los cambios funcionales que se han llevado a cabo<sup>307</sup>. Este tratamiento específico se completa con tres ejemplos de recharacterización de reestructuraciones empresariales, uno para la conversión de un distribuidor de pleno riesgo en uno de riesgo limitado, otro para la centralización de activos intangibles en una sociedad instrumental del grupo y, finalmente, otro para la reestructuración de funciones sobre los intangibles.<sup>308</sup>

#### **4. LA RECARACTERIZACIÓN EN LA CONSTRUCCIÓN DEL PLAN BEPS**

Si algo caracterizó al tratamiento de la recharacterización de las operaciones intragrupo a lo largo del proceso de elaboración del Plan BEPS fue la inexistencia de un criterio unívoco para solventar los problemas detectados. Los problemas estaban claramente acotados, lo cual es un primer gran paso. Las empresas multinacionales explotaban las normas sobre precios de transferencia para adecuar sus políticas de precios de transferencia internas a resultados BEPS, pero teóricamente cubiertos por la configuración del mandato *at arm's length*. Por proceso de construcción del Plan BEPS entendemos el lapso temporal que transcurre entre la publicación del propio Plan en julio de 2013 y la publicación de los Informes finales en octubre de 2015, fecha en la cual entendemos que comienza la llamada era post-BEPS. Entre esas fechas existen una variada selección de borradores, informes preliminares y consultas públicas que sirvieron a la OCDE para definir las medidas para luchar contra prácticas BEPS. En este apartado, vamos a señalar los contenidos que tuvieron impacto sobre la figura de la recharacterización y cuál fue la perspectiva que se intentaba plantear para las futuras nuevas DPT.

El punto de partida lo encontramos en el propio *Plan de Acción contra la Erosión de la Base Imponible y el Traslado Artificial del Beneficios*, de julio de 2013. En él se recoge el contenido de las Acciones 8, 9 y 10 cuyo espíritu es el de asegurar que los resultados que ofrezcan los precios de transferencia estén en línea con la creación de valor. Simplemente este título es una declaración de intenciones de que el futuro régimen de precios de transferencia va a estar ligado a la búsqueda de la sustancia económica, ligando la atribución de beneficios corporativos a aquellas jurisdicciones en las que se genere riqueza. Por todos

---

<sup>306</sup> Cfr. Párr. 1.181 DPT 2010.

<sup>307</sup> Cfr. Párr. 1.187 DPT 2010.

<sup>308</sup> *Vid.* Sección D, Parte IV, Capítulo IX DPT 2010.

es sabido que estas tres Acciones serán tratadas en todo el proyecto BEPS de forma holística, como atesorará la publicación del Informe final de octubre de 2015.

Particularmente, la Acción 8 se destinó a la depuración de un régimen particular para las operaciones vinculadas que involucraban intangibles. La Acción 9 se focalizó en la lucha contra la deslocalización de rentas aprovechando la reasignación contractual de un modo artificial de riesgos y capitales. Por su parte, la Acción 10 actuaría a modo de cierre para mitigar las prácticas BEPS en aquellas transacciones calificadas de alto riesgo por darse, si acaso, en muy contadas ocasiones entre empresas independientes. Es dentro de la Acción 10 donde se incluye un objetivo preciso que afecta a nuestra materia de estudio: “clarificar las circunstancias en las que se pueden recalificar las transacciones”<sup>309</sup>. Como puede observarse, es un mandato genérico a todas las operaciones vinculadas, si bien es indudable que la parcela de la recharacterización tiene un atractivo cuando en la operación intragrupo y la política interna de precios de transferencia se involucran activos intangibles.

Con la publicación del Informe preliminar de la Acción 1 de septiembre de 2014<sup>310</sup>, titulado “Cómo abordar los desafíos fiscales de la economía digital”, se desarrolló un poco más el alcance de ese genérico objetivo de la Acción 10. La Acción 1 sirve de piedra basilar para las 14 restantes Acciones. En él se hace un recorrido segmentado por los principales desafíos que dimanar de la economía digital y aquellos otros que son simplemente exacerbados por su aparición. Dentro del capítulo sexto, destinado a abordar los mecanismos de resolución de problemas BEPS en la economía digital, se menciona la cuestión de garantizar que los resultados de los precios de transferencia sean coherentes con la creación de valor. Entre las líneas de actuación a desarrollar, la recalificación de las rentas derivadas de determinadas operaciones es la que más nos interesa destacar en este punto<sup>311</sup>.

Este Informe preliminar de la Acción 1 comienza reconociendo que no existe un clima de claridad a la hora de determinar cuándo procede o no aplicar uno de los dos motivos

---

<sup>309</sup> En la versión original en lengua inglesa se utiliza la expresión “*recharacterised*” que ha sido traducida a la versión española como recalificar. Como estudiaremos en el próximo capítulo de este trabajo, recalificar no es lo mismo que recharacterizar. La traducción a versión española como recalificación es un ejemplo más de la confusión existente en torno a estas figuras que erróneamente son tratadas como sinónimos. Entiéndase, por lo tanto, que el texto entrecorrido al utilizar la expresión recalificar se refiere a recharacterizar.

<sup>310</sup> OCDE, *Addressing the tax challenges of the digital economy, 2014 Deliverable*, OECD Publishing, Paris, 2014, disponible en <http://www.oecd-ilibrary.org/docserver/download/2314251e.pdf?expires=1520437138&id=id&accname=guest&checksum=9AAE9D2AC60B8DF2CA86671851C40317> (último acceso: 07.03.2018).

<sup>311</sup> OCDE, *ult. op. cit.*, p. 130.

excepcionales que legitiman la recharacterización en las DPT vigentes en aquel momento. Se reclama un replanteamiento o clarificación sobre estos escenarios puesto que la cuestión no carece de importancia. Recharacterizar operaciones intragrupo puede desencadenar disputas tributarias transfronterizas como consecuencia de la doble imposición internacional que pueden generar. El propósito para esta parcela dentro del desarrollo del Plan BEPS -expone el mencionado Informe- será la de aportar directrices más claras sobre identificación de la naturaleza de las operaciones realizadas sobre la base de, por un lado, encontrar la verdadera conducta y la verdadera sustancia de la transacción y, por otro lado, el de la omisión o recalificación de la operación en cuestión. Asimismo, se comienza a remarcar que las nuevas orientaciones sentarán las bases para comprender la verdadera naturaleza de las operaciones. Aspecto que, como ya hemos venido demostrando, ha sido una novedad en el texto actual de las DPT post-BEPS. El Informe final de la Acción 1<sup>312</sup>, publicado en octubre de 2015, no volvió a tratar el aspecto de la recharacterización, lo cual no resulta extraño dado que el Informe final de las Acciones 8-10, publicadas en la misma fecha, eran el documento preciso para recoger los resultados alcanzados en el Plan BEPS.

Paralelamente al anterior Informe preliminar se publicó el referente a la Acción 8 titulado *Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles*<sup>313</sup>. Nos interesa destacar este documento porque contiene un matiz destacable en torno al motivo de recharacterización por comportamiento comercialmente irracional aplicado a operaciones vinculadas con intangibles<sup>314</sup>. Las nuevas guías exponen lo que finalmente se ha traducido en las DPT de 2017 y no es ni más ni menos que el ostentar la titularidad jurídica de un intangible y haber subcontratado la realización de funciones importantes a otras empresas del grupo no se traduce en el derecho de la empresa propietaria a acumular todos los beneficios derivados de la explotación del intangible, sino que deben ser distribuidos proporcionalmente entre las demás empresas del grupo que han realizado funciones. Sin embargo, el párr. 6.57 *in fine* expone que en algunos supuestos puede ser que la subcontratación de las llamadas funciones

---

<sup>312</sup> OCDE, *Addressing the tax challenges of the digital economy*, OECD Publishing, Paris, 2015, disponible en <http://www.oecd-ilibrary.org/docserver/download/2315281e.pdf?expires=1520438548&id=id&accname=guest&checksum=21C7BCED62EEC6C98917DBFBC88D58ED> (último acceso: 7.03.2018).

<sup>313</sup> OCDE, *Guidance on transfer pricing aspects of intangibles. Action 8, 2014 Deliverable*, OECD Publishing, París, 2014, disponible en <http://www.oecd-ilibrary.org/docserver/download/2314291e.pdf?expires=1485767687&id=id&accname=guest&checksum=D4B3EEF0AB66ACC911BE3BF419783084> (último acceso: 7.03.2018).

<sup>314</sup> *Vid.* OCDE, *ult. op. cit.*, párr. 6.57.

significativas<sup>315</sup> no habría tenido lugar entre empresas independientes actuando con lógica comercial *-behaving in a commercially rational manner-* y la estructura de la operación impide a la Administración tributaria competente valorar la operación con un precio de plena competencia. En estos casos -continúa el Informe- procede ignorar la transacción tal cual ha sido documentada por las partes y proceder a sustituirla por otra en los términos del párr. 1.65 DPT.

El troceado de funciones y riesgos dentro de las multinacionales ha sido y seguirá siendo uno de los quebraderos de cabeza para frenar las prácticas BEPS en materia de precios de transferencia. Descentralizar las funciones ligadas a intangibles, así como sus riesgos, por vía contractual llevaba en la era pre-BEPS a la deslocalización de beneficios ligados al intangible en aquellas sociedades titulares de los activos, constituidas intencionadamente en territorios de menor presión fiscal. El esbozo de solución que se pretendió dar en este párr. 6.7 nos parece pertinente calificarlo como agresivo. Aboga por recharacterizar estas subcontrataciones de funciones significativas sin ofrecer unas pautas específicas de por qué pueden proceder. Únicamente se recurre a dejar en manos de las autoridades tributarias que estudien si esa operación de subcontratación hubiera sido realizada por empresas independientes en situaciones comparables actuando con lógica comercial. Es muy complicado llegar a determinar si esa subcontratación la haría o no una empresa en el libre mercado con otra con la que no tuviera vínculos de conexión, puesto que dentro de las multinacionales la lógica imperante es, en ciertas ocasiones, diferente a la que se da en el libre mercado. Por esto, posiblemente, tanto el Informe final de las Acciones 8-10 como las posteriores DPT no han recogido este último inciso. La postura se ha suavizado y ya no se habla de recharacterizar la transacción, sino de atribuir los beneficios *at arm's length* a aquellas sociedades del grupo que han realizado funciones significativas en modalidad de subcontratación<sup>316</sup>. En esencia, el resultado es el mismo entre un enfoque u otro; sin embargo, la forma de presentarlo es diferente y se depura la controversia que siempre envuelve a las recharacterizaciones.

Finalmente, a los efectos de la recharacterización, el último de los documentos que consolidaron la construcción del Plan BEPS para desembocar en la bautizada como era post-

---

<sup>315</sup> Recordemos que como vimos en el anterior capítulo éstas son, entre otras, el diseño y control de programas de investigación y mercadotecnia, la dirección de proyectos de I+D, defensa de la protección de intangibles, etc.

<sup>316</sup> Cfr. Párr. 6.50 y ss. DPT.

BEPS es el *Discussion Draft on Revisions to Chapter I of the Transfer Pricing Guidelines (Including Risk, Recharacterisation and Special Measures)*<sup>317</sup>. El contenido de este documento es francamente novedoso puesto que adoptó un nuevo criterio para recharacterizar las operaciones intragrupo. Ese criterio se llamó “atributos económicos fundamentales” -*the fundamental economic attributes*-, de tal forma que aquellas operaciones que no tuvieran los atributos económicos fundamentales de un acuerdo de plena competencia podrían ser recharacterizadas por las autoridades tributarias. Se trata de un supuesto que no es en puridad nuevo, sino que guarda paralelismos con el segundo de los clásicos motivos de recharacterización: el motivo de irracionalidad comercial. No obstante, el citado documento alega la dificultad que existe para aplicar el motivo de irracionalidad comercial, el cual consta de dos elementos para su cristalización -por un lado, test de racionalidad comercial y, por otro lado, que la estructura impida fijar un precio *at arm's length*-.

La inexistencia de operaciones entre partes independientes estructuradas de la misma forma que entre partes vinculadas no significa que deba recharacterizarse la segunda. El elemento determinante es si la transacción intragrupo posee los atributos económicos fundamentales de una operación entre partes independientes. La necesidad de no-reconocer y sustituir una operación surge cuando el análisis de precios de transferencia intenta buscar un precio bajo el ALP en una operación que no posee atributos *at arm's length*. Señala el documento que esos atributos desconectados del ALP se dan en las EMNs gracias a la facilidad de crear ilimitadas filiales y determinar quiénes son titulares jurídicas de los activos, quiénes realizan funciones y quiénes asumen los riesgos.

El concepto “atributos económicos fundamentales” es un concepto jurídicamente indeterminado, lo cual no es lo más recomendable en una materia como la recharacterización de operaciones vinculadas. El párr. 89 del *Discussion Draft* establece que una transacción intragrupo manifiesta los atributos económicos fundamentales de un acuerdo entre partes independientes cuando ofrezca a cada una de las partes una expectativa razonable para mejorar o proteger (entendida como mantener) sus posiciones comerciales o financieras ajustadas al nivel de riesgo que han asumido, comparado con otras oportunidades disponibles

---

<sup>317</sup> Cfr. OCDE, *BEPS Actions 8, 9 and 10: Discussion draft on revisions to chapter I of the Transfer Pricing Guidelines (including risks, recharacterisation and special measures)*, *op. cit.* párr. 83-93. Asimismo, se abrió un periodo de recepción de comentarios públicos al respecto de las propuestas contenidas en el Documento. Dichos comentarios pueden consultarse aquí: <http://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/public-comments-actions-8-9-10-chapter-1-tp-guidelines-risk-recharacterisation-special-measures.htm> (último acceso: 8.03.2018).

de un modo realista en el momento en que el acuerdo intragrupo fue adoptado<sup>318</sup>. *A contrario sensu*, si la transacción real no proporciona esa expectativa de mejora o protección de la posición comercial o financiera de cada una de las partes o únicamente se lo proporciona a una, entonces procede la recaracterización de la operación.

El enfoque propuesto es ejemplificado en los párr. 90 a 92 mediante un caso de venta y posterior licencia de un intangible al vendedor original (*sale-and-licence-back*). La Sociedad S1, miembro de un grupo multinacional, es titular de una marca que goza de buena reputación en el mercado. Los productos que S1 vende usan dicha marca y su estrategia empresarial depende de la explotación de esa marca. Además, S1 realiza funciones de marketing, como por ejemplo a través de campañas publicitarias que incrementan cada vez más el valor de la marca. S1 vende la marca a otra sociedad del grupo, S2, radicada en un país de baja tributación, a cambio de un pago único de USD 400 millones. Como parte del acuerdo, S2 concede a S1 una licencia de uso de la marca a cambio de un *royalty* periódico. De igual manera, S2 y S1 conciertan un acuerdo de prestación de servicios en el que S1 continúa realizando las funciones de marketing mientras S2 únicamente se dedica a monitorizar, puesto que no tiene capacidad real para explotar comercialmente la marca como lo hace S1 a través de sus productos.

El documento alega que en este caso la operación no mejora o mantiene la posición comercial o financiera de S1. Existe una opción alternativa más atractiva como es la de no realizar la operación de venta. Si se nos permite la expresión, el documento aquí parece querer decir que es artificioso realizar una venta y posterior licencia para explotar una marca sobre la que ya tenía S1 plenos derechos de explotación al ser su legítimo titular. Por lo tanto, carece de los atributos económicos fundamentales, ya que en condiciones de libre competencia empresas independientes no realizarían esta operación y S1 seguiría siendo la titular jurídica de la marca para explotar a través de sus productos.

La solución que parece dar este criterio de los atributos económicos fundamentales es altamente criticable. Desconoce la realidad económica subyacente dentro de todo grupo multinacional como es la consecución de los ahorros y una mayor eficiencia. Por ejemplo,

---

<sup>318</sup> El tenor literal del contenido de este concepto es el siguiente. “*An arrangement exhibiting the fundamental economic attributes of arrangements between unrelated parties would offer each of the parties a reasonable expectation to enhance or protect their commercial or financial positions on a risk-adjusted (the return adjusted for the level of risk associated with it) basis, compared to other opportunities realistically available to them at the time the arrangement was entered into*”.

la centralización de la propiedad intelectual en una sociedad del grupo no responde *per se* a una práctica de elusión o evasión fiscal. Se trata de características y sinergias que no existen en el libre mercado y no por ello se niega la realidad de la operación. No se trata de constatar si se mejora o protege la posición económica o financiera de las partes involucradas en la operación, sino si se mejora la posición el grupo. Ese aspecto es el que este enfoque ignora<sup>319</sup>.

Posiblemente, dadas las carencias palmarias que ese enfoque ostentaba, en el Informe final de las Acciones 8-10 de octubre de 2015, titulado *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10*, se abandonó el mismo y se apostó nuevamente por el concepto de racionalidad comercial de la operación<sup>320</sup>. Dado que la traslación de esos resultados fue exactamente idéntica en las DPT 2017, analizaremos su contenido en el siguiente capítulo. Con la publicación de los Informes finales en 2015 de una serie de Acciones comenzó la que denominaríamos era post-BEPS. Un escenario en el cual procede la implementación paulatina en los ordenamientos nacionales y Convenios fiscales de las medidas anti-BEPS propuestas en ellos, así como el desarrollo y ejecución de los objetivos que quedaron sin ser abordados en profundidad y cuyo periodo se extenderá hasta 2020.

## **5. LA RECARACTERIZACIÓN EN LA ERA POST-BEPS: LA IRRACIONALIDAD COMERCIAL DE LA OPERACIÓN COMO ÚNICA CIRCUNSTANCIA**

Como se ha indicado, uno de los objetivos que perseguían las Acciones 8-10 del Plan BEPS era el de clarificar las causas excepcionales que legitiman a las Administraciones tributarias a practicar una recharacterización de la operación. La distinción entre los dos supuestos existentes, el de divergencia entre forma y sustancia y la irracionalidad comercial,

---

<sup>319</sup> Como han señalado VINCENT y LUQUET, el concepto “atributos económicos fundamentales” parece ser una herramienta artificial sin un valor práctico, a menos que nos decantemos por recharacterizar operaciones que ofrecen un mejor resultado fiscal en una determinada jurisdicción. En realidad, un enfoque muy subjetivo que no es deseable para una materia tan sensible. Cfr. VINCENT, F. y LUQUET, P., “Risk, recharacterization and a tsunami of double tax cases”, *op. cit.*, p. 6 (documento electrónico). Por su parte, WITTENDORFF califica a este concepto como “radical” en el sentido de que una operación vinculada que deja a las partes en *status quo* sin mejora debe ser ignorada. Lo termina calificando como un enfoque vago y considerablemente abierto a las opiniones. Cfr. WITTENDORFF, J., “OECD misinterprets controlled transactions”, *Tax Notes International*, vol. 78, núm. 5, 2015, p. 471. Igualmente también puede consultarse una crítica en DE LANGE, M., LANKHORST, P. y HAFKENSCHIED, R., “(Non-) Recognition of transactions between associated enterprises: on behaving in a commercially rational manner, decision-making traps and BEPS”, *International Transfer Pricing Journal*, vol. 22, núm. 2, 2015, p. 89.

<sup>320</sup> Mediante la Recomendación del Consejo sobre la determinación del precio de transferencia entre empresas vinculadas, [C(95)126/Final], de 23 de mayo, la OCDE aprobó actualizar las DPT conforme a las enmiendas incluidas en el Informe final de las Acciones 8-10 y 13. En julio de 2017 se publicaría el texto actualizado y consolidado de las DPT.

no era tan clara como cabría esperar. Incluso, la incertidumbre era mayor en el motivo de irracionalidad comercial, el cual a su vez estaba compuesto por una serie de requisitos subjetivos para su aplicación y estructurado de forma subsidiaria respecto al primero. Se podría decir que el segundo motivo era un instrumento de *ultima ratio* para aquellos casos en los que las Administraciones tributarias no encontraban un desequilibrio entre la estructura de la operación y la verdadera sustancia económica de la misma.

Siguiendo tal mandato, tanto el Informe final de las Acciones 8-10 de 2015, primeramente, y las actuales DPT de 2017, finalmente, recogen el nuevo régimen jurídico aplicable a la recaracterización de operaciones a los efectos de los precios de transferencia. Se recoge de manera condensada en el párr. 1.122 y su tenor literal es el siguiente:

“La operación definida con precisión puede ignorarse y, en su caso, sustituirse por otra operación alternativa cuando los acuerdos alcanzados en relación con la operación, considerados en su totalidad, difieren de los que habrían adoptado empresas independientes comportándose con lógica comercial en circunstancias comparables, impidiendo así que se determine un precio aceptable para ambas partes teniendo en cuenta las perspectivas y las operaciones realmente disponibles de cada una de ellas en el momento de celebrarse la operación. Otro punto que también es importante considerar es si la posición del grupo de empresas multinacionales en su conjunto es peor antes de impuestos, ya que esto podría indicar que la operación considerada en su totalidad carece de la lógica comercial propia de los acuerdos entre partes independientes”<sup>321</sup>.

Corroborar el párrafo siguiente que la cuestión es vislumbrar si la transacción real posee la racionalidad comercial de los acuerdos que alcanzarían empresas independientes bajo circunstancias comparables, no si una operación con las mismas características existe

---

<sup>321</sup> Este texto corresponde a la traducción al castellano que se contiene en la versión en lengua española de las Acciones 8-10. El original que aparece en las DPT tiene el siguiente tenor literal:

“The transaction as accurately delineated may be disregarded, and if appropriate, replaced by an alternative transaction, where the arrangements made in relation to the transaction, viewed in their totality, differ from those which would have been adopted by independent enterprises behaving in a commercially rational manner in comparable circumstances, thereby preventing determination of a price that would be acceptable to both of the parties taking into account their respective perspectives and the options realistically available to each of them at the time of entering into the transaction. It is also a relevant pointer to consider whether the MNE group as a whole is left worse off on a pre-tax basis since this may be an indicator that the transaction viewed in its entirety lacks the commercial rationality of arrangements between unrelated parties”.

entre partes independientes<sup>322</sup>. Como puede verse, el marco actual de la recaracterización se ha reducido a un solo supuesto excepcional: el de la irracionalidad comercial.

Pese a que formalmente el supuesto de divergencia entre sustancia y forma ha sido eliminado como figura recaracterizadora, sus efectos siguen siendo aplicables en los precios de transferencia. Como hemos explicado en el anterior capítulo, todo el ejercicio de definición precisa de la operación vinculada, dentro del amplio análisis de comparabilidad, está presidida por la prevalencia de la sustancia económica de la transacción sobre la forma o estructura jurídica que las partes hayan dado a la misma. La búsqueda de la sustancia económica sobre la forma es, en definitiva, el eje vertebrador del análisis funcional en la era post-BEPS. De haberse mantenido este supuesto excepcional como motivo de recaracterización junto al de irracionalidad comercial sería una redundancia innecesaria<sup>323</sup>, puesto que la operación vinculada que ya es definida con precisión se muestra ante la Administración tributaria conforme a su verdadera sustancia económica.

De esta forma, al adelantarse a un estadio previo como es el de delimitación exacta de la transacción la búsqueda de la verdadera sustancia económica se pierde el carácter excepcional que sustentaba a este supuesto en la era pre-BEPS. Las Administraciones tributarias, aplicando las vigentes DPT, tienen ahora la posibilidad de ignorar y practicar ajustes en las condiciones de la operación cuando, entre otros ejemplos, la sociedad vinculada que asume la titularidad de intangibles no cuenta con personal suficiente para la gestión patrimonial del capital intangible o aquella entidad que asume contractualmente un riesgo sobre un intangible no cuenta con el control del mismo ni capacidad financiera para asumirlo. En estos casos, no solo se produce un no reconocimiento o ignorancia de estos aspectos de la transacción, sino que se habilita a las autoridades tributarias, en virtud del mandato *at arm's length*, a que ajusten los términos de la operación, por ejemplo, atribuyendo los beneficios derivados del desarrollo del intangible a las entidades del grupo que verdaderamente realizan funciones significativas sobre los intangibles o a aquellas sociedades que verdaderamente cuentan con personal capacitado que controla los riesgos

---

<sup>322</sup> Cfr. DALUZEAU, X., "BEPS and transfer pricing: what do we do now?", *Tax Planning International Review: News Archive*, vol. 43, núm. 1, 2016, p. 3 (documento electrónico).

<sup>323</sup> Cfr. en el mismo sentido GARCÍA PRATS, A., "Recaracterización de operaciones y normas antiabuso", *op. cit.*, p. 637.

sobre los intangibles. En síntesis, puede apreciarse una recharacterización implícita que sin embargo ha perdido el carácter de extraordinario y excepcional que poseía anteriormente<sup>324</sup>.

Un ejemplo relevante atinente a transacciones vinculadas que involucran intangibles en el que se habilitaba a la Administración tributaria competente a ignorarlas, es el que se contenía en el párr. 1.190 y siguientes de las DPT en su versión de 2010<sup>325</sup>. El ejemplo consistía en una operación de reestructuración en la que se centralizaba la propiedad de los intangibles en una sociedad instrumental del grupo. La operación intragrupo carecía de comparables en el libre mercado, tal y como suele ser habitual en estos casos. La sociedad adquirente era una sociedad instrumental *-shell company-* que no disponía de personal capacitado para la gestión de los intangibles cuya titularidad asumía ni de capacidad efectiva para controlar los riesgos que asumía, sino que esas funciones y riesgos seguían estando bajo la cobertura de la sociedad vendedora. Igualmente, las decisiones de política empresarial y estratégicas eran tomadas por personal contratado en otras sociedades del grupo multinacional. Ante tal tesitura, las DPT concluían que en estos casos existe una discrepancia entre la sustancia económica de la operación y su forma, por lo que las autoridades fiscales deben ignorar por completo la operación de venta de los intangibles y su consiguiente acumulación en una sociedad que se ha demostrado ser instrumental, con el objetivo de acumular los posteriores beneficios mundiales por la explotación de los activos inmateriales. Actualmente, un ejemplo como el señalado en la versión anterior del Capítulo IX DPT no se solventaría por la vía del mecanismo excepcional de recharacterización, sino que el desequilibrio entre la sustancia económica y la forma de la reestructuración se solventaría unilateralmente por la Administración tributaria a la hora de definir con precisión la operación. Como consecuencia, si partimos de la concepción de que para la realización de un ajuste transaccional severo como es la recharacterización se requiere el concurso de una norma doméstica, ya sea una norma anti-abuso general que previamente declare la operación como abusiva o una de tipo específico, entonces con el actual enfoque post-BEPS se elude tal exigencia con la consiguiente merma de las garantías de los contribuyentes para defender la licitud de su operación. Por lo tanto, no podemos sino concluir al respecto que la

---

<sup>324</sup> Cfr. *Ibidem*.

<sup>325</sup> Cfr. JONES RODRÍGUEZ, L., “Reestructuraciones empresariales en grupos multinacionales. Redistribución de funciones, activos y riesgos”, en CARMONA FERNÁNDEZ, N. (Dir.), *Nuevo régimen fiscal de las operaciones vinculadas. Valoración, documentación y supuestos prácticos*, Wolters Kluwer, Madrid, 2016, p. 413.

recharacterización por divergencia entre sustancia y forma continúa latente en las DPT, si bien en una fase previa como es en el análisis de comparabilidad.

Las DPT muestran dos ejemplos para ilustrar la aplicación de la figura de la recharacterización. El primero de ellos versa sobre la suscripción de un contrato de seguro entre dos empresas del mismo grupo. La sociedad S1 es una empresa fabricante que cuenta con numerosas maquinarias y existencias resultantes de su actividad fabril. Su fábrica se encuentra en una zona propensa a las inundaciones y las aseguradoras no suscriben siniestros por inundaciones en dicha zona dada la alta probabilidad de que se produzcan. La sociedad vinculada S2 firma una póliza de seguro a S1 que paga mediante una prima anual que representa el 80% del valor de inventario y bienes contenidos en el inmueble. A efectos de precios de transferencia, las DPT entienden que esa operación carece de lógica comercial ya que no existe una opción realísticamente disponible mejor que la de no suscribir tal póliza de seguro cuando es francamente probable que el siniestro se produzca. Como no se conciertan estos seguros con aseguradoras independientes, no existe un mercado al que acudir para buscar comparables y determinar, en consecuencia, un precio de libre competencia. Las DPT, por lo tanto, abogan por rechazar la operación a efectos fiscales.

En el segundo ejemplo, se estipula una operación vinculada de cesión ilimitada de derechos sobre intangibles futuros a cambio de un precio a tanto alzado. Se trata de un ejemplo prácticamente similar al existente en la versión de 2010<sup>326</sup>. La sociedad S1 se dedica a labores de I+D para crear intangibles que utiliza en sus productos. Concierta contractualmente con S2, una sociedad asociada, la transmisión de derechos ilimitados en todos los intangibles que produzca a lo largo de 20 años a cambio de un pago global. La OCDE llama en estos casos a ignorar el sentido de tal acuerdo por carecer de la lógica empresarial que imperaría entre empresas independientes. Es imposible conocer cuáles serán los resultados de la I+D de S1 en el futuro y, por lo tanto, determinar con certeza qué valor tendrán esos intangibles. Por lo tanto, se debe rechazar esta operación y aplicar una sustitutiva más consistente con la realidad comercial de la transacción, según reclama el párr. 1.124 DPT. De esta manera el abanico de posibles estructuras sustitutivas podrían ser alternativamente, en primer lugar, definirla como una provisión de financiación por parte de S2, en segundo lugar, estructurarla como una prestación de servicios de investigación por parte de S2, o en tercer lugar, si se pueden identificar intangibles específicos, estructurarla

---

<sup>326</sup> Cfr. Párr. 1.65 DPT 2010.

como licencia con procedimientos de pago contingentes ligado al desarrollo de los intangibles.

En lo que a operaciones vinculadas que involucran intangibles corresponde, establecen las DPT que puede resultar aplicable la ignorancia de la operación si el precio mínimo aceptable para el transmitente, basado en sus opciones realistas, supera el precio máximo aceptable para el beneficiario, también basado en sus opciones realistas<sup>327</sup>. A nuestro modo de entender, las DPT están hablando de que puede proceder la recharacterización de la Sección D.2 del Capítulo primero si se da esta circunstancia, no que sea preceptivo recurrir a ella. Es, por lo tanto, un indicio específico a tener en consideración a los efectos de transacciones intragrupo con intangibles de por medio pues, junto a otros elementos, puede estar manifestándose que la estructura de la operación es irracional desde el punto de vista comercial.

### **5.1. El impedimento práctico para determinar un precio aceptable: ¿requisito o consecuencia?**

Desde las DPT de 1995, el supuesto excepcional de recharacterización por causa de irracionalidad comercial ha pivotado para su aplicación efectiva sobre un doble test cumulativo. En primer lugar, se requería que la operación, valorada en su conjunto, no superase el test de racionalidad o lógica comercial que sería esperable entre empresas independientes. Y, además, en segunda instancia se requería que esa situación provocase un impedimento práctico a la Administración tributaria para determinar un precio de transferencia apropiado. Se trataba de dos requisitos que debían darse a la misma par para poder cristalizar la aplicación de este supuesto de recharacterización<sup>328</sup>. En este sentido las DPT establecían una manifiesta relación de causalidad entre los dos elementos que correspondería a las autoridades tributarias comprobar para realizar el ajuste transaccional ignorando una operación vinculada<sup>329</sup>. Puede comprobarse este hecho por la forma en que quedó redactado el ya extinto párr. 1.65 en la versiones pre-BEPS de las DPT, el cual usaba en este motivo excepcional la conjunción “y” a modo de nexo entre el motivo de irracionalidad y el impedimento de determinar un precio aceptable; es decir, un precio *at*

---

<sup>327</sup> Cfr. Párr. 6.114 DPT

<sup>328</sup> Siguiendo a BULLEN se trata del *commercial irrationality requirement* y el *practical impediment requirement*. Vid. al respecto BULLEN, A., *Arm's length transaction structures. Recognizing and restructuring controlled transactions in transfer pricing*, *op. cit.*, pp. 350 y ss.

<sup>329</sup> Cfr. GARCÍA PRATS, A., “Recharacterización de operaciones y normas antiabuso”, *op. cit.*, pp. 643-644.

*arm's length*<sup>330</sup>. En definitiva, el impedimento para determinar ese precio aceptable estaba configurado apriorísticamente como una condición necesaria para recharacterizar una operación vinculada por carecer de racionalidad comercial.

Con la actual redacción del supuesto de recharacterización, únicamente admisible para estructuras que no responden a un comportamiento racional desde el punto de vista comercial, no parece existir esa exigencia de causalidad entre el impedimento práctico para determinar un precio aceptable y la causa de irracionalidad comercial. La conjunción “y” se ha sustituido por un sintagma verbal que claramente estipula el resultado inmediato de la presencia de una operación vinculada carente de racionalidad comercial: el impedimento para establecer un precio *at arm's length*. En la versión original inglesa lo que se ha producido es la sustitución de la conjunción “and” por la del adverbio “thereby”<sup>331</sup>, lo cual parece mostrar que si una operación no tiene la racionalidad comercial esperable si la operación hubiese sido celebrada conforme a las fuerzas del libre mercado, entonces por sí misma coarta la posibilidad de valorar la operación conforme a un precio de libre competencia<sup>332</sup>.

Desde nuestro punto de vista este cambio no tiene mayor trascendencia en la práctica, al menos según una interpretación razonable. La exigencia de los dos requisitos cumulativos existentes en versiones anteriores de las DPT podían conducir a plantearnos una interesante cuestión: si el impedimento para fijar un precio *at arm's length* era una *conditio sine qua non*, ¿existe la posibilidad de que una operación carente de racionalidad comercial esperable en situaciones de comparabilidad no impida a la autoridad tributaria competente valorar la operación conforme a un precio de plena competencia? En caso de que exista ese supuesto, la recharacterización no procedería porque se puede valorar *at arm's length* la transacción.

---

<sup>330</sup> El párr. 1.65 DPT 2010 dictaba: “la segunda circunstancia surge cuando, coincidiendo la forma y el fondo de la operación, *los acuerdos* relativos a la misma valorados globalmente, *difieren de los que habrían suscrito empresas independientes* que actuaran de *modo racional desde un punto de vista comercial*, y su estructura real impide en la práctica que la administración tributaria determine el precio de transferencia apropiado” (cursiva propia para resaltar el nexo entre los dos elementos).

<sup>331</sup> Como puede observarse, el actual párr. 1.122 establece tras exponer la ausencia de racionalidad comercial de la operación el efecto de la misma y dicta: “impidiendo así que se determine un precio aceptable para ambas partes [...]”.

<sup>332</sup> Cfr. BARRENO ASENSIO, M.M., “Transfer pricing y recharacterización de transacciones: sustancia económica vs. términos contractuales (acciones 8-10)”, *op. cit.*, p. 257; ERNICK, D., “New OECD rules seek broad expansion of tax authority power to disregard transactions”, *Tax Management Transfer Pricing Report*, vol. 24, núm. 19, 2016, p. 3 (documento electrónico).

Sin embargo, el debate en este sentido entendemos que es estéril<sup>333</sup>. Si la estructura o base transaccional, pilar basilar del análisis de comparabilidad en las normativas internacionales y domésticas de precios de transferencia, se halla viciada previamente por carecer de racionalidad comercial, el estadio posterior, como es el del análisis de valoración - seleccionando y aplicando un método de valoración acorde con la estructura-, estaría igualmente imposibilitado *ab initio* y poder determinar un precio de transferencia apropiado sería, si se nos permite la expresión, una quimera<sup>334</sup>.

Por otra parte, mayor relevancia podría tener en el escenario pre-BEPS el nivel de obstaculización de la estructura irracional para establecer un precio de transferencia apropiado. Se podría debatir, por un lado, si ese impedimento era pleno, es decir, si dificultaba absoluta y plenamente que la Administración tributaria determinase un precio *at arm's length*, o, por otro lado, si bastaba con que la estructura dificultase gravemente el alcanzar la determinación de un precio apropiado. En función del enfoque subjetivo que adoptase la Administración tributaria correspondiente, podría entenderse cumplida o no la relación de causa efecto -pues recordemos que verificar su existencia es competencia originaria de la Administración, si bien con el potencial control jurisdiccional posterior- y, como consecuencia, poder realizarse una recharacterización de la transacción entre empresas asociadas.

Por estas dos cuestiones que hemos señalado, entendemos que las nuevas DPT matizan la redacción del supuesto de recharacterización para señalar lo que tácitamente ya podía entenderse años atrás. Se trata de que el impedimento para alcanzar un precio *at arm's length* no es *per se* un requisito adicional que las autoridades tributarias deban justificar junto al de irracionalidad comercial de la operación, sino que, por el contrario, la imposibilidad de hallar un precio de transferencia aceptable es una consecuencia directa y natural de los acuerdos que carecen de racionalidad comercial respecto de aquellas operaciones comparables. Por ello, es lógico que lo que primero deba intentarse es la realización de algún

---

<sup>333</sup> El párr. 9.180 DPT, referente a las reestructuraciones empresariales, establece esta hipotética posibilidad en la que aunque la Administración tributaria albergue dudas sobre la lógica comercial de la reestructuración pueda determinar un precio de plena competencia.

<sup>334</sup> En la misma línea parece manifestarse BULLEN cuando afirma que las DPT han venido históricamente presuponiendo que tal vez existen acuerdos intragrupo carentes de racionalidad comercial pero sobre los cuales se puede establecer un precio de transferencia apropiado. Sin embargo, concluye este autor exponiendo que “*in many cases the practical impediment requirement will not serve as a significant, independent barrier for structural adjustments to be undertaken*”. Cfr. BULLEN, A., *Arm's length transaction structures. Recognizing and restructuring controlled transactions in transfer pricing*, op. cit., p. 571.

ajuste transaccional menos lesivo, como un ajuste de comparabilidad o los que se realizan en el análisis funcional para hallar la verdadera sustancia económica de la operación.

Única y excepcionalmente se recurriría a un ajuste transaccional de tipo recaracterizador cuando no sea posible valorar una operación intragrupo conforme al ALP dado que su estructura esté tan alejada de los parámetros aceptables de la lógica comercial esperable en operaciones similares realizadas entre partes independientes que vicie de raíz la aplicación de una metodología valorativa apropiada. En ese caso, la irracionalidad comercial provoca inevitablemente una consecuencia. Esa consecuencia es la imposibilidad de hallar por parte de la Administración tributaria un precio *at arm's length*. Por lo tanto, procedería de manera excepcional reformular las condiciones de la transacción, mediante su no reconocimiento y posterior reemplazo por otra que mejor se asimile a la naturaleza y hechos de la operación para así poder establecer un precio de plena competencia. Sin embargo, como ya señaló años atrás BULLEN<sup>335</sup>, ese impedimento práctico no va a ser consecuencia directa de factores racionales externos que envuelven a la operación, como por ejemplo la ausencia de información por parte de la autoridad tributaria sobre la operación; sino que será consecuencia directa de la irracionalidad de una parte o la totalidad de la estructura real de la transacción intragrupo.

## **5.2. Metodología en la recaracterización post-BEPS**

Una vez que han sido expuestas las características generales del instituto de la recaracterización en los precios de transferencia tras la traslación de los resultados de las Acciones 8 a 10 del Plan BEPS a las DPT, procede estudiar con mayor profundidad el alcance del supuesto que legitima la recaracterización de una transacción entre empresas asociadas. Como en todo proceso o investigación, siempre puede hallarse una metodología.

En el presente caso, hemos detectado del estudio del párr. 1.122 que las Administraciones tributarias deben comprobar de forma cumulativa dos hechos. En primer lugar, comprobar si la operación tal y como ha quedado definida goza o no de racionalidad comercial. Este mandato, vago e impreciso<sup>336</sup>, carece de mayor detalle en las DPT, lo cual acrecienta los problemas en torno a qué conductas o patrones tienen o no la racionalidad comercial de operaciones entre partes independientes en situaciones económicas

---

<sup>335</sup> Cfr. BULLEN, A., *ult. op. cit.*, p. 567.

<sup>336</sup> Cfr. BAKKER, A. J., & COTTANI, G., "Fourth issues note: sting in the tail", *International Transfer Pricing Journal*, vol 16, núm. 2, 2009, p. 85.

comparables. Y, en segunda instancia, las autoridades tributarias deben complementar el anterior test de racionalidad comercial con el análisis de las circunstancias y opciones reales que las partes vinculadas tenían a su disposición a la hora de acordar la operación. Este test significa que hay que analizar si existían operaciones o alternativas claramente más atractivas para la empresa asociada analizada desde el punto de vista empresarial, como por ejemplo estructurar la operación de forma diferente, modificar las condiciones de pago o, sencillamente, ni siquiera haber participado en la operación intragrupo.

Tal y como hemos señalado en el anterior epígrafe, en el escenario pre-BEPS, dada la configuración que se dio al requerimiento de impedimento para determinar un precio aceptable, este requisito era un estadio más dentro de la metodología. Sin embargo, como entendemos que actualmente es una consecuencia natural de todo acuerdo entre partes vinculadas que carece de la lógica comercial predicable en situaciones de comparabilidad, no lo incluimos en este apartado y por ello se clarificó su naturaleza con carácter previo.

### **5.2.1. El test de racionalidad comercial**

La racionalidad de una operación vinculada desde el punto de vista comercial a efectos de la recharacterización en los precios de transferencia se caracteriza por su vaguedad e imprecisión. Nos hallamos claramente ante un concepto jurídico indeterminado<sup>337</sup> sobre el que la OCDE no se ha atrevido a dar unas directrices específicas en torno a su significado y barreras, más allá de su directa promulgación en el párr. 1.122 DPT y a través de un ejemplo en el que se recharacteriza una venta a largo plazo de intangibles futuros por un contrato permanente de investigación. Ante tal indefinición, fruto de la ausencia de consenso en la esfera internacional, la cuestión se deja implícitamente en manos de las Administraciones tributarias competentes, lo cual acrecienta la subjetividad en un test que requiere apriorísticamente de un marco objetivo como consecuencia de los efectos distorsionadores sobre el comercio transfronterizo intragrupo que tiene la disparidad de criterios entre los Estados. La falta de racionalidad comercial desencadena automáticamente el instituto de la recharacterización de la transacción y, en consecuencia, una potencial doble imposición de rentas si el criterio sobre el concepto “racionalidad comercial” que mantienen las autoridades tributarias del otro Estado es diferente.

---

<sup>337</sup> Cfr. GARCÍA-HERRERA BLANCO, C., “Ajustes valorativos en las operaciones vinculadas”, en CRESPO GARRIDO, M. y LUCAS DURÁN, M. (Dir.), *Las operaciones vinculadas en el impuesto sobre sociedades*, Lex Nova, Cizur Menor, 2016, p. 182.

El elemento clave es si la transacción intragrupo, tal y como ha quedado definida previamente conforme a su verdadera sustancia económica, posee o no la racionalidad -lógica- comercial de los acuerdos que serían alcanzados por empresas independientes en circunstancias económicas comparables; no se trata de analizar si la misma operación puede ser observada entre partes independientes en el libre mercado. Este aspecto, mencionado en el párr. 1.122 DPT, es obvio puesto que, si la operación vinculada tiene alguna operación independiente comparable, ya hubiese quedado acotada con precisión en el seno del análisis de comparabilidad en condiciones *at arm's length* y no procedería hablar de la recaracterización de la misma.

El test de racionalidad comercial comparte rasgos con los ajustes retrospectivos en el valor de intangibles transferidos a filiales del grupo recogidos en el Derecho tributario estadounidense conocido como *Commensurate With Income Standard*<sup>338</sup>. La finalidad del enfoque valorativo *ex post* estadounidense es atajar las operaciones intragrupo en las que matrices norteamericanas vendían a cambio de un precio fijo *-lump-sum payment-* un activo intangible a una filial extranjera del grupo, en la cual el activo se revalorizaba y comenzaba a generar unos beneficios acumulables en la filial que no se corresponden con el valor inicial de la operación de venta. Este enfoque ha sido históricamente considerado contrario al ALP por parte de la OCDE, aunque al final ha sido rescatado en las nuevas DPT post-BEPS en lo que atañe a los intangibles de difícil valoración<sup>339</sup>.

Por ello, el test de racionalidad comercial es el instrumento que surge en la doctrina OCDE para hacer frente a esas estructuras desde el pleno respeto al ALP. Si bien aquí no hay un enfoque retrospectivo en la valoración inicial de la operación, lo que se provoca es un ajuste en la estructura de la transacción que, según sostuvimos en páginas atrás, conduce irrevocablemente a un ajuste en la valoración de la transacción. De esta forma, los efectos entre el instrumento estadounidense y el de la OCDE son idénticos, pero divergen en que el

---

<sup>338</sup> Vid. en este sentido, BULLEN, A., *Arm's length transaction structures. Recognizing and restructuring controlled transactions in transfer pricing*, *op. cit.*, pp. 511-514; DE HOSSON, F. C., "Codification of the arm's length principle in the Netherlands Corporate Income Tax Act", *Intertax*, vol. 30, núm. 5, 2002, p. 195; GARCÍA PRATS, A., "Recaracterización de operaciones y normas antiabuso", *op. cit.*, pp. 638-639; KOFLER, G., "Article 9. Associated enterprises", *op. cit.*, p. 667; WITTENDORFF, J. "The transactional ghost of Article 9(1) of the OECD Model", *op. cit.*, p. 117.

<sup>339</sup> Vid. Párr. 6.186 y ss. y OECD, *Guidance for tax Administrations on the application of the approach to hard-to-value intangibles*, OECD Publishing, París, 2018, disponible en <http://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/guidance-for-tax-administrations-on-the-application-of-the-approach-to-hard-to-value-intangibles-BEPS-action-8.pdf> (último acceso: 04.07.2018). Este documento tiene como objetivo homogeneizar la aplicación del enfoque novedoso que se incluyó en las DPT con el fin de evitar escenarios de doble imposición económica como consecuencia de ajustes fiscales sustentados en este enfoque.

de la OCDE se muestra más sólido a la hora de justificarlo como un mandato emanado del *at arm's length standard*.

En lo que afecta a su composición, guarda un claro paralelismo con el art. 9.1 MC OCDE, lo cual demuestra la naturaleza hipotética del mismo y su conexión con el ALP<sup>340</sup>. Mientras el art. 9.1. MC OCDE habla de unión en sus relaciones comerciales o financieras por “condiciones aceptadas o impuestas que difieran de las que habrían acordado empresas independientes”, el párr. 1.122 DPT se refiere a acuerdos alcanzados en la operación que “difieren de los que habrían adoptado empresas independientes comportándose con lógica comercial en circunstancias comparables”.

Con arreglo a versiones anteriores de las DPT, en la cual existía un régimen dual de supuestos para la recharacterización, se había llegado a cuestionar si la racionalidad comercial sería un solapamiento con el criterio de prevalencia de la sustancia sobre la forma (*substance over-form principle*)<sup>341</sup>. Más allá de la viabilidad de esa duda, lo cierto es que las actuales DPT eliminan de pleno el debate al configurar un único supuesto que legitima el no reconocimiento y reemplazo de una operación vinculada, como es por irracionalidad comercial. Por ello, el motivo de irracionalidad comercial deberá tener un contenido autónomo y desligado del *substance-over-form principle* que ahora se halla incrustado en un estadio previo como es el análisis de comparabilidad.

Sostener lo contrario sería afirmar que ambos criterios buscan encontrar un mismo propósito y ello resultaría francamente exorbitante. La propia configuración post-BEPS obliga a concluir que son dos elementos distintos. Sin embargo, el problema que hallamos es que los ordenamientos jurídicos internos no tienen normas anti-abuso sustentadas en motivos de irracionalidad comercial, sino en el principio *substance-over-form* y/o *business purpose doctrine*. Este hecho dificulta la delimitación entre el criterio de la racionalidad comercial y el de la divergencia entre la sustancia económica y la forma. Si bien la OCDE parece abogar por mostrarlos como dos criterios diferentes -uno para el análisis de comparabilidad, el de sustancia sobre la forma, y otro como supuesto excepcional de recharacterización, el de irracionalidad comercial- no detalla específicamente cuál es el alcance y contenido del test de racionalidad comercial, dejándolo deliberadamente en manos

---

<sup>340</sup> No se confunda esta conexión que aquí manifestamos con el art. 9 MC OCDE en cuanto a su morfología con el de la habilitación o cobertura, la cual, como ya sostuvimos en el apartado correspondiente, nos resulta inexistente.

<sup>341</sup> Cfr. POGORELOVA, L., “Transfer pricing and anti-abuse rules”, *Intertax*, vol. 37, núm. 12, 2009, p. 691.

de la interpretación que las autoridades tributarias hagan del mismo conforme a sus normas o doctrinas jurisprudenciales internas.

Llegados a este punto, la pregunta que nos planteamos es evidente: ¿qué es un comportamiento comercialmente racional? Algunos autores han intentado concretar, no con demasiada precisión, el significado de este concepto. Así, un comportamiento racional desde un punto de vista comercial sería aquel que posee sentido empresarial (“*business sense*”) o sentido económico (“*economic sense*”) para el contribuyente; que no es manifiestamente contrario a los intereses comerciales (“*manifestly contrary to the commercial interests*”) del contribuyente; aquel que tenga una motivación principalmente comercial o no sea artificioso (“*primary commercial motivation or unnatural commercially*”); aquel que está impulsado por un interés o propósito empresarial (“*particular business need or purpose*”); o, que no tenga efectos antieconómicos para una de las empresas asociadas (“*uneconomic effects*”)<sup>342</sup>. Como acertadamente señala BULLEN<sup>343</sup>, estas expresiones son útiles como punto de partida, pero no pasan de ser meras reformulaciones. Poseen igualmente un alto contenido subjetivo que no beneficia en nada a la aplicación de la recaracterización como ajuste transaccional severo.

Por su parte, LIAUGMINAITE<sup>344</sup> propuso una definición para este concepto. A su juicio, un comportamiento racional desde un punto de vista comercial es aquel que “sería esperable de un agente empresarial inteligente, consciente y atento que actúa con el único propósito de obtener beneficios mediante su actividad”<sup>345</sup>. Esta definición guarda conexión con la doctrina del “gestor prudente y diligente” en su actividad empresarial formulada por la jurisprudencia alemana<sup>346</sup>.

Ante la falta de unas directrices más detalladas por la OCDE que expliquen el significado de este término, una definición como la señalada por este autor puede ser un interesante punto de referencia ampliamente aceptable por la comunidad internacional. Sin embargo, entendemos que la cuestión se torna en conflictiva en función de dónde se sitúe el

---

<sup>342</sup> Estas expresiones se hallan recopiladas en BULLEN, A., *Arm’s length transaction structures. Recognizing and restructuring controlled transactions in transfer pricing*, op. cit., p. 540.

<sup>343</sup> *Ibidem*.

<sup>344</sup> LIAUGMINAITE, G., “Recognition of the actual transactions undertaken”, op. cit., p. 127.

<sup>345</sup> La traducción al castellano es nuestra. La definición original es la siguiente: “*Therefore, commercially rational behaviour could be interpreted as behaviour that could be expected from intelligent, mindful and attentive entrepreneurs acting for the purpose of realizing particular business benefits*”.

<sup>346</sup> Cfr. Sentencia del *Bundesfinanzhof*, de 17 de febrero de 1993, I R 3/92. Citada en KOOMEN, M., “Transfer pricing in a BEPS era: rethinking the arm’s length principle-Part II”, op. cit., p. 236.

foco de análisis. Ese foco puede situarse en la racionalidad comercial sobre una empresa determinada del grupo, lo que denominaríamos enfoque particular, o bien en la racionalidad comercial de la transacción intragrupo sobre el grupo multinacional en su conjunto, mediante un enfoque global. Aquí es donde surgen zonas de fricción, puesto que hay operaciones dentro de las multinacionales que tienen, desde el punto de vista económico y empresarial, una lógica comercial como es la maximización del beneficio colectivo, pero que si se analizan puntualmente sobre una entidad concreta del grupo partícipe en dicha operación puede no resultar beneficiosa para sus propios intereses si la comparamos con hipotéticas operaciones entre partes independientes. O lo que es lo mismo, en este último caso, que sean operaciones con lógica desde el punto de vista empresarial para el grupo de empresas, pero no con lógica comercial a los efectos del párr. 1.122, el cual requiere un enfoque de empresa separada (*separate entity approach*) para un análisis *at arm's length*.

El comportamiento racional desde una vertiente comercial en su configuración a efectos de precios de transferencia requiere un par de aclaraciones que afectan a su aplicación. Se trata del carácter temporal y la delimitación objetiva o alcance de la práctica de su test.

En lo que al carácter temporal se refiere, la racionalidad comercial de una operación intragrupo ha de valorarse en el instante en el que las partes asociadas convergen en acordar la operación. Este elemento tiene mayor incidencia para la aplicación del test complementario de las opciones realmente disponibles, que como veremos en el siguiente apartado, debe circunscribirse a aquellas operaciones disponibles en el momento en el que se celebró la operación. Resulta evidente que la racionalidad comercial deja exigirse en el preciso instante en que se acuerda la operación pues de lo contrario si se retrasa a momentos posteriores como el de la efectiva ejecución de algunas de las prestaciones del acuerdo (por ejemplo, la creación de un intangible cuyo desarrollo era altamente incierto) la racionalidad comercial puede desvirtuarse respecto al momento inicial, falseando el mandato *at arm's length*.

El elemento objetivo o alcance del test concierne a la determinación de a qué nivel se aplica el mismo, si a nivel del grupo de empresas (enfoque global) o sobre la empresa asociada del grupo involucrada en la operación (enfoque particular). Es una consecuencia directa del ALP que la racionalidad comercial sea estudiada sobre la empresa asociada como si de una empresa independiente se tratase y no sobre el grupo. Este enfoque ha sido

ampliamente discutido por diversos autores, puesto que desconoce la realidad económica existente en una empresa multinacional o la llamada *theory of the firm*<sup>347</sup>. Como hemos manifestado anteriormente, ampliar el foco hacia el grupo multinacional para detectar si una operación intragrupo es o no racional comercialmente supondrá que la misma tenga sentido y lógica comercial. En este sentido, el test admite una mayor laxitud. Obligar a una empresa asociada a remunerar a otra empresa del grupo por la prestación de unos servicios una cantidad mayor que la que se acordaría en el libre mercado, deja a esa empresa particularmente en una situación desventajosa, pero en perspectiva del grupo posiblemente la operación tenga una justificación y resulte beneficiosa para el conjunto.

Como ha apuntado NAVARRO IBARROLA<sup>348</sup>, sostener que el test de racionalidad comercial se llegue a aplicar sobre el grupo de empresas es rebasar el contenido del ALP. El mandato *at arm's length* únicamente admite que la operación intragrupo sea tratada como una operación particular, en la que las partes han de sustentar sus acuerdos en la racionalidad comercial que empresas independientes alcanzarían. Sin embargo, las DPT post-BEPS han añadido un elemento novedoso en el párr. 1.122, posiblemente con el fin de atenuar las críticas al desconocimiento de la realidad económica existente en el funcionamiento de las empresas multinacionales. Se cierra el mencionado párrafo señalando un factor indiciario a tener en cuenta para estudiar la racionalidad comercial como es el de que “la posición del grupo de empresas multinacionales en su conjunto es peor antes de impuestos”. A nuestro juicio se produce una mezcla entre el enfoque particular, claramente predominante como consecuencia del ALP, y el enfoque global, posiblemente para atenuar las críticas existentes sobre la falta de consideración de la realidad económica en los grupos de empresas. No obstante, obsérvese que se trata de un mero indicio, según señalan las DPT. No es concluyente que porque la posición del grupo empresarial en su conjunto antes de impuestos sea peor la operación intragrupo es irracional comercialmente. La OCDE añade así un elemento más que fomenta la subjetividad a la hora de aplicar el instituto de la

---

<sup>347</sup> Según esta teoría, iniciada después de la Segunda Guerra Mundial por R. H. Coase, el comportamiento de las multinacionales que concluyen contratos intragrupo es enteramente racional dado que su objetivo es maximizar los beneficios reduciendo costes y siendo más eficientes gracias a las ventajas derivadas de su organización. Autores como DE LANGE, LANKHORST y HAFKENSCHIED van más allá y manifiestan que el comportamiento humano no siempre es del todo racional ya que está condicionado por factores externos. De este modo, no siempre las empresas independientes se comportan de un modo racional desde el punto de vista comercial. Por lo tanto, podemos estar exigiendo un nivel de racionalidad comercial a las operaciones vinculadas que se encuentra manipulado por partes independientes. Cfr. DE LANGE, M., LANKHORST, P. y HAFKENSCHIED, R., “(Non-) Recognition of transactions between associated enterprises: on behaving in a commercially rational manner, decision-making traps and BEPS”, *op. cit.*, pp. 91-92.

<sup>348</sup> NAVARRO IBARROLA, A., *Transactional adjustments in transfer pricing*, *op. cit.*, pp. 168-169.

recharacterización y que nuevamente nos hace sospechar que el contenido del ALP está siendo rebasado en la era post-BEPS, al menos tal y como ha sido definido tradicionalmente.

En resumen, la delimitación del concepto “comportamiento racional desde un punto de vista comercial” dista bastante de ser clara en la era post-BEPS. Pese a los intentos doctrinales por dotarlo de contenido autónomo, no se ha alcanzado un consenso en la comunidad internacional al respecto. En este sentido, lo razonable por nuestra parte es abogar por que la OCDE defina su significado, incluso con unas directrices específicas para lo que a operaciones intragrupo que involucran intangibles se refiere dentro del Capítulo VI de las DPT. La situación en el escenario post-BEPS es incluso más confusa para este último tipo de operaciones porque cuenta con dos indicios que pueden desembocar en una posible irracionalidad comercial. Por un lado, se abre la puerta a considerar la racionalidad comercial de la operación desde el punto de vista del grupo cuando se habla de la peor posición del grupo antes de impuestos como elemento presuntivo de irracionalidad. Y, por otro lado, siguiendo el párr. 6.114 DPT, cuando en virtud de las opciones realistas disponibles en el momento de la operación, el precio mínimo aceptable para el transmitente del intangible supere el precio máximo aceptable del comprador, puede existir irracionalidad comercial.

### **5.2.2. El test de las opciones realmente disponibles en el momento de celebrar la operación**

El test de racionalidad comercial se apoya para su apreciación en un test complementario conocido como el de las opciones realmente disponibles *-realistically available options standard-*. Se trata de un estándar que no es típicamente autóctono del instituto de la recharacterización a efectos de precios de transferencia, sino que su hábitat natural está en el seno del análisis de comparabilidad como criterio de aplicación pragmática del ALP. Sin embargo, la OCDE decidió rescatar su significado para reconfigurarlo, adicionalmente, como un instrumento más en la aplicación del supuesto de recharacterización por motivo de irracionalidad comercial en el párr. 1.122 DPT.

El concepto “opciones realmente disponibles” no comenzó a ser recogido en las DPT hasta la versión de 1995 y posteriormente, en actualizaciones posteriores fue aumentando su presencia en diversas partes de las DPT. Son claramente la importación a la doctrina OCDE del “*alternatives available standard*” de las regulaciones estadounidenses en precios de

transferencia<sup>349</sup>. Esta teoría aboga por habilitar al *Commissioner* a realizar un ajuste en el precio si este no reflejaba las opciones disponibles para cada una de las empresas asociadas, de tal forma que si la operación contenía unos términos que no hubieran sido aceptados por empresas independientes conforme a esas alternativas disponibles, el resultado de esa operación vinculada debía modificarse para entrar dentro de los parámetros *at arm's length*<sup>350</sup>. Su naturaleza no es la de un ajuste transaccional, sino la de un ajuste en la valoración cuando se tienen en cuenta, como criterio de comparabilidad, operaciones alternativas a la que originariamente emplearon las empresas asociadas.

La incorporación a las DPT se produjo cambiando ligeramente su nombre (opciones realísticamente disponibles) en un intento de marcar distancias con la doctrina estadounidense, si bien su misión era idéntica. Ese objetivo se circunscribe a la articulación del análisis de comparabilidad, principalmente. Si bien, existen diferentes áreas de las actuales DPT, entre ellas la recharacterización, en las que se hace referencia a las opciones realmente disponibles, lo cual no simboliza un significado diferente para cada área. Muy al contrario, el significado del concepto “opciones disponibles de un modo realista” debe ser homogéneo a lo largo de las DPT, ya que es una pieza importante en la aplicación del ALP<sup>351</sup>.

*Grosso modo* este estándar se localiza en dos materias claramente distinguibles a lo largo de las DPT. Por un lado, en la práctica del análisis de comparabilidad y el coetáneo ejercicio de definición precisa de la operación, y, por otro lado, en la recharacterización de las operaciones vinculadas. Dentro de su función como punto de apoyo en el análisis de comparabilidad, lo encontramos presente específicamente desarrollado en el análisis funcional en operaciones que involucran intangibles<sup>352</sup>; en el análisis funcional de los servicios intragrupo de bajo valor añadido como los relativos a prestaciones de servicios de I+D<sup>353</sup>; o, finalmente, en la definición de una reestructuración empresarial, en la cual partes

---

<sup>349</sup> Vid. al respecto, BULLEN, A., *Arm's length transaction structures. Recognizing and restructuring controlled transactions in transfer pricing*, op. cit., pp. 523-526.

<sup>350</sup> US Treasury Regulation sec. 1.482-1 (f) (2) (ii) (A): “*The Commissioner will evaluate the results of a transaction as actually structured by the taxpayer unless its structure lacks economic substance. However, the Commissioner may consider the alternatives available to the taxpayer in determining whether the terms of the controlled transaction would be acceptable to an uncontrolled taxpayer faced with the same alternatives and operating under comparable circumstances. In such cases the Commissioner may adjust the consideration charged in the controlled transaction based on the cost or profit of an alternative as adjusted to account for material differences between the alternative and the controlled transaction, but will not restructure the transaction as if the alternative had been adopted by the taxpayer*”.

<sup>351</sup> Cfr. PAREKH, S., “The concept of ‘options realistically available’ under the OECD Transfer Pricing Guidelines”, *International Transfer Pricing Journal*, vol. 22, núm. 5, 2015, p. 298.

<sup>352</sup> Vid. Párr. 6.52, 6.62 y 6.111.

<sup>353</sup> Vid. Párr. 7. 41.

independientes habrían valorado las opciones disponibles a la hora de realizar una operación y haber escogido la que mejor se adecuase a sus intereses<sup>354</sup>.

Dentro del análisis de comparabilidad se hace referencia a este concepto cuando, en el párr. 1.38 DPT, se menciona que las empresas independientes compararán la operación con el resto de las opciones realmente disponibles y únicamente acordarían la operación si no ven una alternativa mejor para alcanzar sus objetivos. De este modo, un comportamiento empresarial dentro del principio de plena competencia dicta que una empresa independiente realizaría la operación si no la coloca en una posición peor que la siguiente opción disponible en la lista, como pudiera ser, simplemente, el no realizar la operación.

El test de las opciones realmente disponibles en el preciso instante en que se concierta la transacción intragrupo requiere de tres aspectos a identificar por las Administraciones tributarias<sup>355</sup>.

En primer lugar, se debe identificar si empresas independientes, en situaciones económicas comparables, tendrían otras alternativas para estructurar la operación de un modo distinto al que han realizado las empresas asociadas. En este punto el enfoque no se sitúa únicamente en la empresa que está siendo objeto del análisis de precios de transferencia, sino también hay que tener presente la viabilidad de la alternativa para la otra parte de la operación. En este sentido, si no existen operaciones alternativas a la practicada significa que la que las partes asociadas han acordado es la única disponible, por lo tanto, satisface el test de racionalidad comercial y, en consecuencia, no cabe la práctica de un ajuste transaccional como es la recaracterización.

Si, por el contrario, se encuentran operaciones alternativas, el análisis deberá pasar al segundo requerimiento. En este caso se trata de la verificación de que dichas operaciones alternativas están disponibles de un modo realista. No se debe tratar de alternativas hipotéticas o ficticias, sino de alternativas reales que se encuentran al alcance y dentro de la legalidad para las empresas asociadas. El alcance de la disponibilidad o no de una operación

---

<sup>354</sup> Vid. Párr. 9.27 y ss.

<sup>355</sup> Cfr. GARCÍA PRATS, A., “Recaracterización de operaciones y normas antiabuso”, *op. cit.*, p. 643; LIAUGMINAITE, G., “Recognition of the actual transactions undertaken”, *op. cit.*, p. 129. BULLEN y PAREKH condensan el segundo y primer criterio, por lo que a su juicio la aplicación de este este involucra únicamente a dos pasos. Cfr. BULLEN, A., *Arm’s length transaction structures. Recognizing and restructuring controlled transactions in transfer pricing*, *op. cit.*, p. 543; PAREKH, S., “The concept of ‘options realistically available’ under the OECD Transfer Pricing Guidelines”, *op. cit.*, p. 300.

puede variar en función de si se toma en consideración a la empresa asociada en particular o al grupo empresarial. Las DPT nunca han aclarado tal aspecto, sin embargo, estimamos que siguiendo la lógica del ALP, basado en el principio de empresa separada, dicha disponibilidad de las operaciones debe estudiarse desde el enfoque particular de la entidad asociada.

Por último, en tercer lugar, una vez identificadas las operaciones disponibles de un modo realista, se debe determinar cuál de ellas es la que presenta un mayor atractivo para la empresa asociada respecto a la forma en que realmente se ha estructurado la transacción intragrupo.

El test de las operaciones realmente disponibles en el momento en que se celebra la operación intragrupo es, *prima facie*, un complemento para la articulación del motivo de recharacterización por irracionalidad comercial. Ya se ha expuesto con anterioridad la relativa subjetividad que puede entrañar el concepto “racionalidad comercial”. Por ello, las DPT recurren a este test como vía complementaria para explicar la racionalidad comercial desde el punto de vista de aquella posibilidad disponible de estructurar la operación de una forma distinta y más beneficiosa para el contribuyente que la que se ha adoptado. Sin embargo, lejos de la realidad, este test sigue añadiendo más subjetividad e incertidumbre. Continúa siendo un aspecto criticable, a la par que comprensible dada la dificultad de alcanzar un consenso internacional, que no se dote de un significado autónomo al test de las opciones disponibles de un modo realista. Continúa sin cerrarse la brecha entre la realidad económica que subyace en una empresa multinacional y que justifica la realización de operaciones intragrupo que, analizadas desde el prisma del ALP, carecen de racionalidad comercial y podrían estructurarse de forma más beneficiosa para el interés comercial particular de la entidad asociada que es objeto de inspección fiscal<sup>356</sup>.

Como ya estudiamos en el anterior apartado, la inclusión de aspectos que hagan focalizar el estudio de ambos test -el de racionalidad comercial y el de las opciones disponibles realísticamente- en la perspectiva del grupo multinacional, como por ejemplo la posición antes de impuestos del grupo de empresas, es traspasar la esencia del ALP que de

---

<sup>356</sup> Como señala LIAUGMINAITE, este test al final representa subjetividad y un ejercicio arbitrario por las autoridades tributarias que desemboca en doble imposición internacional que no es objeto de mitigación por la falta de ese aludido consenso internacional en el contenido de aspectos tan basilares para la recharacterización de operaciones vinculadas. Cfr. LIAGUMINAITE, G., “Recognition of the actual transactions undertaken”, *op. cit.*, p. 130.

continuar desembocaría en su desnaturalización. La falta de unas directrices más específicas en estos aspectos puede propiciar mayores disputas tributarias, puesto que las autoridades tributarias pueden definir contenidos diferentes para estos aspectos tan importantes que afecten a la práctica o no de un ajuste transaccional sin un criterio uniforme en el escenario internacional. Por lo tanto, en defecto de un acuerdo internacional sobre estas materias, la solución de la OCDE en la era post-BEPS es la de permitir la flexibilidad de estos desconociendo la concreción que debieran tener. En este sentido ¿cómo van a determinar las autoridades tributarias de cada país el elenco -si lo hubiere- de formas diferentes de estructurar una operación y que ofrecen un mejor resultado? Es un ejercicio que puede caer peligrosamente en la subjetividad y abocar al contribuyente a tener que contrarrestar mediante otros elementos probatorios que la perspectiva que ofrece la Administración tributaria es equivocada<sup>357</sup>.

### **5.3. La resiliencia del *at arm's length standard* en la recaracterización de operaciones**

La metodología aplicable en el proceso de recaracterización que las Administraciones tributarias pueden emprender sobre las operaciones vinculadas continúa pivotando, como no podía ser de otra manera, sobre la esencia del principio *at arm's length*. Como hemos visto anteriormente, un ajuste transaccional como la recaracterización, calificado en nuestra escala como el de mayor transgresión de los que afectan a las condiciones de la transacción intragrupo, surge como un mecanismo subsidiario y excepcional de respuesta frente a estructuras operativas entre empresas asociadas que impiden la valoración *at arm's length* de la misma.

En consecuencia, ante tal imposibilidad la solución que la OCDE propone es el de recaracterizar la operación; es decir, reformular el contenido de esta para integrarla dentro de los patrones del principio de plena competencia. Para ello, una vez que la operación se encuentra definida con precisión, si no muestra una racionalidad comercial esperable en operaciones comparables entre empresas independientes, teniendo presente las alternativas disponibles de modo realista, la recaracterización procederá. La recaracterización es mucho

---

<sup>357</sup> Se trata de materias que requieren el examen de expertos cualificados en materia comercial y teoría de organización de empresas, de la cual muchas Administraciones tributarias pueden no poseer los suficientes conocimientos. Por ello, como recoge BULLEN, debería ir abriéndose la puerta progresivamente a la utilización de expertos independientes a las autoridades tributarias que asesoren a estas en la realización de ajustes transaccionales, como ocurre con la Administración tributaria noruega. Cfr. BULLEN, A., *Arm's length transaction structures. Recognizing and restructuring controlled transactions in transfer pricing*, op. cit., p. 544.

más que reconstruir una operación a efectos fiscales de forma diferente a la documentada por las partes. Supone ignorar el Derecho privado aplicable, como las normas sobre propiedad intelectual, que regula la relación jurídica entre las empresas asociadas involucradas en una operación<sup>358</sup>.

Es bien conocido desde hace años, especialmente con la irrupción del comercio intragrupo de activos intangibles, que la existencia de operaciones comparables con las que satisfacer el mandato *at arm's length* es harto difícil si no imposible. Por ello, paulatinamente, la OCDE en sus Directrices ha ido abriendo la puerta a nuevos métodos basados en la comparación de beneficios o márgenes netos. Sin embargo, la realidad comienza a ser que la realización de un test empírico, buscando una operación comparable real entre empresas independientes, es infructífero y que nos estamos deslizado hacia la realización de un test hipotético del ALP<sup>359</sup>. No se trata de encontrar una operación comparable real, sino de confeccionarla *ex novo*, como si de un ejercicio de predicción se tratase. Las Administraciones tributarias deben hipotetizar cómo empresas independientes hubiesen estructurado la operación, con su respectiva lógica comercial y compararla con la que han documentado las empresas asociadas<sup>360</sup>.

A nivel jurisprudencial, son un referente a este respecto las sentencias dictadas por la *Federal Court of Appeal* y la *Supreme Court* de Canadá en el conocido caso *Canada v. GlaxoSmithKline*<sup>361</sup>. *GlaxoSmithKline Inc.* (GSK Canadá) era una sociedad del grupo multinacional *Glaxo* que empaquetaba y vendía un medicamento llamado *Zantac* para el tratamiento de úlceras estomacales. GSK Canadá tenía suscritos dos acuerdos de licencia y distribución respectivamente con otras dos filiales del grupo. Con *Glaxo Group Ltd.*, filial británica, tenía un acuerdo de licencia para el uso de la marca pagando un *royalty* correspondiente al 6% de las ventas de *Zantac*. Con *Adechsa GmbH*, una filial establecida

---

<sup>358</sup> Cfr. HENSHALL, J., "Difficult questions around recharacterisation", *Transfer Pricing International Journal*, vol. 14, núm. 8, 2013, p. 2 (documento electrónico).

<sup>359</sup> Sobre el test empírico e hipotético, *Vid.*, WITTENDORFF, J. *Transfer pricing and the arm's length principle in international tax law*, *op. cit.*, pp. 315-316; KOFLER, G., "The BEPS Action Plan and transfer pricing: the arm's length standard under pressure?", *op. cit.*, p. 661.

<sup>360</sup> Como ha venido criticando desde años atrás el Prof. AVI-YONAH, es cierto que una vez que abandonas la búsqueda de los denominados comparables reales carece de sentido continuar llamando a esa metodología *at arm's length*, porque sin comparables reales no puede saberse en la práctica forense qué estructuras hubiesen adoptado empresas independientes. Por lo tanto, el resultado que las Administraciones tributarias obtengan no será consistente con el ALP. Cfr. AVI-YONAH, R. S., "International Tax as International Law", *Tax Law Review*, vol. 57, núm. 4, 2004, pp. 499-500, disponible en <http://heinonline.org/> (último acceso: 01.04.2018) AVI-YONAH, R. S., "Back to the future? *Medtronic* and the future of transfer pricing", *International Tax Journal*, vol. 42, núm. 4, 2015, p. 41.

<sup>361</sup> 2010 FCA 201, de 26 de julio de 2010 y 2012 SC 52, de 28 de octubre de 2012, respectivamente.

en Suiza, tenía un acuerdo de suministro en virtud del cual esta proporcionaba a GSK Canadá el principio activo conocido como ranitidina para elaborar el producto farmacológico.

En el primer pronunciamiento, la *Tax Court of Canada* determinó que el precio de compra del principio activo pagado por GSK Canadá estaba por encima del que otras empresas farmacéuticas habrían pagado. El caso llegó a la primera apelación ante la *Federal Court of Appeal*, la cual determinó que el Tribunal fiscal no tendría que haber obviado el acuerdo de licencia de marca con la filial británica en su decisión. Sin embargo, el aspecto que más nos interesa destacar es que, de manera explícita, el órgano jurisdiccional de apelación interpretó que la normativa canadiense sobre precios de transferencia permitía que un resultado *at arm's length* estuviese sustentado en una concepción hipotética *-hypotetical arm's length test-*; es decir, ante la ausencia de operaciones comparables reales, dada la especialidad del principio activo farmacológico que había sido objeto de venta a una filial del grupo, el ALP permite construir una operación comparable que recoja lo que empresas independientes hubieran hecho en circunstancias comparables, en vez de sustentar el análisis en una verdadera operación independiente. El principal problema era que no existían operaciones comparables en las que el intangible transmitido, el principio activo ranitidina, fuese transmitido en el libre mercado. El pronunciamiento de la apelación ante la Corte Suprema canadiense al respecto ha sido calificado de “inseguro e inconsistente”<sup>362</sup>, puesto que no se pronuncia expresamente sobre la viabilidad del enfoque hipotético propuesto por el órgano de apelación, pero acaba admitiéndolo al hacer suyo parte del argumentario de la sentencia de apelación y reconocer la aplicación subsidiaria de otras metodologías que construyen un precio *at arm's length* cuando no es posible un comparable objetivo obtenido del mercado (*market-based comparable*)<sup>363</sup>.

Existen procesos de reestructuración empresarial en los que las multinacionales centralizan, entre otras funciones, riesgos y activos, la propiedad intelectual o su tesorería en una sociedad del grupo. Que estos modelos de organización no sean comunes entre empresas independientes no supone automáticamente que no sean respetuosas con el ALP. Igualmente, estos esquemas de reorganización empresarial no implican *per se* una causa de elusión fiscal; simplemente, el contexto económico y comercial en el que se hallan es distinto

---

<sup>362</sup> Vid. PICHHADZE, A., “The arm's length comparable in transfer pricing: a search for an “actual” or a “hypothetical” transaction?”, *World Tax Journal*, vol. 7, núm. 3, 2015, pp. 26-27 (documento consultado desde IBFD Tax Research Platform).

<sup>363</sup> Cfr. *Ibidem*.

al existente entre partes independientes<sup>364</sup>. Como expusimos en el capítulo segundo de este trabajo, el enfoque post-BEPS del análisis funcional ya permite “recalibrar” ciertos elementos para, en el seno de operaciones con intangibles, distribuir los beneficios conforme a lo que actualmente la OCDE establece que el ALP exige.

Sin embargo, ¿qué ocurrirá en aquellos escenarios en que una vez definida la operación se estime necesaria su recharacterización porque los acuerdos alcanzados en la operación difieren de los que habrían adoptado empresas independientes actuando de un modo racional desde el punto de vista comercial en circunstancias comparables? Pues que nuevamente relucirá un juicio hipotético del ALP. Es una obviedad que si la Administración tributaria llega hasta el instituto de la recharacterización es porque no existe un comparable real a la transacción intragrupo en el mercado. Por lo tanto, el nivel de racionalidad comercial, así como el de las potenciales operaciones disponibles alternativas, deberá ser construido *ex novo* por las autoridades tributarias. Este enfoque flexible que la OCDE ha dado al ALP, igual que en otras fases del análisis de precios de transferencia, en la fase de la recharacterización hace que este estándar internacional cada día sea más resiliente.

Ya no se comporta como requiere su esencia natural y primitiva como elemento que aboga por buscar comparables, sino que, por las propias características de la recharacterización, se ha de hipotetizar cuál es el comportamiento racional que practicarían empresas independientes. Se intenta buscar la racionalidad comercial que tendrían los acuerdos de empresas independientes para tratar de recharacterizar operaciones vinculadas que, por su propia idiosincrasia, tienen una naturaleza bastante diferente a las operaciones no vinculadas. Sin embargo, pese a las dudas que comienzan a aflorar en torno a la solidez del ALP, se piensa que el mismo no va a desaparecer<sup>365</sup>. De hecho, tras el Plan BEPS, el mismo sale reforzado como criterio de reparto de potestades tributarias entre Estados para gravar las rentas producidas de operaciones intragrupo. A nuestro juicio, pese a que sigue manteniéndose como el principio por antonomasia en fiscalidad internacional, ya señalamos anteriormente en este trabajo que el mismo está sufriendo una desmitificación en cuanto a sus postulados tradicionales. En este punto sería necesaria una mayor precisión, seguridad y objetividad. Los contribuyentes, pese a cumplir con las obligaciones documentales a efectos

---

<sup>364</sup> Cfr. ATKINSON, M. & MORRIS, E., “Report form the OECD consultation on business restructuring”, *Tax Planning International Transfer Pricing*, vol. 10, núm. 10, 2009, p. 12.

<sup>365</sup> Cfr. PETRUZZI, R., “The arm’s length principle: between legal fiction and economic reality”, *op. cit.*, p. 28.

de precios de transferencia y justificar que sus acuerdos poseen racionalidad comercial, no van a evitar, que si a juicio de la interpretación que realice la Administración tributaria competente, los mismos no tengan la lógica comercial que hipotéticamente tendrían los acuerdos de empresas independientes en situaciones económicas comparables, sufrir un proceso de recaracterización y ajuste de las rentas declaradas<sup>366</sup>.

## **6. LA RACIONALIDAD COMERCIAL A LA LUZ DE LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA**

Para cerrar el presente capítulo debemos referirnos en última instancia a las implicaciones que puede tener el Derecho de la UE, así como la interpretación que del mismo practica el Tribunal de Luxemburgo, sobre la temática de la recaracterización de operaciones intragrupo y la aplicación por las autoridades tributarias de los países miembros de la UE del concepto “racionalidad comercial”. De entrada debe señalarse que el TJUE ha jugado un papel interpretativo importante. En este sentido, el ALP es el estándar que guía toda recaracterización y se encuentra férreamente conectado a la doctrina anti-abuso de la UE; es decir, a la lucha del Derecho de la UE, tanto primario y como secundario, así como el Derecho doméstico de los Estados miembros, contra prácticas o conductas empresariales que, siendo artificiosas en su nacimiento, únicamente buscan el ahorro fiscal careciendo de cualquier tipo de motivo económico válido o justificación comercial, amparándose de manera abusiva en la libertad de establecimiento consagrada en el art. 49 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

Efectivamente, la libertad de establecimiento es la única que adquiere trascendencia a los efectos de analizar si las normativas nacionales respetan o no su contenido. Según reiterada jurisprudencia, cuando las disposiciones nacionales se refieran al trato tributario de una sociedad que mantiene vínculos de interdependencia o influencia real, de forma directa o indirecta, sobre otras sociedades establecidas en otros Estados miembros la libertad que resulta aplicable para medir la compatibilidad de la normativa nacional con el Derecho

---

<sup>366</sup> En Estados Unidos, el aumento de las inspecciones fiscales y ulteriores recaracterizaciones ha aumentado significativamente desde 2013. Por ejemplo, ilustrativos resultan los casos de ajuste fiscal en las operaciones vinculadas que realizaron con las empresas multinacionales *Ingersoll-Rand* y *Tyco* respectivamente. El IRS estadounidense recaracterizó los pagos de intereses debido a préstamos intragrupo por dividendos, lo que supuso una factura fiscal a la primera de USD \$700 millones y de USD \$1 billón a la segunda. Cfr. MENDOZA, A. “look at re-characterisation”, *Transfer Pricing International Journal*, vol. 15, núm. 4, 2014, p. 3 (documento electrónico).

originario de la UE sería la libertad de establecimiento<sup>367</sup>. En el ámbito de las operaciones vinculadas transfronterizas existe por naturaleza un ejercicio de la libertad de establecimiento dentro del mercado interior de la UE. Otras libertades, como por ejemplo la de circulación de capitales -art. 63 TFUE- no tienen cabida de manera autónoma. Si existiera una restricción a la libre circulación de capitales sería una consecuencia directa del obstáculo previo sobre la libertad de establecimiento<sup>368</sup>. Por estas razones, las cuestiones prejudiciales que han llegado al TJUE en casos concretos que han estudiado la compatibilidad de normas sobre precios de transferencia domésticas con las libertades fundamentales se han focalizado exclusivamente dentro del ámbito material de la libertad de establecimiento.

El objeto de las siguientes páginas será, en primer lugar, exponer sucintamente el origen del *business purpose test* o test de los motivos económicos válidos<sup>369</sup> para, en segunda instancia, concretar el alcance del mismo como herramienta de lucha contra prácticas abusivas que buscan eludir la realización del hecho imponible o erosionar la base imponible con el ALP. Para ello, primeramente se expondrá el alcance general de la doctrina jurisprudencial del TJUE referente al abuso del derecho en materia de fiscalidad directa y, posteriormente, su conexión con el ALP en los dos casos resueltos hasta la fecha relacionados con normativas nacionales de precios de transferencia. Por último, en tercer lugar, manifestaremos el impacto que tiene la libertad de establecimiento y la interpretación jurisprudencial que se ha hecho de la misma en conexión con la justificación comercial de una operación que, *a priori*, esté fuera del parámetro *at arm's length*.

### **6.1. Origen del *business purpose test* o test de los motivos económicos válidos**

La razón de ser de la doctrina del *business purpose* tuvo como fundamento la mitigación de estructuras jurídicas confeccionadas por los contribuyentes carentes de motivación comercial y económica con el único fin de lograr un ahorro fiscal. De esa manera, esta doctrina se aplica contra escenarios de elusión fiscal. Su origen se halla en la célebre sentencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos dictada en el caso *Helvering v. Gregory*<sup>370</sup>, en 1935. En la misma no se reconoció a efectos fiscales una reorganización

---

<sup>367</sup> Vid. por todas, ap. 21 y 22 de la STJUE de 13 de abril de 2000, asunto *Baars*, C-251/98. ECLI:EU:C:2000:205.

<sup>368</sup> Cfr. ap. 35 y 36 STJUE de 21 de enero de 2010, asunto *SGI*, C-311/08, ECLI:EU:C:2010:26.

<sup>369</sup> También conocido como test o examen del propósito negocial. Nos referiremos a ella indistintamente como *business purpose test/doctrine* o test de los motivos económicos válidos, en su traducción al castellano jurídico tributario.

<sup>370</sup> 293 US 465 (1935).

empresarial a través de transmisiones encadenadas de participaciones en el capital social calificada como artificiosa bajo el argumento de que carecían de un motivo comercial o corporativo propio (*no business or corporate purpose*), sino únicamente la finalidad de buscar un ahorro impositivo<sup>371</sup>. Una persona física, la señora Helvering, única accionista de una sociedad X cuyo patrimonio consistía, entre otros activos, en acciones en una sociedad Y, utilizó una reorganización societaria para articular la transmisión de las acciones en Y de titularidad de X hacía su propia persona. Para ello constituyó una sociedad intermedia a la cual transmitió las acciones y posteriormente la extinguió, recibiendo en la liquidación el paquete accionario. Por ello, se concluyó que lo que se produjo fue una transmisión de acciones enmascarada a través de una artificiosa reorganización societaria, carente de un propósito empresarial distinto al del ahorro fiscal. Lo determinante de esta doctrina no es que una operación esté motivada por un objetivo fiscal -visión subjetiva-, sino que la misma responda a un propósito empresarial o motivación económica -visión objetiva-<sup>372</sup>.

Del posterior desarrollo y aplicación de esta doctrina por los circuitos federales estadounidenses y la *Tax Court*, siguiendo el estudio realizado por MARÍN BENÍTEZ<sup>373</sup>, los elementos que se toman en consideración para valorar si una operación tiene un motivo económico distinto al del mero ahorro fiscal, son los siguientes:

1. La idoneidad y necesidad de la operación propuesta por el contribuyente para conseguir el objetivo alegado.

---

<sup>371</sup> STRENG, W.P. y YODER, L., “United States Report”, IFA, *Cahiers de Droit Fiscal International. Form and substance in tax law*, vol. 87a, 2002, p. 607.

Esclarecedor es el siguiente fragmento de la sentencia redactada por el Magistrado Sutherland: “*When subdivision (B) speaks of a transfer of assets by one corporation to another, it means a transfer made ‘in pursuance of a plan of reorganization’ of corporate business; and not a transfer of assets by one corporation to another in pursuance of a plan having no relation to the business of either, as plainly is the case here. [...] What do we find? Simply an operation having no business or corporate purpose- a mere device which put on the form of a corporate reorganization as a disguise for concealing its real character, and the sole object and accomplishment of which was the consummation of a preconceived plan, not to reorganize a business or any part of a business, but to transfer a parcel of corporate shares to the petitioner. [...] The transaction upon its face lies outside the plain intent of the statute. To hold otherwise would be to exalt artifice above reality and to deprive the statutory provision in question of all serious purpose*”.

<sup>372</sup> Cfr. PALAO TABOADA, C., *La aplicación de las normas tributarias y la elusión fiscal*, Lex Nova, Valladolid, 2009, p. 220. Como indica este autor, no debe confundirse los motivos, como la reducción de la carga tributaria, con el propósito o finalidad de la operación, que es lo que verdaderamente cuenta para esta doctrina.

<sup>373</sup> Cfr. MARÍN BENÍTEZ, G., *La relevancia jurídica de la motivación fiscal: influencia del “business purpose” en el ordenamiento tributario español*, op. cit., pp. 35-36.

2. El coste de oportunidad de las siguientes operaciones o inversiones alternativas más beneficiosas.

3. El comportamiento del contribuyente al entrar en la operación en comparación con el comportamiento que normalmente sigue en la toma de decisiones empresariales. Particularmente, en el caso *ASA Investering Partnerships v. Commissioner* se entendió que no existía un motivo económico válido cuando la posibilidad de obtener beneficios no es un factor para la decisión de realizar o declinar la operación.

Curiosamente la teoría jurisprudencial del *business purpose* forma parte en el Derecho tributario estadounidense de una doctrina más amplia como es la de la sustancia económica *-economic substance-*<sup>374</sup>. Esta ha sido exportada a los ordenamientos jurídicos occidentales con sustantividad propia a modo de umbral para legitimar la aplicación de las normas anti-abuso, exigiendo la demostración de un motivo económico diferente al fiscal en caso de utilizar operaciones artificiosas para que no resulten aplicables las consecuencias jurídicas que establezcan las normas anti-abuso. La doctrina de la sustancia económica en la jurisprudencia estadounidense se fija en el caso *Frank Lyon Co. v. United States* resuelto por el Tribunal Supremo<sup>375</sup>, aunque no fue hasta la interpretación que de la misma realizó la *Tax Court* en el caso *Rice's Toyota World, Inc. v. Commissioner*<sup>376</sup> cuando se introdujeron formalmente los dos requisitos que modelan esta doctrina. Por un lado, que la operación responda a factores o motivos económicos (*business purpose test*) adoptados por el contribuyente y, por otro lado, que la operación manifieste una sustancia económica, es decir, unos efectos económicos reales que traspasan la obtención o disfrute de una ventaja fiscal y modifican la posición económica de los sujetos involucrados en la operación. Si no se supera este doble test, la operación puede ser ignorada y recalificada a efectos fiscales<sup>377</sup>.

En su formulación originaria la doctrina emanada del caso *Helvering* adoptaba una visión objetiva que justifica que esta teoría lo que busca es una interpretación teleológica de

---

<sup>374</sup> La doctrina de la sustancia económica, de corte anglosajona, aboga principalmente por establecer el umbral de legitimidad de las planificaciones fiscales en la existencia de efectos económicos prácticos en las operaciones realizadas. Se trata de un juicio claramente objetivo que aboga por exigir una modificación en la posición del contribuyente desde el punto de vista económico, como puede ser el test del beneficio potencial que actúa como indicio de existencia de sustancia económica en la cláusula anti-abuso general estadounidense de la sección 7701 (o) (1) y (2) del *Internal Revenue Code*, introducida por la *US Health Care and Education Reconciliation Act* de marzo de 2010.

<sup>375</sup> 435 US 561 (1978).

<sup>376</sup> Apelación resuelta en el cuarto circuito federal. 752 F.2d 89 (4th Cir. 1985).

<sup>377</sup> Este doble test ha sido trasladado al Derecho positivo en la mencionada anteriormente nueva sección 7701 (o) del *Internal Revenue Code* que lleva por título “*clarification of economic substance doctrine*”.

las normas tributarias<sup>378</sup>. En este sentido, el no reconocimiento a efectos fiscales de la reorganización societaria y la consiguiente recalificación de las rentas conforme a su verdadera naturaleza se producía en el citado asunto porque hay un montaje artificioso por parte del contribuyente que no casa con el espíritu del precepto fiscal aplicable para las reorganizaciones empresariales, sino únicamente con el objetivo de reducir la factura fiscal de una transmisión de acciones desde una sociedad a una persona física. Sin embargo, algunos autores sostienen que la evolución jurisprudencial de esa doctrina hasta la fecha ha resultado dar preeminencia al factor subjetivo o intencional relativo a la intención del contribuyente. En tal sentido, la lupa se pone sobre la conducta del contribuyente para estudiar si la operación tiene una finalidad exclusiva o prevalentemente fiscal o económica<sup>379</sup>.

La efectividad de esta doctrina sobre los motivos económicos válidos en una operación dependerá del umbral de rigurosidad con la que se interprete. Una interpretación demasiado restrictiva en la que cualquier mínimo vestigio de motivo económico o justificación comercial alegada por el contribuyente sea suficiente para contrarrestar la motivación fiscal puede desembocar, paradójicamente, en la desnaturalización de esta doctrina. Su objetivo es luchar contra las conductas artificiosas que tienen por finalidad eludir la realización de los hechos imposables y/o reducir las bases imposables. Es una herramienta de lucha contra el fraude fiscal. No es, por lo tanto, extraño que esta doctrina sea la piedra angular de las actuales normas anti-abuso domésticas en materia tributaria.

## **6.2. El concepto de “montajes puramente artificiales” a la luz de la jurisprudencia del TJUE**

La potencial utilización de los precios de transferencia como un instrumento para erosionar las bases imposables y trasladar artificialmente los beneficios hacia jurisdicciones de menor tributación ha desembocado en el otorgamiento de un nuevo papel a las normas sobre precios de transferencia. Desde sus orígenes a principios de siglo XX se constituyeron como normas cuyo objeto era el reparto equitativo de bases imposables entre los Estados, pero desde hace varios años las normas domésticas sobre esta materia tienen un nuevo objetivo

---

<sup>378</sup> Cfr. RUIZ ALMENDRAL, V., *El fraude a la ley tributaria a examen. Los problemas de la aplicación práctica de la norma general anti-fraude del artículo 15 LGT a los ámbitos nacional y comunitario*, Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pp. 87-88.

<sup>379</sup> Cfr. en este sentido, MARÍN BENÍTEZ, G., *La relevancia jurídica de la motivación fiscal: influencia del “business purpose” en el ordenamiento tributario español*, op. cit., pp. 38-39 y ROSEMBUJ, T., “El abuso del derecho y la realidad económica”, *Quincena Fiscal*, núm. 5, 2008, p. 25.

como es el de evitar la elusión y evasión fiscal<sup>380</sup>. Ello es consecuencia de que se asocia cada día con más vehemencia las conductas abusivas, reprimidas en los ordenamientos tributarios mediante normas anti-abuso generales y especiales, con las estrategias de planificación fiscal intragrupo que surgen de sus políticas internas sobre precios de transferencia.

El Derecho de la UE y la interpretación que del mismo realiza el TJUE con el fin de adecuar las normas de los Estados miembros al mismo no es ajeno a la realidad de las conductas abusivas en materia tributaria. Desde hace veinte años se comenzó a utilizar por el máximo órgano jurisdiccional de la Unión el concepto de “montajes artificiosos” -*wholly artificial arrangements*- en el asunto *ICI*<sup>381</sup>, relativo a la transgresión de la libertad de establecimiento de aquellas normas nacionales que deniegan una ventaja fiscal por el hecho de que la mayoría de las sociedades filiales del grupo partícipes en una sociedad *holding* residan en otros Estados miembros distintos. Efectivamente, el Derecho de la UE no ampara conductas que buscan circunvenir con montajes puramente artificiosos las leyes fiscales nacionales y es obligación de los Estados miembros luchar contra prácticas de elusión y evasión fiscal, pero siempre de manera adecuada y proporcional respecto a las libertades fundamentales.

Esta noción inicial de montajes artificiosos fue depurada y precisada con la sentencia dictada en el célebre asunto *Cadbury Schweppes*<sup>382</sup>, en lo que a la fiscalidad directa se refiere, creándose un concepto propio de abuso del Derecho tributario de la UE que ha sido aplicado hasta nuestros días. Este caso es considerado la piedra angular de la construcción del TJUE en materia de abuso del Derecho de la UE<sup>383</sup>. Sintéticamente el Tribunal de Luxemburgo responde a la cuestión prejudicial planteada que una norma sobre transparencia fiscal es contraria a la libertad de establecimiento cuando obliga a incluir en la base imponible de una sociedad residente en un Estado miembro los beneficios obtenidos por una sociedad extranjera controlada, domiciliada en otro Estado miembro, cuando esos beneficios están sometidos en ese último Estado a un nivel de tributación menor que en el

---

<sup>380</sup> De un estudio de las normas sobre precios de transferencia y el ALP de diversos países europeos se llega a tal conclusión en BRAUNER, Y., “Transfer pricing and tax avoidance”, en DOURADO, A.P (Ed.), *Tax avoidance revisited in the EU BEPS context*, EATLP International Tax Series, vol. 15, IBFD, Amsterdam, 2017, p. 70.

<sup>381</sup> STJUE de 16 de julio de 1998, asunto *ICI*, C-264/96, ECLI:EU:C:1998:370.

<sup>382</sup> STJUE de 12 de septiembre de 2006, asunto *Cadbury Schweppes plc and Cadbury Schweppes Overseas Ltd. v. HMRC*, C-196/04, ECLI:EU:C:2006:544.

<sup>383</sup> Vid. MARTÍN JIMÉNEZ, A.J., “Hacia una concepción unitaria del abuso del derecho tributario de la Unión Europea”, BIB 2012\551 *Quincena Fiscal*, núm. 7, 2012, p. 2.

de la entidad residente, a menos que esa inclusión sea aplicable exclusivamente a los montajes puramente artificiales destinados a eludir el impuesto y el contribuyente pueda desvirtuar mediante elementos probatorios objetivos la presunción de artificiosidad. En este sentido es ilustrativo el apartado 55 de la sentencia, en la que el TJUE expone:

“De ello se deduce que para que una restricción a la libertad de establecimiento pueda estar justificada por motivos de lucha contra prácticas abusivas, el objetivo específico de tal restricción debe ser oponerse a comportamientos consistentes en crear montajes puramente artificiales, carentes de realidad económica, con el objetivo de eludir el impuesto normalmente adeudado sobre los beneficios generados por actividades llevadas a cabo en el territorio nacional.”

Por razones por todos conocidas, la construcción de un principio de prohibición del abuso de Derecho en el plano tributario por parte del TJUE ha influenciado notablemente el alcance de las normas anti-elusión generales y específicas de los diferentes Estados miembros<sup>384</sup>. El elemento subjetivo por parte del contribuyente que adopta una estructura

---

<sup>384</sup> Aunque no es un tema que vamos a desarrollar en este trabajo porque desbordaría el contenido del mismo, sí que debemos manifestar que existen dudas por parte de la doctrina en torno a la existencia de un verdadero principio de interdicción del abuso de Derecho en materia tributaria con un contenido homogéneo o unitario. La doctrina de la prohibición del abuso del Derecho de la UE -Derecho comunitario en otros tiempos- surge con la STJUE de 3 de diciembre de 1974, asunto *Van Binsbergen*, C-33/74 [ECLI:EU:C:1974:131], referida a la libertad de prestación de servicios. Tras posteriores sentencias, suponen un punto de inflexión las dictadas en los asuntos *Halifax* y *Cadbury Schweppes* con incidencia en el Derecho tributario. En el primer caso el abuso se realiza sobre una norma de Derecho de la UE y en el segundo caso sobre una norma nacional -materia no sometida a armonización- en donde una libertad fundamental de la Unión legitima o no la aplicación de una norma anti-abuso doméstica que intenta contrarrestar la conducta abusiva.

La STJUE de 21 de febrero de 2006, asunto *Halifax*, C-255/02 [ECLI:EU:C:2006:121] supone el primer estadio en la construcción de una doctrina anti-abuso en imposición indirecta. En ella se habla de “práctica abusiva” en el espectro IVA y somete su apreciación a un doble test formal y subjetivo. Desde el punto de vista formal, la utilización de una norma de Derecho de la UE, por ejemplo, cualquier precepto de la Directiva sobre IVA o su transposición equivalente en el Derecho nacional, de forma contraria a su verdadero objetivo. Y, desde el punto de vista subjetivo, que de su aplicación resulte una ventaja fiscal.

Meses más tarde, llegó la STJUE de 12 de septiembre de 2006, asunto *Cadbury Schweppes*, C-196/04, [ECLI:EU:C:2006:544] que afectó a la esfera de la imposición directa no armonizada. En concreto, a la compatibilidad de las normas anti-abuso nacionales con las libertades fundamentales, en este caso, con la de establecimiento. En ella se emplea el término “montajes puramente artificiales” como umbral para que resulte respetuoso con el Derecho primario de la Unión la aplicación de normas nacionales de Estados miembros que restringen alguna de las libertades de circulación. En esencia, esta sentencia continúa la línea de *Halifax* y obliga a identificar un motivo económico distinto al fiscal en las operaciones del contribuyente.

Finalmente, en el ámbito de la imposición directa armonizada, como por ejemplo a través de la Directiva 90/434/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990 -Directiva sobre fiscalidad de las reestructuraciones empresariales o Directiva fusiones- el TJUE ha empleado el término “motivo económico válido” como puede verse en las Sentencias de 17 de julio de 1997, asunto *Leur-Bloem*, C-28/95 [ECLI:EU:C:1997:369] y de 10 de noviembre de 2011, asunto *Foggia*, C-126/10 [ECLI:EU:C:2011:718], el cual sirve como umbral para presumir la existencia de abuso en una operación de reestructuración a los efectos de la Directiva. Por lo tanto, también en el ámbito de la imposición directa armonizada el TJUE viene reconociendo la prohibición de prevalerse abusivamente del Derecho de la UE, primario y secundario, mediante operaciones que responden genuinamente a un motivo de ahorro fiscal y no a uno de índole económica.

para sus operaciones artificiosas con relación a los resultados económicos esperables como es la obtención de una ventaja fiscal, en aras del principio de proporcionalidad, puede no jugar un papel indispensable para ignorar los efectos tributarios de una operación y recalificar la renta, puesto que se exige que la norma doméstica anti-abuso permita al contribuyente probar la existencia de motivos comerciales o económicos que justifican la celebración de la operación.

Por ello, compartimos la postura de reconocidos autores que reclaman una distinción más clara por parte del TJUE entre la motivación puramente fiscal de una operación y su carácter abusivo<sup>385</sup>. En esencia, se trata de dos supuestos distintos, ya que una operación puede hallarse exclusivamente motivada por el ahorro fiscal que se va a obtener de la misma, pero no por ello presentar elementos de artificiosidad, lo cual sería una clara economía de opción. En estos casos, la operación estará estructurada con un motivo comercial legítimo como tantas otras, sin que el fin puramente fiscal automáticamente deba etiquetar a la misma como abusiva<sup>386</sup>.

En síntesis, la construcción jurisprudencial de la prohibición de abuso del Derecho tributario en su faceta aplicable a la imposición directa no armonizada ha desarrollado dos

---

Con estos antecedentes es más que razonable que no haya una posición unánime por la doctrina en torno a considerar que existe un contenido unívoco de abuso del Derecho tributario de la UE. En primer lugar, porque la construcción jurisprudencial responde a escenarios bien distintos. Como hemos visto, en el caso de *Halifax, Foggia o Leur-Bloem* sí que se puede hablar de una prohibición directa del abuso de Derecho de la UE, en tanto que afectan a materias armonizadas. Sin embargo, en los casos que siguen la línea de *Cadbury Schweppes* lo que se analiza es la potencial compatibilidad de normas anti-abuso de los Estados miembros con las libertades fundamentales. En segundo lugar, y más importante a nuestro juicio, porque no se ha utilizado una terminología común. Siendo cronológicamente la primera sentencia la dictada en el asunto *Leur-Bloem*, el concepto “motivos económicos válidos” podría haber sido exportado a las posteriores dictadas en materia de IVA o imposición directa no armonizada. No obstante, entendemos que sí existe un mínimo común denominador entre todas estas construcciones jurisprudenciales que conforman un principio general de prohibición del abuso del Derecho en materia tributaria y que, a su vez, es el sustrato de las cláusulas anti-abuso que existen en Derecho comparado. Se trata, por una parte, de la artificiosidad de la operación, la cual utiliza un precepto normativo en contra de su verdadero espíritu y objetivo y, por otra parte, de la consecución de una ventaja fiscal como consecuencia de la operación. *Vid.* sobre este asunto las obras de MARTÍN JIMÉNEZ, A.J., “Hacia una concepción unitaria del abuso del derecho tributario de la Unión Europea”, *ult. op. cit.*; MARTÍN LÓPEZ, J., “Planificación fiscal agresiva y normas antiabuso en el derecho de la Unión Europea: análisis de las últimas tendencias”, BIB 2015\1255, *Quincena Fiscal*, núm. 8, 2015, pp. 1-22; PALAO TABOADA, C., “El abuso del derecho en materia tributaria en el Derecho comunitario europeo”, BIB 2017\542, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 61, 2017.

<sup>385</sup> *Vid.*, MARTÍN JIMÉNEZ, A.J., *ult. op. cit.*, p. 31; MARTÍN LÓPEZ, J., “Planificación fiscal agresiva y normas antiabuso en el derecho de la Unión Europea: análisis de las últimas tendencias”, *ult. op. cit.*, p. 22, y, NOCETE CORREA, F.J., “¿Es posible una planificación fiscal lícita y socialmente responsable en la UE?”, BIB 2016\810, *Quincena Fiscal*, núm. 5, 2016, p. 15.

<sup>386</sup> Como indica MARTÍN LÓPEZ, “la motivación fiscal ha de ser irrelevante en la verificación del abuso de derecho, mientras aquella no cristalice en un negocio jurídico desnaturalizado y sin causa, separada del fin que le es propio”. MARTÍN LÓPEZ, J., *ult. op. cit.*, p. 22.

elementos que deben concurrir cumulativamente para acreditar la existencia de una conducta abusiva del contribuyente que habilite a la Administración tributaria u órgano jurisdiccional a recalificar las rentas. Por un lado, la artificiosidad de la forma jurídica empleada en la transacción y, por otro, la inexistencia de un motivo económico, comercial o propósito empresarial<sup>387</sup>. Ambos elementos son concomitantes. La constatación del segundo elemento depende del empleo de negocios jurídicos estructurados en virtud de formas jurídicas que buscan un fin diferente al que realmente corresponde a las mismas.

Una vez que ya ha sido definido el alcance de la noción de artificiosidad y su conexión con las reglas anti-abuso, procedemos en los dos próximos subapartados a señalar los aspectos más importantes de la traslación de dicha doctrina sobre normativas que, en primer lugar, han tenido por objeto la lucha contra las prácticas de subcapitalización y, en segundo lugar, la erosión de las bases imponibles nacionales mediante la aplicación del ALP como parámetro calificador del abuso de Derecho en operaciones vinculadas.

### **6.2.1. El motivo económico válido o justificación comercial en casos no genuinos de precios de transferencia**

Progresivamente el TJUE ha ido estableciendo la conexión entre las normas sobre precios de transferencia, sustentadas en el principio de plena competencia, y la doctrina general anti-abuso que se ha ido construyendo para la imposición directa en la UE, la cual comparte las mismas raíces con la construida en materia de IVA. Es evidente que nos situamos en escenarios de operaciones intragrupo dentro de las fronteras del mercado interior y, como tal, las libertades fundamentales que garantiza el Derecho originario de la Unión son exigibles y actúan como una especie de “normas de salvaguarda” (*safe harbour rules*). De esta forma, como sostiene RUIZ ALMENDRAL<sup>388</sup>, dentro del mercado interior el *business purpose test* o test del motivo económico válido se convierte en un “test de libertades económicas”, pues si supera por parte de los intérpretes de las normas anti-abuso -entendamos *mutatis mutandis* también las normas nacionales sobre precios de transferencia- el test de artificiosidad y se demuestra que se está ejercitando una libertad fundamental -por ejemplo, en caso de operaciones intragrupo, la libertad de establecimiento- entonces la

---

<sup>387</sup> Cfr. NOCETE CORREA, F.J., “¿Es posible una planificación fiscal lícita y socialmente responsable en la UE?”, *op. cit.*, p. 15.

<sup>388</sup> Vid. RUIZ ALMENDRAL, V., “¿Tiene futuro el test de los «motivos económicos válidos» en las normas anti-abuso? (sobre la planificación fiscal y las normas anti-abuso en el Derecho de la Unión Europea)” en *Revista de Contabilidad y Tributación*, núm. 329-330, 2010, pp. 38-43.

operación estará justificada por el contribuyente y gozará de un motivo económico que desvirtuará la presunción de fraude.

Del cotejo de los pronunciamientos del TJUE en la resolución de cuestiones prejudiciales que le han sido planteadas por órganos jurisdiccionales encontramos un grupo de sentencias referentes a la compatibilidad de normativas domésticas contra el fenómeno de la subcapitalización, las cuales siguen el estándar *at arm's length*, con la libertad fundamental de establecimiento consagrada en el actual art. 49 TFUE. A nuestro juicio, existen dos fases distintas en el desarrollo de esta jurisprudencia.

En primer lugar, una fase de acercamiento del ALP a la doctrina del TJUE sobre la prohibición del abuso del Derecho tributario. Más concretamente, un acercamiento del ALP, no solo como criterio de reparto equitativo interjurisdiccional de rentas, sino también como un mecanismo de lucha contra las conductas abusivas en el plano comunitario. En definitiva, un factor vertebrador de la doctrina anti-abuso en materia de capitalización encubierta de filiales. Esta fase inicial se vislumbra en el asunto *Lankhorst* del año 2002<sup>389</sup>. En el litigio principal se cuestionaba la adecuación de una norma de subcapitalización alemana con la libertad de establecimiento a tenor de una operación de préstamo intragrupo en la que una matriz holandesa prestó una determinada cantidad a su filial alemana, a la cual se le denegó por las autoridades tributarias germanas la deducción de los intereses pagados a la matriz prestamista y fueron calificados como una distribución encubierta de dividendos en aplicación de dicha norma. El problema radicaba en que esa norma doméstica únicamente tenía por objeto operaciones transfronterizas. Los intereses pagados por una filial alemana en supuestos en los que la matriz prestamista también era residente en Alemania eran tratados como gastos y no como dividendos. Ante la constatación de un trato diferencial entre filiales residentes en atención a la residencia de la entidad asociada acreedora, el TJUE declara la existencia de un obstáculo a la libertad de establecimiento que no halla justificación en la lucha contra la evasión fiscal<sup>390</sup> por su carácter desproporcionado al presumir, sin permitir al contribuyente que demuestre que la operación posee razones comerciales, que se trata de

---

<sup>389</sup> STJUE de 12 de diciembre de 2002, asunto *Lankhorst-Hohorst*, C-324/00, ECLI:EU:C:2002:749.

<sup>390</sup> Como señala el ap. 33 de la mencionada Sentencia, así como reiterada jurisprudencia previa y posterior a la misma, una medida nacional que restrinja la libertad de establecimiento puede admitirse si persigue un objetivo legítimo compatible con el Tratado y está justificada por razones imperiosas de interés general. Además, es preciso que sea una medida adecuada para garantizar la realización del objetivo perseguido y que no exceda de lo estrictamente necesario para alcanzarlo. (En la misma línea, entre otras, SSTJUE de 15 de mayo de 1997, *Futura Participations y Singer*, C-250/95, ap. 26; de 6 de junio de 2000, *Verkooijen*, C-35/98, ap. 43; de 13 de diciembre de 2005, *Marks & Spencer*, C-446/03, ap. 35).

un montaje artificioso por el mero hecho de que la matriz esté domiciliada fuera de Alemania. En este sentido, el órgano jurisdiccional remitente comprobó que no había abuso y que el préstamo intragrupo del litigio principal pretendía reducir el alto endeudamiento de la filial alemana.

Aunque no se menciona expresamente que el ALP sea un parámetro para comprobar si la operación intragrupo de préstamo se califica o no como abusiva y, por lo tanto, procede la recalificación de las rentas pagadas en concepto de intereses por distribuciones de dividendos no deducibles en el impuesto de la sociedad filial, esta sentencia deja entrever que allí donde existan motivos comerciales que justifiquen el alejamiento del precio de una operación de lo que empresas independientes pactarían en situaciones de comparabilidad, no procedería la aplicación de la normativa anti-subcapitalización.

En segundo lugar, se produjo la llegada del momento de conexión plena del ALP con la doctrina del TJUE y su test de motivos económicos válidos para luchar contra las prácticas abusivas en el mercado interior. Llegó de la mano del asunto *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation* de 2007<sup>391</sup>, el cual ha encontrado continuidad en otros casos referentes a normas anti-subcapitalización como *Lasertec*<sup>392</sup>, nuevamente sobre la normativa alemana, y *Lammers & Van Cleeff*<sup>393</sup>, sobre la norma belga. Desde el punto de vista sustantivo, el planteamiento del litigio principal es similar al del asunto *Lankhorst*, aunque en este caso desde la perspectiva del Derecho británico. Se trata de operaciones vinculadas de préstamos concedidos a sociedades residentes en el Reino Unido por parte de sociedades domiciliadas en otros Estados miembros. La normativa anti-subcapitalización británica impide a las sociedades prestatarias residentes en Reino Unido la deducción de los intereses del préstamo, mientras que tal limitación no opera cuando la matriz prestamista sí está domiciliada en territorio británico.

El TJUE procede, para analizar el encaje de una medida nacional semejante con la libertad de establecimiento, a completar el test de proporcionalidad que debe ser cumplimentado como parámetro de justificación de la lucha contra prácticas abusivas como excepción a los tratos diferenciales entre filiales residentes en función de la residencia de sus matrices. De acuerdo con el mismo, conecta expresamente en el ap. 81 el ALP con la

---

<sup>391</sup> STJUE de 13 de marzo de 2007, asunto *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, C-524/04, ECLI:EU:C:2007:161.

<sup>392</sup> Auto del TJUE de 10 de mayo de 2007, asunto *Lasertec*, C-492/04, ECLI:EU:C:2007:273.

<sup>393</sup> STJUE de 17 de enero de 2008, asunto *Lammers & Van Cleeff*, 105/07, ECLI:EU:C:2008:24.

doctrina anti-abuso. Según dicho apartado, “el hecho de que una sociedad residente haya obtenido un préstamo de una sociedad no residente en condiciones que no se corresponden con lo que las sociedades de que se trata habrían acordado en condiciones de libre competencia constituye para el Estado miembro de residencia de la sociedad prestataria un elemento objetivo y verificable por terceros para determinar si la transacción de que se trata constituye, total o parcialmente, un montaje puramente artificial cuyo objetivo esencial es eludir la aplicación de la legislación tributaria de dicho Estado miembro”. Además, el ap. 82 expone que una normativa en tal sentido debe permitir al contribuyente la posibilidad de probar sin restricciones administrativas excesivas que la operación intragrupo se ha alejado el parámetro *at arm’s length* por motivos económicos válidos.

Como puede observarse, el ALP desempeña en estas operaciones intragrupo de préstamos remunerados una función de parámetro de verificación en la aplicación de las normas anti-abuso<sup>394</sup>, de tal manera que cualquier desviación del valor de los intereses pactados de aquellos que habrían sido acordados, en situaciones de comparabilidad, por empresas independientes lleva a presumir la existencia de una estructura abusiva y con finalidad de ahorro fiscal. Es un aspecto que, primeramente, corresponde verificar mediante el examen de los elementos objetivos de la operación a las Administraciones tributarias; sin embargo, la interpretación que se realiza de la libertad de establecimiento por el TJUE exige que el contribuyente -la filial prestataria- pueda acreditar mediante los procedimientos probatorios admisibles en su ordenamiento jurídico la existencia de motivos económicos y comerciales válidos que justifican tal separación del ALP. En consecuencia, la operación ya no sería declarada abusiva. También resulta interesante que parte de ese test de proporcionalidad que debe cumplir cualquier cláusula anti-abuso doméstica requiere que, en caso de que se demuestre fehacientemente la artificiosidad y el fin puramente fiscal de la operación vinculada, la recalificación como dividendos distribuidos solo puede afectar a aquellos intereses -renta- que exceden del principio de plena competencia -ap. 83-.

En conclusión, puede detectarse que el test de los motivos económicos válidos aplicado por el TJUE a escenarios de subcapitalización permite a los contribuyentes enervar la presunción de abuso cuando hay una desviación objetiva del principio de plena competencia en las condiciones del préstamo aportando pruebas que demuestren la

---

<sup>394</sup> Como señala el Profesor SCHÖN al hilo de esta sentencia, “*the arm’s length standard can be understood as a specific example of the ‘artificiality test’ under European law*”. Cfr. SCHÖN, W., “Transfer pricing issues of BEPS in the light of EU Law”, *British Tax Review*, núm. 3, 2015, p. 423.

razonabilidad comercial de la transacción. En esencia consiste en demostrar a la autoridad tributaria nacional que no existe una intención de trasvasar artificialmente los beneficios que obtiene una filial en un Estado a otras sociedades del grupo radicadas en otros Estados miembros con un tratamiento impositivo más benévolo que en el primero. Para ello, es obligación de los Estados construir legislaciones tributarias que no restrinjan excesivamente que en vía administrativa se aporten las justificaciones de índole comercial que permitan comprobar que la operación en no es abusiva.

### **6.2.2. El motivo económico válido o justificación comercial en casos genuinos de precios de transferencia: los asuntos *SGI* y *Hornbach-Baumarkt***

Como hemos señalado anteriormente, la doctrina europea de prohibición del abuso del Derecho tributario ha conectado con la aplicación del estándar *at arm's length*. Sin embargo, no sería hasta la sentencia dictada en 2010 en el asunto *SGI*<sup>395</sup> cuando se confirmó expresamente que el ALP juega un papel importante en el test de los motivos económicos válidos aplicado a normativas nacionales sobre precios de transferencia, con una función anti-elusiva<sup>396</sup>. Toda la doctrina vertida en ese asunto ha sido recientemente objeto de confirmación y aclaración en el asunto *Hornbach-Baumarkt*<sup>397</sup>, en lo que afecta al concepto “motivos comerciales” -*commercial justification*- por los que se realizó la operación.

En la sentencia del asunto *SGI*, el Tribunal de Luxemburgo analiza la adecuación con la libertad de establecimiento de una norma belga que incrementa la base imponible de sociedades luxemburguesas por la concesión de préstamos a sociedades residentes en otros Estados miembros sin interés remuneratorio -suponiendo una ventaja anormal o benévola- en la cuantía que hubieran supuesto dichas ventajas en caso de no haber existido. Dicho de otro modo, legitima a las autoridades tributarias belgas a realizar un ajuste en las bases imponibles por la cuantía que hubiera correspondido a dichos intereses conforme a condiciones de plena competencia. En los hechos del litigio principal, *SGI* es una sociedad holding belga que concede un préstamo a su filial francesa sin intereses. En aplicación de la normativa doméstica belga vigente en el momento de los hechos<sup>398</sup>, la Administración

---

<sup>395</sup> STJUE de 21 de enero de 2010, asunto *SGI*, C-311/08, ECLI:EU:C:2010:26.

<sup>396</sup> Cfr. SCHÖN, W., “Transfer pricing, the arm's length standard and European Union law”, en RICHELLE, I., SCHÖN, W. y TRAVERSA, E. (Eds.), *Allocating taxing powers within the European Union*, Springer, Berlin, 2013, p. 92.

<sup>397</sup> STJUE de 31 de mayo de 2018, asunto *Hornbach-Baumarkt*, C-382/16, ECLI:EU:C:2018:366.

<sup>398</sup> Art. 26, párr. segundo, 1º del *Code des Impôts sur les Revenues*:

tributaria añade en la base imponible las cantidades correspondientes a un interés ficticio que debería haber percibido de su filial francesa, estimado, conforme a las condiciones de plena competencia, en un 5% del capital prestado.

La cuestión prejudicial planteada por el órgano jurisdiccional belga consiste en preguntar si las normas referentes a la libertad de establecimiento o de libre circulación de capitales deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa doméstica en la que las ventajas anormales (*unusual*) o benévolas (*gratuitous*) se gravan como beneficios de la sociedad residente cuando esta las ha concedido a una sociedad establecida en otro Estado miembro con la que existe asociación, mientras que si se conceden dichas ventajas a una sociedad residente en territorio belga no se produce la imposición de las mismas.

Los dos primeros aspectos que resuelve el TJUE para proceder al verdadero análisis del caso son el referente a concretar qué libertad fundamental se entiende aplicable al caso y si ha existido una restricción de la misma. En lo que atañe a la primera cuestión, el TJUE remarca que la normativa afecta solo de manera directa a las disposiciones del por aquel entonces Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea referentes a la libertad de establecimiento porque existen vínculos de interdependencia entre las sociedades caracterizado por el ejercicio de una influencia efectiva (STJUE de 13 de abril de 2000, asunto *Baars*, C-251/98). En lo referente a la segunda cuestión, es evidente que existe un trato diferencial entre sociedades belgas en función de la residencia de la entidad vinculada a la que conceden esas ventajas anormales o benévolas. Como hemos señalado, si la ventaja se concede a una sociedad no residente, la ventaja queda gravada en el impuesto sobre los beneficios empresariales de la sociedad belga; por el contrario, si la ventaja se concede a una entidad asociada belga, no se produce tal imposición. Ese tratamiento es menos favorable para las sociedades belgas del primer caso, creando un trato discriminatorio por el mero hecho de mantener una participación sustancial en el capital de una sociedad residente en otro Estado miembro, lo cual puede desincentivar a ejercitar el derecho de establecimiento a través de filiales en el mercado interior.

---

“Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 54, en el caso de que una empresa establecida en Bélgica conceda ventajas anormales o benévolas, éstas se añadirán a sus beneficios propios, salvo cuando las ventajas se atribuyan para determinar las rentas de los beneficiarios sujetas al impuesto.

Sin perjuicio de la excepción contenida en el párrafo primero, se añadirán a sus beneficios propios las ventajas anormales o benévolas que una empresa establecida en Bélgica conceda:

1º a los sujetos pasivos a los que se refiere el artículo 227 y con los cuales la empresa establecida en Bélgica tenga, directamente o indirectamente, cualquier vínculo de interdependencia”.

Esa restricción puede resultar admisible si persigue un objetivo legítimo compatible con el Tratado, está justificada por razones imperiosas de interés general, es una medida adecuada al objetivo y a la par es proporcional. En este punto el TJUE valora que se halle justificada la medida belga, por un lado, en el aseguramiento de un reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros, y, por otro lado, en la prevención de la evasión fiscal. En cuanto al primer objetivo, es novedosa la aplicación que del mismo se hace en materia de operaciones transfronterizas internas. Justifica la medida belga en atención al reparto equilibrado del poder tributario porque entiende que en función del territorio en el que se localice una filial, el Estado miembro donde reside la sociedad que concede las ventajas estaría obligado a renunciar, al ser el Estado de residencia, a gravar los rendimientos de esa sociedad, en beneficio del Estado miembro donde se encuentra la sociedad beneficiaria. Por ello, una normativa como la de este caso protege que haya un reparto equilibrado de la potestad tributaria porque reconduce la imposición hacia el Estado miembro donde se localiza la entidad concedente de la ventaja.

En cuanto a la prevención del fraude fiscal, la misma justifica una restricción a la libertad de establecimiento cuando tiene por objeto específico contrarrestar los montajes puramente artificiales para eludir la norma tributaria de un Estado miembro. La normativa controvertida es adecuada para luchar contra esas prácticas artificiosas. En lo referente a la proporcionalidad de la misma, el TJUE aplica la jurisprudencia existente en los casos anteriores de normas anti-subcapitalización.

En esta línea, podemos sintetizar de la siguiente forma la doctrina esencial que emana de esta sentencia. Una normativa no va más allá de lo necesario para alcanzar los objetivos de reparto equilibrado de la potestad tributaria entre Estados miembros y la prevención de la evasión cuando, para determinar si es artificiosa con finalidad fiscal:

1. Se presuma la vulneración del ALP. Es decir, que la transacción va más allá de lo que empresas independientes en situaciones de comparabilidad hubieran convenido.

2. La carga de probar la existencia de una ventaja anormal o benévola recaiga sobre la Administración tributaria.

2. Se permita al contribuyente aportar prueba sobre los motivos comerciales que justifican la celebración de la operación. Destacamos el último matiz porque no se trata, a nuestro modo de entender, de aportar razones (objetivas o subjetivas) de que la operación

vinculada tenga un precio diferente al de plena competencia, sino acreditar que existen razones y motivos económicos por los que se llevó a cabo la operación. Dichos motivos pueden ser de una tipología muy variada, como la búsqueda de la eficiencia dentro del grupo, el rescate financiero de una filial, entre otras.

3. Si se constatará la vulneración del ALP y no se acreditaran motivos comerciales que justifiquen tal alejamiento, el ajuste fiscal que se realice únicamente debe recaer sobre la parte de la renta que exceda del parámetro *at arm's length*. Por ejemplo, en los casos de préstamos intragrupo, como ya señalamos anteriormente, que el excedente calificado como intereses por el contribuyente sea la única porción de renta que se recharacterice como una distribución de dividendos.

La *ratio decidendi* recogida en *SGI* ha sido corroborada en un supuesto fáctico similar, resuelto en el reciente asunto *Hornbach-Baumarkt*. De esta manera, en el momento actual existen dos pronunciamientos del TJUE sobre la adecuación de normas internas sobre precios de transferencia con las libertades fundamentales de la Unión. Sin embargo, *obiter dicta* el Tribunal de Luxemburgo ha alterado la aplicación del ALP de manera indirecta. Las cuestiones prejudiciales no tenían por objeto la interpretación de este estándar internacional. Lo que ha sucedido es que inevitablemente la conexión del mismo con la temática sobre precios de transferencia ha ocasionado tácitamente que los pronunciamientos del Alto tribunal europeo le hayan afectado.

Los hechos del asunto *Hornbach-Baumarkt* consisten en la concesión de garantías, sin remuneración a cambio, por parte de una sociedad alemana a sus filiales holandesas. *Hornbach-Baumarkt*, con residencia fiscal en Alemania, ante el déficit de fondos propios de dos sociedades filiales establecidas en los Países Bajos y su imposibilidad de acceder al mercado bancario para obtener financiación, suscribe una serie de garantías con entidades bancarias independientes en virtud de la cual se compromete a garantizar su participación social en las entidades holandesas y a poner a disposición de las mismas, si fuera necesario, todos los medios financieros para que cumplan sus obligaciones con la entidad bancaria prestamista. La Administración tributaria germana, al cotejar que ha suscrito tales garantías gratuitamente, aplicando la normativa vigente en ese momento, regulariza su situación fiscal añadiendo en la base imponible declarada de su impuesto sobre beneficios empresariales la cuantía que hubiera percibido una sociedad independiente que en el libre mercado hubiera suscrito tales garantías a una sociedad con la que no tenía vínculos ni influencia. Dicho de

otro modo, se entendió que en un escenario presidido por el principio *at arm's length*, empresas independientes hubieran establecido una remuneración para la parte que se obliga como garante de la otra frente a terceros.

El litigio principal del asunto *Hornbach-Baumarkt* se circunscribe a la compatibilidad con la libertad de establecimiento de la normativa alemana vigente en el momento de los hechos por la que se habilita a la Administración tributaria a rectificar las rentas declaradas por una sociedad alemana por la concesión a una entidad vinculada, con residencia en otro Estado miembro, de una serie de ventajas en condiciones diferentes a las que se habrían otorgado entre empresas independientes, mientras que cuando esas ventajas se conceden a sociedades residentes en el mismo Estado miembro -en este caso Alemania- no se permite la rectificación de esas rentas.

Como ya hemos mencionado anteriormente, esta sentencia confirma de pleno todos los argumentos que se siguieron en el asunto *SGI*. Se afirma que en un caso como el planteado existe una obstaculización a la libertad de establecimiento, en tanto que esas regularizaciones tributarias se realizan exclusivamente cuando las ventajas se han concedido a sociedades establecidas en otros Estados miembros distintos al de residencia de la concedente. Nuevamente, los dos objetivos que actúan como justificación de tal restricción son el del aseguramiento de un reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros y la prevención de la evasión fiscal.

En este sentido, las medidas nacionales que restrinjan dicha libertad de establecimiento han de ser proporcionales y no ir más allá de lo necesario para conseguir los dos objetivos mencionados. Por ello, desde *SGI* se requiere que cuando exista la sospecha de que una operación infringe las condiciones de plena competencia, por un lado, el contribuyente pueda demostrar, sin restricciones administrativas excesivas, los motivos comerciales que justifican el alejamiento con tal estándar y, por otro lado, la medida fiscal correctora se limite a la parte que supere lo que habrían acordado empresas independientes.

Hasta este punto, la sentencia *Hornbach-Baumarkt* no aporta nada nuevo más que ratificar una línea jurisprudencial. Sin embargo, la novedad del asunto es que se analiza si entre esos motivos comerciales que el contribuyente puede aportar se encuentran razones económicas que derivan de la propia relación asociativa con la otra parte. La cuestión no es baladí porque supone dilucidar si una infracción del ALP en una operación vinculada puede

justificarse mediante motivos comerciales que responden a un enfoque global del propio grupo.

Como señaló el Gobierno alemán en sus alegaciones, el concepto “motivos comerciales” debería interpretarse en el contexto del principio *at arm's length*. De esta manera, las razones económicas que deben ser relevantes en un análisis de precios de transferencia serían las que derivan del principio de entidad separada; es decir, desde el enfoque particular que hemos mencionado a lo largo de este trabajo. Un enfoque global de esos motivos basado en la justificación comercial que puede existir de la operación por parte del grupo multinacional en su conjunto iría en contra de la naturaleza del ALP.

Sin embargo, estas alegaciones no han sido atendidas por el Tribunal de Luxemburgo, el cual señala en sus apartados 54 y ss. que entre esos motivos comerciales pueden estar aquellos que buscan el saneamiento para lograr la supervivencia de sociedades filiales extranjeras, concediendo una serie de ventajas que derivan de operaciones intragrupo que extrañamente se darían entre empresas independientes en el libre mercado<sup>399</sup>.

En nuestra opinión, las sentencias dictadas en los asuntos *SGL* y *Hornbach-Baumarkt* marcan una aplicación del ALP y la posible recharacterización de operaciones vinculadas transfronterizas exclusivamente celebradas dentro del mercado interior más benévola para los intereses de las empresas multinacionales. Es más comprensible con la realidad económica que subyace en todo grupo multinacional, puesto que se atribuyen más garantías al contribuyente para justificar el apriorístico desvío de la transacción del ALP por razones comerciales o motivos económicos válidos. Aun así, habría que esperar que el TJUE tenga nuevas oportunidades de pronunciarse nuevamente sobre aspectos de precios de transferencia y aporte más luz sobre otros tipos de motivos comerciales que podrían desvirtuar la presunción de artificiosidad. En definitiva, actualmente es una labor de las autoridades tributarias y, en su caso, de los órganos jurisdiccionales domésticos el de cotejar

---

<sup>399</sup> Procedemos a reproducir el ap. 56 de la sentencia dada su claridad: “En tales circunstancias, pueden existir motivos comerciales relacionados con la posición de asociado de las sociedades extranjeras del grupo que ocupa *Hornbach-Baumarkt AG*, que justifican la conclusión de la operación controvertida en el litigio principal en condiciones que divergen de las condiciones usuales entre terceros. En efecto, como la continuación o la expansión de las actividades de las citadas sociedades extranjeras dependía, a falta de fondos propios suficientes, de una aportación de capital, la concesión a título gratuito de escritos de intenciones que incluían una declaración de garantía, aunque sociedades independientes entre ellas hubieran convenido una remuneración como contraprestación de dichas garantías, podría explicarse por el propio interés económico de *Hornbach-Baumarkt AG* en el éxito comercial de las sociedades extranjeras del grupo, en el que participa mediante la distribución de los beneficios, y mediante una cierta responsabilidad de la demandante en el litigio principal, como asociada, en la financiación de esas sociedades”.

qué motivos son aceptables y cuáles no. Además, las legislaciones de los Estados miembros deben garantizar que los contribuyentes puedan presentar, sin excesivas cargas administrativas, los eventuales motivos comerciales que han llevado a realizar tal operación y que se aparta de las condiciones *at arm's length*.

### **6.3. Impacto de la traslación del test de los motivos económicos válidos sobre el ALP en operaciones intragrupo dentro de la UE a los efectos de la recharacterización**

El resultado de la jurisprudencia del TJUE existente sobre esta materia objeto de estudio es que los contribuyentes -los grupos de empresas internacionales- tienen cerrada la posibilidad de trasladar artificialmente beneficios en el mercado interior europeo estableciendo montajes puramente artificiales que persiguen únicamente el ahorro fiscal y no una motivación comercial o de generar beneficios. El ALP es una herramienta para la declaración de abuso de una operación vinculada transfronteriza.

En particular, la doctrina resulta particularmente interesante puesto que limita la posibilidad de recharacterizar transacciones intragrupo que tienen lugar dentro de las fronteras de la Unión Europea. Es habitual que las Administraciones tributarias entiendan que cualquier desviación en una operación vinculada de las condiciones que exige el estándar *at arm's length* responde automáticamente a una conducta abusiva que busca la consecución de un resultado BEPS. Es un prejuicio consustancial a la defensa de la soberanía fiscal de un Estado, el cual emplea todas las herramientas legislativas y jurídicas que tiene a su alcance para recuperar ingresos tributarios. Sin embargo, no siempre toda desviación responde a esta finalidad. La organización interna de los grupos multinacionales responde a factores de eficiencia y generación de beneficios en perspectiva grupal que difícilmente encuentran explicación conforme a las reglas del libre mercado y la competitividad. En esta línea, es bien conocida la estrategia de planificación empresarial en la que se centralizan los activos intangibles y los fondos dinerarios en una sociedad del grupo, la cual licencia dichos activos a otras sociedades instrumentales o bien aporta la financiación para actividades de I+D a cambio de la titularidad de los activos resultantes.

¿Merece este esquema arquetípico la consideración de “montaje puramente artificial” en el sentido de la jurisprudencia del TJUE? Mientras que la OCDE lo intenta atajar recurriendo a una aplicación que excede los límites del ALP, tal y como expusimos en el anterior capítulo de esta obra, en el plano de la UE existe, al menos, la garantía de que el

contribuyente que ha sufrido un ajuste de precios de transferencia pueda rebatir el presunto carácter abusivo y aportar las razones comerciales que le han llevado a apartarse del mandato *at arm's length*.

Compartimos la visión de CALDERÓN CARRERO y GARCÍA-HERRERA BLANCO<sup>400</sup> en virtud de la cual el TJUE está dando prevalencia a los motivos comerciales subjetivos para que los contribuyentes desvirtúen la presunción de abuso de su operación, pero es evidente que esta vía puede ser un mecanismo, al menos en el plano europeo, para lograr el tan ansiado reclamo de que en los análisis de precios de transferencia intragrupo se tome en consideración la realidad económica que subyace en un grupo y que es muy diferente a lo que ocurre entre empresas independientes. El ejercicio de la libertad de establecimiento dentro de la UE parece que modula y flexibiliza la rigidez del ALP en su concepción por la OCDE. Las desviaciones sobre el ALP responderán a motivos comerciales allí donde se demuestre que se justifican en la operativa interna del grupo multinacional como manifestación de su ejercicio a la libertad de establecimiento garantizada por el Derecho originario de la UE. Al final el TJUE está señalando a las autoridades tributarias el camino a seguir y no es otro que el de valorar las razones comerciales internas, adoptando una visión colectiva y no una particular como hace la OCDE, que conducen a documentar y estructurar jurídicamente una operación en un determinado sentido que es contrario al ALP<sup>401</sup>.

De este modo, la racionalidad comercial se analizaría en operaciones transfronterizas dentro de la UE con un enfoque global. Con que exista racionalidad comercial dentro del grupo, bastaría para que la Administración tributaria nacional se abstuviera de practicar una recharacterización de la operación. Para ello, sería exigible una normativa tributaria interna que permita al contribuyente, sin excesivas cargas administrativas, aportar y probar las razones comerciales o motivos económicos de su operación. Por el contrario, en la OCDE esa racionalidad comercial se exige a nivel particular de la entidad analizada como consecuencia del ALP y del enfoque de empresa separada, aspecto que sigue siendo puesto en tela de juicio porque desconoce la realidad interna de las empresas multinacionales.

---

<sup>400</sup> CALDERÓN CARRERO, J.M. y GARCÍA-HERRERA BLANCO, C., “La doctrina del TJUE sobre el principio de plena competencia al hilo de la sentencia de la High Court británica en el caso ‘Test Claimants in the Thin Cap’: el test comunitario de los motivos comerciales y sus implicaciones”, *Revista de Contabilidad y Tributación*, núm. 332, 2010, pp. 63-65.

<sup>401</sup> Cfr. en el mismo sentido SCHÖN, W., “Transfer pricing, the arm's length standard and European Union law”, *op. cit.*, p. 96.

En conclusión, quizás pueda hablarse de un enfoque particularizado en el mercado interior de la UE no solo para los ajustes valorativos, sino también para las recaracterizaciones en los precios de transferencia. Un enfoque que podría confrontar con el de la OCDE puesto que sería más laxo al admitir, esencialmente, que por el mero ejercicio de la libertad fundamental de establecimiento se justifica comercialmente una operación que tiene presuntos indicios de abuso. Sin embargo, no debemos pasar por alto que el TJUE no ha señalado un listado de supuestos motivos económicos que dan racionalidad comercial a este tipo de operaciones, más allá de la concesión a título gratuito de garantías a filiales del mismo grupo para garantizar su viabilidad financiera futura. Por lo que la incertidumbre puede acrecentarse si, pese a que las legislaciones internas reconocen al contribuyente su derecho a aportar estos motivos, las autoridades tributarias interpretan que no son suficientemente sólidos como para desvirtuar una recaracterización. ¿Puede justificarse el no establecimiento de intereses, lo cual es una operativa diferente a situaciones de plena competencia, por el hecho de que se busca sanear financieramente a una sociedad filial sin que haya una finalidad de traslado artificial de beneficios de una jurisdicción a otra? Esto es precisamente un motivo de justificación de tipo subjetivo que acabará estando en manos de la autoridad tributaria nacional para determinar su idoneidad o no como causa de justificación de la transgresión del principio *at arm's length* en las condiciones pactadas de la operación.

## CAPÍTULO IV

### LA RECARACTERIZACIÓN DE OPERACIONES VINCULADAS CON ACTIVOS INTANGIBLES EN DERECHO TRIBUTARIO ESPAÑOL

#### 1. PLANTEAMIENTO

En los anteriores capítulos se ha expuesto una visión particular acerca de lo que el mandato *at arm's length* proyecta en la actualidad sobre la definición precisa y la recaracterización de las operaciones particulares o reestructuraciones intragrupo que involucran activos intangibles. De los mismos se deduce que el actual régimen jurídico internacional de los precios de transferencia es el reflejo de la postura emanada de la OCDE en el ambicioso proyecto BEPS. En lo que a este trabajo atañe, los resultados nos muestran que las empresas multinacionales deben corregir sus políticas internas sobre precios de transferencia si no desean conculcar las nuevas DPT que, gracias a su influencia y criterio inspirador de las legislaciones domésticas sobre la materia, son aplicables por muchas jurisdicciones fiscales del mundo.

Uno de los desafíos en la fiscalidad internacional ha sido la estrategia de centralización de los modelos de negocio, como son los casos de la centralización de los activos intangibles, en una misma sociedad del grupo. Como tuvimos ocasión de exponer en el segundo capítulo, se trata del modelo *IP holding*. Las nuevas DPT herederas del enfoque post-BEPS pretenden contrarrestar los efectos perniciosos que sobre las bases imponibles de los Estados implicados produce la confección de estas entidades centralizadoras carentes de sustancia, puesto que su capitalización es inversamente proporcional al número y cualificación de su personal y a las funciones que dentro de la cadena de valor realizan. Ello se traduce, en esencia, en un desplazamiento de las rentas que originan los intangibles en otros territorios de mayor presión fiscal hacia estas grandes sociedades tenedoras de intangibles, las cuales, a la postre, se hallan localizadas en territorios de reducida tributación que ofrecen regímenes fiscales preferenciales para este tipo de activos.

Las EMNs pueden tener legítimas razones para apostar por modelos de centralización económica. El principal motivo podría ser el ahorro de costes y mejora de la eficiencia en la gestión de los intangibles (propiedad intelectual del grupo), por ejemplo, centralizando en

una sociedad el registro de las patentes con personal laboral cualificado al respecto, concediendo las respectivas licencias para el uso de la propiedad intelectual a otras sociedades operativas del grupo (manufactureras y distribuidoras), gestionando de forma unitaria y central los posibles procesos judiciales por reclamaciones contra vulneraciones de los mencionados derechos de propiedad intelectual, garantizándose una respuesta homogénea del grupo ante los posibles casos que pudieran afectar a otras sociedades del grupo, o garantizando la protección de los intangibles ante posibles escenarios de insolvencia de otras compañías del grupo, de tal forma que la propiedad legal de los mismos se concentra en una misma sociedad saneada y con bajo riesgo de sufrir insolvencias<sup>402</sup>.

Llegados a este punto, ¿cuáles son los mecanismos articulados por la comunidad internacional para intentar contrarrestar estas prácticas BEPS? Como tuvimos ocasión de analizar, podemos afirmar que esos instrumentos son, en primer lugar, el nuevo enfoque dado al ejercicio de definición precisa de la operación, especialmente al análisis funcional, y, en segundo lugar, de manera subsidiaria y excepcional, el mecanismo de la recharacterización por irracionalidad comercial de una operación entre partes asociadas. El primero pivota sobre un enfoque novedoso en la aplicación del ALP. Los beneficios generados dentro de un grupo multinacional por la explotación de los activos intangibles son repartidos, según un enfoque sustancialista, entre las entidades del grupo que han participado en la generación de valor; es decir, aquellas que han realizado y controlado funciones, específicamente las SPF que actúan como una especie de puntos de conexión fiscal de rentas con un territorio, entre las que han aportado activos y las que han asumido y controlado riesgos con personal capacitado al respecto.

El propio análisis de comparabilidad conforme al principio de plena competencia exige internamente una descripción precisa de la operación, en la cual se pretende por encima de todo que aflore la realidad o sustancia económica de la operación particular o reestructuración intragrupo. De esta manera, las Administraciones tributarias pueden ignorar los acuerdos contractuales y la documentación aportada por el contribuyente y proceder a practicar una reasignación de los riesgos ligados a la creación de intangibles hacia aquella entidad del grupo que verdaderamente ejerce con personal cualificado funciones de control y cuenta con los recursos patrimoniales necesarios para responder frente a los mismos. De

---

<sup>402</sup> Vid. estos motivos y otros en QUIQUEREZ, A., "Intellectual property holdings companies: an international legal perspective", *Intellectual Property Quarterly*, núm. 4, 2013, pp. 307-308.

la misma forma, pueden realizar una relocalización de rentas hacia aquella entidad que entienden está realizando funciones significativas en la generación de valor del intangible a lo largo de la cadena o replantear la atribución de beneficios a una sociedad del grupo que únicamente aporta financiación a otra empresa dedicada a las labores de I+D.

Cualquiera de estos ajustes puede provocar una modificación en la naturaleza y estructura de la operación<sup>403</sup>. Adviértase que no se trata únicamente de ajustes valorativos, sino que, desde nuestra perspectiva, se trata de ajustes transaccionales de tipo recaracterizador que desembocan inexorablemente en ajustes en los precios de transferencia y las bases imponibles. Efectivamente no se trata de una recaracterización -no reconocimiento y/o sustitución de la operación- en términos puros y oficiales por el único motivo existente desde las DPT 2017 como es la irracionalidad comercial, como establece el párr. 1.122 DPT. Se trata de ajustes transaccionales implícitos en el análisis funcional que en la era pre-BEPS se articulaban como un motivo de recaracterización más. En consecuencia, sostenemos que son ajustes transaccionales encubiertos que de realizarse por las autoridades tributarias domésticas pueden circunvenir la aplicación de una norma doméstica expresa que habilite la recaracterización o a la previa declaración de abuso de la transacción o estructura de planificación del grupo con arreglo a una norma anti-elusión.

Las estrategias de planificación fiscal de centralización de intangibles y demás recursos patrimoniales, como las que emplean una *IP holding* y una *cash-box*, tienen por objetivo financiar el desarrollo de intangibles y almacenar su propiedad en una sociedad del grupo. Desde esa entidad se concertan acuerdos de licencia con otras sociedades operativas del grupo, radicadas en territorios de mayor presión fiscal, a cambio de *royalties* para conseguir -de manera deseada o indeseada- un traslado de los beneficios imponibles de las jurisdicciones de alta fiscalidad hacia las de nula o baja tributación. Es verdaderamente discutible que su naturaleza sea abusiva a la luz de lo que este concepto jurídico indeterminado comprende en las normas anti-abuso domésticas. Responden más bien a la explotación de oportunidades de arbitraje fiscal que han existido en las últimas décadas. Ciertamente, se trata de modelos de planificación fiscal internacional que conjugan una política de precios de transferencia habitualmente calificada como abusiva. No por ello ha de tratarse de conductas de elusión fiscal, sino más bien de lo que ha irrumpido con fuerza

---

<sup>403</sup> Cfr. PENTTILÄ, S. & ISOMAA-MYLLYMÄKI, A., “Centralization of intangibles and transfer pricing under BEPS and Finnish tax law”, *European Taxation*, vol. 58, núm. 2-3, 2018, p. 91.

en los últimos tiempos y que parece situarse a medio camino entre una planificación fiscal legítima y lícita -economía de opción- y la elusión fiscal<sup>404</sup>. Nos estamos refiriendo a la planificación fiscal agresiva<sup>405</sup>, la cual comparte bastantes rasgos con la elusión fiscal en lo que a los medios para combatirla atañe. Estos mecanismos de combate son las cláusulas antiabuso, generales o especiales<sup>406</sup>.

En España, el marco jurídico para luchar contra las prácticas abusivas se encuentra en los arts. 13 -referente a la calificación-, 15 -conflicto en la aplicación de la norma

---

<sup>404</sup> Tampoco ayuda a la distinción entre planificación fiscal agresiva y lo que no lo es la implementación del deber de comunicación de ciertos esquemas potencialmente agresivos a través del nuevo art. 8 bis bis bis añadido a la Directiva 2011/16/UE a través de la reforma operada por la Directiva 2018/822 del Consejo, de 25 de mayo de 2018. La Directiva pretende captar los esquemas de planificación fiscal transnacionales que los llamados promotores o intermediarios fiscales, como por ejemplo los asesores fiscales, han diseñado y van a poner a disposición de sus clientes para su efectiva e inmediata implementación. El nuevo modelo de comunicación pivota sobre una serie de indicios: genéricos y específicos. Esos indicios se tratan de una serie de características que, en caso de concurrir en los esquemas ofertados, provocan el devengo inmediato de la obligación de comunicación a la Administración tributaria de los mismos. La mayoría de los indicios (letras A, B y C) requieren que se cumpla un test de propósito principal. Este test objetiva la exigencia de comunicación y presume la agresividad de ciertos esquemas de planificación cuando se constata que van a proporcionar al contribuyente una ventaja fiscal. Sin embargo, existe entre esos indicios uno de índole específica para los precios de transferencia al que no se le aplica el test del propósito principal. Como ya reseñamos en el primer capítulo en una nota al pie, esos indicios específicos se circunscriben a operaciones vinculadas transfronterizas en las que se utiliza un “puerto seguro”, es decir una normativa de precios de transferencia que permite un régimen simplificado para determinar los precios de transferencia mediante métodos abreviados, los que transfieren intangibles catalogados de difícil valoración y, finalmente, los esquemas que suponen reestructuraciones intragrupo de funciones, riesgos o activos. En esta última característica se incluirían los esquemas de centralización de la propiedad intangible del grupo. Resulta llamativo que su mera realización sea tratada desde el prisma del Derecho de la Unión como una operación agresiva que, en consecuencia, debe ser comunicada antes de que se implemente efectivamente por el cliente. Además, sin exigir tan siquiera que del mismo se vayan a producir ventajas fiscales, como el ahorro de impuestos. Sobre estos indicios véase RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J., *Revelación de esquemas de planificación fiscal agresiva: directiva de intermediarios financieros*, op. cit., pp. 70-71.

<sup>405</sup> El concepto de planificación fiscal agresiva empleado por BEPS no define qué entender por “agresiva” o “abuso”. Coincidimos con MARÍN BENÍTEZ en que en lo que a precios de transferencia ha afectado el plan BEPS -Acciones 8-10- se infiere que la mera estructuración de operaciones intragrupo que explotan las oportunidades de arbitraje fiscal es un indicio de abuso. Cfr. MARÍN BENÍTEZ, G., “El concepto de planificación fiscal agresiva en BEPS: una visión comparada con los conceptos de abuso de Derecho de la Unión y Derecho español”, en ALMUDÍ CID, J.M., FERRERAS GUTIÉRREZ, J.A. y HERNÁNDEZ GONZÁLEZ-BARRÉDA, P.A. (Dirs.), *El Plan de Acción sobre erosión de bases imponibles y traslado de beneficios (BEPS): G-20, OCDE y Unión Europea*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, p. 92.

<sup>406</sup> Es interesante destacar, como señala el Profesor MARTÍN JIMÉNEZ, que el énfasis que la nueva versión de las DPT ponen sobre la realidad y sustancia económica de las transacciones intragrupo parece convertir a las normas sobre precios de transferencia en un mecanismo de lucha contra la elusión fiscal que está adentrándose en un terreno reservado para las normas anti-abuso generales, de tal manera que paulatinamente puede producirse una sustitución de esos mecanismos tradicionales para luchar contra prácticas abusivas en el terreno específico de los precios de transferencia. Desde nuestro punto de vista, será determinante la postura que adoptan los Estados al ir implementando -si lo llegan a hacer- y aplicando el nuevo enfoque post-BEPS así como las posibles divergencias en cuanto a lo que puede ser entendido como una práctica abusiva o no, desde el punto de vista de las distintas jurisdicciones. Cfr. MARTÍN JIMÉNEZ, A.J., “Tax avoidance and aggressive tax planning as an international standard – BEPS and the ‘new’ standards of (legal and illegal) tax avoidance”, en DOURADO, A.P (Ed.), *Tax avoidance revisited in the EU BEPS context*, EATLP International Tax Series, vol. 15, IBFD, Amsterdam, 2017, pp. 42-43.

tributaria- y 16 -simulación- de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre General Tributaria<sup>407</sup> (LGT, en lo sucesivo). El art. 15 contiene los postulados básicos de las normas anti-abuso generales (GAAR) con las que se dotan muchos de los ordenamientos tributarios nacionales. Podemos entender por abuso del Derecho tributario aquella conducta que origina una ventaja fiscal al contribuyente al emplear un acto jurídico impropio -forma- que tiene unas consecuencias tributarias diferentes a lo que su verdadera sustancia manifiesta<sup>408</sup>. Las GAARs permitirán que las Administraciones tributarias recalifiquen la operación para aplicar la norma tributaria correspondiente a su verdadera naturaleza.

Particularmente, la normativa española en materia de ajustes en los precios de transferencia se halla en el art. 18.10 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (LIS)<sup>409</sup> y 17 a 19 del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades (RIS)<sup>410</sup>. Para la legislación española, las DPT, pese a su naturaleza de *soft law*, son un criterio interpretativo e inspirador, aspecto ampliamente confirmado por la Administración tributaria y la jurisprudencia sobre la materia. Como tendremos ocasión de analizar en profundidad, la Administración tributaria española y los máximos órganos judiciales han venido abogando por la práctica de recaracterizaciones de operaciones intragrupo mediante la aplicación directa del art. 9 del CDI correspondiente en virtud del criterio interpretativo e inspirador que la cláusula recaracterizadora tenía en las DPT. En ocasiones, se ha planteado tímidamente en alguna resolución judicial que la Administración tributaria debería haber recurrido previamente a la declaración de conflicto en la aplicación de la norma tributaria - art. 15 LGT-, simulación -art. 16 LGT- de la transacción o bien haber ejercitado la aplicación del precepto referente a la calificación -art. 13 LGT-. No obstante, la regla predominante ha sido la no aplicación de la GAAR contenida en la LGT para la práctica de un ajuste transaccional, lo cual entra en conflicto con el hecho objetivo de que el art. 9 de los Convenios es exclusivamente una norma de valoración, no una norma de calificación que habilite a ignorar y sustituir la estructura y condiciones de una operación por otra en sustento del ALP.

---

<sup>407</sup> BOE núm. 302 de 18 de diciembre de 2003.

<sup>408</sup> Cfr. PISTONE, P., “The meaning of tax avoidance and aggressive tax planning in the European Union Tax Law: some thoughts in connection with the reaction to such practices by the European Union”, en DOURADO, A.P (Ed.), *Tax avoidance revisited in the EU BEPS context*, EATLP International Tax Series, vol. 15, IBFD, Amsterdam, 2017, p. 75.

<sup>409</sup> BOE núm. 288 de 11 de noviembre de 2014.

<sup>410</sup> RD 634/2015, de 10 de julio. BOE núm. 165 de 11 de julio de 2015.

Aunque en el seno del análisis funcional, incardinado en el ejercicio de definición precisa de la transacción, ya se depuran gran parte de los problemas BEPS gracias a, como hemos señalado anteriormente, recaracterizaciones encubiertas, la recaracterización del párr. 1.122 DPT puede seguir resultando aplicable a supuestos muy ocasionales en estas estructuras de centralización de intangibles<sup>411</sup>. Véase en este sentido el no reconocimiento que proponen las DPT en el ejemplo segundo (párr. 1.128) de una operación intragrupo de venta de futuros intangibles creados durante un determinado periodo de tiempo por medio un pago único. La irracionalidad comercial de la misma, una vez que empresas independientes no acordarían eso en situaciones de comparabilidad, obliga a la Administración tributaria a recaracterizar la operación como un contrato de prestación de servicios de investigación, ajustándose en consecuencia los pagos conforme al verdadero valor de los intangibles creados.

Es cierto que no hay jurisprudencia en España sobre ajustes transaccionales y operaciones intragrupo basadas en los modelos *IP holding*. No obstante, ello no nos impide trazar en las próximas páginas un estudio particularizado de esta materia, puesto que los pronunciamientos judiciales existentes combinados con el enfoque post-BEPS de la recaracterización y el reciente art. 18.10 LIS pueden ser desde nuestro punto de vista un punto de partida para vislumbrar cuál puede ser la posición de los tribunales españoles en casos en que filiales nacionales hayan transmitido sus intangibles a una sociedad holding extranjera y automáticamente suscriban un acuerdo de licencia por el uso de los intangibles a cambio de un *royalty*.

El presente capítulo tiene por objetivo ofrecer nuestra posición sobre cuál es la naturaleza jurídica de la cláusula recaracterizadora de las DPT -párr. 1.122- y su “homóloga” en el derecho doméstico recogida en el apartado 10 del art. 18 LIS. En primer lugar, estudiaremos las posibles formas que pueden existir para que las autoridades fiscales practiquen una recaracterización para este tipo de estructuras centralizadoras. En segundo lugar, las relaciones entre el marco jurídico de la GAAR española y la aplicación de la recaracterización por la vía del art. 18.10 LIS. A estos efectos, resultará interesante distinguir

---

<sup>411</sup> Como señala GONZÁLEZ DE FRUTOS, “lo que importa no es que sea relativamente atípica o no, sino si la operación, tal como se ha delineado con referencia a los hechos y circunstancias, tiene la lógica económica que se observaría en acuerdos celebrados entre partes independientes en circunstancias económicas comparables”. *Vid.* GONZÁLEZ DE FRUTOS, U., “El proyecto BEPS y la reforma de los precios de transferencia”, en CORDÓN EZQUERRO, T. (Dir.), *Fiscalidad de los precios de transferencia (operaciones vinculadas)*, 2ª ed., CEF, Madrid, 2016, p. 168.

entre la (re)-calificación de rentas y la recharacterización, las cuales suceden habitualmente en escenarios diferentes y no coincidentes obligatoriamente. Finalmente, concluirá el presente capítulo con el estudio del posible carácter de cláusula anti-abuso específica del art. 18 LIS -más concretamente su párrafo décimo en su conexión interpretativa con el párr. 1.122 DPT- así como con la correspondiente propuesta *de lege ferenda* que a nuestro juicio sería deseable introducir en la normativa española sobre operaciones vinculadas. El objeto de la propuesta es lograr una norma doméstica con un desarrollo más preciso y detallado en torno a los ajustes de tipo recharacterizador de tal manera que los contribuyentes ganen en seguridad jurídica.

## **2. POSIBILIDADES EN TORNO AL MARCO JURÍDICO HABILITADOR DE LA RECARACTERIZACIÓN**

La realización del ajuste transaccional más invasivo de los posibles en materia de precios de transferencia es la recharacterización -ignorancia y/o sustitución de una operación intragrupo por otra-, tal y como se ha detallado en el capítulo anterior. En un contexto comercial globalizado, en el que la economía digital ha exacerbado la creación de valor empresarial a través de los activos intangibles, las empresas multinacionales han de modificar de la forma más breve y eficaz posible sus políticas internas sobre precios de transferencia con el objeto de evitar ajustes fiscales por parte de las Administraciones tributarias, especialmente de un amplio elenco de Estados comprometidos con la aplicación de los resultados del Plan BEPS.

La aplicación de una recharacterización requiere que se aclare cuál es la cobertura jurídica o título habilitante para su práctica por las Administraciones. Se trata de una cuestión jurídica que carece de una práctica homogénea dada la heterogeneidad de los sistemas jurídicos que existen en el mundo. Las líneas jurisprudenciales existentes a nivel doméstico son un factor añadido a la complejidad por lo que la cuestión se acaba desarrollando en un entramado heterogéneo de fórmulas jurídicas que habilitan ese ajuste transaccional.

El presente apartado procede a sistematizar en tres los posibles marcos jurídicos que dan cobertura a dicha práctica, dos de los cuales guardan relación con el Derecho tributario español. En primer lugar, detectamos la realización de ajustes transaccionales a través de la aplicación directa del art. 9.1 del CDI aplicable, incluso en conexión con las DPT que actúan como fuente interpretativa del mismo, tal y como la comunidad internacional parece

aceptar<sup>412</sup>. En segundo término, podemos encontrarnos con una habilitación emanada directamente de normas de Derecho doméstico, tanto de rango legal como reglamentario. En ellas se contendrían los supuestos que dan lugar a la práctica de una recharacterización de una operación vinculada. Finalmente, en tercera instancia, se abordará una de las fórmulas más extendidas en Derecho comparado y que también es la utilizada por la LIS española -art. 18.10-. Se trata de una cobertura jurídica general para la realización de ajustes correctivos sobre las operaciones intragrupo desalineadas con el mandato *at arm's length*. En este último marco jurídico existen dudas sobre si es una cobertura normativa suficiente para que una Administración pueda cumplir con el principio de legalidad en el ejercicio de sus potestades administrativas. Este hecho acrecienta las dudas sobre la pertinencia de dotar al art. 9.1 del CDI correspondiente de una aplicación directa y que cubra tal ajuste transaccional -en la línea de la primera categoría- o bien recurrir a una GAAR doméstica para asegurar la legalidad de la actividad administrativa.

El ALP tiene una función dual en el fenómeno recharacterizador. Por un lado, garantiza que las operaciones intragrupo se estructuren y doten de la racionalidad comercial predicable en transacciones económicamente comparables entre empresas independientes; y, por el otro lado, asegura que la Administración tributaria no va a extralimitarse en su función recharacterizadora y consiguiente valoración de la operación, puesto que los resultados, es decir el ajuste primario de las rentas que adopte la autoridad tributaria deberá estar obligatoriamente dentro del mandato *at arm's length*, tal y como exigirá el art. 9.1 del CDI aplicable. Esto garantiza que los contribuyentes no sufran un ajuste transaccional arbitrario.

Incluso, podría justificarse que si el art. 9.1 MC OCDE no da cobertura jurídica, tal y como venimos sosteniendo a lo largo del trabajo, a un ajuste transaccional -excepto en escenarios de subcapitalización en donde parece dotarse a este precepto con un propósito anti-elusorio-, el ALP, ínsito en ese apartado, no sería exigible en la nueva forma jurídica que la autoridad tributaria establezca como sustituta de la documentada por las partes. Dicho en otros términos, que el resultado de la recharacterización no sea obligatoriamente idéntico al que se visualizaría en empresas independientes en situaciones comparables. Sin embargo,

---

<sup>412</sup> Cfr. CALDERÓN CARRERO, J.M., "The OECD Transfer Pricing Guidelines as a source of tax law: is globalization reaching the tax law", *op. cit.*, pp. 5-6; VEGA, A., "International governance through soft law: the case of the OECD Transfer Pricing Guidelines", *Max Planck Institute for Tax Law and Public Finance*, Working Paper 5, 2012, pp. 19- 27, disponible en <https://ssrn.com/abstract=2100341> (último acceso: 17.05.2018).

entendemos que tal postura debe ser rechazada puesto que el ajuste sobre las rentas debe mostrar obligatoriamente un resultado *at arm's length*. Para ello es necesario que se parta de una transacción estructurada *-ab initio* o por recaracterización de la Administración-conforme a dicho estándar internacional porque el resultado -las rentas o la distribución de beneficios- serán respetuosas con el mismo siempre y cuando partan de una operación estructurada según su mismo mandato.

## **2.1. Aplicación directa del art. 9.1 en los Convenios de Doble Imposición**

La práctica de ajustes transaccionales puede articularse por parte de las Administraciones tributarias y órganos jurisdiccionales a través de la aplicación directa del art. 9.1 del CDI vigente. Lo llamativo de esta postura es que parece ser una construcción *ex profeso* para los casos en que no existe en el ordenamiento tributario nacional una normativa sobre precios de transferencia detallada que habilite explícitamente la práctica de un ajuste recaracterizador. Como tendremos ocasión de exponer en las siguientes páginas, este ha sido el caso de la doctrina administrativa y jurisprudencial española en los últimos tiempos. Esta solución parte de una visión errónea del art. 9.1 MC OCDE como una norma de calificación. Es en definitiva una aplicación sesgada de las relaciones existentes entre la normativa convencional y la normativa doméstica a la hora de practicar los ajustes de valoración.

### **2.1.1. La errónea concepción del art. 9.1 como norma de calificación y su relación con el Derecho interno**

Resultaría complicado comprender la naturaleza jurídica del art. 9.1. MC OCDE sin poner en contexto las relaciones entre los CDIs y el Derecho interno. Los CDI tienen como propósito principal el de la eliminación de la doble imposición internacional, principalmente la de tipo jurídico, mediante el reparto de la potestad tributaria entre los Estados fuente - lugar de creación de la renta- y residencia -lugar donde reside el perceptor de la renta. A tal efecto, los CDI describen el tratamiento de reparto para diferentes tipos de rentas -arts. 6 a 21 MC OCDE-, pero no crean *ex novo* una potestad de gravamen sobre las mismas, sino que dicha habilitación nace del Derecho nacional, el cual es el encargado de crear las obligaciones tributarias<sup>413</sup>. En consecuencia, se dice que los CDI restringen la potestad de

---

<sup>413</sup> Como señala VOGEL, “States have original jurisdiction to tax, as it is recognized by both constitutional laws and by public international law”. Cfr. VOGEL, K., *Klaus Vogel on double taxation conventions*, 3ª ed., The Kluwer Law International, Londres, 1997, Introduction parr. 45b), p. 26.; *Vid.*, en el mismo sentido, LANG, M., *Introduction to the law of Double Tax Conventions*, Linde, Viena, 2010, p. 32; ARNOLD, B. J., *International Tax Primer*, *op. cit.*, p. 138.

gravamen que los Estados tienen originariamente de sus ordenamientos internos, lo que se conoce como “la regla de oro del Derecho de los CDI”<sup>414</sup>.

El art. 9.1 MC OCDE se diferencia del resto de preceptos en dos elementos. Por un lado, no pretende luchar contra la doble imposición jurídica, sino la de índole económica cuando se produce un ajuste en los beneficios declarados por una sociedad. Y, por otro lado, se trata de una norma de valoración de los beneficios declarados en las operaciones intragrupo transfronterizas, no así de una norma expresa de distribución de la potestad tributaria. Esa valoración resultante del pertinente ajuste primario que practique la Administración tributaria ha de estar, obligatoriamente según establecerá el CDI aplicable, dentro del rango *at arm's length*.

El art. 9.1 aboga por un ajuste valorativo para aquellos casos que encajen en los supuestos objetivo y subjetivo de la norma. Cumple una función restrictiva de los derechos nacionales que habiliten la práctica del ajuste<sup>415</sup>. El art. 9.1 del CDI aplicable prescribe a la legislación interna sobre precios de transferencia que el ajuste se sustente en el ALP. Actúa a modo de límite para la actuación administrativa. Este precepto no establece un ajuste autónomo en el seno del convenio, sino que es la cobertura jurídica -convencional- para que ese ajuste se practique “en la medida y solo en la medida” en que la normativa doméstica permita a la Administración tributaria su realización, cumpliendo así con el principio de legalidad<sup>416</sup>.

No podemos pasar por alto el hecho de que pese a que la naturaleza del art. 9.1 MC OCDE sea valorativa y que no establezca un reparto de la potestad tributaria de manera directa, es evidente que al repartir equitativamente los beneficios entre los Estados afectados por la operación intragrupo transfronteriza, existe una distribución tácita de esos poderes tributarios. En otros términos, se puede sostener que el ALP contenido en el art. 9.1 MC OCDE limita las obligaciones tributarias exigibles a nivel doméstico, siempre que la legislación interna lo prevea, repartiendo indirectamente las bases imponibles entre dos Estados conforme al principio de plena competencia.

---

<sup>414</sup> Vid. BULLEN, A., *Arm's length transaction structures. Recognizing and restructuring controlled transactions in transfer pricing*, *op. cit.*, p. 75.

<sup>415</sup> Cfr. KOFLER, G., “Article 9. Associated enterprises”, *op. cit.*, p. 599.

<sup>416</sup> Cfr. GARCÍA PRATS, F.A., “Las operaciones vinculadas y los precios de transferencia: la aplicación del principio de libre competencia. Valoración a valor de mercado”, *op. cit.*, p. 34.

Se ha sostenido por algunos autores que el precepto puede contener una finalidad anti-elusiva<sup>417</sup>. Es cierto que puede ser un instrumento para luchar contra aquellas operaciones que alejándose del mandato *at arm's length* buscan erosionar bases imponibles y trasladarlas a jurisdicciones de menor tributación. El propio *transfer pricing* suele ser conceptualizado de manera peyorativa como una estrategia de ingeniería fiscal para eludir la tributación de beneficios empresariales<sup>418</sup>. Sin embargo, no parece ser esta la configuración que la propia OCDE en sus Comentarios haya pretendido dar al art. 9.1. El ajuste primario se realiza por apartarse el resultado de la operación del estándar *at arm's length*, sin que en ningún momento el propio MC OCDE, sus Comentarios o las DPT supediten su práctica a la naturaleza elusoria de la misma<sup>419</sup>. En este sentido, nada obsta a que puedan existir operaciones intragrupo abusivas con resultados de plena competencia, no siendo en estos casos lo más indicado contrarrestarlas mediante ajustes sobre los beneficios *ex art. 9.1 del CDI* y la norma doméstica aplicable, sino a través de una recalificación mediante normas anti-abuso domésticas.

Bien es cierto que a partir de la interpretación sistemática de las nuevas DPT sería posible pensar que el principio de plena competencia consagrado en el art. 9.1 MC OCDE cumple con una finalidad anti-elusiva o, al menos, protectora de las bases imponibles compuestas por rentas creadas y no declaradas en un determinado territorio. Como han señalado WITTENDORFF<sup>420</sup> o KOFLER<sup>421</sup> resultaría superfluo otorgarle una naturaleza anti-elusiva, puesto que los Estados siguen siendo soberanos para articular medidas

---

<sup>417</sup> Vid. en este sentido DE BROE, L., *International tax planning and prevention of abuse*, IBFD Doctoral Series, Amsterdam, 2008, p. 77 y POGORELOVA, L., "Transfer pricing and anti-abuse rules", *Intertax*, vol. 37, núm. 12, 2009, p. 686. Cuestión distinta es que las normativas nacionales sobre precios de transferencia configuren el principio de plena competencia con un propósito anti-elusivo como ocurre en la Section 482 del IRC, el cual justifica la realización de un ajuste sobre los beneficios declarados según el ALP "in order to prevent evasion of taxes or clearly to reflect the income of any of such organizations, trades or businesses". Al respecto de la naturaleza anti-abuso de la implementación del ALP en la normativa estadounidense sobre precios de transferencia, *vid.* BRAUNER, Y., "Cost sharing and the acrobatics of arm's length taxation", *Intertax*, vol. 38, núm. 11, 2010, p. 562, y KOOMEN, M., "Transfer pricing in a BEPS era: rethinking the arm's length principle-Part I", *op. cit.*, p. 152.

<sup>418</sup> Como indica GARCÍA-HERRERA BLANCO, esto ha desencadenado legislaciones internas sobre precios de transferencia con dosis de desconfianza hacia las operaciones vinculadas, especialmente cuando han sido realizadas por grupos multinacionales, de tal forma que se han desarrollado esas normas con un propósito anti-abuso pero con una técnica legislativa que deja mucho que desear para la seguridad jurídica que los contribuyentes esperan de las normas anti-abuso. Cfr. GARCÍA-HERRERA BLANCO, C., *Precios de transferencia y otras operaciones vinculadas en el impuesto sobre sociedades*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2001, pp. 30-31.

<sup>419</sup> Cfr. GARCÍA PRATS, F. A., "Tributación de las rentas empresariales: rentas asociadas en los Convenios de Doble Imposición", *op. cit.*, pp. 541-542.

<sup>420</sup> WITTENDORFF, J., *Transfer pricing and the arm's length principle in International Tax Law*, *op. cit.*, p. 147.

<sup>421</sup> KOFLER, G., "Article 9. Associated enterprises", *op. cit.*, p. 598.

domésticas que luchen contra prácticas abusivas, existiera o no un CDI con el art. 9.1. Por su parte, GARCÍA PRATS<sup>422</sup> desvirtúa la posible finalidad anti-abuso de este estándar internacional argumentando que si tuviera ese objetivo el precepto debería exigir que la Administración tributaria soportara la carga de probar la conducta abusiva de la operación transfronteriza entre empresas asociadas que se ha alejado del parámetro *at arm's length*, situación que no ocurre en la práctica.

El art. 9.1. MC OCDE es un instrumento que facilita la correcta asignación de bases imponibles entre los Estados implicados de acuerdo con el estándar *at arm's length*<sup>423</sup>. Se trata de una norma cuya finalidad principal es la de actuar como norma de valoración imperativa conforme al ALP<sup>424</sup>. Como consecuencia de su mandato, en los casos en que proceda la práctica de ajustes valorativos sobre los beneficios declarados por alguna de las empresas asociadas puede coadyuvar implícitamente a mitigar la erosión de bases imponibles y la deslocalización de rentas hacia jurisdicciones de menor tributación, subyaciendo en él un cierto efecto anti-elusión. Ese efecto que detectamos remarcamos que no debe confundirse con su verdadera y principal finalidad que es la de servir como una norma de valoración al objeto de repartir equitativamente las rentas entre distintas jurisdicciones según el ALP. Sin embargo, carece de facultad recalificadora sobre construcciones jurídicas artificiosas que buscan la elusión del hecho imponible. Este aspecto está reservado para las normas anti-abuso domésticas, ya sean de tipo general o especial. Cuestión distinta, pero estrechamente relacionada, es que la normativa interna sobre precios de transferencia se configure con una naturaleza similar a una norma anti-abuso específica (SAAR, en adelante)<sup>425</sup>.

El art. 9.1 MC OCDE, trasladado a un Convenio fiscal, no es aplicable autónomamente para ajustar los beneficios declarados entre empresas vinculadas, sino que requiere del concurso de una norma doméstica que habilite a las autoridades tributarias nacionales la práctica de tal ajuste valorativo<sup>426</sup>. Dada la primacía en la escala jerárquica de

---

<sup>422</sup> GARCÍA PRATS, F. A., “Recaracterización de operaciones y normas antiabuso”, *op. cit.*, pp. 618.

<sup>423</sup> Cfr. GARCÍA PRATS, F.A., “Las operaciones vinculadas y los precios de transferencia: la aplicación del principio de libre competencia. Valoración a valor de mercado”, *op. cit.*, p. 26.

<sup>424</sup> Como señala BRAUNER, el ALP tiene una función distributiva y de establecimiento de las reglas del juego. Cuestión distinta es que esas reglas sean utilizadas con una finalidad abusiva por las políticas internas de precios de transferencia. *Vid.* BRAUNER, Y, “Transfer pricing and tax avoidance”, *op. cit.*, p. 64.

<sup>425</sup> También se las conoce como cláusulas anti-abuso especiales o *ad hoc*. A lo largo de este trabajo utilizaremos indistintamente las diversas denominaciones con el fin de evitar redundancias.

<sup>426</sup> Cfr. VOGEL, K., *Klaus Vogel on double taxation conventions*, *op. cit.*, p. 521.

fuentes del Derecho en España, según se desprende del art. 96.1 de la Constitución Española, el principio *at arm's length* contenido en el art. 9.1 del correspondiente CDI limita a la normativa interna sobre precios de transferencia a que los ajustes se practiquen dentro del mencionado estándar internacional<sup>427</sup>. Aplicar directamente un CDI en ausencia de normativa doméstica específica que habilite el ajuste *at arm's length* sería contrario al principio de legalidad tributaria del art. 31.3 de la Constitución española.

En conclusión, estamos en presencia de una norma de valoración que, ante la constatación de una operación vinculada practicada bajo el control directo o indirecto de una empresa sobre otra del mismo grupo (elemento subjetivo) unidas por condiciones aceptadas o impuestas en sus relaciones comerciales y financieras distintas de las pactadas por partes independientes (elemento objetivo), exige una correcta asignación de las bases imponibles conforme a como se realizaría en el caso de empresas independientes no sometidas a las fuerzas de control; es decir, una valoración *at arm's length*. No se trata de una norma de calificación de rentas para su posterior reparto entre los Estados involucrados, como ocurre con la mayoría de artículos del MC OCDE. De hecho es un aspecto irrelevante cuál sea la calificación tributaria de la renta tanto a nivel convencional como doméstico a los efectos de su distribución equitativa entre los Estados según la formulación *at arm's length*. Por ello, entendemos que no es acertada una postura que justifique la realización de una recharacterización de la transacción mediante la aplicación directa del art. 9.1 del CDI vigente porque, en caso de sustitución de la operación por otra, a efectos del análisis de comparabilidad sería necesario recalificar tanto la operación como la renta conforme a su realidad jurídica y económica con el fin de encontrar comparables idóneos. En tanto que en el art. 9.1. MC OCDE no hay una función calificadora, la recalificación de la renta debería ser practicada por otro mecanismo de recalificación doméstico, como una GAAR.

---

<sup>427</sup> Como señalan MARTÍN JIMÉNEZ y CALDERÓN CARRERO, “El art. 9, en particular su párr. 1, es una habilitación a la normativa interna y solo allí donde esta permita el ajuste en las operaciones entre partes vinculadas podrá corregirse el resultado contable/fiscal de las empresas residentes en los Estados contratantes, de acuerdo, eso sí, con los límites que regula el art. 9 MC OCDE”. Cfr. MARTÍN JIMÉNEZ, A., y CALDERÓN CARRERO, J.M., *Los precios de transferencia en la encrucijada del siglo XXI*, Netbiblo, La Coruña, 2012, p. 65. En el mismo sentido, GARCÍA PRATS, F.A., “Los precios de transferencia: su tratamiento tributario desde una perspectiva europea”, *op. cit.*, p. 12.

### **2.1.2. El art. 9.1 como norma de valoración, ¿proporciona suficiente cobertura para la práctica de una recaracterización?**

Con independencia del anterior razonamiento que hemos manifestado para desvirtuar la tesis de aplicabilidad directa del art. 9.1 para la práctica de ajustes transaccionales, existe otro argumento de mayor peso. Distinguiendo entre ajustes valorativos y la práctica de una recaracterización, sea ignorando y/o sustituyendo una operación, si no es posible la realización de un ajuste autónomo sobre los beneficios de las empresas asociadas, con menos razón será posible sostener que se lleven a recaracterizaciones aplicando directamente el art. 9.1 del CDI aplicable<sup>428</sup>.

El art. 9.1 MC OCDE es una norma de valoración que limita la aplicación del Derecho interno sobre precios de transferencia. Habilita a la normativa interna a practicar ajustes valorativos, pero limitado por el estándar *at arm's length*. Por lo tanto, su mera invocación sin el concurso de una norma doméstica expresa que faculte a la Administración tributaria a realizar una corrección valorativa no concede suficiente cobertura ni para la realización del ajuste sobre los beneficios, ni mucho menos para ignorar o sustituir aspectos formales de una operación intragrupo.

Podría sostenerse que las DPT, al ser el elemento medular en la interpretación y desarrollo del art. 9.1 MC OCDE, darían entrada a la realización de recaracterizaciones *ex párr. 1.122 DPT* a través del art. 9 del CDI correspondiente. No negamos que las DPT son fuente de inspiración e interpretación del mencionado artículo y que ofrecen una visión consensuada sobre la aplicación del ALP. Sin embargo, sigue careciendo de cobertura suficiente para amparar un ajuste en la estructura de una operación. Sería reconocer a una norma de *soft law* una naturaleza *quasi* de Derecho vinculante que chocaría de pleno con el principio democrático y el principio de legalidad en la actuación de la Administración. En este punto, es necesario distinguir entre dos escenarios. Por un lado, en el caso de que no exista normativa doméstica que habilite la realización del ajuste sobre los beneficios, el art. 9 no es título habilitante suficiente para la Administración tributaria. Y, por otro lado, en el caso de que exista una normativa doméstica que permita esos ajustes, las DPT, pese a ser empleadas para interpretarla, no pueden exceder ni contrariar el contenido del Derecho interno. Si el mismo no se pronuncia expresamente en el sentido de permitir la realización

---

<sup>428</sup> Cfr. NAVARRO IBARROLA, A., *Transactional adjustments in transfer pricing, op. cit.*, p. 90.

de ajustes transaccionales, no hay posibilidad de utilizar por la vía interpretativa las DPT para ampliar una mera potestad administrativa para desarrollar ajustes valorativos a ajustes transaccionales.

Como casos concluyentes que sustentan esta postura, podemos encontrar las recientes sentencias dictadas por el Tribunal Administrativo Supremo de Finlandia de 3 de julio de 2014<sup>429</sup> y 13 de septiembre de 2017<sup>430</sup>. En ambos casos se resuelve en torno a la recaracterización de operaciones intragrupo (no reconocimiento y sustitución) y su cobertura jurídica. La norma finlandesa que habilita a la Administración a realizar ajustes es una traslación del art. 9.1 MC OCDE que solo menciona la realización de ajustes valorativos positivos, no transaccionales<sup>431</sup>. Según los hechos de la primera sentencia, una filial finlandesa recibe un préstamo de su matriz luxemburguesa, deduciéndose en su declaración tributaria los gastos financieros en concepto de intereses pagados que alcanzaban un tipo del 30%. La operación se realizó como medida de salvamento de la filial finlandesa, la cual tenía varios préstamos vencidos e impagados con entidades bancarias. Entre las condiciones pactadas destacan que el préstamo no tenía fecha de expiración y que la filial finlandesa devolvería los intereses en caso de que los bancos acreedores hubiesen cobrado<sup>432</sup>. Los hechos del segundo caso se sintetizan en una filial finlandesa constituida por un grupo multinacional con el objeto de centralizar un sistema de planificación de recursos empresariales -*Enterprise Resource Planning*- que explotaba un modelo de negocio *Software as a Service*. La multinacional estructuró la operación como un acuerdo de reparto de costes -*cost sharing agreement*-. Sin embargo, el órgano jurisdiccional confirmó la postura de la Administración tributaria a tenor de la cual no se consideraba un acuerdo de reparto de costes y la filial debería haber cobrado por los servicios que ha prestado a cada una de las sociedades del grupo partícipes. La Administración tributaria recaracterizó, en el primer caso, un préstamo a una aportación de capital y, en el segundo, como consecuencia

---

<sup>429</sup> KHO 2014:119.

<sup>430</sup> KHO 2017:145.

<sup>431</sup> *Section 31.1 of the Act on Assessment Procedure (1558/1995): "If the business transaction between a taxpayer and an associated party has been carried out pursuant to agreed or imposed conditions that differ from what would have been agreed on between unrelated parties, and the taxable income of the taxpayer's business or other operations has thus decreased or the loss increased from what it would otherwise have been, the income is increased by an amount corresponding to that would have accrued had the conditions corresponded to those that would have been agreed on between unrelated parties".* Traducción extraída de PENTTILÄ, S. & ISOMAA-MYLLYMÄKI, A., "Centralization of intangibles and transfer pricing under BEPS and Finnish tax law", *op. cit.*, p. 90.

<sup>432</sup> *Vid.* PENTTILÄ, S. & NIEMINEN, M., "Contemporary transfer pricing case law of the Finnish Supreme Administrative Court", *European Taxation*, vol. 55, núm. 7, 2015, p. 307.

de la modificación de la naturaleza de la operación, se produjo una recharacterización en los términos de la operación referentes a la distribución intragrupo de riesgos, en virtud de la prevalencia de la sustancia sobre la forma empleada. Para ambos casos, el Alto Tribunal finlandés sostuvo que interpretar la norma doméstica conforme las DPT suponía dotar a la misma de un contenido más amplio que lo traspasaba. La norma interna única y exclusivamente habilitaba a realizar ajustes valorativos, no transaccionales. Estos últimos, estipula el órgano jurisdiccional, pueden realizarse por la vía de la GAAR del Derecho tributario finlandés.

El enfoque jurisprudencial finlandés resulta consecuente con el concurso que debe existir entre Derecho convencional y Derecho doméstico<sup>433</sup>. Es evidente que la norma doméstica tiene un contenido insuficiente para los deseos de la Administración tributaria que pretende recharacterizar una operación vinculada. Sin embargo, tal déficit no es corregido permitiendo la aplicación directa del art. 9 del correspondiente CDI, como ha sucedido en la doctrina administrativa y jurisprudencial española con la normativa previa a enero de 2015, sino que el órgano jurisdiccional ha sentado doctrina estableciendo que la única solución para realizar recharacterizaciones que engloban también recalificaciones de la renta imponible han de practicarse declarando previamente el carácter abusivo de la operación mediante una norma anti-abuso general. Evidentemente, ello supone un mayor esfuerzo para la Administración, a la par que una mayor garantía para los derechos del contribuyente, al tener que probar que la operación está inserta en una estructura de planificación artificiosa que no responde a un motivo económico válido diferente al de eludir parte de la tributación en territorio finlandés.

### **2.1.3. La concepción del art. 9.1 en la jurisprudencia y doctrina administrativa española**

Hasta la fecha son pocos los pronunciamientos jurisprudenciales y administrativos sobre el fenómeno de la recharacterización de operaciones intragrupo en España. Sin embargo, los más relevantes (seleccionados para ser analizados sintéticamente en las siguientes páginas) muestran, a nuestro juicio y al de otros autorizados autores, un error en la concepción de la cobertura jurídica para la práctica de ajustes transaccionales de tipo

---

<sup>433</sup> Sobre este enfoque, *vid.* PENTTILÄ, S. & ISOMAA-MYLLYMÄKI, A., *ult. op. cit.*, p. 90 y ss., y RAUNIO, M., “Landmark case on the ability of tax authorities to disregard and recharacterize transactions”, *op. cit.*, p. 30-32.

recharacterizador en su vertiente de no reconocimiento de operaciones y de sus efectos fiscales. Desde la línea iniciada por la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo en las resoluciones judiciales dictadas en el caso *BICC* se ha confirmado la aplicabilidad directa del art. 9.1 del respectivo CDI para justificar ajustes transaccionales. Si bien, parece ser que esa postura esté siendo matizada progresivamente según muestran recientes pronunciamientos.

Desde nuestro punto de vista, la concepción errónea de entender aplicable directamente el art. 9.1 para realizar recharacterizaciones responde a una pobre, desde el punto de vista de la técnica legislativa, cláusula habilitante para practicar ajustes por la Administración tributaria existente en las sucesivas versiones de la LIS hasta la entrada en vigor de la actual Ley 27/2014, de 27 de noviembre<sup>434</sup>. Por ello, serán importantes los próximos pronunciamientos judiciales en materia de ajustes transaccionales, puesto que, con mucha probabilidad, corresponderán a operaciones vinculadas producidas en periodos impositivos posteriores a 2014 y les resultará de aplicación el nuevo art. 18 LIS, así como el enfoque post-BEPS de las DPT en lo que a esta materia se refiere.

---

<sup>434</sup> Haciendo un estudio histórico desde la Ley 43/1995 se concluye que únicamente se facultaba a la Administración a practicar aquellas correcciones de tipo valorativo cuando la operación excediese del principio de plena competencia. No existía una habilitación expresa para la práctica de ajustes transaccionales, sino valorativos.

El art. 16 de la Ley 43/1995 establecía las reglas de valoración de las operaciones vinculadas en los siguientes términos: “1. La Administración tributaria *podrá valorar*, dentro del periodo 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”.

Con la reforma operada por la Ley 36/2006, se depuró el art. 16 en lo referente al concepto “valor normal de mercado”, el cual claramente, por si había alguna duda, se alineó completamente con los estándares del ALP de las DPT de la OCDE. Sin embargo, en cuanto a la cobertura jurídica para que la Administración practique ajustes, únicamente siguen avalándose los ajustes valorativos. “1. Las operaciones efectuadas entre personas o entidades vinculadas se valorarán por su valor normal de mercado. Se entenderá por valor normal de mercado aquel que se habría acordado por personas o entidades independientes en condiciones de libre competencia. 2. La Administración tributaria *podrá comprobar* que las operaciones realizadas entre personas o entidades vinculadas se han valorado por su valor normal de mercado y efectuará, en su caso, *las correcciones valorativas* que procedan 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 disponga. La Administración tributaria quedará vinculada por dicho valor en relación con el resto de personas o entidades vinculadas” (la cursiva es nuestra).

## A) **Caso BICC**

Las sentencias dictadas por la Audiencia Nacional el 21 de mayo de 2009<sup>435</sup>, en primer lugar, y por el Tribunal Supremo el 18 de julio de 2012<sup>436</sup>, en segundo lugar, en el marco del conocido como caso *BICC*, suponen el origen de la doctrina jurisprudencial que ha legitimado a la Administración tributaria para acudir directamente al art. 9.1 del CDI aplicable para regularizar la situación tributaria del contribuyente con sustento en una previa recaracterización de la operación (ignorando la misma y sus consiguientes efectos fiscales). La *ratio decidendi* que empleó la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional es avalada en los mismos términos en casación por el Tribunal Supremo para fallar a favor de la regularización propuesta por la Administración tributaria.

Resumidamente, el caso trae causa en la realización de una compleja operación de reestructuración empresarial ocurrida entre 1997 y 2000 en la que BICC Cables S.A. adquiere acciones de BICC USA Inc., una sociedad *holding* del grupo con residencia en Estados Unidos, obteniendo la financiación, por un lado, de reservas de libre disposición de la empresa española y, por otro lado, de un préstamo concedido por una entidad bancaria inglesa a un tipo de interés de mercado del 6,03%. El precio de adquisición pactado fue de 175 millones de dólares a cambio del 15% de las acciones de la sociedad estadounidense. Sin embargo, atendiendo a un informe de auditoría externo que tasó a BICC USA en 423 millones de dólares, se infiere a juicio de la Administración tributaria que el importe correspondiente al porcentaje accionarial asumido (15%) es inferior al coste de adquisición que ha soportado (175 millones de dólares).

Las acciones llevan aparejado un dividendo anual fijo del 4,5%, el cual puede ser pagado en efectivo o en especie mediante la entrega de acciones propias. En 1999, la sociedad española amortiza anticipadamente parte del préstamo y vende a pérdidas a una sociedad vinculada británica, *BICC Overseas Investments Ltd.*, las acciones que poseía la española en BICC USA, subrogándose la entidad británica en la parte del préstamo no amortizada.

A la vista de estas operaciones, la Administración tributaria procede a regularizar la base imponible de la sociedad española sosteniendo que esta aceptó la realización de esas

---

<sup>435</sup> SAN de 21 de mayo de 2009, rec. 416/2005.

<sup>436</sup> STS de 18 de julio de 2012, rec. 3779/2008.

operaciones en condiciones que no hubieran sido admitidas por empresas independientes como consecuencia de la vinculación existente y su pertenencia al grupo multinacional. La regularización practicada, en primer lugar, incluyó los ingresos no declarados por la periodificación del cupón fijo; en segundo lugar, no consideró deducibles, y por lo tanto realizó un ajuste positivo, los gastos financieros por los intereses del préstamo adquirido para la adquisición de las acciones y, en tercer lugar, denegó, practicando otro ajuste positivo en la base imponible, la pérdida patrimonial procedente de la venta de las acciones a la sociedad vinculada británica.

La parte actora sostiene que el art. 9 de los CDI entre España y Reino Unido y entre España y Estados Unidos, respectivamente, carece de aplicabilidad directa para practicar ajustes fiscales y es necesaria la intervención de la normativa doméstica para efectuar una regularización en tal sentido cuando la operación intragrupo se aparte de las condiciones del libre mercado<sup>437</sup>. La recurrente, BICC Cables S.A., sugiere al órgano jurisdiccional que la normativa doméstica que dé cobertura a la realización del ajuste *ex art. 9* del CDI aplicable se articule o bien, por un lado, a través de la simulación (antiguo art. 25 LGT) o el fraude de ley (antiguo art. 24 LGT), o bien, mediante el procedimiento de valoración del art. 16 LIS. Dada la parquedad con la que el entonces vigente art. 16 LIS regulaba la aplicación de esta regularización, no compartimos esta última posición puesto que únicamente habilitaba para la práctica de correcciones valorativas, no para ignorar una operación intragrupo como sucede en el caso de autos.

La Audiencia Nacional, así como el Tribunal Supremo, resuelven la cuestión con un enfoque desacertado y un tanto criticable<sup>438</sup>. Ambos órganos jurisdiccionales parecen entender que la parte actora está cuestionando la aplicación de los CDI, cuando en realidad lo que está defendiendo es su correcta aplicación al interactuar con el Derecho interno. La

---

<sup>437</sup> *Vid.* FJ 4º SAN caso *BICC*.

<sup>438</sup> *Vid.* entre otros, GARCÍA PRATS, F.A., “Recaracterización de operaciones y normas antiabuso”, *op. cit.*, pp.659-660; NAVARRO IBARROLA, A., “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”, BIB 2017\11180, *Quincena Fiscal*, núm. 11, 2017, pp. 3-4. Adviértase que únicamente criticamos la tesis de aplicabilidad directa del art. 9.1. No entramos a valorar el posible carácter abusivo de la operación y/o su desviación del principio de plena competencia. Las herramientas jurídicas apropiadas para haber regularizado al contribuyente deberían haber sido las de la recalificación de operaciones, aplicando el precepto de la LGT vigente en aquel momento del fraude de ley o la simulación. No existía habilitación convencional (art. 9.1) ni legal suficiente (art. 16 LIS), salvo que se hubiese recurrido a las figuras anti-abuso señaladas.

aplicabilidad del art. 9.1 queda fuera de dudas. Efectivamente, es aplicable en este caso porque se cumplen las premisas objetivas que de su articulado resulta.

Expresamente, la Sala de la Audiencia Nacional sostiene en su FJ 4º que “el precepto en cuestión, como señalan con acierto las resoluciones recurridas, recoge el principio de plena competencia y permite, en lo que aquí interesa, que las autoridades fiscales del Estado competente puedan realizar los ajustes correspondientes en el caso de que se constate que las condiciones en que se han efectuado determinadas operaciones entre empresas asociadas difieren de las normales del mercado entre sociedades independientes. En definitiva, los Convenios autorizan a regularizar al contribuyente cuando se acredite que la actuación realizada (de la que se derivan beneficios o pérdidas con transcendencia tributaria) ha estado exclusivamente determinada por su vinculación con las empresas a las que está asociado, de suerte que puede colegirse que esa misma operación no habría sido realizada si no concurriese esta vinculación”.

Por un lado, el enfoque equivocado de esta sentencia desvirtúa por completo el propio estándar *at arm's length* que asegura estar aplicando. Da por hecho que ante cualquier desviación del principio de plena competencia y la ausencia de operaciones comparables procede el no reconocimiento de la operación y denegar los efectos fiscales. Las propias DPT aplicables en la fecha -párr. 1.37 y 1.39 DPT 1995-, así como las actuales -párr. 1.122-, regulan la recaracterización como un mecanismo excepcional y de *ultima ratio* que no es aplicable por el hecho de que se trate de una operación inexistente en el libre mercado o porque tenga efectos diferentes a los que realizarían empresas independientes<sup>439</sup>.

Por otro lado, cuando ambos tribunales dan cobertura a que la Administración tributaria practique en este tipo de casos “los ajustes correspondientes” realizan una interpretación extensiva del propio art. 9.1 de los CDI aludidos. Incluso aunque hubiesen sostenido que la regularización requería de la cobertura de la norma interna del art. 16 LIS nuestra opinión sería la misma. Es un planteamiento que, en el contexto normativo vigente de la época, es errado, pues las resoluciones judiciales parecen estar positivando en nuestro ordenamiento jurídico, en detrimento del principio de reserva de ley tributaria y el de

---

<sup>439</sup> Cfr. en el mismo sentido GARCÍA PRATS, F.A., “Recaracterización de operaciones y normas antiabuso”, *op. cit.*, p. 660.

legalidad en el ejercicio de potestades administrativas, tal autorización administrativa cuando, por todos es sabido que es una competencia exclusiva del poder legislativo<sup>440</sup>.

## **B) Casos *Lafarge Asland* y *Lafarge Cementos***

A los efectos del objeto de nuestro estudio, ambas sentencias dictadas por la Audiencia Nacional en los casos *Lafarge Asland*<sup>441</sup> y *Lafarge Cementos*<sup>442</sup>, respectivamente, comparten los mismos hechos. Si bien el primer caso se refiere al periodo impositivo del año 2000, la dictada en el segundo supuesto responde a idéntico objeto procesal y mismos hechos pero con referencia al año 2001. Por ello, toda la fundamentación jurídica que atañe a la aplicabilidad directa del art. 9.1 del CDI entre España y Reino Unido e Irlanda del Norte es copiada en los mismos términos en la segunda resolución judicial. De ahí que en el siguiente análisis nos centremos en la primera de las sentencias citadas.

Los antecedentes del caso que propician la liquidación del órgano inspector se circunscriben a una operación intragrupo de adquisición de participaciones en una sociedad independiente a lo largo del año 2000. Lafarge Minerals, Ltd., con residencia fiscal en Reino Unido y vinculada con la recurrente, Lafarge Asland S.A., con residencia en España, adquirió en la bolsa de valores londinense participaciones en una sociedad cotizada independiente. Meses más tarde, la sociedad española adquirió tales acciones de su asociada británica por un precio coincidente con el valor de mercado de las acciones en la Bolsa de Londres en el día de la operación. Sin embargo, se pactó el aplazamiento del pago en tres cuotas, las cuales devengarían intereses respectivamente del 6,55%, 6,82% y 6,23%. En el periodo impositivo del año 2000, Lafarge Asland computó como gastos deducibles una determinada cantidad correspondiente al pago de esos intereses. La Inspección consideró que el tipo de interés pactado era superior al de mercado para empresas independientes y procedió a realizar un ajuste fiscal positivo en la base imponible declarada.

La defensa jurídica de la actora argumenta que la regularización fiscal no puede realizarse bajo la cobertura exclusiva del art. 9 del CDI entre España y Reino Unido e Irlanda

---

<sup>440</sup> Como señala SANZ GADEA en un análisis crítico de la resolución de la Audiencia Nacional en este caso y de la doctrina que emana de la misma, “al llamado *disregarding*, al no reconocimiento, solo puede llegarse a través de las normas antiabuso de carácter general”. Manifiesta este autor que el art. 16 LIS, vigente en aquel momento, no refleja la figura de la recaracterización de las DPT. SANZ GADEA, E., “Las operaciones vinculadas: prevalencia del fondo sobre la forma”, Ponencia impartida en LIV Semana de Estudios de Derecho Financiero, 2010, p. 8, disponible en [http://www.fundef.org/diapo54/s54\\_03.pdf](http://www.fundef.org/diapo54/s54_03.pdf) (último acceso: 21.05.2018).

<sup>441</sup> SAN de 21 de septiembre de 2009, rec. 210/2006.

<sup>442</sup> SAN de 7 de diciembre de 2011, rec. 446/2008.

del Norte. Este solo “establece unas coordenadas generales con respecto al tratamiento de las operaciones llevadas a cabo entre sociedades vinculadas, limitándose a prever la posibilidad de realizar ajustes fiscales extracontables derivados de la valoración de las operaciones realizadas”. Esa cobertura, como bien señala la actora, debe nacer en el Derecho interno; concretamente en el art. 16 LIS.

La Sala aplica en ambas sentencias la línea jurisprudencial iniciada por la propia Audiencia Nacional meses antes en el caso *BICC*, posteriormente ratificada por el Tribunal Supremo<sup>443</sup>. Como señalamos en el apartado anterior, interpreta incorrectamente los argumentos de la recurrente, puesto que no se está debatiendo la aplicación del CDI correspondiente, ni mucho menos de su art. 9.1<sup>444</sup>, sino su carácter restrictivo respecto al Derecho interno y la imposibilidad de crear una potestad tributaria no reconocida por el ordenamiento tributario español como es el no reconocimiento, en este caso, del interés pactado por las partes y su deducibilidad. Como ocurrió con el caso *BICC*, se sigue “despreciando” la posibilidad de articular el ajuste acudiendo a mecanismos de recalificación consagrados en las figuras del fraude de ley -actual conflicto en la aplicación de la norma tributaria- o la simulación. Esta es una posibilidad que a nuestro juicio hubiese sido factible a la vista de la exigua redacción del art. 16 LIS aplicable en aquel momento.

### C) **Caso MM**

La resolución dictada por el Tribunal Económico-Administrativo Central en el caso *MM*<sup>445</sup> es heredera de la doctrina iniciada en el caso *BICC*. Los hechos consisten en la adquisición por parte de MM. S.L., *holding* española, de participaciones en dos filiales argentinas obteniendo la financiación necesaria de préstamos procedentes de una entidad vinculada holandesa MIB B.V., socio único de la española. La Inspección procede a regularizar las bases imponibles del Impuesto sobre Sociedades denegando la deducción fiscal de los gastos financieros que los préstamos devengaron.

La regularización se práctica en virtud del art. 16 LIS con la habilitación del art. 9.1 del CDI entre España y Países Bajos, evitando el recurso a la norma anti-abuso general, por lo que queda extramuros el debate en torno a la artificiosidad o motivación puramente fiscal

---

<sup>443</sup> Vid. FJ 2º SAN caso *Lafarge Asland*.

<sup>444</sup> Su aplicación es indubitada a tenor del art. 96.1 Constitución Española y el art. 3º de la LIS de 1995.

<sup>445</sup> RTEAC de 5 de noviembre de 2015, núm. 5110/2012.

de la operación de adquisición de participaciones en empresas argentinas instrumentalizada mediante un préstamo intragrupo<sup>446</sup>.

La empresa española recurrente considera nula la regularización por haberse vehiculado de forma improcedente por la vía del art. 16 LIS, ya que no se ha realizado en puridad una corrección valorativa de los intereses pagados a la sociedad holandesa, sino que se ha ignorado a efectos fiscales su existencia, por lo que los intereses devengados no son deducibles. Por ello, la actora sugiere que, a lo sumo, la cobertura legislativa para practicar un ajuste transaccional de este tipo se realizase mediante la GAAR contenida en la LGT, con la carga de probar la artificiosidad y motivación puramente fiscal de la operación por parte de la Administración tributaria.

A juicio de la Inspección, la operación adoptada no es una operación de mercado, pues son varios los indicios que hacen sostener que “una operación financiera con consecuencias tan gravosas para la española no hubiera sido realizada si no concurriera vinculación entre las partes”<sup>447</sup>. El Tribunal Central acaba confirmando la liquidación de la Inspección, pues la operación de MM para adquirir las participaciones en dos entidades argentinas carecía de racionalidad; se trataba de operaciones crediticias que estaban fuera de mercado, puesto que la capacidad económica que ostentaba era paupérrima en parangón a los costes que le suponía la suscripción del préstamo con la sociedad holandesa.

Una vez que el tribunal administrativo avala la tesis de la Inspección sobre la desviación de la operación del parámetro *at arm's length*, no rechaza que la regularización se practique con la aplicación del art. 9.1 del CDI entre España y Argentina. Si bien, debemos advertir que la Inspección sustentó su actuación administrativa en el art. 16 LIS, entendiendo implícita la aplicación convencional del art. 9.1. A lo largo del FJ 5º de la resolución se recoge la doctrina emanada del caso *BICC*. Como ya hemos defendido anteriormente, a nuestro juicio el art. 16 LIS no habilitaba la realización de ajustes transaccionales, como

---

<sup>446</sup> Cfr. CARMONA FERNÁNDEZ, N., “El desconocimiento de operaciones a efectos de precios de transferencia: recalificación de operaciones por aplicación del régimen de vinculación fiscal”, *Carta Tributaria. Revista de opinión*, núm. 12, 2016.

<sup>447</sup> Las razones que llevan a la Inspección a tal conclusión son: 1. La entidad prestamista localizada en Países Bajos es socio único de la prestataria y ambas se hallan controladas por una matriz brasileña; 2. La decisión de compra de participaciones en las sociedades argentinas, así como la de endeudarse con la holandesa no responden a su autonomía de la voluntad, sino que viene impuesta por una decisión global del grupo adoptada por la matriz del grupo empresarial; 3. La sociedad española es una Entidad de Tenencia de Valores Extranjeros que nunca ha repartido beneficios a su único socio, la sociedad MIB B.V. prestamista, si bien sí que canaliza los dividendos que obtiene de otras filiales operativas extranjeras a través de la amortización de préstamos e intereses (FJ 3º RTEAC caso *MM*).

podía ser el no reconocimiento de una operación y sus consecuencias fiscales; sino única y exclusivamente la práctica de ajustes valorativos, como por ejemplo podría haber sido la corrección de los tipos de interés pactados para cada uno de los préstamos según el principio de plena competencia.

Haciendo un estudio sistemático de esta resolución, no nos parece tan criticable como podría parecer apriorísticamente. Siguen existiendo algunas carencias, como que no se cite expresamente en qué motivo de recharacterización de las DPT se apoya la Inspección, así como un clamoroso error de partida como es la aplicabilidad directa del art. 9.1 sin cobertura doméstica suficiente. Coincidimos con el Tribunal Central en que no se está cuestionando si la valoración de los intereses es o no de mercado, sino si la operación se ha realizado en condiciones de plena competencia<sup>448</sup>. Dicho con otras palabras, no se discute la práctica de un ajuste valorativo, sino la estructura de la transacción para adecuarla al *at arm's length standard*. Si se tratase únicamente de un ajuste valorativo, el art. 16 LIS sería suficiente para cubrir legalmente la regularización según el ALP; sin embargo, estamos en el escenario de un ajuste transaccional. Pese a que la resolución no indica expresamente el motivo del no reconocimiento según las DPT vigentes en la fecha, se alude a la carencia de racionalidad de la operación desde el punto de vista de una empresa independiente.

#### **D) Los pronunciamientos del Tribunal Supremo en los casos *Peugeot y Mann Hummel*: ¿Un nuevo enfoque?**

Para finalizar el estudio del criterio de aplicabilidad directa del art. 9.1 para legitimar recharacterizaciones, corroborado por el Tribunal Supremo desde 2012 en el célebre caso *BICC*, procedemos a exponer dos recientes sentencias de las cuales puede extraerse una matización a la doctrina *BICC*. Se trata de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en los casos *Peugeot*<sup>449</sup> y *Mann Hummel*<sup>450</sup>, respectivamente. Entendemos que son relevantes porque son más ambiciosas en su fundamentación que anteriores pronunciamientos en lo que atañe a la relación entre el Derecho convencional y al marco normativo anti-abuso doméstico. Adelantamos ya que, a nuestro juicio, la sentencia del caso *Peugeot* no supone una ruptura tan clara con la anterior doctrina de la aplicabilidad directa

---

<sup>448</sup> Cfr. inicio del FJ 4º RTEAC caso *MM*.

<sup>449</sup> STS de 31 de mayo de 2016, rec. 58/2015.

<sup>450</sup> STS de 12 de febrero de 2015, rec. 184/2014.

del art. 9.1., sino más bien una aclaración de la misma para supuestos en los que una operación se estructura *at arm's length* pero posee naturaleza abusiva<sup>451</sup>.

El caso *Peugeot* surge como consecuencia de una regularización fiscal practicada por la Administración tributaria a la sociedad española Peugeot Citroën Automóviles España S.A. (PCAE) como consecuencia de una reestructuración empresarial dentro del grupo PSA realizada en el ejercicio 2001 en la que, por un lado, adquirió el 100% de las acciones de la sociedad del grupo Peugeot Citroën Argentina S.A. (PCARG) y, por otro lado, adquirió diversos créditos que otras sociedades del grupo multinacional ostentaban frente a la sociedad argentina. PCAE asumió la obligación de incrementar su participación en PCARG para lo cual utilizó los créditos que se le habían cedido. Como consecuencia de la grave crisis económica argentina, el valor teórico contable de la participación era muy inferior al valor de adquisición de la misma, por lo que PCAE dotó una provisión de cartera en el Impuesto sobre Sociedades. La Inspección fiscal denegó su deducibilidad en virtud de dos razones. En primer lugar, porque una empresa independiente no hubiera adquirido dichos créditos, dada la coyuntura económica argentina. Entiende que esa cesión se trataría más bien de un anticipo a favor de las cedentes que no hubiera sucedido en el libre mercado. Y, en segundo lugar, porque afirma que el precio de adquisición de PCARG no es un valor de mercado.

La Audiencia Nacional se pronunció al respecto mediante sentencia dictada el 11 de diciembre de 2014<sup>452</sup>. Es una sentencia continuista con la doctrina *BICC*, si bien en el presente caso la Sala conecta el art. 9.1 con los supuestos de recharacterización de las DPT 1995 aplicables a esta operación. La sentencia comparte el criterio de la Inspección en cuanto al no reconocimiento de esas cesiones de créditos<sup>453</sup>. Rechaza recurrir a los mecanismos anti-abuso domésticos, sin embargo, acto seguido, avala la actuación administrativa a tenor del art. 13 LGT referente a la calificación<sup>454</sup>, aspecto que no había sido señalado para el caso *BICC*. No obstante, en las páginas siguientes de la sentencia se omite cualquier tipo de

---

<sup>451</sup> Cfr. en sentido contrario, NAVARRO IBARROLA, A., “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”, *op. cit.*, BIB 2017\11180, p. 19.

<sup>452</sup> Rec. 317/2011.

<sup>453</sup> La sentencia se refiere al no reconocimiento como “reajuste negocial”. Se trata de un concepto, a nuestro juicio, desacertado puesto que puede inducir a error. Lo que la Inspección practica y la Sala confirma es la negación de los efectos fiscales que una cesión de créditos y consiguiente dotación de provisión de cartera por depreciación de las acciones. Aunque utiliza “reajuste negocial” para referirse a un no reconocimiento de la transacción, no siempre un reajuste negocial puede quedarse en una simple ignorancia de la operación, sino que puede sustituirla por otra que se adecue a la verdadera naturaleza jurídica y económica de la misma.

<sup>454</sup> *Vid.* FJ 11°. Cfr. CARMONA FERNÁNDEZ, N., “Recharacterización de operaciones por aplicación del régimen de vinculación fiscal”, *Carta Tributaria. Revista de opinión*, núm. 2, 2015.

relación entre el principio de calificación y la aplicación de la recharacterización, perdiéndose una interesante oportunidad para haber clarificado jurisprudencialmente la misma. Tras citar los párr. 137 y 1.39 DPT 1995 referentes a la facultad de las Administraciones para recharacterizar, excepcionalmente, operaciones intragrupo, se confirma la aplicabilidad directa del art. 9.1 del CDI entre España y Argentina para legitimar el ajuste transaccional practicado<sup>455</sup>.

La sentencia fue casada por el Tribunal Supremo, entre otras cuestiones y a los efectos que nos interesa, por haber omitido, tanto la Inspección como la Audiencia Nacional, las metodologías de valoración que disponía el art. 16 LIS y la existencia de operaciones de inversión comparables que otras empresas españolas realizaron en la misma etapa de crisis económica en sociedades argentinas. Al respecto, el Alto Tribunal considera que negar la deducción por la provisión de cartera plantea un problema técnico y otro jurídico. A nivel técnico, se critica que la Administración deniegue los efectos de la operación alegando que los créditos carecían de valor de mercado sin acreditar fehacientemente tal aspecto. Desde el punto de vista jurídico, expone que “no se podía prescindir de operaciones efectivamente realizadas entre partes vinculadas a las que cabía atribuir un valor de mercado, acudiendo sin más a la aplicación directa del artículo 9 del Convenio internacional para evitar la doble imposición entre España y Francia o entre España y Argentina, por lo que resultaba necesario en este caso para efectuar esa recalificación la aplicación de una cláusula antiabuso interna”<sup>456</sup>.

A nuestro modo de ver, la sentencia no está cambiando la tesis tradicional que sustenta la aplicabilidad directa del art. 9.1. Si se nos permite la expresión, está siendo coherente dentro de la incoherencia manifiesta iniciada en 2009 por la Audiencia Nacional y confirmada en 2012 por el propio Tribunal. La lectura del párrafo anterior es la siguiente: cuando una operación vinculada pueda ser valorada *at arm's length*, no es posible acudir a la recharacterización mediante la aplicación directa del art. 9.1 del CDI correspondiente. En todo caso, lo que procedería es una recalificación de la misma a la luz de la GAAR de la

---

<sup>455</sup> “Este reajuste comercial, a los efectos fiscales analizados, no supone desconocer o inaplicar el art. 9.1 del Convenio para evitar la doble imposición (Convenio de 21.07.1992), suscrito entre España y la República de Argentina [...] Y decimos que no excluye su aplicación por el hecho de la ‘recharacterización’ realizada de las operaciones descritas anteriormente, pues la propia norma hace referencia a la posibilidad de incluir en los beneficios de la empresa, los obtenidos como consecuencia de operaciones comerciales realizadas entre las empresas vinculadas en condiciones que difieran de las que se acordarían entre sociedades o empresas independientes” (FJ 11º).

<sup>456</sup> FJ 9º STS caso *Peugeot*.

LGT -actual conflicto en la aplicación de la norma tributaria o simulación- si la Administración entiende que concurren los supuestos legales para una declaración de abuso. Evidentemente, el error sigue residiendo en que *a sensu contrario* si una operación no cumple, en el aspecto transaccional, con los postulados del principio de plena competencia, puede la Administración seguir encontrando cobertura jurídica suficiente para su ignorancia y/o sustitución -recharacterización- en el art. 9.1 del texto convencional que resulte aplicable. Por ello, sostenemos que la sentencia de 2016 del caso *Peugeot* no debe contemplarse como una ruptura con la doctrina *BICC*, sino como la corroboración de la misma a través de su matización.

El caso *Mann Hummel* resuelto en casación el 12 de febrero de 2015 corrobora la actuación de la Inspección tributaria en un supuesto fáctico muy similar al famoso caso *BICC*. Sin embargo, resulta llamativo la forma de proceder de la Administración y el correspondiente aval del Alto Tribunal puesto que mantiene una postura distinta a la del caso *BICC*, si bien no la entendemos como excluyente de la misma.

Los antecedentes de hecho que dan lugar a regularización tributaria nos muestran que estamos ante otro caso de adquisición intragrupo apalancada de participaciones en otras sociedades del grupo. *Mann Hummel Ibérica S.A.* adquirió el 99,9% del capital social de dos sociedades del grupo *Mann Hummel* en Brasil y Argentina, para lo cual recibió un préstamo de *Mann Hummel Finance UK Ltd* que generó los correspondientes gastos financieros que fueron deducidos en la base imponible del Impuesto sobre Sociedades de la entidad española durante los periodos impositivos de 2001 a 2004.

La Inspección regularizó al contribuyente al amparo de la figura del fraude de ley, es decir mediante la cláusula anti-abuso general española contenida en el por aquel entonces art. 24 LGT. La sentencia avala la dictada en primera instancia por la Audiencia Nacional, la cual ratifica el criterio seguido por la Administración de que el objeto litigioso no se trata de un problema de precios de transferencia por lo que no resulta invocable el art. 16 LIS. Resulta francamente contradictorio el pronunciamiento de la Sala en este punto puesto que los motivos y argumentos que facilita el recurrente son los que tradicional y, equivocadamente a nuestro juicio, ha defendido la doctrina jurisprudencial. La parte actora -el contribuyente- defiende la aplicación directa del art. 9 del CDI entre España y Reino

Unido, defendiendo la finalidad antielusiva del mismo, para legitimar cualquier tipo de ajuste en los términos de la operación<sup>457</sup>.

El Tribunal Supremo rechaza la aplicación directa del art. 9 del CDI aplicable a este caso puesto que “en el supuesto enjuiciado, no se cuestiona la validez o legalidad de cada una de las operaciones realizadas, sino todo el conjunto de operaciones, sobre la base de considerar que las transmisiones de participaciones entre empresas del grupo y con financiación de empresas del grupo no presentan un contenido económico real sino que tienen como motivo único el fiscal de reducción de la base imponible, por lo que las necesidades de financiación no son reales, sino que se han articulado las operaciones de trasvases de participaciones intragrupo para provocar una aparente necesidad de financiación”. Concluyendo con una defensa de la normativa española anti-abuso para la mitigación de operaciones vinculadas carentes de motivos económicos válidos. A tal efecto indica la Sala que “la aplicación de un CDI no puede constituir un instrumento para legitimar algunos comportamientos que tratan de eludir el deber de contribuir de acuerdo con la capacidad económica o para anular las facultades que el ordenamiento reconoce a la Administración tributaria en pos de la consecución de ese objetivo, como ocurre con las posibilidades de recalificación o la institución del fraude de ley. Consecuentemente, también en los supuestos en que resulte de aplicación un CDI, la Administración tributaria debe poder contar con los medios jurídicos de reacción frente a comportamientos elusivos que habilita el Derecho interno” (FJ 5º).

Como ocurrió con el caso *MM*, el modo de proceder por la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo en el caso *Mann Hummel* no nos parece del todo criticable. El único reproche sustancial que se puede realizar es la vacilación en cuanto a sostener o no la aplicabilidad directa del art. 9.1 para practicar ajustes transaccionales en operaciones intragrupo tan parecidas a las del caso *BICC*. La Administración tributaria aquí inicia su regularización extramuros de la normativa interna sobre precios de transferencia y se decanta por el expediente del fraude de ley demostrando la artificiosidad del complejo de operaciones

---

<sup>457</sup> En el FJ 5º, se sintetiza del siguiente modo el motivo de casación defendido por la parte actora: “Siendo el art. 9 del CDI una norma antielusión cuyo ámbito no está limitado al de las meras discusiones valorativas, sino que por el contrario se trata de una norma antielusoria, dirigida a aplicar el principio de sustancia sobre la forma, la correcta aplicación del art. 96.1 de la Constitución Española obliga a que una estructura financiera como la de la recurrente hubiera sido regularizada por aplicación de dicho artículo, y no por aplicación de cualquier otra norma interna”.

internas con el fin de erosionar la base imponible de la filial española<sup>458</sup>. Efectivamente, un ajuste en las condiciones de la operación, como podría ser su no reconocimiento no es una cuestión valorativa. Por lo tanto, ni el art. 9.1 del CDI, aplicado directamente, ni el art. 16 LIS aplicable a tal periodo impositivo otorgaban suficiente cobertura legal a una recaracterización.

En conclusión, del estudio de ambas sentencias podemos extraer que la aplicabilidad directa del art. 9.1 del CDI correspondiente continúa siendo una realidad en nuestra jurisprudencia y doctrina administrativa. No se ha alcanzado una solución homogénea que resuelva la correcta relación entre el precepto convencional y las normas anti-abuso internas. O dicho de otra forma, sigue desconociéndose de manera preocupante la función restrictiva del art. 9.1 de los Convenios fiscales sobre la normativa interna, el cual no crea obligaciones ni potestades tributarias nuevas, sino que procede a limitar la aplicación del Derecho interno, tal y como han señalado autores como VOGEL<sup>459</sup>. La jurisprudencia y doctrina administrativa son en este punto bastante vacilantes, lo cual juega en contra de la seguridad jurídica de los contribuyentes. En algunos casos se iniciarán -o resolverán por los tribunales- los casos por la vía del art. 9.1, quizá en conexión con la normativa interna sobre precios de transferencia, y en otros casos se realizará -en concurso o no- de la cláusula general anti-abuso interna.

Abogamos por una pronta solución a este escenario, el cual puede venir de la mano del nuevo art. 18.10 LIS que, como sostendremos más adelante, tiene una naturaleza anti-abuso específica y no solo se refiere a las correcciones valorativas, sino a cualquier tipo de corrección, lo cual puede entenderse como una cobertura jurídica a los ajustes de tipo transaccional, como una recaracterización a los efectos del análisis de comparabilidad en precios de transferencia. El Tribunal Supremo deberá aclarar los supuestos en que procede el instituto de la recaracterización y en cuales los de la recalificación de operaciones. De igual forma, entendemos que debe arrojar luz en torno al marco jurídico aplicable para cada supuesto y el concurso entre el Derecho convencional y el interno en materia anti-abuso. En

---

<sup>458</sup> No solo en el caso *Mann Hummel* la Administración tributaria sustentó sus expedientes de regularización en la figura del fraude de ley (actual conflicto en la aplicación de la norma tributaria), también en otros casos de operaciones de adquisición de participaciones mediante financiación intragrupo la Administración utilizó la misma herramienta, como puede verse en el caso *GEPESA -STS de 9 de febrero de 2015, rec. 3971/2013-*.

<sup>459</sup> Cfr. VOGEL, K., *Klaus Vogel on double taxation conventions, op. cit.*, p. 521.

definitiva, debe superarse cuanto antes la doctrina *BICC*, sustentada, a nuestro juicio, en un antiguo art. 16 LIS que no cubría en su dicción literal la recharacterización.

## **2.2. Cobertura legal específica**

Otra de las posibilidades que hemos detectado en Derecho comparado para articular la realización de ajustes sobre las condiciones de una operación tal cual ha sido estructurada y documentada por las partes es la existencia de una norma doméstica en materia de precios de transferencia que explícitamente contenga, en primer lugar la habilitación para la Administración tributaria en la realización de este tipo de ajustes y, en segundo lugar, los supuestos tasados en que puede proceder.

Sin lugar a dudas estas medidas específicas que otorgan tales facultades a sus autoridades tributarias nacionales son las que se encuentran en el Derecho interno de Australia y Canadá<sup>460</sup>, las cuales están alineadas con las Directrices de la OCDE. Asimismo, no solo se articula la recharacterización de operaciones vinculadas mediante normas con rango de ley, sino que también se complementa, a modo de aclaración, mediante otras normas reglamentarias y de *soft law*. Procedemos a exponer en primer lugar los rasgos del sistema australiano, el cual, a nuestro juicio, es el más completo, puesto que recoge sin vacilaciones el alcance de la potestad recharacterizadora diferenciándola de los meros ajustes valorativos, para concluir exponiendo el modelo canadiense. Como puede ser imaginable, ambos modelos recogen sin fisuras para operaciones vinculadas transfronterizas el estándar *at arm's length*.

### **2.2.1. Modelo australiano**

Australia es uno de los países más activos en lo que a la preocupación en materia de precios de transferencia se refiere. Para la *Australian Taxation Office* (ATO) esta ha sido una de las áreas de mayor atención desde la década de los 90, tal y como atesoran múltiples e importantes pronunciamientos jurisprudenciales dimanados de regularizaciones fiscales sobre los métodos de valoración empleados por los contribuyentes o las condiciones de la operación intragrupo<sup>461</sup>.

---

<sup>460</sup> Cfr. COLLIER, R.S. y ANDRUS, J.L., *Transfer pricing and the arm's length principle after BEPS*, op. cit., p. 175.

<sup>461</sup> Vid. por ejemplo, casos *Roche Pty Ltd. v. Commissioner of Taxation* (2008) AATA 261 y *SNF Australia Pty Ltd. v. Commissioner of Taxation* (2010) FCA 635. Uno de los casos más recientes que ha adquirido mayor

El marco normativo interno sobre precios de transferencia se recoge en un extenso apartado de la *Income Tax Assessment Act* de 1997, el cual ha sufrido diversas modificaciones en el último lustro para adaptarse de la manera más fiel posible a las DPT. Se halla en la *Division 815 – Cross-border transfer pricing*, la cual se divide en otras cinco subdivisiones<sup>462</sup>. En virtud de la *Subdivision 815-A* la Inspección tiene la potestad de practicar ajustes sobre la base imponible de los contribuyentes residentes en Australia cuando estos reciban un beneficio por los precios de transferencia (“*transfer pricing benefit*”) en una operación vinculada transfronteriza. Ese beneficio se define como la diferencia entre el beneficio real declarado y el que debería haberse obtenido en circunstancias de plena competencia. En síntesis, lo anterior equivale a que el resultado final sea un menor ingreso o un mayor gasto que el que empresas independientes acordarían<sup>463</sup>.

El apartado específico destinado a la ejecución de recaracterizaciones se halla dentro de la *Subdivision 815-B*, en la subsección 815-130 que lleva por título “*Relevance of actual commercial or financial relations*”<sup>464</sup>. Asimismo, dicho apartado ha de ser aplicado en

---

repercusión en la literatura científica ha sido el caso *Chevron (Chevron Australia Holdings Pty Ltd. (CAHPL) v. Commissioner of Taxation (2017) FACFC 62)*. Recientemente ha concluido su periplo judicial dentro del circuito australiano mediante la sentencia de 21 de abril de 2017 de la *Full Federal Court*. La operación regularizada por la ATO era una operación de financiación intragrupo en la que la filial australiana, *Chevron Australia Holdings Pty Ltd.* suscribe un préstamo con su matriz estadounidense, *Chevron Texaco Funding Corporation*, en virtud del cual la primera debe abonar periódicamente una serie de intereses. La cantidad del préstamo para que la filial australiana explotase las reservas de gas del oeste de Australia fue de 3.7 billones de dólares australianos. La cantidad que debe ingresar derivada de la regularización asciende a 340 millones de dólares australianos. Los términos de este préstamo son considerados tanto por la Administración tributaria como por la propia sentencia contrarios al estándar *at arm’s length*. En este sentido recoge la sentencia que los gastos financieros que soporta la empresa australiana no son los que razonablemente se podría esperar que aceptara soportar una empresa independiente en el libre mercado. Sobre el caso *Chevron*, vid. BANFIELD, S., “Flexing the arm’s-length principle in Australia: the Chevron case”, *Tax Notes International*, vol. 81, núm. 11, 2016, pp. 965-967; STORCK, A., “Intra-group loan financing and the arm’s length principle: review of the Federal Court decision on Chevron Australia – Australia’s recent large transfer pricing case”, *Transfer Pricing International*, vol. 1, núm. 1, 2017, pp. 40-43.

<sup>462</sup> *Subdivision 815-A—Treaty-equivalent cross-border transfer pricing rules; Subdivision 815-B—Arm’s length principle for cross-border conditions between entities; Subdivision 815-C—Arm’s length principle for permanent establishments; Subdivision 815-D—Special rules for trusts and partnerships; y, Subdivision 815-E—Reporting obligations for significant global entities.*

<sup>463</sup> Cfr. SMIT, S., & CALDERON, A., “Australia”, en HEIMERT, A.M., MICHAELSON, T.J. y DUFF & PHELPS (Eds.), *Guide to international transfer pricing. Law, tax planning and compliance strategies*, 6ª ed., Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2016, p. 147.

<sup>464</sup> “Basic rule:

(1) *The identification of the \*arm’s length conditions must:*

(a) *be based on the commercial or financial relations in connection with which the actual conditions operate; and*

(b) *have regard to both the form and substance of those relations.*

*Exceptions:*

(2) *Despite paragraph (1)(b), disregard the form of the actual commercial or financial relations to the extent (if any) that it is inconsistent with the substance of those relations.*

(3) *Despite subsection (1), if:*

conexión con la *Taxation Ruling* TR 2014/6, de noviembre de 2014, la cual explica el significado de los términos contenidos en aquella y su interacción con otras partes de la *Subdivision 815-B* y los documentos de la OCDE. Goza de un estatus jurídicamente vinculante, salvo los ejemplos explicativos que se contienen en el apéndice final (párr. 124-188), y se aplica a todas aquellas operaciones vinculadas concertadas a partir del 29 de junio de 2013<sup>465</sup>. Se trata de una norma reglamentaria que actúa como un texto de apoyo útil tanto para los contribuyentes a la hora de organizar sus operaciones intragrupo conforme el ALP, como para la Administración tributaria a la hora de practicar ajustes transaccionales.

La normativa australiana parte de una regla básica sobre la que proceden tres excepciones. Esa norma general prescribe que la identificación de las condiciones *at arm's length* deben sustentarse en las verdaderas -en el sentido de reales- relaciones comerciales y financieras, analizando tanto la forma como la sustancia de las mismas. Explica la TR 2014/6 que el concepto “relaciones comerciales o financieras” es amplio y describe la totalidad de acuerdos entre las partes vinculadas; sin embargo, a los efectos de esta subsección la identificación de las condiciones *at arm's length* se basan solo en las relaciones comerciales o financieras a través de las cuales se operan las condiciones reales<sup>466</sup>. Pese a la oscuridad de esa redacción, la norma reglamentaria no está diciendo más que se espera que las entidades formalicen sus objetivos comerciales y financieros a través de acuerdos intragrupo que reflejen los verdaderos efectos económicos y comerciales; es decir, en consonancia a su sustancia económica<sup>467</sup>.

Cuando tras ser definidas las operaciones, se descubre que no hubiesen sido creadas o implementadas por empresas independientes en condiciones de plena competencia,

---

(a) *independent entities dealing wholly independently with one another in comparable circumstances would not have entered into the actual commercial or financial relations; and*

(b) *independent entities dealing wholly independently with one another in comparable circumstances would have entered into other commercial or financial relations; and*

(c) *those other commercial or financial relations differ in substance from the actual commercial or financial relations; the identification of the \*arm's length conditions must be based on those other commercial or financial relations.*

(4) *Despite subsection (1), if independent entities dealing wholly independently with one another in comparable circumstances would not have entered into commercial or financial relations, the identification of the \*arm's length conditions is to be based on that absence of commercial or financial relations.*

(5) *Subsections 815-125(3) and (4) (about comparability of circumstances) apply for the purposes of this section”.*

<sup>465</sup> Cfr. Párr. 77 TR 2014/6.

<sup>466</sup> Cfr. párr. 33-34 TR 2014/6.

<sup>467</sup> Cfr. párr. 40 TR 2014/6.

procede la recharacterización por alguno de los tres siguientes motivos<sup>468</sup>. En primer lugar, cuando la forma de la operación es inconsistente con su sustancia. En segundo lugar, cuando empresas independientes habrían concertado un acuerdo con una sustancia diferente al manifestado por las partes. Y, en tercer lugar, cuando empresas independientes no habrían concertado un acuerdo similar al planteado por las partes. La facultad para la ATO de practicar una recharacterización depende de que de la operación resulte un beneficio para el contribuyente en conexión con las relaciones comerciales y financieras operadas con la otra entidad; es decir, una merma recaudatoria para el fisco australiano<sup>469</sup>.

A modo de reflexión, pese a que se recogen tres excepciones o presupuestos de hecho para la realización de recharacterizaciones, no divergen en cuanto a su contenido por las establecidas por la OCDE. La primera se alinea con el antiguo motivo de recharacterización existente hasta las DPT 2010 en el párr. 1.65 (sustancia diverge de la forma). Posiblemente, con vistas al nuevo enfoque post-BEPS de las nuevas Directrices, la misma pueda ser trasladada a un estadio previo como es el de definición de la operación vinculada. No obstante, preferimos no adentrarnos en el debate en torno a la conveniencia de que se siga manteniendo como un motivo que da cobertura a la Administración australiana a recharacterizar operaciones que, a su juicio, no cumplan con el ALP. En lo que afecta a la segunda y a la tercera excepción, pueden ser ambas subsumibles en el motivo de irracionalidad comercial de la operación existente en el actual párr. 1.122 DPT. Pese a que su contenido parece ser muy similar entre ambas, la segunda desembocaría en una regularización fiscal que sustituya la operación inicial por otra que sí hubieran alcanzado partes independientes en el libre mercado. Por el contrario, la tercera parece abogar por el simple no reconocimiento de la transacción. En una situación comparable, empresas independientes no hubiesen acordado la celebración de la misma.

### **2.2.2. Modelo canadiense**

Canadá es otra jurisdicción con un régimen sobre precios de transferencia bastante depurado. En 1998 entró en vigor dicha normativa, la cual recoge sin fisuras el estándar *at arm's length* y está alineada con las DPT de la OCDE. En lo que a la práctica de ajustes se

---

<sup>468</sup> La *Taxation Ruling* habla tanto de recharacterizar como de ignorar la operación. Recuérdese a modo aclarativo que en este trabajo venimos empleando el término “recharacterización” para referirnos tanto a la ignorancia como a la sustitución de la operación.

<sup>469</sup> Cfr. párr. 20 TR 2014/6.

refiere encontramos su núcleo en la subsección 247(2)(a)(b)(c)(d) de la *Income Tax Act*<sup>470</sup>. Este precepto permite a la *Canada Revenue Agency* (CRA) ajustar la cuantía o la naturaleza de las operaciones intragrupo cuando difieran de lo que habrían acordado empresas independientes. Es una norma amplia que proporciona cobertura legal tanto para la realización de ajustes valorativos como de tipo transaccional a través de una recaracterización, siempre bajo los límites del ALP. El marco jurídico para la práctica de recaracterizaciones en Canadá se completa con un instrumento de *soft law* de la CRA, en donde se especifica cómo esta normativa interna ha de ser aplicada bajo el paraguas de las DPT y demás documentos de la OCDE al respecto. Se trata de la *Information Circular* IC 87-2R, de 27 de septiembre de 1999.

La sistematización que el legislador canadiense ha realizado en el precepto es particular y su lectura puede realizarse paralelamente entre, por un lado, las letras a) y c) y, por otro lado, las letras b) y d). Mientras el primer grupo recoge la regla del ALP, el segundo recoge la facultad de realizar la recaracterización, lo cual no ha quedado exento de crítica pues el solapamiento entre ambas reglas es evidente al poder subsumirse la letra b), referente a la modificación de la transacción, dentro de la letra a), ya que si hay modificación de la operación ello lleva implícito un ajuste en los términos y condiciones de la misma<sup>471</sup>. Por su parte, las letras c) y d) del párrafo 247(2) recogen los efectos sobre la constatación objetiva

---

<sup>470</sup> “Where a taxpayer or a partnership and a non-resident person with whom the taxpayer or the partnership, or a member of the partnership, does not deal at arm’s length (or a partnership of which the non-resident person is a member) are participants in a transaction or a series of transactions and

(a) the terms or conditions made or imposed, in respect of the transaction or series, between any of the participants in the transaction or series differ from those that would have been made between persons dealing at arm’s length, or

(b) the transaction or series

(i) would not have been entered into between persons dealing at arm’s length, and

(ii) can reasonably be considered not to have been entered into primarily for bona fide purposes other than to obtain a tax benefit,

any amounts that, but for this section and section 245, would be determined for the purposes of this Act in respect of the taxpayer or the partnership for a taxation year or fiscal period shall be adjusted (in this section referred to as an “adjustment”) to the quantum or nature of the amounts that would have been determined if,

(c) where only paragraph 247(2)(a) applies, the terms and conditions made or imposed, in respect of the transaction or series, between the participants in the transaction or series had been those that would have been made between persons dealing at arm’s length, or

(d) where paragraph 247(2)(b) applies, the transaction or series entered into between the participants had been the transaction or series that would have been entered into between persons dealing at arm’s length, under terms and conditions that would have been made between persons dealing at arm’s length.”

<sup>471</sup> Cfr. NAVARRO IBARROLA, A., A., *Transactional adjustments in transfer pricing*, *op. cit.*, p. 95. Incluso la práctica administrativa parece confirmar la necesidad de una fusión para ambas reglas *de lege ferenda*, puesto que la casuística pone de relieve que la Administración tributaria canadiense realiza la mayoría de los ajustes transaccionales a través de las reglas a) y c), es decir, modificando los términos y condiciones contractuales de las operaciones, evitando así tener que contrastar los dos requisitos que impone la letra b). Cfr. BLOOM, B., “Respecting the dualistic nature of Canada’s two transfer pricing rules: a tax policy and legal analysis”, *Tax Management Transfer Pricing Report*, vol. 21, núm. 7, 2012.

de los presupuestos fácticos de las anteriores letras, es decir, la realización del ajuste valorativo y/o transaccional.

Más allá de esta aclaración en lo que a la aplicación de la normativa canadiense afecta, procedemos a centrarnos en las letras b) y d), las cuales recogen la realización de la recharacterización por parte de la CRA. De la lectura conjunta de ambos preceptos se observa que la posibilidad de recharacterizar una operación intragrupo se supedita a dos condiciones de concurrencia cumulativa. Por un lado, que la operación -o series de la misma- no hubiese sido acordada entre partes independientes y, por otro lado, que pueda razonablemente considerarse que no se habría realizado aquella principalmente por motivos de buena fe distintos a un motivo fiscal<sup>472</sup> -por ejemplo, reducción de la base imponible, elusión o aplazamiento en el pago del impuesto-.

La IC 87-2R hace mención a la necesidad de recharacterizar operaciones vinculadas a los efectos puramente fiscales. En este sentido, menciona el carácter excepcional de los dos supuestos que las DPT 1995 establecían para que las Administraciones tributarias practicasen este tipo de ajuste transaccional<sup>473</sup>. Sin embargo, en el siguiente párrafo se remite exclusivamente al parágrafo 247(2)(b) de la *Income Tax Act*, es decir, a las dos condiciones cumulativas anteriores, para dotar de cobertura a la potestad administrativa de recharacterización. No cabe duda de que Canadá es un ejemplo de jurisdicción con una normativa que habilita específicamente a la práctica de ajustes transaccionales. No obstante, su nivel de exactitud no llega a alcanzar al modelo australiano, puesto que en el presente modelo la potestad de recharacterizar se configura de forma más amplia e imprecisa. Por lo tanto, la CRA podrá esgrimir argumentos para considerar o no la existencia de un propósito de buena fe económica en la realización de la operación, distinto al ahorro fiscal<sup>474</sup>. Como podrá comprobarse en las próximas páginas, Canadá cuenta con un modelo a caballo entre el australiano y el español, pues ni llega a ser tan preciso con los supuestos tasados que

---

<sup>472</sup> En el proyecto de reforma de esta normativa simplemente se mencionaba la posibilidad de que la Administración ignorase o sustituyese una operación cuando se constatare que no habría sido acordada en similares términos por empresas independientes en situación de plena competencia. Sin embargo, fue objeto de múltiples críticas y finalmente se añadió un segundo requisito cumulativo como es el del objetivo de buena fe económica -*bona fide business purpose*-; es decir, que la operación no solo infrinja el mandato *at arm's length*, sino que además esté realizada para obtener una ventaja fiscal y no por otros motivos económicos que puedan existir en el libre mercado según la buena fe. *Vid.*, al respecto THOMPSON, T., "Canada's transfer pricing laws: keeping pace with an international trend", *The Transnational Lawyer*, vol. 11, núm. 1, 1999, pp. 327-329, disponible en <http://heinonline.org/> (último acceso: 28.05.2018).

<sup>473</sup> Cfr. Párr. 44 IC 87-2R.

<sup>474</sup> Cfr. THOMPSON, T., "Canada's transfer pricing laws: keeping pace with an international trend", *op. cit.*, p. 328.

habilitan la realización del ajuste transaccional como el australiano, ni es tan amplio como el español que habla genéricamente de la potestad de comprobar y realizar correcciones sobre las operaciones.

El precepto está en sintonía con la actual cláusula de recaracterización por motivo de irracionalidad comercial de las DPT. Máxime, si tenemos presente que Canadá también emplea las DPT como parámetro en la interpretación y aplicación de su normativa interna sobre precios de transferencia. No cabe duda de que la expresión “*bona fide purposes other than to obtain a tax benefit*” tiene encaje en el actual párr. 1.122 DPT, al igual que lo tuvo en el anterior párr. 1.65 DPT 2010<sup>475</sup>.

Por último, según la redacción de la sección 247 y de la IC 87-2R, existía habilitación jurídica para que la Administración tributaria canadiense recaracterizara operaciones cuando la sustancia económica difería de la forma, tal y como era uno de los tradicionales motivos de recaracterización para la OCDE<sup>476</sup>. Sin embargo, para la CRA estos supuestos de divergencia entre sustancia y forma se resolvían acudiendo a la norma anti-abuso general canadiense; es decir, recurriendo a la vía de la recalificación de la operación tras constatar la existencia de un montaje artificioso con el único motivo de eludir la tributación<sup>477</sup>. En la actualidad, dado que las DPT han subsumido este tipo de ajustes transaccionales dentro del ejercicio de definición precisa de la operación en el análisis de comparabilidad, la trascendencia de esta práctica administrativa puede verse afectada y, en virtud de la normativa doméstica sobre precios de transferencia interpretada según las DPT, se realicen este tipo de recaracterizaciones evitando recurrir a una GAAR.

### **2.3. Cobertura legal genérica: el art. 18.10 de la Ley 27/2014, del Impuesto sobre Sociedades español**

El último de los instrumentos jurídicos habilitantes de la recaracterización es aquel en el que generalmente se habilita mediante una norma de rango legal la posibilidad de realizar ajustes que, en caso de que proceda, reviertan tanto la operación como su resultado

---

<sup>475</sup> Cfr. WILKIE, J.S., “Canada’s place in the contemporary transfer pricing world”, *Bulletin for International Taxation*, vol. 63, núm. 8/9, 2009, p. 398.

<sup>476</sup> Vid. BULLEN, A., “Arm’s length transaction structures. Recognizing and restructuring controlled transactions in transfer pricing, *op. cit.*, p. 448.

<sup>477</sup> Cfr. BLOOM, B., “Paragraph 247(2)(b) demystified”, *Tax Topics*, núm. 1783, 2006, p. 2, citado por BULLEN, A., “Arm’s length transaction structures. Recognizing and restructuring controlled transactions in transfer pricing, *op. cit.*, p. 449.

dentro de los parámetros que el *at arm's length standard* exige para las operaciones transfronterizas entre empresas asociadas. Con la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, se actualizó el régimen fiscal para las operaciones vinculadas contenido en el art. 18, en consonancia con la nueva visión que las Acciones 8-10 del Proyecto BEPS de la OCDE y el G20 empezaban a proyectar en 2013<sup>478</sup>.

El art. 18 LIS continúa respetando la regla de valoración imperativa de las operaciones vinculadas de una manera objetiva. Dichas operaciones deberán valorarse por su valor de mercado sin que proceda prueba en contrario, estando dicho mandato proyectado tanto sobre los contribuyentes, a la hora de estructurar y documentar sus negocios, como sobre la Administración tributaria a la hora de realizar la comprobación y, en su caso, posible corrección<sup>479</sup>. A estos efectos, el apartado primero entiende por valor de mercado “aquel que se habría acordado por personas o entidades independientes en condiciones que respeten el principio de libre competencia”.

Una de las principales novedades del nuevo régimen fiscal para las operaciones intragrupo es el referente a la nueva redacción dada al apartado dedicado a la potestad administrativa de comprobación y, en su caso, la práctica de ajustes sobre las operaciones. Anteriormente, con la LIS 2004, en la redacción dada por la Ley 36/2006, se regulaba en el art. 16.1.2º tal aspecto<sup>480</sup>. En la referida norma únicamente se hacía mención a la posibilidad de realizar correcciones valorativas; es decir, meros ajustes valorativos limitados por el art. 9.1 del CDI aplicable al caso.

---

<sup>478</sup> Sobre el alcance y las claves del nuevo art. 18 LIS, *vid. in extenso*, CAAMAÑO ANIDO, M.A., “Artículo 18. Operaciones vinculadas” en SÁNCHEZ PEDROCHE, J.A. (Dir.), *Comentarios a la Ley del Impuesto sobre Sociedades y su normativa reglamentaria*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 487-491; CARMONA FERNÁNDEZ, N., “Nuevo régimen fiscal para operaciones vinculadas”, *Estrategia Financiera*, núm. 324, 2015 y LAGOS RODRÍGUEZ, M.G., “La fiscalidad de las operaciones vinculadas en el nuevo Impuesto de Sociedades”, *Quincena Fiscal*, núm. 18, 2015.

<sup>479</sup> Cfr. PALACÍN SOTILLOS, R., “El régimen fiscal de los precios de transferencia (VI): tratamiento fiscal y contable de las operaciones vinculadas”, en CORRAL GUADAÑO, I. (Dir.), *Manual de Fiscalidad Internacional*, vol. II, 4ª ed., IEF, Madrid, 2016, p. 1119.

<sup>480</sup> Art. 16.1.2º TRLIS 2004: “2.º La Administración tributaria podrá comprobar que las operaciones realizadas entre personas o entidades vinculadas se han valorado por su valor normal de mercado y efectuará, en su caso, las correcciones valorativas que procedan 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 disponga. La Administración tributaria quedará vinculada por dicho valor en relación con el resto de personas o entidades vinculadas”.

El apartado décimo del art. 18 recoge el contenido de esta nueva potestad administrativa en su primer párrafo, con la siguiente dicción:

“La Administración tributaria **podrá comprobar** las operaciones realizadas entre personas o entidades vinculadas **y efectuará**, en su caso, **las correcciones que procedan** en los términos que se hubieran acordado entre partes independientes **de acuerdo con el principio de libre competencia**, 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, con la documentación aportada por el contribuyente y los datos e información de que disponga. La Administración tributaria quedará vinculada por dicha corrección en relación con el resto de personas o entidades vinculadas.”

Este apartado, al igual que todo el art. 18 LIS, ha de interpretarse en concordancia con los instrumentos de *soft law* en la materia promulgados por organismos supranacionales. Se trata, específicamente, de las DPT de la OCDE y las recomendaciones del EUJTPF, los cuales, pese a que no son aprobados por los parlamentos nacionales conforme al principio democrático, gozan de un estatus privilegiado a la hora de interpretar y aplicar las normas domésticas sobre precios de transferencia cercano al *hard law*<sup>481</sup>. En la LIS 2014 se recoge en el apartado e) de la III Parte de su Preámbulo este enfoque, justificándose el legislador español en la repercusión internacional que tienen los precios de transferencia<sup>482</sup>, si bien su impacto trata de limitarse en tanto no contravenga el contenido de una norma tributaria interna.

La nueva regulación sustituye la práctica de simples correcciones valorativas del antiguo art. 16 por la realización de aquellas correcciones que procedan según hubiesen establecido empresas independientes de acuerdo con el ALP. Es innegable que existe una superación de la tan criticada limitación sobre ajustes transaccionales que existía anteriormente y, a nuestro juicio, desembocó en toda una serie de posicionamientos

---

<sup>481</sup> Cfr. CARMONA FERNÁNDEZ, N., “Principios generales, fuentes de Derecho y doctrinales: incidencia del proyecto BEPS y de otras regulaciones”, *op. cit.*, p. 64; CALDERÓN CARRERO, J.M., *Precios de transferencia e Impuesto sobre Sociedades (un análisis de la normativa española desde una perspectiva internacional, comunitaria y constitucional)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 110.

<sup>482</sup> “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 EUJTPF, en la medida en que no contradigan lo expresamente señalado en dicho precepto, o en su normativa de desarrollo”.

administrativos y jurisprudenciales vacilantes en torno a la forma de conjugar los mecanismos del ordenamiento tributario para ignorar o reconstruir operaciones intragrupo. El art. 18.10 LIS abre una nueva etapa para las operaciones vinculadas producidas desde el periodo impositivo de 2015 y solo queda esperar cómo la doctrina administrativa y la jurisprudencia interpretan y aplican este precepto.

A nuestro juicio, parece una redacción que cuando alude a “las correcciones que procedan” va más allá de los simples ajustes sobre los beneficios. Se refiere tanto a los ajustes valorativos como a la realización de ajustes transaccionales, tanto los ajustes de comparabilidad, los que se producen en la fase de delineación precisa de la transacción y las recaracterizaciones -ignorancia y/o sustitución-<sup>483</sup>. Este aspecto se confirma por el RIS en el apartado III de su exposición de motivos, cuando al hilo del nuevo procedimiento de comprobación de las operaciones vinculadas se afirma que este “no se circunscribe exclusivamente a un supuesto de valoración”. De igual manera, el art. 19 RIS evita referirse a las correcciones valorativas y habla genéricamente de la comprobación -y potencial regularización- de la operación vinculada. Además, esa recaracterización que potencialmente pudiera practicar la Administración tributaria deberá estar supeditada al mandato *at arm's length*, evitándose así posibles comportamientos arbitrarios de la Administración. No obstante, esto no garantiza plenamente la seguridad jurídica de los contribuyentes, pues la normativa todavía dista de ser todo lo perfecta que debería.

Una de las mayores críticas a la expresión “las correcciones que procedan” usada por el legislador ha sido la realizada por GARCÍA PRATS<sup>484</sup>. A su juicio, la expresión es muy amplia y no satisface las exigencias del principio de legalidad de toda actuación administrativa. Las correcciones que proceden serán aquellas que estén recogidas por la ley; sin embargo, ni la LGT ni la LIS, ni cualquier otra norma legal recogen los postulados de un ajuste transaccional, como el alcance y supuestos en que procede. Incluso, si la intención del

---

<sup>483</sup> Cfr. en el mismo sentido, CALDERÓN CARRERO, J.M., “The Spanish transfer pricing regime and the OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project”, *Bulletin for International Taxation*, vol. 70, núm. 8, 2016, p. 434; CAÑABATE CLAU, D., *Precios de transferencia en las operaciones de reestructuración empresarial. Modelo de análisis y validación*, Francis Lefebvre, Madrid, 2016, p. 164; CARMONA FERNÁNDEZ, N., “Nuevo régimen fiscal para operaciones vinculadas”, *op. cit.*, p. 324; GARCÍA BAÑUELOS, J.A. y MUT AGUILAR, I., “Descripción precisa de las transacciones entre partes vinculadas, desconocimiento o sustitución de las mismas y su relación con las cláusulas antiabuso generales”, *Crónica Tributaria*, núm. 164, 2017, p. 121, disponible en [http://www.ief.es/docs/destacados/publicaciones/revistas/ct/164\\_Garcia\\_Mut.pdf](http://www.ief.es/docs/destacados/publicaciones/revistas/ct/164_Garcia_Mut.pdf) (último acceso: 03.08.2018); y, PALACÍN SOTILLOS, R., “El régimen fiscal de los precios de transferencia (VI): tratamiento fiscal y contable de las operaciones vinculadas”, *op. cit.*, p. 1118.

<sup>484</sup> *Vid.* GARCÍA PRATS, F.A., “Recaracterización de operaciones y normas antiabuso”, *op. cit.*, pp. 664-667.

legislador con esta expresión tan genérica era la de remitir expresamente a la Administración tributaria a las DPT de la OCDE, como mecanismos interpretativos, nos parece también una habilitación exigua para ignorar y/o sustituir una operación. Como ha advertido CALDERÓN CARRERO<sup>485</sup>, el legislador tributario ha creado una nueva “Caja de Pandora” que puede ser “abierta” para legitimar regularizaciones fiscales que afecten a la estructura de la transacción declarada.

Desde nuestra postura, asistimos con igual preocupación al escenario diseñado por el nuevo art. 18.10 LIS. Si se nos permite la expresión, el legislador ha dado en este punto una de cal y otra de arena. Como aspecto positivo, ha reconocido por primera vez en una norma con rango legal la potestad de recharacterización, la cual ha sido reclamada insistentemente por nuestra doctrina trayendo como ejemplos el modelo australiano o canadiense. Es cierto que no se menciona expresamente la posibilidad de ignorar, no reconocer, sustituir, reconstruir o recharacterizar, pero entendemos que basta con que se haya eliminado la referencia a las simples correcciones valorativas y se haya dejado simplemente el término “correcciones” en conexión con el principio de plena competencia. Sin embargo, como punto negativo, nos encontramos con la amplitud de la norma. Hubiese sido deseable una mención específica al supuesto que ahora recogen las DPT para la recharacterización: irracionalidad comercial y consiguiente imposibilidad de fijar un precio *at arm's length*. Sin embargo, el legislador decidió incluir el inciso relativo a “las correcciones que procedan”, lo cual reabre el tradicional debate de hasta qué punto normas de *soft law*, como el actual párr. 1.122 DPT, pueden servir de inspiración para que la Administración tributaria inicie expedientes de regularización fiscal sustentando la recharacterización de operaciones en una norma no aprobada por el poder legislativo español.

---

<sup>485</sup> CALDERÓN CARRERO, J.M., “The Spanish transfer pricing regime and the OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project”, *op. cit.*, 434. En el mismo sentido, este autor junto a MARTÍN JIMÉNEZ critican la desregulación de la potestad de recharacterización y señalan que “se echa en falta, en este sentido, unas mínimas directrices sobre el ejercicio de esta potestad que no pueden suplirse simplemente con la fuerza interpretativa que se confiere en nuestro ordenamiento a las Directrices de la OCDE”. Cfr. CALDERÓN CARRERO, J.M. y MARTÍN JIMÉNEZ, A., “El procedimiento de comprobación de las operaciones vinculadas”, en CARMONA FERNÁNDEZ, N. (Dir.), *Nuevo régimen fiscal de las operaciones vinculadas. Valoración, documentación y supuestos prácticos*, CISS, Valencia, 2016, p. 579.

### 3. RECALIFICACIÓN vs. RECARACTERIZACIÓN EN DERECHO TRIBUTARIO ESPAÑOL

Tal y como hemos tenido ocasión de apreciar, las resoluciones administrativas y jurisprudenciales no han aclarado hasta la fecha cuáles son las relaciones entre los mecanismos domésticos que recalifican las operaciones elusivas o evasivas -arts. 13, 15 y 16 LGT- y los de recaracterización -art. 18.10 LIS en conexión con los párr. 1.122 y ss. DPT-. La confusión sobre con qué figura debe iniciar nuestra Administración tributaria un expediente de regularización se puede deber a las similares consecuencias jurídicas que tienen ambos instrumentos. Ya se produzca una recalificación por la vía de la GAAR o de la cláusula de recaracterización el efecto será la ignorancia de la operación documentada por la empresa contribuyente y de sus efectos fiscales y/o la sustitución de la misma. Sin embargo, si se analiza bien se observa que ambas figuras operan en escenarios diferentes y que los presupuestos de aplicación de la GAAR, sustentados en el test de los motivos económicos válidos, difiere de los presupuestos aplicativos para la recaracterización, sustentada en la irracionalidad comercial de la transacción.

El objeto del presente apartado es clarificar cuáles son -y deberían ser de ahora en adelante- verdaderamente esas relaciones, de tal manera que los contribuyentes ganen en seguridad jurídica. Para ello confrontaremos la recalificación y la recaracterización como instrumentos diferentes cuya diferenciación es clave para comprender en qué contextos actúan y adquieren su máxima expresión. Para ello, comenzaremos exponiendo sucintamente el marco jurídico en Derecho tributario español para la lucha contra comportamientos abusivos, distinguiendo entre la norma anti-abuso general y el resto de normas anti-abuso de carácter específico existentes<sup>486</sup>.

---

<sup>486</sup> Para evitar caer en cuestiones que exceden el ámbito de este trabajo no realizaremos un examen de fondo de cuestiones ampliamente estudiadas por la doctrina como el concepto de fraude a la ley tributaria o las dificultades que existen para diferenciar entre la calificación, el conflicto en la aplicación de la norma y la simulación fruto de la interpretación que el Tribunal Supremo ha venido realizando del cuerpo normativo para luchar contra la elusión fiscal. *Vid.* al respecto PALAO TABOADA, C., *La aplicación de las normas tributarias y la elusión fiscal*, *op. cit.*, en donde se recopilan los trabajos que este autor ha publicado al respecto durante su trayectoria académica hasta esa fecha; PALAO TABOADA, C., “Calificación y abuso del Derecho” en 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 de Trabajo del Instituto de Estudios Fiscales*, núm. 12, 2011, disponible en [http://www.ief.es/docs/destacados/publicaciones/documentos\\_trabajo/2011\\_12.pdf](http://www.ief.es/docs/destacados/publicaciones/documentos_trabajo/2011_12.pdf) (último acceso: 03.08.2018); DELGADO PACHECO, A., *Las normas generales antielusión en la jurisprudencia tributaria española y europea*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018.

### 3.1. Marco jurídico español en materia de cláusulas anti-abuso: normas anti-abuso general y especiales

En el ordenamiento tributario español existen mecanismos que facultan a la Administración tributaria a recalificar ciertos actos o negocios jurídicos que responden a un mero artificio u ocultación de su verdadero propósito económico para conseguir una ventaja fiscal, bien evitando realizar parcial o completamente el hecho imponible que regula un determinado tributo, bien a través de la minoración de la base imponible o deuda tributaria. Siguiendo la definición de GARCÍA NOVOA<sup>487</sup>, las normas anti-abuso son “estructuras normativas cuyo presupuesto de hecho aparece formulado con mayor o menor grado de amplitud, y al cual se ligan unas consecuencias jurídicas que, en suma, consistirían en la asignación a la Administración de unas potestades consistentes en desconocer el acto o negocio realizado con ánimo elusorio o aplicar el régimen jurídico-fiscal que se ha tratado eludir”. Son normas destinadas a luchar contra el llamado fenómeno de la elusión fiscal, aunque según el enfoque amplio bajo el cual nos vamos a alinear en cuanto a la GAAR española -arts. 13, 15 y 16 LGT-, también debemos incluir dentro de sus propósitos la lucha contra las conductas de evasión fiscal que ocultan la verdadera realización del hecho imponible y son, a diferencia de las elusorias, antijurídicas desde el punto de vista del Derecho penal<sup>488</sup>.

En función de su ámbito de aplicación procede distinguir entre cláusulas anti-abuso generales y especiales. Las primeras suelen ser las más extendidas en Derecho comparado y se aplican a situaciones surgidas en cualquier tributo<sup>489</sup>, mientras que las segundas se

---

<sup>487</sup> GARCÍA NOVOA, C., *La cláusula antielusiva en la nueva Ley General Tributaria*, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 259.

<sup>488</sup> Adviértase que tras la reforma introducida en la LGT a través de la Ley 34/2015 también pueden ser objeto de sanción la conducta tipificada como infracción en el art. 206 bis LGT por el incumplimiento de las obligaciones tributarias mediante la realización de actos o negocios cuya regularización se hubiese efectuado mediante el art. 15 LGT. No obstante, el legislador tributario limitó la represión de estas conductas a los supuestos en que se acredite la existencia de igualdad sustancial entre el caso objeto de regularización y aquel o aquellos otros supuestos en que se hubiera establecido un criterio administrativo público que haya sido conocido generalmente antes del inicio del plazo para la presentación de la correspondiente declaración o autoliquidación. La punibilidad del conflicto en la aplicación de la norma tributaria es asimétrica puesto que, como ha apuntado DELGADO PACHECO, no se sancionan administrativamente esquemas de planificación fiscal fraudulentos *ex novo*, sino más bien aquellas conductas de los contribuyentes al continuar aplicando esquemas ya detectados por la Administración y declarados como abusivos. Cfr. DELGADO PACHECO, A., *Las normas generales antielusión en la jurisprudencia tributaria española y europea*, *op. cit.*, p. 113.

<sup>489</sup> Vid. DOURADO, A.P., “Tax avoidance revisited in the EU BEPS context”, in DOURADO, A.P (Ed.), *Tax avoidance revisited in the EU BEPS context*, EATLP International Tax Series, vol. 15, IBFD, Amsterdam, 2017, pp. 13-15; FUNDACIÓN IMPUESTOS Y COMPETITIVIDAD, *Cláusula general antiabuso tributaria en España: propuestas para una mayor seguridad jurídica*, 2015, pp. 14-15, disponible en <http://www.fundacionic.com/wp-content/uploads/2016/02/C1%20C3%A1usula-General-Antiabuso-Tributaria->

circunscriben a conductas tasadas y puntuales que realicen los contribuyentes en un determinado tributo cuando su operación de optimización fiscal contravenga el espíritu de la ley que regule el tributo. Las cláusulas generales anti-abuso están adquiriendo una gran relevancia a nivel internacional y se están erigiendo como herramientas correctoras de aquellas operaciones que explotan situaciones de arbitraje fiscal internacional, sin infringir las normas tributarias, pero produciendo resultados calificables como abusivos. Las normas anti-abuso, tanto generales como especiales, tienen una vocación de cierre del sistema tributario para hacerlo más respetuoso con los principios de capacidad económica y ganar en seguridad jurídica<sup>490</sup>. En esta línea, el Tribunal Constitucional las avala afirmando en la STC 76/1990, de 26 de abril, que “el legislador ha de habilitar las potestades o los instrumentos jurídicos que sean necesarios y adecuados para que, dentro del debido respeto a los principios y derechos constitucionales, la Administración esté en condiciones de hacer efectivo el cobro de las deudas tributarias”.

El ordenamiento tributario español tipifica tres normas generales anti-elusión. En una concepción amplia podemos afirmar que la GAAR española está compuesta por las normas del art. 13, referente a la calificación, el art. 15, relativo al denominado conflicto en la aplicación de la norma tributaria, y el art. 16, reservado para la simulación, de la LGT<sup>491</sup>. Ambas son un bloque anti-elusión y si bien las relaciones entre ambas, *grosso modo*, pueden

---

[en-Espa%C3%B1a-Propuestas-para-una-mayor-seguridad-jur%C3%ADdica.pdf](#) (último acceso: 13.06.2018). Han sido varios los países que desde el desarrollo del Plan BEPS y la iniciativa de la Unión Europea contra la lucha de la elusión y evasión fiscal han introducido en sus ordenamientos jurídicos GAARs. *Vid.* Italia: art. 10-bis (*Disciplina dell'abuso del diritto o elusione fiscale*) de la Ley de 27 de julio de 2000, núm. 212 (*Statuto del Contribuyente*), a través del Decreto Legislativo núm. 128 de 5 de agosto de 2015; Estados Unidos: subsección 7701 (0) del IRC a través de la reforma sanitaria de Obama (*Health Care and Education Reconciliation Act*, de 30 de marzo de 2010); Part. 5 de la *Finance Act* de 2013 del Reino Unido.

<sup>490</sup> Cfr. GARCIA NOVOA, C., *La cláusula antielusiva en la nueva Ley General Tributaria*, *op. cit.*, 2004, p. 260.

<sup>491</sup> Cfr. en el mismo sentido DELGADO PACHECO, C., *Las normas generales antielusión en la jurisprudencia tributaria española y europea*, *op. cit.*, p. 39; SANZ GADEA, E., “Medidas antielusión fiscal”, *Documentos de Trabajo del Instituto de Estudios Fiscales*, núm. 8, 2009, p. 210, disponible en [http://www.ief.es/docs/destacados/publicaciones/documentos\\_trabajo/2009\\_08.pdf](http://www.ief.es/docs/destacados/publicaciones/documentos_trabajo/2009_08.pdf) (último acceso: 03.08.2018); RAMÍREZ GÓMEZ, S., “La simulación en el ámbito tributario: estado de la cuestión en la doctrina y la jurisprudencia reciente”, *Quincena Fiscal*, BIB 2017\11025, núm. 8, 2017, p. 1; SOLER ROCH, M.T., “Las normas antiabuso generales y especiales”, en 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 de Trabajo del Instituto de Estudios Fiscales*, núm. 12, 2011, p. 178, disponible en [http://www.ief.es/docs/destacados/publicaciones/documentos\\_trabajo/2011\\_12.pdf](http://www.ief.es/docs/destacados/publicaciones/documentos_trabajo/2011_12.pdf) (último acceso: 03.08.2018).

estar claras a nivel teórico, la cuestión dista de ser pacífica a la hora de su interpretación y aplicación jurisprudencial<sup>492</sup>.

El principio de (re)-calificación es la primera de las normas anti-abuso generales. Se encuentra en el art. 13 LGT y hay que estudiarla en conexión con el art. 155 del mismo texto legal. El art. 13 determina la correcta subsunción de los hechos en la norma tributaria precisa con el fin de que la manifestación de capacidad económica sea calificada correctamente según su verdadera naturaleza jurídica. Al respecto establece el precepto que “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”. El presupuesto para su aplicación es que exista una previa calificación incorrecta por el contribuyente del acto o negocio jurídico, de tal forma que la Administración procede a recalificar la operación conforme a su verdadera naturaleza jurídica obviando lo que las partes han podido establecer.

El art. 155 LGT recoge en puridad la potestad de recalificación de la Administración. Tras la reforma operada por la Ley 34/2015, de 21 de septiembre, el apartado segundo ha unificado la recalificación como la consecuencia natural de la aplicación de la GAAR, en su sentido más amplio; es decir, de los arts. 13, 15 y 16 LGT. Establece el art. 155.2 LGT que “en el desarrollo de las funciones de comprobación e investigación, la Administración Tributaria podrá calificar los hechos, actos, actividades, explotaciones y negocios realizados por el obligado tributario con independencia de la previa calificación que éste último hubiera dado a los mismos y del ejercicio o periodo en el que se realizó, resultando de aplicación, en su caso lo dispuesto en los artículos 13, 15 y 16 de esta Ley”. Esto viene a confirmar la teoría de la existencia de un marco unificado para la GAAR española, la cual se compone de tres cláusulas anti-elusión, con la cual nos alineamos. A nuestro modo de ver el art. 13 LGT pierde autonomía en su aplicación práctica, pues parece embeberse dentro de las figuras de

---

<sup>492</sup> Véase por ejemplo la relatividad del elemento “engaño” entre la simulación -“engaño total”- y el fraude (actual conflicto en la aplicación de la norma tributaria) -“engaño sutil”- y lo que dificulta trazar una línea divisoria clara entre ambas figuras en RUIZ ALMENDRAL, V., *El fraude a la ley tributaria a examen. Los problemas de la aplicación práctica de la norma general anti-fraude del artículo 15 LGT a los ámbitos nacional y comunitario*, op. cit., pp. 114-118. Véase como referente a nivel jurisprudencial de la borrosa delimitación entre el conflicto en la aplicación de la norma tributaria -antiguo fraude a la Ley tributaria del art. 24 LGT 1963- y la simulación en la SAN de 18 de diciembre de 2013, rec. 3534/2012, FJ 3º, en donde se admite que en ambas se solapa el engaño, si bien la diferencia fundamental reside en que en el negocio simulado no hay negocio jurídico efectivamente querido por las partes, mientras que en el antiguo fraude de ley y actual conflicto sí.

conflicto y simulación. La búsqueda de la verdadera naturaleza jurídica del negocio, como propósito claro del principio de calificación, es un estadio previo y necesario para hallar la verdadera sustancia económica del mismo, aspecto contenido en los arts. 15 y 16 LGT.

El art. 16 LGT recoge la figura de la simulación bajo la escueta dicción literal “[e]n los actos o negocios en los que exista simulación, el hecho imponible gravado será el efectivamente realizado por las partes”. Expresamente se prescribe la imposición de sanción e intereses de demora ante la existencia de simulación, la cual ha de ser apreciada por la propia Administración tributaria si necesidad de acudir a la jurisdicción civil. La simulación tributaria descansa sobre la noción civil de negocio sin causa o con causa ilícita<sup>493</sup>. La simulación es un mecanismo corrector de los efectos fiscales que traslucen de una concatenación de operaciones. Por ello el mencionado artículo se refiere en plural a “actos o negocios”. En un comportamiento de tal calibre el contribuyente oculta bajo un negocio jurídico aparente completamente lícito (negocio jurídico exteriorizado) la realización del verdadero negocio que exteriorizaría la realización de otro hecho imponible (negocio jurídico verdadero). En la simulación absoluta se entiende que el negocio ni siquiera se realizó, mientras que en la relativa el negocio exteriorizado se sustituye por el que ha permanecido oculto. Precisamente el objetivo de exteriorizar un negocio jurídico con un propósito empresarial legítimo es una estrategia para esconder una verdadera evasión de las obligaciones tributarias que corresponden al verdadero negocio jurídico latente.

Por su parte, el art. 15 LGT<sup>494</sup> recoge lo que podríamos denominar una cláusula anti-abuso en sentido estricto o genuino que actúa como mecanismo protector de los principios

---

<sup>493</sup> Cfr. SANZ GADEA, E., “Medidas antielusión fiscal”, *op. cit.*, p. 213. Como critica RUIZ ALMENDRAL, cuesta entender por qué la simulación en Derecho tributario comparte las notas de esta figura en Derecho privado si para su declaración no es necesaria la participación de un juez civil. La declaración de simulación afecta únicamente a efectos tributarios de tal manera que un negocio simulado no verá reconocidos sus efectos fiscales; pero nunca pondrá en tela de juicio la eficacia de la operación a los efectos de otras ramas del ordenamiento jurídico. *Vid.* al respecto RUIZ ALMENDRAL, V., *El fraude a la ley tributaria a examen. Los problemas de la aplicación práctica de la norma general anti-fraude del artículo 15 LGT a los ámbitos nacional y comunitario*, *op. cit.*, p. 114.

<sup>494</sup> “1. Se entenderá que existe conflicto en la aplicación de la norma tributaria cuando se evite total o parcialmente la realización del hecho imponible o se minore la base o la deuda tributaria mediante actos o negocios en los que concurren las siguientes circunstancias:

a) Que, individualmente considerados o en su conjunto, sean notoriamente artificiosos o impropios para la consecución del resultado obtenido.

b) Que de su utilización no resulten efectos jurídicos o económicos relevantes, distintos del ahorro fiscal y de los efectos que se hubieran obtenido con los actos o negocios usuales o propios.

2. Para que la Administración tributaria pueda declarar el conflicto en la aplicación de la norma tributaria será necesario el previo informe favorable de la Comisión consultiva a que se refiere el artículo 159 de esta ley.

constitucionales del ordenamiento tributario, de tal manera que el hecho imponible efectivamente realizado sea subsumido y la manifestación de capacidad económica sometida a gravamen con arreglo a la norma tributaria que le corresponda. Es una norma anti-elusión arquetípica en muchos ordenamientos jurídicos<sup>495</sup> y, al igual que estos, se nutre en su esencia de una interpretación teleológica de la norma tributaria y el *business purpose test* o test de los motivos económicos válidos<sup>496</sup>.

Desde su origen en 2003, lleva por título “conflicto en la aplicación de la norma tributaria”, aspecto que no ha quedado exento de crítica, pues es una cláusula que se va a aplicar a situaciones de abuso del Derecho tributario o de las formas jurídicas para obtener un rédito fiscal en forma de ahorro<sup>497</sup>. Guarda una casi entera similitud con la precedente figura del fraude a la ley tributaria del art. 24 LGT 1963, salvo que en la primera se aludía a un elemento subjetivo como era el “propósito de eludir el pago del tributo”, el cual desapareció abogando por la objetividad en la actual figura del conflicto<sup>498</sup>.

El conflicto en la aplicación de la norma tributaria pende para su apreciación de dos elementos, uno de artificiosidad jurídica y otro de efectos económicos sustantivos. La concurrencia de ambos elementos debe resultar en una evitación total o parcial del hecho imponible o una minoración de la base o deuda tributaria. Los elementos, que actúan a modo de umbral anti-abuso, son *conditio sine qua non*.

En primer lugar, los actos o negocios, en su totalidad o individualmente considerados, han de ser notoriamente artificiosos o impropios para el resultado conseguido. Se trata de un elemento ligado a la artificiosidad o abuso de las formas jurídicas; es decir,

---

3. En las liquidaciones que se realicen como resultado de lo dispuesto en este artículo se exigirá el tributo aplicando la norma que hubiera correspondido a los actos o negocios usuales o propios o eliminando las ventajas fiscales obtenidas, y se liquidarán intereses de demora”.

<sup>495</sup> Véase como referencia en Derecho comparado el párrafo § 42 del Código Fiscal Alemán u Ordenanza Tributaria (*Abgabenordnung*) que regula el abuso de formas jurídicas en los esquemas de planificación fiscal. Vid., al respecto, PALAO TABOADA, C., “Calificación y abuso del Derecho”, *op. cit.*, pp. 192-193.

<sup>496</sup> Cfr. RUIZ ALMENDRAL, V., “¿Tiene futuro el test de los «motivos económicos válidos» en las normas anti-abuso? (sobre la planificación fiscal y las normas anti-abuso en el Derecho de la Unión Europea)”, *op. cit.*, p. 33.

<sup>497</sup> Vid., GARCÍA NOVOA, C., *La cláusula antielusiva en la nueva Ley General Tributaria*, *op. cit.*, p. 329.

<sup>498</sup> Cfr. CALVO VÉRGEZ, J., *La cláusula antiabuso tras la reforma tributaria*, Cuadernos Aranzadi de Jurisprudencia Tributaria, Aranzadi, Cizur Menor, 2016, p. 147. Como señalan COLLADO YURRITA y PATÓN GARCÍA la concurrencia del fin elusivo se valora en la nueva figura de conflicto en la aplicación de la norma tributaria a partir de la carencia de una real y verdadera motivación económica en la operación que persigue únicamente evitar o mitigar la carga fiscal. COLLADO YURRITA, M.A. y PATÓN GARCÍA, G., “La cláusula general antielusión de la Ley General Tributaria. Problemas aplicativos”, en COLLADO YURRITA, M.A. (Dir.), *La lucha contra el fraude fiscal. Estrategias nacionales y comunitarias*, Atelier, Barcelona, 2008, p. 83.

utilizar unas formas que el ordenamiento jurídico permite pero que están concebidas para cubrir otro tipo de negocios con diferente propósito.

En segundo lugar, y de manera cumulativa al anterior requisito, que de su utilización no haya efectos jurídicos o económicos relevantes distintos al ahorro fiscal y de los que se hubieran obtenido con los actos usuales y propios. Esto son los llamados motivos económicos válidos de los negocios, de tal manera que si el único propósito obtenido es el del ahorro fiscal, sin ningún otro efecto relevante, se entiende cristalizado este segundo elemento. Se trata de un elemento objetivo, pues lo que se analiza es si los motivos, la finalidad o el propósito de la operación tiene una sustancia propia, ajena y relevante, a la simple obtención de la ventaja fiscal que se ha obtenido con la forma jurídica documentada. Dicho con otras palabras, si la operación tendría sentido ignorando el matiz del ahorro fiscal.

Para que la Inspección fiscal pueda declarar el conflicto en la aplicación de la norma tributaria es necesario un informe previo favorable de la Comisión consultiva, tal como señala el apartado segundo. La consecuencia jurídica de su existencia es la aplicación de la norma tributaria eludida que resulta aplicable a los actos o negocios realmente realizados, exigiendo la deuda tributaria que en consecuencia resulte con los intereses de demora correspondientes. Asimismo, desde la reforma operada por la Ley 34/2015, de 21 de septiembre, se ha introducido la posibilidad de sancionar las conductas del art. 15 LGT en determinados supuestos, tal y como recoge el art. 206 bis LGT. La adecuación de la punibilidad del conflicto en la aplicación de la norma tributaria es dudosa, no tanto porque tradicionalmente las sanciones suelen reservarse para supuestos de simulación *ex* art. 16 LGT, sino porque el precepto que tipifica la infracción no es del todo coherente con los principios de tipicidad, taxatividad y *lex certa*<sup>499</sup>.

---

<sup>499</sup> La garantía material de tipicidad de las infracciones tributarias exige que se determine legalmente y de forma clara e inteligible el comportamiento que va a ser punible y su consecuencia jurídica -sanción-. El art. 206 bis LGT establece un presupuesto de hecho que conecta con un precedente administrativo previo emitido por la Comisión consultiva. Esto ocasiona que se deje en manos de la Administración tributaria establecer qué conductas van a ser constitutivas de infracción y consiguiente sanción tributaria. El art. 206 bis LGT actúa como una norma de reenvío a la postura de la Administración tributaria, la cual funcionará como el ámbito objetivo de la infracción tributaria. De igual manera, se dota a la Administración de un margen muy grande de apreciación para determinar cuándo existe esa “identidad sustancial” entre el supuesto objeto de regularización *ex* art. 15 LGT y un supuesto recogido en un precedente administrativo. Cfr. MARTÍN LÓPEZ, J., “La punibilidad del conflicto en la aplicación de la norma tributaria”, *Crónica Tributaria*, núm. 163, 2017, p. 141 y ss., disponible en [http://www.ief.es/docs/destacados/publicaciones/revistas/ct/163\\_Martin.pdf](http://www.ief.es/docs/destacados/publicaciones/revistas/ct/163_Martin.pdf) (último acceso: 3.08.2018).

El punto negativo de las cláusulas anti-abuso generales es que son demasiado genéricas en cuanto a su delimitación. En definitiva, su eficacia a la hora de contrarrestar mecanismos artificiosos va a estar supeditada por la interpretación que los operadores jurídicos -Administraciones tributarias y órganos jurisdiccionales- hagan de la misma. Esto genera una inevitable inseguridad para los contribuyentes a la hora de confeccionar la organización de sus asuntos económicos<sup>500</sup>.

Antes de finalizar con el estudio de la GAAR, debemos mencionar la existencia de las mismas a nivel internacional y supranacional. Por un lado, en la Acción 6 del Plan BEPS se propuso la creación de una norma incluida en los CDI para luchar contra el abuso de convenio, aprovechamiento indebido de un Convenio o *treaty shopping*<sup>501</sup>. Una vez aprobado el Instrumento Multilateral para aplicar las medidas relacionadas con los Tratados fiscales para prevenir la erosión de las bases imponibles y el traslado de beneficios, que modifica los CDI vigentes entre los países signatarios, se ha incluido una GAAR convencional bajo la regla del *principal purpose test*<sup>502</sup>. Por otro lado, la Unión Europea ha homogeneizado a nivel europeo las GAARs domésticas con el fin de pulir posibles asimetrías. En el art. 6 de la Directiva 2016/1164/UE del Consejo de 12 de julio de 2016 (“Directiva anti-elusión”) se incluye el contenido de esta GAAR<sup>503</sup>, la cual comparte con el

---

<sup>500</sup> En estos términos se pronunciaba la sentencia de la Corte Suprema de Nueva Zelanda, SC 59/2007 [2008] NZSC 116, 19 de diciembre de 2008, Caso *Glenharrow Holdings Ltd. v. Commissioner of Inland Revenue*: “There will also inevitably be uncertainty whenever a taxing statute contains a general anti-avoidance provision intended to deal with and counteract such artificially favourable transactions”.

<sup>501</sup> Siguiendo la definición de PISTONE, el abuso de Convenio fiscal es “el fenómeno a través del cual un sujeto, al fin de obtener un ahorro fiscal, recurre a los beneficios de un régimen convencional al cual no habría tenido derecho por razón de su situación sustancial”. Cfr. PISTONE, P., “L’abuso nel diritto tributario internazionale”, en UCKMAR, V. (Coord.), *Diritto Tributario Internazionale*, III ed., CEDAM, Padova, 2005, p. 830.

<sup>502</sup> Su contenido se encuentra en los apartados uno y dos del art. 7 del citado Instrumento multilateral firmado en septiembre de 2017: “1. No obstante las disposiciones de un Convenio fiscal comprendido, los beneficios concedidos en virtud del mismo no se otorgarán respecto de un elemento de renta o de patrimonio cuando sea razonable concluir, teniendo en cuenta todos los hechos y circunstancias pertinentes, que el acuerdo u operación que directa o indirectamente genera el derecho a percibir ese beneficio tiene entre sus objetivos principales la obtención del mismo, excepto cuando se determine que la concesión del beneficio en esas circunstancias es conforme con el objeto y propósito de las disposiciones pertinentes del Convenio fiscal comprendido.

2. El apartado 1 se aplicará en sustitución o en ausencia de disposiciones en un Convenio fiscal comprendido que denieguen total o parcialmente la concesión de los beneficios que se desprenderían del mismo, cuando el propósito o uno de los propósitos principales de un acuerdo u operación, o de alguna de las personas relacionadas con un acuerdo u operación, fuera el de obtener dichos beneficios”.

<sup>503</sup> “1. A efectos del cálculo de la deuda tributaria en concepto de impuesto sobre sociedades, los Estados miembros no tendrán en cuenta ningún mecanismo o serie de mecanismos que, por haberse establecido teniendo como propósito principal o uno de sus propósitos principales la obtención de una ventaja fiscal que desvirtúa el objeto o la finalidad de la normativa tributaria aplicable, resulten estar falseados una vez analizados todos los datos y circunstancias pertinentes. Tales mecanismos podrán estar constituidos por más de una fase o parte.

2. A efectos del apartado 1, un mecanismo o serie de mecanismos se considerarán falseados en la medida en que no se hayan establecido por razones comerciales válidas que reflejen la realidad económica.

art. 15 LGT su contenido esencial -artificiosidad y motivo económico válido distinto al ahorro fiscal- por lo que no será necesario reforma alguna en nuestra GAAR, en sentido estricto<sup>504</sup>. Siguiendo su art. 1, el contenido de esta GAAR resulta únicamente aplicable para el Impuesto sobre Sociedades, ya se traten operaciones domésticas o transfronterizas.

Las normas anti-abuso específicas o SAARs surgen como complemento en las legislaciones tributarias de las GAARs ante fenómenos elusorios que adquieren un elevado impacto para las Haciendas nacionales con el objetivo de contrarrestar dichas conductas de una manera más eficaz. Frente a las cláusulas generales, las SAARs son disposiciones normativas contenidas en leyes específicas de los tributos con una vocación de aplicación concreta a una conducta determinada<sup>505</sup>. Destacan por su taxatividad y detalle en comparación con la amplitud y abstracción de las GAARs. Los ejemplos característicos en nuestro ordenamiento de SAARs son el art. 16 LIS, referente a la limitación de la deducibilidad de los gastos financieros (cláusula anti-subcapitalización) y el art. 100 LIS sobre las normas de transparencia fiscal internacional<sup>506</sup>. Se trata de cláusulas que proliferan especialmente en áreas de transacciones transfronterizas.

La configuración de las SAARs no responde a un patrón común, ni siquiera se alinean con las GAARs desde un punto de vista formal. Su naturaleza y técnica legislativa es bastante abigarrada y responden más bien a instrumentos *ad hoc* que el legislador proporciona a la Administración tributaria para regularizar situaciones de una manera más cómoda. Mientras que en la GAAR en sentido estricto del art. 15 LGT la Administración debe soportar la carga inicial de probar el abuso de la operación, mediante una SAAR el abuso es directamente

---

3. Cuando un mecanismo o serie de mecanismos no se tenga en cuenta de conformidad con lo dispuesto en el apartado 1, la deuda tributaria se calculará con arreglo a la legislación nacional”.

<sup>504</sup> Sin embargo, no es esta una cuestión pacífica. Existen posturas que defienden la transposición expresa a nuestro ordenamiento jurídico del art. 6 de la Directiva anti-elusión. CALDERÓN CARRERO y MARTÍN JIMÉNEZ aconsejan su incorporación al Derecho tributario interno para que los contribuyentes ganen en seguridad jurídica al saber de antemano si la Administración tributaria está aplicando un concepto común de abuso del Derecho tributario de la UE. Como alternativa, también proponen la introducción de esta GAAR en el Impuesto sobre Sociedades y en el Impuesto sobre la Renta de No Residentes, eliminando las diversas cláusulas anti-abuso que se han recogido a lo largo y ancho de los textos normativos reguladores de estos tributos. *Vid.* CALDERÓN CARRERO y MARTÍN JIMÉNEZ, A., “La Directiva UE 2016/1164 contra las prácticas de elusión fiscal que inciden en el mercado interior: ¿El principio del final de un IS nacional o una pieza más de descoordinación en el nuevo orden post-BEPS?”, *Revista de Contabilidad y Tributación: Comentarios, casos prácticos*, núm. 407, 2017, pp. 34-36.

<sup>505</sup> CHICO DE LA CÁMARA, P. y HERRERA MOLINA, P.M., “Cláusulas generales antiabuso y fiscalidad internacional (una perspectiva europea)”, en CORRAL GUADAÑO, I. (Dir.), *Manual de Fiscalidad Internacional*, vol. II, 4ª ed., IEF, Madrid, 2016, p. 1336.

<sup>506</sup> Otros ejemplos son las llamadas normas anti-paraiso fiscal de los arts. 8.1 LIS y 8.2 Ley 35/2006, el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o las presunciones que establecen los arts. 4 y 11 de la Ley 29/1987 del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

presumido por el mero hecho de constatarse el presupuesto de hecho de dicha cláusula. Lo cual es preocupante para el contribuyente, ya que se produce una peligrosa inversión de la carga probatoria<sup>507</sup>. Una vez infringido el presupuesto de hecho que establezca la SAAR, se creará una presunción *iuris et de iure* de abuso.

A nuestro juicio esto tiene un claro doble filo para el contribuyente. Por una parte, la SAAR puede ser un *safe harbour*, de tal forma que no traspasando el límite que la norma establece su operativa no será nunca puesta en entredicho por la Administración tributaria. Sin embargo, si se traspasara el umbral que establece un presupuesto de hecho, pese a no ser una operación artificiosa y carente de motivos económicos diferentes al ahorro fiscal, como establece una GAAR clásica, paradójicamente la SAAR califica esa conducta como abusiva. Advertimos en este punto que la proliferación de las SAARs, cuya efectividad y necesidad no cuestionamos, puede acabar desplazando a las GAARs en sentido amplio y crear una nueva figura jurídica anti-abuso con un contenido diferente y con consecuencias en el aspecto probatorio que mermen los derechos básicos de todo contribuyente. Como tendremos ocasión de estudiar en el siguiente apartado, esto es lo que ocurre con el art. 18 LIS que es, a nuestro juicio, una SAAR cuyo umbral es sencillamente que las operaciones vinculadas, nacionales e internacionales, ofrezcan resultados diferentes al *at arm's length standard*.

Para concluir, las relaciones entre la GAAR en sentido amplio y las diversas SAARs de nuestro ordenamiento es un aspecto importante ante las consecuencias sustantivas y formales que derivan de ambas figuras. A estos efectos, desde el punto de vista teórico las relaciones entre ambas deberían ser de género a especie, tal y como propone SOLER ROCH<sup>508</sup>. Sin embargo, la configuración de algunas SAARs (especies) no pivota sobre la artificiosidad y ausencia de un propósito empresarial en la operación como sí ocurre en la GAAR (género). Esto es lo que ocurre en el caso de las normas sobre precios de transferencia del art. 18. Por su parte, en los casos en que sí exista esa equivalencia podríamos afirmar que la SAAR es un complemento de la GAAR. Se trata de casos en los que ambas cláusulas comparten rasgos esenciales. Véase, al respecto, el ejemplo del art. 89.2 LIS que excluye la aplicación del régimen fiscal para reestructuraciones empresariales cuando “la operación no

---

<sup>507</sup> Cfr. ZORNOZA PÉREZ, J.J. y BÁEZ MORENO, A., “Chapter 33. Spain”, en LANG, M. et al. (Eds.), *GAARs – A key element of tax systems in the post-BEPS world*, European and International Tax Law Policy Series, IBFD, Amsterdam, 2016, p. 666.

<sup>508</sup> SOLER ROCH, M.T., “Las normas antiabuso generales y especiales”, *op. cit.*, pp. 188 -190.

se efectúe por motivos económicos válidos, tales como la reestructuración o la racionalización de las actividades de las entidades que participan en la operación, sino con la mera finalidad de conseguir una ventaja fiscal”. La cláusula del art. 89.2 LIS aplica el test de los motivos económicos válidos o *business purpose* con el mismo sentido que el establecido en la GAAR del art. 15 LGT.

Por ello, desde una perspectiva empírica, las relaciones entre ambas cláusulas se sustentan en la prevalencia de *lex specialis* sobre *lex generalis* (*lex specialis derogat generali*)<sup>509</sup>. La SAAR será de aplicación preferente para aquel determinado supuesto de hecho subsumido en su tenor, de tal manera que reconducirá a Derecho la supuesta operación abusiva para que se grave la verdadera manifestación de capacidad económica manifestada. Desde esta perspectiva GAAR y SAAR son incompatibles entre sí; sólo puede resultar de aplicación una y generalmente será la SAAR dada su especificidad.

Sin perjuicio de todo lo dicho anteriormente, la GAAR todavía podría tener espacio para resultar aplicable en algunos casos desde una perspectiva teórica. Por ejemplo, en una operación vinculada con un resultado dispar al principio de plena competencia, el art. 18 LI, concibiéndolo como una norma anti-abuso específica, va a reajustar el precio o, incluso, la estructura de la operación presumiendo su carácter fraudulento. Sin embargo, supongamos que la operación vinculada cumple con el principio de plena competencia pero forma parte de una concatenación de actos y negocios notoriamente artificiosos y con un único propósito de ahorro fiscal que se realizan dentro del grupo multinacional. En este caso muy particular, más teórico que empírico, la GAAR en sentido estricto -art. 15 LGT- podría ser empleada por la Administración tributaria. Profundizaremos sobre esta cuestión más adelante.

### **3.2. Recalificación y recaracterización como instrumentos aplicables en escenarios diferentes pero con consecuencias jurídico-tributarias similares**

Tomando en consideración todo lo estudiado, concebimos que recalificación y recaracterización son dos figuras diferentes, no tanto por sus efectos, sino por las situaciones en las que ambas encuentran su razón de ser. A nuestro juicio, la confusión entre ambas

---

<sup>509</sup> Cfr. en el mismo sentido, CHICO DE LA CÁMARA, P. y HERRERA MOLINA, P.M., “Cláusulas generales antiabuso y fiscalidad internacional (una perspectiva europea)”, *op. cit.*, p. 1337; RUIZ ALMENDRAL, V., *El fraude a la ley tributaria a examen. Los problemas de la aplicación práctica de la norma general anti-fraude del artículo 15 LGT a los ámbitos nacional y comunitario*, *op. cit.*, p. 119; ZORNOZA, J.J., “La simulación en Derecho tributario”, *Boletín del Ilustre Colegio de Abogado de Madrid*, núm. 16, 2000, p. 176.

figuras, frecuentemente utilizadas como sinónimos en el plano de los precios de transferencia, se debe a la poca claridad que existe en torno a la cobertura jurídica para aplicar un ajuste transaccional en una operación entre empresas asociadas. En el caso español, hemos expuesto cómo la jurisprudencia es vacilante y no deja del todo claro si junto al art. 9.1 del CDI correspondiente es necesario que concurra o no una norma tributaria doméstica. En caso afirmativo, aún existen dudas de qué tipo de norma se necesita; si recurrir a la GAAR en sentido amplio -arts. 13, 15 o 16 LGT- o a la normativa interna sobre operaciones vinculadas y precios de transferencia, actualmente incardinada en el art. 18 LIS y, a efectos interpretativos, las DPT y demás documentos del EUJTPF. No obstante, no es casual que ante un escenario de duda, las Administraciones tributarias se decanten por recurrir a las normas internas sobre precios de transferencia como si de normas anti-abuso específicas se tratase en detrimento de las cláusulas anti-elusión generales, puesto que la carga probatoria para la Administración es de menor intensidad<sup>510</sup>.

La recalificación de una operación se produce a través de normas anti-abuso. Partiendo de nuestra concepción amplia de la GAAR, en Derecho tributario español contamos con tres normas anti-abuso generales, si bien solo una merece tal apelativo en un sentido estricto. Se trata de las figuras de, en primer lugar, la (re)-calificación -art. 13 en conexión con el art. 155 LGT-, la cual es una consecuencia ínsita a los arts. 15 y 16 LGT; en segundo lugar, el conflicto en la aplicación de la norma tributaria -art. 15 LGT-, la cual pivota sobre los conceptos de artificiosidad y motivos económicos válidos; y, en tercer lugar, la simulación tributaria -art. 16 LGT-. Las relaciones de estos instrumentos particulares con el instituto de la recharacterización *ex* párr. 1.122 y ss. DPT no son tan estrechas como *prima facie* pudiera estimarse.

El principio de calificación como figura independiente de los arts. 15 y 16 LGT no tiene encaje con el instrumento recharacterizador en la era post-BEPS<sup>511</sup>. Como es sabido, el enunciado del art. 13 LGT exige que se atienda a la naturaleza jurídica del hecho, acto o

---

<sup>510</sup> Véase, por ejemplo, el caso italiano que pese a contar en su ordenamiento jurídico con una GAAR expresa desde 2015 no parece estar siendo usada por las autoridades tributarias, sino que siguen recurriendo a la potestad recharacterizadora de las DPT. Cfr. MORRI, S. & GUARINO, S., “Leveraged buy-outs and foreign shareholder loans: issues arising from the recent approach of the Italian tax authorities”, *European Taxation*, vol. 56, núm. 11, 2016, p. 527.

<sup>511</sup> Por su parte, SANZ GADEA, refiriéndose a la era pre-BEPS en la que la divergencia entre forma y sustancia económica de la operación vinculada (párr. 1.65 DPT 2010) habilitaba la ignorancia de la operación documentada por el contribuyente, entendió que eso era la traslación del principio de calificación del art. 13 LGT a las operaciones vinculadas. Cfr. SANZ GADEA, E., “Medidas antielusión fiscal”, *op. cit.*, p. 252.

negocio, con independencia de la forma o etiqueta jurídica que las partes le hayan dado a la misma para exigir correctamente la obligación tributaria. Esconde este precepto el principio de sustancia sobre la forma, el cual es un criterio rector para el proceso actual de definición precisa de la transacción intragrupo. Ya no se trata de un motivo excepcional que habilite a una Administración tributaria a la recharacterización como ocurría en la era pre-BEPS, sino que su cristalización ha sido adelantada en el núcleo del análisis de comparabilidad. Por lo tanto, queda descartada su incidencia en el fenómeno de la recharacterización. No así, desde nuestro punto de vista, en el mencionado proceso de definición precisa de la operación que es anterior a una posible recharacterización. El principio de calificación únicamente busca la verdadera naturaleza jurídica de una operación, mientras que el proceso de definición precisa de la transacción intragrupo tiene un claro componente económico, como se puede comprobar en el análisis funcional<sup>512</sup>. Se trata de hallar la sustancia económica para así alinear creación de valor con el lugar de tributación. Sin embargo, para descubrir la sustancia económica, como ya sostuvimos en el capítulo correspondiente de esta obra, es necesario conocer previamente la verdadera naturaleza jurídica de la operación, con independencia de la forma o denominación que las partes le hubiesen otorgado. Cualquier recalificación que se produjese dentro del proceso de definición precisa afectaría a la naturaleza jurídica de la operación, lo cual tendrá incidencia a la hora de buscar posibles operaciones comparables en circunstancias económicas similares.

En lo que atañe a las relaciones entre el conflicto en la aplicación de la norma tributaria y la recharacterización por carencia de racionalidad comercial de la transacción podemos sostener que se trata de aspectos que, casual y muy puntualmente, podrían solaparse pero que, en cualquier caso, responden a una metodología y un contenido diferente. El test de racionalidad comercial descansa sobre una concepción extrínseca, mientras que el de artificiosidad y motivos económicos válidos tiene una vocación intrínseca. La racionalidad comercial se busca desde el punto de vista de la ficción *at arm's length*, analizando si el comportamiento de la entidad, observando las opciones realmente disponibles en el momento de la operación, ha sido diligente con el único propósito de obtener más beneficios, tal y como sucedería en otra empresa que actuase en el libre mercado de forma totalmente independiente. Por su parte, el test de los motivos económicos válidos

---

<sup>512</sup> Cfr. GARCÍA BAÑUELOS, J.A. y MUT AGUILAR, I., “Descripción precisa de las transacciones entre partes vinculadas, desconocimiento o sustitución de las mismas y su relación con las cláusulas antiabuso generales”, *op. cit.*, p. 111.

-implícitamente también el de abuso de las formas jurídicas- únicamente descansa en un análisis propio de la transacción que manifiesta una determinada capacidad económica, de tal forma que se coteja si la misma posee otros efectos económicos sustantivos diferentes a los de la ventaja fiscal obtenida a través de la forma jurídica empleada. Ambos instrumentos tienen un punto en común como es la indeterminación jurídica de su contenido y alcance; sin embargo, sus contenidos no están alineados. Como hemos apuntado, pueden darse situaciones en las que los operadores jurídicos, al analizar bajo la figura del conflicto la motivación económico/empresarial de la misma consulten como un indicio más la posible racionalidad comercial o no de la transacción con respecto al comportamiento esperable por empresas independientes; pero esto no debe conducir a una confusión entre ambas figuras. Cada una de ellas actúa en campos distintos. De la misma manera cabe apuntar que las DPT no permiten la recharacterización de los acuerdos de reestructuración empresarial por el mero hecho de que el único propósito de la operación fuese el de reducir los costes fiscales<sup>513</sup>. Este aspecto contrasta con las exigencias de la figura de conflicto que requiere la presencia de un motivo económico diferente al de ahorro fiscal<sup>514</sup>.

Por otra parte, por lo que se refiere al instituto de la simulación, existe una clara frontera con la recharacterización post-BEPS en tanto que la primera se sustenta en la existencia de engaño u ocultación, mientras que la segunda pivota sobre la ausencia de racionalidad comercial. Puede tener cierto impacto en la fase de delimitación previa de la transacción, si bien habría que distinguir entre una situación de simulación absoluta y relativa. En el caso de la simulación absoluta, la trascendencia práctica de la misma sobre los precios de transferencia será nula puesto que la operación vinculada simulada se entenderá por inexistente y no se habría llegado a realizar hecho imponible alguno<sup>515</sup>. Dicho con otras palabras, no se puede recharacterizar aquella operación que simple y llanamente no existe. En los supuestos de simulación relativa, en los cuales se utiliza otro negocio jurídico aparente con el objeto de ocultar el verdaderamente realizado y querido por las partes, adquiere trascendencia para la definición precisa de la transacción, tal y como se desprende del párr. 1.46 DPT<sup>516</sup>. Por todos es sabido que si las características económicamente

---

<sup>513</sup> En el párr. 9.38 DPT se señala: *“the presence of a tax motive or purpose does not of itself justify non-recognition of the parties’ characterisation or structuring of the arrangement”*.

<sup>514</sup> Cfr. CAÑABATE CLAU, D., “Anti-avoidance clauses in a transfer pricing context”, *Rivista di Diritto Tributario Internazionale*, núm. 1, 2012, p. 344.

<sup>515</sup> Cfr. GARCÍA BAÑUELOS, J.A. y MUT AGUILAR, I., *ult. op. cit.*, p. 113.

<sup>516</sup> Como indica el párr. 1.46 DPT, “por ese motivo, es de particular importancia considerar las relaciones comerciales o financieras entre empresas asociadas para examinar si los acuerdos reflejados en la conducta real de las partes se ajusta sustancialmente a los términos de cualquier contrato suscrito, o si la conducta real de las

relevantes de la operación no se adecuan a los términos contractuales, la operación debe definirse conforme a esas características, puesto que estarán reflejando el verdadero comportamiento de las partes. El citado párrafo se refiere a la posibilidad de que esos términos sean simulados. Ante ese escenario el ejercicio de definición precisa deberá atender a la conducta que realmente han realizado las partes y para ello será primordial acudir al análisis funcional<sup>517</sup>.

En consecuencia, se detecta que la recalificación que se produce a través de normas anti-abuso y la recharacterización a los efectos de precios de transferencia son instrumentos que actúan en planos distintos, si bien comparten las consecuencias fiscales que de su aplicación resulta. La aplicación de una GAAR, como pudiera ser el conflicto en la aplicación de la norma tributaria, proporciona a la Administración tributaria la potestad de ignorar la operación que se ha realizado por su carácter artificioso y su motivación principalmente fiscal, exigiéndose el cumplimiento de la obligación tributaria conforme al hecho imponible que le hubiera correspondido a través de un acto o negocio adecuado<sup>518</sup>. En definitiva, la recalificación va a afectar al tratamiento jurídico de la renta que se produce mediante la realización del hecho imponible, de tal manera que la obligación de tributación que le incumbe al contribuyente se cumpla conforme al Derecho tributario aplicable. Sin embargo, cuando la Administración practica una recharacterización, la misma se produce en el seno del análisis de comparabilidad, al objeto de cumplir con la ficción del estándar *at arm's length*. De esa manera, se ignoran los efectos fiscales de la operación que se producen por los flujos de renta -realización del llamado ajuste primario- como consecuencia de un cambio en la estructura de la transacción.

Siguiendo el ejemplo utilizado por NAVARRO IBARROLA<sup>519</sup>, la realización de un ajuste transaccional de tipo recharacterizador de una operación de préstamo intragrupo se motivaría por la falta de racionalidad comercial del mismo, de tal forma que la estructura de

---

empresas asociadas indica que los términos contractuales no han sido observados, no reflejan la totalidad de las operaciones, han sido incorrectamente descritos o etiquetados por las empresas, o son una simulación”.

<sup>517</sup> Concluye el párr. 1.46 DPT: “Cuando existen diferencias significativas entre los términos contractuales y el comportamiento de las empresas asociadas en sus relaciones entre ellas, las funciones que realmente desempeñan, los activos que realmente utilizan y los riesgos que realmente asumen, en el contexto de los términos contractuales, constituyen la esencia de los hechos y deben determinar y definir de forma precisa la operación real”.

<sup>518</sup> Cfr. RUIZ ALMENDRAL, V., *El fraude a la ley tributaria a examen. Los problemas de la aplicación práctica de la norma general anti-fraude del artículo 15 LGT a los ámbitos nacional y comunitario*, op. cit., pp. 82-83 y 123.

<sup>519</sup> NAVARRO IBARROLA, A., *Transactional adjustments in transfer pricing*, op. cit. p. 152.

la operación no se observaría en empresas independientes, lo cual provocaría la ignorancia de la misma a efectos de precios de transferencia y produciría un ajuste valorativo automático imposibilitando la deducción en la cabeza de la prestataria de los gastos financieros. Si en una operación similar, se procede a la aplicación de una recalificación a través de una norma anti-elusión general, la Administración tributaria ignoraría la operación documentada como un préstamo y la recalificaría como una aportación de capital, de tal manera que la obligación tributaria fuese exigida de conformidad al verdadero hecho imponible realizado. Como puede verse, las consecuencias jurídico-tributarias entre ambos instrumentos son las mismas: la ignorancia de la operación vinculada documentada por las partes y la denegación de los efectos fiscales que de la misma derivaban *ab initio*. Sin embargo, la trascendencia de cada instrumento es particular para cada uno de los escenarios. En el primero, se trata de cumplir el mandato *at arm's length* dentro del análisis de comparabilidad; mientras que en el segundo supuesto se trata de calificar la operación y, en consecuencia, la renta según su verdadera naturaleza jurídica y económica.

Si trasladamos esta teoría distintiva a un ejemplo de operación intragrupo transfronteriza que involucre a intangibles, las consecuencias son idénticas. Imaginemos que una entidad española perteneciente a un grupo multinacional transmite sus intangibles relativos a derechos de marca a una sociedad matriz radicada en una jurisdicción extranjera, con la que, acto seguido, suscribe un acuerdo de licencia para continuar explotando la marca transmitida a cambio del pago periódico de *royalties*. Si la Administración tributaria española considerase esta estructura abusiva de acuerdo con nuestra GAAR, se produciría la ignorancia de los efectos fiscales de la transacción original -la erosión de la base imponible declarada por la filial española como consecuencia del pago de *royalties*- y cambiaría la calificación de esas rentas de gastos a ingresos. Es decir, de *royalties* a beneficios empresariales a imputar en la base imponible de la declaración del Impuesto sobre Sociedades en el respectivo periodo impositivo. Por su parte, si lo que se produce es una recaracterización por la vía de los precios de transferencia al entenderse que la transmisión y posterior *licence-back* es irracional desde el punto de vista del comportamiento comercial esperable en otras empresas que actúan bajo las fuerzas del mercado, se ignorarán igualmente los efectos fiscales y el ajuste primario revertirá los flujos de renta hacia la sociedad española. Se dan las mismas consecuencias, pero en escenarios y con objetivos muy distintos.

En la era pre-BEPS quizá era fácil que se confundieran ambos mecanismos puesto que los dos se solapaban en lo que afectaba a la búsqueda de la sustancia económica y los motivos económicos válidos; sin embargo, actualmente la recaracterización solamente se contempla para causas de irracionalidad comercial, lo cual es mucho más estricto y específico que la antigua divergencia entre sustancia económica y forma<sup>520</sup>.

Llegados a este punto cabe plantearse la cuestión de cuándo procederá la aplicación de uno u otro instrumento. A nuestro juicio, adecuada es la sistematización que a continuación manifestamos. A estos efectos será relevante detectar previamente si estamos ante una operación vinculada abusiva y si tras ser definida con precisión cumple con los parámetros *at arm's length* de racionalidad comercial.

Por un lado, para las operaciones que son manifiestamente artificiosas, carentes de motivos económicos, más allá del ahorro fiscal, y que cumplen con el ALP sí que sería útil recurrir a la aplicación de una GAAR. Sin embargo, somos plenamente conscientes de que esta situación es más teórica que práctica. En nuestra opinión, estos serían los únicos casos en los que podría aplicarse una norma anti-abuso interna general para reconvertir los efectos de una transacción intragrupo. Desde nuestro modesto punto de vista, del caso *Peugeot* resuelto por el Tribunal Supremo en su sentencia de 31 de mayo de 2016 se puede inferir que esa es la visión que está adoptando el alto tribunal español. La sentencia hablaba de acudir al instrumento de recalificación de una cláusula anti-abuso general cuando ha quedado efectivamente demostrado que la operación entre entidades asociadas se les podía atribuir un valor de mercado<sup>521</sup>. Es decir, que cuando la operación cumple en su conjunto con la ficción del ALP, la recaracterización de la misma no procede -lógicamente-, sino que, como mucho, podría proceder la recalificación a través de la GAAR de la LGT. Sin embargo, es deseable que se produzcan nuevos pronunciamientos sobre esta materia para confirmar que esta vaya a ser la postura jurisprudencial al respecto.

En la práctica es difícil imaginar supuestos fácticos en los que una operación vinculada respete las condiciones *at arm's length*, pero sea artificiosa y carente de un motivo

---

<sup>520</sup> Cfr. MORRI, S. & GUARINO, S., “Leveraged buy-outs and foreign shareholder loans: issues arising from the recent approach of the Italian tax authorities”, *op. cit.*, p. 529.

<sup>521</sup> “[N]o se podía prescindir de operaciones efectivamente realizadas entre partes vinculadas *a las que cabía atribuir un valor de mercado*, acudiendo sin más a la aplicación directa del artículo 9 del Convenio internacional para evitar la doble imposición entre España y Francia o entre España y Argentina, *por lo que resultaba necesario en este caso para efectuar esa recalificación la aplicación de una cláusula general anti-abuso*”. FJ 9º STS de 31 de mayo de 2016, rec. 58/2015, caso *Peugeot* (la cursiva es nuestra).

económico válido más allá del ahorro fiscal, tal y como prescribe el art. 15 LGT. No obstante, entendemos que es necesario manifestar esta posibilidad, aunque sea en el plano de la fundamentación teórica, a la espera de nuevos pronunciamientos del Tribunal Supremo al respecto<sup>522</sup>.

Por otro lado, en el instante en que una operación intragrupo no tiene las condiciones *at arm's length* entonces es necesario acudir a la figura de la recharacterización, habilitada por el actual art. 18.10 LIS. Aplicar una GAAR a estos casos entendemos que sería totalmente exorbitante. El mecanismo recharacterizador va a conseguir los mismos efectos que el instrumento de recalificación a través de la GAAR. Por ello, el legislador ha querido que, desde el 1 de enero de 2015, a través del art. 18.10 LIS se aplique directamente la recharacterización cuando la operación tiene tintes abusivos pero es contraria al ALP, cerrando definitivamente la puerta a que se aplique el conflicto en la aplicación de la norma tributario en estos casos. Máxime, si tenemos presente que la naturaleza jurídica del art. 18 LIS es la de una norma anti-abuso específica, tal y como se estudiará más adelante.

Por último, con el objeto de cerrar este apartado hay que puntualizar, si bien brevemente puesto que desborda la temática de nuestro trabajo, que existe otra vía de recalificación de operaciones diferentes a las que se producen a través de normas anti-abuso. Se trata de los ajustes secundarios en precios de transferencia. Este instrumento se encuentra regulado en el apartado 11 del art. 18 LIS y tiene por objeto la recalificación de la renta que ha excedido del valor de mercado como consecuencia de la práctica del ajuste primario, de tal manera que sea sometida a tributación conforme a la verdadera naturaleza de la renta. Se trata de la diferencia -positiva- entre el valor pactado y el de mercado que no ha podido ser reajustada con el ajuste primario y para la que el ordenamiento tributario doméstico reserva dos posibles calificaciones. Por un lado, si la diferencia es a favor de socio o partícipe, se

---

<sup>522</sup> Desde el punto de vista de la doctrina, SILBERZTEIN se aventura a ofrecer un supuesto teórico para justificar la aplicación de una GAAR en operaciones vinculadas respetuosas con el principio *at arm's length*. Se trata de operaciones intragrupo en las que hay involucradas empresas domiciliadas en paraísos fiscales. A su juicio, este dato presume que la operación responde a un motivo puramente fiscal (práctica BEPS, posiblemente) por lo que es compatible recurrir a la GAAR porque no se está discutiendo exactamente la adecuación de la operación o reestructuración al ALP, sino la elusión fiscal que se produce al utilizar el *transfer pricing* para erosionar bases imponibles y trasladar artificialmente los beneficios hacia las entidades radicadas en paraísos fiscales. Cfr. SILBERZTEIN, C., "Transfer pricing aspects of intangibles: the OECD Project", *op. cit.*, p. 6 (documento electrónico). A nuestro juicio, esta postura desconoce que posiblemente las filiales que se localizan en paraísos fiscales responden a un motivo económico sustantivo y realizan una actividad económica legítima, como sucede con las empresas extractivas de recursos minerales o petrolíferos.

calificará como participación en beneficios; por otro lado, si la diferencia es a favor de la sociedad se calificará como aportación a fondos propios.

Si bien es cierto que allí donde se practique una recaracterización no tendrá cabida un ajuste secundario porque o bien se revertirán los flujos de rentas, en caso de ignorancia, o bien se sustituirá la operación por otra que ofrecerá un resultado *at arm's length* en caso de sustitución<sup>523</sup>, el ajuste secundario sigue manteniendo su explicación para los ajustes únicamente de tipo valorativos<sup>524</sup>. En estos puede resultar perfectamente un exceso de renta entre el valor convenido y el de mercado que deberá ser sometido a tributación conforme a su verdadera calificación. Obsérvese, por lo tanto, que el ajuste secundario ofrece una recalificación pero en un escenario distinto, si bien dentro de la esfera de los precios de transferencia, pero con una repercusión y finalidad diferentes a los ajustes en la estructura de la operación. Esa recalificación se realiza mediante la cobertura del art. 18.11 LIS, mientras que la recaracterización se apoya en el 18.10 LIS y los párr. 1.122 y ss. DPT<sup>525</sup>.

#### **4. LA RECARACTERIZACIÓN COMO UN INSTRUMENTO ÍNSITO EN UNA NORMA ANTI-ABUSO ESPECÍFICA**

La recaracterización de operaciones intragrupo en Derecho español se cimenta en los apartados 1 y 10 del art. 18 LIS, los cuales son interpretados conforme a los postulados de los párr. 1.122 y ss. DPT. Tras haber estudiado el marco jurídico habilitador de este instrumento, con toda la incertidumbre que ha ocasionado una mala concepción de las relaciones entre el Derecho convencional y el Derecho tributario doméstico por parte de los Tribunales españoles y la Administración tributaria, así como haber trazado la distinción entre los instrumentos de recalificación y recaracterización, nos queda por justificar por qué hemos concluido que la recaracterización en nuestro ordenamiento tributario está actuando como un elemento más dentro de una SAAR y cuál es el impacto de esta aproximación. Desde nuestra postura, el art. 18 LIS en su conjunto es una norma anti-abuso específica y,

---

<sup>523</sup> Cfr. CALDERÓN CARRERO, J.M. y MARTÍNEZ JIMÉNEZ, A., “El procedimiento de comprobación de las operaciones vinculadas” en CARMONA FERNÁNDEZ, N. (Dir.), *Nuevo régimen fiscal de las operaciones vinculadas. Valoración, documentación y supuestos prácticos*, CISS, Valencia, 2016, p. 579.

<sup>524</sup> Cfr. en el mismo sentido, NAVARRO IBARROLA, A., *Transactional adjustments in transfer pricing*, *op. cit.* p. 151.

<sup>525</sup> Cfr. COSÍN OCHAÍTA, R., “La nueva normativa sobre precios de transferencia”, *Carta Tributaria. Monografías*, núm. 1, 2008, p. 12. Aunque este autor distingue en cuanto al fondo la recaracterización de la recalificación, utiliza el término “recalificación” para ambos escenarios, lo cual ha sido algo habitual en la literatura científica y ha ocasionado que la distinción entre ambas figuras sea tan difusa y equívoca en muchas ocasiones.

en consecuencia, la recharacterización incardinada en el apartado décimo participa de la misma naturaleza. Evidentemente, las operaciones intragrupo transfronterizas que involucran activos intangibles entrarán dentro del alcance de la cláusula anti-abuso específica que se expresa en la regulación doméstica de precios de transferencia.

#### **4.1. La regulación sobre precios de transferencia y su propósito anti-abuso en la era post-BEPS**

Como hemos señalado desde el primer capítulo de este trabajo, las reglas sobre precios de transferencia han ido incorporando una nueva finalidad junto al clásico mandato objetivo de valoración según el valor de mercado de las operaciones vinculadas. Esa finalidad se ha consagrado finalmente con la irrupción del Plan BEPS y su resultado más importante en lo que a nuestra materia se refiere: las Directrices de 2017. Se trata de la protección de las bases imponibles, de tal manera que no sean desplazadas artificialmente a jurisdicciones de menor o nula tributación mediante políticas de precios de transferencia de los grupos multinacionales. En conclusión, se trata de un objetivo de mitigación de conductas elusorias.

Las normas domésticas al respecto, como sucede en el caso español, son interpretadas conforme las DPT. Es este texto de *soft law* el que ha producido un cambio de paradigma en la materia. Los estándares de legitimidad y legalidad de ciertas políticas de precios de transferencia que aprovechaban estructuras de planificación fiscal conocidas -por ejemplo, el *IP holding* y el *licence model*- se han tornado más estrictos en el empeño post-BEPS de alinear tributación con la creación de valor<sup>526</sup>. En este aspecto, la economía digital ha potenciado la dificultad para alcanzar el nuevo enfoque sustancial como puede comprobarse con los activos intangibles. Ya no se trata de conceder los beneficios generados por la explotación de intangibles al propietario legal de los mismos, sino que hay que proceder a un reparto proporcional a la creación de valor que sobre los mismos producen cada una de las empresas del grupo multinacional. El uso de esos intangibles, que no la propiedad, será

---

<sup>526</sup> Como indica GREGGI, el objetivo de la era post-BEPS es que la creación de valor sea una suerte de test de sustancia sobre la forma. Es, por lo tanto, un instrumento más a cotejar en el análisis funcional para alcanzar unos resultados de precios de transferencia más justos. Cfr. GREGGI, M., “Transfer pricing and tax law. BEPS Actions 8, 9, 10 and the Italian system: an assessment”, agosto 2018, disponible en [www.academia.edu.com](http://www.academia.edu.com) (último acceso: 05.09.2018).

la fuente de creación y, consecuentemente, se producirá el reparto de poderes impositivos entre los territorios según el grado de sustancia existente<sup>527</sup>.

El nuevo análisis de comparabilidad emanado del Plan BEPS incluye un punto de partida como es el ejercicio de definición precisa de la operación. Allí se ha incrustado el principio de sustancia económica sobre la forma. Como expusimos en el segundo capítulo, la sustancia económica que se busca actualmente es muy concreta y busca cumplir la alineación de resultados de precios de transferencia con la creación de valor. En este sentido, por ejemplo, las asunciones contractuales de riesgos relativos a intangibles han de localizarse en aquellas sociedades del grupo que controlan efectivamente el riesgo y tienen la capacidad financiera para su mitigación. Ese control debe relocalizarse en aquellas entidades que cuentan con personal cualificado, con capacidad y autoridad sobre la materia. Esos ajustes que se producen en esta fase son ajustes transaccionales, puesto que afectan a la estructura o forma en la que las partes han organizado su operación. Se trata, como sostuvimos anteriormente, de ajustes transaccionales ínsitos para la delimitación precisa de la operación.

Si concluido el proceso de definición de la transacción no se detectan operaciones comparables y la misma carece de la lógica comercial que tendrían operaciones acordadas por empresas independientes en situaciones de comparabilidad, entonces procedería la recaracterización de la misma, bien ignorando, bien sustituyéndola por otra que esté dentro de los parámetros *at arm's length*.

Las reglas sobre precios de transferencia españolas no son ajenas al escenario post-BEPS. El legislador de 2014 se adelantó a los previsibles resultados que en 2015 se plasmarían en las Acciones 8-10 y avanzó en la consagración del art. 18 LIS como una SAAR<sup>528</sup>. En tanto que están conectadas por vía interpretativa a las DPT, podemos sostener que se configuran como un cuerpo autónomo para la lucha contra teóricas prácticas anti-

---

<sup>527</sup> Cfr. HASLEHNER, W., "Taxing where value is created in a post-BEPS (digitalized) world?", *Kluwer International Tax Blog*, 30 de mayo de 2018, disponible en <http://kluwertaxblog.com/2018/05/30/taxing-value-created-post-beps-digitalized-world/> (último acceso: 21.06.2018).

<sup>528</sup> En la mayoría de países europeos también la doctrina académica concibe a las normas internas sobre precios de transferencia como SAARs. A modo ejemplificativo, destacamos Alemania, Dinamarca y Francia. En Alemania, REIMER señala que "constituyen un sistema cerrado dentro de la legislación anti-abuso germana". Cfr. REIMER, E., "Chapter 15. Germany", en DOURADO, A.P (Ed.), *Tax avoidance revisited in the EU BEPS context*, EATLP International Tax Series, vol. 15, IBFD, Amsterdam, 2017, p. 372. Vid. al respecto BUNDGAARD, J. & KOERVER SCHMIDT, P., "Chapter 12. Denmark", en DOURADO, A.P (Ed.), *Tax avoidance revisited in the EU BEPS context*, EATLP International Tax Series, vol. 15, IBFD, Amsterdam, 2017, p. 282 y RAINGEARD DE LA BLÈTIÈRE, E., "Chapter 14. France", en DOURADO, A.P (Ed.), *Tax avoidance revisited in the EU BEPS context*, EATLP International Tax Series, vol. 15, IBFD, Amsterdam, 2017, p. 331.

abuso mediante operaciones vinculadas que manipulan los precios de mercado. De este modo desplazan la aplicación de antiguos mecanismos con los que se deberían haber hecho frente a estas prácticas como las normas anti-abuso generales. Sin embargo, el grado de eficiencia y éxito de los mecanismos anti-abuso tradicionales no eran los más deseables. En primer lugar porque exigía poner en tela de juicio el carácter abusivo de la operación, lo cual no siempre podría ser acreditado. Como ya hemos mencionado, no todas las operaciones que tienen una estructura diferente al ALP son abusivas, a los efectos de una GAAR. En segundo lugar, y en conexión con el primer argumento, porque la posible irracionalidad comercial de una operación en comparación con las que se practicarían en el libre mercado no es un concepto alineado al de motivos económicos válidos, existente en las GAARs. Y, finalmente, porque la aplicación de la recalificación por la vía de una GAAR daba más importancia a la nueva calificación de la renta que a cumplir con el objetivo principal de que la operación cumpliera con la ficción del principio de plena competencia.

El escenario post-BEPS trae para el ordenamiento jurídico español una solución homogénea para la realización de recaracterizaciones, tanto las que se puedan realizar en el ejercicio de definición precisa como las posteriores por motivo de irracionalidad comercial. Cuando estemos en un caso de precios de transferencia, los operadores jurídicos atenderán al marco normativo específico que tendrá una doble función: la valoración objetiva de la operación y sus resultados conforme el valor de mercado y la mitigación de conductas abusivas a través de la recaracterización de las operaciones. Si bien, la redacción del apartado 10 del art. 18 LIS es deseable que sea más detallada y que adopte las exigencias probatorias -procedimentales- de la GAAR en sentido estricto del art. 15 LGT en pro de conseguir mayor seguridad jurídica para los contribuyentes.

#### **4.2. La naturaleza jurídica de los apartados 1 y 10 del art. 18 LIS en conexión con las Directrices sobre Precios de Transferencia**

El marco jurídico del que va a depender la realización de un ajuste transaccional lo hallamos en los apartados 1 y 10 del art. 18 LIS, así como, dado el efecto interpretativo que las DPT tienen sobre este precepto, tal y como señala la Exposición de Motivos de la LIS, los párr. 1.122 y ss. de las DPT serán el cierre de este marco. En tanto que son apartados basilares para el régimen de precios de transferencia conforman la verdadera naturaleza jurídica que a nuestro juicio posee el art. 18 LIS como cláusula anti-abuso *ad hoc*.

Las cláusulas anti-abuso específicas poseen una naturaleza heterogénea. Suelen ser confecciones de los legisladores tributarios para mitigar fenómenos o comportamientos de los contribuyentes carentes de tintes abusivos o falsarios que explotan oportunidades de arbitraje fiscal y que se traducen en una pérdida de ingresos para la Hacienda pública<sup>529</sup>. Las SAARs se articulan con una técnica normativa consistente en regular un presupuesto de hecho y la consecuencia jurídico-tributaria de su cristalización para neutralizar sus efectos. Ese presupuesto de hecho se caracteriza por ser rígido, detallado y taxativo<sup>530</sup>, a diferencia de lo que sucede con la GAAR del art. 15 LGT. Estas normas se suelen manifestar formalmente a través de ficciones o hechos imposables complementarios y de presunciones legales<sup>531</sup>. En puridad, las normas anti-abuso *ad hoc* actúan con celeridad frente a comportamientos concretos de elusión fiscal, cuyo ánimo fraudulento se alcanza a través de indicios objetivos plasmados en el presupuesto de hecho<sup>532</sup>. Desde nuestro punto de vista, no siempre se tratará de una conducta abusiva en el sentido de actos o negocios artificiosos que contravienen el espíritu de la norma tributaria y carecen de un motivo económico válido diferente a un propósito de ahorro fiscal, sino que la SAAR desplegará sus efectos etiquetando como abusivo un determinado comportamiento en un sentido artificial. Todo ello, propiciado por el ánimo del legislador tributario de contrarrestar determinados comportamientos que adquieren un impacto negativo para los intereses de la Hacienda.

Cuando una SAAR se articula a través de una ficción o un hecho imponible complementario lo que se produce es la equiparación de un determinado hecho con el hecho imponible que regula el tributo. Establece una verdad normativa ante un determinado presupuesto de hecho. Suponen, en definitiva, homologar un hecho que manifiesta una determinada capacidad económica con el presupuesto de hecho tipificado por el legislador en el hecho imponible del tributo<sup>533</sup>. De esta manera, la SAAR ofrece como consecuencia

---

<sup>529</sup> Cfr. MARÍN BENÍTEZ, G., “¿Es lícita la planificación fiscal?: sobre los defectos de neutralidad y consistencia del ordenamiento tributario”, Lex Nova, Valladolid, 2013, p. 277.

<sup>530</sup> Cfr. GARCÍA NOVOA, C., “Aproximaciones al concepto de elusión y evasión tributaria en el actual contexto internacional”, en CELORIO VELA, J.A. y CARRASCO PARRILLA, P.J. (Dirs.), *Temas actuales sobre fraude fiscal y cuestiones conexas*, Tomo I, Centro Mexicano de Estudios en lo Penal Tributario, Ciudad de Méjico, 2016, p. 240.

<sup>531</sup> Cfr. DELGADO PACHECO, A., *Las normas generales antielusión en la jurisprudencia tributaria española y europea*, op. cit., p. 44; GARCÍA NOVOA, C., *ult. op. cit.*, p. 240; MARÍN BENÍTEZ, G., “¿Es lícita la planificación fiscal?: sobre los defectos de neutralidad y consistencia del ordenamiento tributario”, op. cit., pp. 277-278.

<sup>532</sup> Cfr. SANZ GÓMEZ, R.J., *Las cláusulas anti-abuso específicas tributarias frente a las libertades de circulación de la Unión Europea*, Bosch, Barcelona, 2010, p. 15.

<sup>533</sup> En palabras de GARCÍA NOVOA se trata de una “redefinición de ese hecho imponible”. Cfr. GARCÍA NOVOA, C., “Aproximaciones al concepto de elusión y evasión tributaria en el actual contexto internacional”, op. cit., p. 240.

jurídico-tributaria exigir el tributo conforme al hecho imponible tipificado. En ausencia de una SAAR el hecho manifestado por el contribuyente sería atípico y, en consecuencia, circunvendría la aplicación del tributo por no cumplirse el hecho imponible establecido por el tributo. Uno de los ejemplos clásicos de la SAAR articulada a través de un hecho imponible complementario o ficción es el antiguo art. 108 de la Ley del Mercado de Valores -actual art. 314 del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, regulador del Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores-. Con esta cláusula se persigue evitar que bajo transmisiones de las acciones recibidas se oculten transmisiones de bienes inmuebles, eludiendo la tributación por el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, el cual presenta un tipo impositivo más elevado que el Impuesto sobre Operaciones Societarias. La consecuencia jurídico-tributaria de esta SAAR es que ese tipo de operaciones tributen conforme al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales<sup>534</sup>.

Por su parte, cuando una SAAR se manifiesta como una presunción legal se establece una presunción, generalmente *iuris tantum* que admite prueba en contrario, que se desenvuelve estrictamente en el terreno probatorio y no el normativo, como sucede con los hechos imponibles complementarios o ficciones. Ejemplos de esta tipología son los arts. 4 y 11 de la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones en donde establecen presunciones de transmisiones lucrativas y de adición de bienes al caudal hereditario en transmisiones *mortis causa*, respectivamente.

Desde nuestra modesta opinión, estimamos que el art. 18 LIS junto a la regulación reglamentaria, interpretados según los diversos textos internacionales y supranacionales sobre precios de transferencia con rango de *soft law*, tienen el carácter de SAAR. Los apartados 1 y 10 del art. 18 LIS son la columna vertebral de la regulación sobre precios de transferencia en España, que dota de una naturaleza anti-abuso a la misma. El art. 18.1 LIS establece una norma de valoración imperativa para las operaciones -nacionales o transfronterizas- realizadas por empresas vinculadas. Se trata de una presunción *iuris et de iure* en virtud de la cual estas operaciones se valorarán a efectos fiscales por su valor de mercado, el cual es aquel precio que habrían acordado personas o entidades independientes en condiciones *at arm's length*. Estamos ante un presupuesto de hecho como es que las operaciones intragrupo deben ser integradas en la base imponible del Impuesto sobre

---

<sup>534</sup> Vid al respecto de esta cláusula, MORENO GONZÁLEZ, S., "Consideraciones sobre el nuevo y controvertido artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores", en COLLADO YURRITA, M.A. (Dir.), *La lucha contra el fraude fiscal. Estrategias nacionales y comunitarias*, Atelier, Barcelona, 2008, pp. 274-278.

Sociedades con un valor *at arm's length*. Por su parte, el art. 18.10 LIS recoge la consecuencia jurídico-tributaria para aquellas operaciones cuyos términos se alejen del principio de plena competencia. Es el efecto corrector para aquellas vulneraciones de la norma de valoración imperativa contenida en el primer apartado del art. 18 LIS. El apartado décimo habilita, de un modo amplio, a la Administración tributaria a realizar aquellas correcciones que procedan para revertir la situación -a nivel valorativo y/o transaccional- a condiciones de plena competencia.

El régimen sobre operaciones vinculadas y precios de transferencia doméstico es una SAAR articulada a través de una ficción que opera estrictamente en el plano normativo. Se trata de una ficción que redefine, en última instancia, un elemento cuantitativo como es la valoración de una operación intragrupo de tal manera que la realización del hecho imponible del Impuesto sobre Sociedades pone de manifiesto la obtención de unas rentas que han de ser valoradas conforme al “valor normal de mercado”. Tal y como manifestamos con anterioridad, todo ajuste que afecte a las condiciones de una operación, como por ejemplo la recharacterización, resultará en un nuevo valor para la operación. Por lo tanto, una redefinición en un elemento importante de la estructura de una transacción va a desembocar en un ajuste valorativo.

El art. 18 LIS tiene la naturaleza de cláusula anti-abuso *ad hoc* porque también comparte los elementos nucleares de este tipo de cláusulas como son la rigidez, el detalle y la taxatividad. El presupuesto de hecho del apartado primero es lo suficientemente escueto, pero preciso para cerrar cualquier elemento que dé lugar a una interpretación o valoración subjetiva de las operaciones intragrupo. Es obligatorio, desde el punto de vista fiscal, que esas operaciones se valoren conforme lo harían empresas independientes que actúen en el libre mercado en situaciones de comparabilidad. En caso omiso, el apartado décimo prescribe la potestad administrativa de corregir la operación para atraerla dentro del estándar *at arm's length*.

Defender que el art. 18 LIS sea una SAAR es coherente con la función anti-elusión que el principio *at arm's length* ha ido adquiriendo progresivamente en los últimos años. Como hemos venido defendiendo a lo largo de este trabajo, este estándar de la fiscalidad internacional, aparte de cumplir principalmente una función de distribución equitativa interjurisdiccional de rentas, protege las bases imponibles frente a desplazamientos de estas hacia jurisdicciones de menor o nula tributación como consecuencia de esquemas de precios

de transferencia que aprovechan oportunidades de arbitraje fiscal. Las nuevas DPT, fuente de interpretación para muchos Estados entre ellos España, adoptan un enfoque sustancial para evitar esos desplazamientos artificiales y que las rentas tributen en los lugares donde se produzca la verdadera creación de valor. Entre los autores que manifiestan la naturaleza de las normas sobre precios de transferencia como una SAAR debemos distinguir entre aquellos que expresamente hablan de la regulación doméstica -en su redacción vigente o anterior- de los que se refieren genéricamente a estas.

Entre los autores que defienden la regulación interna sobre precios de transferencia como cláusula anti-abuso específica encontramos a GARCÍA NOVOA, JONES RODRÍGUEZ, DELGADO PACHECO y SANZ GADEA. GARCÍA NOVOA<sup>535</sup>, tras exponer los rasgos distintivos de las SAARs, sostiene que el régimen de precios de transferencia del art. 16 de la anterior LIS se trataba de una SAAR -entendemos que el actual art. 18 LIS también- articulada mediante una ficción que aplica el principio *at arm's length* para redefinir “un elemento sustancial para su cuantificación, como ocurre con el valor normal de mercado en las operaciones vinculadas”. Desde el punto de vista de JONES RODRÍGUEZ<sup>536</sup> existen pistas concluyentes en la nueva regulación sobre operaciones vinculadas de que el legislador ha querido dotarla como una regla anti-abuso específica. Analizando la figura de la recaracterización, este autor defiende como nosotros que el art. 18.10 LIS permite la realización de ajustes transaccionales y no solo de índole valorativa. Esos ajustes serán tanto los que se puedan ir produciendo en el propio proceso de definición precisa de la operación como con la potencial recaracterización en un momento posterior. Ya hemos señalado que el apartado 10 engloba también la recaracterización de operaciones intragrupo y tiene una función de efecto corrector en el art. 18 LIS configurado como SAAR. En tanto que la recaracterización sea un instrumento más del art. 18 LIS para revertir operaciones a los parámetros *at arm's length*, participará de la misma naturaleza anti-abuso que el propio precepto ostenta.

Por su parte SANZ GADEA y DELGADO PACHECO simplemente reconocen la posibilidad de que las normas sobre precios de transferencia reguladas en la LIS actúen como normas anti-elusión. No llegan a defender rotundamente que esa sea su auténtica naturaleza,

---

<sup>535</sup> GARCÍA NOVOA, C., “Aproximaciones al concepto de elusión y evasión tributaria en el actual contexto internacional”, *op. cit.*, p. 240.

<sup>536</sup> JONES RODRÍGUEZ, L., “Reestructuraciones empresariales en grupos multinacionales. Redistribución de funciones, activos y riesgos”, *op. cit.*, pp. 415-416.

también señalan que pueden ser reglas de distribución de bases imponibles entre jurisdicciones fiscales, pero en tanto que estudian tal posibilidad desde nuestra postura recogemos igualmente sus argumentos para cimentar nuestra concepción. SANZ GADEA<sup>537</sup> afirma que las normas sobre operaciones vinculadas “podrían ser entendidas como normas antiabuso en el ámbito internacional porque uno de sus objetivos es evitar el desplazamiento de bases imponibles de entidades residentes en territorio español a entidades vinculadas extranjeras a través de la realización de operaciones pactadas por un precio de transferencia diferente al valor normal de mercado”. Manifiesta este autor que “[l]a fijación de ese precio de transferencia podría entenderse como un acto abusivo”. En la misma línea se pronuncia DELGADO PACHECO<sup>538</sup> para quien “estas normas cumplen una cierta función como normas antiabuso”, si bien reconoce que la función principal es la de un mandato de valoración *at arm's length*.

Entre los autores que no se centran expresamente en la normativa española sobre precios de transferencia, sino en las DPT o a nivel general sin focalizarse en un ordenamiento jurídico concreto destacamos las aportaciones de MARTÍN JIMÉNEZ y CAÑABATE CLAU. A juicio de MARTÍN JIMÉNEZ<sup>539</sup> el espíritu anti-abuso que existe en el ejercicio de definición precisa de la transacción se refuerza con un segundo instrumento como es la recaracterización *-non-recognition principle* según él- que actúa como una segunda SAAR para las Administraciones tributarias en los casos en que el ejercicio de definición precisa no arroje un resultado *at arm's length*. Evidentemente, ese resultado indeseado sería la constatación de que la operación carece de la racionalidad comercial que habría tenido la operación si se hubiera realizado por entidades independientes que actúan según las fuerzas del libre mercado. Por su parte, CAÑABATE CLAU<sup>540</sup> realiza su análisis sobre el párr. 1.122 DPT. Se plantea la posible naturaleza anti-abuso de la recaracterización que practiquen las Administraciones tributarias al interpretar sus normas domésticas conforme a estas DPT. Concluye este autor que la recaracterización *-disregard clause* para él- “[p]uede ser definida y entendida en parte como una norma anti abuso pero de forma distinta a las tradicionales

---

<sup>537</sup> SANZ GADEA, E., “Medidas antielusión fiscal”, *op. cit.*, p. 250.

<sup>538</sup> DELGADO PACHECO, A., *Las normas generales antielusión en la jurisprudencia tributaria española y europea*, *op. cit.*, p. 41.

<sup>539</sup> Cfr. MARTÍN JIMÉNEZ, A.J., “Tax “Tax avoidance and aggressive tax planning as an international standard – BEPS and the ‘new’ standards of (legal and illegal) tax avoidance”, *op. cit.*, p. 37.

<sup>540</sup> CAÑABATE CLAU, D., *Precios de transferencia en las operaciones de reestructuración empresarial. Modelo de análisis y validación*, Francis Lefebvre, Madrid, 2016, p. 141.

normas anti abuso, cumpliendo un objetivo diferente y teniendo distintos requisitos de aplicación”.

Tal y como hemos venido defendiendo, la recaracterización es un instrumento más ínsito en una norma anti-abuso específica como es el art. 18 LIS. Participa de la misma naturaleza y tiene cabida en el apartado décimo del art. 18 LIS. La intención del legislador es claramente la de integrar este instrumento en la norma doméstica sobre precios de transferencia para ayudar en la mitigación de estrategias de planificación fiscal internacional que utilizan los precios de transferencia para realizar prácticas BEPS. La eliminación del adjetivo “valorativas” para la realización de posibles correcciones en la normativa vigente desde 2015 -art. 18 LIS- es una pista muy importante del legislador tributario para dar entrada a los ajustes transaccionales. No obstante, como estudiaremos más adelante, sigue siendo deseable una mayor precisión en la técnica legislativa para ganar en seguridad jurídica y acabar construyendo una SAAR clara y precisa en torno al abanico de armas con las que la Administración tributaria pueda aplicar la consecuencia jurídica de la SAAR que no es otra que la corrección de la operación vinculada objeto de comprobación.

Al configurarse los preceptos del art. 18 LIS como SAAR y bajo el criterio de *lex specialis derogat generali* que rige las relaciones entre las GAARs y las SAARs, esta última tendrá aplicación prioritaria para los escenarios de precios de transferencia. Como analizamos *supra*, entendemos que los operadores jurídicos deben seguir la siguiente metodología para regularizar las operaciones vinculadas. Para los casos en los que la transacción objeto de inspección cumpla con los parámetros de libre competencia; es decir, que su estructura no sea irracional desde un punto de vista comercial y en el seno del proceso de definición precisa se hayan corregido las posibles incongruencias en torno al alineamiento de tributación con creación de valor, entonces si la misma se reputara artificiosa y carente de motivos económicos allende del propósito fiscal podría resultar de aplicación la GAAR. Es el único caso en el que esta figura sería aplicable a escenarios de precios de transferencia. Como es lógico, no procede acudir a la figura anti-abuso específica del art. 18 LIS porque no se ha infringido en ningún momento el mandato valorativo *at arm's length*. Si el apartado 10 es la consecuencia jurídica de la infracción del primer apartado del citado artículo, no puede sostenerse su aplicación si la operación está respetando el principio de plena competencia. Sin embargo, para el resto de casos en los que la operación sí que contraviene

el criterio *at arm's length*, cumpliendo o no los rasgos de abuso que la GAAR española prescribe, la norma que procede aplicar es el art. 18 LIS.

Defender la aplicación de la norma anti-abuso general a estos escenarios crearía una situación exorbitante, puesto que el art. 18.10 ya se encargaría de corregir la posible conducta abusiva. Desde nuestro punto de vista, no cabe descartar que ese fuera el propósito del legislador tributario de 2014 para aquellas operaciones vinculadas celebradas con posterioridad al 1 de enero de 2015, fecha en la que entró en vigor la Ley 27/2014, del Impuesto sobre Sociedades. En definitiva, se trata de asentar en Derecho tributario español una SAAR para los precios de transferencia, evitando así los problemas y divergencias que han venido existiendo hasta la fecha por parte de los operadores jurídicos al acudir indistintamente y sin justificación sólida aparente a la GAAR y a la norma sobre precios de transferencia vigente en el momento. El apartado décimo cubre una laguna normativa existente hasta la fecha de entrada en vigor de la actual LIS para la práctica de ajustes transaccionales en las operaciones intragrupo. Siendo coherentes con la naturaleza jurídica de SAAR que tiene el art. 18 LIS, este precepto debe ser la única herramienta legal en la que en la práctica la Administración tributaria recurra para regularizar este tipo de operaciones.

#### **4.3. Consecuencias de la recharacterización como instrumento ínsito en una norma anti-abuso específica**

Tras concluir que la naturaleza de la cláusula recharacterizadora de operaciones intragrupo, compuesta por el marco jurídico reseñado con anterioridad, forma parte de una SAAR, a continuación solo resta mencionar el impacto de este enfoque. Más allá de otras posibles consecuencias accesorias que puedan existir, hemos sistematizado las mismas en torno a tres dada su notoriedad. Para su análisis realizaremos una referencia comparativa con los aspectos de la GAAR en sentido estricto, también conocida como la figura del conflicto en la aplicación de la norma tributaria -art. 15 LGT-.

##### **4.3.1. Disminución de la intensidad probatoria de la Administración tributaria**

Tal y como se ha destacado con anterioridad, de acuerdo con el apartado 10 del art. 18 LIS la Administración tributaria posee cobertura legal para comprobar las operaciones vinculadas y practicar correcciones sobre las mismas. En definitiva, esas correcciones ya no abarcan solamente aspectos valorativos de la transacción, sino que afectan a cualquier otra

cuestión relacionada con la propia valoración como pueden ser aspectos estructurales de la misma -en esencia, la ignorancia y/o sustitución de la operación-<sup>541</sup>.

El procedimiento de comprobación al que alude el apartado 12 del art. 18 LIS se depurará a través de un procedimiento tributario de inspección, con las especialidades del art. 19 RIS. En este sentido, la primera norma del citado apartado 12 habla de una comprobación incardinada en “un procedimiento iniciado respecto del obligado tributario”. Dado el alcance de los procedimientos tributarios que recoge la normativa general tributaria y las exigencias de una comprobación valorativa y/o transaccional de las operaciones vinculadas, el procedimiento inspector sería el adecuado.

El art. 19 RIS recoge escuetamente la justificación imperativa que ha de tener el acta que contenga la liquidación provisional fruto de la regularización practicada. Es decir, poniéndonos en la tesitura de una recharacterización, dicha acta recogerá la cifra a reintegrar en la base imponible del contribuyente, en caso de ignorancia, con la correspondiente liquidación resultante tras aplicar la normativa referente al Impuesto sobre Sociedades, o bien la nueva valoración de la operación, en caso de que se haya producido una sustitución de la transacción declarada por otra que se ajuste a las condiciones de plena competencia. Esa regularización incluirá los intereses de demora.

Como ya se puede ir coligiendo, la regularización fiscal practicada a través de esta particular SAAR en materia de precios de transferencia no impone obligación alguna a la Administración tributaria de acreditar meticulosamente la presunta finalidad de erosionar la base imponible y trasladar beneficios a terceras jurisdicciones a través del precio de transferencia de una operación. La SAAR del art. 18 LIS participa de la naturaleza “atípica” que están adquiriendo las cláusulas anti-abuso específicas en nuestro ordenamiento jurídico, especialmente cuando su ámbito material se encuentra en cuestiones de fiscalidad internacional. Basta con que la Administración tributaria entienda que la operación declarada no tiene la racionalidad comercial que cabría esperar en situaciones de plena competencia para que automáticamente procede a aplicar la corrección transaccional y/o valorativa a través del procedimiento señalado.

---

<sup>541</sup> Cfr. en el mismo sentido GÓMEZ MOURELO, C., “Procedimiento de comprobación y régimen sancionador de las operaciones vinculadas”, en CORRAL GUADAÑO, I. (Dir.), *Manual de Fiscalidad Internacional*, vol. II, 4ª ed., IEF, Madrid, 2016, p. 1068.

Desde nuestro punto de vista, a diferencia de lo que sucede con la aplicación de la GAAR en sentido estricto -art. 15 LGT-, la intensidad probatoria de la Administración es menor cuando el procedimiento inspector regulariza una operación vinculada que, a juicio de la Administración tributaria, está alejada de los parámetros que dicta el principio *at arm's length*. Esto puede llegar a producir que exista un ligero desplazamiento de la carga probatoria sobre los motivos que dotan a la operación de racionalidad comercial hacia el contribuyente, en tanto que cuanto menor sea la intensidad probatoria de la Inspección en el expediente, mayor deberá ser la capacidad del contribuyente para aportar las alegaciones que rebatan a su juicio los argumentos de la Administración y que justifican la racionalidad comercial de la operación. El art. 19 RIS establece escuetamente que en el acta donde se recoja la liquidación provisional “se justificará la regularización que resulte por aplicación del art. 18 de la Ley del Impuesto”. La norma reglamentaria habla meramente de una justificación. Efectivamente, la carga de probar la irracionalidad comercial de la operación se halla sobre la Administración tributaria. Pero, su intensidad no es tan estricta y detallada como sucede con los expedientes de regularización que se realizan al amparo de la norma de conflicto.

Es algo común en las SAARs que presentan una ventaja para los intereses de las Administraciones tributarias al reducirse al mínimo la intensidad probatoria, la cual sólo se centra en cotejar si la operación ha superado un determinado presupuesto de hecho que actúa como un umbral<sup>542</sup>. Sustentadas en una metodología en virtud de la cual cumplido el presupuesto de hecho se aplica la consecuencia jurídico-tributaria que establecen, el espacio para probar un hipotético abuso de la transacción es angosto. Esto va a provocar que los contribuyentes, una vez les han notificado la propuesta de liquidación que contenga la correspondiente regularización, utilicen los recursos que establece el ordenamiento tributario para aportar las razones que justifiquen que su transacción poseía racionalidad comercial y está dentro de parámetro *at arm's length*. No obstante, siguiendo las reglas comunes de todo procedimiento inspector, los arts. 156 y 157 LGT establecen que cuando las actuaciones inspectoras concluyan mediante acta de conformidad o disconformidad, se concederá al

---

<sup>542</sup> Tal y como señalan CHICO DE LA CÁMARA y HERRERA MOLINA al hilo de la teoría general sobre las cláusulas anti-abuso específicas, “[i]ncluso en los casos en que las cláusulas especiales admitan prueba en contrario, la actividad probatoria por parte de la Administración tributaria se limitará a constatar los indicios señalados por la ley. De este modo, se invierte la carga de la prueba, siendo el contribuyente el que deberá demostrar (cuando la ley lo permita) que su operación no buscaba la elusión fiscal, sino que concurren motivos económicos válidos que excluyen la elusión fiscal”. Cfr. CHICO DE LA CÁMARA, P. y HERRERA MOLINA, P.M., “Cláusulas generales antiabuso y fiscalidad internacional (una perspectiva europea)”, *op. cit.*, p. 1337.

contribuyente con carácter previo a la firma del acta correspondiente trámite de audiencia para que alegue lo que convenga a su derecho<sup>543</sup>. Una vez que se haya girado la correspondiente liquidación provisional a través de un acta de conformidad o de disconformidad, el obligado tributario vuelve a tener un plazo de 15 días desde la fecha en que se haya extendido el acta o desde su notificación para presentar alegaciones ante el órgano competente para liquidar. Según el art. 19.1 y 2 RIS, en las regularizaciones al amparo del art. 18 LIS el acta que resulte tendrá el carácter de provisional y contra la misma podrá interponerse recurso o reclamación.

Las regularizaciones fiscales que se practican a través de la GAAR ofrecen, a nuestro juicio, más garantías a los contribuyentes. El procedimiento de declaración de conflicto se depura también dentro de un procedimiento de inspección. El art. 15.2 LGT en conexión con el 159 LGT descarga en una Comisión consultiva, constituida al efecto, la decisión de aplicar la figura del conflicto<sup>544</sup>. El órgano de inspección, si observa que concurren las circunstancias del art. 15 LGT, debe notificarlo al obligado tributario y ofrecerle un plazo de 15 días para presentar alegaciones al respecto -art. 194 RIS-. Esas alegaciones, junto a las pruebas practicadas, son enviadas al órgano encargado de practicar la liquidación, el cual las estudiará y decidirá si procede solicitar el Informe favorable de la Comisión consultiva. Como señala MARTÍN FERNÁNDEZ<sup>545</sup>, con este proceso “se añade un *plus* de objetividad y unidad de criterio en las declaraciones de conflicto”.

Como puede observarse, si comparamos ambos escenarios una regularización fiscal aplicando una GAAR ofrece un mayor grado de esfuerzo técnico a la Administración

---

<sup>543</sup> Este trámite de audiencia ocurre en una fase en la que el expediente de regularización está prácticamente terminado y se han realizado todas las actuaciones inspectoras correspondientes, a falta de que se dicte la correspondiente liquidación provisional. Siguiendo el art. 96 del 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, en este tipo de trámites se pone de manifiesto al obligado tributario el expediente, con todas las actuaciones realizadas, los elementos de prueba que obren en poder de la Administración y los informes emitidos por otros órganos, así como todas las alegaciones y documentos que el contribuyente haya podido presentar previamente en el procedimiento. En este trámite, el contribuyente puede aportar nuevos documentos y justificantes, así como efectuar las alegaciones que estimen oportunas, todo lo cual será tenido en cuenta por el órgano encargado de redactar la correspondiente propuesta de resolución o liquidación.

<sup>544</sup> No en todos los países recae la carga de la prueba sobre la Administración tributaria. Estados como Bélgica, Francia, Irlanda o Países Bajos participan de nuestro enfoque; sin embargo, jurisdicciones como Alemania o Canadá tienen un régimen de carga de la prueba compartida; o, como Australia o Estados Unidos en los que directamente la carga probatoria recae sobre el contribuyente. Datos extraídos de FUNDACIÓN IMPUESTOS Y COMPETITIVIDAD, *Cláusula general antiabuso tributaria en España: propuestas para una mayor seguridad jurídica*, op. cit., pp. 31-32.

<sup>545</sup> MARTÍN FERNÁNDEZ, J., *Tratado práctico de Derecho Tributario General Español. Una visión sistemática de la Ley General Tributaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 135.

tributaria, la cual deberá demostrar con carácter previo a la liquidación provisional que la operación cumple con los postulados del art. 15 LGT, los cuales no son fáciles de acreditar. A tal efecto, es vital el papel que juega la Comisión consultiva y su informe preceptivo sobre la declaración de conflicto. En ella se permite al contribuyente que presente alegaciones y aporte o proponga las pruebas que estime procedentes durante quince días, las cuales formarán parte del expediente sobre el que emitirá su informe la Comisión consultiva, el cual tiene carácter vinculante para el órgano de inspección -art. 159.6 LGT-. Es cierto que en los dos supuestos se garantiza plenamente el derecho de audiencia del contribuyente; sin embargo, puede desnaturalizarse el potencial de esta garantía si el expediente que se pone de manifiesto al obligado tributario carece de suficiente precisión, fundamentación y elementos probatorios por parte del órgano inspector, el cual únicamente habrá acreditado el hecho objetivo de que, a su juicio, la operación ha traspasado el umbral anti-abuso que marca el art. 18 LIS, como es la infracción del ALP en las condiciones de la operación. Desde nuestra modesta opinión, esto es justamente a lo que se refiere el primer apartado del art. 19 RIS cuando habla de que el acta justifique la regularización practicada al amparo del art. 18 LIS. Como consecuencia, tendrá que ser el contribuyente el que, especialmente una vez se le haya notificado la propuesta de liquidación con la correspondiente fundamentación jurídica de la Administración, intente aportar las razones comerciales que justifican que su operación está dentro de los parámetros *at arm's length*. En definitiva, nos hallamos ante una disminución de la intensidad probatoria de la Administración que, incidentalmente, puede ser entendida como un liviano desplazamiento de la carga probatoria hacia el contribuyente.

#### **4.3.2. Posibilidad de acceso al procedimiento amistoso y arbitral para la eliminación de la doble imposición**

Un ajuste transaccional como es el no-reconocimiento y/o sustitución de una operación vinculada transfronteriza va a desembocar, inexorablemente, en un ajuste valorativo de precios de transferencia. Este ajuste valorativo es el que se conoce en fiscalidad internacional como ajuste primario. Evidentemente, a primera vista, estos ajustes van a suponer la creación de escenarios de doble imposición económica para las EMNs. A estos efectos, el art. 9.2 de los Convenios determina la necesidad de que la otra jurisdicción implicada, en la cual residirá fiscalmente la otra sociedad que ha sido parte en la operación, realice el llamado ajuste correspondiente o correlativo sobre la cuantía del impuesto que ha

gravado esos beneficios ajustados en la otra jurisdicción. Sin embargo, no siempre va a existir un clima de armonía en torno a la realización del ajuste correspondiente. El otro Estado contratante no está obligado a aceptar la realización del ajuste primario que ha realizado el primer Estado, por lo que sobrevendrá una situación de doble imposición económica. Dicho en otros términos, en escenarios de recaracterización de operaciones vinculadas realizados por la Administración tributaria española, puede aflorar un problema de doble imposición económica para el grupo multinacional en tanto que otras empresas del grupo establecidas en otros Estados pueden ver rechazadas sus correspondientes peticiones ante sus Administraciones tributarias de residencia para corregir la doble imposición por no compartir el ajuste transaccional que ha realizado la Administración española.

Ante estas situaciones los contribuyentes podrían instar los procedimientos de resolución de controversias tributarias que se recogen en el Derecho Internacional Tributario, como son el procedimiento amistoso -*Mutual Agreement Procedure*- del art. 25 MC OCDE o el procedimiento de arbitraje del Convenio 90/436/CEE, relativo a la supresión de la doble imposición en caso de corrección de los beneficios de empresas asociadas - Convenio Europeo de Arbitraje-<sup>546</sup>. En el Derecho tributario doméstico se han regulado sucintamente las fases y tipología de cada uno de estos dos mecanismos de resolución de controversias tributarias con vocación transfronteriza a través del Real Decreto 1794/2008, de 3 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de procedimientos amistosos en materia de imposición directa.

Ante la ineffectividad que han tenido estos procedimientos en la esfera internacional, especialmente el procedimiento amistoso, tal y como muestran las estadísticas de la OCDE<sup>547</sup>, la Acción 14 del Plan BEPS desencadenó la reforma de los Comentarios al art. 25 MC OCDE con el fin de dotar de un estándar mínimo que garantice la resolución efectiva,

---

<sup>546</sup> Hay que tener también presente que a partir del 1 de julio de 2019 será aplicable a toda reclamación referente a rentas o patrimonio obtenidos en periodos impositivos iniciados en enero de 2018 la reciente Directiva 2017/1852 del Consejo relativa a los mecanismos de resolución de litigios fiscales en la Unión Europea. Esta Directiva va a reemplazar prácticamente al Convenio Europeo de Arbitraje permitiendo a los Estados miembros contar con un régimen dual de resolución de conflictos tributarios: uno, a través de los establecidos a través de los CDI y, otro a través de la citada Directiva para casos de doble imposición en la Unión Europea. *Vid.* al respecto LUCHENA MOZO, G.M., “A collaborative relationship in the resolution of international tax disputes and alternative measures for dispute resolution in a post-BEPS era”, *European Taxation*, vol. 58, núm. 1, 2018, p. 24.

<sup>547</sup> *Vid.*, por ejemplo, las referentes al año 2016 en materia de precios de transferencia en donde de los 616 casos iniciados a lo largo de ese año sólo se cerraron 63. Además, el tiempo medio para su resolución fue de 30 meses. La práctica muestra que los procedimientos amistosos instados a través de los CDIs no suelen finalizar por falta de acuerdo entre los Estados. <http://www.oecd.org/tax/dispute/mutual-agreement-procedure-statistics.htm> (último acceso: 16.06.2018).

pronta y eficaz de los mismos. Asimismo, la parte V y VI del Instrumento Multilateral de la OCDE tras el Plan BEPS se hacen eco de un mejorado procedimiento amistoso, en donde se pone énfasis en que los Estados alcancen una solución satisfactoria sobre el litigio planteado, así como de un depurado procedimiento arbitral obligatorio y vinculante, si bien las partes suscriptoras del Instrumento Multilateral pueden reservarse la aplicación de este último -art. 18 Instrumento Multilateral-<sup>548</sup>.

Más allá de los aspectos que todavía deben ser mejorados en los diversos instrumentos de resolución de controversias, lo cierto es que la posibilidad que tienen los contribuyentes de acceder a los mismos en escenarios transfronterizos es una ventaja. Por todos son conocidos los efectos nocivos de la doble imposición y la existencia de recursos en perspectiva internacional para conseguir su mitigación en supuestos de ajustes de precios de transferencia. Tener la garantía de que ante cualquier ajuste de precios de transferencia el contribuyente pueda acceder a estos mecanismos no podemos más que verlo como un punto positivo a destacar.

La recaracterización de operaciones a través del art. 18 LIS va a proporcionar, tanto al obligado tributario afectado por la regularización, como a las otras entidades vinculadas afectadas por la misma, la posibilidad de invocar alguno de estos mecanismos directamente ante la Administración tributaria española o ante la Administración tributaria de residencia de la entidad afectada. A estos efectos, el art. 19 RIS *in fine* señala que “las personas o entidades afectadas que puedan invocar un tratado o convenio que haya pasado a formar parte del ordenamiento interno, podrán acudir al procedimiento amistoso o al procedimiento arbitral para eliminar la posible doble imposición generada por la corrección, de acuerdo con lo dispuesto en el número 5.º del apartado 12 del artículo 18 de la Ley del Impuesto”.

Si la recaracterización fuese practicada a través de la GAAR -aspecto que como ya hemos recalcado entendemos que no procede en la mayoría de casos de precios de transferencia-, las empresas afectadas del grupo con residencia en otros Estados no podrían ampararse en instar el inicio de un procedimiento amistoso interjurisdiccional ni arbitral, en caso de resultar aplicable el Convenio Europeo de Arbitraje. La regulación general existente sobre la declaración de conflicto no recoge en ningún precepto que en escenarios de precios

---

<sup>548</sup> Dado que desbordaría el objeto de este trabajo y, más concretamente, difuminaría la conclusión de este apartado, no vamos a profundizar en aspectos sustantivos y procedimentales sobre estos mecanismos más allá de las líneas generales que hemos ofrecido.

de transferencia se pueda recurrir a esta figura para resolver el problema de doble imposición económica. Es una materia reservada a las comprobaciones que han desembocado en correcciones valorativas y transaccionales según los cauces de la norma anti-abuso específica del art. 18 LIS. En este sentido, resulta claro que, en lo que a esta parcela se refiere, el impacto de nuestra conclusión sobre la naturaleza jurídica de la recharacterización es francamente beneficiosa para el grupo multinacional afectado por una regularización. Si bien no existe garantía fidedigna de que se resuelva la potencial doble imposición económica, al menos a los contribuyentes se les ofrece una vía para poder corregir los efectos distorsionadores que ocasione una recharacterización.

#### **4.3.3. Una norma anti-abuso específica con esencia diferente a la norma anti-abuso general**

El tercer y último impacto relevante que hemos detectado al considerar a la figura de la recharacterización como elemento que participa de la naturaleza jurídica anti-abuso del art. 18 LIS se trata de la configuración de una cláusula anti-abuso con un contenido diferente al de la GAAR del art. 15 LGT. Como estudiamos anteriormente, la figura del conflicto en la aplicación de la norma tributaria estaba conformada por unos elementos que no estaban alineados con los requisitos para la aplicación de la recharacterización según las DPT. La constatación de abuso a través de la GAAR requiere cumulativamente, en primer lugar, el empleo artificioso o impropio de actos o negocios; en segundo lugar, la ausencia de un motivo económico válido distinto al ahorro fiscal conseguido; y, en tercer lugar, la existencia de una ventaja fiscal. Por su parte, la recharacterización únicamente requiere dos premisas, por un lado, que los acuerdos alcanzados en la operación difieran de los que alcanzarían empresas independientes actuando con lógica comercial y, por otro lado, que esto impida a la Administración tributaria establecer un precio *at arm's length* según las opciones disponibles para las partes<sup>549</sup>.

Sin embargo, existen recharacterizaciones ocultas que se realizan en el propio ejercicio de definición precisa de la transacción sustentada en la prevalencia de la sustancia económica sobre la forma. Las GAARs, entre ellas la española, basan su esencia en el test de motivos económicos válidos que se alimenta de las teorías sobre la sustancia económica. Algunos expertos han sugerido que este aspecto puede producir una confusión entre las figuras de

---

<sup>549</sup> Remárquese que venimos sosteniendo que este segundo aspecto es la consecuencia natural de la irracionalidad comercial de una transacción intragrupo. No se trata de un requisito *per se*.

sustancia económica en el análisis de comparabilidad y los motivos económicos válidos de la GAAR, lo que provocará paulatinamente una inaplicación de esta última en las operaciones vinculadas<sup>550</sup>. Compartimos los resultados de la conclusión, pero no la premisa de la que se parte. Efectivamente, la cláusula general anti-elusión debe dejar de tener cabida en el espectro de las operaciones vinculadas, salvo supuestos muy puntuales que ya hemos señalado repetidas veces en este trabajo. Pero no porque se produzca un clima difuso entre los conceptos de la GAAR y los propios de sustancia económica en precios de transferencia; sino porque la voluntad de la era post-BEPS y del legislador tributario es que el abuso en precios de transferencia pivote sobre otros conceptos diferentes a los que tienen las tradicionales normas anti-abuso generales. Los precios de transferencia son una conformación sustentada en una ficción consensuada a nivel internacional llamada *at arm's length*. Tienen unas características comunes identitarias que las distingue del resto de negocios y operaciones que realizan los agentes económicos. Entre ellas, destaca la exigencia de comparación con otras operaciones entre partes independientes e, incluso, en casos muy específicos como operaciones con intangibles, dada la ausencia de comparables, han de crearse ficticiamente los resultados de precios de transferencia según habrían sido alcanzados por empresas independientes. Por lo tanto, ante un escenario particular, las conductas abusivas que se desarrollen tendrán peculiaridades que deben ser contrarrestadas a través de figuras jurídicas *ad hoc*.

En conclusión, la figura de la recaracterización participa de esa especialidad que rodea a los precios de transferencia. Domésticamente se habilita a la Administración tributaria a realizar todas aquellas correcciones que procedan para adecuar la operación a los mandatos de las DPT. Recordemos que este instrumento de *soft law* es para el legislador del Impuesto sobre Sociedades un pilar basilar para la interpretación del art. 18 LIS y la regulación reglamentaria referente a precios de transferencia, lo cual produce una normativa sobre precios de transferencia poco detallada a través del Derecho vinculante y merma la seguridad jurídica de los contribuyentes ante los continuos cambios que se producen en la OCDE sobre estos documentos. El motivo de irracionalidad comercial actúa como punto de referencia para la práctica de un ajuste transaccional. Dada la configuración anti-elusiva de la normativa doméstica, cuando la Administración tributaria considere tal aspecto

---

<sup>550</sup> Vid. FUNDACIÓN IMPUESTOS Y COMPETITIVIDAD, *Cláusula general antiabuso tributaria en España: propuestas para una mayor seguridad jurídica*, op. cit., p. 63.

automáticamente la transacción será entendida como abusiva y será corregida en los términos oportunos para conducirla hacia una ficción llamada *at arm's length*.

## **5. PROPUESTAS DE LEGE FERENDA PARA MEJORAR LA FIGURA DE LA RECARACTERIZACIÓN EN LA REGULACIÓN DOMÉSTICA SOBRE PRECIOS DE TRANSFERENCIA**

A lo largo de este capítulo se han ido mencionando los aspectos que merecen una revisión para mejorar, a nuestro juicio, la figura de la recaracterización. El art. 18.10 LIS ha supuesto una evolución desde el punto de vista de la técnica legislativa respecto a la anterior Ley. Se establece una habilitación genérica para que la Administración tributaria realice las comprobaciones y correcciones procedentes para devolver a las operaciones vinculadas alejadas del ALP al mismo. Las expresiones tan amplias empleadas en textos normativos, con independencia de su fuente, suelen responder a situaciones en las que no conviene o interesa cerrar demasiado la aplicación de la misma a una situación fáctica, con la consiguiente consecuencia normativa. Sin embargo, ello crea un clima de inseguridad para los agentes que pueden sufrir o no su aplicación en función de la interpretación que del precepto realicen los organismos encargados de su aplicación.

Esto es lo que ocurre con las normas sobre precios de transferencia en Derecho tributario español y, especialmente, con el apartado 10 del art. 18 LIS. Desde nuestra postura entendemos que su dicción literal desborda al clásico ajuste valorativo; sin embargo, es una cuestión de interpretación que puede no ser compartida por los órganos jurisdiccionales. En definitiva, el régimen doméstico para habilitar a nuestra Administración a ignorar y, en su caso, sustituir operaciones que no responden a criterios de racionalidad comercial según el principio de plena competencia, puede ser mejorable para dotar, especialmente, a los contribuyentes de mayor seguridad jurídica en un escenario globalizado en el que los enfoques en cuanto a la fiscalidad internacional parecen cambiar de un momento a otro a través de documentos de *soft law*.

Por todo lo anterior, procedemos a citar las propuestas que *de lege ferenda* mejorarían la figura de la recaracterización y, por lo tanto la SAAR del art. 18 en general, según nuestro criterio. Se trata de ideas que podrían articularse tanto en el texto legal como en el texto reglamentario del Impuesto sobre Sociedades, modificando preceptos actuales o añadiendo nuevos.

### **5.1. Potestad recharacterizadora de la Administración con un marcado carácter excepcional**

Por todos es sabido que los párr. 1.122 a 1.125 DPT, referentes al no reconocimiento y, en su caso, sustitución de la transacción intragrupo tienen un marcado carácter excepcional. La recharacterización es un recurso de *ultima ratio* lo que implica que la Administración tributaria debe abstenerse de emplear este mecanismo cuando la operación se observe entre empresas independientes. Además, la no existencia de comparables no se traduce en un ajuste transaccional automático, dado que la operación analizada puede estar realizada por motivos empresariales legítimos, incluidos el de la búsqueda del ahorro fiscal a través de una planificación fiscal lícita, también conocida como economía de opción.

El apartado décimo del art. 18 LIS no recoge en ningún momento ese carácter excepcional de la recharacterización. Es cierto que, como hemos sostenido, la actuación administrativa estaría amparada legalmente por este nuevo precepto, dada su nueva redacción. Sin embargo, para cerrar cualquier tipo de duda debería recogerse expresamente que la Administración tributaria goza de poderes reestructurativos sobre las operaciones vinculadas. Un buen referente en Derecho comparado sería la subsección 815-130 de la *Income Tax Assessment Act* australiana, la cual habilita en una norma con rango legal el ejercicio de tal actuación administrativa. Igualmente, en nuestro texto legal debe subrayarse la excepcionalidad de este tipo de ajustes.

### **5.2. Distinción entre ajustes valorativos y transaccionales**

La segunda propuesta que realizamos va conectada con la anterior. Se trata de diferenciar en el propio precepto legal entre los ajustes que afectan únicamente al valor o resultado de la operación vinculada de aquellos que modifican las condiciones o estructura de la operación. De esta manera se reforzaría más la habilitación expresa para la Administración tributaria a la hora de poder practicar recharacterizaciones y acompañarse del tan solicitado carácter excepcional.

Al hablar de potestad de reconstrucción de operaciones vinculadas, el texto legal se referiría a los tres tipos de ajustes transaccionales que sistematizamos en el anterior capítulo, en función de su grado de lesividad: los ajustes de comparabilidad, los ajustes implícitos en el proceso de definición precisa de la operación y la ignorancia y/o sustitución de la operación -recharacterización-. Podría detallarse expresamente el alcance y límites de cada

uno de estos ajustes con lo que conseguiríamos cubrir desde el punto de vista del principio de legalidad en la actuación administrativa esos nuevos ajustes recharacterizadores que se originan a la hora de practicar el nuevo análisis funcional, y, especialmente, en lo que afecta al nuevo enfoque DEMPE en lo que a operaciones con intangibles se refiere. Ambos tipos de ajustes, los valorativos y transaccionales, compartirían un mismo objetivo como es el de revertir la valoración o la estructura tal como hubieran resultado en acuerdos entre partes independientes de acuerdo con el ALP.

### **5.3. La irracionalidad comercial de la operación como causa expresa de recharacterización posterior a su definición precisa**

Una vez que en una norma con rango de ley se ha establecido la potestad de la Administración tributaria para practicar ajustes transaccionales, entre ellos el de la recharacterización, proponemos que se establezca, bien en la propia LIS o en el RIS, en qué circunstancia procede su práctica. Se trata de establecer cuál o cuáles serían los motivos en los que procede la recharacterización una vez superado el proceso de definición precisa de la transacción.

Siguiendo la doctrina OCDE, desde nuestro punto de vista, abogamos por la inclusión de un solo supuesto para la ignorancia y, en su caso, sustitución de las condiciones de una operación como es la irracionalidad comercial del acuerdo. El estudio de la posible irracionalidad comercial de la transacción no se supedita a la inexistencia de una operación comparable; sino en suponer de un modo ficticio cuál sería el comportamiento desde la lógica empresarial que hubieran llevado entidades independientes según las alternativas disponibles. Esas alternativas pueden ser variopintas, desde la no realización del acuerdo y mantenimiento de su posición económica hasta el de la realización del acuerdo pero en términos diferentes.

Aunque hemos manifestado en el apartado correspondiente que sería deseable que se ofreciera un concepto de “comportamiento comercialmente racional” a efectos de precios de transferencia más cerrado y preciso con el fin de evitar interpretaciones sesgadas por las Administraciones tributarias, entendemos que el Derecho doméstico no debe ser el encargado de dar un contenido *ad hoc* a este término. Estamos en una materia marcadamente internacional en donde las soluciones unilaterales pueden llegar a producir mayores disputas tributarias con los contribuyentes que acaben en doble imposición. Dotar de un contenido a

ese concepto es algo que compete, en primera instancia, a la comunidad internacional representada mayoritariamente en la OCDE. Deben alcanzarse unas Directrices sobre Precios de Transferencia que den solución a este problema de conceptualización, para que, posteriormente los ordenamientos nacionales sí que puedan recoger como Derecho vinculante y obligatorio su alcance.

#### **5.4. Una norma anti-abuso específica con la carga de la prueba sobre la Administración tributaria**

En nuestra última propuesta defendemos que la recharacterización, así como la propia normativa interna sobre precios de transferencia, al ser concebida como cláusula anti-abuso específica para las operaciones vinculadas contenga los requisitos formales que tiene la GAAR en sentido estricto del art. 15 LGT. Todo ello con el objetivo de mejorar la seguridad jurídica y los derechos y garantías de los contribuyentes.

En primer lugar, abogamos por devolver la carga de la prueba al punto de inicio. La carga probatoria para determinar que una operación supera el umbral anti-abuso establecido por contar con una estructura comercialmente irracional contraria el principio de plena de competencia debe recaer plenamente sobre la Administración tributaria. Por ello, la norma legal debe reconocer de manera clara y expresa este aspecto, exigiendo un nivel de justificación mayor al que existe actualmente en el art. 19.1 RIS.

A estos efectos, y en segundo lugar, la normativa debe recoger un procedimiento previo de declaración de irracionalidad comercial de la transacción, al igual que existe en el procedimiento de declaración de conflicto. Cuando el órgano de inspección valore la posible existencia de irracionalidad comercial para recharacterizar la operación deberá dar traslado al obligado tributario y a las entidades del grupo afectadas para que manifiesten las alegaciones oportunas aclarando la situación. Entendemos que es necesario dar traslado tanto a la propia entidad que está siendo objeto de inspección como al resto de empresas del grupo afectadas residentes en otros Estados porque la racionalidad comercial de la transacción podría ser explicada desde una óptica grupal. Si bien es cierto que desde el punto de vista de la eficiencia administrativa puede resultar compleja la labor de notificación del procedimiento y la personación en el mismo a sujetos establecidos en países extranjeros, entendemos que es un elemento importante. En tal sentido, el art. 19.2 RIS ya permite que se notifique la liquidación provisional no solo al contribuyente objeto de inspección, sino también al resto

de empresas vinculadas. Este es un aspecto crítico porque puede traspasarse la esencia del *at arm's length*, sin embargo creemos que la OCDE ya ha comenzado a dar pasos en un enfoque global como demuestra el párr. 1.122 DPT *in fine* al permitir estudiar como indicio la posición del grupo de empresas en su conjunto antes de impuestos.

Con esta propuesta, es evidente que el esfuerzo para la Administración tributaria es superior porque debe pasar el filtro de una comisión la posible existencia o no de irracionalidad comercial, así como el posible carácter abusivo de la operación. Solo con un dictamen favorable de la misma podría el órgano encargado de la liquidación regularizar la situación tributaria ignorando y/o sustituyendo los términos de una transacción intragrupo. Con el preceptivo plazo de audiencia el contribuyente goza de una garantía inexistente con la actual regulación, permitiéndole alegar sin restricciones administrativas excesivas los pertinentes motivos comerciales de la operación cumpliendo con la reciente jurisprudencia del TJUE sobre libertad de establecimiento y normas domésticas sobre precios de transferencia emanada de los casos *SGI*<sup>551</sup> -ap. 71- y confirmada recientemente por *Hornbach-Baumarkt*<sup>552</sup>. De esta manera, se conseguiría asentar una SAAR para los precios de transferencia que cuente con unas garantías más intensas para la tutela de los contribuyentes, en la línea de lo que sucede con la declaración de conflicto en la norma tributaria.

Entendemos que con cualquiera de estas dos propuestas -una clara y expresa atribución en el art. 18 LIS de que la carga de la prueba recaiga sobre la Administración o regular un procedimiento previo de declaración de irracionalidad comercial- se solucionaría el desplazamiento de la disminución de la intensidad probatoria que existe actualmente en la norma sobre precios de transferencia sobre el contribuyente.

---

<sup>551</sup> STJUE de 21 de enero de 2010, asunto *SGI*, C-311/08, ECLI:EU:C:2010:26.

<sup>552</sup> STJUE de 31 de mayo de 2018, asunto *Hornbach-Baumarkt*, C-382/16, ECLI:EU:C:2018:366.

## CONCLUSIONES

**PRIMERA.-** Las operaciones transfronterizas entre empresas del mismo grupo multinacional se han convertido en una de las mayores preocupaciones para las Administraciones tributarias al utilizar los precios de transferencia como mecanismos de erosión de bases imponibles y traslado artificial de beneficios hacia otras jurisdicciones de baja o nula tributación.

Ante tal escenario la comunidad internacional, aglutinada en torno a la OCDE, impulsó ambiciosas reformas a través del Plan BEPS para actualizar la fiscalidad internacional a la realidad presente. En lo que a precios de transferencia se refiere, las Acciones 8-10 del citado Plan establecieron una reforma de las DPT con un marcado enfoque sustancialista en virtud del cual los resultados de precios de transferencia deben estar alineados con la creación de valor; en definitiva, que las rentas tributen en aquellas jurisdicciones donde residen sociedades del grupo multinacional que han contribuido a la generación de valor.

La visión post-BEPS de las DPT y del propio principio *at arm's length* se ha preocupado especialmente por las operaciones intragrupo que involucran activos intangibles. Su inmaterialidad provoca su fácil traslado intragrupo y, a través de ambiciosos esquemas de planificación fiscal internacional (por ejemplo, *IP holding* y el *licence model*), las multinacionales conseguían rebajar su tributación mundial segmentando entre empresas del grupo la titularidad legal del intangible, determinadas funciones o los riesgos inherentes a los mismos. En resumen, lograban localizar los beneficios derivados de la explotación del intangible en países con un régimen tributario más benévolo para sus intereses.

**SEGUNDA.-** La correcta valoración de las operaciones vinculadas y el reparto de los beneficios entre las sociedades del grupo multinacional según el mandato *at arm's length* se complica, específicamente, cuando nos enfrentamos a los activos intangibles debido a la ausencia de operaciones comparables. A lo largo de la tesis hemos defendido que el análisis de comparabilidad es un proceso analítico y metodológico que abarca desde la definición precisa de la operación hasta la potencial recharacterización de la operación. El análisis de comparabilidad es el proceso previo y necesario al análisis de valoración, ya que no se puede

ofrecer una valoración de aquello de lo que todavía no se conocen sus características definitorias.

La definición precisa de la operación es un subproceso dentro del análisis de comparabilidad que tiene una grandísima importancia, tanto para las operaciones vinculadas que involucran intangibles como las que no. A través de la identificación de las relaciones comerciales y financieras y sus características esenciales, el escenario post-BEPS reflejado en la sección D.1 del primer capítulo de las DPT adopta un enfoque sustancialista para lograr el mandato del Plan BEPS de alinear lugar de tributación con el de creación de valor.

Finalmente, la recharacterización de la operación vinculada es un instrumento de *ultima ratio* que legitima a las Administraciones tributarias a transformar las condiciones de una operación dentro del parámetro *at arm's length* en el caso de que la misma carezca de racionalidad comercial.

**TERCERA.-** El ejercicio de definición precisa de las DPT post-BEPS tiene como eje vertebrador el de la búsqueda y prevalencia de la sustancia económica sobre la forma jurídica que ostente la operación vinculada objeto de análisis. En esta tesis se ha argumentado que el enfoque post-BEPS de las DPT sobre la búsqueda de la sustancia económica subyacente en toda operación intragrupo crea artificialmente la sustancia económica cuando el propio análisis de sustancia sobre la forma no muestra un resultado apriorísticamente querido por la OCDE, escudándose en el principio *at arm's length*. Ello es consecuencia de la obcecada lucha de las Acciones 8-10 del Plan BEPS por contrarrestar la erosión de bases imponibles en los territorios donde se originan las rentas dimanadas de intangibles y su posterior traslado a jurisdicciones donde residen sociedades del grupo que tienen la propiedad legal de los activos intangibles y un alto nivel de recursos patrimoniales.

Es evidente que el principal objetivo de todo proceso de definición precisa de una transacción entre empresas asociadas va a ser el del afloramiento de la verdadera sustancia económica; sin embargo, toda realidad económica lleva ínsita una sustancia jurídica. En este sentido, previamente al descubrimiento de la sustancia económica (*economic substance*) habrá que encontrar la verdadera sustancia jurídica (*legal substance*). En resumen, la sustancia jurídica es una *conditio sine qua non* para encontrar la sustancia económica.

**CUARTA.-** El análisis funcional es la herramienta clave para el ejercicio de definición precisa de la operación vinculada que involucre activos intangibles. Este se realiza

desde la óptica de las llamadas funciones DEMPE de tal forma que el enfoque post-BEPS dicta que aquellas sociedades de grupos multinacionales que, pese a ser los propietarios legales de intangibles, no realicen ni controlen ninguna de las citadas funciones, no aporten todos los activos ni financiación para la realización de estas y no asuman todos los riesgos relacionados con las mismas, no podrán retener los beneficios residuales que dimanen de la explotación del intangible por parte del grupo empresarial. Deberán remunerar en condiciones de plena competencia al resto de sociedades del grupo que las realicen y controlen, aporten activos y financiación, y asuman los riesgos.

**QUINTA.-** El análisis funcional desde la perspectiva de las funciones DEMPE responde a la teórica aplicación del principio *at arm's length*. En la presente tesis se sostiene que las aportaciones funcionales se configuran en el espectro post-BEPS como criterios de atribución de las rentas derivadas de la explotación de intangibles entre las sociedades del grupo multinacional. El capítulo VI de las DPT sigue en lo que al análisis funcional atañe la filosofía del AOA que se aplica para la distribución de beneficios entre casa central y establecimientos permanentes. Conforme al mismo, allí donde se localicen las SPF se atribuirán automáticamente los riesgos y la propiedad económica de los activos. La realización de funciones va a llevar intrínsecamente aparejado ciertos activos -como por ejemplo, financiación- y riesgos. Allí donde se localicen funciones con el correspondiente personal deberán atribuirse proporcionalmente parte de los beneficios residuales en consonancia al nuevo contenido del *at arm's length standard*.

El principio *at arm's length*, en su aplicación a través del análisis funcional en operaciones con intangibles, se convierte en un instrumento para repartir dentro del grupo multinacional los beneficios residuales de la explotación de intangibles. En el aspecto del análisis de los riesgos es donde con mayor vehemencia se observa la aplicación del AOA. Aquella sociedad del grupo que asuma contractualmente los riesgos relacionados con las funciones DEMPE tendrá derecho a percibir los rendimientos ligados al mismo si efectivamente los controla y tiene capacidad financiera para asumirlos. Las DPT obligan a que ese control, traducido en la toma de decisión de asumir, dejar o declinar la operación o cómo responder sobre los mismos, sea realizado por personal capacitado con competencia y experiencia en el área del riesgo concreto. En caso de que la entidad que haya asumido *ex contractu* los riesgos no cuente con ese personal -enfoque SPF- se podrá relocalizar los riesgos en aquella sociedad o sociedades que sí cuentan con ese personal y efectivamente

realiza la labor de control del riesgo. En consecuencia, los beneficios que correspondan a esa asunción de riesgo se atribuirán bajo el mantra del *at arm's length* a esas sociedades del grupo. En esta tesis defendemos que esos ajustes que se producen en el proceso de definición precisa de la operación son ajustes transaccionales que afectan a la naturaleza y estructura de las operaciones.

En nuestra opinión, este nuevo enfoque puede tener efectos indeseados. Por un lado, porque si las funciones actúan como nuevos puntos de atribución de rentas con el objetivo de alinear creación de valor con tributación, las EMNs pueden relocalizar funciones y plantillas de trabajadores encargadas de funciones DEMPE en sociedades del grupo radicadas en territorios de baja o nula tributación para así atraer allí los beneficios. Y, por otro lado, porque se producirá un aumento de las disputas tributarias transfronterizas al auto-proclamarse las jurisdicciones como huéspedes de esas llamadas funciones. Ello puede tener otro efecto y es el de la proliferación de APAs y *tax rulings* con los que las EMNs y las Administraciones tributarias pacten previamente qué parte de los beneficios residuales derivados de intangibles van a someterse a tributación en su territorio.

**SEXTA.-** Los ajustes transaccionales afectan a las condiciones y estructuras de las operaciones vinculadas. Inexorablemente, todo ajuste transaccional responde a la justificación de retornar la operación a los parámetros *at arm's length*, desembocando un ajuste valorativo. En función de su grado de lesión sobre la operación, podemos diferenciar entre tres tipos de ajustes: Los ajustes de comparabilidad, los ínsitos al ejercicio de definición precisa de la operación en su configuración post-BEPS y la recaracterización.

La recaracterización es el ajuste transaccional más invasivo y supone la ignorancia de una operación vinculada y, en su caso, la sustitución por otra acorde a condiciones de plena competencia a los meros efectos fiscales. La recaracterización se produce en el escenario post-BEPS sobre la operación tal cual ha quedado definida en el estadio previo de definición precisa. A diferencia de lo que ocurría en la era pre-BEPS en donde se partía del *as-structured principle*, el enfoque actual comienza en el *as-delineated principle*.

Las DPT configuran genéricamente en los párr. 1.122 y ss. su fisonomía. Se trata de un recurso de *ultima ratio* para las Administraciones tributarias cuando exista un motivo de irracionalidad comercial de la operación; es decir, cuando las condiciones y estructura de la operación sean diferentes a los que empresas independientes habrían alcanzado

comportándose con lógica comercial en una circunstancia comparable y, en consecuencia, impiden a la Administración tributaria determinar un precio para la misma. A diferencia de lo que ocurría en la era pre-BEPS, en donde existía también como causa de recharacterización la divergencia entre sustancia económica y forma, actualmente sólo se mantiene el motivo de irracionalidad comercial. No obstante, en esta tesis se ha defendido que lo que se ha producido ha sido el adelanto a un estadio previo como es el de definición precisa de la transacción la realización de ajustes por incoherencia entre sustancia económica y forma.

**SÉPTIMA.-** La recharacterización por irracionalidad comercial de la operación descansa en un doble test. Por un lado, el de la racionalidad comercial y, por otro, el de las opciones realmente disponibles en el momento en que se celebró la operación. Aunque doctrinalmente se han realizado aportaciones a la definición del concepto “comportamiento racional desde un punto de vista comercial”, en las DPT no se ha plasmado ningún consenso internacional al respecto. Además, se toma como indicio si la posición del grupo de empresas en su conjunto es peor antes de impuestos, lo cual esta tesis ha considerado como un avance hacia el enfoque global en la aplicación del principio *at arm's length* que sintoniza con la realidad comercial de los grupos multinacionales pero que rebasa la esencia del mismo. En este sentido, es una exigencia del principio de plena competencia que la racionalidad comercial sea estudiada sobre la empresa asociada como si de una entidad independiente se tratara, es decir, desde un enfoque particular. Dar entrada a enfoques globales acrecentaría la progresiva desnaturalización del estándar internacional. Tampoco existe una definición del concepto “opciones disponibles de un modo realista”, las cuales actúan como umbrales hipotéticos y complementarios al test de racionalidad comercial.

Es innegable que tras el Plan BEPS el principio *at arm's length* sale reforzado, pero con un contenido que comienza a desbordar su significado tradicional para adaptarlo a la lucha contra las prácticas BEPS. Los contribuyentes pueden sufrir regularizaciones fiscales en las estructuras de sus operaciones documentadas en función de qué Administración tributaria se trate. La falta de un significado internacional a la recharacterización provocará que cada Administración tributaria mantenga diferentes umbrales en torno a considerar a una operación como comercialmente racional o irracional. Esto es una lesión directa a la seguridad jurídica.

**OCTAVA.-** El principio *at arm's length* es la guía en toda recharacterización. En el Derecho de la Unión Europea, como consecuencia de la interpretación que del mismo realiza

el TJUE, se ha ido conectando progresivamente este estándar internacional con la doctrina anti-abuso de la UE. Por ello, existen particularidades en el mercado interior a la hora de aplicarse el principio de plena competencia por las Administraciones tributarias de los Estados miembros.

En esta tesis se han distinguido dos etapas en la conexión entre normas sobre precios de transferencia, aplicadas sobre el principio de plena competencia, y la doctrina de prohibición del abuso del Derecho que se ha ido construyendo para la imposición directa por el TJUE.

En un primer momento, se produjo una fase de acercamiento del principio *at arm's length* a la misma como los asuntos *Lankhorst*, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, *Lasertec* y *Lammers & Van Cleeff*. No se trataba de casos específicos sobre precios de transferencia, sino sobre normativas domésticas de anti-subcapitalización y su compatibilidad con la libertad de establecimiento consagrada en el Derecho originario de la UE. Estas normativas presumían abusivas aquellas operaciones de préstamos intragrupo cuando los intereses pactados estaban fuera del parámetro *at arm's length*. El TJUE determinó que la libertad de establecimiento exige que el test de los motivos económicos válidos, piedra angular en la doctrina anti-abuso en Derecho tributario de la UE, permita al contribuyente acreditar la existencia de motivos económicos y comerciales que justifiquen el alejamiento de la operación de los parámetros de plena competencia.

Finalmente, en una segunda etapa que llega hasta la actualidad, se produce la conexión plena entre el estándar *at arm's length* y la doctrina europea de prohibición del abuso del Derecho tributario. Se produce con la sentencia dictada en el asunto *SGL*, que ha sido confirmada por el reciente asunto *Hornbach-Baumarkt*. Ambos casos afectan a normas domésticas sobre precios de transferencia y su compatibilidad con la libertad de establecimiento. De estas sentencias se desprende que la presunción de abuso de las normas domésticas sobre precios de transferencia cuando la operación infringe las condiciones de plena competencia es conforme con la libertad de establecimiento si, por un lado, se permite al contribuyente demostrar, sin restricciones administrativas excesivas, los motivos comerciales que justifican tal alejamiento y, por otro lado, la regularización se limita a la parte que supera lo que habrían acordado empresas independientes.

La sentencia *Hornbach-Baumarkt* ha confirmado que entre esos motivos comerciales pueden estar razones económicas desde la perspectiva del grupo multinacional, como puede ser el rescate financiero de sociedades filiales extranjeras concediéndoles ventajas que en el mercado de empresas independientes no existen. En consecuencia, la aplicación del principio *at arm's length*, tanto para practicar ajustes valorativos como recaracterizaciones dentro del mercado europeo interior, es más laxo y comprensible con la realidad económica de los grupos multinacionales que en la doctrina OCDE. Se abre la puerta a que la racionalidad comercial de la operación sea estudiada desde un enfoque global y no particular, como tradicionalmente exigía el principio *at arm's length*.

**NOVENA.-** Las DPT son un instrumento de *soft law* que gozan de una alta aplicación por los ordenamientos nacionales. El Derecho tributario español es un claro ejemplo. La Exposición de Motivos de la LIS establece que el art. 18, en el que se recogen las normas sobre precios de transferencia, será interpretado conforme a las DPT y las recomendaciones del EUJTPF.

Entre los diversos modelos que en Derecho comparado existen en torno al marco jurídico habilitador de la recaracterización, el legislador español ha seleccionado el de una cobertura legal genérica en el apartado 10 del art. 18 LIS, en su redacción desde 2015. Sin embargo, la jurisprudencia y doctrina administrativa sobre la normativa anterior a 2015 no han sido acertadas. Esos pronunciamientos -casos *BICC*, *Lafarge Asland*, *Lafarge Cementos*, *MM*-han abogado por la aplicación directa del art. 9.1 del CDI aplicable para habilitar a la Administración tributaria a realizar recaracterizaciones, infringiéndose la naturaleza restrictiva del artículo convencional y el principio de legalidad en la actuación administrativa. No obstante, en las sentencias dictadas por el TS en los casos *Peugeot* y *Mann Hummel* se está corrigiendo esta errónea concepción y se exhorta a que en los casos en que una operación intragrupo pueda ser valorada conforme a las condiciones del libre mercado y se quiera ignorar a efectos fiscales por la Administración tributaria debe acudir a una cláusula anti-abuso doméstica.

El art. 18.10 LIS permite a la Administración tributaria la realización de aquellas “correcciones que procedan en los términos que se hubieran acordado entre partes independientes de acuerdo con el principio de plena competencia”. Esa configuración tan genérica permite tanto la realización de ajustes valorativos como transaccionales. La voluntad del legislador tributario de 2014 es la de permitir la recaracterización a través del

art. 18.10 LIS, porque se ha eliminado la expresión “correcciones valorativas” de las anteriores leyes sobre el Impuesto sobre Sociedades. Pese a que su redacción puede ser mejorada e incluir expresamente el supuesto de recaracterización, como el modelo australiano o canadiense, y en qué motivo/s procede, la norma da suficiente cobertura legal a la realización de una recaracterización desde el punto de vista del principio de legalidad de las actuaciones administrativas.

**DÉCIMA.-** Tanto los pronunciamientos jurisprudenciales como los administrativos han sido vacilantes y no aclaran hasta la fecha cuál es la relación entre los instrumentos anti-abuso domésticos -arts. 12, 15 y 16 LGT- y los de recaracterización -art. 18.10 LIS en conexión con los párr. 1.122 y ss. DPT-.

En la presente tesis defendemos la distinción entre la recalificación y la recaracterización. Se trata de instrumentos aplicables en escenarios diferentes pero con unas consecuencias jurídico-tributarias similares que hacen que sean tratados -erróneamente- como figuras similares. La confusión se produce por la incertidumbre existente para la Administración tributaria a la hora de practicar una recaracterización en torno a utilizar alguna de las figuras de la GAAR española en sentido amplio -arts. 12, 15 o 16 LGT- o la normativa interna sobre precios de transferencia -art.18 LIS-. La recalificación se produce sobre las rentas existentes en una operación que cumple con los postulados de abuso establecidos en la GAAR en sentido estricto del art. 15 LGT. Por su parte, la recaracterización afecta exclusivamente a la estructura jurídica de una operación vinculada a los efectos de cumplir con la ficción *at arm's length* dentro del análisis de comparabilidad. En ambos casos se produce una ignorancia de las consecuencias fiscales de la transacción documentada por las partes que responde a diferentes motivos. En el caso de la recalificación será como consecuencia del carácter abusivo de la operación, mientras que en la recaracterización será por la falta de racionalidad comercial de la operación en comparación a una operación realizada en condiciones de plena competencia.

La presente tesis propone la siguiente sistematización para aplicar estos instrumentos en operaciones vinculadas. Por un lado, la aplicación de una GAAR, y en consecuencia la recalificación de las rentas producidas en la transacción, procede para aquellas operaciones manifiestamente artificiosas, carentes de motivos económicos válidos diferentes al ahorro fiscal que cumplen con el principio *at arm's length*. Si bien se trata más bien de un supuesto teórico, es necesario apuntar tal aspecto. Y, por el otro lado, en los escenarios de operaciones

intragrupo que no cumplen con las condiciones *at arm's length* resulte aplicable el actual art. 18.10 LIS y la figura de la recaracterización. Esta “barrera distributiva” propuesta distingue entre operaciones abusivas o no pero contrarias al principio *at arm's length* -norma doméstica sobre precios de transferencia- de aquellas abusivas pero respetuosas con el citado principio -norma anti-abuso general-.

**UNDÉCIMA.-** La normativa española sobre precios de transferencia es una norma anti-abuso específica -SAAR-. Su eje vertebrador son los apartados primero y décimo, en donde se establece el presupuesto de hecho y la consecuencia jurídica. En el apartado décimo se halla la figura de la recaracterización (ignorancia y/o sustitución), por lo que esta es un instrumento que comparte la naturaleza anti-abuso de la propia SAAR.

Las consecuencias de establecer a la recaracterización de operaciones vinculadas como un instrumento de una SAAR son, principalmente, las siguientes:

- Existe una disminución de la intensidad probatoria de la Administración. A diferencia de lo que sucede con la GAAR del art. 15 LGT, aquí la Administración no tiene excesivas cargas para probar la naturaleza abusiva de la operación. Con que la operación desconozca o se aleje del mandato *at arm's length* se presupone la naturaleza abusiva.

- Hay oportunidad para los contribuyentes de acceder al procedimiento amistoso y arbitral para la eliminación de la doble imposición económica que pueda generarse si la Administración/es del otro/s Estado/s no admite la recaracterización que ha realizado la Administración española. Este aspecto, en cambio, no está presente en las regularizaciones fiscales que se realicen a través de la GAAR.

- El art. 18 LIS es una SAAR pero, tal y como ocurre con muchas cláusulas en fiscalidad internacional de su misma naturaleza, no comparte su estructura con las clásicas normas anti-abuso generales. Las GAARs se sustentan en esencia en el test de los motivos económicos válidos y las teorías sobre la sustancia económica. Sin embargo, el art. 18.10 LIS se justifica en la irracionalidad comercial de la transacción.

**DUODÉCIMA.-** La figura de la recaracterización en la regulación doméstica sobre precios de transferencia debe ser mejorada para que los contribuyentes ganen en seguridad jurídica y garantías procesales. A tales efectos, la presente tesis ha propuesto *de lege ferenda*:

- La recaracterización debe ser reconocida expresamente como un recurso que cabe en supuestos excepcionales y como *ultima ratio*.

- Una distinción en el propio precepto legal entre ajustes valorativos y ajustes transaccionales. De esta forma se reforzaría más la habilitación legal de recaracterización de la Administración. Además, dentro de esos ajustes transaccionales se incluirían los tres que ha propuesto esta tesis: los ajustes de comparabilidad, los implícitos al ejercicio de definición precisa de la operación y la propia recaracterización -ignorancia y/o sustitución-.

- El establecimiento de las causas que legitimarían a la Administración tributaria a realizar la recaracterización. Se puede seguir a las DPT e incluir un único motivo como es el de la irracionalidad comercial de la operación, una vez esta ha sido definida con precisión. Pese a que sería deseable contar con un concepto más cerrado de “racionalidad comercial” a los efectos de precios de transferencia, sería más oportuno que su significado fuera establecido por la OCDE con el objeto de homogeneizar en la mayor medida posible su contenido entre todas las jurisdicciones, evitando así disparidad de criterios que acaban mermando la seguridad jurídica de los contribuyentes.

- Desplazar sobre la Administración tributaria la carga de la prueba de irracionalidad comercial. Se trata de aproximar en la mayor medida posible la SAAR a las garantías formales que tiene la GAAR. En primer lugar, se debería atribuir clara y expresamente en la norma legal la carga de probar que la operación cuenta con una estructura que lesiona el principio *at arm's length* por ser irracional desde un punto de vista comercial a la Administración tributaria. En segundo lugar, la normativa debería recoger un procedimiento de declaración de irracionalidad comercial al igual que el procedimiento de declaración de conflicto de la GAAR. En ese proceso se daría audiencia al contribuyente para que alegue, sin excesivas cargas administrativas, los motivos comerciales que justifican que la transacción se aleje del estándar *at arm's length*, tal y como requiere la jurisprudencia del TJUE en los asuntos *SIGI* y *Hornbach-Baumarkt*.

## CONCLUSIONS

**FIRST.-** Cross-border intra-group transactions have become one of the main concerns for tax Administrations when the transfer pricing is harnessed to erode taxable base and shift income to low or non-tax jurisdiction.

In such a scenario, the international tax community, grouped around the OECD, promoted ambitious reforms through the BEPS Plan to update international taxation to the current reality. With regard to transfer pricing, BEPS Actions 8-10 established changes in the OECD Transfer Pricing Guidelines (TPG) with a highlighted substantial approach whereby transfer pricing outcomes must be aligned with value creation. In a nutshell, that income must be taxed in those jurisdictions where group companies that have contributed to the generation of value reside. The main goal is to ensure that transfer pricing outcomes will allocate profits to the group companies that develop the most important economic activities.

The post-BEPS approach of the at arm's length principle (ALP) is particularly concerned with controlled transactions involving intangible assets. Its immateriality causes its easy intra-group transfer through international tax planning models, e.g. IP holding and licence model. As a result, multinational enterprises can reduce their global tax burden by separating the legal ownership and economic ownership, i.e. certain functions or inherent risks to intangibles, among other group companies. In short, group profits derived from the MNE group's exploitation of intangibles are accrued in jurisdictions with better tax regimes for them interests.

**SECOND.-** The correct assessment of related-party transactions and the at arm's length allocation of the profits among group companies is complicated when intangible assets are involved due to the absence of comparable transactions in the market. This thesis defends that comparability analysis is an analytical and a methodological process that covers from the accurate delineation to a feasible recharacterization of the transactions. The comparability analysis is the previous and necessary process for the valuation analysis since there is no possibility to assess what its defining characteristics are not yet known.

The accurate delineation of the transaction is a subprocess within the comparability analysis which has a remarkable importance, both for controlled transactions involving intangibles and those that not. Through the identification of commercial or financial relations and their

main essential characteristics, the post-BEPS scenario in Section D.1 of the TPG first chapter adopts a substantial approach to comply with the BEPS Plan mandate to align taxation with value creation.

The recharacterization, i.e. disregarding or substituting a transaction, of the controlled transaction is an *ultima ratio* tool for tax Administrations so that if it lacked commercial rationality, they would make an adjustment on the conditions of a controlled transaction into the ALP framework.

**THIRD.-** The correct delineation of the transaction is a process that has as a backbone the substance-over-form principle. The economic substance prevails over any legal form used by the parties to structure the transaction. In this thesis, it is argued that the TPG post-BEPS approach about the correct search of the underlying economic substance in any intra-group transaction artificially creates the aforementioned economic substance when the substance-over-form analysis does not reflect an outcome *a priori* expected by the OECD, under the application of the ALP current framework. This is a consequence of the fight of BEPS Actions 8-10 against taxable base erosion in the territories where profits deriving from intangibles arise and its later shifting to territories where group companies that have the ownership of intangible assets and high equity, i.e. IP holding and cash-box, reside.

That said, it is evident the aim of the correct delineation of a controlled transaction will be the searching of the economic substance. Albeit, any economic reality has a previous legal substance. Therefore, prior to the discovery of the economic substance, legal substance will have to be determined. To put it in other words, the legal substance is a *conditio sine qua non* to find the economic substance requirement.

**FOURTH.-** Functional analysis is the key tool for delineating accurately controlled transactions involving intangibles. It is done under the so-called DEMPE functions in such a way that the post-BEPS approach require that those members of the MNE that, despite being the legal owners of the intangibles, do not perform and control DEMPE functions, do not provide all assets, including funding, related to DEMPE functions and do not assume all of the risks related to the pointed out functions, then they will not be entitled to accrue the returns derived from the MNE group's exploitation of intangibles. The group company which acts as the legal ownership of intangibles must compensate at arm's length related enterprises that perform and control functions, provide assets and funding and assume the risks.

**FIFTH.-** Functional analysis from a DEMPE approach is based on the theoretical application of the ALP. This thesis ascertain that functional contributions are configured in the post-BEPS scenario as criteria for the attribution of income derived from the exploitation of intangibles among group companies. Chapter VI of the TPG follows, as far as the functional analysis is concerned, the philosophy of the Authorised OECD Approach (AOA) on the attribution of profits to permanent establishments. According to the AOA, where the significant people functions (SPF) are located, the risks and economic ownership of the assets will automatically be attributed there. The performance of functions will intrinsically attribute certain assets, e.g. financing, and risks. Where functions are located with the corresponding personnel, residual profits deriving from intangibles must be attributed there on an arm's length basis.

The ALP, in its application through functional analysis in intra-group transactions involving intangibles, becomes a tool to allocate the residual profits related to the MNE group's exploitation of intangibles. Regarding the risk analysis is where the application of the AOA is observed clearly. That group company that contractually bear the risks related to the DEMPE functions will be entitled to receive the returns linked to them whether it controls and has the financial capacity to assume them. The TPG establishes that this control over the risk, e.i. decision-making about taking on, laying off, declining or mitigation a risk-bearing opportunity, must be carried out by competent and experienced personnel in the area of the particular risk. When the company that has assumed *ex contractu* the risks does not have such personnel, the risks may be reallocated in the companies that do have the qualified personnel and effectively make the risk control. Consequentially, the profits that correspond to this risk assumption will be attributed on an arm's length basis to those group companies. In this thesis it is defended that those adjustments that take place in the process of accurate delineation of the transaction are transactional adjustments that impacts on the nature and structure of the transactions.

This new approach can have undesirable effects. On the one hand, it should be noted that if the functions act as new income allocation criteria with purpose of aligning value creation with taxation, the MNE can reallocate functions and personnel in charge of them to group companies located in low or non-tax jurisdictions. On the other hand, there will be an increase in cross-border tax disputes because tax jurisdictions will self-proclaim those so-called functions within their boundaries. Furthermore, this may have another effect: the proliferation of Advance Pricing Agreements and Tax Rulings with which both MNE and

tax Administrations previously agree on how part of the residual profits derived from intangibles will be subject to tax in a country.

**SIXTH.-** Transactional adjustments affect the conditions and structures of related-party transactions. Inexorably, any transactional adjustment responds to the justification of restoring the transaction to the at arm's length parameter leading to a valuation adjustment. Depending on the reconstruction degree, it can be differentiated among three types of adjustments: firstly, comparability adjustments; secondly, the adjustments that take place inside the process of delineation of the transaction, as post-BEPS scenario has set it; and, thirdly, the recharacterization of the transaction.

The recharacterization is the most invasive transactional adjustment and involves the disregard, and if appropriate, the replacement by an alternative transaction which reflects the ALP framework, for tax purposes. The recharacterization occurs in the post-BEPS scenario on the accurately delineated transaction. Unlike what happened in the pre-BEPS era where the transfer pricing analysis started in the as-structure principle, the current approach begins in the as-delineated principle.

In general terms, para. 1.122 TPG et seq. set its regime. It is a resource of *ultima ratio* for tax Administrations when commercial irrationality arises in the transaction. To put it in other words, the scope of the recharacterization is for situations when the conditions and structure of the transaction differ from those that independent parties would have agreed on behaving in a rational commercial manner and, therefore, the determination of a price that would be acceptable is prevented. In contrast to what happened in the pre-BEPS era where the divergence between the substance of the transaction and its form was a recharacterization circumstance as well, currently only the commercial irrationality circumstance is maintained. Nonetheless, this thesis has argued that what has been produced is the advance of the divergence between substance and form circumstance to a previous stage as it is the accurate delineation of the transaction. In this process, adjustments on transaction conditions may take place to establish the economic substance.

**SEVENTH.-** The recharacterization for commercial irrationality has a twofold test. On the one hand, the commercial rationality test; on the other hand, the realistically available options test at the time of entering into the transaction. Although some scholars have made contributions for clarifying the concept "rational behaviour from a commercial approach", the TPG there is not any explanation of it which reflects the absence of an international

consensus about that specific topic. Moreover, the TPG takes as a relevant pointer to consider whether the MNE group as a whole is left worse on a pre-tax basis. This thesis has considered it as an advance towards a global approach in the application of the ALP that reflects the MNE's rationales properly, but it exceeds the essence of the ALP. In this vein, it is a requirement of the ALP that commercial rationality must be studied on the related company involving in the transaction as if it were an independent party, e.i. from a single-entity approach. Taking into account global approaches would cause the progressive denaturation of the above-mentioned international standard. About the realistically available options test it should be noted that there is not any concept in the TPG. That test is a hypothetical threshold that acts a complementary test for the first one.

Undoubtedly, after the BEPS Plan the ALP comes reinforced, but with a content that begins to change its traditional meaning to adapt it to the fight against BEPS practices. Taxpayers may suffer tax adjustments on the structures of its transactions depending on what tax Administrations conduct a tax audit. The lack of an international meaning to the recharacterization will cause that each tax Administration have different threshold around considering a transaction as commercially rational or irrational. Thus, legal certain of taxpayers may be infringed.

**EIGHTH.-** The ALP is a fundamental tool in any recharacterization process. In the European Union Law, because of the Court of Justice of the European Union's (CJEU) of it, this international standard has been progressively connected with the anti-abuse doctrine of the European Union. Thus, there are particularities in the internal market when applying the at arm's length standard by the tax Administrations of the member States.

This thesis has distinguished two stages in the connection between rules on transfer pricing, applied on an arm's length basis, and the doctrine of prohibition of abuse of law that has been built in the direct taxation field by the CJEU.

At first, there was a phase of approach of the ALP to the above-mentioned doctrine through the CJEU's judgments in *Lankhorst*, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, *Lasertec* and *Lammerse & Van Cleeff*. They were not genuine case law on transfer pricing, but on domestic thin capitalisation rules and their compatibility with the Freedom of Establishment which is envisaged in the European Union primary law. These rules presumed as abusive the intra-group loans when the interests were outside the parameter at arm's length. The CJEU held that the Freedom of Establishment requires that thanks to the business

purpose test, keystone in the EU anti-abuse tax Law doctrine, taxpayers are allowed to prove the existence of economic and commercial justification that justify the infringement of the ALP.

Finally, in a second phase that reaches the present, there is a full connection between the ALP and the European doctrine of prohibition of tax Law. That connection occurs with the judgment in *SGI* case that has been recently confirmed by *Hornbach-Baumarkt* case. Both judgments affect national transfer pricing rules and their compatibility with the Freedom of Establishment. These judgments states that the presumption of abuse of the domestic transfer pricing rules when the transaction infringes the ALP is in accordance with the Freedom of Establishment whether, on the one hand, the taxpayer is allowed, without being subject of undue administrative constraints, to prove the commercial justification that justify such infringement and, on the other hand, the tax adjustment must be confined to the part that that exceeds what would have been agreed by independent parties.

The *Hornbach-Baumarkt* judgment has confirmed that among these commercial reasons may be economic reasons from the MNE perspective, such as the financial rescue of foreign subsidiaries granting them unusual or gratuitous advantages that in the free market do not exist. Hence, the application of the ALP, both for valuation adjustments and recharacterizations within the European internal market, is laxer and more understandable with the MNE economic reality than in the OECD doctrine. It opens the way for studying the commercial rationality from a global approach.

**NINTH.-** The TPG are *soft law* with a high application by domestic tax systems. Spanish transfer pricing regime is a clear example. In the Explanatory Statement of the Corporate Income Tax Act (CITA) it is envisaged that the interpretation of the provisions related to transfer pricing (art. 18 CITA) will be interpreted in accordance with the OECD TPG and those documents of the EU Joint Transfer Pricing Forum.

Among the different models that exists in comparative Law around the legal framework that enables tax Administrations to make a recharacterization of a related-party transaction, the Spanish lawmaker has selected a generic legal authority, as art. 18.10 CITA pointed out in its writing since 2015. Nevertheless, the cases-law and administrative rulings on the pre-2015 regulation have not been successful. These judgments -*BICC*, *Lafarge Asland*, *Lafarge Cementos y MM*- established the direct application of art. 9.1 of the corresponding Double Tax Treaty to enable Spanish tax Administration to make recharacterizations, infringing both

the restrictive nature of that conventional article and the principle of legality in the execution of administrative powers. It seems that in the recent judgments of the Spanish Supreme Court in the cases *Peugeot* and *Mann Hummel*, this erroneous approach is being corrected and it is held that in cases where an intra-group transaction can be valued by tax Administrations under the ALP and its tax effects wants to be not recognized -or replaced-, then tax Administration must to apply a domestic anti-abuse rule.

The art. 18.10 CITA allows the tax Administration to make “the adjustments that proceed on the terms that would have been agreed on independent entities in accordance with the at arm’s length principle”. This generic configuration allows the performance of value and transactional adjustments. The will of the Spanish tax lawmaker is to allow recharacterization of controlled transactions through art. 18.10 CITA because the expression “value adjustments” of the previous CITA versions has been eliminated since 2015. Although its wording can be improved and expressly include the recharacterization circumstance, such as the Australian or Canadian models, pointing out what circumstances legitimate tax Administration to practise it, the current rule -art. 18.10 CITA- gives enough legal authority to make a recharacterization adjustment from the point of view of the principle of legality in the execution of administrative powers.

**TENTH.-** Both the judgments and the administrative rulings have not been clear to date what is the relationships between domestic anti-abuse instruments, e.i. art. 12, 15 and 16 General Tax Law (GTL), and the recharacterization, e.i. art. 18.10 CITA in connection with para. 1.122 DPT et seq.

In the author’s view, there should be a distinction between requalification and recharacterization. These are instruments applicable in different scopes but with similar legal consequences that make them to be treated -wrongly- as similar instruments. The confusion is due to the uncertainty existing for the Spanish tax Administration when they have to recharacterize a transaction around harnessing some of the instruments of the Spanish general anti-abuse rule (GAAR) in a board sense -arts. 12, 15 and 16 GTL- or the domestic transfer pricing rules -art. 18 CITA-. The requalification occurs on the qualification of the income in a transaction that comply with the abuse requirements of the art. 15 GTL. On the other side, the recharacterization affects exclusively the legal structure of a controlled transaction within the comparability analysis so that it can comply with the ALP requirement. In both cases, there is a non-recognition of the tax consequences of the

structured related-party transactions, but it responds to a different cause. In the case of the requalification, it will be as a consequence of the abusive nature of the transactions, while in the recharacterization it will be due to the lack of commercial rationality of the transaction on an arm's length basis.

This thesis proposes the following methodology to apply these instruments in intra-group transactions. On the one side, the application of the GAAR, and consequently the requalification of the income arisen in the transaction, should be proceed for those transactions wholly artificial, without any business purposes other than tax saving, that comply with the ALP. Although it is rather a theoretical assumption, it is necessary to point out this aspect. On the other, side, in the intra-group transactions that not comply with the ALP should be applicable the current art. 18.10 CITA, which embeds the recharacterization power for tax Administration. This proposed "distributive barrier" distinguishes between abusive or not but contrary to the ALP -domestic transfer pricing regime- of those that are abusive but meet the ALP -GAAR-.

**ELEVENTH.-** The Spanish transfer pricing regime is an specific anti-abuse rule (SAAR). Its backbone is the first and tenth section, which establishes the *factum* and the legal consequence. The recharacterization (disregard and/or replacement) is embedded in the tenth section, so this is an instrument that shares the anti-abuse nature of the SAAR itself.

The consequences of understanding the recharacterization of controlled transactions as an instrument inside a SAAR are, mainly, the following ones:

- There is a decrease in the evidential intensity of the Administration. Unlike what happens with the GAAR of the art. 15 GTL, the Administration does not have excessive burdens to prove the abusive nature of the transaction. Whether the transaction infringes the ALP framework, its abusive nature will be presupposed.
- There is a chance for the taxpayers to have access to the mutual agreement and arbitration procedures for the elimination of double economic taxation that may be arisen if the tax Administration of other State does not accept the recharacterization that has been made by Spanish tax Administration. Instead, this aspect is not addressed in the tax adjustments that were made through the Spanish GAAR.
- The art. 18 CITA is a SAAR but, as with many rules of its own nature in the international taxation, it does not share its content with the traditional general anti-abuse clauses. The

GAARs are based on the business purpose test and the economic substance doctrines. However, art. 18.10 CITA is based on in the commercial irrationality of the transaction, which is a doctrine embedded in the para. 1.122 et seq. of the TPG.

**TWELFTH.-** The recharacterization of intra-group transactions under the domestic transfer pricing regime should be improved so that taxpayers increase their legal certainty and rights. In this vein, the author defends the following *de lege ferenda* proposals:

- The recharacterization should be expressly understood as an instrument to disregard and/or replace controlled transactions in exceptional cases and as an *ultima ratio* tool.

- A distinction between value and transactional adjustments should be include. In such a way, the legal authority to make recharacterizations would be further strengthened. In addition, it should be included the three proposed types of transactional adjustments: the comparability adjustments, the adjustments that take place inside the process of delineation of the transaction and the recharacterization itself -disregard and/or replacement-.

- The establishment of the circumstances that would legitimate the tax Administration to make a recharacterization. In this vein, TPG can be followed and include a single circumstance -commercial irrationality- once the transaction has been accurately delineated. Even though it would be desirable to have a more restrictive meaning of “commercial rationality” for the transfer pricing purposes, it would be more appropriate for its meaning to be established by the OECD in order to homogenize its content among all the tax jurisdictions, thus avoiding disparity of criteria that finally infringes the legal certainty of the taxpayers.

- To shift the burden of proof about the commercial irrationality of the transaction on the tax Administration. The target is to approximate as far as possible the SAAR to the GAAR’s formal rights. In the first place, the burden of the proving that the transaction has a non-arm’s length structure since it is irrational from a commercial approach should be clearly and explicitly attributed to the tax Administration in the art. 18 CITA. In the second place, the regime should include a specific procedure for the declaration of commercial irrationality as happens in the GAAR, which must be declared by an Advisory Commission. In this procedure, the taxpayer would exercise his right to be heard to claim, without being subject of undue administrative constraints, the commercial reasons that justify the infringement of the ALP, as it is required by the recent CJEU’s judgments in the *SGI* and *Hornbach-Baumarkt* cases.

## BIBLIOGRAFÍA

- AGUILÓ PIÑAS, J.F., “Aproximación a las Normas Internacionales de Contabilidad”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 253, 2004
- AMORÓS VIÑALS, A., “La erosión de la base imponible nacional en las reestructuraciones de negocios”, *Cuadernos de Formación del Instituto de Estudios Fiscales*, vol. 6, 2008, disponible en [http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/revistas/cuadernos\\_formacion/06\\_2008/Colab\\_15\\_08.pdf](http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/revistas/cuadernos_formacion/06_2008/Colab_15_08.pdf) (último acceso: 02.10.2017)
- ARNOLD, B.J., *International Tax Primer*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2016
- ASCARELLI, T., *Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales*, traducida por VERDERA, E. y SUÁREZ-LLANOS, L., Editorial Bosch, Barcelona, 1970
- ATKINSON, M. & MORRIS, E., “Report form the OECD consultation on business restructuring”, *Tax Planning International Transfer Pricing*, vol. 10, núm. 10, 2009
- AVI-YONAH, R.S., “Back to the future? *Medtronic* and the future of transfer pricing”, *International Tax Journal*, vol. 42, núm. 4, 2015
- “International Tax as International Law”, *Tax Law Review*, vol. 57, núm. 4, 2004, pp. 483-502, disponible en <http://heinonline.org/> (último acceso: 08.11.2016)
  - “International taxation of electronic commerce”, *Tax Law Review*, vol. 52, núm. 3, 1997, pp. 507-556, disponible en: <http://heinonline.org/> (último acceso: 01.11.2016)
  - “The structure of international taxation: a proposal for simplification”, *Texas Law Review*, vol. 74, núm. 6, 1996, pp. 1301-1360, disponible en: <http://heinonline.org/> (último acceso: 02.04.2016)
  - “The rise and fall of arm’s length: a study in the evolution of U.S. international taxation”, *Virginia Tax Review*, vol. 15, núm. 1, 1995, disponible en: <http://heinonline.org/> (último acceso: 11.11.2016)

- AVI-YONAH, R.S., CLAUSING, K.A. y DURST, M.C., “Allocating business profits for tax purposes: a proposal to adopt a formulary profit split”, *Florida Tax Review*, vol. 9, núm. 5, 2009.
- BAISTROCCHI, E., “The transfer pricing problema: a global proposal for simplification”, *Tax Lawyer*, vol. 59, núm. 4, 2006, disponible en: <http://heinonline.org/> (último acceso: 11.11.2016)
- BAKKER, A.J., “Transfer pricing from the perspective of substance and transparency: is the OECD on the right track?”, en COTRUT, M. (Ed.), *International tax structures in the BEPS era: an analysis of anti-abuse measures*, IBFD Tax Research Series, Amsterdam, 2016
- “Intangibles: a legal, accounting and tax perspective”, en NYKIEL, W. y ZALASINSKI, A. (Eds.), *Tax aspects of research and development within the European Union*, Wolters Kluwer, Varsovia, 2014
- BAKKER, A.J., & COTTANI, G., “Fourth issues note: sting in the tail”, *International Transfer Pricing Journal*, vol 16, núm. 2, 2009
- BALLARD, R.M. y DAVISON, P. E. M., “United Kingdom Report”, IFA, *Cahiers de Droit Fiscal International. Form and substance in tax law*, vol. 87a, 2002
- BALLENTINE, G.J., “Ownership, control, and the arm’s-length standard”, *Tax Notes International*, vol. 82, núm. 12, 2016
- BANFIELD, S., “Flexing the arm’s-length principle in Australia: the Chevron case”, *Tax Notes International*, vol. 81, núm. 11, 2016
- BARRENO ASENSIO, M.M., “Transfer pricing y recaracterización de transacciones: sustancia económica vs. términos contractuales (acciones 8-10)”, en ALMUDÍ CID, J.M., FERRERAS GUTIÉRREZ, J.A. y HERNÁNDEZ GONZÁLEZ-BARRERA, P.A. (Dirs.), *El Plan de Acción sobre erosión de bases imponibles y traslado de beneficios (BEPS): G-20, OCDE y Unión Europea*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017
- BAYLOS MORALES, M., “La teoría de los derechos sobre bienes inmateriales como criterio expositivo unitario”, en BAYLOS CORROZA, H., *Tratado de Derecho Industrial*, 3ª ed., Civitas, Cizur-Menor, 2009

- “La diversificación de la materia en los dos tratados tradicionales de la «propiedad intelectual» y de la «propiedad industrial»”, en BAYLOS CORROZA, H., *Tratado de Derecho industrial*, 3ª ed., Civitas, Cizur Menor, 2009
- “La problemática de los derecho intelectuales”, en BAYLOS CORROZA, H., *Tratado de Derecho industrial*, 3ª ed., Civitas, Cizur Menor, 2009

BEETON, D., CLAYSON, M. y FORSYTH, C., “IP in transfer pricing planning”, *Transfer Pricing International Journal*, vol. 11, núm. 4, 2010

BHATNAGAR, V., “India articulates its view on marketing intangibles”, *International Transfer Pricing Journal*, vol. 22, núm. 4, 2015

BILANEY, S.K., “Marketing intangibles: an Indian perspective”, *International Transfer Pricing Journal*, vol. 23, núm. 6, 2016

BIONDI, B., *Il beni*, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Turín, 1956

BLOOM, B., “Respecting the dualistic nature of Canada’s two transfer pricing rules: a tax policy and legal analysis”, *Tax Management Transfer Pricing Report*, vol. 21, núm. 7, 2012

- “Paragraph 247(2)(b) demystified”, *Tax Topics*, núm. 1783, 2006

BONANO, W.E., “Transfers of intangible property under section 482”, *International Tax Bulletin*, february, 1999, disponible en <http://www.pmstax.com/ftp/intl/bull9902.pdf> (último acceso: 31.01.2017)

BOSS, M., *International transfer pricing: the valuation of intangible assets*, Kluwer Law International, La Haya, 2003

BUCKLEY, P.J. y CASSON, M., *The future of the multinational enterprise*, McMillan, Londres, 1976

BUNDGAARD, J. & KOERVER SCHMIDT, P., “Chapter 12. Denmark”, en DOURADO, A.P (Ed.), *Tax avoidance revisited in the EU BEPS context*, EATLP International Tax Series, vol. 15, IBFD, Amsterdam, 2017

BOUCHER, P., NASCIMENTO, S. y KRITIKOS, M., *How blockchain could change our lives*, European Parliamentary Research Service, Bruselas, 2017, disponible en [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2017/581948/EPRS\\_IDA%282017%29581948\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2017/581948/EPRS_IDA%282017%29581948_EN.pdf) (último acceso: 09.11.2017)

BOULOGNE, G.F., “Transfer Pricing of Intangibles: a comparison between The Netherlands and The United States”, 2008, disponible en: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1635296](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1635296) (último acceso: 08.11.2016)

BRAUNER, Y., “Transfer pricing and tax avoidance”, en DOURADO, A.P (Ed.), *Tax avoidance revisited in the EU BEPS context*, EATLP International Tax Series, vol. 15, IBFD, Amsterdam, 2017

- “Cost sharing and the acrobatics of arm’s length taxation”, *Intertax*, vol. 38, núm. 11, 2010

BRYER, L.G., LEBSON, S.J. y ASBELL, M.D., *Intellectual property strategies for the 21st century corporation*, John Wiley & Sons, Inc., New Jersey, 2011

BULLEN, A., *Arm’s length transaction structures. Recognizing and restructuring controlled transactions in transfer pricing*, IBFD Doctoral Series, Amsterdam, 2011

CAAMAÑO ANIDO, M.A., “Artículo 18. Operaciones vinculadas” en SÁNCHEZ PEDROCHE, J.A. (Dir.), *Comentarios a la Ley del Impuesto sobre Sociedades y su normativa reglamentaria*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017

CALDERÓN CARRERO, J.M., “¿La revalorización de una marca global determina un ajuste de precios de transferencia en sede de las filiales del grupo? Una nota al hilo del caso *Hyundai* sobre la explotación de los intangibles de marketing en un contexto post-BEPS”, *Revista de Contabilidad y Tributación*, núm. 417, 2017

- “The Spanish transfer pricing regime and the OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project”, *Bulletin for International Taxation*, vol. 70, núm. 8, 2016

- “La dimensión Europea del Proyecto BEPS: primeros acuerdos del ECOFIN, la aprobación del mecanismo de intercambio automático de “tax rulings”, y el paquete Anti-Elusión Fiscal 2016”, *Quincena Fiscal*, núm. 6, 2016

- “The OECD Transfer Pricing Guidelines as a source of tax law: is globalization reaching the tax law?”, *Intertax*, vol. 35, núm. 1, 2007
- *Precios de transferencia e Impuesto sobre Sociedades (un análisis de la normativa española desde una perspectiva internacional, comunitaria y constitucional)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005
- *La doble imposición internacional y los métodos para su eliminación*, McGraw Hill, Madrid, 1997

CALDERÓN CARRERO, J.M. y GARCÍA-HERRERA BLANCO, C., “La doctrina del TJUE sobre el principio de plena competencia al hilo de la sentencia de la High Court británica en el caso ‘Test Claimants in the Thin Cap’: el test comunitario de los motivos comerciales y sus implicaciones”, *Revista de Contabilidad y Tributación*, núm. 332, 2010

CALDERÓN CARRERO, J.M. y MARTÍNEZ JIMÉNEZ, A., “La Directiva UE 2016/1164 contra las prácticas de elusión fiscal que inciden en el mercado interior: ¿El principio del final de un IS nacional o una pieza más de descoordinación en el nuevo orden post-BEPS?”, *Revista de Contabilidad y Tributación: Comentarios, casos prácticos*, núm. 407, 2017

- “El procedimiento de comprobación de las operaciones vinculadas” en CARMONA FERNÁNDEZ, N. (Dir.), *Nuevo régimen fiscal de las operaciones vinculadas. Valoración, documentación y supuestos prácticos*, CISS, Valencia, 2016

CALVO VÉRGEZ, J., *La cláusula antiabuso tras la reforma tributaria*, Cuadernos Aranzadi de Jurisprudencia Tributaria, Aranzadi, Cizur Menor, 2016

- “El tratamiento de los precios de transferencia en el Plan BEPS: análisis de la evolución experimentada por las Acciones 8, 9 y 10 del citado Plan”, *Revista de Fiscalidad Internacional y Negocios Transnacionales*, núm. 2, 2016
- *Fiscalidad del comercio electrónico: imposición directa e indirecta*, Instituto de Estudio Fiscales, Madrid, 2009

CAÑABATE CLAU, D., *Precios de transferencia en las operaciones de reestructuración empresarial. Modelo de análisis y validación*, Francis Lefebvre, Madrid, 2016

- “Anti-avoidance clauses in a transfer pricing context”, *Rivista di Diritto Tributario Internazionale*, núm. 1, 2012

CAÑIBANO CALVO, L. y GISBERT CLEMENTE, A., “Los intangibles en las Normas Internacionales de Información Financiera”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 259-260, 2006

CARMONA FERNÁNDEZ, N., “Principios generales, fuentes de Derecho y doctrinales: incidencia del proyecto BEPS y de otras regulaciones”, en CARMONA FERNÁNDEZ, N. (Dir.), *Nuevo régimen fiscal de las operaciones vinculadas. Valoración, documentación y supuestos prácticos*, Wolters Kluwer, Madrid, 2016

- “El desconocimiento de operaciones a efectos de precios de transferencia: recalificación de operaciones por aplicación del régimen de vinculación fiscal”, *Carta Tributaria. Revista de opinión*, núm. 12, 2016
- “Recaracterización de operaciones por aplicación del régimen de vinculación fiscal”, *Carta Tributaria. Revista de opinión*, núm. 2, 2015
- “Nuevo régimen fiscal para operaciones vinculadas”, *Estrategia Financiera*, núm. 324, 2015

CHICO DE LA CÁMARA, P. y HERRERA MOLINA, P.M., “Cláusulas generales antiabuso y fiscalidad internacional (una perspectiva europea)”, en CORRAL GUADAÑO, I. (Dir.), *Manual de Fiscalidad Internacional*, vol. II, 4ª ed., IEF, Madrid, 2016

CLARK, R.A y RIISBERG, K., “Differences in European and U.S. GAAP: implications for transfer pricing analysis”, *Tax Management Transfer Pricing Report*, vol. 13, núm. 13, 2004

COLLADO YURRITA, M.A. y PATÓN GARCÍA, G., “Las fuentes del Derecho tributario internacional”, en CORRAL GUADAÑO, I., (Dir.), *Manual de Fiscalidad Internacional*, vol. I, 4ª ed., IEF, Madrid, 2016

- “La cláusula general antielusión de la Ley General Tributaria. Problemas aplicativos”, en COLLADO YURRITA, M.A. (Dir.), *La lucha contra el fraude fiscal. Estrategias nacionales y comunitarias*, Atelier, Barcelona, 2008

COLLIER, R.S. y ANDRUS, J.L., *Transfer pricing and the arm’s length principle after BEPS*, Oxford University Press, Oxford, 2017

- COOPER, J., FOX, R., LOEPRICK y MOHINDRA, K., *Transfer pricing and developing economies: a handbook for policy makers and practitioners*, The World Bank Group, Washington, 2016, disponible en <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/25095> (último acceso: 09.01.2017)
- CORINSH, W.R., *Intellectual property: patents, copyright, trade marks and allied rights*, 3ª ed., Sweet & Maxwell, Londres, 1996
- COSÍN OCHAITA, R., “La nueva normativa sobre precios de transferencia”, *Carta Tributaria. Monografías*, núm. 1, 2008
- COTRUT, M. y AMBAGTSHEER-PAKARINEN, L. “Business restructurings: the toolkit for tackling abusive international tax structures”, en COTRUT, M. (Ed.), *International tax structures in the BEPS era: an analysis of anti-abuse measures*, IBFD Tax Research Series, Amsterdam, 2015
- COTTANI, G., “Transfer pricing aspects of business restructurings-an international perspective”, en NYKIEL, W. y ZALASINSKI, A. (Eds.), *Tax aspects of research and development within the european union*, Wolters Kluwer, Varsovia, 2014
- “Transfer pricing aspects of transfer of intellectual property”, en NYKIEL, W. y ZALASINSKI, A. (Eds.), *Tax aspects of research and development within the european union*, Wolters Kluwer, Varsovia, 2014
- COWAN, M.J. y NEWBERRY, W., “Reevaluating the intellectual property holding company”, *Management Accounting Quarterly*, vol. 14, núm. 3, 2013, disponible en [http://scholarworks.boisestate.edu/account\\_facpubs/29/](http://scholarworks.boisestate.edu/account_facpubs/29/) (ultimo acceso: 01.11.2017)
- CUERVO GARCÍA, A., “La internacionalización de la empresa”, en VELARDE FUERTES, J. y SERRANO SANZ, J.M. (Eds.), *La economía*, Editorial Biblioteca Nueva, Madrid, 2008
- DALUZEAU, X., “BEPS and transfer pricing: what do we do now?”, *Tax Planning International Review: News Archive*, vol. 43, núm. 1, 2016

- DE HARO IZQUIERDO, M., “Activos intangibles, la difícil delimitación de su conceptualización, contabilización y aplicación fiscal en el ámbito de la I+D+I”, *Quincena Fiscal*, núm. 13, 2011
- DE HOSSON, F. C., “Codification of the arm’s length principle in the Netherlands Corporate Income Tax Act”, *Intertax*, vol. 30, núm. 5, 2002
- DE JONG, J. y OWENS, J., “Taxation on the blockchain: opportunities and challenges”, *Tax Notes International*, vol. 87, núm. 6, 2017
- DE LANGE, M., LANKHORST, P. y HAFKENSCHIED, R., “(Non-) Recognition of transactions between associated enterprises: on behaving in a commercially rational manner, decision-making traps and BEPS”, *International Transfer Pricing Journal*, vol. 22, núm. 2, 2015
- DE LA VILLA, GIL, J.M., *Precios de transferencia y empresas multinacionales*, Instituto de Planificación Contable, Madrid, 1986
- DELGADO PACHECO, A., *Las normas generales antielusión en la jurisprudencia tributaria española y europea*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018
- DESIROTTE, B. y VAN DEN BRANDEN, L., “What could goodwill still represent for the OECD?”, *Transfer Pricing International Journal*, vol. 14, núm. 12, 2013
- DI ROSA, T. y TSIPOULOS, T., “Legal ownership versus economic substance: OECD perspectives and practical approaches”, *Canadian Tax Journal*, vol. 64, núm. 4, 2016
- DISCHINGER, M. y RIEDEL, N., “Corporate Taxes and the location of intangible assets within multinational firms”, *Journal of Public Economics*, vol. 95, núm. 7-8, 2011, disponible en <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0047272710002045> (último acceso: 15.03.2017)
- DOURADO, A.P., “Tax avoidance revisited in the EU BEPS context”, in DOURADO, A.P (Ed.), *Tax avoidance revisited in the EU BEPS context*, EATLP International Tax Series, vol. 15, IBFD, Amsterdam, 2017
- DOZSA, M. y ROSCA, I.F., “Comparability analysis- A practical approach”, *Transfer Pricing International*, vol. 1, núm. 4, 2017

- DUJSIC, M., GURR, S. y EVANS, A., “The OECD’s continuing BEPS work: will 2017 be the year of the profit Split?”, *Tax Management Transfer Pricing Report*, vol. 24, núm. 24, 2016
- DURÁN SINDREU BUXADÉ, A., *Los motivos económicos válidos como técnica contra la elusión fiscal: economía de opción, autonomía de la voluntad y causa de los negocios*, Aranzadi, Cizur Menor, 2007
- EDEN, L., “The microeconomics of transfer pricing”, en RUGMAN, A.M. y EDEN, L. (Eds.), *Multinationals and transfer pricing*, Croom Helm, Londres, 1985
- ERNICK, D., “New OECD rules seek broad expansion of tax authority power to disregard transactions”, *Tax Management Transfer Pricing Report*, vol. 24, núm. 19, 2016
- ESTEVE PARDO, M.L., “Intangibles y precios de transferencia. Las nuevas directrices de la OCDE y sus aspectos más cuestionables”, en MORENO GONZÁLEZ, S. (Dir.), *Tendencias y desafíos fiscales de la economía digital*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017
- *Fiscalidad de las operaciones entre sociedades vinculadas y distribuciones encubiertas de beneficios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996
- EVERS, L., MILLER, H. y SPENGLER, C., “Intellectual property box regimes: effective tax rates and tax policy considerations”, *International Tax and Public Finance*, vol. 22, núm. 3, 2017, disponible en <https://link.springer.com/article/10.1007/s10797-014-9328-x> (último acceso: 31.10.2017)
- FALCÓN Y TELLA, R. y PULIDO GUERRA, E., *Derecho fiscal internacional*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2013
- FUNDACIÓN IMPUESTOS Y COMPETITIVIDAD, *Cláusula general antiabuso tributaria en España: propuestas para una mayor seguridad jurídica*, 2015, disponible en <http://www.fundacionic.com/wp-content/uploads/2016/02/CI%C3%A1usula-General-Antiabuso-Tributaria-en-Espa%C3%B1a-Propuestas-para-una-mayor-seguridad-jur%C3%ADdica.pdf> (último acceso: 13.06.2018)
- GARCÍA BAÑUELOS, J.A. y MUT AGULAR, I., “Descripción precisa de las transacciones entre partes vinculadas, desconocimiento o sustitución de las mismas y su relación con las cláusulas antiabuso generales”, *Crónica Tributaria*, núm. 164, 2017,

disponible

en

[http://www.ief.es/docs/destacados/publicaciones/revistas/ct/164\\_Garcia\\_Mut.pdf](http://www.ief.es/docs/destacados/publicaciones/revistas/ct/164_Garcia_Mut.pdf)

(último acceso: 03.08.2018)

GARCÍA HEREDIA, A., *Fiscalidad internacional de los cánones: derechos de autor, propiedad industrial y know-how*, Lex Nova, Valladolid, 2007

GARCÍA-HERRERA BLANCO, C., “Ajustes valorativos en las operaciones vinculadas”, en CRESPO GARRIDO, M. y LUCAS DURÁN, M. (Dir.), *Las operaciones vinculadas en el impuesto sobre sociedades*, Lex Nova, Cizur Menor, 2016

- *Precios de transferencia y otras operaciones vinculadas en el impuesto sobre sociedades*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2001

GARCÍA NOVOA, C., “Aproximaciones al concepto de elusión y evasión tributaria en el actual contexto internacional”, en CELORIO VELA, J.A y CARRASCO PARRILLA, P.J. (Dir.), *Temas actuales sobre fraude fiscal y cuestiones conexas*, Tomo I, Centro Mexicano de Estudios en lo Penal Tributario, Ciudad de Méjico., 2016

- *La cláusula antielusiva en la nueva Ley General Tributaria*, Marcial Pons, Madrid, 2004

GARCÍA PRATS, F.A., “Las operaciones vinculadas y los precios de transferencia: la aplicación del principio de libre competencia. Valoración a valor de mercado”, en CORDÓN EZQUERRO, T. (Dir.), *Fiscalidad de los precios de transferencia (operaciones vinculadas)*, 2ª ed., CEF, Madrid, 2016

- “Recaracterización de operaciones y normas antiabuso”, en CARMONA FERNÁNDEZ, N. (Dir.), *Nuevo régimen fiscal de las operaciones vinculadas. Valoración, documentación y supuestos prácticos*, Wolters Kluwer, Madrid, 2016

- “Tributación de las rentas empresariales: rentas asociadas en los convenios de doble imposición”, en SERRANO ANTON, F. (Dir.), *Fiscalidad Internacional*, vol. I, 6ª ed., CEF, Madrid, 2015

- “Cláusulas antielusión en el impuesto sobre sociedades: los precios de transferencia”, en COLLADO YURRITA, M.A. (Dir.), *La lucha contra el fraude fiscal. Estrategias nacionales y comunitarias*, Atelier, Barcelona, 2008

- “Los precios de transferencia: su tratamiento tributario desde una perspectiva europea”, *Documentos de Trabajo del Instituto de Estudios Fiscales*, núm. 9, 2005, disponible en [http://www.ief.es/docs/destacados/publicaciones/documentos\\_trabajo/2005\\_09.pdf](http://www.ief.es/docs/destacados/publicaciones/documentos_trabajo/2005_09.pdf) (último acceso: 03.08.2018)

GARCÍA PÉREZ, J.A., “Consideraciones sobre precios de transferencia de propiedad intangible”, *Cuadernos de Formación del Instituto de Estudios Fiscales*, vol. 17, núm. 7, 2014, disponible en [http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/revistas/cuadernos\\_formacion/2014\\_17\\_07.pdf](http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/revistas/cuadernos_formacion/2014_17_07.pdf) (último acceso: 14.12.2016)

GIL GARCÍA, E., “Implementation of the modified nexus approach under the Spanish patent box regime”, en DANON, R. (Ed.), *Base erosion and profit shifting (BEPS): impact for European and international tax policy*, Schulthess, Zurich, 2016

GÓMEZ MOURELO, C., “Procedimiento de comprobación y régimen sancionador de las operaciones vinculadas”, en CORRAL GUADAÑO, I. (Dir.), *Manual de Fiscalidad Internacional*, vol. II, 4ª ed., IEF, Madrid, 2016

GÓMEZ SEGADE, J.A., *El secreto industrial (know-how): concepto y protección*, Tecnos, Madrid, 1974

GONNET, S., “Risks redefined in transfer pricing post-BEPS”, en LANG, M., STORCK, A. y PETRUZZI, R. (Eds.), *Transfer Pricing in a post-BEPS world*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2016

GONZÁLEZ CARCEDO, J., “Los precios de transferencia en el derecho comparado: Europa y América Latina”, en CORDÓN EZQUERRO, T. (Dir.), *Fiscalidad de los precios de transferencia (operaciones vinculadas)*, 2ª ed., CEF, Madrid, 2016

GONZÁLEZ DE FRUTOS, U., “La experiencia norteamericana en los precios de transferencia”, en CORDÓN EZQUERRO, T. (Dir.), *Fiscalidad de los precios de transferencia (operaciones vinculadas)*, 2ª ed., CEF, Madrid, 2016

- “El proyecto BEPS y la reforma de los precios de transferencia”, en CORDÓN EZQUERRO, T. (Dir.), *Fiscalidad de los precios de transferencia (operaciones vinculadas)*, 2ª ed., CEF, Madrid, 2016

- GREGGI, M., “Transfer pricing and tax law. BEPS Actions 8, 9, 10 and the Italian system: an assessment”, agosto 2018, disponible en [www.academia.edu.com](http://www.academia.edu.com) (último acceso: 05.09.2018)
- *Profili fiscali della proprietà intellettuale: le royalties nelle imposte dirette*, Università di Ferrara, Ferrara, 2008
- HAFKENSCHIED, R., “The BEPS report on risk allocation: not so functional”, *International Transfer Pricing Journal*, vol. 24, núm. 1, 2017
- HAMAEEKERS, H.M.A., “Precios de transferencia. Historia, evolución y perspectivas”, traducido por DE LA CUEVA GONZÁLEZ-COTERA, A., en SERRANO ANTÓN, F. (Dir.), *Fiscalidad Internacional*, 2ª ed., 2005, CEF, Madrid
- “Arm’s length – How long?”, *International Transfer Pricing Journal*, vol. 8, núm. 2, 2001
- HASLEHNER, W., “Taxing where value is created in a post-BEPS (digitalized) world?”, *Kluwer International Tax Blog*, 30 de mayo de 2018, disponible en <http://kluwertaxblog.com/2018/05/30/taxing-value-created-post-beps-digitalized-world/> (último acceso: 21.06.2018)
- HEGGMAIR, M., “The new interpretation of the arm’s length principle: a post-BEPS evaluation”, *International Transfer Pricing Journal*, vol. 24, núm. 4, 2017
- HENSHALL, J., *Global transfer pricing: principles and practice*, 3ª ed., Bloomsbury Professional, 2016.
- “Difficult questions around recharacterisation”, *Transfer Pricing International Journal*, vol. 14, núm. 8, 2013
  - HENSHALL, J., “Uniloc: insight on arm’s-length royalties from U.S. patent case”, *Tax Management Transfer Pricing Report*, vol. 19, núm. 21, 2011
- HENSHALL, J. y LOBB, A., “Hard-to-value intangibles and the challenge of valuing uncertainty”, *Tax Management Transfer Pricing Report*, vol. 24, núm. 6, 2016
- HERRERA MOLINA, P.M., “Metodología del Derecho Financiero y Tributario”, *Documentos de Trabajo del Instituto de Estudios Fiscales*, núm. 26, 2003, disponible en

[http://www.ief.es/docs/destacados/publicaciones/documentos\\_trabajo/2003\\_26.pdf](http://www.ief.es/docs/destacados/publicaciones/documentos_trabajo/2003_26.pdf)

(último acceso: 03.08.2018)

HORNER, F.M., “International cooperation and understanding: What’s new about the OECD’s Transfer Pricing Guidelines”, *University of Miami Law Review*, vol. 50, núm. 3, 1996, disponible en <https://repository.law.miami.edu/umlr/vol50/iss3/8> (último acceso: 5.03.2018)

IFA, *Cahiers de droit fiscal international. Transfer pricing and intangibles*, vol. 92a, 2007

JIE-A-JOEN, C. y BRAND, R., “U.S. intangibles regs – a comparison with OECD guidelines”, *Tax Planning International Transfer Pricing*, vol. 8, núm. 6, 2007

JIE-A-JOEN, C., LU, L. y ARON, A., “Action 8 BEPS guidance: use of valuation techniques to estimate arm’s-length prices in intangibles transfers”, *Tax Management Transfer Pricing Report*, vol. 24, núm. 22, 2016

JOHNSON, M., RADZIEWICZ, J. y SINGH, U., “Overview/best practices”, en HEIMERT, A.M., MICHAELSON, T.J. y DUFF & PHELPS (Eds.), *Guide to international transfer pricing. Law, tax planning and compliance strategies*, 6ª ed., Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2016

JONES RODRÍGUEZ, L., “Reestructuraciones empresariales en grupos multinacionales. Redistribución de funciones, activos y riesgos”, en CARMONA FERNÁNDEZ, N. (Dir.), *Nuevo régimen fiscal de las operaciones vinculadas. Valoración, documentación y supuestos prácticos*, Wolters Kluwer, Madrid, 2016

KOFLER, G., “Article 9. Associated enterprises”, en REIMER, E. y RUST, A. (Eds.), *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions*, 4ª ed., Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2015

- “The BEPS Action Plan and transfer pricing: the arm’s length standard under pressure?”, *British Tax Review*, núm. 5, 2013

KOOMEN, M., “Transfer pricing in a BEPS era: rethinking the arm’s length principle-Part II”, *International Transfer Pricing Journal*, vol. 22, núm. 4, 2015

- Transfer pricing in a BEPS era: rethinking the arm’s length principle-Part I’, *International Transfer Pricing Journal*, vol. 22, núm. 3, 2015

- LACRUZ BERDEJO, J.L., SANCHO REBULLIDA, F., LUNA SERRANO, A. *et al.*, *Elementos de Derecho Civil. III Derechos Reales*, vol. I, 3ª ed., Dykinson, Madrid, 2008
- LAGARDEN, M., “Intangibles in a transfer pricing context: Where does the road lead?”, *International Transfer Pricing Journal*, vol. 21, núm. 5, 2014
- LAGOS RODRÍGUEZ, M.G., “El Plan BEPS de la OCDE/G20 y el tratamiento de las operaciones vinculadas”, *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 57, 2015
- “La fiscalidad de las operaciones vinculadas en el nuevo Impuesto de Sociedades”, *Quincena Fiscal*, núm. 18, 2015
- LANG, M., *Introduction to the law of Double Tax Conventions*, Linde, Viena, 2010
- LEAGUE OF NATIONS FISCAL COMMITTEE, *Report to the Council on the fourth session of the Committee*. C.399.M.204.1933.II.A., Ginebra, 1933
- LEBOWITZ, B., “The arm’s-length standard as a ‘special measure’ under BEPS”, *Tax Notes International*, vol. 77, núm. 7, 2015
- LEVEY, M.M., WRAPPE, S.C. y CHUNG, K., *Transfer pricing rules and compliance handbook*, CCH, Chicago, 2006
- LIAUGMINAITE, G., “Recognition of the actual transactions undertaken”, *International Transfer Pricing Journal*, vol. 17, núm. 2, 2010
- LÓPEZ DE HARO, R. y MONTES, J., “Los procesos de reestructuración empresarial”, en CORDÓN EZQUERRO, T. (Dir.), *Fiscalidad de los precios de transferencia (operaciones vinculadas)*, 2ª ed., CEF, Madrid, 2016
- LÓPEZ ESPADAFOR, C.M., “La construcción del Derecho Internacional Tributario”, *Crónica Tributaria*, núm. 160, 2016
- LUCHENA MOZO, G.M., “A collaborative relationship in the resolution of international tax disputes and alternative measures for dispute resolution in a post-BEPS era”, *European Taxation*, vol. 58, núm. 1, 2018
- MARÍN BENÍTEZ, G., “El concepto de planificación fiscal agresiva en BEPS: una visión comparada con los conceptos de abuso de Derecho de la Unión y Derecho español”, en ALMUDÍ CID, J.M., FERRERAS GUTIÉRREZ, J.A. y HERNÁNDEZ

GONZÁLEZ-BARREDA, P.A. (Dir.), *El Plan de Acción sobre erosión de bases imponibles y traslado de beneficios (BEPS): G-20, OCDE y Unión Europea*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017

- *¿Es lícita la planificación fiscal?: sobre los defectos de neutralidad y consistencia del ordenamiento tributario*, Lex Nova, Valladolid, 2013

- *La relevancia jurídica de la motivación fiscal: influencia del “business purpose” en el ordenamiento tributario español*, Dykinson, Madrid, 2009

MARKHAM, M., *The transfer pricing of intangibles*, Kluwer Law International, La Haya, 2005

MARTÍN FERNÁNDEZ, J., *Tratado práctico de Derecho Tributario General Español. Una visión sistemática de la Ley General Tributaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017

MARTÍN JIMÉNEZ, A.J., “Tax avoidance and aggressive tax planning as an international standard – BEPS and the ‘new’ standards of (legal and illegal) tax avoidance”, en DOURADO, A.P. (Ed.), *Tax avoidance revisited in the EU BEPS context*, EATLP International Tax Series, vol. 15, IBFD, Amsterdam, 2017

- “Hacia una concepción unitaria del abuso del derecho tributario de la Unión Europea”, *Quincena Fiscal*, núm. 7, 2012

- “Operaciones vinculadas y Derecho comunitario: ¿Es necesaria una reforma del artículo 16 TRLIS?”, en CORDÓN EZQUERRO, T. (Dir.), *Fiscalidad de los precios de transferencia (operaciones vinculadas)*, 1ª ed., CEF, Madrid, 2010

MARTÍN JIMÉNEZ, A.J. y CALDERÓN CARRERO, J.M., “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?”, *Quincena Fiscal*, núm. 1, 2014

- *Los precios de transferencia en la encrucijada del siglo XXI*, Netbiblo, La Coruña, 2012

MARTÍN LÓPEZ, J., “La punibilidad del conflicto en la aplicación de la norma tributaria”, *Crónica Tributaria*, núm. 163, 2017, disponible en [http://www.ief.es/docs/destacados/publicaciones/revistas/ct/163\\_Martin.pdf](http://www.ief.es/docs/destacados/publicaciones/revistas/ct/163_Martin.pdf) (último acceso: 03.08.2018)

- “Planificación fiscal agresiva y normas antiabuso en el derecho de la Unión Europea: análisis de las últimas tendencias”, *Quincena Fiscal*, núm. 8, 2015
- MENDOZA, A., “A look at re-characterisation”, *Transfer Pricing International Journal*, vol. 15, núm. 4, 2014
- MONSENEGO, J., *Introduction to transfer pricing*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2015
- “The substance requirement in the OECD Transfer Pricing Guidelines: what is the substance of the substance requirement?”, *International Transfer Pricing Journal*, vol. 21, núm. 1, 2014
- MORENO GONZÁLEZ, S., *Tax rulings: intercambio de información y ayudas de Estado en el contexto post-BEPS*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017
- “Consideraciones sobre el nuevo y controvertido artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores”, en COLLADO YURRITA, M.A. (Dir.), *La lucha contra el fraude fiscal. Estrategias nacionales y comunitarias*, Atelier, Barcelona, 2008
- MORRI, S. & GUARINO, S., “Leveraged buy-outs and foreign shareholder loans: issues arising from the recent approach of the Italian tax authorities”, *European Taxation*, vol. 56, núm. 11, 2016
- MORRISON, P.D., “Final BEPS report on transfer pricing of intangibles: IP ownership takes backseat to people functions”, *Tax Management Transfer Pricing Report*, vol. 24, núm. 24, 2016
- MIYATAKE, T., “General report”, en IFA, *Cahiers de droit fiscal international. Transfer pricing and intangibles*, vol. 92a, Amsterdam, 2007
- MUSSELLI, A., “Intangible revenues assigned to the developer and not to the funder lacking ‘development monitoring staff’: OECD transfer pricing anti-abuse rule clashes with economics of contracts”, *International Tax Journal*, vol. 43, núm. 6, 2017
- MUSSELLI, A. y MUSSELLI, A., “Rise of a new standard: profit location in countries of important intangible functions managers”, *International Transfer Pricing Journal*, vol. 24, núm. 5, 2017

NAVARRO IBARROLA, A., “The arm’s length standard and tax justice: reflections on the present and the future of transfer pricing”, *World Tax Journal*, vol. 10, núm. 3, 2018

- *Transactional adjustments in transfer pricing*, vol. 40, IBFD Doctoral Series, IBFD, Amsterdam, 2017

- “La modificación de las pautas sobre precios de transferencia en BEPS (Acciones 8-10): ¿cambio o evolución?”, en ALMUDÍ CID, J.M., FERRERAS GUTIÉRREZ, J.A. y HERNÁNDEZ GONZÁLEZ-BARRERA, P.A. (Dir.), *El Plan de Acción sobre erosión de bases imponibles y traslado de beneficios (BEPS): G-20, OCDE y Unión Europea*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017

- “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”, *Quincena Fiscal*, núm. 11, 2017

NOCETE CORREA, F.J., “¿Es posible una planificación fiscal lícita y socialmente responsable en la UE?”, *Quincena Fiscal*, núm. 5, 2016

OCDE, *Guidance for tax Administrations on the application of the approach to hard-to-value intangibles*, OECD Publishing, París, 2018, disponible en <http://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/guidance-for-tax-administrations-on-the-application-of-the-approach-to-hard-to-value-intangibles-BEPS-action-8.pdf> (último acceso: 04.07.2018)

- *Revised guidance on the application of the transactional profit split method. Inclusive framework on BEPS: Action 10*, OECD Publishing, París, 2018, disponible en <http://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/revised-guidance-on-the-application-of-the-transactional-profit-split-method-beps-action-10.pdf> (último acceso: 16.07.2018)

- *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, OECD Publishing, París, 2017

- *Aligning transfer pricing outcomes with value creation. Actions 8-10, 2015 final reports*, OECD Publishing, París, 2015, disponible en <http://www.oecd-ilibrary.org/docserver/download/2315351e.pdf?expires=1478519507&id=id&acname=guest&checksum=8201FE9D294990F5C8BADE0C9C09BF72> (último acceso: 07.11.2016)

- *Addressing the tax challenges of the digital economy*, OECD Publishing, Paris, 2015, disponible en <http://www.oecd-ilibrary.org/docserver/download/2315281e.pdf?expires=1520438548&id=id&acname=guest&checksum=21C7BCED62EEC6C98917DBFBC88D58ED> (último acceso: 07.03.2018)
- *Addressing the tax challenges of the digital economy, 2014 Deliverable*, OECD Publishing, Paris, 2014, disponible en <http://www.oecd-ilibrary.org/docserver/download/2314251e.pdf?expires=1520437138&id=id&acname=guest&checksum=9AAE9D2AC60B8DF2CA86671851C40317> (último acceso: 07.03.2018)
- *Guidance on transfer pricing aspects of intangibles. Action 8, 2014 Deliverable*, OECD Publishing, París, 2014, disponible en <http://www.oecd-ilibrary.org/docserver/download/2314291e.pdf?expires=1485767687&id=id&acname=guest&checksum=D4B3EEF0AB66ACC911BE3BF419783084> (último acceso: 07.03.2018)
- *BEPS Actions 8, 9 and 10: Discussion draft on revisions to chapter I of the Transfer Pricing Guidelines (including risks, recharacterisation and special measures)*, OECD Publishing, París, 2014, disponible en <https://www.oecd.org/ctp/transfer-pricing/discussion-draft-actions-8-9-10-chapter-1-TP-Guidelines-risk-recharacterisation-special-measures.pdf> (último acceso: 02.03.2018)
- *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing, París, 2013, disponible en <https://www.oecd.org/ctp/BEPSActionPlan.pdf> (último acceso: 15.09.2018)
- *Revised discussion draft on transfer pricing aspects of intangibles*, OECD Publishing, Paris, 2013, disponible en <http://www.oecd.org/ctp/transfer-pricing/revised-discussion-draft-intangibles.pdf> (último acceso: 10.11.2017)
- *Discussion draft. Revision of the special considerations for intangibles in chapter VI of the OECD Transfer Pricing Guidelines and related provisions*, OECD Publishing, Paris, 2012, disponible en <http://www.oecd.org/ctp/transfer-pricing/50526258.pdf> (último acceso: 26.10.2017)
- *Report on the attribution of profits to permanent establishments*, OECD Publishing, Paris, 2010, disponible en <http://www.oecd.org/ctp/transfer-pricing/45689524.pdf> (último acceso: 20.11.2017)

- *Transfer Pricing and Multinational Enterprises*, OECD Publishing, Paris, 1979
- ONU, *Practical Manual on transfer pricing for developing countries*, United Nations, Nueva York, 2017, disponible en <http://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2017/04/Manual-TP-2017.pdf> (último acceso: 07.11.2017)
- ORTIZ GÓMEZ, G., “Transfer pricing of intangibles in the digital economy”, en KERSCHNER, I. & SOMARE, M. (Eds.), *Taxation in a global digital economy*, Linde, Viena, 2017
- OSBORNE, D.A., “Deterring transfer pricing abuse: changing incentives as a practical alternative to a global tax regime”, *Washington University Global Studies Law Review*, vol. 10, núm. 4, 2011, disponible en [http://openscholarship.wustl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1033&context=law\\_globalstudies](http://openscholarship.wustl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1033&context=law_globalstudies) (último acceso: 10.11.2017)
- PAGAN, J.C. y WILKIE, J.S., *Transfer pricing strategy in a global economy*, IBFD Publications, Ámsterdam, 1993
- PALACÍN SOTILLOS, R., “Economía digital y operaciones vinculadas”, en CARMONA FERNÁNDEZ, N. (Dir.), *Nuevo régimen fiscal de las operaciones vinculadas. Valoración, documentación y supuestos prácticos*, Wolters Kluwer, Madrid, 2016
- “El régimen fiscal de los precios de transferencia (VI): tratamiento fiscal y contable de las operaciones vinculadas”, en CORRAL GUADAÑO, I. (Dir.), *Manual de Fiscalidad Internacional*, vol. II, 4ª ed., IEF, Madrid, 2016
- PALAO TABOADA, C. “El abuso del derecho en materia tributaria en el Derecho comunitario europeo”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 61, 2017
- “Calificación y abuso del Derecho” en 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 de Trabajo del Instituto de Estudios Fiscales*, núm. 12, 2011, disponible en [http://www.ief.es/docs/destacados/publicaciones/documentos\\_trabajo/2011\\_12.pdf](http://www.ief.es/docs/destacados/publicaciones/documentos_trabajo/2011_12.pdf) (último acceso: 03.08.2018)

- *La aplicación de las normas tributarias y la elusión fiscal*, Lex Nova, Valladolid, 2009
  
- PANKIV, M., *Contemporary application of the arm's length principle in transfer pricing*, IBFD Publications, Amsterdam, 2017
  
- "Post BEPS application of the arm's length principle to intangible structures", *International Transfer Pricing Journal*, vol. 23, núm. 6, 2016
  
- PANSE, A., "Workforce in place: is it an intangible to pay for?", *International Transfer Pricing Journal*, vol. 21, núm. 3, 2014
  
- PAREKH, S., "The concept of 'options realistically available' under the OECD Transfer Pricing Guidelines", *International Transfer Pricing Journal*, vol. 22, núm. 5, 2015
  
- PARILLO, K., "Final OECD transfer pricing report will limit recharacterization", *Worldwide Tax Daily*, 15 junio, 2015
  
- PENMAN, S., "Accounting for intangible assets: there is also an income statement", *ABACUS*, vol. 45, núm. 3, 2009, disponible en <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1467-6281.2009.00293.x/full> (último acceso: 17.01.2017)
  
- PENTTILÄ, S. & ISOMAA-MYLLYMÄKI, A., "Centralization of intangibles and transfer pricing under BEPS and Finnish tax law", *European Taxation*, vol. 58, núm. 2-3, 2018
  
- PENTTILÄ, S. & NIEMINEN, M., "Contemporary transfer pricing case law of the Finnish Supreme Administrative Court", *European Taxation*, vol. 55, núm. 7, 2015
  
- PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, A. y PEINADO GRACIA, J., "La propiedad intelectual en sentido amplio (I)" en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, AJ. (Dirs.), *Lecciones de Derecho Mercantil*, vol. I, 9ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2011
  
- PETRUZZI, R., "The arm's length principle: between legal fiction and economic reality", en LANG, M., STORCK, A. y PETRUZZI, R. (Eds.), *Transfer Pricing in a post-BEPS world*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2016

- PETRUZZI, R. y HOLZINGER, R., “Profit attribution to dependent agent permanent establishment in a post-BEPS era”, *World Tax Journal*, vol. 9, núm. 2, 2017
- PICHHADZE, A., “The arm’s length comparable in transfer pricing: a search for an “actual” or a “hypothetical” transaction?”, *World Tax Journal*, vol. 7, núm. 3, 2015
- PISTONE, P., “The meaning of tax avoidance and aggressive tax planning in the European Union Tax Law: some thoughts in connection with the reaction to such practices by the European Union”, en DOURADO, A.P (Ed.), *Tax avoidance revisited in the EU BEPS context*, EATLP International Tax Series, vol. 15, IBFD, Amsterdam, 2017
- “L’abuso nel diritto tributario internazionale”, en UCKMAR, V. (Coord.), *Diritto Tributario Internazionale*, III ed., CEDAM, Padova, 2005
- POGORELOVA, L., “Transfer pricing and anti-abuse rules”, *Intertax*, vol. 37, núm. 12, 2009
- PURI, S., “Situs of intangible assets: marketing versus trade intangibles”, *Bulletin for International Taxation*, vol. 19, núm. 6, 2014
- PwC *International Transfer Pricing 2015/2016*, 2015, disponible en <http://www.pwc.com/gx/en/international-transfer-pricing/assets/itp-2015-2016-final.pdf> (último acceso: 01.11.2017)
- QUIQUEREZ, A., “Intellectual property holdings companies: an international legal perspective”, *Intellectual Property Quarterly*, núm. 4, 2013
- RAINGEARD DE LA BLÈTIÈRE, E., “Chapter 14. France”, en DOURADO, A.P (Ed.), *Tax avoidance revisited in the EU BEPS context*, EATLP International Tax Series, vol. 15, IBFD, Amsterdam, 2017
- RAMÍREZ GÓMEZ, S., “La simulación en el ámbito tributario: estado de la cuestión en la doctrina y la jurisprudencia reciente”, *Quincena Fiscal*, núm. 8, 2017
- RANZ, L. y MIROUDOT, S., “Intra-firm trade. Patterns, determinants and policy implications”, *OECD Trade Policy Papers*, núm. 114, disponible en <http://www.oecd-ilibrary.org/docserver/download/5kg9p39lrwnn-en.pdf?expires=1481618944&id=id&accname=guest&checksum=0C9BAC83B35F7D324182BCB5ADFA50B1> (último acceso: 13.12.2016)

- RAUNIO, M., “Landmark case on the ability of tax authorities to disregard and recharacterize transactions”, *International Transfer Pricing Journal*, vol. 22, núm. 2, 2015
- REIMER, E., “Chapter 15. Germany”, en DOURADO, A.P (Ed.), *Tax avoidance revisited in the EU BEPS context*, EATLP International Tax Series, vol. 15, IBFD, Amsterdam, 2017
- RESPESS, T.S. y MOERER, O., “Trade secrets: intangibles with peculiarities and their impact on transfer pricing analyses”, *Tax Management Transfer Pricing Report*, vol. 23, núm. 8, 2014
- ROBILLARD, R., “Is there a sixth comparability factor in Canadian transfer pricing?”, *Canadian Tax Journal*, vol. 63, núm. 2, 2015
- ROCHA, S.A., “General Report”, *The Future of Transfer Pricing. IFA Cahiers de Droit Fiscal International*, vol. 102B, 2017
- RODRÍGUEZ LOSADA, S., “La particular concepción de la administración tributaria de la India en relación con el concepto y el régimen jurídico tributario de los servicios de asistencia técnica”, *Crónica Tributaria. Boletín de Actualidad*, núm. 4, 2014, disponible en [http://www.ief.es/docs/destacados/publicaciones/revistas/ct/2014\\_4.pdf](http://www.ief.es/docs/destacados/publicaciones/revistas/ct/2014_4.pdf) (último acceso: 03.08.2018)
- *Régimen jurídico tributario de los rendimientos derivados de bienes intangibles. Aspectos internacionales*, Tesis doctoral inédita, Universidad Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2011
- RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J., *Revelación de esquemas de planificación fiscal agresiva: directiva de intermediarios fiscales*, Francis Lefebvre, Madrid, 2018
- ROHATGI, R., *Basic international taxation*, vol. I, 2ª ed., BNA, Londres, 2005
- RONCERO SÁNCHEZ, A., *El contrato de licencia de marca*, Civitas, Madrid, 1999
- ROSEMBUJ, T., “El abuso del derecho y la realidad económica”, *Quincena Fiscal*, núm. 5, 2008

- “Intangibles y precios de transferencia. A propósito de la Section 482 del IRC y la nueva reglamentación 2007 del Tesoro de los EE UU”, *Documentos de Trabajo del Instituto de Estudios Fiscales*, núm. 11, 2007, disponible en [http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/documentos\\_trabajo/2007\\_11.pdf](http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/documentos_trabajo/2007_11.pdf) (último acceso: 08.11.2016)
  - *Intangibles: la fiscalidad del capital intelectual*, El Fisco, Barcelona, 2003
- ROSS, A., “Taxation and pricing of intangibles”, *Singapore Management University School of Accountancy Research Paper*, vol. 4, núm. 2, 2016, disponible en [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2722836](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2722836) (último acceso: 27.10.2016)
- RUBIO CUADRADO, F., “Análisis de comparabilidad”, en CORDÓN EZQUERRO, T. (Dir.), *Fiscalidad de los precios de transferencia (operaciones vinculadas)*, 2ª ed., CEF, Madrid, 2016
- RUGMAN, A.M., *Inside the multinationals – The economics of internal market*, Croom Helm, Londres, 1981
- RUIZ ALMENDRAL, V., “¿Tiene futuro el test de los «motivos económicos válidos» en las normas anti-abuso? (sobre la planificación fiscal y las normas anti-abuso en el Derecho de la Unión Europea)” en *Revista de Contabilidad y Tributación*, núm. 329-330, 2010
- *El fraude a la ley tributaria a examen. Los problemas de la aplicación práctica de la norma general anti-fraude del artículo 15 LGT a los ámbitos nacional y comunitario*, Aranzadi, Cizur Menor, 2006
- RUSSO, R., *Fundamentals of international tax planning*, IBFD, Amsterdam, 2007
- SAINZ DE BUJANDA, F., “La interpretación, en Derecho español, de los tratados internacionales para evitar la doble imposición”, *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, núm. 38, 1960
- SALA GALVAÑ, G., *Los precios de transferencia internacionales. Su tratamiento tributario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 200

SÁNCHEZ DE CASTRO MARTÍN-LUENGO, E., “El ajuste *ex post* en materia de precios de transferencia en operaciones sobre activos intangibles de difícil valoración: críticas y consideraciones preliminares”, *Quincena Fiscal*, núm. 14, 2018

SANZ GADEA, E., “La directiva antiabuso (I)”, *Revista Contabilidad y Tributación. CEF*, núm. 403, 2016

- SANZ GADEA, E. “El impuesto sobre sociedades en 2015. Los intangibles”, *Revista de Contabilidad y Tributación*, núm. 397, 2016
- “Las operaciones vinculadas: prevalencia del fondo sobre la forma”, Ponencia impartida en LIV Semana de Estudios de Derecho Financiero, 2010, disponible en [http://www.fundef.org/diapo54/s54\\_03.pdf](http://www.fundef.org/diapo54/s54_03.pdf) (último acceso: 21.05.2018)
- “Medidas antielusión fiscal”, *Documentos de Trabajo del Instituto de Estudios Fiscales*, núm. 8, 2009, disponible en [http://www.ief.es/docs/destacados/publicaciones/documentos\\_trabajo/2009\\_08.pdf](http://www.ief.es/docs/destacados/publicaciones/documentos_trabajo/2009_08.pdf) (último acceso: 03.08.2018)

SANZ GÓMEZ, R. J., *Las cláusulas anti-abuso específicas tributarias frente a las libertades de circulación de la Unión Europea*, Bosch, Barcelona, 2010

SCHIPPER, K., “The introduction of International Accounting Standards in Europe: implications for international convergence”, *European Accounting Review*, vol. 14, núm. 1, 2005, disponible en <http://dx.doi.org/10.1080/0963818042000338013> (último acceso: 17.01.2017)

SCHÖN, W., “Transfer pricing issues of BEPS in the light of EU Law”, *British Tax Review*, núm. 3, 2015

- “Transfer pricing, the arm’s length standard and European Union law”, en RICHELLE, I., SCHÖN, W. y TRAVERSA, E. (Eds.), *Allocating taxing powers within the European Union*, Springer, Berlin, 2013
- “International tax coordination for a second-best world (part III), *World Tax Journal*, vol. 2, núm. 3, 2010

SCHREIBER, U. y FELL, L.M., “International profit allocation, intangibles and sales-based transactional profit split”, *World Tax Journal*, vol. 9, núm. 1, 2017

- SCHWARZ, J., “Are legal rights irrelevant for transfer pricing after BEPS Actions 8, 9 and 10?”, *Kluwer International Tax Blog*, 2015, disponible en <http://kluwertaxblog.com/2015/11/15/are-legal-rights-irrelevant-for-transfer-pricing-after-beps-actions-8-9-and-10/> (último acceso: 09.11.2017)
- SERRANO PALACIO, C., “El régimen fiscal de los precios de transferencia (iv): intangibles y técnicas de valoración”, en CORRAL GUADAÑO, I. (Dir.), *Manual de Fiscalidad Internacional*, vol. II, 4ª ed., IEF, Madrid, 2016
- “Operaciones sobre intangibles” en CARMONA FERNÁNDEZ, N. (Dir.), *Nuevo régimen fiscal de las operaciones vinculadas. Valoración, documentación y supuestos prácticos*, Wolters Kluwer, Madrid, 2016
- SILBERZTEIN, C., “Transfer pricing aspects of intangibles: the OECD Project”, *Transfer Pricing International Journal*, vol. 12, núm. 8, 2011
- SIM, S., OWENS, J., PETRUZZI, R. *et al.*, “Blockchain, transfer pricing, customs valuations, and indirect taxes: transforming the global tax environment”, *Tax Management Transfer Pricing Report*, vol. 26, núm. 4, 2017
- SMIT, S. & CALDERON, A., “Australia”, en HEIMERT, A.M., MICHAELSON, T.J. y DUFF & PHELPS (Eds.), *Guide to international transfer pricing. Law, tax planning and compliance strategies*, 6ª ed., Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2016
- SMITH, G.V. y PARR, R.L., *Valuation of intellectual property and intangible assets*, 3ª ed., John Wiley & Sons INC. Nueva York, 2000
- SOLER ROCH, M.T., “Las normas antiabuso generales y especiales”, en 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 de Trabajo del Instituto de Estudios Fiscales*, núm. 12, 2011, disponible en [http://www.ief.es/docs/destacados/publicaciones/documentos\\_trabajo/2011\\_12.pdf](http://www.ief.es/docs/destacados/publicaciones/documentos_trabajo/2011_12.pdf) (último acceso: 03.08.2018)
- SPILLER, W. y LEFEVRE, T.A., “The changing role of risk in transfer pricing”, *Tax Management Transfer Pricing Report*, vol. 25, núm. 21, 2017

- STORCK, A., “Intra-group loan financing and the arm’s length principle: review of the Federal Court decision on Chevron Australia – Australia’s recent large transfer pricing case”, *Transfer Pricing International*, vol. 1, núm. 1, 2017
- STORCK, R., PETRUZZI, R., PANKIV, M. y TAVARES, R.J.S., “Global transfer pricing conference «Transfer Pricing in a Post-BEPS World»”, *International Transfer Pricing Journal*, vol. 23, núm. 3, 2016
- STRENG, W.P. y YODER, L., “United States Report”, IFA, *Cahiers de Droit Fiscal International. Form and substance in tax law*, vol. 87a, 2002
- T`NG, A., “The modern Marketplace, the rise of intangibles and transfer pricing”, *Intertax*, vol. 44, núm. 5, 2016
- TEECE, D.J., “The multinational enterprise: market failure and market power considerations”, *Sloan Management Review*, vol. 22, núm. 3, 1981
- THOMPSON, T., “Canada’s transfer pricing laws: keeping pace with an international trend”, *The Transnational Lawyer*, vol. 11, núm. 1, 1999, disponible en <http://heinonline.org/> (último acceso: 28.05.2018)
- TIMOSHENKO, I., “Definition and valuation of intangible assets for international transfer pricing purposes”, *Lund University Publications and Students Papers*, 2014, disponible en <http://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordOId=5104580&fileOId=5104605> (último acceso: 09.01.2017)
- TOBIN, J.J., “Intangible BEPS risks”, *Tax Management International Journal*, vol. 45, núm. 4, 2016
- TOLIA, S., MEHTA, R. y KOTAK, R., “Life after Indian High Court Decision on marketing intangibles”, *Tax Management Transfer Pricing Report*, vol. 24, núm. 8, 2015
- TRACANA, D., “The impact of BEPS Actions 8-10 on comparability analysis in the context of attribution of profits to permanent establishments”, *Intertax*, vol. 45, núm. 5, 2017
- TRAPÉ VILADOMAT, M. “Empresas asociadas”, en CARMONA FERNÁNDEZ, N. (Coord.), *Convenios fiscales internacionales y fiscalidad de la Unión Europea*, CISS, Valencia, 2015

- TROLLER, A., *Immaterialgüterrecht*, Helbing & Lichtenhahn, Stuttgart, 1959
- UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT, *World investment report 2016*, United Nations Publications, Ginebra, 2016, disponible en [http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2016\\_en.pdf](http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2016_en.pdf) (último acceso: 13.12.2016)
- VALTA, M., “Article 12”, en REIMER, E. y RUST, A. (Eds.), *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions*, 4ª Ed., Kluwer Law International, La Haya, 2015
- VEGA, A., “International governance through soft law: the case of the OECD Transfer Pricing Guidelines”, *Max Plank Institute for Tax Law and Public Finance*, Working Paper 5, 2012, disponible en <https://ssrn.com/abstract=2100341> (último acceso: 17.05.2018)
- VERLINDEN, I., LEDURE, D. y DESSY, M., “The risky side of transfer pricing: the OECD base erosion and profit shifting reports sharpen the rules on risk allocation under the arm’s length standard”, *International Transfer Pricing Journal*, vol. 23, núm. 2, 2016
- VERLINDEN, I. y MONDELAERS, Y., “Transfer pricing aspects of intangibles: at the crossroads between legal, valuation and transfer pricing issues”, *International Transfer Pricing Journal*, vol. 17, núm. 1, 2010
- VICK, B.B., “Related-party transfers of intangibles: standards and recommendations for combating international transfer pricing abuses”, *Tax Management International Journal*, vol. 43, núm. 4, 2014
- VILADOMAT TRAPÉ, M., “Métodos de valoración”, en CORDÓN EZQUERRO, T. (Dir.), *Fiscalidad de los precios de transferencia (operaciones vinculadas)*, 2ª ed., CEF, Madrid, 2016
- VILADRICH SANTALLUSIA, V., “Valoración de activos intangibles”, en CORDÓN EZQUERRO, T. (Dir.), *Fiscalidad de los precios de transferencia (operaciones vinculadas)*, 2ª ed., CEF, Madrid, 2016
- VINCENT, F. y LUQUET, P., “Risk, recharacterization and a tsunami of double tax cases”, *Tax Management Transfer Pricing Report*, vol. 23, núm. 22, 2015
- VISCONTI, R.M., “Exclusive patents and trademarks and subsequent uneasy transaction comparability: some transfer pricing implications”, *Intertax*, vol. 40, núm. 3, 2012

- VISTISEN, E. & OTTOSEN, A. M., “Intangible Property. Denmark”, *Transfer Pricing Forum*, vol. 1, núm. 5, 2010
- VLASCEANU, R., “Intellectual property structuring in the context of the OECD BEPS Action Plan”, en COTRUT, M. (Ed.), *International tax structures in the BEPS era: an analysis of anti-abuse measures*, IBFD Tax Research Series, Amsterdam, 2016
- VOGEL, K., *Klaus Vogel on double taxation conventions*, 3ª ed., The Kluwer Law International, Londres, 1997
- VOGEL, K. y RUST, A., “Introduction”, en REIMER, E. y RUST, A. (Eds.), *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions*, 4ª ed., Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2015
- WANG, J., “A tentative improvement: comments on OECD Discussion Draft on the transfer pricing of intangibles”, *International Transfer Pricing Journal*, vol. 20, núm. 3, 2013
- WILKIE, J.S., “Transfer pricing aspects of intangibles: the license model”, en LANG, M., STORCK, A. y PETRUZZI, R. (Eds.), *Transfer Pricing in a post-BEPS world*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2016
- “The definition and ownership of intangibles: Inside the box? Outside the box? What is the box?”, *World Tax Journal*, vol. 4, núm. 3, 2012
  - “Canada’s place in the contemporary transfer pricing world”, *Bulletin for International Taxation*, vol. 63, núm. 8/9, 2009
  - “Canadian transfer pricing rules keep pace with international developments”, *The Tax Executive*, vol. 50, núm. 2, 1998
- WITTENDORFF, J., “BEPS Actions 8-10: birth of a new arm’s-length principle”, *Tax Notes International*, vol. 81, núm. 4, 2016
- “OECD misinterprets controlled transactions”, *Tax Notes International*, vol. 78, núm. 5, 2015
  - “Shadowlands”: the OECD on intangibles”, *Tax Notes International*, vol. 67, núm. 10, 2012
  - *Transfer pricing and the arm’s length principle in International Tax Law*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2010
  - “The transactional ghost of Article 9(1) of the OECD Model”, *Bulletin for International Taxation*, vol. 63, núm. 3, 2009

- WRIGHT, D.R., KEATES, H.A., LEWIS, J. y AUTEN, L., “The BEPS Action 8 final report: comments from economists”, *International Transfer Pricing Journal*, vol. 23, núm. 2, 2016
- WYATT, A., “Commentary on International Accounting Standards”, *Accounting Horizons*, vol. 3, núm. 3, 1989, disponible en <http://search.proquest.com/docview/208898533?pq-origsite=gscholar> (último acceso: 17.01.2017)
- ZIMMER, F., “General Report”, IFA, *Cahiers de Droit Fiscal International. Form and substance in tax law*, vol. 87a, 2002
- ZORNOZA, J.J., “La simulación en Derecho tributario”, *Boletín del Ilustre Colegio de Abogado de Madrid*, núm. 16, 2000
- ZORNOZA PÉREZ, J.J. y BÁEZ MORENO, A., “Chapter 33. Spain”, en LANG, M. et al. (Eds.), *GAARs – A key element of tax systems in the post-BEPS world*, European and International Tax Law Policy Series, IBFD, Amsterdam, 2016

