

Jorge Laville Urteig

PRECIOS DE TRANSFERENCIA

PRECIOS DE TRANSFERENCIA

ADOLFO MARTÍN JIMÉNEZ
JOSÉ MANUEL CALDERÓN CARRERO

COLECCIÓN DOCTRINA
TRIBUTARIA Y ADUANERA



COLECCIÓN "DOCTRINA TRIBUTARIA Y ADUANERA"

"Precios de Transferencia"

Editor de la Colección

Daniel Yacolca Estares
Coordinador General
Sub Dirección de Investigación y Publicaciones
INDESTA

Primera edición: Junio 2013

Todos los derechos de edición y arte gráfico reservados

© Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria.
Instituto de Desarrollo Tributario y Aduanero - INDESTA

Av. Gamarra 680, Chucuito-Callao
Correo electrónico: indesta@sunat.gob.pe
Página web: <http://indesta.sunat.gob.pe/>

© 2012, Editorial Netbiblo, La Coruña - España
Colección Estudios Tributarios

© Autores: Adolfo Martín Jiménez - José Manuel Calderón Carrero

Diseño de carátula y diagramación: Gráfica Delvi

Impresión 5,000 ejemplares

Reservados todos los derechos. Queda prohibida, sin la autorización escrita de los titulares del Copyright, bajo las sanciones establecidas en la ley, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, incluidos reprografía y el tratamiento informático.

Impresión y encuadernación:
Gráfica Delvi S.R.L.
Av. Petit Thouars Nº 2009-2017 - Lince

Junio 2013

ISBN Nº: 978-612-46297-6-1
Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú Nº 2013-08907
Impreso en el Perú / Printed in Peru

NOTA: La Sunat no se identifica necesariamente con las opiniones ni con los contenidos aquí incluidos. Por tanto, este texto es responsabilidad exclusiva de sus autores. Los términos y expresiones vertidas en el documento y en su exposición, su contenido, opiniones y/o conclusiones no son vinculantes ni comprometen los objetivos, programas y acciones de la SUNAT. Del mismo modo, no constituyen, en ningún aspecto o circunstancia, la posición oficial de la Administración Tributaria, estando prohibido ser citadas como tales en cualquier publicación, bajo responsabilidad. Toda cita o mención que se haga del presente documento se debe hacer citando la fuente y respetando la normativa vigente en materia de derechos de autor.

Los autores

Adolfo Martín Jiménez y José Manuel Calderón Carrero

Catedráticos de Derecho Financiero y Tributario de las Universidades de Cádiz y La Coruña, respectivamente, son dos acreditados expertos en materia de Fiscalidad Internacional y Europea.

Contenido

Siglas	17
Presentación	21
Prólogo	23
Introducción	29

CAPÍTULO I

PRESUPUESTOS Y LIMITACIONES DEL AJUSTE VALORATIVO DEL ART. 16 TRLIS

1. Introducción	39
2. El cambio de filosofía de la normativa en materia de precios de transferencia con la LMPFF: Hacia el test de "racionalidad objetiva"	39
3. La naturaleza de la nueva norma en materia de operaciones vinculadas	42
4. Presupuestos y límites del ajuste valorativo de conformidad con el art. 16 TRLIS: Comparación de la legislación antigua y la actualmente vigente	55
4.1. El concepto de operación vinculada: El ámbito objetivo del art. 16 TRLIS	55
4.2. Norma general del art. 16 TRLIS	56
4.3. Normas específicas: Servicios intragrupo	66
4.4. Normas específicas: Acuerdos de reparto de costes (ARC)	69

CAPÍTULO II

EL POLICENTRISMO DE FUENTES REGULADORAS DEL RÉGIMEN DE LAS OPERACIONES VINCULADAS Y LOS PRECIOS DE TRANSFERENCIA: LAS RELACIONES ENTRE LA NORMATIVA INTERNA, LOS CDI Y EL *SOFT-LAW* DE LA OCDE Y LA UE

1. Introducción	77
2. Normativa interna en materia de operaciones vinculadas/precios de transferencia, relación con otras normas y fuentes interpretativas	79
2.1. Las normas en materia de operaciones vinculadas y precios de transferencia en el ámbito de la imposición directa	79

2.2. Los elementos interpretativos de la normativa: El contexto del art. 16 TRLIS y sus normas de desarrollo	83
3. La normativa tributaria sobre operaciones vinculadas/precios de transferencia y las normas contables	84
4. Convenios para la eliminación de la doble imposición	89
4.1. La normativa sobre empresas asociadas en los CDI (art. 9 MC OCDE) y sus efectos	89
4.2. Los comentarios al art. 9 MC OCDE y los trabajos de la OCDE, en especial, las directrices de la OCDE en materia de precios de transferencia	92
4.2.1. Los comentarios al art. 9 MC OCDE	92
4.2.2. Las directrices de la OCDE en materia de precios de transferencia para empresas multinacionales y administraciones tributarias	93
4.3. La problemática de los establecimientos permanentes (el art. 7, los comentarios al art. 7 MC OCDE y los trabajos de la OCDE relevantes)	103
4.4. Un acercamiento preliminar al procedimiento amistoso (art. 25 MC OCDE) como mecanismo de resolución de conflictos de precios de transferencia	109
4.5. Breve referencia al MC de la ONU de 2001/2011 y al impacto de las directrices y otros trabajos de la OCDE en el contexto de la ONU	112
5. Referencia al Convenio de Arbitraje de la UE y a los trabajos del Foro Europeo de Precios de Transferencia	114
5.1. Directrices sobre servicios intragrupo de escaso valor	118
5.2. Potenciales enfoques para resolver casos triangulares (No UE) de doble imposición por ajustes de precios de transferencia	121
5.3. Informe del Foro Europeo de Precios de Transferencia relativo a la aplicación de las normas sobre precios de transferencia a las pymes (JTPF/001/FINAL/2011/EN)	121
6. El Derecho de la Unión Europea (jurisprudencia del TJUE y decisiones de la Comisión sobre Ayudas de Estado)	123
7. Conclusiones	126

CAPÍTULO III

EL PROCEDIMIENTO APLICABLE TRAS LA REGULARIZACIÓN TRIBUTARIA DEL VALOR NORMAL DE MERCADO DE LAS OPERACIONES VINCULADAS

1. Consideraciones generales: Novedades procedimentales y cuestiones de aplicación temporal	131
---	-----

1.1.	Características y diferencias entre la regulación procedimental anterior y posterior a la Ley 36/2006, de Medidas para la Prevención del Fraude Fiscal	132
1.2.	Valoración de la reforma operada en materia procedimental	149
1.3.	Ámbito de aplicación temporal de las regulaciones anterior y posterior a la LMPFF	151
2.	Aspectos esenciales del nuevo procedimiento de comprobación del valor normal de mercado de las operaciones vinculadas	154
2.1.	La primera fase del procedimiento: La comprobación del valor normal de mercado de las operaciones vinculadas	155
2.2.	La segunda fase del procedimiento: La posición del obligado tributario frente a la liquidación provisional y la valoración, y su incidencia procedimental para las demás personas vinculadas afectadas	161
2.2.1.	Cuestiones generales: Especial atención a la procedencia de la aplicación de los medios de comprobación del art. 57.1 LGT	161
2.2.2.	Principales escenarios procedimentales resultantes del art. 21 RIS en relación con el valor comprobado y la liquidación tributaria	165
2.2.2.1.	Supuesto donde el obligado tributario interpone recurso de reposición o reclamación económico-administrativa contra la liquidación provisional practicada como consecuencia de la corrección valorativa (art. 21.2 párrafo primero RIS)	166
2.2.2.2.	Supuesto donde el obligado tributario no interpone en los plazos establecidos el recurso o la reclamación contra la liquidación provisional practicada como consecuencia de la corrección valorativa (art. 21.2 párrafo segundo RIS)	167
2.2.2.3.	Supuesto donde el obligado tributario promueva la tasación pericial contradictoria para corregir el valor comprobado de dicho bien o derecho (art. 21.3 párrafo primero RIS)	170
2.2.2.4.	Supuesto en el que el obligado tributario deja transcurrir los plazos oportunos para promover la tasación pericial contradictoria o interponer recurso de reposición o la reclamación económico-administrativa contra la liquidación provisional (art. 21.3 párrafos tercero y cuarto RIS)	171
2.3.	La tercera fase del procedimiento: La regularización de la situación tributaria de las demás personas vinculadas afectadas por el ajuste primario (el ajuste bilateral)	174

2.3.1. Presupuesto del ajuste correlativo o bilateral	175
2.3.2. La liquidación que ejecuta el ajuste bilateral.	177
2.3.3. Los efectos prospectivos de las liquidaciones que articulan las correcciones valorativas	180
2.3.4. Otras cuestiones de procedimiento	181
3. Valoración final	182

CAPÍTULO IV

EL PROCEDIMIENTO AMISTOSO Y EL ARBITRAJE COMO FORMA DE SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS EN MATERIA DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA

1. Introducción	189
2. El procedimiento amistoso para casos específicos	190
2.1. Consideraciones generales	190
2.2. La iniciación del procedimiento amistoso. Fase nacional del procedimiento amistoso	191
2.3. La celebración del procedimiento amistoso. La fase interestatal del procedimiento amistoso	216
2.4. El <i>Manual de 2007 sobre el procedimiento amistoso eficaz</i> (MEMAP)	235
2.5. Cuestiones no tratadas en los nuevos Comentarios MC OCDE 2008-2010	241
2.6. Otras técnicas de resolución de conflictos complementarias al PA	243
3. El procedimiento amistoso de carácter interpretativo	244
4. El procedimiento amistoso de carácter legislativo	247
5. La comunicación entre las autoridades competentes	249
6. El arbitraje como forma de resolución de conflictos tributarios internacionales en el MC OCDE	250
6.1. Introducción	250
6.2. El arbitraje como técnica de resolución de conflictos tributarios: ¿Por qué se reguló el arbitraje en el art. 25.5 MC OCDE 2008?	250
6.3. El art. 25.5 MC OCDE 2008-2010: Una aproximación general	254
6.4. Naturaleza del arbitraje regulado en el art. 25.5 MC OCDE 2008-2010	256
6.5. Actos sometidos a arbitraje	258
6.6. El inicio del procedimiento arbitral, los derechos del contribuyente y la relación con los recursos internos	260

6.7. Cuestiones procedimentales del arbitraje del art. 25.5 MC OCDE 2008-2010	263
6.8 El arbitraje en el MC de la ONU	270
6.9. La práctica arbitral en los CDI, con especial referencia a la política de EE.UU.	271
6.10. Una valoración crítica de la regulación del arbitraje tributario internacional	273

CAPÍTULO V

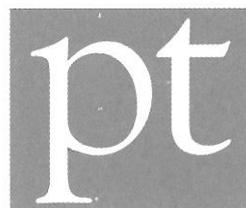
LOS PROCEDIMIENTOS AMISTOSO Y ARBITRAL ESTABLECIDOS EN EL CONVENIO EUROPEO 90/436/CEE PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA

1. Introducción	281
2. El objetivo perseguido por el Convenio de Arbitraje	281
3. Origen y evolución del Convenio Europeo de Arbitraje	283
4. La base jurídica del Convenio Europeo de Arbitraje	284
5. Ámbito de aplicación del Convenio de Arbitraje	287
6. Principios que rigen el Convenio de Arbitraje	293
7. Cuestiones de procedimiento del Convenio de Arbitraje	302
7.1. Estructura procedimental establecida por el CA e interrelación con otras alternativas procesales nacionales e internacionales	302
7.2. Los procedimientos previos al procedimiento amistoso del CA: La notificación de la medida nacional de corrección de bases imponibles	305
7.3. La posición de los contribuyentes en el marco de los procedimientos regulados en el CA	306
8. El procedimiento amistoso	308
8.1. La fase unilateral/nacional: La presentación del caso ante la autoridad competente del Estado contratante de residencia por las empresas afectadas y las cuestiones procedimentales que se suscitan (solicitud de inicio y efectos)	308
8.2. La fase bilateral: El procedimiento amistoso	314
8.3. La fase arbitral: La Comisión Consultiva y la terminación de los procedimientos del CA	318
9. Una valoración final	323

CAPÍTULO VI
EL RÉGIMEN SANCIONADOR DE LAS OPERACIONES VINCULADAS

1. Introducción	329
2. Infracciones y sanciones en el art. 16.10 TRLIS: Problemas interpretativos y aplicativos	330
2.1. Regulación general del art. 16.10 TRLIS	330
2.2. La relación del régimen sancionador especial de las operaciones vinculadas con el Título IV (la potestad sancionadora) de la LGT	343
3. Recomendaciones de la OCDE en materia de sanciones	346
4. Las recomendaciones del Foro Europeo sobre precios de transferencia y las sanciones en la normativa interna: Especial referencia a los errores de la normativa española sancionadora desde la óptica de los trabajos del Foro	351
5. El art. 16.10 TRLIS desde la perspectiva de los principios constitucionales: Especial referencia al principio de reserva de ley penal, culpabilidad y proporcionalidad (art. 25.1. CE)	355
5.1. Introducción	355
5.2. Defectos de relevancia constitucional en la tipificación de las infracciones y sanciones en el art. 16.10 TRLIS	356
5.3. Remisión a cláusulas genéricas para concretar el tipo de la infracción	362
5.4. Remisión a órdenes ministeriales	362
5.5. Indefinición de los sujetos responsables de la infracción a quienes puede imponerse la sanción	364
5.6. Delimitación de los impuestos y operaciones (ámbito objetivo) en relación con los cuales puede aplicarse el régimen sancionador del art. 16.10 TRLIS	366
5.7. Sanciones atípicas: La norma de iniciación del procedimiento amistoso y el Convenio de Arbitraje	369
6. Régimen sancionador y ajuste secundario	371
7. Régimen sancionador y Derecho transitorio.	372
Conclusiones	379
Bibliografía	387

COLECCIÓN
DOCTRINA TRIBUTARIA Y
ADUANERA



SIGLAS

SIGLAS

AEAT	Agencia Estatal de Administración Tributaria
AN	Audiencia Nacional
APA	Advance Pricing Agreements / Acuerdos Previos en Materia de Precios de Transferencia
ARC	Acuerdos de reparto de costes
BOE	Boletín Oficial del Estado (diario oficial del Estado español dedicado a la publicación de determinadas leyes, disposiciones y actos de inserción obligatoria).
CA	Convenio de Arbitraje
CdC	Código de Comercio
CDI	Convenios para la Eliminación de la Doble Imposición
CEE	Comunidad Económica Europea
CMC OCDE	Comentarios al Modelo de Convenio de la OCDE
CVDT	Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.
COM	Comisión Europea
CUP	Método del precio libre comparable (Comparable uncontrolled price)
DA	Disposición Adicional
DGT	Dirección General de Tributos del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas
DOL	Diario Oficial de la Unión Europea. Legislación
DOUE L/C/S	Diario Oficial de la Unión Europea. Legislación, Comunicaciones, Suplemento
DOCE	Diario Oficial de las Comunidades Europeas
ECOFIN	Consejo de Asuntos Económicos y Financieros de la UE
EM	Exposición de Motivos
EP	Establecimiento permanente
FORO AEAT	Foro de Grandes Empresas y de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria
GATS	Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios
ICAC	Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas

IEF	Instituto de Estudios Fiscales de España
IRNR	Impuesto a la renta de no residentes
IRPF	Impuesto a la renta de las personas físicas
IS	Impuesto sobre sociedades español
ISD	Impuesto de sucesiones y donaciones
ITP	Impuesto sobre los precios de transferencia
ITPAJD	Impuesto sobre las transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados
IVA	Impuesto sobre el valor añadido
JT	Jurisprudencia Tributaria
JTPF	Foro Conjunto de Precios de Transferencia de la UE/(Join Transfer Pricing Forum)
LGT	Ley General Tributaria española.
LIRNR	Ley de Impuesto a la renta de no residentes
LIRPF	Ley de Impuesto a la Renta de las Personas Físicas
LIS	Ley de Impuesto sobre Sociedades
LIVA	Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido
LLC	Sociedades de responsabilidad limitada estadounidenses (LLC)
LMPFF	Ley 35/2006, de Medidas para la Prevención del Fraude Fiscal
MC OCDE	Modelo de convenio de la OCDE
MC ONU	Modelo de convenio de la ONU
MEMAP	Manual de 2007 sobre el Procedimiento Amistoso Eficaz
MoU	Memorandum of Understanding (Memorándum de Entendimiento)
MNE	Empresas multinacionales
NECA	Norma de elaboración de cuentas anuales
NIIF/IFRS	Normas Internacionales de Información Financiera/(International Financial Reporting Standards)
NOFCAC	Normas para la Formulación de Cuentas Anuales Consolidadas
NRV	Norma de Registro y Valoración
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico
PA	Procedimiento amistoso
PGC	Plan General de Contabilidad español
PYME	Pequeña y Mediana Empresa
RD	Real Decreto del Ministerio de Economía y Hacienda de España
RDGT	Resolución de la Dirección General de Tributos
rec.	Recurso
RG	Registro General
RIS	Reglamento del Impuesto sobre Sociedades

RGRVA	Reglamento General de Revisión en Vía Administrativa
RJ	Resolución Judicial
RPA	Reglamento de Procedimientos Amistosos
RTEAC/ RRTEAH	Resolución(es) del Tribunal Económico-Administrativo Central
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
SPV	Special Purpose Vehicle (Sociedad con Finalidad Específica)
SSTJCE	Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
SSTS	Sentencias del Tribunal Supremo
SSTSJ	Sentencias del Tribunal Superior de Justicia
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia
TC	Tribunal Constitucional
TEA	Tribunal Económico-Administrativo
TEAC	Tribunal Económico-Administrativo Central
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TNMM	Método del Margen Neto Transaccional / (Transactional Net Margin Method)
TRLIRNR	Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes
TRLIS	Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades
TS	Tribunal Supremo
UE	Unión Europea

PRESENTACIÓN

En nuestro medio estamos iniciando recientemente una nueva etapa sobre la aplicación de los precios de transferencia, por el impulso que ha generado la gestión de la Dra. Tania Quispe Mansilla, desde que asumió el cargo de Superintendente Nacional de Aduanas y Administración Tributaria.

En esa línea, la obra de los doctores Adolfo Martín Jiménez y José Manuel Calderón Carrero, que tengo el agrado de presentar, nos brinda la oportunidad de proyectarnos a interesantes reflexiones que están suscitando la aplicación de los precios de transferencia en los países miembros de la Unión Europea.

Por eso consideramos meritorio publicar esta obra dentro de la Colección "Doctrina Tributaria y Aduanera", diseñada por la Sub Dirección de Investigación y Publicaciones del INDESTA, que tiene como propósito fomentar doctrinas que aporten conocimientos con tendencias innovadoras y que sean de aplicación en nuestro país.

Estamos muy agradecidos con Adolfo Martín y José Manuel Calderón, por brindarnos la oportunidad de publicar su obra, que sin duda será muy leída y generará muchas ideas en nuestros lectores, debido a que la globalización económica, ha situado a los precios de transferencia en una encrucijada, desde el plano aplicativo y regulatorio, que afecta por igual a todos: Estados, Administraciones Tributarias y contribuyentes, tal como mencionan los autores. En tal sentido, el estudio de los precios de transferencia, resulta sugerente, para realizar investigaciones tomando en cuenta nuestra realidad y perfilar reformas a nuestra medida.

Las nuevas ideas que suscitan de la obra, de seguro provocarán muchísimas reacciones positivas que engendren toda una línea de investigación, sobre

una temática tan compleja y actual, como resulta ser la aplicación de los precios de transferencia en nuestro país y su conexión global, alineadas a los nuevos retos que tiene SUNAT hoy en día.

Callao, 17 de junio de 2013

Luis Felipe Polo
Jefe del Instituto de Desarrollo Tributario y Aduanero
INDESTA - SUNAT

PRÓLOGO

Es sabido que la globalización económica ha creado nuevos paradigmas, que son estudiados por los investigadores de las diversas áreas del saber humano. El derecho tributario hace su parte. Buscando caminos más claros sobre la fiscalidad internacional.

La obra de los doctores Adolfo Martín Jiménez y José Manuel Calderón Carrero, han recorrido con creces dicho camino, enfocándose principalmente por la senda de los precios de transferencia, prevista en la regulación española.

En esta parte, quiero indicar que los autores detallan profusamente los capítulos de la obra en su introducción, haciendo notar los puntos desarrollados en cada uno de ellos. Donde los lectores encontrarán un panorama general de la investigación y que recomiendo su lectura previa.

En ese sentido, agregando a lo anterior, podemos precisar que la obra realiza un examen crítico, analizando temas tan variados como el alcance valorativo o recalificador del art. 16 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (TRLIS) español, la interrelación entre la normativa contable y la fiscal, el policentrismo de fuentes en materia de precios de transferencia y el papel del legislador nacional, el nuevo procedimiento de comprobación del valor normal de mercado de las operaciones vinculadas, la existencia de procedimientos internacionales para resolver los problemas de doble imposición por ajustes de precios de transferencia, así como la controvertida regulación del régimen sancionador de las operaciones vinculadas. Por último, los autores destacan que la base de la mayoría de problemas que se plantean en la actualidad, se debe a la falta de una política definida y meditada en materia de precios de transferencia.

De los problemas estudiados, los más destacados están referidos a la naturaleza y fuentes de las operaciones vinculadas en la regulación española.

Igualmente, se precisa que en la nueva regulación de las operaciones vinculadas, los aspectos procedimentales debieran ocupar un lugar visible, ya que, los actuales arts. 16.9 TRLIS y 21 RIS son inadecuados. El lado favorable, que los autores mencionan, es el estudio de la regulación del procedimiento amistoso que se realizó en España en el 2008, debido a la relevancia que el mismo tiene en materia de operaciones vinculadas en todo el mundo en los últimos tiempos. No obstante, refieren que la legislación española, actualmente vigente, no está acabada técnicamente, o, al menos, hay aspectos importantes que debieran mejorarse.

El tema más sugerente y que se debe tomar nota para una investigación en nuestro país, es el referido a la configuración del arbitraje tributario. En especial, el arbitraje en materia de operaciones vinculadas, que se presenta como un instrumento útil para los Estados, desde una perspectiva de la política tributaria. Con la finalidad de generar seguridad a sus contribuyentes, para que los ajustes realizados por las autoridades de los Estados contratantes no ocasionen doble imposición, por falta de correspondencia en el otro Estado contratante.

Para culminar, otro tema interesante, es el referido al régimen sancionador, por ejemplo, los autores opinan que existen dificultades de orden constitucional. Como la falta de definición legal de la documentación que debe llevar el contribuyente o el grupo. La ausencia de una regulación que permita determinar con claridad cuándo la documentación es inexacta o incompleta. De ahí que los autores opinen que es necesaria su reforma y, del mismo modo, sería necesario repensar el resto de la regulación de las operaciones vinculadas y precios de transferencia del propio art. 16 TRLIS, en la legislación española. En busca de brindar seguridad jurídica a los contribuyentes y a la propia Administración encargada de la aplicación de las normas tributarias.

Como habrá percibido el lector, el eje temático de la obra, nos permite conocer líneas de investigación muy importantes, para reflexionar científicamente y desde el punto de vista académico, sobre los precios de transferencia y las operaciones vinculadas, que tiene reciente cuño en nuestra normativa peruana.

Por último, mostramos nuestra gratitud a los doctores Adolfo Martín Jiménez y José Manuel Calderón Carrero, por brindarnos la oportunidad de publicar su estuenda obra "Precios de Transferencia" en nuestro país y que será fruto

de muchos proyectos de investigación, así mismo, servirá como fuente de enseñanza para las capacitaciones que se desarrollen en el INDESTA sobre precios de transferencia.

Callao, 17 de junio de 2013

Daniel Yacolca Estares

Coordinador General de la Sub Dirección de Investigación y Publicaciones
INDESTA - SUNAT

COLECCIÓN
DOCTRINA TRIBUTARIA Y
ADUANERA



INTRODUCCIÓN

INTRODUCCIÓN

La reforma del art. 16 TRLIS operada por la Ley 35/2006, de Medidas para la Prevención del Fraude Fiscal (LMPFF), con efectos para periodos impositivos iniciados a partir del día 1 de diciembre de 2006, ha sido, qué duda cabe, uno de los cambios más polémicos de nuestro ordenamiento tributario en los últimos tiempos, tanto desde el punto de vista teórico —prueba de ello son las numerosas obras y artículos doctrinales dedicados a este precepto— como —especialmente— desde el punto de vista práctico, para los profesionales del asesoramiento tributario y las empresas. El Auto del TS de 8 de febrero de 2011, rec. 8/2009, es buena prueba de ello: no solo pregunta al TC sobre la constitucionalidad del régimen sancionador del art. 16.10 TRLIS, sino que, además, anuncia que el precepto y su desarrollo reglamentario será examinado desde la óptica del principio de legalidad por el propio TS una vez que el TC emita su juicio de constitucionalidad. En el contexto del art. 16 TRLIS, especial atención han recibido las obligaciones de documentación, desarrolladas en 2008 y modificadas en varias ocasiones hasta el día de hoy, el ajuste secundario o el régimen sancionador, aunque solo sobre este último se haya dirigido el TS al TC.

La presente obra, sin embargo, no busca ocuparse de algunos de los temas más polémicos del art. 16 TRLIS (ajuste secundario, documentación) más que de forma tangencial, en la medida en que sean relevantes para el discurso articulado en las páginas que siguen. En realidad, esta monografía pretende ocuparse de tres cuestiones bien diferenciadas, pero que están en la raíz de las dificultades o dudas que genera el art. 16 TRLIS. Y, sin embargo, algunas de ellas o bien han pasado desapercibidas o se han presentado de una forma no del todo adecuada. Otras sí se han estudiado (*v. gr.*, régimen sancionador), pero quizás convenga revisarlas desde una perspectiva distinta, que es la que proponemos. Es decir, no pretendemos tanto ocuparnos de los efectos del art. 16 TRLIS —aunque, sin duda, por el propio planteamiento del libro, lo haremos— como de las causas que determinan algunas de sus consecuencias más arbitrarias y desproporcionadas.

En primer lugar, llama la atención el debate que se ha generado en torno a la naturaleza del art. 16 TRLIS y las fuentes reguladoras de las operaciones vinculadas, o, más bien, resultan sorprendentes los términos en los que el debate y la cuestión de las fuentes se han planteado tras la Ley 35/2006. Y ello por diversas razones. Por un lado, la confusa interrelación del art. 16 TRLIS con la normativa contable no ha hecho sino generar dudas sobre los efectos de una y otra normativa, dato en sí mismo revelador no ya de la inexistencia de una política legislativa en materia de precios de transferencia sino de inexistencia de ideas claras sobre cómo debe ser la regulación contable-fiscal de una materia tan sensible como las operaciones vinculadas. Por otro lado, en la reforma operada en el art. 16 TRLIS por la Ley 36/2006, a nuestro juicio, cabría detectar dos pulsos que han ejercido una influencia distorsionadora a la hora de articular una regulación consistente y moderna de esta materia, a saber: una concepción antiabuso de la normativa de precios de transferencia (concepción hoy ampliamente superada a nivel internacional y de la UE) y una cierta obsesión por lograr la compatibilidad de esta normativa con el Derecho de la UE por la vía (excesivamente simplista y de dudosa consistencia) de extender su ámbito de aplicación a todo tipo de operaciones (internas y transfronterizas).

Al mismo tiempo, la pretendida complementariedad de las Directrices de la OCDE en materia de precios de transferencia 1995 (y, ahora, 2010; o más recientemente, del enfoque autorizado de la OCDE en materia de atribución de beneficios a los establecimientos permanentes) con respecto al art. 16 TRLIS da la impresión de que justifica, para el legislador nacional, el abandono de todo intento de formulación de una política en materia de precios de transferencia e igualmente, parece que sirve de justificación a la propia Administración tributaria para fundar sus liquidaciones en el equivalente al art. 9 Modelo de Convenio de la OCDE (MC OCDE, en adelante) para la eliminación de la doble imposición en materia de imposición sobre la renta y el patrimonio de los Convenios para la Eliminación de la Doble Imposición (CDI) firmados por España. Todos los anteriores fenómenos interconectados, esconden una confusión en materia de fuentes con efectos en el art. 16 TRLIS y sus aplicaciones prácticas. A nuestro juicio, el problema del art. 16 TRLIS y su normativa de desarrollo no es tanto la obligación de documentación o la relación con la normativa contable, sino, más bien, que estas dudas son el fiel reflejo de la falta de formulación de una política en materia de precios de transferencia, en gran parte, por confusiones acerca de la naturaleza del art. 16 TRLIS, las fuentes en materia de operaciones vinculadas y precios de transferencia, así como las relaciones entre ellas, o los efectos que los CDI tienen en el ordenamiento interno. A tratar de aclarar estas cuestiones se dedican los dos primeros capítulos del presente trabajo; el primero de ellos pretende delimitar la naturaleza (actual) del art. 16 TRLIS, así como repasar de

una forma rápida las principales novedades que introdujo la redacción de este precepto derivada de la LMPFF; el segundo trata de exponer las fuentes en materia de operaciones vinculadas/precios de transferencia, las relaciones entre ellas y las deficiencias en esta materia de la normativa actualmente vigente.

En segundo lugar, la presente monografía se ocupa de las cuestiones procedimentales en materia de operaciones vinculadas, tanto del procedimiento interno de comprobación (Capítulo III) como del procedimiento amistoso de los CDI (Capítulo IV) y el regulado en el Convenio 90/436/CEE, relativo a la supresión de la doble imposición en caso de corrección de los beneficios de empresas asociadas (Capítulo V). En realidad, a través del análisis de los distintos procedimientos en materia de operaciones vinculadas/precios de transferencia, pretendemos poner de manifiesto las conexiones (o mejor, la falta de conexión que se deriva de la normativa interna) entre ellos, así como las lagunas de los mismos en la regulación interna o internacional. La normativa interna del procedimiento de correcciones valorativas en materia de operaciones vinculadas en el art. 16.9 TRLIS y art. 21 RIS (Capítulo III) pone de manifiesto la incomprensión de la naturaleza del fenómeno de los precios de transferencia, así como su relación con los instrumentos internacionales (CDI, Convenio de Arbitraje), aunque, sorprendentemente, para el TS no se susciten dudas de inconstitucionalidad en este punto. La regulación del procedimiento amistoso (Capítulo IV), que se estudia desde una perspectiva interna e internacional, es, en nuestra modesta opinión, mejorable, tanto en términos técnicos como de conexión con el procedimiento interno del art. 16.6 TRLIS. En este contexto, debería valorarse si a España le conviene introducir el arbitraje como técnica de solución de los conflictos, especialmente, en materia de operaciones vinculadas, una vez que el art. 25.5 MC OCDE recoge esta cláusula (cuestión a la que se dedica el acápite 6 del Capítulo IV) y los CDI españoles comienzan a incluirla (art. 25.5 CDI España-Suiza ex Protocolo 2011). Y, finalmente, se aborda el estudio del Convenio 90/436/CEE desde dos perspectivas, hemos pretendido diseccionar su regulación, poniendo de manifiesto su ámbito de aplicación y las ventajas que aporta a los contribuyentes, pero también, y esto no es menos importante, se ha buscado subrayar sus deficiencias técnicas o lagunas, que, como se verá, no son pocas.

En tercer y último lugar, el Capítulo VI se ocupa de uno de los temas de moda, el régimen sancionador del art. 16.10 TRLIS, sobre cuya constitucionalidad el TS ha preguntado al TC en el Auto de 8 de febrero de 2011. En realidad, el propio Auto podría reflejar una cierta incomprensión del fenómeno de las operaciones vinculadas/precios de transferencia, al centrarse nuevamente en la problemática de la documentación, sin reparar en que, en gran parte, el problema de la documentación y el régimen sancionador del art. 16.10 TRLIS no es más que el efecto, y no la causa: difícilmente podremos saber qué es una documentación

exacta o completa si el propio legislador ha renunciado a formular una política clara, sin ambigüedades o lagunas, en materia de operaciones vinculadas. No es la documentación o la remisión a la normativa reglamentaria la que ocasiona la dificultad, sino la falta de definición de qué contenido debe plasmar esa documentación y cómo ha de llegarse a él, esto es, la ausencia de las más mínimas indicaciones sobre cómo hay que aplicar la metodología y formular el análisis de comparabilidad. Es decir, a nuestro juicio, gran parte de las dificultades de orden constitucional que genera el art. 16.10 TRLIS está conectada no tanto con la falta de definición legal de la documentación (análisis formal) como con la renuncia del legislador a definir cómo debe llegarse a esa documentación, fruto, en definitiva, como ya hemos comentado, de la renuncia a la formulación de una política nacional en materia de precios de transferencia: la configuración del art. 16 TRLIS como una “norma en blanco” en el plano sustantivo, con todo lo que ello conlleva, constituye posiblemente el principal problema de fondo que presenta la normativa española de operaciones vinculadas.

Junto a estas cuestiones, el Capítulo VI también se ocupará de las cuestiones específicas de orden constitucional que surgen, así como de las distintas interpretaciones del precepto que —como ya adelantamos— puede hacer la Administración de alguna de ellas, con efectos muy importantes y desproporcionados sobre los contribuyentes, si las utiliza. Los cambios legislativos en materia de documentación también inciden en el régimen sancionador y es otro de los grandes temas sobre los que nos pronunciamos en este capítulo.

En realidad, la finalidad del presente trabajo es modesta. No son pocas las voces que en los últimos tiempos se han alzado para demandar una reforma (nueva redacción) del art. 16 TRLIS, por sus efectos desproporcionados (por ejemplo, en materia de documentación, régimen sancionador, ajuste secundario y ámbito de aplicación) y sus numerosos defectos técnicos, de orden constitucional, de legalidad o de Derecho de la UE.^(*) En las páginas que siguen, simplemente, pretendemos llamar la atención sobre temas que, ineludiblemente, debería tratar la reforma o cuestiones no resueltas o no reguladas que deberían abordarse, así como sobre cuál debería ser el enfoque para valorar la constitucionalidad/legalidad del art. 16.10 TRLIS.

Es cierto que la regulación de precios de transferencia está en su infancia a nivel mundial, como ha reconocido recientemente el propio J. Owens, pero no puede perderse de vista su enorme alcance y carácter nuclear que constituyen la columna vertebral de esta suerte de sistema tributario internacional en

^(*) Véase en este sentido la reciente *Propuesta de modificación del art. 16 TRLIS (Hacia la simplificación, flexibilización y adecuación del régimen al contexto internacional y económico)*, hecha pública por la AEDAF (www.aedaf.es) en julio de 2011, con planteamientos próximos a los que nosotros hacemos.

cristalización actualmente existente (y de los ordenamientos tributarios que lo componen), tanto desde la perspectiva de los Estados y sus administraciones tributarias (instrumento de protección de bases imponibles y de vertebración del reparto internacional de poder tributario) como desde la de los contribuyentes (principal riesgo fiscal de las empresas que realizan operaciones vinculadas transfronterizas). Por tanto, podría afirmarse que la normativa de los Estados sobre precios de transferencia constituye una de las regulaciones (tributarias) que posee mayor relevancia en un contexto de globalización (y consolidación fiscal), lo cual requiere ineludiblemente articular una adecuada política nacional en materia de precios de transferencia que guarde un adecuado equilibrio entre su aspecto defensivo y el elemento de competitividad (y proporcionalidad) regulatoria, y que en todo caso salvaguarde la seguridad jurídica y garantice la efectiva eliminación de la doble imposición en el menor tiempo posible (incluso preventivamente), a través de los distintos mecanismos (nacionales e internacionales) que puedan arbitrarse.

La formulación de tal política de precios de transferencia, a su vez, no puede ser simplemente “importada” de otras jurisdicciones, aunque las experiencias comparadas pueden servir de piedra de toque para articular una política nacional en esta y muchas otras materias. Muy en particular, una lección que ofrece el Derecho Comparado, que tiene que ver con las propias técnicas de elaboración de la normativa mucho más pensadas, transparentes y abiertas, pasa por diseñar una política de precios de transferencia considerando los condicionantes micro y macroeconómicos, la regulación financiera-contable y la propia configuración del sistema tributario en el que vendría a operar la norma de precios de transferencia, esto es, el modelo impositivo (*worldwide vs. territorial/dual*; la normativa de transparencia fiscal internacional y de subcapitalización; las normas sobre asignación de gastos y sobre determinadas deducciones —I+D+i, *patent box*—; los CDI; el Convenio 90/436/CEE; el Derecho originario y derivado de la UE; etc.).

Ciertamente, todo esto nos sitúa en un escenario de elaboración de normas mucho más complejo, al que posiblemente no estemos acostumbrados. Pensamos que tal escenario, lejos de ser utópico o constituir una quimera académica, ya está siendo empleado por un cierto número de jurisdicciones que se posicionan en vanguardia y de ahí nuestra reflexión en aras de aportar un enfoque de crítica constructiva en línea con lo que consideramos que también es nuestro cometido como académicos.^(**)

^{**} Véase sobre estas cuestiones, Martín Jiménez (2010b).

COLECCIÓN
DOCTRINA TRIBUTARIA Y
ADUANERA



CAPÍTULO I

PRESUPUESTOS Y LIMITACIONES
DEL AJUSTE VALORATIVO
DEL ART. 16 TRLIS

SUMARIO

1. Introducción.
2. El cambio de filosofía de la normativa en materia de precios de transferencia con la LMPFF: Hacia el test de "racionalidad objetiva"
3. La naturaleza de la nueva norma en materia de operaciones vinculadas.
4. Presupuestos y límites del ajuste valorativo de conformidad con el art. 16 TRLIS: Comparación de la legislación antigua y la actualmente vigente. 4.1. El concepto de operación vinculada: El ámbito objetivo del art. 16 TRLIS. 4.2. Norma general del art. 16 TRLIS. 4.3. Normas específicas: Servicios intragrupo. 4.4. Normas específicas: Acuerdos de reparto de costes (ARC).

1. INTRODUCCIÓN

En el presente capítulo se pretende ofrecer una visión general tanto de las potestades que atribuye a la Administración el art. 16 TRLIS, en su versión derivada de la LMPFF, como de los presupuestos y límites, así como de los problemas que plantea sucesivos (fuentes en materia de operaciones vinculadas/precios de transferencia, procedimiento interno, amistoso o en el contexto del Convenio 90/436/CEE y, por último, régimen sancionador). La naturaleza general e introductoria de esta sección hace que, sin embargo, sea conveniente realizar una breve referencia a ciertos aspectos o mandatos normativos (*v. gr.*, ajuste secundario, servicios intragrupo o acuerdos de reparto de costes) que solo serán tratados posteriormente en lo que tiene relación directa con las cuestiones objeto de análisis en esta monografía.

El capítulo comienza ofreciendo una visión general de la filosofía a la que se adhiere el art. 16 TRLIS, en la redacción derivada de la LMPFF y sus modificaciones posteriores, para continuar, en el acápite 3, con una reflexión también general sobre los poderes y facultades que atribuye este precepto a la Administración tributaria. En el acápite 4 se estudian con detalle los presupuestos específicos de los ajustes que regula la norma comentada, subrayando las diferencias más destacables con su antecesora, el art. 16 de la originaria Ley 43/1995.

2. EL CAMBIO DE FILOSOFÍA DE LA NORMATIVA EN MATERIA DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA CON LA LMPFF: HACIA EL TEST DE “RACIONALIDAD OBJETIVA”

El aspecto más remarcable de la modificación en el régimen del art. 16 TRLIS derivado de la LMPFF se encuentra en el cambio de filosofía que introdujo con respecto a la Ley 43/1995. El texto originario del art. 16 TRLIS (derivado de la Ley 43/1995) se adscribía al grupo de legislaciones que conciben el régimen de operaciones vinculadas, sobre todo, como un arma en manos de la Admi-

nistración para luchar contra el fraude y la evasión fiscal. Es cierto que en la redacción originaria del precepto no aparecía ninguna mención o referencia a la "intención" del sujeto pasivo en relación con la valoración de sus operaciones vinculadas en el sentido de que mediante la manipulación del precio de transferencia con respecto al estándar de mercado, existía alguna finalidad elusiva. Sin embargo, tal intención subjetiva aparecía subsumida en los propios presupuestos de aplicación del precepto: allí donde se produjesen pérdidas recaudatorias netas o diferimientos de impuesto, el ánimo subjetivo, la voluntad de eludir la tributación en España, se presumía y la consecuencia natural de la constatación de la menor tributación o diferimiento era el ajuste de la operación para valorarla, por la Administración, a precios de mercado, sin necesidad de probar cuál era el ánimo que movió al sujeto pasivo para emplear precios distintos a los de mercado.

Con la finalidad confesada de adaptarse a las Directrices de la OCDE en materia de precios de transferencia (a este respecto, nos remitimos al tratamiento de esta cuestión en el Capítulo II), tal y como se recoge en la Exposición de Motivos de la LMPFF, la actual norma recoge una regla imperativa de valoración a precios de mercado de las operaciones realizadas entre personas o entidades vinculadas. Esto es, el principio de plena competencia alcanza su grado máximo de esplendor al imponerse la obligación, en todo caso, de valorar a precios de mercado las operaciones llevadas a cabo entre partes vinculadas. Es decir, de una potestad de "corrección" de casos patológicos que correspondía a la Administración en la redacción del art. 16 TRLIS vigente con anterioridad a la LMPFF, se ha pasado a la generalización de la obligación de valoración a precios de mercado, que en la actualidad se impone no solo a la Administración tributaria, sino también, con carácter general, para los sujetos pasivos del IS, IRNR e IRPF (con ciertas matizaciones en estos dos últimos casos, que serán objeto de análisis, especialmente en el Capítulo VI, Sección 5.6.). Con este cambio de dirección, la regulación del principio de plena competencia adquiere nuevos matices: no se trata ya tanto de luchar contra la evasión fiscal (por más que se consiga este efecto) como de delimitar qué bases imponibles se vinculan al territorio español y deben, en consecuencia, resultar gravadas por nuestros impuestos. Al tratar de situarse en el "contexto" del análisis de comparabilidad admitido en las Directrices de la OCDE (1995-2010), la determinación del valor de mercado se realizará por referencia a los cinco factores de comparabilidad, dato que exige fundamentalmente un análisis y comparación de naturaleza objetiva a la hora de determinar el precio de mercado, de manera que los motivos (comerciales o de elusión) que persigan quienes se apartan del precio de mercado o el grupo al que pertenecen resultarán, en la mayoría de los casos, irrelevantes a efectos de la aplicación del art. 16 TRLIS.

Lo cierto es que, a pesar de que el cambio de filosofía de la norma en materia de operaciones vinculadas es razonable (a diferencia de algunos aspectos vinculados a su desarrollo), presentar, como hace la Exposición de Motivos, el mismo como una exigencia de adaptación a lo dispuesto en las Directrices de la OCDE resulta, cuando menos, inexacto o excesivo. Si bien las Directrices de la OCDE parecen escorarse hacia una concepción objetiva del principio de plena concurrencia —que se presenta en ellas como un criterio de división de la base imponible entre distintas jurisdicciones y, en consecuencia, de reparto de la jurisdicción tributaria, más que como una norma antiabuso— tanto el art. 16 antiguo como el nuevo, derivado de la LMPFF, encuentran encaje o acomodo en los Comentarios al art. 9 MC OCDE 1963-2010 y en las Directrices en materia de precios de transferencia de la OCDE 1995-2010. En definitiva, tanto uno como las otras no son más que “directrices”, acuerdos de una organización internacional, la OCDE, con el suficiente grado de abstracción para que distintas formas de llevar a cabo un objetivo y legislaciones marcadamente diferentes encuentren un lugar en su (amplio y difuso) seno, siempre y cuando se respeten los principios básicos que articulan el “consenso” sobre la aplicación del principio de plena concurrencia representado a través de las propias Directrices.

El problema del art. 16 TRLIS, en su redacción anterior a la LMPFF, no era tanto de encaje con la doctrina de la OCDE como de operatividad práctica, de deficiencias en su diseño: la inversión de la carga de la prueba que operaba, de manera que correspondía a la Administración probar el valor de mercado, redundaba directamente en la inoperatividad del precepto, situando al contribuyente en la cómoda posición de no tener que dar explicaciones sobre qué hacía y por qué en materia de operaciones vinculadas y a la Administración en la difícil tesitura de tener que acreditar el precio de mercado en relación con empresas multinacionales o sectores cuyos detalles específicos desconocía completamente. Como consecuencia, todo el despliegue de medios probatorios acreditativos de la ausencia de valoración con parámetros propios del principio de plena concurrencia recaía (de forma desproporcionada) sobre las espaldas de la Administración. Ese era el talón de Aquiles del antiguo art. 16 (así como otros problemas técnicos que la norma presentaba), no su supuesta inadaptación a “normas” que, como se expone en el Capítulo II, no son ni tales, ya que no tienen fuerza jurídica vinculante, pero, sobre todo, no “imponen” un sistema u otro en relación con las operaciones vinculadas. La conversión del art. 16 TRLIS en una norma imperativa de valoración en la que la carga de la prueba, a través de la documentación, recae ahora sobre el contribuyente pretende dar respuesta a la insatisfactoria situación anterior, no a las Directrices de la OCDE en la materia.

3. LA NATURALEZA DE LA NUEVA NORMA EN MATERIA DE OPERACIONES VINCULADAS

La determinación de la naturaleza de la norma en materia de operaciones vinculadas ha sido una cuestión compleja no solo en el ordenamiento interno —desde su regulación en el año 1978 como una norma imperativa de valoración, pasando por la redacción original del art. 16 en la Ley 43/1995, hasta llegar a la regulación actualmente vigente, derivada de la LMPFF— sino también desde una perspectiva internacional.

De hecho, las Directrices de la OCDE en materia de precios de transferencia, (párr. 1.36-1.41. del Capítulo 1 de las Directrices de 1995; párr. 1.64-1.69 Capítulo 1 de las Directrices de 2010), así como el Capítulo 9 de las Directrices de 2010, parte IV (que tiene su antecedente en el documento de la OCDE de 19 de septiembre de 2008, *Discussion Draft on the Transfer Pricing Aspects of Business Restructurings, Issue Note* n.º 4) han dedicado cierta atención a las potestades que las normas en materia de operaciones vinculadas atribuyen a las administraciones nacionales.¹ Las ideas de estos documentos —no demasiado claras en ocasiones— pueden resumirse de la siguiente forma:

- 1) La comprobación por parte de la Administración tributaria de las operaciones vinculadas debe basarse en operaciones realmente efectuadas y solo “excepcionalmente” puede ignorarlas o sustituirlas por otras. A juicio de la OCDE, “la reestructuración de operaciones comerciales legítimas constituiría un ejercicio totalmente arbitrario que resultaría injusto como consecuencia de producir doble imposición cuando la otra Administración no comparta el mismo punto de vista sobre cómo debería estudiarse la operación” (Directrices 2010, párr. 1.64). El no reconocimiento de las transacciones debe ser una excepción y no la regla general: solo la detección de discrepancias entre lo pactado y lo ejecutado o la existencia de simulación debería llevar a la “recalificación” o “recharacterización” de las operaciones (Directrices 2010, párrs. 1.64 y 9.168).
- 2) En principio, la revisión de la política en materia de precios de transferencia debería partir del análisis de las operaciones realizadas por las partes y de los términos contractuales acordados (Directrices 2010, párr. 9.163).
- 3) Es perfectamente posible que en una revisión de la política de precios de transferencia de una empresa la Administración modifique el precio o las condiciones contractuales acordadas por las partes para adecuar la atribución de beneficios a condiciones de plena competencia (Directrices

1 En torno al alcance del *Discussion Draft* de la OCDE, véase Calderón (2009).

2010, párrs. 9.165-166). Es decir, el análisis de comparabilidad debe extenderse tanto al precio como a las condiciones acordadas por las partes (entendiendo por tales no solo las pactadas, sino las efectivamente ejecutadas), para que ambas sean llevadas a "mercado". De las propias Directrices de 1995 ya se derivaba esta idea (por ejemplo, en los párrs. 1.26-29 Directrices 1995, que se corresponden con los actuales párrs. 1.48-53 Directrices 2010), que establecían las líneas a seguir por las administraciones tributarias que, en un análisis de distribuciones de funciones y riesgos, deseaban rechazar la distribución formal de los mismos que las partes vinculadas presentan. Repárese que el desconocimiento de una cierta cláusula o contrato, en este caso no es tanto el ejercicio de una función recalificadora como una consecuencia implícita del principio de plena competencia: si la asignación de riesgos sobre tipos de cambio o la realización de determinadas operaciones de cobertura con derivados y opciones está diseñada para "colocar" rentas en la parte que no las obtendría en condiciones de plena competencia, el restablecimiento del precio de mercado pasa por desconocer ciertas cláusulas o contratos específicos.

- 4) Sin embargo, en dos casos particulares puede resultar adecuado y legítimo que la Administración desconozca las operaciones realizadas por los contribuyentes de una forma global (Directrices 2010, párr. 1.169):
 - a) Cuando la esencia económica de la operación difiere de su forma, en cuyo caso puede recharacterizarse la operación vinculada de acuerdo con su sustancia, lo cual exige que se tengan en cuenta todos los hechos y circunstancias de la operación examinada (contexto económico y comercial, objeto y efectos, conducta de las partes, incluyendo las funciones, riesgos, activos que cada uno tiene o asume) (Directrices 2010, párr. 9.170). El ejemplo que dan las Directrices 1995 (párr. 1.37) y 2010 (párr. 1.65) es el de un préstamo con devengo de intereses cuando, en plena competencia, en función de las circunstancias económicas de la prestataria, la inversión no hubiese adoptado tal forma, en este caso, la Administración podría calificar el préstamo como contribución de capital.
 - b) Cuando, coincidiendo la forma y el fondo de la operación, los acuerdos relativos a la misma, valorados globalmente, difieran de los que han sido adoptados por empresas independientes que actúan de modo racional desde un punto de vista comercial y su estructuración real impida que la Administración determine el precio de transferencia apropiado (desarrollado en los párrs. 9.171 y ss. Directrices 2010). El ejemplo que emplean las Directrices 2010 (párr. 1.65), a estos efectos,

es el de un contrato a largo plazo en el que se realiza un pago único a cambio de derechos ilimitados sobre intangibles que resulten de investigaciones futuras; en este caso, la operación debería ser recalificada como transmisión de un activo comercial, pero sería adecuado que la Administración tributaria configurase las condiciones del contrato en su totalidad (y no únicamente en relación con la fijación del precio) de acuerdo con las que razonablemente se hubieran esperado si la transmisión del activo hubiera constituido el objeto de la operación entre empresas independientes. Tal acuerdo, en su totalidad, se podría reconfigurar como si se tratara de un acuerdo de investigación. Esta segunda excepción se descompone en dos requisitos cumulativos:

- i. Que la estructura impida a la Administración la determinación de un precio de transferencia adecuado: si la transacción permite encontrar un precio de transferencia adecuado, con independencia de que no se lleve a cabo en el mercado entre partes independientes y de que la Administración pueda tener dudas acerca de su razonabilidad comercial, en principio, no debería desconocerse la misma (Directrices 2010, párrs. 9.172 y 9.180).
- ii. Un test de racionalidad comercial de los acuerdos: este test debe tomarse en el sentido que resulta necesario interpretar si una empresa que se comporta de forma racional desde el punto de vista comercial habría o no llegado al acuerdo controvertido. Si puede comprobarse que acuerdos similares existen entre partes independientes, entonces no resultará posible desconocer la operación, pero debe procederse con cautela, incluso allí donde tales datos no existan. En estos casos, el principio rector para la OCDE es si la empresa cuyas transacciones van a ser ajustadas tenía otras opciones de estructurar sus operaciones, consideradas de forma conjunta (no aislada) de una manera diferente a como lo hizo con la parte vinculada y si la estructura final elegida le produce consecuencias que una parte independiente no estaría dispuesta a soportar. Es importante subrayar que la OCDE enfatiza que: (1) el test de racionalidad o lógica económica debe aplicarse en el contexto de una transacción vinculada entre dos personas asociadas, de suerte que el reconocimiento y aceptación de las razones comerciales y lógica económica de grupo termina implicando un reconocimiento de la singularidad y fisonomía propia de las operaciones entre empresas asociadas, y que éstas y los grupos realizan negocios y transacciones que no llevan a cabo empresas independientes; tal reconocimiento por parte de la OCDE implica, como regla, el respe-

to (no desconocimiento o *disregard*) de las reestructuraciones empresariales intragrupo y de las operaciones vinculadas; ahora bien, la aceptación de las razones y lógica económica de los grupos no supone, en todo caso, su aceptación desde el plano aplicativo del principio de plena competencia, de suerte que, aun reconociéndose las operaciones de reestructuración, éstas tienen que valorarse en términos acordes con el principio de plena competencia, esto es, las contraprestaciones deben ser aceptables si hubieran sido negociadas por partes independientes (Directrices 2010, párrs. 9.178 y 9.179); y (2) la finalidad fiscal del acuerdo es irrelevante en este análisis de racionalidad, ya que la existencia de un motivo fiscal no justifica el desconocimiento de la transacción o acuerdo concreto (Directrices 2010, párrs. 9.181 y 182).

- c) Las consecuencias del desconocimiento de una operación o transacción concreta serían las siguientes (Directrices 2010, párrs. 9.183 a 9.187):
- i. Allí donde existe una sustancia económica distinta de la forma, se puede recharacterizar la operación de conformidad con la primera.
 - ii. Allí donde la transacción no se ajusta en sus condiciones a la racionalidad comercial, la Administración podrá llevar la misma a condiciones de mercado.
 - iii. En ambos casos, las administraciones tributarias deben tener en cuenta qué sería lo normal a precios de mercado y la realidad subyacente a la operación.

El Capítulo 9 de las Directrices 2010 (párrs. 9.188 y ss.) da varios ejemplos que pueden resultar ilustrativos. Curiosamente, todos parten del presupuesto que recorre tal capítulo y que puede ser bastante interesante tener en cuenta: este documento está dirigido a los problemas en términos de precios de transferencia que presentan las reestructuraciones empresariales (excluyendo las operaciones de fusión/escisión), por lo que, de los ejemplos, se deduce que lo que pretende el documento al explicar con mayor detalle las pautas generales establecidas en los párrs. 1.36-1.37 Directrices 1995 y párrs. 1.64-1.65 Directrices 2010 es determinar cuándo las administraciones tributarias no deben aceptar cambios —concretos o específicos— en el modelo empresarial, porque no son compatibles con una auténtica operativa en condiciones de plena competencia. Los ejemplos son los siguientes:

- 1) Sociedad Z, distribuidora de productos de lujo, que tiene un nombre comercial de alto valor, contratos a largo plazo con proveedores y pun-

tos de venta también con un valor importante. Su integración en un grupo multinacional lleva a que transfiera todos sus activos a otras sociedades del grupo, de manera que pasa a convertirse en un distribuidor (comisionista) que no asume riesgo alguno. Si tal reestructuración persigue un alineamiento con la política del grupo multinacional —que, además, resulta impuesta por los órganos directivos de este— en el que se integra y tanto la retribución por la cesión de los activos (nombre comercial, contratos a largo plazo, inmuebles en los que desarrolla la venta) como su retribución como distribuidor, sin asunción de riesgos, se realizan en condiciones de mercado, la transacción no puede ser desconocida por la Administración tributaria (Directrices 2010, párrs. 9.188 y 9.189).

- 2) Una multinacional A, cuyos productos derivan su valor no de sus características técnicas sino del nombre comercial y el conocimiento de la marca (que para ello desarrolla intensas campañas de marketing). La multinacional A centraliza todas las funciones del grupo (servicios intragrupo, contratos con filiales manufactureras y contratos con distribuidores del producto) y su beneficio se deriva de la remuneración por los intangibles, las actividades de marketing y los servicios centrales que presta. Tras una reestructuración, las marcas se transfieren a una sociedad Z por un precio a tanto alzado. Si no existen datos fiables de que entre partes independientes se operaría de forma similar a como lo hacen entre Z y A (Z ahora tiene parte de los beneficios que antes correspondían a A) y Z no tiene sustancia alguna (un trust desarrolla las funciones de mantenimiento de la sociedad, que no tiene empleados o administradores que ejerzan funciones específicas para el desarrollo de las marcas y el marketing, directores de A vuelan una vez al año a Z para dar validez a las decisiones formalmente tomadas por ella, pero tales decisiones se preparan de forma efectiva en A, y la mayoría de las funciones las desarrollan empleados de A), una adecuada consideración de los hechos y circunstancias del caso lleva a la conclusión de que la realidad económica difiere de la forma, ya que la sociedad Z no tiene capacidad alguna para asumir los riesgos que se le han atribuido en el acuerdo al que han llegado las partes. Además, no parece que exista ninguna razón comercial para el acuerdo. En estas circunstancias, el párr. 1.65 Directrices 2010 permitiría desconocer la operación. Si, por el contrario, existe una transferencia sustancial de funciones, activos, riesgos y personal desde A a Z, con independencia de lo que ocurra en relación con las normas anti-elusión, la transacción se debería reconocer, ya que la realidad económica seguiría a la forma (véanse párrs. 9.190 a 9.194).

De lo anterior se deriva que, para la OCDE, la normativa en materia de operaciones vinculadas es, fundamentalmente, una regla de valoración, que solo de forma excepcional, en las condiciones señaladas en las Directrices y el *Discussion Draft*, se convertirá en un instrumento de recalificación de operaciones entre partes vinculadas. Tal ejercicio de recalificación debe efectuarse única y exclusivamente allí donde el restablecimiento del principio de plena competencia lo demande, es decir, la norma en materia de operaciones vinculadas no opera como una norma antifraude de ley o de recalificación más que allí donde, excepcionalmente, el restablecimiento del principio de plena competencia así lo exija. A nuestro entender, la principal aportación derivada del *Discussion Draft* de la OCDE de 2008 (el Capítulo 9 de las Directrices 2010) reside precisamente en limitar los supuestos y circunstancias en los que las autoridades fiscales pueden aplicar el principio del *disregard* o “no reconocimiento” de la transacción o estructura, de manera que se admite la legitimidad o conformidad con el principio de plena competencia de aquellas operaciones o estructuras articuladas por los grupos multinacionales y que no se presentan o no son empleadas con frecuencia por partes independientes, allí donde tales operaciones o estructuras poseen un propósito empresarial, esto es, responden al modelo organizativo o de negocio del grupo de empresas y además concurre el elemento de la sustancia económica.² Así, en último análisis, la corrección interpretativa llevada a cabo por la OCDE en el Informe 2008 (Capítulo 9 de las Directrices 2010) conduce a vaciar o privar de sentido y contenido el segundo presupuesto o circunstancia que permite la aplicación del principio de no reconocimiento (casos donde no hay discrepancia entre el fondo y la forma, pero la operación o estructura articulada no coincide con la empleada típicamente por las empresas independientes), en la medida en que las circunstancias en las que se considera que tal principio (el *disregard*) resulta ahora aplicable constituyen fundamentalmente casos en los que hay discrepancia entre la sustancia económica y la forma (casos de simulación de hechos al carecer de sustancia económica, o en los que la estructura u operación atípica carece de propósito o fundamento empresarial). Sin embargo, la OCDE no llega a reconocer este vaciamiento del segundo presupuesto del principio del *disregard*, ni tampoco clarifica que el primer presupuesto del referido principio debe interpretarse a la luz de las clarificaciones recogidas en el Informe OCDE de 2008 (Capítulo 9 de las Directrices 2010), lo cual resulta criticable y hasta paradójico por la naturaleza de estos documentos.³ En

- 2 Véase Calderón (2009). En este sentido se ha pronunciado M. Bennet, en aquel momento *head of the OECD Tax Treaty and Transfer Pricing Division*, cuando comentando la nota 4 del Informe OCDE 2008 afirmó: *The mere fact that you see an arrangement that you wouldn't see between unrelated parties... in itself is not enough to say that's not arm's length*. Véase Elliot (2008), p. 286.
- 3 Algunos autores han tratado de explicar estas contradicciones internas del Informe OCDE 2008 (extrapolables en gran medida al Capítulo 9 Directrices 2010), observando que la falta

buena medida, podría decirse que la OCDE se ha decantado por un análisis de tipo “valorativo” de las operaciones intragrupo, para que las autoridades fiscales centren su supervisión fiscal en los aspectos valorativos de las operaciones (los precios de transferencia), siempre y cuando las operaciones o estructuras realizadas sean reales o genuinas y medie sustancia económica. De esta forma se estrecharía considerablemente el ámbito de aplicación del principio del *disregard* y de los enfoques nacionales basados en el principio de sustancia vs. forma, lo cual contribuiría a cercenar esta fuente de inseguridad jurídica y de conflictos fiscales. Sin embargo, las salvedades que se hacen en relación con la posibilidad de aplicación de las normas anti-elusión en ciertos casos donde el *disregard* no resulta aplicable para adaptar la situación al principio de plena competencia, porque se entiende que existen razones comerciales, de alguna manera puede haber desplazado el conflicto a otro campo: la aplicación de las normas internas anti-elusión a situaciones que se estima cumplen con el principio de imposición a precios de mercado.

Lo cierto es que, al margen de la posición de la OCDE, en el plano interno la interacción entre las normas anti-elusión o sobre recalificación internas con la normativa en materia de operaciones vinculadas nunca fue clara (y la introducción del “ajuste secundario” en la nueva normativa contribuye a oscurecer la aplicación del art. 16 TRLIS). Actualmente, de hecho, existen tres tendencias jurisprudenciales que no son fácilmente armonizables entre sí o con la concepción del *disregard* de conformidad con los principios que acabamos de exponer.

En un primer momento, la jurisprudencia y doctrina de los tribunales relativa al art. 16 de la originaria Ley 43/1995 o del art. 16 de la LIS de 1978 trató de poner límites a la utilización de la norma en materia de operaciones vinculadas, como instrumento en manos de la Administración para recalificar las operaciones entre partes vinculadas y presumir la existencia de operaciones/rentas allí donde estas no existen realmente (por ejemplo, no se puede presumir préstamos entre entidades vinculadas allí donde en la venta de un terreno se pactó un

de un auténtico consenso interno entre las distintas administraciones tributarias de países miembros de la OCDE, de suerte que algunas autoridades fiscales vendrían a defender la posición que ha prevalecido en el informe la inaplicación del principio del no reconocimiento, a pesar de que la operación o estructura no se realice entre partes independientes si tiene un propósito empresarial basado en el modelo de negocio o estructura del grupo, en tanto que otras administraciones consideran que allí donde partes independientes no hubieran realizado tal operación habría que aplicar el principio del no reconocimiento. Es decir, de alguna forma el Informe OCDE 2008 y, con alguna corrección, el Capítulo 9 Directrices 2010, vendría a poner de relieve la tensión que existe entre las dos escuelas de pensamiento en esta materia, y cómo tal tensión podría estar reequilibrándose hacia la primera línea de pensamiento apuntada, en aras de flexibilizar la aplicación del principio de plena competencia. Véase Granwell y Gignor (2008), pp. 553-554.

precio aplazado cuando, a la vista de la operación, no se puede deducir que no se haya realizado en condiciones normales de mercado; véase al respecto la STS de 8 de febrero de 2008). Así, tanto la Audiencia Nacional como el Tribunal Supremo (véase, por ejemplo, las STS de 8 de febrero de 2008, de 6 de noviembre de 2006 o las SAN de 11 de junio de 2007 o de 4 de octubre de 2007) han venido insistiendo en la naturaleza de la norma en materia de operaciones vinculadas como un instrumento que permite a la Administración realizar valoraciones a precios de mercado, pero no reconfigurar a su antojo la operación realizada entre las partes. En este sentido, son altamente ilustrativas de la posición de los tribunales las conclusiones de la SAN de 9 de marzo de 2011, rec. 111/2008, fj. 5 (afecta tanto al art. 16 LIS 1978 como al art. 16 Ley 43/1995; a similares conclusiones llegó la SAN de 4 de octubre de 2007, fj. 8, sobre la naturaleza de los poderes que el antiguo art. 16 LIS de 1978 atribuía a la Administración).

El art. 16 de la Ley 43/95, como ya ha dicho reiteradamente esta Sala, tanto en relación con la mencionada Ley como en aplicación de la Ley 61/78, obliga a la Administración a ajustar las operaciones vinculadas —esto es, llevadas a cabo por sujetos de derecho no independientes entre sí—, a los precios propios en el mercado para los negocios jurídicos de la misma naturaleza. Así, el precepto señala: “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...”

También se ha señalado con reiteración que el precepto consagra una presunción a favor de la Administración de que la operación vinculada no se efectuó a precios de mercado, no obstante la prueba en contrario que el sujeto pasivo pudiera intentar sobre las condiciones pactadas o de mercado a que se acogieran tales negocios, precisamente porque la vinculación entre las partes negociales hace presumir irrefutablemente la negociación de unas condiciones no fijadas siguiendo el patrón jurídico y económico de los intereses contrapuestos propio de los contratos o negocios jurídicos.

Ahora bien, en el esquema legal para la determinación y valoración de las operaciones vinculadas, la presunción *iuris et de iure* se extiende a las consecuencias patrimoniales derivadas de la celebración de negocios o de “operaciones”, en la terminología legal, pero no puede servir de excusa para que la Administración suponga la existencia misma de tales operaciones y atribuya un valor o efecto determinado a sus prestaciones típicas y condiciones esenciales. En otras palabras, una cosa es que, ante la certeza de una operación llevada a cabo que pueda cali-

ficarse jurídicamente y que se conozca en sus notas principales pueda la Inspección valorar las prestaciones adaptándolas a los precios comunes en el mercado y otra bien distinta que ante una mera apariencia negocial, plasmada en el caso presente en la existencia de unos saldos contabilizados, tenga la Administración potestad para decidir, sin posibilidad de réplica, cuál es la naturaleza del negocio jurídico, cuál es el importe del débito principal, cuáles son los periodos en que debe efectuarse la devolución de las cantidades transferidas y, en suma, a qué clase de negocio habría que aplicar los "precios normales de mercado" que, como cabe suponer, no son iguales cuando se trata de una compraventa, de un arrendamiento, de un préstamo, de una relación de cuenta corriente mercantil, etc.

Esto es, para determinar el valor de mercado de unos intereses presuntos, como es el caso, es preciso determinar primero, de forma motivada y razonable, cuál es la operación sobre la que se dirige el ajuste. En lo que respecta al caso presente, no hay, a este respecto, motivo alguno para suponer, sin dato alguno justificativo sobre el que la Administración haya razonado, no ya la existencia de un préstamo de la entidad Promociones VLT a la recurrente PEÑAS, sino su importe mismo, como tampoco consta de ningún modo que constase el calendario pactado para los pagos (en lo que respecta al pretendido préstamo) y estos se desconoce cuándo tuvieron lugar o debieron tenerlo en función de la relación jurídica principal, que se ignora.

En resumen, el deber a que se refiere la liquidación se monta sobre la existencia de un interés presunto que la recurrente debía obtener por supuestos préstamos de una entidad vinculada, por razón de una relación jurídica que la Inspección califica sin prueba alguna como préstamo y, además, hace coincidir los saldos anuales con el capital sobre el que aplicar el interés presunto o derivado del "precio de mercado", sin base para ello.

Las razones señaladas conducen a la estimación del recurso, pues la Administración se ha extralimitado, utilizando una potestad legal que le habilita para ajustar las operaciones vinculadas a sus valores de mercado para perfilar la existencia, cuantía y condiciones principales de la obligación u operación sobre el que dichos intereses presuntos se aplican sin fundamento legal para ello y sin motivación suficiente para desmentir que el negocio efectivamente concertado fuera realmente una cuenta corriente mercantil y no un préstamo, pues como esta Sala ha declarado repetidamente, la presunción *iuris et de iure* establecida en favor de la Administración en el art. 16.1 LIS apodera a esta para suponer que, de una operación dada, derivan unas consecuencias económicas y, por ende, fiscales, que le habilitan para acomodar sus efectos económicos y fiscales al valor de mercado, pero no puede expandirse más allá de lo que la ley autoriza, soslayando el deber de establecer de forma incontrovertible el presupuesto de hecho de su propia competencia, la operación vinculada misma, no solo en su existencia

sino en su naturaleza jurídica, condiciones pactadas para la devolución y cantidades, en definitiva, sobre las que aplicar el interés presunto.

En suma, la Administración podría calificar como préstamo la operación, pero acudiendo a la motivación, fundada en la potestad de calificación establecida, para el expediente que nos ocupa, en el art. 28.2 de la LGT o, en este caso, al mecanismo de la simulación —pues de hecho se está denunciando la existencia de un contrato bilateral aparente, el de cuenta corriente mercantil, que encubre otro disimulado, el de préstamo o mutuo, sin razonar en lo más mínimo por qué el negocio sobre el que debe versar el ajuste es el de préstamo y no el efectivamente concertado en el contrato suscrito en 1995, cuya validez y eficacia no se pone en tela de juicio por la Administración, el de cuenta corriente mercantil, lo que no solo hace incurrir a esta en ilicitud, en el sentido de que no le ampara, en el ejercicio de esa facultad de calificación, la presunción que le otorga el reiterado art. 16 LIS, sino que debe razonar ampliamente sobre la recalificación de la operación que lleva a cabo, cuya omisión vicia la actividad misma del ajuste efectuado, pues no es lo mismo el valor de mercado referido a un préstamo mercantil que dicho valor referido a una operación de naturaleza diferente.

Todo ello nos obliga a estimar el recurso en este punto concreto, máxime cuando la Inspección tampoco ha motivado que el interés legal del dinero coincida con el valor normal de mercado con que se retribuirían los intereses de los préstamos mercantiles llevados a cabo por unas entidades mercantiles —no financieras— a otras, aspecto este sobre el que la liquidación no presenta razonamiento alguno, sino que da por supuesta esa coincidencia, cuando no la afirmación apodíctica de que la elección de esa variable del interés legal del dinero le es más beneficiosa a la interesada, declaración ayuna de toda justificación, que no presta ni el TEAC, limitado aquí a respaldar a ultranza el acto de la Administración sometido a su tarea revisora, ni el Abogado del Estado, que en este punto no hace otra cosa que abstenerse de razonar explícitamente, remitiéndose de nuevo a la resolución del TEAC y abdicando con ello de su deber procesal.

De esta corriente, podría deducirse que la doctrina de la SAN parece que se mostró mucho más estricta que la propia OCDE: la norma sobre operaciones vinculadas tan solo concede a la Administración la posibilidad de valorar a precios de mercado aquellas operaciones realizadas, pero no entraña el otorgamiento de potestades recalificadoras específicas similares a las que otorga el art. 13 (norma sobre calificación) o el art. 16 LGT (norma sobre simulación).⁴

4 *Obiter dicta*, también la STS de 4 de febrero de 2010, rec. n.º 9740/2004, fj. 9 parece identificar la norma sobre operaciones vinculadas con una regla de valoración: “el art. 16 se limita a determinar la renta derivada de la valoración administrativa pero sin calificar de forma expresa dicha renta en función de su naturaleza”.

Recuérdese, sin embargo, que la OCDE consideraba que excepcionalmente la Administración podía, por exigencias propias del restablecimiento del principio de plena concurrencia, recalificar las transacciones sobre la base de la operación efectivamente realizada o sobre la consideración del conjunto de circunstancias que rodean a las relaciones entre las partes, pero siempre con una finalidad clara: restablecer las condiciones de plena competencia.

No obstante, tal corriente doctrinal asentada se ha visto empañada por otras dos líneas doctrinales, a nuestro juicio, incompatibles con ella. Por una parte, la SAN de 2 de febrero de 2011, rec. n.º 29/2008, recalifica como aportación de capital un contrato de préstamo en el que, entre otros, no existía plazo de devolución, no se devengaban intereses en los periodos en los que no existían ganancias por la prestataria, y se dejaba la terminación del contrato a la voluntad de las partes o a los casos de quiebra. Es sorprendente en esta sentencia que ni la AN ni el TEAC en su Resolución de 22 de noviembre de 2007 (n.º 2225/2006) indiquen si sus conclusiones se basan en el art. 16 LIS (la operación se refería a los ejercicios 2000 a 2002) o en otro precepto de la LGT y que, como única referencia legal, aparezca una mención en los hechos, por referencia al informe del actuario, según la cual la base jurídica de la citada recalificación es el art. 23.2 LGT 1963 (norma que, como se recordará, establecía una regla de interpretación, no de recalificación, que se encontraba en el art. 28.2 LGT 1963). A nuestro juicio, la recalificación que opera la AN, en el momento actual, solo podría tomar como fundamento el art. 13 LGT 2003, pero no el art. 16 TRLIS, ya que esta norma se refiere únicamente a la valoración de operaciones. Y, en este sentido, la falta de clarificación por parte de la sentencia comentada no hace sino empañar un debate ya de por sí complejo. Repárese que no nos estamos refiriendo al tipo de operaciones en las que la recalificación se produce con posterioridad al ajuste valorativo, para determinar la naturaleza de los excesos de tesorería que quedan en manos de una de las partes, cuestión que aborda en la actualidad la norma del art. 16.8 TRLIS sobre ajuste secundario (tales recalificaciones se habían admitido por la doctrina de los tribunales para ejercicios anteriores a la entrada en vigor de la actual redacción del art. 16 TRLIS; véase, por ejemplo, la SAN de 16 de marzo de 2011, rec. n.º 121/2008).

Por otra parte, no debe olvidarse que un grupo de sentencias de la AN (de 21 de mayo de 2009, rec. n.º 416/05; de 21 de septiembre de 2009, rec. n.º 210/2006 y de 30 de marzo de 2011, rec. n.º 63/2008) viene pretendiendo atribuir al equivalente en los CDI al art. 9 MC OCDE 1963-2010 una función que no tiene, ni de conformidad con las Directrices ni por su relación con la legislación interna, de manera que admite, sobre la base del citado precepto en los CDI que considera, la posibilidad de que se convierta en la base jurídica de la calificación de las operaciones vinculadas como simuladas o en fraude de ley. Simple y llanamen-

te, a la vista de la doctrina de la OCDE y por las razones que con más detalle explicamos en el capítulo siguiente sobre la relación del art. 9 MC OCDE con la legislación interna, tal posición es incorrecta. La declaración de simulación, el fraude de ley o la calificación en atención a la verdadera naturaleza de un contrato no son efectos que se deriven del art. 16 TRLIS, norma que solo admite la reconducción de la operación o transacción al “valor de mercado” y mucho menos del art. 9 MC OCDE (que, como se deriva de las Directrices, solo admite la doctrina del *disregard* allí donde sea exigible por aplicación del principio de plena competencia y, como explicamos con más detalle, no opera en el vacío, sin el complemento de la normativa interna).

A la vista de las anteriores consideraciones, ¿qué naturaleza cabe atribuir al art. 16 TRLIS en su actual redacción?, ¿es una norma de valoración o también una norma que permite las recalificaciones de algunas operaciones o su consideración como simuladas o en fraude de ley? A nuestro juicio, en cualquier caso debe prevalecer el carácter de norma de valoración del art. 16 TRLIS —lo confirman su ubicación sistemática en el Capítulo IV del TRLIS dedicado a normas de determinación de la base imponible, así como su redacción literal— de manera que las recalificaciones, declaraciones de fraude de ley (conflicto en la aplicación de leyes) o simulación deben realizarse en su contexto y con el fundamento jurídico adecuado, los arts. 13, 15 y 16 LGT. Algún sector doctrinal vinculado a la Administración tributaria⁵ ha tratado de conectar el art. 16 TRLIS, tras su revisión por la LMPFF, directamente con el art. 34.2 Código de Comercio.⁶ A juicio de estos autores, el actual art. 16 TRLIS no hace sino trasladar al ámbito fiscal la obligación de valoración contable de conformidad con el mercado y, en consecuencia, debido a ello, el art. 34.2 Código de Comercio (la obligación de tener en cuenta el fondo de la operación y no solo su forma) se convierte en un elemento más en la aplicación del art. 16 TRLIS, erigiéndose el ajuste secundario que regula el art. 16.8 TRLIS en el arma en manos de la Administración para efectuar la recalificación de las operaciones que la normativa contable demanda.

Lo cierto es que, a la vista de la interpretación del principio de plena competencia por la OCDE, la jurisprudencia anterior y por las consideraciones que añadimos en el capítulo siguiente sobre las relaciones del art. 16 TRLIS con la normativa contable, difícilmente pueden aceptarse tales postulados: si, como la Exposición de Motivos de la LMPFF reclama, la nueva redacción del art. 16 TRLIS responde a la necesidad de alinear la normativa española con las Directrices

5 Véase Sanz Gadea (2010) y Maroto Sáez (2008).

6 “Las cuentas anuales deben redactarse con claridad y mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa, de conformidad con las disposiciones legales. A tal efecto, en la contabilización de las operaciones se atenderá a su realidad económica y no solo a su forma jurídica”.

de la OCDE, difícilmente puede leerse en el contexto del art. 16 un principio de calificación trayendo al “contexto” de este artículo la regulación contable o del Código de Comercio. Como la jurisprudencia reconoce, el art. 16 TRLIS es principalmente una norma de valoración; es, en concreto, la norma que permite a la Administración determinar si una operación se ha realizado ajustándose al principio de plena competencia, en cuanto al precio o a las condiciones que la rodean, pero no puede convertirse en el sustitutivo de los arts. 13, 15 y 16 LGT. Es decir, el ejercicio de poderes de recalificación a través de la aplicación del art. 16 TRLIS solo puede estar orientado a valorar la operación a precios de mercado; ya que, en otro caso, se deberán aplicar los citados artículos de la LGT. E incluso en estos supuestos, la valoración que implique el desconocimiento de operaciones o cláusulas contractuales debe necesariamente tener carácter excepcional. En este sentido, tampoco el art. 16.8 TRLIS (ajuste secundario) puede servir de fundamento para efectuar la recalificación de la operación vinculada, por cuanto en la práctica su efectividad está limitada a los excesos de tesorería que se ponen de manifiesto como consecuencia de los ajustes primarios y, en su caso, correlativos. Esto es, el ajuste secundario es una consecuencia de los ajustes primario y correlativo, de una operación de valoración previa, no el desencadenante de estos últimos y, en este sentido, su función es bien distinta a la propia de los arts. 13.15 y 16 TRLIS. En definitiva, en nuestro ordenamiento puede proponerse una división muy similar a la que avanza el Capítulo 9 de las Directrices de la OCDE 2010: el art. 16 TRLIS es el instrumento para corroborar que la operación se realiza a precios de mercado, en condiciones de plena competencia, y en su seno debe apreciarse si existen razones comerciales objetivas para desarrollar una determinada operación (a la luz del estudio de los factores de comparabilidad y del análisis de comparables); correspondiendo el análisis de la motivación subjetiva al ámbito de las cláusulas anti-abuso.

Tal distinción que la OCDE propone y que —como defendemos— tiene reflejo en nuestro ordenamiento, plantea problemas evidentes que la jurisprudencia comunitaria ha tratado de abordar (véase el acápite 6 del Capítulo II). ¿Deben admitirse las razones subjetivas —incluso las motivaciones del grupo societario y no específicamente del contribuyente— como elemento de justificación en el análisis de comparabilidad? La respuesta del TJUE en la sentencia *SGI*, aunque no clara, fue afirmativa. ¿Debe admitirse el ataque de estructuras plenamente fundadas desde la perspectiva del principio de imposición a precios de mercado sobre la base de las normas anti-abuso internas? También aquí la respuesta que se está dando en algunas jurisdicciones es afirmativa.⁷ Sin duda, se trata

7 Véase a estos efectos, en Italia, la sentencia de 23 de febrero de 2010 de la Corte di Cassazione (Sala tributaria) n.º 4272/2010.

de cuestiones que serán importantes en los próximos años. En la práctica de nuestro ordenamiento, sin embargo, la línea que separa el fraude de ley o la simulación de aquellos supuestos donde la Administración ejerce facultades de recalificación a la luz del art. 16 TRLIS es muy fina y difícil de trazar. A nuestro juicio, el art. 16 TRLIS está configurado como una norma de valoración y no como una cláusula de recalificación, y la interpretación a la luz de las Directrices de la OCDE de Precios de Transferencia no transforma su naturaleza; para que la cláusula española que articula el principio de plena competencia tuviera carácter bifronte o dual, esto es, efectos valorativos y excepcionalmente recalificatorios, tendría que reconfigurarse ya alineándose con el art. 9 MC OCDE, como hizo el legislador neerlandés en el año 2000, ya estableciendo expresamente tal vertiente recalificatoria como se ha establecido en países como EE. UU. y Canadá. Posiblemente, el ejercicio de las potestades que los arts. 13, 15 y 16 LGT otorgan a la Administración debiera hacerse considerando la doctrina de la OCDE, vertida en el Capítulo 9 de las Directrices de Precios de Transferencia, en torno a la admisibilidad de las razones y lógica de los grupos empresariales. Este aspecto de la regulación española de precios de transferencia sin duda es otra de las múltiples cuestiones que deberán valorarse en una futura reforma del precepto.

4. PRESUPUESTOS Y LÍMITES DEL AJUSTE VALORATIVO DE CONFORMIDAD CON EL ART. 16 TRLIS: COMPARACIÓN DE LA LEGISLACIÓN ANTIGUA Y LA ACTUALMENTE VIGENTE

4.1. El concepto de operación vinculada: El ámbito objetivo del art. 16 TRLIS

Si bien, en relación con el ámbito objetivo de la norma sobre operaciones vinculadas, el art. 16 TRLIS, en su versión derivada de la LMPFF, no añadió ninguna novedad, el cambio de régimen que introdujo, con estrictas obligaciones de documentación a cargo de los contribuyentes (mitigadas, en parte, por el Real Decreto 1793/2008 y las reformas legales y reglamentarias del año 2010), pone de manifiesto que el precepto, tal y como está redactado en la actualidad, resulta desproporcionado. En efecto, se consideran en pie de igualdad operaciones tan distintas como las puramente empresariales (*v. gr.*, prestaciones de servicios intragrupo, cesiones o compras de intangibles, venta de mercaderías) y las realizadas con socios personas físicas, determinadas personas a ellos ligadas por razones de parentesco, o incluso los administradores societarios (o algunos de sus parientes).

En el contexto de los CDI, el art. 9 MC OCDE 2010 no se aplicará allí donde cualquiera de las partes no actúe en el ámbito de una "empresa", en el sentido

que tal término adquiere en el art. 3.1.c MC OCDE 2010. Pretender, en consecuencia, aplicar el régimen derivado de las Directrices de la OCDE en materia de precios de transferencia 1995-2010 a operaciones que están fuera del art. 9 MC OCDE 2010, sujetándolas a similares obligaciones sobre análisis funcional y de comparabilidad o aplicación de métodos de valoración, documentación o ajuste secundario que a las cubiertas por el citado precepto, es completamente desproporcionado por un doble orden de motivos.

En primer lugar, ¿tiene algún sentido aplicar el régimen del art. 16 TRLIS, a operaciones como la cesión de un inmueble a los administradores o socios personas físicas o el pago de su sueldo, los préstamos socio-sociedad al margen de una actividad empresarial, o las ventas de acciones entre estas partes, etc.? Si bien se trata de operaciones que procede valorar a precios de mercado, deberían tener un régimen específico distinto del general del art. 16 TRLIS, que se ha tratado de mitigar con las reformas de 2010, pero que todavía ocasiona importantes dudas y dificultades aplicativas. Puede argumentarse que para eso está el art. 41 LIRPF, pero, como es sabido, tal disposición depende estructuralmente en sus términos de aplicación del art. 16 TRLIS, de manera que no puede decirse que articule un régimen propio (probablemente ni siquiera sancionador; véanse a estos efectos las consideraciones que hacemos en el Capítulo VI) para las operaciones que estamos comentando. En segundo lugar, muchas de las operaciones cubiertas por el art. 16 TRLIS y que, a nuestro juicio, debieran caer fuera del ámbito objetivo de este precepto, podrían tener una manifiesta voluntad elusiva o directamente fraudulenta, por lo que no se entiende que se excluyan del régimen sancionador general para quedar sometidas al art. 16 TRLIS.

4.2. Norma general del art. 16 TRLIS

Como es sabido, la competencia o potestad para la aplicación del art. 16 TRLIS, en su redacción originaria, correspondía en exclusiva a la Administración. Era ella la destinataria del mandato del art. 16 TRLIS y la única competente para aplicar este precepto, realizando los ajustes necesarios para adaptar la valoración de las operaciones vinculadas efectuadas entre partes vinculadas al principio de plena concurrencia.

La doctrina de los tribunales (véase, por ejemplo, la SAN de 18 diciembre de 2007) venía señalando que, a fin de que la Administración pudiera realizar el ajuste a precios de mercado de la operación entre partes vinculadas, se tenían que verificar tres requisitos:

- 1) La existencia de vinculación, en el sentido que la norma definía.
- 2) La realización de operaciones a precio distinto del de mercado.

- 3) La existencia de una menor tributación en España o un diferimiento en el pago de tributos españoles.

La carga de la prueba de las tres circunstancias recaía en la Administración, que era quien podía efectuar, en el régimen del antiguo art. 16 TRLIS, la corrección valorativa aplicando el precio de mercado.

El resultado de la anterior legislación —y de la recepción del principio de plena concurrencia que defendía, vinculando su aplicación a las pérdidas recaudatorias netas para el fisco español— fue que solo se admitían los ajustes primarios de naturaleza positiva (mayor ingreso, menor gasto), rechazándose la posibilidad de que, con base exclusivamente en el art. 16 TRLIS, pudieran realizarse ajustes primarios negativos (menor ingreso, mayor gasto). Esto es, se producía una recepción parcial del principio de plena concurrencia sobre la base de la configuración del art. 16 TRLIS como un precepto con una clara vocación recaudatoria.

Una peculiaridad del art. 16 TRLIS, en su redacción originaria, fue que se trataba de una norma que regulaba el ajuste primario y, para operaciones internas, también el ajuste correlativo o bilateral. En el caso de operaciones internacionales, la norma actuaba de una forma asimétrica, ya que el ajuste bilateral o correspondiente se excluía allí donde no existiese CDI y se admitía, por la vía del procedimiento amistoso, en presencia de CDI, no por operativa de la propia normativa interna, sino como consecuencia de la interpretación del art. 9 MC OCDE que realizan los Comentarios a este precepto y las Directrices de la OCDE en materia de precios de transferencia (véase, a estos efectos, la Resolución de la DGT de 9 de octubre de 2002, que concluyó que, ante ajustes primarios realizados por otra Administración, no puede el contribuyente presentar una declaración complementaria que tenga en cuenta el valor de mercado utilizado por la Administración de otro país en un ajuste primario realizado a una parte vinculada).

Ya sabemos que la filosofía del art. 16 TRLIS, en su redacción tras la LMPFF, es netamente diferente a la de su predecesor: ahora es el contribuyente quien tiene que utilizar en primera instancia el valor de mercado en sus operaciones con partes vinculadas, sin perjuicio de la potestad administrativa para realizar la corrección o ajuste primario necesario para adecuar la valoración de la operación al principio de plena competencia. En relación con los ajustes bilaterales o correlativos, sin embargo, los planteamientos de la norma no cambian tanto con respecto a la situación anterior, ya que ni antes ni ahora se garantizaba el ajuste bilateral en algunos casos. En efecto, si bien el art. 16.2 TRLIS dispone que el ajuste primario “vincula a la Administración en relación con el resto de personas o entidades vinculadas” y aclara que “la valoración administrativa no determinará la tributación por este Impuesto, ni, en su caso, por el IRPF o el IRNR de

una renta superior a la efectivamente derivada de la operación para el conjunto de entidades que la hubieran realizado”, el art. 16.9.4º especifica que el procedimiento a través del cual se verifica el ajuste bilateral —esto es, el regulado en el art. 16.9 TRLIS— será aplicable “respecto de las personas o entidades afectadas por la corrección valorativa que sean sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades, contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o establecimientos permanentes de contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de los No Residentes”, vinculando asimismo el procedimiento de ajuste bilateral, en el art. 16.9.5º TRLIS, a “lo previsto en los tratados y convenios internacionales que hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno”. Tal lectura del art. 16 TRLIS queda confirmada por el art. 21.5 del RIS, pues expresamente excluye del procedimiento regulado en su art. 21 a las personas o entidades no residentes sin establecimiento permanente en territorio español y aclara que, cuando tales personas puedan beneficiarse de un CDI o del procedimiento arbitral del Convenio 90/436/CEE para eliminar la doble imposición generada por el ajuste primario realizado por la Administración española, se debe eliminar en el seno de estos procedimientos.

De tales precisiones realizadas en los últimos párrafos del art. 16 y el art. 21.5 RD 1793/2008, de 3 de noviembre, por el que se modifica el RIS, se derivan dos corolarios. En primer lugar, no se admite la bilateralidad del ajuste cuanto este afecte a un contribuyente sujeto en España a tributación sin establecimiento permanente que perciba rentas efectivamente gravadas por el IRNR español (*v. gr.*, en los casos de arrendamiento de equipos sujetos a tributación en España, que se ajustan para reducir el gasto deducible del arrendatario residente en España, sorprendentemente, no se admite el ajuste bilateral sobre los cánones percibidos por el no residente sin establecimiento permanente en España y sujetos a tributación por IRNR). Esta configuración produce dos efectos: si el no residente no tiene derecho a invocar ningún CDI, no podrá realizar ajustes bilaterales y, si puede invocar la protección del CDI, se verá obligado a acudir al procedimiento amistoso para corregir el exceso de IRNR pagado en España. Tal problemática se acentúa cuando la corrección valorativa se realiza en el caso de dos no residentes sin EP (establecimiento permanente), en relación con rentas que ambos obtienen en España, ya que entonces el procedimiento de comprobación regulado en el art. 16.9 TRLIS/21 RIS está expresamente excluido y ni siquiera el art. 9 MC OCDE es de aplicación (aunque, a nuestro juicio, es un caso que resulta admisible en sede de procedimiento amistoso). Ciertamente, esta exclusión del ajuste bilateral o la obligación de realizarlo en el seno del procedimiento amistoso (o arbitral) en el caso del no residente sin establecimiento permanente en España, con rentas que tributan por el IRNR, plantea problemas de compatibilidad con el principio de no discriminación del

Derecho de la UE y las libertades fundamentales del TFUE (sobre todo, libre prestación de servicios y capitales). Tales problemas podrían solucionarse realizando una interpretación correctiva del precepto (que, todo sea dicho, será difícilmente admisible a la vista de su literalidad), de forma que, en supuestos como los comentados, se admita el ajuste bilateral también para el no residente sin establecimiento permanente en España, exista o no CDI (este último es el caso de, por ejemplo, Chipre o Dinamarca, tras la denuncia del CDI por parte danesa, pero también de otros territorios donde se aplica el Derecho de la UE, como puede ser Gibraltar).

En los casos en que el ajuste primario tenga consecuencias sobre la base imponible del Impuesto sobre Sociedades o del IRPF, sin que la renta obtenida por el no residente sin establecimiento permanente en España esté sujeta a tributación en nuestro país (por efecto de la aplicación de un CDI o de la legislación interna española), la única vía para realizar el ajuste bilateral será el procedimiento amistoso contemplado en los Convenios para la Eliminación de la Doble Imposición firmados por España (ya tenga o no cláusula similar al 9.2 MC OCDE el CDI en cuestión) y, en su caso, el procedimiento arbitral del Convenio 90/436/CEE. De esta forma, el procedimiento amistoso se convierte en el recurso para intentar —no siempre se conseguirá— obtener el ajuste bilateral en relación con ajustes primarios realizados por la Administración española (*v. gr.*, compra de mercancías realizada por una entidad española por 100 a una matriz alemana cuando la Administración española estima que el precio de mercado de estas mercancías es de 70), pero también, y aunque nada diga el art. 16 TRLIS, en relación con ajustes primarios realizados por otras Administraciones que tengan consecuencias sobre la base imponible del Impuesto sobre Sociedades español (*v. gr.*, compra de mercancías por filial española a precio de 100 a su matriz alemana, cuando la Administración tributaria alemana estima que el precio de las mercancías debe situarse en 120). En este último supuesto, puede nuevamente surgir la duda de si la presentación de una declaración complementaria o la solicitud de rectificación de su autoliquidación por la sociedad vinculada residente en España para tener en cuenta la corrección valorativa realizada en primer lugar por la Administración de otro Estado puede ser suficiente para que se realice en España el ajuste correlativo. Admitir tal posibilidad, denegada ya por contestaciones a consultas, como hemos visto, bajo la vigencia de la legislación anterior, sería tanto como reconocer que la Administración española podría quedar vinculada por el ajuste primario realizado por la Administración de otro país, y aunque nada dice el art. 16 TRLIS al respecto, lo natural será que la controversia se solucione en el contexto del procedimiento amistoso. Como se comenta más abajo, esta solución puede resultar desproporcionada en algunos supuestos y, en consecuencia, plantear problemas de Derecho comunitario.

Por otra parte, y en relación con estas cuestiones, repárese que, al permitir el Reglamento de Procedimiento Amistoso en materia de imposición directa (RD 1794/2008) la denegación del inicio del procedimiento amistoso, entre otros supuestos, “cuando se tenga constancia de que la actuación del obligado tributario trataba de evitar una tributación en alguno de los Estados afectados” (art. 8.2.e), de facto se está vinculando la bilateralidad del ajuste en el contexto del CDI a una condición inexistente para los ajustes bilaterales nacionales, en los que se prescinde por completo de la finalidad que, con la operación vinculada, perseguían las partes, a diferencia de lo que ocurre en el procedimiento amistoso, donde el propio acceso al mismo exige un juicio valorativo sobre si, con la operación vinculada, se perseguía una finalidad de reducción en la tributación en España o no. Además, repárese en que el inicio del procedimiento amistoso se condiciona, entre otros, a la aportación con la solicitud de la documentación en materia de precios de transferencia que regula el RIS, por lo que la no aportación de la misma puede llevar a la denegación de la apertura del procedimiento amistoso, algo realmente sin sentido, puesto que el ajuste no debe depender de la existencia de documentación o no, sino de la existencia de doble imposición actual o potencial. En consecuencia, nuevamente surge un problema de compatibilidad con el principio de no discriminación comunitario y las libertades fundamentales del TFUE, en este caso, de la norma que establece condiciones más estrictas para operaciones internacionales que para las nacionales, esto es, fundamentalmente, aunque no de forma exclusiva, el art. 8.2.e Reglamento de Procedimiento Amistoso (por más que el Convenio 90/436/CEE permita, en ciertas condiciones, condicionar el inicio del procedimiento arbitral a la inexistencia de infracciones graves). Cabe igualmente plantearse si allí donde exista conflicto en la aplicación de las leyes, el art. 8.2.e o las condiciones que para la admisión de la solicitud de inicio del procedimiento impone el art. 6 del RD1794/2008, de 3 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de procedimientos amistosos, no es una sanción prohibida por el art. 15 LGT y, si, desde una perspectiva constitucional, las consecuencias que el art. 8.2.e impone no son una sanción en el sentido constitucional del término cuya imposición reclama la apertura de un procedimiento en el que se respeten las garantías que el art. 24.2 y 25 CE regulan.

Por último, en materia de ajuste bilateral conviene tener presente, que el tratamiento asimétrico que la norma otorga a los servicios intragrupo y acuerdos de reparto de costes (cuando sea la entidad española la que practica la deducción, la operación se lleva a los arts. 16.5 y 16.6 TRLIS, mientras que si es la prestadora del servicio o perceptora de la contribución, se aplicaría el régimen general del art. 16 TRLIS) pudiera ocasionar también vulneraciones del Derecho primario de la UE. En efecto, no alcanzamos a entender muy bien por qué razón

la prueba fehaciente de un ajuste primario realizado por otra Administración tributaria sobre la base de la inexistencia de la prestación del servicio o del ARC o sobre los derechos que tal acuerdo confiere tiene necesariamente que llevar a un ajuste bilateral en el seno del procedimiento amistoso. Probablemente, la prueba por parte del contribuyente de la inexistencia del servicio o de los términos concretos del ARC y su revisión y confirmación por la Administración debería bastar, por sí misma, a estos efectos, sin obligar al contribuyente a acudir al procedimiento amistoso. Quizás esta misma solución, más proporcionada que la que acepta el art. 16 TRLIS, pudiera valer para cualquier operación vinculada donde se pruebe con datos objetivos a la Administración española que el ajuste primario realizado en otro Estado estaba fundado con arreglo a pruebas (datos sobre el rango de mercado) que pudieran ser constatadas y contrastadas por la Administración española de una forma rápida. En definitiva, la configuración que realiza del ajuste bilateral la norma española a quien perjudica realmente es a los grupos españoles que siguen desarrollando operaciones desde España. Quizás se podría articular un procedimiento interno para permitir que en determinados casos se pudieran realizar ajustes bilaterales por contribuyentes españoles (empresas residentes), allí donde las autoridades españolas verificaran, de acuerdo con la información suministrada por el contribuyente (y en su caso por las autoridades extranjeras a través de intercambio de información), la corrección o procedencia del ajuste inicial realizado por las autoridades extranjeras.⁸

Es una novedad importante —que probablemente planteará muchísimos problemas de aplicación práctica en el futuro y sobre cuya idoneidad e incorporación a la norma española en materia de operaciones vinculadas tenemos dudas serias— la regulación del ajuste secundario en el art. 16.8 TRLIS.⁹ No obstante, es cierto que el ajuste secundario no resultaba un completo desconocido para nuestro ordenamiento tributario. Con anterioridad, el art. 20 TRLIS (norma en materia de subcapitalización) ya regulaba un ajuste secundario para supuestos específicos, al recalificar los intereses pagados en dividendos cuando se verifican las circunstancias que el citado precepto regula. También la Administración tributaria, con el apoyo de algunos tribunales, intentó aplicar ajustes secundarios en el marco del antiguo art. 16 TRLIS (véase, por ejemplo, la STSJ del

8 Nótese que no resulta en modo alguno extraño que actos administrativos extranjeros, como una liquidación tributaria extranjera, tengan efectos (indirectos) en nuestro sistema impositivo. Piénsese que en materia de doble imposición internacional los impuestos extranjeros se deducen de la cuota tributaria nacional; de hecho, los tribunales han admitido una corrección de la deducción por doble imposición internacional cuando la Administración extranjera corrige con posterioridad el impuesto extranjero de la entidad participada o del propio contribuyente.

9 Para un estudio detallado sobre el ajuste secundario, véase Calderón Carrero y Martín Jiménez (2009).

Principado de Asturias de 13 de julio de 2006, donde la venta de un inmueble por una persona física a una sociedad a precio superior al de mercado se califica como distribución encubierta de dividendos a la persona física y se sanciona a la sociedad por no haber practicado la correspondiente retención).

Con el ajuste secundario del art. 16.8 TRLIS “entra por la ventana lo que se pretendió expulsar por la puerta”, esto es, podría recobrar la norma en materia de operaciones vinculadas ciertos tintes “antielusivos” que, en buena lógica, debieran haberse olvidado o dejado atrás en la actual configuración del art. 16 TRLIS, más cercana a un modelo de racionalidad objetiva que subjetiva. Como es sabido, el ajuste secundario persigue corregir los descuadres de tesorería que la operación puede dejar en una de las partes vinculadas cuando se realizan los ajustes primarios y correspondientes (*v. gr.*, compra de mercaderías por 100, cuyo valor de mercado es 60, por la filial a la matriz; la filial tendrá un gasto deducible de 60, la matriz un ingreso de 60 y la diferencia entre lo realmente cobrado, esto es 100, y el valor de mercado de la operación, 60, es decir, 40, estará en la matriz y no en la filial). En realidad, el ajuste secundario es una ficción legal, que presume que el exceso de tesorería con el que termina una de las partes vinculadas tras la realización de ajustes primarios y bilaterales debe tener una cierta calificación (*v. gr.*, dividendo, aportación de capital, préstamo). La ficción, como puede observarse, afecta única y exclusivamente a los excesos de tesorería, no a la operación vinculada considerada en su totalidad (por más que la estructuración de la operación con una determinada forma pretenda el resultado global que se reconduce a términos de plena concurrencia con los ajustes primarios y correlativos y, eventualmente, con el ajuste secundario). Y, como tal ficción legal, el ajuste secundario presenta problemas prácticos de primer orden (*v. gr.*, se puede fácilmente generar doble imposición internacional si un Estado presume la distribución de dividendos y el otro Estado donde reside el supuesto perceptor de los mismos no reconoce la posibilidad de aplicar el método de imputación/exención sobre los dividendos presuntos). Tales problemas hacen que la propia OCDE haya desaconsejado su utilización o, más bien, haya expresado su deseo de que se haga un uso limitado de los mismos, de manera que (1) se minimicen los riesgos de doble imposición y (2) se vincule su utilización a comportamientos de los contribuyentes que denotan una intención de disfrazar un dividendo con la finalidad de evitar retenciones en la fuente (véase, especialmente, el párr. 4.70 de las Directrices de la OCDE en materia de precios de transferencia).

Sin embargo, una lectura literal del art. 16.8 TRLIS y de las normas reglamentarias de desarrollo podría llevar a pensar que el ajuste secundario es una consecuencia natural de cualquier tipo de ajuste primario cuando, en realidad, como se deriva de las Directrices de la OCDE (párrs. 4.67 a 4.77), tal generalización

del régimen de ajustes secundarios resulta, a todas luces, desproporcionada (en Holanda, por ejemplo, el ajuste secundario se excluye si el contribuyente prueba la inexistencia de abuso o fraude y si el impuesto así exigido no es deducible en el otro Estado con el que Holanda haya firmado un CDI). No todas las operaciones vinculadas deberían llevar necesariamente al ajuste secundario, sino solo aquellas en que se pueda identificar un ánimo claro de realización, mediante la manipulación (intencionada) de los precios de transferencia, de operaciones distintas a la propia operación vinculada o encubiertas por esta, con el efecto de que procuran a las partes un ahorro impositivo, buscado precisamente por la vía de la distorsión de sus operaciones vinculadas con respecto al valor de mercado.

Y, sin embargo, del propio art. 16.8 TRLIS y del art. 21.bis RIS parece derivarse que el ajuste secundario se realizará en todo caso de forma automática, para cualquier operación vinculada, exista fraude o no, y sea remunerada, por debajo o por encima de mercado, o gratuita (solo se excluirá el ajuste cuando el contribuyente logre demostrar cuál es la naturaleza de la operación, de acuerdo con el art. 21.bis.3 RIS). En este sentido, resulta paradójico que el Auto de 8 de febrero de 2011, rec. n.º 8/2009, no haya sabido ver los problemas que el ajuste secundario genera y se limite a decir que la norma no contiene una ficción, ya que el art. 21.bis.3 RIS actúa como válvula de escape que soluciona esta dificultad. Al margen de los aspectos de legalidad que la regulación del art. 21.bis RIS plantea y que, según parece, serán considerados en la sentencia del TS al respecto, es manifiesta la inseguridad que el art. 21.bis.3 RIS genera: ¿qué prueba se exige al contribuyente?, ¿sería suficiente con que manifestara su voluntad de trasladar el exceso de tesorería a la parte que debía tener tales fondos tras el ajuste primario y correlativo?, ¿en qué momento se exigirá dicha prueba al no existir procedimiento específico para tal ajuste?, ¿por qué se exige tal prueba al contribuyente, si ya la propia corrección valorativa en sede de ajuste primario o correlativo debería haber puesto de manifiesto si (1) se trata de discrepancias en la valoración y (2) existen indicios de fraude (solo en este último caso debería proceder el ajuste)? Da la impresión, de la lectura del f. 2 del Auto del TS, que o bien ha pasado por alto los problemas derivados del ajuste secundario o bien se reserva sus consideraciones de fondo para el momento de decidir acerca de la legalidad del art. 21.bis RIS, a pesar de que, a nuestro juicio, en relación con el mismo se plantean cuestiones de dimensión constitucional (seguridad jurídica, derecho de defensa y legalidad, principalmente).

La automaticidad del ajuste secundario se lleva a su grado máximo en la Resolución de 7 de febrero de 2008 de la DGT (V0249-08) que concluye que, incluso en situaciones de consolidación fiscal, habrá que tener en cuenta los efectos del ajuste secundario. Lo cierto es que no alcanzamos a ver cuáles son tales efectos:

si se trata de una matriz que realiza un préstamo gratuito a la filial, los ajustes primarios y bilaterales quedarán eliminados por tributar la sociedad en régimen de grupo societario y, si la operación se recalifica de acuerdo con el ajuste secundario, estaremos ante una aportación de capital a la filial; si la operación se produce a la inversa (préstamo gratuito de la filial a la matriz), existirá una distribución de dividendos a la matriz que quedará eliminada por el propio juego del régimen de grupo o por las deducciones internas para la eliminación de la doble imposición y, por último, si el préstamo se produce entre sociedades hermanas, lo cierto es que desconocemos cómo se calificará la operación (¿préstamo entre sociedades hermanas?, ¿distribución de beneficios a la matriz y posterior aportación de fondos a la otra filial?), pero cualquiera de las (re)calificaciones de los excesos de tesorería probablemente resultará anulada por la propia operativa del régimen de grupos, salvo cuando alguna de las sociedades integrantes del mismo abandonara o dejara de estar integrada en el grupo fiscal.

Como hemos indicado, no está claro en absoluto cómo operará el ajuste secundario ni a través de qué procedimiento se llevará a cabo. En particular, parece que está adquiriendo cada vez más peso, especialmente en autores vinculados a la Administración tributaria, la opinión de que el ajuste secundario se superpone o se aplica en paralelo a los ajustes primario y correlativo, es decir, que el ajuste secundario no es una norma realmente recalificadora de la operación global sino, más bien, que añade ciertas consecuencias a los ajustes primario y correlativo. Por ejemplo, si un profesional presta servicios a una sociedad (residente o no en España), cuyo capital controla completamente, con un valor de mercado de 100, de forma gratuita o por importe inferior al precio de mercado, el ajuste primario —en sede— del profesional llevará a estimar que tiene una renta de 100 derivada del ejercicio de actividades económicas (o por la diferencia entre el precio facturado y 100), el bilateral a considerar que la sociedad tiene un gasto deducible de 100, y el secundario a estimar que, puesto que la renta está en posesión de la sociedad (que no ha pagado 100, o la diferencia de que se trate, al profesional), se realiza una aportación de capital a la misma por tal importe. Lo cierto es que, en este supuesto, el ajuste secundario solo añade complicaciones, ya que la aportación de capital únicamente producirá el efecto de elevar el valor fiscal de adquisición de la participación sin consecuencias (a pesar de que parece que se ha mantenido la opinión contraria en sede administrativa, en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, concepto de operaciones societarias para ejercicios donde tribute tal operación).

Si, por ejemplo, una sociedad española presta servicios a su filial extranjera (controlada 100 por 100) por precio superior al de mercado, el ajuste primario llevará a reducir a la baja los ingresos de la sociedad española; el correlativo, en su caso, debería conducir a la reducción del gasto deducible de la filial (si lo

admite la otra Administración) y el secundario, si puede aplicarse el art. 21 TRLIS (o el método de imputación y los tipos impositivos son iguales o mayores a los españoles), a estimar que el exceso de renta en manos de la matriz española es renta exenta, con lo cual el ajuste secundario no produciría ninguna consecuencia. Es más, allí donde la Administración extranjera no corrija el gasto deducible de la filial, la matriz española podría hasta tener interés en el ajuste secundario, ya que se podría producir una asimetría en el tratamiento de la renta, que generaría un gasto deducible en la filial y una renta exenta en la matriz. Nuevamente, lo cierto es que la aplicación del ajuste secundario tampoco tiene sentido en esta situación.

En fin, son solo algunos ejemplos simples que ponen de manifiesto que no siempre y en todo caso la realización de ajustes primarios y correlativos debería acompañarse, como erróneamente se deriva del art. 16 TRLIS y 21.bis Reglamento (incluso si este resulta matizado por el art. 21.bis.3 TRLIS), con ajustes secundarios. Y todo ello por no hablar de la arbitrariedad que supone el intento de (re)calificación artificial de ciertas operaciones (*v. gr.*, ¿qué calificación merece el exceso de tesorería que acaba en manos del cónyuge del administrador?, ¿es renta del trabajo (y, en consecuencia, resulta deducible para la sociedad)?, ¿es dividendo o renta del capital mobiliario?, ¿y si el administrador es además accionista de la sociedad?, ¿qué pasa en las operaciones entre sociedades en las que no existe una relación directa de control, aunque sí indirecta?), sin que el art. 21.bis del Reglamento aporte soluciones a la mayoría de los supuestos que se pueden plantear.

Por lo anterior, parece razonable vincular la realización del ajuste secundario a operaciones en las que puedan existir fines elusivos o de ahorro fiscal (*v. gr.*, distribuciones ocultas de dividendos para reducir las retenciones en la fuente, operaciones con personas físicas), pues resulta desproporcionada o arbitraria la aplicación indiscriminada de este tipo de ajustes a cualquier operación vinculada.

Por último, conviene enlazar la regulación del ajuste secundario con el Derecho comunitario y, en concreto, con la STJUE *Test Claimants in the Thin Cap Group*, C-524/04, en la que el TJUE se ocupó de la compatibilidad con la libertad de establecimiento de una norma específica en materia de ajuste secundario, como era la normativa británica sobre subcapitalización. ¿Podría la normativa española vulnerar el Derecho comunitario? Lo cierto es que de la STJUE *Test Claimants in the Thin Cap Group* se deriva que la normativa sobre ajuste secundario/subcapitalización británica podría resultar restrictiva de las libertades fundamentales cuando no se permitiera al contribuyente probar que existían razones comerciales que le llevaban a apartarse de lo que se consideraba como “normal” en el mercado y la norma sobre ajuste secundario terminaba aplicán-

dose a operaciones que no fuera posible calificar como artificiales. Pues bien, la propia concepción del ajuste secundario del art. 16.8 como norma ineludiblemente unida a cualquier operación vinculada, exista o no abuso o fraude, puede llevar a la conclusión de que su aplicación a operaciones que puedan tener una justificación comercial (subjética), para que el contribuyente se aparte del precio de mercado, podría terminar generando una vulneración de las libertades comunitarias. Las mismas conclusiones cabe deducir de la STJUE de 21 de enero de 2011, *SGL*, C-311/08.

No menos problemática, en términos de Derecho de la UE, es la norma del art. 16.2 y 17.2 TRLIS que generaliza la regla de valoración a mercado y las obligaciones de documentación para operaciones con partes, incluso no vinculadas, situadas en paraísos fiscales (con la excepción, para tener acceso a la relajación de las obligaciones de documentación, de residencia en Estados miembros de la UE y acreditación del motivo económico válido y de realización de actividades económicas del art. 16.2 TRLIS). Tales normas podrían vulnerar la libre circulación de mercancías o la libre prestación de servicios en cuanto que son discriminatorias y difícilmente justificables en términos de exigencias imperativas de interés general y proporcionalidad.¹⁰

4.3. Normas específicas: Servicios intragrupo

Aunque no pretendemos desarrollar de forma exhaustiva en esta obra el tratamiento de los servicios intragrupo,¹¹ el propósito de este acápite y el siguiente es dar noticia del ámbito de aplicación de los ajustes en relación con estas operaciones y las novedades que establece la nueva normativa.

Los principios generales que el art. 16.5 TRLIS estableció son los siguientes:

- 1) Los servicios intragrupo se valorarán de conformidad con los métodos admitidos para las operaciones vinculadas en general y su deducibilidad se condiciona a que los servicios produzcan o puedan producir una utilidad o ventaja al destinatario.
- 2) Cuando los servicios se presten conjuntamente a favor de varias personas o entidades vinculadas y no sea posible su individualización, se distribuirá con criterios racionales la contraprestación total entre todos los destinatarios del servicio (se asume que un criterio racional es aquel que tiene en cuenta, además de la naturaleza del servicio y las circunstancias

¹⁰ Es curioso, además, que el estatuto de Gibraltar no está claro en esta normativa: allí donde esta se refiere a "Estado", parece que no es aplicable a Gibraltar; por el contrario, donde se añade la mención a "territorio" sí se está pensando en esta colonia británica.

¹¹ Véase a estos efectos Calderón (2010).

en que este se preste, los beneficios obtenidos o susceptibles de ser obtenidos por las personas destinatarias del mismo).

Las principales diferencias que cabe apreciar con el art. 16.5 en su redacción originaria son las siguientes:

- 1) La actual norma sobre servicios intragrupo se aplica a servicios entre entidades vinculadas en general, mientras que la anterior regulaba la prestación de “servicios de apoyo a la gestión”, concepto necesariamente más restringido que el de servicios intragrupo. Tanto la norma anterior como la actual tienen incidencia sobre la entidad receptora del servicio, pero no sobre la prestadora del mismo.
- 2) La nueva norma condiciona la deducibilidad del pago por el servicio prestado por la entidad vinculada al hecho de que el mismo produzca o pueda producir una utilidad o ventaja a quien lo recibe, mientras que la antigua solo vinculaba la deducción a la celebración de un contrato escrito, previo a la prestación, que especificara los criterios empleados en la facturación del servicio por quien los prestara, la naturaleza del servicio prestado y que la distribución de gastos entre partes vinculadas atendiera a criterios de racionalidad y continuidad.

En realidad, la única novedad relevante es la extensión del ámbito objetivo correspondiente a la regla de los servicios (ahora “intragrupos”, antes “de apoyo a gestión”), por cuanto la necesidad de que el servicio “fuera real” y procurara una ventaja o utilidad para quien lo percibe, se trataba de un requisito que venía exigido por la doctrina del TEAC y los Tribunales (véanse, por ejemplo, las Resoluciones del TEAC de 25 de julio de 2007 o de 14 de septiembre de 2006, la primera con cita a la doctrina de la AN).¹² Sin embargo, no queda claro si la doctrina derivada de otras sentencias (v. gr., SAN de 3 de octubre de 2007) que, por ejemplo, concluyeron que la norma anterior sobre servicios de apoyo a gestión estaba orientada únicamente a eliminar la deducción de ciertos gastos, sin que la misma conllevara necesariamente a realizar un ajuste correlativo en la parte que los presta, se continúa aplicando o no. Lo cierto es que, en este punto, la redacción de la norma antigua y la nueva es muy similar, aunque, a nuestro juicio, al regularse la prestación de servicios intragrupo como “operación vinculada” y no establecerse ninguna excepción en el art. 16.9 TRLIS, la denegación de la deducción del servicio debe estar acompañada del ajuste correspondiente en

¹² Sobre la regulación de los servicios intragrupo y la jurisprudencia precedente, véase Calderón (2010).

la prestadora (si es una sociedad situada en otra jurisdicción, tal ajuste deberá, como se ha explicado, realizarse únicamente en el seno del procedimiento amistoso o, en su caso, arbitral). Un argumento que apoya esta forma de razonar sería que, mientras que el ajuste primario en la prestadora del servicio necesariamente debe llevar al ajuste bilateral en la receptora, puesto que se trata de operaciones no contempladas en el art. 16.5 TRLIS, carecería de toda lógica que el ajuste primario realizado en la sede de quien recibe el servicio no reciba el mismo tratamiento mediante el ajuste bilateral en la entidad prestadora del mismo (en operaciones internacionales cubiertas por CDI, en la mayoría de los casos el ajuste bilateral se realizará, como sabemos, en el contexto del procedimiento amistoso, si bien, cuando existan rentas sujetas al IRNR español, como vimos, tal ajuste debe realizarse de forma también bilateral, para evitar incompatibilidades con el ordenamiento comunitario).

Es importante subrayar que, como hemos defendido en el acápite 3, del art. 16.5, interpretado de acuerdo con las Directrices de la OCDE 1995-2010, no se deriva un poder de recalificación de los servicios intragrupo omnímodo para las Administraciones que asimile esta disposición a los arts. 13, 15 o 16 LGT, sino una facultad de reconducir la situación a criterios de plena competencia. En el ejercicio de tal facultad, la Administración puede (1) determinar si los servicios han sido efectivamente prestados (en el sentido que cabe preguntarse si el perceptor de los servicios estaría dispuesto a pagar por ellos si fuera una parte independiente o si tal actividad la ejecutaría ella misma) y (2) concretar si el pago por el servicio efectivamente prestado (en el sentido anterior) se adapta a los criterios habituales en el mercado. La no prestación del servicio (por ejemplo, se dice que se realizan actividades de apoyo técnico o de cesión de *know-how* que, en realidad, nunca se llevaron a cabo y, sin embargo, sí que se facturaron) sitúa la operación fuera del ámbito del art. 16 TRLIS para llevarla directamente a la norma en materia de simulación del art. 16 LGT. Al mismo tiempo, la prestación de la operación con una clara finalidad fiscal, pero realizada en cumplimiento de los estándares de plena competencia, sería inobjetable desde el art. 16.5 TRLIS, pero atacable desde la óptica del art. 15 LGT. Sin embargo, la distinción acerca de cuándo se debe aplicar una norma u otra, fácil de trazar en la teoría, será compleja en la práctica.

No podemos dejar de señalar que, no obstante la voluntad de la norma española de quedar alineada con las Directrices de la OCDE 1995 (y, ahora, 2010), el art. 16.5 TRLIS no se ajusta plenamente a estas últimas, fundamentalmente, por dos razones: (1) del tenor de la norma interna se deriva que siempre y en todo caso el servicio intragrupo debe facturarse con beneficio, cuando, de conformidad con las Directrices de la OCDE, ciertos servicios (*v. gr.*, compra de ordenadores, centralización de compras de pólizas de seguros para empleados, etc.)

pueden facturarse al coste¹³ y (2) a diferencia de lo que se deriva del precepto español, en el contexto de las Directrices OCDE (párrs. 7.21 y ss.), los métodos de facturación indirecta no necesariamente se deben emplear con carácter subsidiario, puesto que los servicios pueden ser “individualizados” por el prestador pero resultar demasiado oneroso proceder a la facturación por servicio prestado. Quizás habría sido deseable que el RD 1793/2008, de 3 de noviembre, por el que se modifica el RIS, se hubiera ocupado de incorporar con mayor nivel de detalle los principios derivados del Capítulo VII (Servicios Intragrupo) de las Directrices de la OCDE 1995 (no modificado en 2010) en materia de precios de transferencia. Al establecerse reglas más específicas y claras, se contribuiría a reducir el nivel de conflictividad entre Administración y los contribuyentes en este campo (por ejemplo, no hubiera estado de más concretar qué tipología de servicios no resulta deducible nunca —los “servicios” de accionista, para lo cual podrían ahora tomarse como referencia los trabajos del Foro Europeo sobre precios de transferencia a los que nos referiremos en el capítulo siguiente—, qué servicios deben llevar un margen calculado con la metodología del art. 16.4 TRLIS y en cuáles se puede admitir la repercusión del coste sin adición de beneficio alguno, qué ocurre con las transacciones mixtas con componente de venta y servicios, etc.).¹⁴

Por último, en principio, nada impide aplicar el ajuste secundario del art. 16.8 TRLIS a los servicios intragrupo, si bien, como ya se expuso en el acápite anterior, la aplicación del mismo no debiera ser automática y habrá que considerar si, en el supuesto concreto, se justifica su aplicación.

4.4. Normas específicas: Acuerdos de reparto de costes (ARC)

En materia de ARC, las modificaciones que la LMPFF introdujo en la redacción del art. 16.6 TRLIS son similares a las explicadas para los servicios intragrupo. Con anterioridad a esta modificación, el art. 16.4 TRLIS estaba dirigido a un tipo específico de ARC, las contribuciones a actividades de I+D realizadas a entidades vinculadas. En la actualidad, cualquier ARC está cubierto por el art. 16.6 TRLIS, lo cual puede plantear problemas a la hora de determinar el campo de aplicación

13 En este sentido, nótese cómo las autoridades de algunos países miembros de la OCDE, como Canadá o EE. UU., han adoptado una posición muy estricta en relación con la facturación del margen de beneficio, enfatizando que no resulta admisible la exigencia de tal *markup* (o debe ser muy bajo) allí donde el servicio centralizado responda a razones de comodidad (servicios prestados por centro de costes), no aporte un gran valor añadido (superior al valor de los costes), se preste en condiciones no competitivas (costes superiores a los de mercado), o donde el nivel de eficiencia del prestador es bajo y tales servicios están disponibles en el mercado en condiciones menos gravosas. Véase Prysusky *et al.* (2004), pp. 396-398.

14 Sobre la regulación de los servicios intragrupo, véase Calderón (2010).

del art. 16.5 y del art. 16.6 TRLIS (tal solapamiento existe también en las Directrices de la OCDE 1995-2010), pues es perfectamente posible concebir ARC que lleven o produzcan de forma, más o menos inmediata, servicios específicos para otras entidades, entre ellas las residentes en España, del grupo multinacional (v. gr., acuerdos de centralización de compras, de publicidad conjunta, etc.).

A grandes rasgos, los requisitos para la deducibilidad de las aportaciones a ARC, cuando quien recibe la aportación es una entidad no residente, serían los siguientes:

- 1) Quienes suscriban el acuerdo deben acceder a la propiedad o adquirir derechos de otro tipo (v. gr., licencia) sobre el (eventual) resultado (activo desarrollado, derechos, *know-how*, etc.) del ARC.
- 2) La aportación de cada parte debe ser proporcional a los derechos que adquiere y a las ventajas que podría obtener del eventual resultado del ARC.
- 3) El acuerdo debe contemplar la variación de sus circunstancias (personales, contribuciones de las partes, inclusión/exclusión de socios), determinando los pagos y ajustes necesarios entre los distintos socios.
- 4) A los anteriores, el art. 17 RIS, en la redacción derivada del RD 1793/2008, de 3 de noviembre, que modifica el RIS, añade que los ARC deben identificar a los participantes el objeto del mismo (actividad y proyectos cubiertos), la duración, los criterios empleados para la cuantificación del reparto de beneficios entre las partes, la forma de cálculo de las respectivas aportaciones, las obligaciones de las partes y las consecuencias de la adhesión de nuevos socios o de la retirada de los existentes, así como cualquier otra disposición que prevea adaptar los términos del acuerdo para reflejar la modificación de las circunstancias económicas.

En realidad, este marco normativo concreta las obligaciones más difusas (pero con una sustancia similar) que se derivaban del antiguo art. 16.4 TRLIS en su redacción originaria. Como ocurría con los servicios intragrupo, en el marco de los ARC existe una asimetría importante entre el régimen de deducción y percepción de aportaciones, ya que el art. 16.6 TRLIS solo se aplica a las primeras, pero no a las segundas (cuando quien lidere el acuerdo sea una entidad española que recibe las aportaciones, en dinero o en especie), que quedan sometidas al régimen del art. 16.1. TRLIS. En consecuencia, se plantean los mismos problemas sobre ajustes bilaterales y compatibilidad con el Derecho UE que ya se apuntaron en relación con los servicios intragrupo.

Al igual que en el caso de los servicios intragrupo, se pueden observar algunos desajustes, probablemente salvables por vía interpretativa, entre la norma española y las Directrices de la OCDE 1995, en su Capítulo VIII

(no modificado en 2010), dedicado a los ARC (*v. gr.*, el ARC no siempre tiene que generar beneficios para las partes, no siempre tienen que existir pagos compensatorios entre ellas, etc.), pero, sobre todo, se siente la falta de un mayor desarrollo reglamentario de un campo cuya complejidad demandaba una atención más intensa y el establecimiento de directrices en la normativa interna. Es importante, sin embargo, poner de manifiesto las potestades que la Administración tributaria tiene en el marco de los ARC, que son paralelas a las reconocidas en relación con cualquier operación vinculada. Como indican los párrs. 8.29 y 8.30 de las Directrices OCDE 1995-2010, la Administración no solo puede ajustar las aportaciones en el marco de un ARC, sino también determinar si resulta adecuada al principio de plena competencia la participación de una de las partes vinculadas en el ARC, si se ajustan a tal principio algunas de las cláusulas del mismo o, simplemente, hacer caso omiso del ARC en su totalidad si de las circunstancias específicas se deriva que se trata de un caso de abuso. Las afirmaciones de los párrs. 8.29 y 8.30 deben ser matizadas para adecuarlas a su contexto: el ejercicio de tales facultades siempre debe estar orientado al restablecimiento del principio de plena competencia, pues allí donde se llegue a la conclusión de que el ARC es inexistente y se trata de una simulación para dotar determinados gastos deducibles, lo procedente será aplicar el art. 16 LGT.

La cuestión del ajuste secundario adquiere nuevos perfiles en el marco de los ARC, ya que, como se viene argumentando, puede no tener sentido alguno su aplicación en este contexto. Por ejemplo, si la comprobación administrativa lleva a la conclusión de que la aportación realizada por una entidad no le permite adquirir la propiedad del intangible desarrollado en el marco del acuerdo sino, tan solo utilizar el derecho en un marco geográfico o temporal delimitado, lo que procede es delimitar la auténtica naturaleza de la aportación realizada/derecho adquirido (repárese que los Comentarios al art. 12 MC OCDE 2010, párr. 10.2, excluyen la calificación como cánones de los pagos realizados por el desarrollo de diseños, modelos o planos inexistentes en el momento de realización del pago, si quien desarrolla los mismos retiene o no cede derecho alguno de autor¹⁵), no buscar una eventual distribución de dividendos/aportación de capital que solo se producirá, en su caso, si el precio pagado es excesivo para la adquisición de la licencia.

15 A nuestro juicio, esta conclusión solo es válida si quien realiza el pago no adquiere ningún derecho material más allá de la prestación de un servicio en el diseño, modelo o plan desarrollado, por lo que la afirmación de los Comentarios al art. 12 MC OCDE 2010 es, cuando menos, ambigua.

COLECCIÓN
DOCTRINA TRIBUTARIA Y
ADUANERA



CAPÍTULO II

Capítulo II

EL POLICENTRISMO DE FUENTES REGULADORAS DEL RÉGIMEN DE LAS OPERACIONES VINCULADAS Y LOS PRECIOS DE TRANSFERENCIA: LAS RELACIONES ENTRE LA NORMATIVA INTERNA, LOS CDI Y EL *SOFT-LAW* DE LA OCDE Y LA UE

SUMARIO

1. Introducción.
2. Normativa interna en materia de operaciones vinculadas/precios de transferencia, relación con otras normas y fuentes interpretativas. 2.1. Las normas en materia de operaciones vinculadas y precios de transferencia en el ámbito de la imposición directa. 2.2. Los elementos interpretativos de la normativa: El contexto del art. 16 TRLIS y sus normas de desarrollo.
3. La normativa tributaria sobre operaciones vinculadas/precios de transferencia y las normas contables.
4. Convenios para la eliminación de la doble imposición. 4.1. La normativa sobre empresas asociadas en los CDI (art. 9 MC OCDE) y sus efectos. 4.2. Los comentarios al art. 9 MC OCDE y los trabajos de la OCDE, en especial, las directrices de la OCDE en materia de precios de transferencia. 4.2.1. Los comentarios al art. 9 MC OCDE. 4.2.2. Las directrices de la OCDE en materia de precios de transferencia para empresas multinacionales y administraciones tributarias. 4.3. La problemática de los establecimientos permanentes (el art. 7, los comentarios al art. 7 MC OCDE y los trabajos de la OCDE relevantes). 4.4. Un acercamiento preliminar al procedimiento amistoso (art. 25 MC OCDE) como mecanismo de resolución de conflictos de precios de transferencia. 4.5. Breve referencia al MC de la ONU de 2001/2011 y al impacto de las directrices y otros trabajos de la OCDE en el contexto de la ONU.
5. Referencia al Convenio de Arbitraje de la UE y a los trabajos del Foro Europeo de Precios de Transferencia. 5.1. Directrices sobre servicios intragrupo de escaso valor. 5.2. Potenciales enfoques para resolver casos triangulares (No UE) de doble imposición por ajustes de precios de transferencia. 5.3. Informe del Foro Europeo de Precios de Transferencia relativo a la aplicación de las normas sobre precios de transferencia a las pymes (JTPF/001/FINAL/2011/EN).
6. El Derecho de la Unión Europea (jurisprudencia del TJUE y decisiones de la Comisión sobre Ayudas de Estado).
7. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

La finalidad del presente capítulo es bastante sencilla en teoría —dar noticia de las fuentes normativas en materia de operaciones vinculadas/precios de transferencia así como de los materiales interpretativos—, pero de ejecución bastante compleja: gran parte de los problemas en este campo, ya sea desde el punto de vista teórico o práctico, están vinculados a la correcta identificación y uso de las fuentes normativas e interpretativas. Por esta razón, resulta fundamental que, tras describir la naturaleza y función del art. 16 TRLIS en el Capítulo I, se identifiquen en este momento de forma exhaustiva todos los materiales y fuentes que son relevantes en el ámbito de las operaciones vinculadas y los problemas que se plantean en su relación con la normativa interna.

A pesar de que muchas de las grandes cuestiones no pueden ser objeto de desarrollo exhaustivo, este capítulo revela algunos datos de interés fundamental. En materia de operaciones vinculadas/precios de transferencia, hoy existe un policentrismo normativo que añade complejidad a una materia, por sí misma, ya difícil por el componente económico y jurídico que tiene.

Además, la pluralidad, heterogeneidad y variedad de fuentes hacen necesario un análisis pausado de la política nacional en materia de precios de transferencia y, sobre todo, un intento legislativo de conexión entre las mismas (especialmente la normativa interna, los convenios para la eliminación de la doble imposición y los trabajos de la OCDE), así como un seguimiento y actualización de la normativa de carácter periódico (legislativas o reglamentarias), actualmente inexistente en nuestro ordenamiento jurídico.

Esto hace que la regulación española vigente en el momento actual presente serios déficits, ya sea de constitucionalidad (legalidad, seguridad jurídica, falta de proporcionalidad), de cumplimiento con el Derecho de la UE, o de adaptación o sincronización con las tendencias internacionales que

se identifican en este trabajo. Tales déficits harían aconsejable una reforma —pausada y meditada— del régimen jurídico de las operaciones vinculadas/precios de transferencia, ya que de otra forma los conflictos (entre la Administración y los contribuyentes o con otras Administraciones) serán la tónica habitual, con todo lo que ello conlleva para las empresas afectadas (necesidad de garantía o pago de las deudas tributarias) en una época en la que la tesorería no abunda y las dificultades para obtener financiación son la tónica habitual.

En buena medida podría decirse que el legislador español ha adoptado un “enfoque minimalista” a la hora de regular el régimen de las operaciones vinculadas, de manera que la regulación establecida es eminentemente principialista y enunciativa, poco exhaustiva, con una implícita remisión en blanco a una “pseudo-regulación de *soft-law* (abierta, incompleta y no normativa) integrada, fundamentalmente, por las Directrices OCDE de Precios de Transferencia 1995-2010 (dotándolas de ciertos efectos de *hard-law*).

En un primer momento, el presente capítulo se ocupará de identificar las fuentes normativas internas, para después desarrollar los elementos interpretativos de las mismas, la normativa contable y, muy especialmente, las Directrices de la OCDE en la materia. En buena lógica, se debe considerar y analizar tales Directrices en su contexto (el art. 9 MC OCDE 1963-2010), aunque tengan relevancia para la interpretación de la normativa interna.

El análisis de los precios de transferencia en el ámbito de la OCDE reclama, de igual forma, una referencia al art. 7 MC OCDE y su evolución, especialmente, tras los nuevos Comentarios de 2008 al mismo, y la nueva redacción del precepto y comentarios del año 2010, así como los distintos informes en la materia de la OCDE sobre atribución de beneficios a los EP.

La conexión con otros artículos del MC OCDE, sobre todo, con el procedimiento amistoso (y la normativa interna de desarrollo) es también objeto de desarrollo, al menos para identificar las fuentes relevantes en materia de resolución de conflictos en cuanto a operaciones vinculadas, sin perjuicio de que el Capítulo IV se ocupe del procedimiento amistoso de una forma más exhaustiva.

Por su parte, el acápite 4 se ocupa del Convenio de Arbitraje aplicable en el contexto de la UE —al que dedicamos también especial atención en el Capítulo V— y de los trabajos del Foro Europeo en materia de precios de transferencia. En último lugar, aunque no por ello menos importante, se trata de precisar cuál ha sido el impacto del Derecho de la UE sobre las legislaciones nacionales de los Estados miembros en materia de precios de transferencia.

2. NORMATIVA INTERNA EN MATERIA DE OPERACIONES VINCULADAS/PRECIOS DE TRANSFERENCIA, RELACIÓN CON OTRAS NORMAS Y FUENTES INTERPRETATIVAS

2.1. Las normas en materia de operaciones vinculadas y precios de transferencia en el ámbito de la imposición directa

La piedra angular de la normativa en materia de operaciones vinculadas/precios de transferencia se encuentra en el controvertido art. 16 TRLIS, norma que, tras su redacción por la Ley 36/2006 y entrada en vigor para periodos iniciados a partir del día 1 de diciembre de 2006, ha sufrido diversas reformas que han afectado a varios de sus apartados.¹⁶ Íntimamente conectada con esta norma se encuentra el art. 17.2 TRLIS, que, con ciertos matices, traslada las obligaciones de valoración por el precio de mercado y de documentación a las operaciones realizadas por sujetos pasivos del IS con personas o entidades no vinculadas residentes en países o territorios considerados como paraísos fiscales.

El desarrollo reglamentario del art. 16 TRLIS se produjo con el Real Decreto 1793/2008 que dio nueva redacción a los arts. 16 y ss. del RIS, con efectos a partir de 19 de noviembre de 2008, si bien las obligaciones de documentación que reguló (art. 18 a 20 y 21.ter del RIS) se exigen a partir del día 19 de febrero de 2009. También estas normas reglamentarias han sufrido modificaciones desde su entrada en vigor con el objetivo de flexibilizar las rígidas y desproporcionadas obligaciones de documentación que se establecieron inicialmente.¹⁷ Por su parte, el art. 17.2 TRLIS fue desarrollado por el art. 21.ter del RIS, cuya redacción procede del RD 1793/2008, que también entró en vigor el día 19 de noviembre de 2008.

La regulación interna de las operaciones vinculadas se completa con otros dos preceptos:

- 1) El art. 41 LIRPF realiza una remisión, prácticamente en bloque, al art. 16 TRLIS en materia de valoración de las operaciones entre personas o entidades vinculadas (mayores dudas existen en relación con la obligación de

¹⁶ El apartado 3 fue redactado, con efectos para los periodos impositivos que se inicien a partir del 1 de enero de 2008 por la Disposición Adicional Octava, párr. 1, seis de la Ley 16/2007; los apartados 2 y 10.1 proceden de la redacción que a los mismos dio el art. 14 del Real Decreto-Ley 6/2010 con efectos para los periodos impositivos que concluyan a partir del 19 de febrero de 2009; y, por último, el art. 1 del Real Decreto-Ley 13/2010 ha dado nueva redacción al número 2 del art. 16 con efectos a partir de los periodos iniciados el 1 de enero de 2011.

¹⁷ El RD 897/2010 dio nueva redacción a los apartados 3 y 4 del art. 18, además de añadir al mismo un apartado 5, y también modificó el apartado 3 del art. 20, con efectos para los periodos impositivos que concluyan a partir del 19 de febrero de 2009.

documentación de la operación vinculada para la persona física). Para las actividades económicas, empresariales y profesionales, tal precepto debe completarse con el art. 28 LIRPF, que efectúa una remisión a la normativa del IS a los efectos de la determinación del rendimiento neto de las actividades económicas y, qué duda cabe, el art. 16 TRLIS, como norma de valoración, está incluido en tal reenvío.

- 2) El art. 15.2 TRLIRNR traslada a los contribuyentes por este impuesto (con o sin establecimiento permanente en España), las obligaciones del art. 16 TRLIS, precisando, a estos efectos, que se entenderá que existe vinculación de un EP situado en territorio español con su casa central, con otros EP de la mencionada casa central y con otras personas o entidades vinculadas a la casa central o sus EP, ya estén situados en España o en el extranjero.

Todas estas normas han generado una problemática cuyo examen desborda la finalidad de este capítulo, aunque en el Capítulo VI, acápite 5.6, nos ocupamos de los problemas de naturaleza sancionadora que se plantean como consecuencia de las dos remisiones normativas citadas. Sin embargo, por su conexión con la determinación de las fuentes en materia de operaciones vinculadas, es preciso hacer mención a dos cuestiones de relativa actualidad en el plano de las relaciones del art. 16 TRLIS con otras normas del ordenamiento:

- 1) *La relación del art. 16 TRLIS con el art. 15 TRLIS*: si bien tradicionalmente se entendía, de forma mayoritaria (aunque existía alguna Resolución del TEAC en otro sentido),¹⁸ que a las operaciones reguladas en el art. 15 TRLIS no les resultaba de aplicación el art. 16 TRLIS, la SAN de 10 de diciembre de 2009 (rec. 428/2006) declaró la nulidad de actuaciones de la inspec-

18 La doctrina del TEAC, anterior a Ley 36/06, no era homogénea, aunque la posición predominante venía siendo considerar que el art. 15 constituye *lex specialis* respecto del art. 16 TRLIS (RRTEAC de 17/11/2000 y 14/09/2006; a contrario, véase la RTEAC 26/11/2005). El criterio relativo al carácter de *lex specialis* del art. 15 TRLIS frente a la regla general del art. 16 TRLIS también ha sido mantenido por la DGT en varias resoluciones. Así, por ejemplo, en la RDGT de 15 de marzo de 2011 V0653-11, se indica que allí donde la cesión de un inmueble en arrendamiento se realice a título gratuito resulta aplicable el art. 15 TRLIS, en tanto que la cesión de uso del inmueble mediando contraprestación desencadenaría la aplicación del art. 16 TRLIS. En parecidos términos se pronuncia la DGT en la RDGT de 20 de mayo de 2011 (V1263-11), señalando que las operaciones societarias (*v. gr.*, ampliaciones de capital y distribuciones de dividendos, entre otras) caen en el ámbito de aplicación del art. 15 TRLIS de acuerdo con el principio de especialidad, sin que las cuantías correspondientes a tales operaciones societarias vinculadas se deba tener en cuenta a los efectos del cómputo de los umbrales establecidos en el art. 16 TRLIS y 18 RIS en relación con las obligaciones de documentación. Véase igualmente la RDGT de 15 junio 2011.

ción por no aplicar el procedimiento especial de corrección del valor en las operaciones vinculadas para un canje de valores incluido en el ámbito del primer precepto. Igual doctrina puede encontrarse en la SAN de 30 de junio de 2011 (sec. n.º 239/2008), fj. 10. Sin poder ahora extendernos acerca de la relación entre ambos preceptos, la consideración del art. 16 TRLIS como norma especial a la que hay que acudir para determinar la regulación de las operaciones enumeradas en el art. 15 TRLIS tiene implicaciones de muy diversa índole (traslación a las mismas del régimen documental, sancionador, ajuste secundario, metodología de valoración, etc.) que la SAN de 10 de diciembre de 2009 soslaya y que, en nuestra modesta opinión, sobrepasan la finalidad y el contexto legislativos, además de plantear problemas prácticos y de constitucionalidad, ya que la norma especial, más bien, parece ser el art. 15 TRLIS para las operaciones que contempla. Otra cuestión será que estemos de acuerdo en que la determinación del ámbito objetivo del art. 16 TRLIS es muy imperfecta y, en una futura reforma legislativa, el análisis de las relaciones entre el art. 15 y el art. 16 TRLIS deba abordarse con cierto detenimiento, razón por la cual, a nuestro modesto entender, el criterio de deslinde articulado por la DGT en sus consultas, que defienden justo la opción contraria a la AN, debería ser desarrollado con mayor detalle, considerando las distintas implicaciones derivadas de aplicar una u otra cláusula (obligaciones de documentación, régimen sancionador, ajuste secundario y procedimiento).

- 2) *La relación del art. 16 TRLIS con la normativa sobre el valor en aduana de las mercancías:* las SSTs de 30 de noviembre y 11 de diciembre de 2009 (rec. 3582/2003 y 4113/2003, respectivamente) llegan a la conclusión que la atribución de valores distintos a las mismas mercancías a efectos de la normativa aduanera y en materia de operaciones vinculadas resultaría arbitraria, por lo que si la Administración tributaria determinó un valor concreto a efectos de la aplicación de aranceles aduaneros, tal valor sería el mismo que se emplearía a efectos del Impuesto sobre Sociedades. En nuestra opinión, esta jurisprudencia quizás podría resultar relevante en el contexto fáctico en el que se produce (recordemos que el RIS de 1982 permitía el recurso a métodos indiciarios para determinar el valor de mercado), pero no en la actualidad, cuando la metodología de determinación del valor de mercado en el campo de la imposición directa está regulada con cierta claridad en la normativa interna y desarrollada en las Directrices de la OCDE 1995-2010 (las que expresamente indican que el valor de aduana puede ser una referencia, pero los intereses de la valoración de las mercancías a efectos aduaneros no siempre son los mismos que los que presiden la valoración en los impuestos directos). En este mismo

orden de cosas, debe tenerse en cuenta que las fuentes que configuran el valor en aduana son estrictamente comunitarias, a saber: lo previsto en el Código Aduanero Comunitario y su normativa de desarrollo y la propia jurisprudencia del TJUE que ostenta competencia interpretativa sobre la misma.¹⁹

- 3) *La relación del art. 16 TRLIS con el art. 79.cinco LIVA:*²⁰ a pesar de que este último regula también una regla en materia de “vinculación”, la naturaleza de ambas normas, al igual que su correcta interpretación, es muy distinta. En primer lugar, el art. 79.cinco LIVA está concebido como una regla anti-abuso de aplicación limitada, esto es, solo operará allí donde se puedan detectar pérdidas de recaudación en el IVA por operaciones con sujetos o realizadas por estos cuando quien recibe la entrega de bienes prestación de servicios o quien la realiza tienen limitado el derecho a deducir (destinatario sin derecho a deducir totalmente el IVA soportado, empresario o profesional en prorrata). Incluso podría decirse que es una norma de aplicación por parte de la Administración, no por el contribuyente. En segundo lugar, tanto la definición del concepto de valor de mercado como el propio de vinculación en ambos preceptos ni son enteramente coincidentes ni plenamente intercambiables. En realidad, la diferencia en la interpretación y aplicación de ambos preceptos viene determinada por el hecho de que, mientras que el art. 79.cinco LIVA procede del art. 80 Directiva 2006/112/CEE y, en consecuencia, los conceptos que maneja deben ser objeto de interpretación “comunitaria”, el art. 16 TRLIS no es desarrollo de norma comunitaria alguna y, en consecuencia, su interpretación no está condicionada por ningún mandato del legislador supranacional.

19 Véanse los arts. 28 y ss. del Reglamento del Consejo núm. 2913/92 que regula el Código Aduanero Comunitario, así como su normativa comunitaria de desarrollo, o los 40 y ss. del Reglamento 2008/450/CE, de 23 de abril, por el que se aprueba el Código Aduanero Modernizado, aún no en vigor en los aspectos sustantivos (tales normas pueden consultarse en Martín y Calderón 2009). Esta normativa incorpora la regulación contenida en el Código de Valoración de la Organización Mundial de Comercio (anteriormente Código de Valoración GATT), que fue adoptado durante la ronda de Tokio del GATT (1979). Resultan de gran interés en este contexto decisiones como la SAN de 2 de noviembre de 2009 y las RRTEAC de 26 de mayo de 2009, 14 de junio de 2006 y 10 de noviembre de 2005, sobre valor de mercancías en aduana. En relación con la jurisprudencia comunitaria en materia de valoración aduanera, nos remitimos al listado de sentencias del TJUE recogido en el Anexo 3 de la obra de Ibáñez Marsilla (2010); vid también Jovanovic (2002) e Ibáñez Marsilla (2002), específicamente sobre precios de transferencia y valoración aduanera. Entre todas ellas cabe destacar, por su específica aplicación en materia de operaciones vinculadas, las sentencias del TJUE de 24 de abril de 1980; *Chatain*, C-65/1979, de 13 de marzo de 1989; *Caterpillar*, C-111/1979, de 8 de febrero de 1984; *Ospig*, C-7/83.

20 Véase, para un mayor desarrollo de esta cuestión, García Prats (2010), pp. 48-57.

2.2. Los elementos interpretativos de la normativa: El contexto del art. 16 TRLIS y sus normas de desarrollo

Para delimitar las fuentes y elementos interpretativos relevantes en materia de operaciones vinculadas resulta conveniente acudir a la Exposición de Motivos de la Ley 36/2006, de Medidas para la Prevención del Fraude Fiscal (LMPFF), que indica lo siguiente:

Por lo que afecta a la imposición directa, dicha reforma [del art. 16 TRLIS] tiene dos objetivos. El primero referente a la valoración de estas operaciones según precios de mercado, por lo que de esta forma se enlaza con el criterio contable existente que resulta de aplicación en el registro en cuentas anuales individuales de las operaciones reguladas en el art. 16 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo. En este sentido, el precio de adquisición por el cual han de registrarse contablemente estas operaciones debe corresponderse con el importe que sería acordado por personas o entidades independientes en condiciones de libre competencia, entendiéndose por el mismo el valor de mercado, si existe un mercado representativo o, en su defecto, el derivado de aplicar determinados modelos y técnicas de general aceptación y en armonía con el principio de prudencia.

En definitiva, el régimen fiscal de las operaciones vinculadas recoge el mismo criterio de valoración que el establecido en el ámbito contable. En tal sentido la Administración tributaria podría corregir dicho valor contable cuando determine que el valor normal de mercado difiere del acordado por las personas o entidades vinculadas, con regulación de las consecuencias fiscales de la posible diferencia entre ambos valores.

El segundo objetivo es adaptar la legislación española en materia de precios de transferencia al contexto internacional, en particular a las directrices de la OCDE sobre la materia y al Foro europeo sobre precios de transferencia, a cuya luz debe interpretarse la normativa modificada. De esta manera, se homogeneiza la actuación de la Administración tributaria española con los países de nuestro entorno, al tiempo que además se dota a las actuaciones de comprobación de una mayor seguridad al regularse la obligación de documentar por el sujeto pasivo la determinación del valor de mercado que se ha acordado en las operaciones vinculadas en las que interviene.

En definitiva, la Exposición de Motivos del art. 16 TRLIS atribuye relevancia a tres instrumentos tan diversos como la normativa contable, las Directrices de la OCDE y los trabajos del Foro Europeo en materia de precios de transferencia (llama la atención, en este último caso, que la referencia sea a los trabajos del

Foro, sin que sea necesario ni siquiera que los haya adoptado o aprobado el Consejo de la UE).

En los acápites siguientes nos ocuparemos de estos instrumentos, primero de la referencia a las normas contables y segundo de las Directrices de la OCDE y otros materiales de esta organización internacional, dentro del contexto en que fueron elaboradas (el art. 9 MC OCDE). Los trabajos del Foro conjunto de la UE en materia de precios de transferencia se analizarán junto al Convenio de Arbitraje de la UE.

3. LA NORMATIVA TRIBUTARIA SOBRE OPERACIONES VINCULADAS/PRECIOS DE TRANSFERENCIA Y LAS NORMAS CONTABLES

CAP. II

Como puede observarse, la Exposición de Motivos de la LMPFF establece un vínculo directo entre el art. 16 TRLIS y los criterios contables de valoración de las operaciones vinculadas. Sin embargo, tal vinculación debe relativizarse por las siguientes razones:

- 1) Los conceptos contable y fiscal de partes vinculadas no son idénticos (compárese a estos efectos la NECA 15 —concepto de partes vinculadas— con la NECA 13 —empresas del grupo, multigrupo y asociadas—, del Plan General de Contabilidad de 2007, con el art. 16.3 TRLIS). No obstante, téngase en cuenta que el art. 16.3 TRLIS emplea el concepto de grupo establecido en el art. 42 del Código de Comercio para establecer un supuesto de vinculación (letras d, f, g, l), de suerte que tal precepto fue objeto de desarrollo mediante el Real Decreto 1159/2010, de 17 de septiembre, sobre NOFCAC. En este sentido, tal desarrollo del art. 42 del Código de Comercio por la normativa contable y su interpretación por el ICAC poseen incidencia sobre la normativa tributaria reguladora de las entidades vinculadas, en la medida en que afectan a una cuestión clave como es su ámbito de aplicación (y de la normativa sobre documentación y procedimiento).²¹
- 2) El concepto contable de “valor razonable” no coincide con el fiscal de valor de mercado (compárese a estos efectos el concepto de valor razona-

21 En concreto, el desarrollo operado por la NOFCAC en relación con el art. 42 CdC concreta el concepto de grupo de subordinación (relación dominante-dependiente) por la vía de control a través de la participación (incluyendo el voto potencial) así como del control sin participación (participando de una sociedad en los riesgos y beneficios de otra; casos de SPV o entidades de propósito especial). Por tanto, la normativa contable y la doctrina del ICAC son relevantes a los efectos del art. 16 TRLIS. Véase la Resolución del ICAC n.º 83/2010 sobre la calificación como empresas del grupo a los efectos del Código de Comercio. Véase sobre esta cuestión el trabajo de Ortega Carballo (2010).

ble del art. 38.2 Código de Comercio y del núm. 6 del “marco conceptual” del PGC con el art. 16.4 y el desarrollo de los métodos de valoración en las Directrices de la OCDE).

- 3) Según dispone la Norma de Registro y Valoración 21ª del PGC, el valor razonable se emplea, con carácter general, entre empresas del mismo grupo contable (definición según la NECA 13), pero, fuera del grupo contable, y salvo reglas particulares, las operaciones se valorarán a su precio de adquisición. En este sentido, la regla según la cual “si el precio acordado en una operación difiriese de su valor razonable, la diferencia deberá registrarse atendiendo a la realidad económica de la operación” se aplicará solo a las relaciones entre empresas del grupo en el sentido contable (quedando la definida en el art. 34.2 Código de Comercio y el n.º 1 del marco conceptual del PGC como una norma de aplicación general).²²

Así las cosas, la conexión entre las normas contables y fiscales en el ámbito de las operaciones vinculadas, siendo estrecha, es menos directa y está más sujeta a matizaciones de lo que puede desprenderse de la Exposición de Motivos de la LMPFF, la posición de la Administración tributaria o de algunos autores vinculados a esta. De hecho, la distinta finalidad y función de una y otra norma hace que, aun estando ambas normativas íntimamente conectadas, la norma contable no siempre sea coincidente con la fiscal. Es más, hasta cierto punto, podría decirse que existe una contradicción entre dos de las fuentes interpretativas que cita, ya que el concepto contable de valor razonable y el fiscal de valor de mercado, definido según las Directrices de la OCDE, no son siempre coincidentes.²³ En este sentido, allí donde no exista armonía entre los criterios

22 Véase en este sentido la RDGT 10/11/2010 (V2402-10), donde se excluye la posibilidad de que se realicen ajustes extracontables sobre el resultado contable cuando exista discrepancia entre el valor convenido y el valor razonable en una operación entre empresas del grupo. También se identifica valor razonable con valor de mercado. En esta consulta la DGT parece mantener que la correcta contabilización pasa, además de por contabilizar la operación por el valor razonable/mercado (aunque difiere del convenido), por registrar la diferencia entre el valor convenido y el de mercado en función de la “realidad económica” del desplazamiento patrimonial, de suerte que ello además tendrá los efectos previstos en el art. 16.8 TRLIS (ajuste secundario). Más matizada es la RDGT de 7 de octubre de 2011 al admitir ajustes fiscales extracontables, aunque aplica ajuste secundario (V2401-11). A favor de la equivalencia entre valor razonable y valor normal de mercado se ha posicionado Sanz Gadea (2007b: 134 y ss. y 2010).

23 De las principales diferencias que se han destacado entre valor normal de mercado y valor razonable (*fair value*) cabría señalar las siguientes: (a) el valor razonable constituye un concepto objetivo, en tanto que el valor de mercado —determinado de acuerdo con el principio de plena competencia— tiene en cuenta circunstancias subjetivas expresadas a través de los cinco factores de comparabilidad y de la gran relevancia que posee en el terreno valorativo/aplicativo la consideración de los hechos y circunstancias de la operación vinculada, atendiendo a la posición de las dos partes; también se ha indicado que el *arm's length*, en su concepción

contables y fiscales —algo que en la actualidad ocurrirá en un menor número de situaciones como consecuencia del PGC de 2007—, la aplicación del art. 16 TRLIS deberá llevar tanto a la Administración como al contribuyente a realizar los correspondientes ajustes extracontables.

Las diferencias entre contabilidad y fiscalidad, y la distinta finalidad/funcionalidad de ambas normativas en materia de operaciones vinculadas, ciertamente diluyen la importancia del art. 34.2 Código de Comercio (o de su equivalente en la NRV 21^a) en el contexto del art. 16 TRLIS, de manera que las recalificaciones a estos efectos deberán llevarse a cabo mediante la aplicación de los instrumentos que la LGT reconoce (arts. 13, 15 y 16). Como hemos puesto de manifiesto en el Capítulo I, el art. 16 TRLIS es una norma de valoración *stricto sensu*, sin que permita la realización de re-calificaciones/levantamiento del velo societario, finalidad para la que están concebidos los artículos de la LGT antes citados (y, sin embargo, la tendencia contable, a la luz del art. 34.2 y NRV 21^a, es justo la contraria, aunque en este punto resulte compartida con las Directrices de la OCDE 2010, especialmente, Capítulo IX).

Más allá de las importantes implicaciones de tipo material que resultarían de defender la equivalencia entre el valor contable (valor razonable) y el valor fiscal (valor normal de mercado) en sede, de operaciones vinculadas, cabría apuntar a su vez consecuencias de tipo procedimental. Por un lado, cabría argumentar que

OCDE, tiende a considerar —a efectos valorativos— elementos subjetivos como el poder de negociación de las dos partes, las economías de integración y de escala, las sinergias de grupo y las relaciones empresariales; (b) el valor normal de mercado de los arts. 16 TRLIS y 9 CDI se fundamenta en el principio de plena competencia configurado como principio internacional cuya fuente delimitadora, directa o indirecta, lo constituyen las Directrices OCDE de precios de transferencia, circunstancia que no es predicable del valor razonable, que está más inspirado o basado en otras fuentes internacionales (NIIF-IFR); (c) la metodología establecida para determinar el valor normal de mercado en consonancia con el principio de plena competencia ha sido establecida por la OCDE a través de las referidas Directrices, habiéndose configurado varios métodos a tal efecto que en gran medida pivotan sobre datos de transacciones comparables; sin embargo, la metodología para determinar el valor razonable es mucho más abierta y no descansa sobre datos de transacciones comparables entre empresas independientes; con todo, existe una tendencia en la OCDE dirigida a admitir que determinados métodos empleados para determinar el valor razonable entre partes independientes —valoraciones financieras basadas en descuento de flujos de caja— puedan ser utilizados en el contexto de determinación del valor normal de mercado allí donde los métodos típicos o propios de precios de transferencia no pueden aplicarse. Es cierto que a simple vista podría considerarse que los métodos contables (Apartado 6 marco conceptual PGC 2007 y Norma de Valoración 21) referidos al “valor fiable de mercado siendo el precio cotizado en un mercado activo” o el “valor razonable por referencia a transacciones recientes en condiciones de independencia mutua o a activos que sean sustancialmente iguales” podrían equipararse al método OCDE/art. 16 TRLIS conocido como el “método del precio libre comparable”; no obstante, debe insistirse en que el método del precio libre comparable debe aplicarse en consonancia con el principio de plena competencia tomando en consideración los principios establecidos en las Directrices de la OCDE.

allí donde el valor registrado en la contabilidad fue determinado correctamente de acuerdo con las técnicas de valoración contable (valor razonable), las autoridades fiscales no deberían poder ajustar tal valor convenido, atendiendo a una diferente determinación y cuantificación con arreglo a los métodos de fijación del valor de mercado en operaciones con precios de transferencia. E incluso podría defenderse que la comprobación de la correcta determinación del valor razonable debería realizarse por parte de la Administración, atendiendo a datos contemporáneos a la transacción, esto es, datos que estaban a disposición de las partes en el momento de la operación, sin que se les pudiera considerar datos cuya publicidad o acceso se hubiera producido con posterioridad al perfeccionamiento de tal transacción. Como se sabe, se admite esta posibilidad de comprobar el valor de mercado considerando datos accesibles con posterioridad a la transacción, aunque sujeto a muchas críticas, en algunos ordenamientos que no exigen documentación de precios de transferencia contemporánea (*price setting*), sino que tal documentación debe soportar los precios convenidos empleados (*price testing*). Una segunda consecuencia anudada a la equivalencia del valor razonable-valor normal de mercado tendría que ver con la imposibilidad de que el contribuyente llevara a cabo ajustes fiscales extracontables.²⁴ Ciertamente, si existe un valor

24 Nótese, no obstante, que la norma imperativa de valoración prevista en el art. 16 TRLIS (en la redacción dada por la Ley 36/2006), a nuestro juicio, permite la realización de un ajuste fiscal extracontable de signo positivo y negativo por parte del contribuyente; esta posición no resulta únicamente consistente con la dinámica aplicativa del principio de plena competencia (véase *infra*), sino también con el propio sistema de autoliquidación del IS (véase Emerson 1997: 334-336). Igualmente, los ajustes fiscales que puede hacer la Administración en aplicación del art. 16 TRLIS tienen, lógicamente, carácter extracontable y deben ser bilaterales, cuando menos, en operaciones internas. No obstante, debe advertirse que la cuestión planteada, esto es, la posibilidad de efectuar ajustes fiscales extracontables por parte del contribuyente, resulta controvertida en el marco del art. 16 TRLIS. En este sentido, existen destacados autores, como Sanz Gadea, que se han posicionado a favor de una valoración contable de acuerdo con el valor normal de mercado coincidente con la resultante del art. 16 TRLIS (véase Sanz Gadea 2007a: 41 y ss.). Esta cuestión se menciona en las Directrices OCDE 1995 de Precios de Transferencia (párrs. 4.38 y 4.39) y se aborda con más detalle en la versión de 2010 de las referidas Directrices (Capítulo III sobre Comparabilidad, párrs. 3.68 y 3.71), así como en las propias *US Treasury Regulations* de EE. UU. (*US Revenue Procedure* 99-32 y *Treas. Reg. Section* 1.482-1(a)(3)) o en la Circular neerlandesa sobre aplicación del principio de plena competencia (Sec. 1.2) y en el propio Código de Conducta UE sobre documentación de Precios de Transferencia (párr. 16). En todos estos "materiales" se evita adoptar una posición rígida que excluya la práctica de tales ajustes, considerando la existencia de razones y supuestos donde puede resultar necesario admitir tales ajustes extracontables. Así, por ejemplo, la *Treas. Reg. Section* 1.482-1(a)(3), "*Taxpayer's use of Section 482 IRC*", establece que el contribuyente puede declarar en su autoliquidación fiscal un precio diferente al pagado o facturado (y contabilizado) cuando así lo requiera la aplicación del principio de plena competencia. La *Tax Ruling* 9/14 de Australia (párrs. 110 y 384) establece la obligación de ajuste fiscal extracontable positivo cuando el precio convenido no resulta acorde con el principio de plena competencia. A su vez, el Código de Conducta UE sobre documentación de precios de transferencia (párr. 16) parece admitir

razonable correctamente determinado y tal valor coincide con el valor normal de mercado, no tiene sentido el ajuste fiscal extracontable, dado que las autoridades fiscales tampoco podrían ajustar el valor contable, salvo que estuviera incorrectamente determinado. En cambio, si se admiten discrepancias entre ambos valores, debería admitirse, como consecuencia del propio procedimiento de autoliquidación, la realización de tales ajustes fiscales extracontables sin mayores consecuencias, aparte de las tributarias, que la documentación y explicación de tales diferencias. Lógicamente, si se admite la equivalencia entre el valor contable y el valor normal de mercado, buena parte de las obligaciones de documentación establecidas por la normativa fiscal vendrían a duplicar las establecidas en el ámbito contable, resultado que sería muy poco acorde con la propia idea de proporcionalidad, y además su contenido debería estar alineado, lo que no acontece en el ordenamiento español.²⁵ Con todo, no puede perderse de vista que se puede plantear otro tipo de divergencias entre el tratamiento fiscal, de acuerdo con el art. 16 TRLIS y lo establecido en la normativa contable. Un buen ejemplo de ello lo aporta la RDGT 19/09/2011 (V2138-11) sobre una reestructuración contractual de préstamos intragrupo que son resueltos por voluntad de las partes.

tales ajustes extracontables, aunque establece la necesidad de que sean fundamentados en la documentación de precios de transferencia; esta posición parece bastante razonable y entendemos que la normativa española debería seguir este enfoque si pretende moverse dentro del referido Código de Conducta Europeo, tal y como predica la EM de la Ley 36/2006. A su vez, la cuestión del ajuste extracontable puede presentar conexiones con la del ajuste secundario (en EE. UU. existe un procedimiento que evita el ajuste secundario por la vía de repatriar efectivamente la renta objeto de un ajuste primario a la otra entidad vinculada implicada) e incluso con el inicio del procedimiento amistoso (podría constituir un supuesto del art. 25.3 del MC OCDE), de manera que todas estas cuestiones deberían ser abordadas sistemáticamente. La OCDE en esta misma línea insiste sobre la necesidad de resolver en el marco del procedimiento amistoso de los CDI los problemas de doble imposición económica que resulten de la aplicación por las empresas asociadas de dos enfoques nacionales diferentes (*arm's length price setting approach versus arm's length outcome testing approach*), lo cual implícitamente puede significar no solo el reconocimiento de los ajustes fiscales extracontables en los ordenamientos que siguen el *ALS outcome testing* sino también que tal interacción de sistemas fiscales puede generar doble imposición en términos tales que permita la puesta en marcha de procedimiento amistoso. En la práctica, la realización de ajustes fiscales extracontables en operaciones entre empresas asociadas plantea serios problemas en relación con la eliminación de la doble imposición económica que puede surgir e incluso para la deducibilidad del mayor impuesto extranjero derivado de un ajuste positivo por parte de la empresa asociada; en este sentido, las autoridades fiscales norteamericanas, por ejemplo, deniegan tal deducibilidad al considerar que no es un "impuesto" y tampoco admiten la posibilidad de inicio de procedimiento amistoso como consecuencia de un ajuste fiscal extracontable. Véase Rosenbloom (2007: 1019 y ss.) y Cope y Foley (2010: 1 y ss.). En relación con las cuestiones de comparabilidad en nuestro país puede consultarse el interesante estudio de Pérez Rodilla y Huidobro Arriba (2007: 1147 y ss.).

25 Nótese, por ejemplo, que el análisis de comparabilidad constituye una exigencia de las obligaciones de documentación de precios de transferencia, sin que ello resulte exigible para la determinación del valor razonable.

4. CONVENIOS PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DOBLE IMPOSICIÓN

4.1. La normativa sobre empresas asociadas en los CDI (art. 9 MC OCDE) y sus efectos

El art. 9 MC OCDE (y sus disposiciones concordantes en los CDI) es la principal fuente reguladora de las operaciones vinculadas en los CDI. Se trata de un precepto relativamente simple en apariencia, pero extremadamente complejo en su interpretación y aplicación. El art. 9 MC OCDE 1977-2010 contiene dos reglas:

- 1) El art. 9.1, que regula la posibilidad de ajustar (al alza) los beneficios de una empresa de un Estado contratante cuando, debido a su asociación (en términos de participación, control o capital) con otra empresa del otro Estado contratante, en sus relaciones comerciales o financieras, las condiciones aceptadas o impuestas difieran de las que serían acordadas por empresas independientes.
- 2) El art. 9.2, añadido en el MC OCDE 1977, que regula el llamado ajuste correspondiente o bilateral, de manera que, al ajuste primario realizado por las autoridades de un Estado sobre la base del art. 9.1, respondan las autoridades del otro Estado contratante, eliminando así la doble imposición económica que pudiera generarse.

Si bien el art. 9 MC OCDE debe completarse con el art. 7 MC OCDE, en la medida en que a este precepto se dedica otro acápite, el presente se centrará en aquel. No existe mucha discusión acerca de que el art. 9 es una disposición excepcional en el contexto del MC OCDE, ya que es la única norma dirigida expresamente a la eliminación de la doble imposición económica, esto es, a remediar la asimétrica distribución de rentas entre dos contribuyentes residentes, cada uno de ellos en un Estado contratante.

En realidad, el art. 9 MC OCDE no es una disposición relativa a la distribución del poder tributario de los Estados contratantes en relación con una tipología específica de rentas, sino una norma de reconocimiento de ciertas facultades a las autoridades de los Estados miembros de realización de ajustes sobre la contabilidad empresarial/fiscal hasta un límite determinado (el precio de mercado).

La relación del art. 9 MC OCDE con la normativa interna no es del todo pacífica ni clara y, recientemente, en el ordenamiento español ha sido empañada por algunas decisiones jurisprudenciales. En realidad, el art. 9 MC OCDE cumple una triple función:

- 1) Es un límite en la metodología y principios aplicables para determinar y ajustar los beneficios de las empresas asociadas, de manera que solo cuando se cumpla el principio de imposición a precios de mercado se estará dentro del marco regulador del art. 9 MC OCDE.
- 2) Establece las bases para la resolución de conflictos sobre atribución de beneficios a las empresas asociadas.
- 3) Es la base jurídica para la realización de ajustes correlativos (art. 9.2 MC OCDE).

CAP. II

Sin embargo, se debe descartar la posibilidad de que el art. 9 MC OCDE opere con independencia de la normativa interna, como base jurídica exclusiva y autónoma para la realización de ajustes primarios en materia de operaciones vinculadas (o para efectuar recalificaciones de las operaciones realizadas). 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 (principio de imposición a precios de mercado). Igual que los arts. 10 u 11 MC OCDE no permiten el gravamen autónomo de los dividendos o los intereses en el Estado de la fuente si no existe una disposición interna que posibilite la sujeción a imposición de tales tipos de rentas, el art. 9.1 MC OCDE no permite los ajustes entre empresas vinculadas si no existe una norma interna que regule esta posibilidad (de otra forma, se estaría creando un gravamen allí donde la legislación interna nada establezca). Esta función habilitadora/limitadora del art. 9 MC OCDE es, por otra parte, la que mejor se ajusta a su evolución histórica y funcionalidad, así como a la propia finalidad de los CDI. Resulta erróneo, por tanto, el criterio mantenido en la SAN de 21 de mayo de 2009, rec. n.º 416/2005, que parte de una concepción autónoma del art. 9 MC OCDE (y los preceptos correspondientes en los CDI), según la cual este permite realizar ajustes o recalificaciones sin necesidad de acudir a la normativa interna o de fundarlas en esta. Desde la óptica del principio de legalidad tributaria del art. 31.3 CE (o del frecuentemente llamado principio de no agravación por los CDI de la tributación prevista en la legislación interna), tales conclusiones no resultan aceptables, como no lo son atendiendo a la función del art. 9 y a su evolución.²⁶

²⁶ Es cierto que el TC, en algún pronunciamiento, ha considerado que los tratados internacionales, una vez ratificados y publicados en el BOE, cumplen con las exigencias del principio de legalidad, pero ello no puede conducir a pensar que toda norma de un CDI crea Derecho tributario sustantivo, dado que tal función no es la propia de estos convenios y está, como regla, reservada a lo previsto en la legislación nacional, de acuerdo con el art. 31.3 CE. Téngase en cuenta que estos convenios persiguen engranar ordenamientos tributarios y establecer un