

## *Introducción*

En el ámbito del impuesto sobre sociedades, el principio de plena competencia o *arm's length principle* establece la necesidad de modificar la valoración de operaciones efectuadas entre entidades vinculadas, de tal forma que en la base imponible de la entidad se incluyan los beneficios que esta hubiese obtenido de no existir una comunidad de intereses común. El ajuste se calcula comparando el precio, el beneficio o el margen que ha obtenido la entidad con respecto a aquel que hubiese logrado en una operación con una parte independiente en condiciones idénticas o muy similares. Así, el análisis de las condiciones de la operación definirá el grado de identidad entre la operación original y el comparable de referencia.

Sobre esta base, que sintetiza la lógica de la normativa sobre precios de transferencia, también existe la posibilidad de modificar no la valoración de la operación, sino sus condiciones, pues estas son determinantes a la hora de configurar precio o márgenes; condiciones como son por ejemplo la distribución de riesgos, la asignación de la propiedad de un activo intangible o la asignación de funciones entre empresas relacionadas. Esta práctica entraña por definición un elevado nivel de discrecionalidad por parte del quien realiza el ajuste, puesto que si se toma como referencia el acuerdo que partes independientes adoptarían, estas pueden escoger múltiples formas de estructurar una operación.

Cabe así preguntarse, ¿permite la normativa española sobre precios de transferencia, basada en el principio de plena competencia, ajustar las condiciones de una operación acometida entre partes vinculadas? Y si la respuesta es afirmativa ¿existen límites a ese ajuste? Ambas preguntas definen el alcance y propósito del presente trabajo. Para que el lector comprenda desde un inicio la lógica argumental de su contenido, entendemos que resulta pertinente avanzar las respuestas a estas cuestiones. Nuestra tesis consiste en afirmar que sí es posible la realización de ajustes en las condiciones de la operación en el marco del principio de plena competencia. Más aún, trataremos de probar que esta figura, que denominaremos “ajuste transaccional” —por incidir en los elementos que conforman la transacción entre partes vinculadas— es fundamental para cumplir con el mandato que impone este principio. Ahora bien, la definición clara y precisa de límites tanto en su ámbito de aplicación como en el modo de concretar ese ajuste es esencial para reducir al máximo cualquier atisbo de arbitrariedad. A través del estudio de tales límites, definidos conforme al mandato de plena competencia, construiremos un modelo de aplicación de los ajustes transaccionales, que podrá ser empleado como guía en la correcta aplicación de esta figura y para criticar

su uso inapropiado en diversos ámbitos, que abarcan desde la elaboración de recomendaciones por parte de organismos internacionales hasta decisiones judiciales.

La pertinencia del objeto de estudio resulta patente dada la ausencia de criterios adecuados en la materia. A nivel internacional, las *Transfer Pricing Guidelines* de 2017 (TPG17), elaboradas por la OCDE, fijan ciertas pautas de aplicación, si bien caracterizadas por su ambigüedad y dispersión. De hecho, la realización de ajustes transaccionales ha sido uno de los problemas más controvertidos que se ha abordado en el proyecto BEPS, impulsado por la OCDE y el G-20 para establecer normas que atenuen la erosión de bases imponibles y el traslado de beneficios<sup>14</sup>. Los resultados de estos trabajos han dado lugar a una redefinición completa de los criterios sobre los que sustentar la modificación de las condiciones de operaciones vinculadas en el ámbito de precios de transferencia, si bien no siempre de manera adecuada dado que, en última instancia, el objetivo de este proyecto colisiona en muchos aspectos con la aplicación adecuada del principio de plena competencia. El lector podrá comprobar a lo largo de esta obra que los puntos de fricción son numerosos, una razón de peso más que sostiene la pertinencia de elaborar un trabajo que aborde este problema de manera sistemática.

A nivel interno, el tratamiento del problema resulta dispar y mientras ciertos Estados han hecho suyas las pautas fijadas en las TPG, en otros el problema se resuelve en sede judicial, mientras que en un tercer grupo ni siquiera se han planteado los problemas que los ajustes transaccionales entrañan. En España, veremos que la realización de ajustes transaccionales encuentra su base en el mandato de plena competencia reflejado en el art. 18.1 LIS. Con todo, no existen en el Ordenamiento español pautas que definan el alcance o los efectos de la alteración de las condiciones de operaciones vinculadas, motivo que justifica la pertinencia de la presente obra, máxime cuando además, la jurisprudencia ha adoptado criterios dispares. Por otra parte, la confusión de esta figura con otros expedientes, como son el ajuste secundario<sup>15</sup>, las normas de subcapitalización<sup>16</sup>, o la aplicación de la norma general antielusión<sup>17</sup>, es otro indicador más de la necesidad de un estudio sistemático en la materia que logre trazar contornos inequívocos, tanto en su ámbito de aplicación como en la consecuencia que preconiza.

El presente estudio se basa en la definición del alcance y efectos del ajuste transaccional a partir de la interpretación del principio de plena competencia y, por tanto, es una tesis *de lege lata*. Esto supone una ventaja en cuanto a su posible impacto, pues dicho criterio de asignación de rentas entre entidades vinculadas se encuen-

---

<sup>14</sup> Vid. OECD 2013 *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*. OECD 2013 *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*.

<sup>15</sup> Art. 18.11 LIS.

<sup>16</sup> Art. 20 TRLIS, antes de su derogación por el Real Decreto-ley 12/2012, de 30 de marzo, por el que se introducen diversas medidas tributarias y administrativas dirigidas a la reducción del déficit público.

<sup>17</sup> Art. 15 LGT.

tra muy extendido en derecho comparado y, en consecuencia, el modelo que proponemos resulta pertinente para responder a las preguntas planteadas en el marco de aplicación de cualquier normativa sobre precios de transferencia interna construida en torno al principio de plena competencia, como sucede con la normativa española. La aplicación del modelo solo se vería distorsionada en caso de que existan pautas normativas en contrario, cuya aplicación no esté supeditada al cumplimiento de este principio. Así, la propuesta no requiere *de lege ferenda* la adopción de normativa adicional que autorice la realización de ajustes transaccionales o la manera de acometerlos, si bien lo deseable es que tales pautas se positivicen para incrementar la certeza en su aplicación.

De este modo, el objeto de este trabajo es analizar la figura de los ajustes transaccionales desde la perspectiva del principio de plena competencia del art. 18.1 LIS como referencia para la correcta definición de su contenido. Entendemos que este planteamiento es acertado porque, según tendremos ocasión de comprobar, el mandato de plena competencia supone un límite a la realización de ajustes tanto en derecho interno como en el ámbito de la red de Convenios para evitar la doble imposición (CDI) suscrita por España. En todo caso, resulta necesario señalar que para ejemplificar los distintos problemas que se derivan de la aplicación de ajustes transaccionales, se harán constantes referencias no solo al Ordenamiento español, sino también al derecho interno de distintas jurisdicciones y al estudio de jurisprudencia relevante al efecto.

Ante la completa ausencia de pautas en el Ordenamiento español que permitan conocer qué alcance tiene la figura del ajuste transaccional y sus consecuencias, el punto de partida del análisis consistirá en el estudio de las recomendaciones propuestas en las TPG, un documento elaborado por la OCDE de reconocida calidad técnica que se ocupa de desarrollar el contenido del principio de plena competencia. En efecto, el análisis tanto del presupuesto de hecho de los ajustes transaccionales, como de la consecuencia de su aplicación en la presente tesis parte de las pautas establecidas en las TPG por dos motivos principalmente. Por una parte, este texto se basa en el principio de plena competencia, de acuerdo a su concepción más extendida en la normativa de Estados de diversas tradiciones jurídicas. Es precisamente la labor de la OCDE la que ha impulsado una estandarización de este criterio y su adopción en la práctica totalidad de jurisdicciones a nivel mundial, a pesar de las dificultades técnicas que presenta su aplicación. Por otra parte, las TPG sirven como modelo no solo para aplicar el principio de plena competencia, sino también para que los Estados dispongan de una referencia sólida a la hora de incorporar reglas que reflejen este principio en sus ordenamientos internos. De hecho, la Ley del Impuesto sobre Sociedades se remite de manera explícita al contenido de las *Guidelines* en su exposición de motivos y existen no pocas decisiones judiciales en que se otorga a este texto un valor normativo *de facto*. Tal autoridad, además del organismo que las elabora, entendemos que emana de la calidad técnica de su contenido y sin duda son un gran apoyo para la correcta aplicación del criterio *at arm's length*, no solo para Administraciones fiscales, sino también para los contribuyentes, quienes normalmente basan su postura en el

contenido de dicho documento. No obstante, todo ello no impedirá el análisis crítico de su contenido, pues comprobará el lector que las TPG no definen un marco óptimo sobre el que asentar la realización de ajustes transaccionales; de ahí la pertinencia del estudio de esta figura y la propuesta de un modelo alternativo basado en el principio de plena competencia, que resulte aplicable al Ordenamiento español.

En cuanto a la delimitación del estudio, cabe realizar varias precisiones.

Primero, esta tesis se refiere al impacto del ajuste transaccional en el *arm's length principle* desde una perspectiva jurídica, referida en exclusiva al ámbito del derecho tributario. Se excluyen por tanto consideraciones relativas al impacto de esta normativa en otras ramas del derecho así como en otras ciencias sociales, como políticas, económicas o de cualquier otra índole.

Segundo, dentro del marco del derecho tributario, centraremos nuestra atención en el ámbito de la imposición directa sobre sociedades con personalidad jurídica propia. En especial, es necesario advertir que no nos referiremos al impacto que el principio de empresa separada pueda tener en el ámbito de la imposición indirecta, en la imposición directa referida a personas físicas ni en el ámbito de la atribución de rentas a establecimientos permanentes.

Tercero, en referencia a la normativa sobre operaciones vinculadas, también consideramos pertinente no hacer referencia a consideraciones sobre su ámbito de aplicación subjetivo<sup>18</sup>, puesto que el análisis de los problemas que puede plantear no es relevante en el estudio de la figura de los ajustes transaccionales. Este mismo motivo justifica además la ausencia de análisis en profundidad del ajuste correlativo en el contexto de la normativa sobre operaciones vinculadas.

Cuarto, el principio de empresa separada se ha empleado como medida de referencia para definir el alcance de ciertas figuras más allá del ámbito de los precios de transferencia, cuyo estudio escapa al ámbito de esta tesis. Nos referimos a normas que no tratan supuestos de valoración de rentas sino de recalificación, en especial cabe mencionar las normas de ajuste secundario, normas de subcapitalización y normas generales antiabuso. Analizaremos dichas figuras a los únicos efectos de diferenciarlas de los ajustes transaccionales, dado que un estudio pormenorizado de las mismas carece de sentido por no constituir el objeto del presente trabajo.

Quinto, no nos referiremos al impacto del derecho de la Unión Europea en el principio de plena competencia, porque en su seno no se han concretado parámetros para la realización de ajustes transaccionales, ni desde una vertiente positiva —nos referimos en especial al Convenio 90/436/CEE de arbitraje sobre precios de transfe-

---

<sup>18</sup> Art. 18.2 LIS. Para un estudio pormenorizado de estas pautas, *vid.* CENCERRADO MILLÁN, E. (2000): *El tratamiento de las Entidades Vinculadas en la Imposición Directa Española* (Cizur Menor: Aranzadi), pp. 28-60. CARMONA FERNÁNDEZ, N. (2016): “Ámbito subjetivo de las operaciones vinculadas: noción fiscal de vinculación”, en Carmona Fernández, N. (dir.), *Nuevo régimen fiscal de las operaciones vinculadas: valoración y documentación* (Valencia: CISS, pp. 73-97).

rencia y a la Directiva de resolución alternativa de disputas<sup>19</sup>— ni a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de imposición directa y libertades fundamentales. En todo caso, conviene advertir que el análisis que se efectúa en este trabajo acerca del parámetro *at arm's length* es susceptible de ser extrapolado a ambos ámbitos.

La estructura de la presente obra se divide en cinco capítulos. En el *primer capítulo* comenzamos describiendo brevemente aspectos fundamentales del funcionamiento de la normativa sobre precios de transferencia que servirán de hilo conductor para comprender las implicaciones de problemas más complejos tratados a lo largo del trabajo, tanto a nivel interno como a nivel convencional. En especial, abordaremos cuestiones relacionadas con la definición de la naturaleza y finalidad del *arm's length standard*, aspecto de suma importancia porque este parámetro servirá a los efectos de delimitar el alcance de los ajustes sobre las condiciones de la operación. Tras esta aproximación, en el *segundo capítulo* abordaremos la definición del concepto de ajustes transaccionales, así como su origen histórico y la postura actual de la OCDE respecto a su relevancia en el ámbito del mandato *at arm's length*. También nos referiremos a la manera en que los ajustes transaccionales se insertan en el marco normativo definido por el art. 18 LIS y la red española de Convenios para evitar la Doble Imposición. En el *segundo capítulo* analizaremos el marco normativo en que los ajustes transaccionales se insertan. Comprobaremos los límites que impone el precepto de los CDI en vigor que contienen una cláusula similar a la del art. 9 MCOCDE, así como la relevancia del derecho doméstico por constituir la base jurídica para su realización y la relevancia de las TPG en el proceso de interpretación de la normativa basada en el principio de plena competencia. En el *tercer capítulo* se estudian las pautas para la correcta determinación de los hechos como paso inicial en el análisis de comparabilidad. En el *cuarto capítulo*, se analizará el ámbito de aplicación de los ajustes transaccionales propuesto por la OCDE en las TPG y se propondrán una serie de pautas interpretativas para definir adecuadamente este aspecto. En el *quinto capítulo* se abordarán las consecuencias de la aplicación de los ajustes transaccionales. El lector comprobará que las *conclusiones* se compilan en la última parte del trabajo y no al final de cada apartado. Entendemos que esta opción es adecuada para evitar repeticiones innecesarias y para lograr una mayor fluidez en la lectura del texto. Asimismo, el hecho de compilar las conclusiones en un solo apartado aporta una visión de conjunto a la aportación que este trabajo de tesis trata de trasladar al lector. Para facilitar la localización de los argumentos en los que se basa cada idea expresada en las conclusiones, se indica en nota al pie el apartado donde se desarrollan. Por último, cabe destacar que el planteamiento de un modelo en abstracto carece de sentido si no sirve para aportar soluciones concretas en la práctica. Es por ello que presentaremos continuamente ejemplos que ilustren la aplicación del modelo de interpretación que propondremos, en especial en aquellos casos en que consideremos que las recomendaciones propuestas por la OCDE o las

<sup>19</sup> Directiva (UE) 2017/1852 del Consejo de 10 de octubre de 2017 relativa a los mecanismos de resolución de litigios fiscales en la Unión Europea

decisiones de tribunales referidas al ámbito de los ajustes transaccionales, son contrarias al principio de plena competencia.

Por fin, conviene realizar algunas aclaraciones de carácter formal y relacionadas, para empezar, con la terminología empleada. Primero, el lector podrá comprobar que en el texto se hace un uso alternativo de los términos *arm's length principle*, *arm's length standard*, *at arm's length* y principio de plena competencia con el propósito de evitar repeticiones de términos que dificulten la lectura del texto. En este sentido, se pretende que su significado sea idéntico, es decir, la regla de asignación de beneficios aplicable a partes vinculadas para que su valoración sea la que partes independientes hubiesen acordado en circunstancias idénticas o muy similares<sup>20</sup>. Segundo, los términos “normativa sobre operaciones vinculadas” y “normativa sobre precios de transferencia” también se emplean como sinónimos. En este sentido, nos desmarcamos del significado otorgado por ciertas instancias al término “precios de transferencia” como aquellos supuestos en los cuales partes vinculadas acuerdan precios o condiciones no acordes a los que partes independientes pactarían y por tanto hay traslados de beneficios que no debieran permitirse<sup>21</sup>. El concepto que empleamos por tanto es neutro y se refiere, en general, a la normativa que se basa en el principio de plena competencia, en línea con el concepto que emplea la doctrina a nivel internacional<sup>22</sup>. Tercero, emplearemos los términos “ajustes transaccionales” y “ajustes estructurales” para referirnos al objeto de la tesis, ya descrito, referido a la posibilidad de ajustar las condiciones de la operación a los efectos de la aplicación de la normativa sobre operaciones vinculadas. Cuarto, emplearemos el término “comparabilidad” en distintos ámbitos

<sup>20</sup> Vid. BRAUNER, Y. (2016): “Transfer Pricing Aspects of Intangibles: The Cost Contribution Arrangement Model”, en Lang, M.; Storck, A.; Petrucci, R. (eds.), *Transfer Pricing in a Post-BEPS World* (Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, pp. 97-130), p. 108. SCHOUERI, L. E. (2016): “O Arm's Length como Princípio ou como Standard Jurídico”, en Schoueri, L. E.; Bianco, J. F. (eds.), *Estudos de Direito Tributario em Homenagem ao Prof. Gerd Willi Rothmann* (São Paulo: Quartier Latin), pp. 213-221, para una discusión acerca de las diferencias entre “principio” y “estándar”, si bien a nuestro entender la discusión no trasciende de lo académico, pues no se extraen consecuencias relevantes al respecto.

<sup>21</sup> Este es el significado que suele manejar la jurisprudencia en España. Por todas, *vid.* STS 10 enero 2007, rec.375/2001, *Productos Roche*, FJ 4.º. *Inter alia*, esta sentencia indica que “existe precio de transferencia cuando en la relación económica existente entre dos entidades vinculadas se fija un precio distinto, superior o inferior, a aquel que sería acordado entre dos sociedades independientes”. También cierta doctrina defiende su uso, *vid.* ESTEVE PARDO, M. L. (1996): *Fiscalidad de las operaciones entre sociedades vinculadas y distribuciones encubiertas de beneficios* (Valencia: Tirant lo Blanch), p. 13. GARCÍA-HERRERA BLANCO, C. (2001): *Precios de transferencia y otras operaciones vinculadas en el Impuesto sobre Sociedades* (Madrid: Instituto de Estudios Fiscales), p. 24.

<sup>22</sup> Vid. *Transfer pricing*, en *International Tax Glossary, Glossary IBFD*: Transfer pricing is “the area of tax law and economics that is concerned with ensuring that prices charged between associated enterprises for the transfer of goods, services and intangible property accord with the arm's length principle”. En el mismo sentido, *vid.* TPG17 par. 11. PAGAN, J.; WILKIE, J. S. (1993): *Transfer Pricing Strategy in a Global Economy* (Amsterdam: IBFD), m.no. 1.1. BAISTROCCHI, E. (2005): “The Transfer Pricing Problem. A Global Proposal for Simplification” (*Tax Lawyer*, vol. 59, n.º 4, pp. 941-979), p. 10. LEVEY, M.; WRAPPE, S. (2013): *Transfer Pricing: Rules, Compliance and Controversy* (Chicago: Wolters Kluwer CCH), par. 101. COTTANI, G. (2014): *Transfer Pricing*, p. 29.

—“análisis de comparabilidad”, “ajustes de comparabilidad”, etc.— pues a pesar de que el término no está reconocido en la RAE, se emplea con frecuencia tanto por parte de la doctrina, como la jurisprudencia<sup>23</sup> y la normativa vigente<sup>24</sup>. Quinto, a la hora de referirnos a las Guías sobre Precios de Transferencia o *Transfer Pricing Guidelines* elaboradas por la OCDE, emplearemos el acrónimo TPG a lo largo del texto para mayor comodidad. Salvo referencia en contrario, al hacer alusión a las TPG nos referimos a la versión de 2017. La versión de 2010 se identificará con el acrónimo TPG10.

Por lo que se refiere a los materiales empleados para la elaboración de la presente obra pueden clasificarse en dos grupos. Se han utilizado por lado fuentes primarias: legislación, jurisprudencia, doctrina administrativa de los Estados en que hemos centrado nuestro análisis. Por otro lado, las fuentes secundarias utilizadas han sido primordialmente trabajos doctrinales, boletines informativos de firmas internacionales dedicadas a la praxis tributaria y documentos oficiales de organismos supranacionales. Al efecto de recopilar y analizar materiales ha resultado de extrema utilidad el fondo bibliográfico de las instituciones en que el autor ha realizado estancias de investigación, a saber (en orden cronológico): La Westfälisches-Wilhelms Universität Münster (Münster, Alemania), el International Bureau of Fiscal Documentation (Ámsterdam, Holanda), la Wirtschaftsuniversität Wien (Viena, Austria) y el Max Planck Institute for Tax Law and Public Finance (Múnich, Alemania). Agradezco a los directores de dichas instituciones su amabilidad por haberme permitido desempeñar parte del trabajo de investigación en dichas sedes.

En lo referente al formato de citación, anotaremos la referencia completa en el lugar de la primera cita de la obra para después citar únicamente el apellido, año y título, de tal manera que el lector pueda identificar con facilidad el trabajo a que se hace referencia. Las citas de jurisprudencia extranjera en nota al pie se lleva a cabo señalando el nombre de la parte que litiga frente a la Administración, el nombre del Tribunal y entre paréntesis su traducción al español —si procede—, el nombre del país donde radica el tribunal y el año de la decisión. De esta forma, el lector que no esté familiarizado con el sistema jurídico del Estado del que procede el tribunal que emite la sentencia, puede hacerse una idea de la categoría de la corte decisoria.

---

<sup>23</sup> *Inter alia* SAN 11 diciembre 2014, rec. 317/2011, *Peugeot*, FJ 1.º. SAN 21 septiembre 2009, rec. 210/2006, *Lafarge Asland I*, FJ 3.º. SAN 7 diciembre 2011 (rec. 446/2008), *Lafarge Asland II*, FJ 5.º. STS 18 julio 2013, rec.5799/2010, YPF, FJ 2.º.

<sup>24</sup> Art. 18.4 LIS.