

Prólogo

La disciplina de los precios de transferencia es uno de los temas más controvertidos en el ámbito de la fiscalidad internacional, como han demostrado las discusiones en el Congreso IFA 2017¹. Y es lógico que así sea, si se tiene en cuenta que dicha disciplina resulta de la combinación de un estándar tan general como el *arm's length* y una regulación tan extraordinariamente detallada como es la contenida en las Directrices sobre Precios de Transferencia (DPT) de la OCDE. Porque sin discutir la racionalidad del mandato *at arm's length* como principio para la distribución de rentas, según lo consagra el artículo 9 del Modelo de Convenio OCDE, debería resultar obvio que su desarrollo resulta desbordante, por no decir excesivo. En efecto, un principio o estándar enuncia una razón, una directriz que debe tenerse en cuenta para adoptar una decisión², por lo que del mismo no cabe deducir cualquier clase de decisión respecto a cualquier clase de problema. De ahí la dificultad de la regulación de los precios de transferencia, pues como sostiene Aitor Navarro en el libro que tengo el honor de prologar, el principio de plena competencia no implica una confrontación entre dos principios jurídicos que deben ser realizados en un mayor o menor grado, sino la confrontación entre un principio y la realidad; una realidad compleja y cambiante para la que difícilmente es posible encontrar siempre el tratamiento adecuado a partir de un simple mandato que, por su propia naturaleza, proporciona más directivas o guías para la interpretación de otras reglas que soluciones precisas para un supuesto determinado. Es cierto que en ocasiones los principios constituyen la única motivación para resolver un caso, cuando “lo que exige el Ordenamiento se concreta a través de la aplicación de uno o varios principios”³; pero no lo es menos que esto no es lo común y en materias como la tributaria, dominadas por las exigencias de la legalidad, debe ser excepcional por razones de certeza.

Por ello, teniendo en cuenta que el parámetro *at arm's length*, en cuanto principio o estándar, se limita a establecer una guía de resultado, debería resultar evidente la necesidad de establecer reglas de precios de transferencia que lo concreten, estableciendo mandatos más precisos que limiten la discrecionalidad de las Administraciones tributarias y sean controlables por los tribunales. Porque las DPT elaboradas por la OCDE no constituyen una respuesta jurídicamente satisfactoria y capaz de proporcio-

¹ ROCHA, Sergio André (2017): “The future of transfer pricing. General Report”, *Cahiers de droit fiscal international*, vol. 102.

² *Vid.* DWORKIN, Ronald (1977): *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, pp. 22 y ss.

³ *Vid.* RAZ, Joseph (1972): “Legal Principles and the Limits of Law”, *Yale Law Journal*, n.º 81, pp. 841-842.

nar una mínima certeza a los grupos multinacionales, al menos en todas las jurisdicciones. En efecto, el discutible valor de los instrumentos de *soft law* como las DPT, incluso cuando se asumen a efectos interpretativos por los ordenamientos internos⁴ generan no pocos problemas, pues las Administraciones tienden a emplearlas en ocasiones de manera casi mecánica, prescindiendo de un análisis que determine si sus soluciones resultan, o no, coherentes con los fundamentos racionales del principio de plena competencia, cuando lo cierto es que ello es más que dudoso en algunas ocasiones.

No es este el momento para analizar dichos fundamentos, pero sí interesa destacar que un análisis crítico demuestra que no son tan robustos como se suele considerar⁵, en especial en uno de los aspectos centrales para el trabajo que presento, como es la comparabilidad de transacciones. Porque buena parte de los problemas que suscita la aplicación del régimen de precios de transferencia tienen su origen en una falacia, según la cual “las operaciones entre partes independientes son suficientemente comparables a las realizadas en el seno de grupos multinacionales”⁶. De ahí la necesidad de una reflexión desde un punto de vista jurídico sobre el significado de la comparabilidad, de los distintos factores que deben considerarse a esos efectos y de los ajustes que puede ser necesario realizar para garantizar que nos encontramos ante transacciones suficientemente comparables a las que resulta posible aplicar el principio de plena competencia.

Por ello hay que felicitar por la publicación de trabajos que, como el de Aitor Navarro, más allá del examen de los detalles de un determinado aspecto de la disciplina de los precios de transferencia, se ocupan de analizar en términos críticos sus mismos fundamentos, preocupándose por establecer la naturaleza y significado del principio de plena competencia también desde la perspectiva jurídica, incluso desde la perspectiva constitucional⁷. Sobre todo cuando, como es el caso, ese análisis se realiza en términos equilibrados, prestando la atención debida al significado del criterio *at arm's length* y descendiendo también al estudio de la disciplina concreta de los precios

⁴ Como es el caso en España, en que la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades afirma en su Preámbulo “... que la interpretación del precepto que regula estas operaciones debe realizarse, precisamente, en concordancia con las Directrices de Precios de Transferencia de la OCDE y con las recomendaciones del Foro Conjunto de Precios de Transferencia de la UE, en la medida en que no contradigan lo expresamente señalado en dicho precepto, o en su normativa de desarrollo”.

⁵ *Vid.* ROCHA, Sergio André, “The future of transfer pricing. General Report”, *cit.*, pp. 107 y ss.

⁶ AVI-YONAH, Reuven (2010): “Between Formulary Apportionment and the OECD Guidelines: A Proposal for reconciliation”, *World Tax Journal*, vol. 2, n.º 1, p. 8.

⁷ El Prof. Luis Eduardo Schoueri, de la Universidad de São Paulo, es el académico que ha tratado en mayor profundidad la cuestión de la importancia de los principios constitucionales —y en particular, del principio de capacidad económica— para la interpretación del principio de plena competencia; *vid. inter alia*, SCHOUERI, Luis E. (2006): *Preços de transferência no Direito Tributário brasileiro*, Ed. Dialética, Sao Paulo, par. 1.3 y “Arm’s length: Beyond the Guidelines of the OECD”, *Bulletin for International Taxation*, vol. 69, n.º 12, pp. 695 y ss.

de transferencia, aunque sin perderse en los detalles de unas DPT que con frecuencia, por su propia naturaleza y estructura, resultan excesivamente prolijas.

En otras palabras, el trabajo de Aitor Navarro es especialmente valioso porque se esfuerza en construir un marco de aplicación de los ajustes transaccionales, intentando precisar los límites que derivan de los Convenios para evitar la doble imposición suscritos por España que contienen una cláusula equivalente al art. 9 del Modelo de Convenio OCDE y del contenido de las DPT, a las que concede el papel que les corresponde en el proceso interpretativo de la normativa sobre operaciones vinculadas. Un esfuerzo particularmente necesario en España, en que la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 julio de 2012 (Rec. 3779/2008, caso *BICC*) dio carta blanca a la Administración tributaria para regularizar el Impuesto sobre Sociedades, realizando los ajustes correspondientes y, en particular, anulando cualquier efecto fiscal de las operaciones de financiación consideradas por el simple hecho de haberse realizado entre partes vinculadas y no haberse encontrado comparables entre partes independientes. Es cierto que la posterior Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2016 (Rec. 58/2015, caso *Peugeot*), ha corregido los errores más visibles de aquella doctrina, aclarando que es inaceptable que la Administración aplique la disciplina de precios de transferencia sin analizar operaciones comparables; mucho menos en una aplicación directa del artículo 9 del CDI⁸, que no es en sí mismo —ni en conexión con las DPT— base jurídica suficiente para desconocer los términos de una operación, puesto que el reconocimiento de dichas facultades debe realizarse en la normativa interna⁹. Pero a pesar de que la Sentencia *Peugeot* supone una rectificación de la doctrina del Tribunal Supremo en *BICC*, lo cierto es que la Administración tributaria continúa aplicando este extraño tipo de ajuste, sin rigor alguno, como demuestra la reciente Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 11 de septiembre de 2017 (R.G. 996-14 y 5881-14), en que se rechaza la deducción de los intereses derivados de un préstamo participativo concedido por una entidad vinculada en una operación de *debt push down* porque sus condiciones no podrían haberse obtenido en el mercado.

En todo caso, el trabajo de Aitor Navarro, que obtuvo la calificación de *Summa cum laude* tras su presentación como Tesis doctoral en la Universidad Carlos III de Madrid, es particularmente valioso en cuanto contiene una propuesta de modelo de aplicación de los ajustes transaccionales. Una propuesta que es pertinente, sobre todo, cuando se demuestra que los criterios que contienen las DPT son inadecuados, lo que incide en la necesidad de la construcción de esas reglas intermedias que garanticen la correcta aplicación del principio de plena competencia a una realidad de creciente

⁸ NAVARRO IBARROLA, Aitor (2017): “El desconocimiento de operaciones vinculadas en el ámbito de los convenios para evitar la doble imposición. Una crítica a la doctrina vertida por la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo”, *Quincena Fiscal*, n.º 11.

⁹ GARCÍA PRATS, FRANCISCO ALFREDO (2005): “Artículo 9. Empresas Asociadas”, en Ruíz García, J. R. y Calderón Carrero, J. M. (eds.), *Comentarios a los convenios para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal concluidos por España*, Fundación Pedro Barrié de la Maza, A Coruña, p. 551.

complejidad, en que la digitalización de la economía posiblemente incrementará las diferencias entre las operaciones intragrupo y las que tienen lugar entre partes no relacionadas. Unas reglas que deberían establecer en detalle los efectos de la recaracterización de operaciones, más allá de las consecuencias inmediatas en cuanto a la determinación de los valores de plena competencia. En efecto, cuando el ajuste transaccional se limita a recaracterizar algún aspecto de las transacciones llevadas a cabo para encontrar un comparable, es claro que la ficción que deriva del mismo produce sus efectos exclusivamente en ese ámbito, para la determinación del precio de mercado comparable. Sin embargo, las cosas no son tan claras cuando, siempre de manera excepcional como sostiene Aitor Navarro, ante la imposibilidad de encontrar comparables se produce el desconocimiento de alguna transacción significativa; porque en ese caso, hay que precisar los efectos derivados de dicho ajuste y, en particular, si pueden extenderse más allá de la aplicación del principio de plena competencia para establecer sus consecuencias en el impuesto sobre sociedades del ejercicio de que se trate. El problema se ha planteado ya respecto a la aplicación de normas generales antiabuso y, empleando las mismas ideas que ya hemos expuesto¹⁰ podríamos decir que la realización de un ajuste transaccional debería generar efectos solo en el ámbito de los precios de transferencia; porque cuando el legislador quiere extender una ficción más allá, así lo determina específicamente, como sucede con la figura de los ajustes secundarios. No obstante, a la hora de valorar y calificar operaciones de especial complejidad, resulta complicado limitar los efectos colaterales de la aplicación de esta normativa, tal y como sucede en la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 2013, en la que la necesidad de ajustes adicionales sobre otros impuestos y contribuyentes torna necesaria para evitar un resultado de doble imposición no deseada, en especial en un contexto transfronterizo en el que los efectos del desconocimiento de una operación no tienen por que ser aceptados por terceros países.

En todo caso, lo cierto es que los cambios en la estructura y operativa de los grupos multinacionales, potenciados por la progresiva digitalización de actividades, productos y servicios, dan lugar a una creciente diferenciación de su forma de actuar respecto a la que es propia de empresas independientes, lo que complica la realización del principio de plena competencia y requiere seguramente de una reflexión en profundidad sobre el futuro de dicho principio y su efectividad en la práctica. A este respecto, se ha dicho con razón que el futuro de las reglas de precios de transferencia depende de la medida en que sea posible en tratar de armonizar la realidad económica de grupos multinacionales y el mandato de valoración de las operaciones que efectúan con referencia a situaciones equivalente en mercado abierto¹¹. Situados en esa perspectiva, es más que dudoso que los resultados del plan BEPS relativos a esta materia (acciones 8 a 10) puedan dar lugar a una versión renovada del principio de

¹⁰ Vid. BÁEZ MORENO, Andrés; ZORNOZA PÉREZ, Juan (2016): “Chapter 33. Spain”, en Lang, Michael *et al.* *GAARs — A Key Element of Tax Systems in the Post-BEPS World* IBFD, Amsterdam, pp. 667-669.

¹¹ Vid. FÖRSTER, Harmut; GUILLOU, Morgan (2017): “The Future of Transfer Pricing. EU Report”, *Cahiers de Droit Fiscal International*, vol. 102, p. 271.

plena competencia¹², pues los intentos de la OCDE por preservar el uso de dicho principio como criterio de asignación de rentas entre las empresa que componen un grupo multinacional, dan lugar a ciertas dudas como consecuencia de su compleja interacción para tratar de reflejar los conceptos de “creación de valor” y “actividad económica real” en esas pautas de asignación de rentas, sobre todo considerando que la OCDE ha rechazado de manera explícita y en continuadas ocasiones el empleo de métodos formularios con factores predeterminados¹³.

En definitiva, la disciplina de los precios de transferencia se encuentra en los momentos actuales en una encrucijada, en que no es sencillo prever su evolución futura en un escenario todavía cambiante como consecuencia de los resultados del plan BEPS y las reacciones de los distintos estados frente a los mismos. Porque los justificados intentos de limitar la relevancia del contenido de los contratos suscritos, de los aspectos fiscales relativos a las fuentes de financiación de las empresas o de los criterios de atribución de la propiedad que tradicionalmente han conformado las bases de aplicación de la normativa de plena competencia, pueden dar lugar a un incremento de la inseguridad jurídica que haga impredecibles los resultados de la aplicación de las reglas de precios de transferencia. De ahí la conveniencia de análisis como el que Aitor Navarro ha llevado a cabo, con un absoluto rigor y desde los principios jurídicos que deben estar presentes en los procesos de toma de decisiones para que el intento de alcanzar una adecuada asignación de beneficios entre las entidades miembros de un grupo multinacional no se traduzca en un incremento de la libertad de apreciación de las Administraciones tributarias, cuya actuación en la aplicación de los tributos debe quedar sujeta a derecho incluso en ámbitos tan particulares y especializados como el de los precios de transferencia.

Prof. Dr. JUAN JOSÉ ZORNOZA PÉREZ
Catedrático de Derecho Financiero y Tributario
Universidad Carlos III de Madrid

¹² Según sugiere ROCHA, Sergio André, “The future of transfer pricing. General Report”, *cit.*, p. 198.

¹³ *Vid.* SCHÖN, Wolfgang. (2015): “Transfer Pricing Issues of BEPS in the Light of EU Law”, *British Tax Review* 3, p. 419.