

DOCUMENTOS

LOS PRECIOS DE TRANSFERENCIA: SU TRATAMIENTO TRIBUTARIO DESDE UNA PERSPECTIVA EUROPEA

Autor: *Francisco Alfredo García Prats*
Universitat de València

DOC. N.º 9/05



INSTITUTO DE
ESTUDIOS
FISCALES

N.B.: Las opiniones expresadas en este documento son de la exclusiva responsabilidad del autor, pudiendo no coincidir con las del Instituto de Estudios Fiscales.

ÍNDICE

- I. INTRODUCCIÓN
- II. EL CONCEPTO DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA
- III. LA REACCIÓN DE LAS AUTORIDADES TRIBUTARIAS. MODALIDADES Y PROPUESTAS
- IV. LA REACCIÓN FRENTE A LOS PRECIOS DE TRANSFERENCIA EN LOS CONVENIOS INTERNACIONALES: EL ARTÍCULO 9 DE LOS MODELOS DE CONVENIO Y DE LOS CONVENIOS DE DOBLE IMPOSICIÓN
 - IV.1. Evolución histórica
 - IV.2. Análisis del artículo 9.1 del Modelo de Convenio
- V. LOS LÍMITES DERIVADOS DEL CONVENIO: LA CONCRECIÓN DEL PRINCIPIO *AT ARM'S LENGTH*
- VI. LOS MÉTODOS QUE CONCRETAN EL PRINCIPIO *AT ARM'S LENGTH*
 - VI.1. Métodos tradicionales
 - VI.2. Métodos alternativos
 - VI.3. Los problemas derivados de la aplicación de los métodos
- VII. LA CORRECCIÓN DEL AJUSTE PRIMARIO: EL AJUSTE CORRESPONDIENTE
 - VII.1. El *iter* procedimental para la realización del ajuste correspondiente: el procedimiento amistoso
 - VII.2. Alternativas al procedimiento amistoso para la eliminación de la doble imposición
- VIII. LA REGULACIÓN DE LOS PRECIOS DE TRANSFERENCIA EN EL ORDENAMIENTO TRIBUTARIO ESPAÑOL
- IX. DERECHO COMUNITARIO Y PRECIOS DE TRANSFERENCIA
 - IX.1. El Convenio 90/436/CEE de arbitraje sobre precios de transferencia
 - IX.1.1. Consideraciones generales
 - IX.1.2. Ámbito de aplicación
 - IX.1.3. Procedimiento
 - IX.1.4. Relación con las resoluciones judiciales y administrativas internas: el derecho a la tutela judicial efectiva
 - IX.1.5. El Convenio en la práctica
 - IX.2. El forum conjunto de la Unión Europea sobre Precios de Transferencia (JFTP)
 - IX.3. La labor del TJCE
- X. CONSIDERACIONES FINALES

I. INTRODUCCIÓN

La internacionalización económica ha incrementado el temor de las Administraciones tributarias de los diferentes Estados sobre los riesgos de deslocalización de rentas. Uno de los mecanismos que utilizan las empresas –fundamentalmente, las empresas multinacionales– como mecanismo de reducción de la carga tributaria consiste en la utilización de los precios de transferencia como mecanismo de traslación de rentas y beneficios entre las diferentes partes del grupo multinacional y en consecuencia entre las diferentes jurisdicciones tributarias. En una situación como la actual, en la que según datos oficiales de la Organización de Naciones Unidas, más del 60% del comercio mundial transnacional se realiza entre entidades vinculadas, la importancia de una regulación tributaria adecuada de los precios de transferencia queda fuera de toda duda. El incremento cuantitativo y cualitativo del comercio y las transferencias económicas internacionales incrementa la relevancia del tratamiento tributario de los precios de transferencia internacionales¹.

Por otro lado en los últimos años se han producido importantes cambios en el comercio internacional promovido por las multinacionales, presididos por dos factores fundamentales:

- En primer lugar, un mayor impacto de los servicios intensivos en tecnología, y por una creciente inmaterialización del valor añadido.
- En segundo lugar, las consecuencias derivadas de un replanteamiento en la táctica de penetración de mercados, presidida por la idea de la centralización de tareas, la reestructuración de las organizaciones multinacionales, y la aparición de nuevas estrategias de comercialización y de relación con los clientes.

La utilización de una correcta política de precios de transferencia por parte de las empresas multinacionales es un mecanismo que permite reducir la carga fiscal global de los rendimientos de las multinacionales, habiéndose convertido en la actualidad en el instrumento más importante de planificación fiscal internacional.

Son varias las razones que apuntan en esa dirección. En primer lugar, su fácil aplicación por las empresas, dependiendo en la mayoría de las ocasiones de un simple mecanismo documental (ej.: registro en facturas, ...). En segundo lugar, su difícil control por las autoridades tributarias, al no existir clara transparencia y ser difícil establecer los parámetros de comparación necesarios para aplicar la regularización tributaria.

La reacción contra la utilización de los precios de transferencia como mecanismo de deslocalización/reasignación de rentas entre jurisdicciones fiscales, o como mecanismo de *elusión fiscal* constituye una de las formas más depuradas con las que cuentan los Estados para asegurar sus exigencias internas de *justicia tributaria* exigiendo el gravamen por la *porción de renta* transnacional que les corresponde gravar *de forma legítima*. Sin embargo, ni constituye el único mecanismo para hacer frente a los problemas de evasión fiscal, ni constituye un mecanismo homogéneo en un análisis tributario comparativo.

Por un lado, la regulación tributaria de los precios de transferencia no constituye el más importante y más depurado mecanismo de que disponen las Administraciones tributarias para combatir

¹ Un claro ejemplo lo constituye la normativa americana sobre precios de transferencia. En Estados Unidos existe normativa sobre precios de transferencia desde 1917, si bien sólo desde la década de los sesenta, como consecuencia de la expansión internacional de sus empresas, la normativa tiene una clara dimensión internacional, aunque no fue hasta la década de los noventa en la que dicha dimensión fue evidente. Vid. Wright, D. R. "Transfer Pricing in the United States: Recent Events and Expectations for the Future", *BIFD*. September-October 2001, p. 417.



la evasión fiscal. Junto a la regulación de los precios de transferencia existen otras técnicas utilizadas simultánea o paralelamente y que en la actualidad ostentan igual o mayor protagonismo. Existen algunas técnicas, como la normativa contra la subcapitalización, cuya delimitación con los precios de transferencia aparece en ocasiones confusa. Otros mecanismos para atajar la evasión fiscal internacional y conseguir la equidad tributaria son la transparencia fiscal internacional, o los impuestos de salida –*exit taxes*–. Existe, finalmente, una importante variedad de mecanismos genéricos de lucha contra el fraude o el abuso fiscal, mediante los que pretende atajarse también la evasión fiscal internacional.

Por otro lado, difícilmente puede hablarse de una regulación tributaria homogénea o típica de reacción contra los *precios de transferencia* entre entidades multinacionales. De hecho existe una gran disparidad entre las normativas tributarias estatales que reaccionan contra la práctica de los precios de transferencia. Disparidad que se manifiesta tanto en la forma como en el contenido, así como en el alcance, la dimensión, el grado de complejidad, los efectos, tanto primarios como secundarios, en los requisitos formales y procedimentales, en cuanto a las técnicas para su aplicación, en el diferente grado de su exigencia administrativa o incluso en el grado de preparación y predisposición por parte de la Administración para hacer utilizar los mecanismos legales a su servicio, por citar sólo los aspectos diferenciales más importantes.

Desde esta perspectiva, existen ordenamientos con una clara vocación agresiva frente a los precios de transferencia, lo que implica un importante desarrollo de su regulación –el caso paradigmático lo constituye la sección 482 del *Internal Revenue Code* de Estados Unidos o su desarrollo por el número 1.482 de las *Regulations*–, mientras en otros ordenamientos la regulación es inexistente o mínima. En una posición intermedia se sitúan la mayoría de los Estados europeos, al optar por una regulación defensiva de *salvaguarda* para evitar la pérdida de los ingresos tributarios que en su opinión les corresponden.

Frente a esta diversidad de regulaciones, las normas de derecho internacional tributario contenidas en los Convenios de doble imposición reaccionan mediante la formulación de un *standard* que actúa como una regla de mínimos y que otorga una importante habilitación a los Estados para desarrollar y aplicar los mecanismos previstos en su normativa interna. De la interpretación del alcance y contenido de dicho *standard* depende, pues, el margen de discrecionalidad que se otorga a los Estados para modificar los precios de transferencia conforme a su normativa tributaria y en consecuencia, la posibilidad de que surjan distorsiones y perjuicios económicos para las empresas multinacionales que sufren dichos ajustes.

Finalmente, las divergencias en torno al tratamiento tributario de los precios de transferencia internacionales surgen de las significativas diferencias interpretativas de las guías elaboradas para la interpretación del *standard*, así como por la creciente dificultad en la aplicación de dichos *standards* internacionalmente admitidos. Esta situación genera importantes costes para las empresas, directas e indirectas, así como disyuntivas a las Administraciones tributarias encargadas de su verificación.

Nos encontramos, por tanto, ante un tema de *enorme complejidad*, y de actualidad evidente, que requiere de un análisis somero que permita una mejor comprensión del fenómeno, de su trascendencia, así como de sus implicaciones presentes y de su perspectiva de futuro.

En consonancia con dicha propuesta, en este estudio se abordará en primer lugar la realidad y definición de los *precios de transferencia*, tanto desde una perspectiva empresarial como desde una perspectiva tributaria.

En segundo lugar, se analizará la formulación conceptual a nivel internacional de los *standards* para hacer frente a su corrección tributaria, en especial del denominado criterio *at arm's length*, y los efectos de su inclusión en las normas de derecho internacional tributario, en especial, en los Convenios internacionales para evitar la doble imposición y la evasión fiscal internacional (en adelante, CDI).

En tercer lugar, se procederá a un análisis descriptivo de los diferentes mecanismos que permiten ajustar en cada situación concreta el *standard at arm's length*.

En cuarto lugar, se incidirá en la problemática derivada de los efectos perniciosos para las empresas que derivan de la realización de los ajustes en consonancia con la restauración del

criterio *at arm's length*, y en particular de los mecanismos previstos –o inexistentes– para eliminar las situaciones de doble imposición internacional –jurídica o económica– generadas como consecuencia de la reacción unilateral de los Estados en aplicación de su normativa.

En quinto lugar se tomará como ordenamiento de referencia la regulación española de los precios de transferencia.

Finalmente, se analizará la experiencia europea al respecto, abordando su regulación desde diferentes perspectivas:

- La incidencia de los mecanismos de solución de la doble imposición internacional, y en especial el Convenio de arbitraje.
- La incidencia de las propuestas de coordinación y de intensificación de la colaboración administrativa en esta materia desarrolladas por la Comisión.
- La incidencia de la jurisprudencia comunitaria del Tribunal de Luxemburgo que puede exigir una reconsideración de los postulados de actuación de la normativa sobre precios de transferencia.

II. EL CONCEPTO DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA

El precio de transferencia puede definirse como el precio fijado para un producto o servicio suministrado por parte de una entidad perteneciente a un grupo a una entidad o parte de dicho grupo. La existencia de un precio de transferencia implica dos elementos:

- (a) una transacción económica valuable, que es
- (b) realizada entre dos partes relacionadas o asociadas.

La ubicación de dichas partes o entidades en diferentes jurisdicciones tributarias determina la necesidad de establecer la atribución de los rendimientos correspondientes a la transacción económica valuable a las partes asociadas, función que desempeña entre otros mecanismos la regulación tributaria de los precios de transferencia. Transacciones típicas incluyen el precio de venta de bienes y derechos, las rentas de arrendamientos y cesiones de bienes y derechos, los cánones por la transferencia de tecnología, las remuneraciones por prestaciones de servicios, o los rendimientos de cesiones de capital.

En atención a la naturaleza de las entidades asociadas participantes puede distinguirse entre relaciones –o precios de transferencia– intra-societarias o relaciones inter-societarias. Existe una relación intra-societaria cuando la *transacción* se realiza entre diferentes partes de una misma empresa localizadas en diferentes jurisdicciones tributarias –normalmente, entre establecimientos permanentes de la misma entidad localizados en diferentes territorios, o entre la casa central y un establecimiento permanente de la misma entidad–. Existe una relación inter-societaria, cuando la transacción tiene lugar entre diferentes entidades asociadas con personalidad jurídica distinta.

Se observa, pues, como la formulación del concepto de precio de transferencia es neutra, sin intervenir elemento alguno de intención, ánimo o finalidad elusoria, evasiva o defraudatoria, ni referencia alguna a los propósitos fiscales de la operación, tal como ha reconocido la OCDE en sus Guías sobre Precios de Transferencia –párrafo 1.2–, y en los Comentarios al Modelo de Convenio –párrafo 2 de los Comentarios al artículo 9–. Es la propia entidad empresarial, o el propio grupo el que tiene interés por conocer el peso económico relativo de cada entidad integrante, desarrollándose al efecto los opor-



tunos mecanismos de verificación y control interno, entre ellos la fijación de una correcta política de precios de transferencia.

Sin embargo, es bien cierto que una adecuada planificación de los precios de transferencia por parte de las entidades multinacionales llega a proporcionar un importante ahorro de impuestos, como consecuencia del aprovechamiento de las diferencias tributarias existentes entre los regímenes de los diferentes Estados y jurisdicciones en las que actúan y se encuentran presentes, y si necesidad de demostrar ánimo defraudatorio alguno. La posibilidad de que disponen las empresas multinacionales o que operan en varias jurisdicciones para reducir su carga impositiva global se incrementa *–a priori–* con la posibilidad de beneficiarse de las diferencias tributarias existentes entre las mismas, así como con la posibilidad de adecuar su política de precios a dichas diferencias tributarias.

III. LA REACCIÓN DE LAS AUTORIDADES TRIBUTARIAS. MODALIDADES Y PROPUESTAS

A pesar de la neutralidad del concepto de precios de transferencia, las autoridades fiscales reaccionan contra su utilización porque su utilización pone en quiebra el principio de equidad en sus diferentes manifestaciones.

Desde una primera perspectiva, la utilización de los precios de transferencia puede quebrar la equidad entre naciones (*inter-nations equity*), si como consecuencia se produce un trasvase de rentas desde una jurisdicción a otra, lo que puede generar una pérdida recaudatoria para alguno de los Estados y una posible ganancia para el otro. Por ello, la reacción prevista consiste en *rectificar* los resultados imponibles *–normalmente derivados de la contabilidad–* con la finalidad de que en cada Estado se reflejen las rentas que debieran reflejarse en ausencia de vinculación. El criterio de asignación de rendimientos a cada jurisdicción tributaria se infiere de la interpretación de los principios de empresa separada y de independencia *at arm's length*, al excluirse como solución válida desde una perspectiva internacional el sistema unitario y el criterio de reparto.

Desde otra óptica, la utilización de los precios de transferencia por las empresas multinacionales puede suponer una quiebra de la *equidad entre contribuyentes*, puesto que la modificación de las condiciones normales de mercado por parte de algunas empresas de forma favorable a sus intereses, permite modificar las condiciones de libre competencia entre las mismas en los accesos y operación en los diferentes mercados en los que actúan.

Este parece ser el criterio que reconocen los Comentarios contenidos en las Guías sobre Precios de Transferencia elaboradas por la OCDE: "cualquier ajuste fiscal guiado por el principio de plena competencia no debería afectar a las obligaciones contractuales esenciales asumidas por las empresas asociadas sin una finalidad fiscal y podría ser procedente incluso cuando no hay empresas asociadas sin una finalidad fiscal y podría ser procedente incluso cuando no hay intención de minimizar o evadir impuestos. La consideración de los precios de transferencia no debería confundirse con la consideración de los problemas del fraude o de la elusión fiscal, aun cuando las políticas de precios de transferencia puedan ser utilizadas para dichos fines" (punto 1.2). Por tanto, la restauración del criterio de plena competencia, para el que la correcta aplicación del deber de contribuir resulta esencial, como mecanismo generador de posibles distorsiones al mismo, debería instrumentarse como el *principio* que guíara la reacción de los Estados miembros.

La legislación interna de muchos Estados, sin embargo, parece más interesada en utilizar la normativa tributaria reguladora de los precios de transferencia como mecanismo o medida para evitar la pérdida de recaudación fiscal propia, evitando deslocalizaciones de rentas que corresponderían según su criterio ser sometidas a gravamen en este Estado. Si se lee el artículo 16 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades española se llega a dicha conclusión. El artículo 16 considera posible

modificar la valoración de las operaciones 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*".²

En el continente europeo, la doctrina alemana justifica la corrección de los precios de transferencia por la necesidad de someter a gravamen la distribución encubierta de beneficios, permitiendo ajustar la contabilidad sobre beneficios anómalos no declarados como tales.

IV. LA REACCIÓN FRENTE A LOS PRECIOS DE TRANSFERENCIA EN LOS CONVENIOS INTERNACIONALES: EL ARTÍCULO 9 DE LOS MODELOS DE CONVENIO Y DE LOS CONVENIOS DE DOBLE IMPOSICIÓN

IV.1. Evolución histórica

En el origen de los debates en el seno de la Sociedad de Naciones que modularon la configuración actual del ordenamiento tributario internacional, se discutió el sistema que debía presidir la tributación internacional de los rendimientos empresariales y los mecanismos que debían salvaguardar los problemas de doble imposición internacional. Entre los dos modelos existentes en un principio –el modelo que denominaremos *americano* y el modelo *español*–, se optó por el modelo americano. Este modelo partía del gravamen de los rendimientos empresariales transnacionales a partir del criterio de empresa separada. Cada entidad integrante de un grupo multinacional debía ser sometida a gravamen de forma independiente y separada como unidad imponible en el Estado que le reconoce su vinculación personal. Como criterio corrector, se reconocía la posibilidad de que los Estados *modificaran* los resultados imponibles en cada jurisdicción con arreglo al principio de independencia –principio *at arm's length*–³.

El criterio *at arm's length* se ha traducido en los documentos oficiales de la OCDE, así como en la literatura tributaria, como principio de libre concurrencia en España. Sin embargo, una aproximación al sentido de la expresión anglosajona utilizada debería preferir la expresión *principio de independencia* entre las entidades asociadas, a la hora de realizar la corrección de las bases imponibles. Es esta la expresión que confirma la auténtica relación que debe presidir la valoración de las relaciones económicas inter-societarias. Por otro lado, es esta también la expresión que se utiliza por el Modelo de Convenio en relación con las relaciones económicas intra-societarias, para determinar las consecuencias para el establecimiento permanente de la aplicación del mismo criterio (artículo 7.2 del Modelo de Convenio)⁴.

El principio de *entidad separada* como criterio de atribución de rentas y su corrección por el principio de independencia –criterio *at arm's length*–⁵ surgieron como criterios de atribución de

² La misma conclusión se obtiene de la lectura de la normativa estadounidense: la US Regulation 1482-1(a)(1) indica que la aplicación de la normativa quiere asegurar "that taxpayers clearly reflect income attributable to controlled transactions and to prevent the avoidance of taxes with respect of such transactions".

³ Se consideró, en consecuencia, que la atribución de rentas a cada entidad y en última instancia a cada jurisdicción debía partir de la contabilidad de cada una de las empresas integrantes del grupo multinacional y no de los resultados globales del grupo debiendo proceder posteriormente al reparto de los mismos –sistema de cifra relativa español–.

⁴ "Se atribuirán a dicho establecimiento permanente los beneficios que el mismo hubiera podido obtener si fuera una empresa distinta y separada que realizase actividades idénticas o similares, en las mismas o análogas condiciones y *tratase con total independencia* con la empresa de la que es establecimiento permanente".

⁵ El principio *at arm's length* ha sido traducido en la literatura española como principio de plena competencia entre las partes, el principio de total independencia, o como condiciones normales de mercado. Sin embargo, siguiendo a Palao Taboada, preferimos la utilización de la denominación principio de independencia, en consonancia con el significado originario de la expresión anglosajona.



rentas al establecimiento permanente⁶. Posteriormente, los Modelos de Convenio de México (1943) y Londres (1946) utilizaron las condiciones de fijación del precio de transacción por empresas independientes como parámetro de comparabilidad para la determinación de los rendimientos atribuibles a las entidades vinculadas.

De allí, el criterio se trasladó al Proyecto de Convenio de la OCDE de 1963, como criterio regulador de la tributación de las entidades asociadas, en el artículo 9, que en su párrafo primero permanece invariable hasta la fecha.

De acuerdo con el artículo 9.1 del Modelo de Convenio:

«Cuando

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

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

y en uno y otro caso las dos empresas estén, en sus relaciones comerciales o financieras, unidas por condiciones aceptadas o impuestas que difieran de las que serían acordadas por empresas independientes, los beneficios que habrían sido obtenidos por una de las empresas de no existir dichas condiciones, y que de hecho no se han realizado a causa de las mismas, podrán incluirse en los beneficios de esa empresa y sometidos a imposición en consecuencia.»

Como manifestación última de dicho principio, el artículo 7.2 del Modelo de Convenio asume la ficción del establecimiento permanente como empresa separada en sus relaciones internas con la *ficción del establecimiento permanente* como empresa separada en sus relaciones internas con la casa central, lo que lo equipara a las demás entidades como centro de imputación de rentas desde la perspectiva tributaria internacional.

El Modelo de Convenio de la OCDE incorporó un segundo párrafo relativo a la necesidad de eliminar la doble imposición resultante como consecuencia de la práctica del ajuste primario en virtud del artículo 9.1 –ajuste correspondiente–, cuyo texto ha permanecido invariable en las subsiguientes actualizaciones del Modelo. El Modelo de Convenio de la ONU, tomando como punto de partida el Modelo de la OCDE de 1977 reprodujo su contenido en su primera versión de 1979. Su actualización de 2001, en cambio, incorporó un tercer párrafo por el que se condiciona la realización del ajuste correspondiente al hecho de que las actuaciones que generan el ajuste primario no impliquen además una sanción por fraude, negligencia grave o incumplimiento doloso.

Ha de reseñarse, finalmente, que el Modelo Andino de Convenio ha recogido en su actualización de 2004 la referencia a los ajustes primarios para corregir los precios de transferencia entre entidades asociadas. La decisión 578/2004 de la Comisión Andina, relativa al régimen para evitar la doble tributación y prevenir la evasión fiscal⁷, por la que se modifica la anterior Decisión 40/1969 –Deci-

⁶ Vid al respecto, el artículo 3 del Modelo de Convenio de 1933 de la Sociedad de Naciones, en el que aparece dicha expresión –que comercien *at arm's length*– en los criterios reguladores de atribución de rentas al establecimiento permanente. El artículo 5 de dicho Modelo se refería a las condiciones diferentes de las adoptadas por empresas independientes.

⁷ El nuevo artículo 7, bajo el título empresas asociadas o relacionadas dispone:

«1. Cuando

a) una empresa de un País Miembro participe directa o indirectamente en la dirección, el control o el capital de una empresa de otro País Miembro, o

b) unas mismas personas participen directa o indirectamente en la dirección, el control o el capital de una empresa de un País Miembro y de una empresa de otro País Miembro,

y en uno y otro caso las dos empresas estén, en sus relaciones comerciales o financieras, unidas por condiciones aceptadas o impuestas que difieren de las que serían acordadas por empresas independientes, las rentas que habrían sido obtenidas por una de las empresas de no existir dichas condiciones, y que de hecho no se han realizado a causa de las mismas, podrán incluirse en la renta de esa empresa y sometidas en consecuencia a imposición.

2. Cuando un País Miembro incluya en la renta de una empresa de ese País, y someta, en consecuencia, a imposición, la renta sobre la cual la empresa del otro País Miembro ha sido sometida a imposición en ese otro País Miembro, y la renta así incluida es renta que habría sido realizada por la empresa del País Miembro mencionado en primer lugar si las condiciones convenidas entre las dos empresas hubieran sido las que se hubiesen convenido entre las empresas independientes, ese otro País practicará el ajuste correspondiente de la cuantía del impuesto que ha percibido sobre esa renta. Para determinar dicho ajuste se tendrán en cuenta las demás disposiciones de la presente Decisión y las autoridades competentes de los Países Miembros se consultarán en caso necesario.»

sión de Cartagena–, incorpora como novedad más significativa en el Convenio Andino para evitar la doble imposición un artículo por el que se permite a los Estados la realización de dicha corrección conforme a los criterios de empresa separada y el principio *at arm's length*. La redacción de dicho precepto es similar a la del artículo 9 del Modelo de Convenio de la OCDE, a pesar de que los principios en los que se basan el Pacto Andino y el Modelo de la OCDE no sean absolutamente coincidentes.

IV.2. Análisis del artículo 9.1 del Modelo de Convenio

Tras analizar el artículo 9 del Modelo de Convenio, se infieren los siguientes elementos integrantes:

- a) El elemento definidor de la condición de entidad asociada. Este elemento viene definido por la existencia de *participación directa o indirecta en la dirección, control o capital*. Esta condición se cumple de dos modos: bien en casos de participación de una sobre otra (sociedad matriz y filial), o bien por participación de ambas por otra empresa (sociedades hermanas).
- b) La consideración de la participación o condición de entidades asociadas como *causa* de la obtención de un menor beneficio al diferir las condiciones impuestas o aceptadas por ellas de las que se puedan establecer entre empresas independientes. De este elemento se infiere tanto un requisito para poder realizar el ajuste, como una condición definidora del sentido y límite del ajuste. A su vez, este elemento permite establecer los criterios a utilizar para poder determinar el alcance del ajuste.
- c) Naturaleza del precepto y sentido del ajuste. Del análisis del artículo 9.1 debe inferirse cuál es la naturaleza de dicho precepto y a partir de dicha naturaleza, perfilar los efectos del artículo sobre la aplicación de la normativa interna, estableciendo el sentido del límite impuesto por el Convenio a la normativa interna.

La *definición de entidades asociadas* se realiza de forma amplia por referencia a la participación de una empresa *directa o indirecta en la dirección, control o capital* de otra empresa. Dicha participación no se concreta en la expresión de un determinado porcentaje de votos o de participación en el capital social, sino que se define de forma ambigua y genérica.

Por otra parte, el Comentario al MCOCDE tampoco aporta mayores concreciones en relación con el significado de dicho elemento. Como única aclaración, especifica que las "sociedades matrices y sus filiales, y sociedades sometidas a control común" (párrafo 1 de los Comentarios al artículo 9.1 del MCOCDE) se consideran entidades asociadas en el sentido del artículo 9.1 MC.

De este modo, y en virtud de lo que dispone el artículo 3.2 del Modelo de Convenio es necesaria la referencia a la legislación tributaria interna del país que interpreta el Convenio la que concrete el sentido de la expresión participación en la dirección, control o capital de otra empresa. Ello puede originar una diferente concreción de las personas o entidades que pueden sufrir una modificación de las rentas a que les resulten imputables en virtud de lo dispuesto en el artículo 9 del MCOCDE en los diferentes Estados, aunque fundamentalmente implica y presupone una cláusula abierta, permisiva –en líneas generales– con el concreto alcance subjetivo para la realización de los ajustes que se encuentre previsto en la normativa interna de los diferentes Estados.

De acuerdo con lo que dispone el artículo 9 del Modelo de Convenio, para realizar el ajuste no es suficiente con que exista relación de vinculación o asociación entre las dos entidades que realizan la operación. Por el contrario, la diferencia apreciada entre el importe de las operaciones efectuadas y el que hubieran pactado empresas independientes debe estar causada en la existencia de dicha situación de asociación.

Ello implica que determinadas variaciones en el establecimiento del precio de las operaciones respecto de su valor de mercado pueden quedar fuera del alcance de la Administración tributaria para la práctica del ajuste. Pensemos, por ejemplo, en el establecimiento de precios –fijados entre

entidades asociadas– diferentes de los de mercado con la finalidad de introducir los productos de la multinacional en un determinado mercado, en la medida en que esta resultara una estrategia aceptada incluso para las empresas independientes. El hecho de que las relaciones con otros clientes –terceros, en general– estuvieran presididas por el mismo criterio, podría resultar relevante para impedir la práctica del ajuste.

Finalmente, nos encontramos con un precepto de *naturaleza* singular en el seno del Convenio de doble imposición. A diferencia de la mayoría de los preceptos contenidos en el capítulo III del Modelo de Convenio, el artículo 9 no contiene una regla distributiva de la competencia tributaria entre los Estados contratantes. Por el contrario, el artículo 9 no se refiere a ningún tipo de rentas en concreto, sino a la modulación de las facultades de los Estados miembros para modificar el resultado declarado por las empresas de los Estados contratantes –entendida esta expresión en sentido subjetivo–. En consecuencia, no estamos ante una norma de delimitación de la competencia tributaria de los Estados contratantes, sino ante una norma de asignación y reconocimiento del ejercicio de determinadas facultades o potestades por parte de dichos Estados.

En concreto, y de un examen literal, se desprende que el artículo 9 del Modelo de Convenio *permite*, con las limitaciones que en él aparecen, a las autoridades de alguno de los Estados contratantes, la realización de un ajuste sobre la contabilidad de las empresas, cuando por las condiciones especiales de dependencia se hayan establecido mecanismos pactados o impuestos que hayan modificado el resultado correcto que debiera corresponder a cada empresa de actuar de forma independiente –sin vinculación–.

Ahora bien, el Convenio no constituye la base legal para la práctica de dichos ajustes, sino que únicamente contiene una habilitación para su realización conforme a lo dispuesto en la normativa tributaria interna de los Estados contratantes. En ausencia, pues, de dicha normativa tributaria interna no pueden practicarse dichos ajustes. El Convenio tampoco permite realizar el ajuste más allá de lo dispuesto en la normativa interna. En consecuencia, el artículo 9.1 del modelo de Convenio permite que las autoridades administrativas o la normativa interna disponga de los ajustes correspondientes sobre los precios de transferencia hasta el límite derivado del Convenio, o respetando las condiciones previstas en dicho precepto.

V. LOS LÍMITES DERIVADOS DEL CONVENIO: LA CONCRECIÓN DEL PRINCIPIO *AT ARM'S LENGTH*

La necesidad de concretar los límites que se infieren del artículo 9.1 para la aplicación de la normativa tributaria interna sobre precios de transferencia constituye la cuestión principal en el análisis e interpretación de dicho precepto. La interpretación del significado del alcance de la cláusula determinará el grado de discrecionalidad y de extensión de que disponen las autoridades tributarias para aplicar la normativa interna. En última instancia, esta interpretación deriva en la necesidad de concretar los métodos de valoración de los precios de transferencia en los que se verifica y respeta el principio *at arm's length*.

Esta ha sido la labor principal desarrollada por la OCDE en la formulación de sus Directrices⁸, mediante la formulación de los diferentes *métodos* que concretan el principio *at arm's length*, en las que se desarrollan con detalle las exigencias que deben respetarse para mantener las condiciones de independencia y el principio de empresa separada. Las Guías se convierten así, en un instrumento interpretativo de primer orden para verificar la adecuación de la normativa interna a las

⁸ OCDE, *Directrices aplicables en materia de precios de transferencia a empresas multinacionales y administraciones tributarias*. IEF. Madrid. 2003. En su versión original, *OCDE Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administration*. París. 1995.

exigencias convencionales⁹, así como en muchos casos para la interpretación de la propia normativa interna de regulación de los precios de transferencia¹⁰. Aún así, las Guías contienen criterios tan genéricos y abstractos que son objeto de interpretaciones diversas por diferentes Administraciones, dando lugar a distorsiones y a conflictos de calificación y asignación de rentas.

El artículo 9.1 MCOCDE no condiciona la aplicación de los mecanismos previstos por la normativa interna para la realización del ajuste; tanto por lo que se refiere a las normas procedimentales, como por lo relativo al mecanismo utilizado para llevar a cabo el mismo: establecimiento de presunciones, de inversiones en la carga de la prueba, de ficciones, de normas valorativas, exigencia de información adicional... De un análisis de los Comentarios al artículo 9 se infiere que los Estados contratantes pueden utilizar cualquier mecanismo legal o procedimental para la práctica del *ajuste*. Únicamente cuando el otro Estado contratante considere que la práctica de este Estado no resulta conforme al artículo 9.1 podrá abordarse dicha situación mediante la iniciación del correspondiente procedimiento amistoso y la realización del ajuste correspondiente por parte del primer Estado, de donde se infiere que, en tanto en cuanto no se entiendan vulneradas las exigencias de dicho artículo cabe la aplicación de cualquier técnica jurídica que concrete el ajuste y su sentido (párrafo 4 de los Comentarios al artículo 9).

La corrección que permite el artículo 9 del Modelo de Convenio se basa en una situación meramente objetiva y en absoluto de naturaleza fraudulenta, abusiva o elusoria, consistente en la capacidad del Estado que practica el ajuste para localizar un beneficio mayor al declarado por la empresa o alguna de las empresas afectadas, conforme al beneficio que correspondería por aplicación del principio *at arm's length*.

El artículo 9 del Modelo de Convenio se configura como el mecanismo que asegura la *asignación correcta de resultados entre jurisdicciones* a efectos de determinar el ejercicio de la competencia tributaria correspondiente a cada una de las jurisdicciones tributarias afectadas. Como se infiere de su naturaleza, el artículo 9.1 establece una regla de asignación de rentas entre los Estados contratantes conforme a un determinado criterio *–at arm's length–*.

A la vista de estos presupuestos, cabe preguntarse cómo incide el artículo 9.1 del Modelo de Convenio en la aplicación de la normativa interna. Conforme a la mayoría de la doctrina, la aplicación de la norma interna sobre precios de transferencia debe respetar las exigencias que se infieren del artículo 9.1, en particular deben acomodarse a los principios establecidos en el artículo 9.1. A nuestro entender, el artículo 9.1 exige que:

- El ajuste afecte a alguno de los supuestos previstos en el artículo 9.1 de asociación entre empresas –lo cual plantea la cuestión ya comentada de si los ajustes practicados a las relaciones entre particulares se encuentran amparados por el Convenio o son contrarios al mismo–. Como indica Vogel, la referencia a "cuando una empresa..." debe entenderse con el significado "sólo cuando una empresa...".
- Se respete el principio *at arm's length* por parte del mecanismo previsto por la normativa interna para realizar el ajuste o adecuación. Probablemente sea ésta la manifestación expresa de que este principio puede derivar en una limitación hacia la aplicación de la normativa interna, concretada fundamentalmente en los últimos años en la discusión en torno a la adecuación de las normas sobre subcapitalización a los Convenios de doble imposición, así como en relación con la admisibilidad de determinados métodos específicos en atención a las exigencias de aquél principio.
- Los métodos utilizados para la determinación o realización de dicho ajuste respeten los criterios internacionalmente admitidos para la determinación del valor de libre concurrencia de las operaciones realizadas entre empresas asociadas.

⁹ Como advierte la modificación de los Comentarios al artículo 9 del Modelo de Convenio llevada a cabo en 1997, se incorporan como Comentario al artículo 9 las guías sobre precios de transferencia aprobadas por la OCDE en 1995.

¹⁰ *Vid.* al respecto el Decreto holandés de 21 de agosto de 2004 para clarificar la aplicación del principio *at arm's length* y las Directrices de la OCDE.

La prueba de que el artículo 9.1 condiciona de alguna forma la aplicación de la normativa interna sobre precios de transferencia la encontramos en las cláusulas específicas que se incluyen en algunos Convenios, fundamentalmente entre los firmados por los Estados Unidos. Así, por ejemplo, el Convenio entre Estados Unidos y España indica en su artículo 1.3 que un Estado contratante puede someter a imposición a sus residentes y por razón de ciudadanía puede someter a imposición a sus ciudadanos, *como si el Convenio no hubiese entrado en vigor*, exceptuando el artículo 1.3 de dicho Convenio la aplicación del artículo 9.2, pero no del artículo 9.1. En cambio, el Convenio de doble Imposición entre Estados Unidos y Japón de 6 de noviembre de 2003, en su Protocolo número 5, especifica el alcance de la expresión *at arm's length*, por referencia a los criterios de comparabilidad que admiten los métodos que aplican el principio¹¹. Se intenta, de esta forma, delimitar con mayor claridad la imposibilidad de aplicar la normativa interna sobre precios de transferencia cuando vulnere las exigencias genéricas del artículo 9.1.

El precio de libre concurrencia que se utiliza como criterio de referencia para realizar el ajuste por parte de la Administración tributaria se extrae de la propia dicción de dicho artículo. El precio –o beneficio– *at arm's length* o de libre concurrencia es aquél que sería acordado –u obtenido– por empresas independientes en la medida en que no se encuentran unidas en sus relaciones comerciales o financieras por condiciones especiales de asociación.

Este es el criterio fundamental –máximo límite– que debe respetarse cuando los Estados contratantes intenten aplicar su normativa interna para corregir el resultado –beneficios– obtenidos por las empresas que intervienen o realizan operaciones en sus países o fuera de los mismos.

En la legislación interna española, la referencia al precio *at arm's length* se concreta, fundamentalmente, por la posibilidad de corregir el resultado de las operaciones efectuadas entre personas o entidades vinculadas *por su valor normal de mercado* –artículo 16.1 TRLIS–. Es ésta una reminiscencia de la situación anterior, en la que a pesar de lo dispuesto en el artículo 159 RIS o precisamente por ello, se venía a admitir únicamente la utilización del primer método, el método de precios libres comparables en el mercado –de ahí su denominación–, aunque con la actual legislación se corrige esta restricción de mecanismos que sirven para determinarlo. No obstante, la doctrina administrativa venía a admitir otros métodos no especificados en el artículo al concluir su condición meramente ejemplificativa (por todas, *vid.* las Resoluciones del TEAC de 30 de marzo de 1989, y de 19 de abril de 1995).

En consecuencia, en la legislación interna española es el criterio del valor normal de mercado el que concreta las exigencias del criterio *at arm's length* en la mayoría de operaciones vinculadas o, al menos, el que debe ser contrastado con la exigencia que impone el artículo 9.1 MCOCDE. El significado del valor normal de mercado se concreta en el artículo 15.2 del TRLIS como "el que hubiera sido acordado en condiciones normales de mercado entre partes independientes", determinándose conforme a los métodos previstos en el artículo 16.3 TRLIS. Puede concluirse, por tanto, que el ajuste previsto por el artículo 16.1 responde a las exigencias del artículo 9.1 del MCOCDE, y, en consecuencia, de los Convenios de doble imposición firmados por nuestro país. De este modo, todos aquellos mecanismos que conduzcan a la aplicación del *valor normal de mercado*, sea el artículo 16 o el artículo 15 del TRLIS, responden y se adecuan a las exigencias del artículo 9.1 MCOCDE a pesar de la diferente naturaleza de los mecanismos previstos en la normativa interna.

Sin embargo, no debe olvidarse que la *habilitación* del artículo 9.1 no se limita a las posturas reconocidas a la Administración por parte del artículo 9.1 sino, como decíamos anterior-

¹¹ El punto 5 del Protocolo del Convenio entre Estados Unidos y Japón dispone:

«With reference to Article 9 of the Convention, it is understood that, in determining the profits of an enterprise, application of the arm's length principle under that Article is generally based on a comparison of the conditions in the transaction made between the enterprise and an enterprise associated with it and the conditions in transactions between independent enterprises. It is also understood that the factors affecting comparability shall include:

- (a) the characteristics of the property or services transferred;
- (b) the functions of the enterprise and the enterprise associated with it, taking into account the assets used and risks assumed by the enterprise and the enterprise associated with it;
- (c) the contractual terms between the enterprise and the enterprise associated with it;
- (d) the economic circumstances of the enterprise and the enterprise associated with it, and
- (e) the business strategies pursued by the enterprise and the enterprise associated with it.»

mente, a todos los mecanismos recogidos en la Ley que suponen una *modificación* de los resultados contables de las sociedades a efectos de la determinación de su base imponible o incluso de su cuota. Así, también las normas sobre subcapitalización, o incluso, las normas anti-paraíso fiscal deben ser analizados desde la perspectiva de dicho artículo 9 cuando exista un Convenio aplicable, sin perjuicio de que a alguna de estas medidas específicas pueda resultarle aplicable alguna previsión específica normalmente contenida en los Protocolos a dichos Convenios.

El mayor problema de la fijación de dicho límite a la realización del ajuste a la contabilidad reside en la concreción de los mecanismos que permitan encontrar su expresión numérica, o dicho en otros términos, la determinación de los métodos que pueden emplearse para concretar dicho significado.

La OCDE ha dedicado gran parte de sus esfuerzos a concretar estos mecanismos, desde su primer informe sobre precios de transferencia en 1979 (*Transfer Pricing and Multinational Enterprises*, 1979, París), así como en las Guías elaboradas a partir de 1995 (*Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, 1995, París). Aunque sin duda han sido los Estados Unidos los que han desarrollado en mayor medida mecanismos que concretan dicho criterio *at arm's length* en los precios de transferencia entre entidades asociadas, mecanismos que han generado una importante polémica por generar resultados cuya adecuación a los principios del MCOCDE distaba de quedar asumida por los restantes Estados miembros.

El debate se originó tras las modificaciones normativas propuestas en Estados Unidos a la sección 482 del IRC, tras verificar la Administración norteamericana la dificultad de encontrar transacciones comparables de bienes intangibles, la inadecuación de los métodos regulados y la litigiosidad existente en esta materia. Para ello, en 1986 se incorporó un nuevo párrafo que exigía que el montante pagado en relación con la transacción de un bien intangible fuera proporcional a los ingresos imputables a ese bien. La reforma fue seguida del denominado *White Paper* de 1988 que desarrollaba dos métodos que concretaban la reforma de 1986. Los métodos propuestos –el BALRM, *basic arm's length return method* y el que propiciaba la división de beneficios– encontraron serias críticas y un rechazo generalizado en el resto de países de la OCDE en la medida en que se consideraba que se vulneraba el principio de plena concurrencia, se generaban riesgos de doble imposición, y perjudicaba a las empresas con tasas de rentabilidad alejadas de la media del sector. Ello motivó la sustitución de los antiguos por nuevos métodos alternativos –el método de las transacciones concordantes, *matching transaction method*, el método de las transacciones comparables ajustables, *comparable adjustable transaction method*, y el método de los beneficios comparables, *comparable adjustable benefit method*–, así como la puesta en práctica de la norma de proporcionalidad a los ingresos –*commensurate with income*–, que implica la posibilidad de revisar la valoración de la transacción cuando los beneficios obtenidos superen los previsibles en el momento de la fijación del ajuste inicial. Aún así, perseveraron las críticas de la OCDE, por entender que el principio de plena concurrencia podría ponerse en peligro al tomar como comparables transacciones realizadas en Estados Unidos para aplicarlas a empresas que actuaban normalmente en otros mercados, así como por otorgar un papel preponderante al método del beneficio comparable.

VI. LOS MÉTODOS QUE CONCRETAN EL PRINCIPIO AT ARM'S LENGTH

La OCDE ha desarrollado de forma amplia los mecanismos de fijación de los precios de transferencia, analizando aquellos métodos que se ajustan al criterio de independencia y de empresa separada fijado en el artículo 9 y aquellos otros que pueden suponer una vulneración de sus principios inspiradores.

Con carácter general, la búsqueda del precio que hubiera sido acordado en condiciones normales por empresas separadas e independientes exige desarrollar un análisis de comparabilidad entre la transacción vinculada efectuada y la transacción teórica realizada en una situación de inde-



pendencia. Las Directrices elaboradas por la OCDE reconocen la imposibilidad de fijar con carácter preciso dicha valoración, por lo que admite que las directrices tienen como misión la búsqueda de *rangos de precios de transferencia* aceptables y conformes con el criterio *at arm's length*, más que el señalamiento de un único precio exacto, válido y aceptable.

A su vez, condiciona el análisis de comparabilidad a los siguientes elementos:

- Las características del bien, servicio o elemento objeto de la transacción, tomando en cuenta sus características físicas, jurídicas, calidad, volumen, naturaleza, forma de la operación, o en caso de activos, duración, grado de protección y beneficios esperados.
- El análisis funcional de la operación, atendiendo a las funciones desarrolladas por las partes, tomando en cuenta los activos o inversiones utilizadas y los riesgos efectivamente asumidos por cada parte.
- Las condiciones contractuales de la operación, como complemento al análisis funcional, atendiendo a las condiciones que efectivamente han regido la operación y no las aparentemente pactadas y que no han sido observadas.

La existencia de mercados similares, a efectos de determinar la posibilidad de efectuar la comparación.

Las estrategias empresariales de las partes, posibilidades de negocio, penetración de mercado, y otras estrategias empresariales que condicionan las políticas de precios de las empresas.

La idoneidad de la comparación efectuada origina una de las fuentes de mayor conflictividad entre las empresas y la Administración Tributaria, como pone de manifiesto la doctrina del TEAC en España, y se encuentra supeditada a la existencia de *información clara y suficiente* que demuestre la validez u oportunidad de la comparación. De este modo, las exigencias complementarias de suministro de información y documentación complementaria constituyen uno de los puntos clave para comprender el desarrollo de la normativa sobre precios de transferencia en cada país, así como el grado de conflictividad entre la Administración y las empresas. De forma extraña, la normativa española no establece con carácter general ninguna obligación específica de documentación o de suministro de información para los precios de transferencia internacionales, aunque sí la establece en el caso concreto de que la empresa quiera solicitar un acuerdo previo sobre precios de transferencia (art. 19 RIS).

Las directrices de la OCDE reconocen como ajustados al principio de independencia *at arm's length* los métodos denominados tradicionales, que determinan el importe del precio de transferencia basándose únicamente en la transacción (*transactional methods*), y los métodos alternativos de último recurso, aplicables cuando no resulte posible la aplicación de los métodos anteriores, basados en la determinación del *beneficio de la transacción* (*transactional profit methods*).

Los métodos basados en la transacción son:

- El método de precio de operaciones comparables entre empresas independientes (*comparable uncontrolled price method, CUP*).
- El método del precio de reventa (*resale price method*).
- El método del coste incrementado (*cost plus method*).

Los métodos basados en la determinación del beneficio son:

- El método del reparto del beneficio de la transacción (*transaction profit split method, TPSM*).
- El método del margen neto de la transacción (*transactional net margin method, TNMM*).

VI.1. Métodos tradicionales

El *método de precio libre comparable*, CUP, es el método que mejor se ajusta a las exigencias del principio de independencia y por tanto el preferido, suponiendo un desarrollo natural de su formulación, pero encuentra mayores dificultades de aplicación, por la imposibilidad ocasional de encontrar los comparables adecuados, o por su ausencia, al no existir propiamente un *mercado* sobre las transacciones efectuadas únicamente entre entidades vinculadas. Siguiendo las directrices, el método del precio libre comparable "consiste en comparar el precio facturado por activos o servicios transmitidos en una operación vinculada, con el precio facturado por activos o servicios transmitidos en una operación no vinculada en circunstancias comparables" (párrafo 2.6 de las Directrices).

La comparabilidad de las operaciones se permite en ausencia de diferencias entre las operaciones comparadas que sean susceptibles de influir en el precio de libre mercado, o por la posibilidad realizar ajustes precisos que eliminen dichas diferencias. En la realización de dichos ajustes deben tenerse en cuenta tanto las situaciones de comparabilidad de las operaciones como el análisis funcional relativo de las empresas.

La dificultad de encontrar comparables adecuados para la aplicación de dicho método reduce su fiabilidad en la práctica a situaciones menos complejas, en las que existe un precio de referencia, cotizaciones oficiales u otros parangones similares.

El segundo de los métodos tradicionales, el *método del precio de reventa*, implica hallar un margen bruto en la reventa sobre una determinada operación. El método resulta aplicable cuando la entidad vinculada que recibe la mercancía o el producto lo revende a terceros independientes y puede calcularse el margen de reventa que se aplica en el mercado. Descontando dicho margen –más otros gastos operacionales– del precio final de la operación se obtiene el precio de mercado de la operación realizada entre las entidades vinculadas. Este método necesita comparar el margen bruto obtenido en operaciones comparables por la empresa que vende a otras empresas independientes. Asimismo los productos deberán ser comparables, aunque se admite una cierta relajación en este criterio de comparación (párrafo 2.18). Señala la OCDE que el método resulta apropiado cuando el valor añadido por el vendedor sea reducido y el tiempo entre las operaciones de compra y venta sea reducido y deba realizarse un menor análisis funcional de sus actividades. Este es el caso de las empresas comercializadoras o distribuidoras de los productos dentro del grupo que incorporan un valor limitado al producto final

El *método del coste incrementado* "parte de los costes en que ha incurrido el proveedor de los activos (o de los servicios) en una operación vinculada para proporcionar los activos transmitidos o los servicios prestados a un comprador asociado. A este coste se añade un margen de coste incrementado para poder realizar un beneficio adecuado en vista de las funciones desempeñadas y de las condiciones del mercado. El resultado, que se obtiene después de añadir el margen del coste incrementado a los costes antes mencionados, puede ser considerado como precio de plena competencia de la operación vinculada original" (punto 2.32 de las Directrices).

Este método resulta aceptable en aquellas empresas de servicios, como las comisionistas, o las que elaboran productos semiterminados, como las cadenas de montaje. No obstante, debe determinarse a priori cuáles son los costes a los que se les aplica el margen neto, y además debe fijarse cómo se determina el margen que debe aplicarse, si el de la propia empresa, o el medio que empresas independientes del mismo sector aplican.

VI.2. Métodos alternativos

A diferencia de los métodos clásicos, que descansan en la comparación entre operaciones para determinar el importe de la transacción, en los métodos alternativos, denominados 'métodos del beneficio de la operación', se intenta calcular el importe del beneficio de la operación. Sin embargo, sólo se aceptan aquellos métodos que resulten *compatibles* con las exigencias del principio de empresa separada y de independencia –*at arm's length*–. De ahí que se rechacen aquellos métodos de determinación del rendimiento basados en el reparto global según una fórmula preestablecida. La

compatibilidad se determina en atención a los criterios de comparabilidad utilizados y por la *aproximación* de los resultados. En definitiva, como indican las directrices cuando se comparan 'los beneficios procedentes de determinadas operaciones vinculadas con los que derivan de operaciones comparables entre empresas independientes' el método aplicado se ajusta a las exigencias del artículo 9 del Modelo de Convenio (párrafo 3.3 de las Directrices).

Su aplicación es residual y como última opción (párrafo 3.50), cuando no resulte adecuado o resulte imposible la aplicación de los métodos tradicionales. Con su utilización se pretende aportar una *aproximación* al precio de mercado, a pesar de que los métodos no sean utilizados por parte de las empresas por la dificultad de obtener la información. Las Directrices permiten su modificación cuando los beneficios *reales* sean inferiores o superiores a la media.

El *método de reparto del beneficio* exige determinar el resultado obtenido globalmente en una operación económica repartiendo dicho resultado entre las entidades vinculadas afectadas por la operación, permitiendo un desplazamiento del *beneficio* de una entidad a otra. Para proceder a dicho reparto, deben realizarse un análisis funcional de las actividades realizadas por las empresas implicadas así como sus aportaciones al resultado final, matizándose con un análisis residual atribuyendo a cada empresa un margen básico de retorno, distribuyendo el margen residual o remanente.

Dicho método relaja las condiciones de comparabilidad, por lo que permite ser utilizado entre operaciones que no sean estrechamente comparables, bastando un análisis funcional de las empresas. Al respecto, resultan de utilidad los datos externos de empresas independientes, si bien existen dudas sobre la legalidad de su aportación y utilización por parte de la Administración tributaria atendiendo a las limitaciones que pueden existir sobre las mismas (secreto tributario, secreto estadístico, secreto comercial, ...). Las Directrices de la OCDE, en cambio, no reparan en dichos condicionantes, que sólo refieren las dificultades de acceder a los datos externos por parte de las empresas (punto 3.9), cuestión ésta que ha sido ahondada en el ámbito del Forum Conjunto de la Unión Europea sobre Precios de Transferencia, y a la escasa utilización por parte de las empresas del método. Además, debe precisarse la relación entre los datos externos y su aplicabilidad al caso, pudiendo derivar en una asignación subjetiva del beneficio, sobre todo si se tiene en cuenta que el *beneficio* siempre es un resultado futuro y posterior a la fijación del precio. A su vez, en análisis permitiría ajustar los beneficios entre ambas empresas afectadas y no sólo una de ellas, por lo que el ajuste primario debería servir para eliminar los riesgos de doble imposición (3.7). Sin embargo, esta solución sería efectiva si en el ajuste primario participaran las Administraciones tributarias afectadas, pero no cuando se realiza, como es la práctica habitual, de forma unilateral y probablemente diversa en los Estados afectados. La OCDE no precisa cuál es el criterio para determinar el *beneficio* de la operación y la normativa conforme a la cual debe determinarse éste, permitiendo tanto repartir el *beneficio de la explotación*, como el beneficio bruto deduciendo posteriormente de los gastos incurridos o imputables a cada empresa afectada.

El *método del margen neto de la operación* surge como una combinación de los métodos del margen de reventa y del coste incrementado. El método implica "que el margen neto que obtiene el contribuyente de una operación vinculada... Idealmente debiera fijarse tomando como referencia al margen neto que el mismo contribuyente obtiene en operaciones comparables no vinculadas. Cuando no sea posible, puede resultar indicativo el margen neto que habría obtenido en operaciones comparables una empresa independiente. ES necesario un análisis funcional de la empresa asociada y, en último término, de la empresa independiente, para determinar si las operaciones son comparables y qué ajustes deben practicarse para obtener resultados fiables" (párrafo 3.26 de las Directrices).

Se indica como ventaja que el margen neto es menos sensible a las diferencias que afectan a las operaciones, y más tolerable que el margen bruto en relación con algunas diferencias funcionales entre operaciones vinculadas y no vinculadas, por lo que no depende tanto de las funciones desarrolladas o las responsabilidades asumidas por cada una de las empresas asociadas. Sin embargo, el mayor problema en su aplicación reside en la enorme variabilidad del margen neto del beneficio de *factores externos* que no inciden normalmente sobre los márgenes brutos, lo que dificulta su fijación exacta y fiable, y exige un elevado margen de coherencia en la determinación de los criterios relevantes e irrelevantes así como sobre las correcciones, y dificulta en muchas ocasiones la realización de un ajuste correlativo. Esta situación ha originado que muchas Administraciones tributarias duden de su fiabilidad o lo consideren meramente experimental.

La OCDE rechaza la aplicación de otros métodos por resultar contrarios al fundamento del principio *at arm's length*. Entre ellos se mencionan el criterio de reparto sobre la base de una fórmula (*formula apportionment*), o el método de reparto global de beneficios (*global profit split method*). Incluso tras el análisis del impacto del comercio electrónico sobre la tributación de los precios de transferencia, la OCDE considera que la aplicación de un método unitario de reparto generaría más problemas de los que solucionaría su puesta en marcha, al no garantizar la asunción de pérdidas globales entre los Estados, quebrar la neutralidad y efectividad como consecuencia de la posible manipulación de los factores productivos, y fundamentalmente, la falta de consenso internacional en torno a su aplicación¹²

En la actualidad, se está debatiendo la posibilidad de trasladar la aplicación de dichos métodos al ámbito de las relaciones intra-societarias entre establecimiento permanente y casa central, como mecanismos de aplicación del principio de empresa distinta y separada fijado en el artículo 7.2 del Modelo de Convenio.¹³

VI.3. Los problemas derivados de la aplicación de los métodos

Con todo, y a pesar del tremendo avance que supone la formulación de unas directrices de común aceptación sobre el sentido, significado y métodos de aplicación del principio *at arm's length* todavía existe numerosos problemas derivados fundamentalmente de la falta de vinculación jurídica –con carácter bilateral¹⁴ o multilateral– de dichos criterios y de la interpretación unilateral de dichas guías, en ocasiones discrepante o con diferente alcance y concreción. Así, la generalidad de la formulación de las Guías no resuelve los criterios de relación y prelación entre los diferentes métodos, su aplicabilidad o inaplicabilidad en un caso concreto, la formulación de los criterios de comparación, las pautas que definen los mercados comparables, la posibilidad de la Administración de exigir uno u otro método frente al utilizado por la empresa, los requisitos documentales y de información que resultan exigibles para fundamentar la aplicación o elección de un método, el acceso a la información que resulte necesaria, la interpretación del concreto método que debe prevalecer, o las consecuencias jurídicas derivadas de la rectificación de los precios de transferencia fijados por la empresa por parte de la Administración tributaria. Las Directrices tampoco establecen un criterio claro y específico en torno a una cuestión fundamental como la carga de la prueba de los precios de transferencia, por lo que se deja a la discreción del legislador de cada Estado, variando considerablemente las implicaciones en función de cuál sea la solución final.

En otro orden de consideraciones, estos problemas reflejan la necesidad de profundizar en una mayor coordinación entre las diferentes políticas tributarias de los diferentes Estados, así como en su posición sobre el alcance de la normativa sobre precios de transferencia. Asimismo, se requiere un mayor desarrollo común del régimen tributario, sin que sea suficiente la regulación del standard mínimo internacional de referencia, que incluso queda eliminado en ocasiones en virtud del propio Convenio.

Entre las cuestiones que requieren de una mayor coordinación destaca el establecimiento de mecanismos que faciliten la aplicación y el cumplimiento de la normativa sobre precios de transferencia, sobre todo para pequeñas y medianas empresas o empresas que quieran iniciar su expansión internacional. Los costes indirectos que suponen para las mismas el afrontar las diferentes

¹² OCDE *Are the current treaty rules for taxing business profits appropriate for e-commerce?* París. November 2003. parr. 302-318.

¹³ Vid. OECD. *The Attribution of Profits to Permanent Establishments*. A discussion draft. París. February 2001-March 2003.

¹⁴ Pueden encontrarse, no obstante, excepciones a dicha falta de vinculación, como el Convenio entre España y Costa Rica, de 4 de marzo de 2004 (*BO Cortes Generales*, Serie A núm. 34, de 12 de julio de 2004) que se encuentra pendiente de publicación en el *BOE*, cuyo Protocolo I advierte de forma expresa de la obligatoria interpretación del Convenio según los criterios interpretativos del Comentario del MCOCDE *de acuerdo con su actualización de 2003*. "I. Sin perjuicio del contenido de este Protocolo, las disposiciones de este Convenio se interpretarán de acuerdo a los comentarios del Modelo de Convenio de la OCDE, en su edición de 2003.

Las disposiciones de este Convenio no impedirán la aplicación, por parte de los Estados contratantes, de cláusulas tendentes a evitar el abuso en la aplicación del Convenio previstas en sus respectivas legislaciones internas". Aún así, la generalidad, abstracción y discrecionalidad de su formulación deja en muchas ocasiones las dudas arriba reseñadas.



cargas derivadas de las diferencias en la aplicación de dicha normativa pueden dar al traste con las intenciones de dichas empresas. Uno de los mecanismos que podría favorecer dicha expansión es la clarificación del tratamiento de las normas sobre *refugio seguro* (*safe harbor rules*).

El establecimiento de mecanismos de refugio seguro (tales como sistemas de determinación objetiva o previa del rendimiento *at arm's length*) aparece como uno de los mecanismos que permiten salvar las dificultades derivadas de la aplicación del principio de independencia, simplificando las exigencias para una categoría determinada de contribuyentes, tanto materiales como formales. Las Directrices reconocen que los regímenes de protección admiten dos modalidades básicas:

- La exclusión de ciertas operaciones del ámbito de aplicación de las reglas en materia de precios de transferencia, mediante la fijación de umbrales.
- La simplificación de las reglas aplicables, fijando por ejemplo rangos dentro de los cuales deban inscribirse los precios o las utilidades.
- No se consideran reglas de refugio seguro la regulación de los acuerdos previos sobre precios de transferencia o las reglas de subcapitalización.

La OCDE no se muestra favorable al desarrollo de estos mecanismos. A pesar de su certeza, facilidad y simplificación en la aplicación, tanto por parte de la empresa como por parte de la Administración, generando una disminución de la litigiosidad, la OCDE considera que la aplicación de dichos regímenes puede poner en riesgo el objetivo del principio *at arm's length*. A su juicio, dichos regímenes generan arbitrariedad, incrementan los riesgos de planificación fiscal, generan riesgos de doble imposición al resultar problemática la aplicación del ajuste correspondiente, y pueden repercutir negativamente sobre otros países, que pueden no aceptar los precios *aceptados* en la otra jurisdicción tributaria.

Sin embargo, lo bien cierto es que su aceptación ha sido dispar en el ámbito internacional. En el ámbito europeo, la Comisión ha desautorizado la aplicación de regímenes similares establecidos por determinados Estados miembros para determinados sectores (fundamentalmente el de navegación y transporte marítimo), considerando que no quedaba suficientemente demostrado que los beneficios así establecidos se ajustaban al precio *at arm's length*, y que al resultar favorables a las empresas podrían constituir ayudas fiscales de Estado a las empresas. Desde otra perspectiva, en cambio, se han aceptado algunos regímenes simplificados de determinación del precio de transferencia. Así sucede con el régimen de las *maquiladoras* en México¹⁵, establecido tras un acuerdo bilateral entre México y Estados Unidos. Lo más destacable de este régimen es su carácter pacticio, o acordado bilateralmente, criterio éste que a juicio de algunos comentaristas permitiría salvar las reticencias de adecuación a las exigencias del principio *at arm's length*. Precisamente esta base negociada ha servido de base para que la aceptación de estos regímenes de refugio seguro se estudien en profundidad en algunos foros internacionales, —principalmente el Grupo de Expertos en materia de Cooperación Tributaria Internacional de la Organización de Naciones Unidas—, al constituir dichos regímenes una solución satisfactoria y más acorde con las capacidades administrativas de los Estados en desarrollo.

En otro orden de consideraciones, el diferente nivel de desarrollo de la normativa tributaria sobre precios de transferencia puede provocar de forma indirecta una traslación de las bases tributarias hacia los países más agresivos, a fin de evitar las consecuencias negativas previstas en su normativa. En este sentido, se apunta por parte de la doctrina que el desarrollo preciso de la determinación de los precios de transferencia por parte de la normativa tributaria puede llegar a condicionar la política comercial y de precios de transferencia de las empresas multinacionales, pudiendo llegar a suponer una traba a la liberalización del comercio internacional. Sin embargo, en el otro extremo, la ausencia de precisión en la normativa puede conceder un margen excesivo de discrecional a la actuación administrativa en perjuicio claro a la seguridad jurídica, o en sentido contrario, facilitando la planificación fiscal a determinadas empresas. En cambio, la adopción de una posición más agresiva por parte de los Estados puede propiciar una espiral en los ordenamientos tributarios paralela —y en cierto modo contraria, paradójicamente— al fomento de la competencia fiscal entre Estados.

¹⁵ Decreto publicado en la *Gaceta Oficial* de 22 de diciembre de 1989, modificado por otros Decretos publicados el 1 de junio de 1998, 13 de noviembre de 1998, 30 de octubre y 31 de diciembre de 2000 y 30 de diciembre de 2002.

Para evitar estos contrapuntos, la reacción tributaria a los precios de transferencia debería tender a la superación progresiva de su regulación unilateral, propiciando una mayor coordinación y consenso entre los Estados.

Pero sin duda alguna, el mayor problema derivado de la aplicación de la normativa tributaria interna sobre precios de transferencia habilitada por un Convenio de doble imposición reside en los efectos perniciosos que puede provocar dicha habilitación para la tributación global de la operación o la transacción en su conjunto, como consecuencia de la posible generación de un supuesto de doble imposición internacional, bien económica o jurídica. Para intentar resolver esta situación, el Modelo de convenio de la OCDE de 1977 incluyó un segundo párrafo en el que se regula la posibilidad de efectuar un *ajuste correspondiente* para eliminar los efectos negativos derivados de la doble imposición generada. A su análisis y comentario dedicamos el siguiente capítulo.

VII. LA CORRECCIÓN DEL AJUSTE PRIMARIO: EL AJUSTE CORRESPONDIENTE

Según señala la argumentación teórica clásica, cuando una autoridad de un Estado contratante ajusta un precio de transferencia de acuerdo con su interpretación del criterio *at arm's length* puede producirse una sobreimposición que exige un ajuste correspondiente. En caso contrario, de no producirse dicho ajuste correspondiente se generará doble imposición internacional –bien jurídica o económica–.

Sin embargo, la generación de doble imposición por fallar el ajuste correspondiente parte de un presupuesto no necesariamente existente, como es que el gravamen de los beneficios empresariales de las empresas asociadas es correlativo y correspondiente en ambos Estados contratantes. En una situación teórica de armonización de la base imponible en ambos Estados contratantes y afectando a las entidades asociadas/vinculadas, la realización de un ajuste primario exige un ajuste correspondiente equivalente para eliminar la doble imposición.

En ausencia de armonización, esta consecuencia dista de ser necesaria. En teoría y con una imposición correlativa y similar de los rendimientos correspondientes a las entidades vinculadas el ajuste primario genera doble imposición internacional si no va acompañado de un ajuste correspondiente. Sin embargo, en algunas ocasiones la falta de correlación entre las normativas tributarias de los Estados contratantes en cuanto al gravamen de los beneficios derivados de la operación vinculada –diferente normativa de gravamen, diferente atribución de la renta, diferente criterio de cuantificación, aplicación de exenciones o beneficios fiscales, ...– provoca que el ajuste primario no llegue a generar doble imposición y, en consecuencia, no resulte necesaria la práctica de ajuste correspondiente alguno.

La formulación de la doctrina de la correlación entre ajuste primario y ajuste correspondiente presume la correlación entre la consideración tributaria de la transacción como *ingreso* en la entidad A –en el Estado A– y como *gasto* en la entidad B –en el Estado B–. Sin embargo, esta correlación se dará de forma necesaria únicamente en los supuestos en los que exista coordinación de normativas tributarias o cuando de forma unilateral dichas calificaciones sean correlativas.

Por el contrario, en otras ocasiones las situaciones de doble imposición –o de doble no imposición– no dependen de la realización del ajuste primario sino del régimen tributario divergente que se aplica a la operación en ambos países, por lo que el ajuste puede únicamente incrementar o mitigar el efecto original.

Si una determinada transacción se considera ingreso en la entidad A pero no se considera gasto en la entidad B, existirá doble imposición a pesar de que la transacción se efectúe *at arm's length*. En cambio, si una determinada transacción no genera ingreso en la entidad A (cualquiera que sea la técnica utilizada: exenciones, no sujeciones, falta de gravamen, técnicas desgravatorias, dife-

rimientos, ...) pero se considera gasto en la entidad B, puede generarse una situación de doble no imposición, que puede mitigarse o eliminarse parcialmente únicamente como consecuencia de la realización de un ajuste primario en alguno de los Estados¹⁶.

En estos últimos supuestos resulta dudoso que el ajuste correspondiente pueda desempeñar alguna función como mecanismo válido para eliminar la doble imposición o doble no imposición generada, con independencia de que el procedimiento amistoso que pueda iniciarse pueda dar lugar a una solución pactada amistosa similar.

La garantía frente a la vulneración de los límites derivados del artículo 9.1 sobre la normativa interna se concreta en la *posibilidad* de practicar un *ajuste correspondiente* por parte del Estado que aplicó el ajuste primario, tal como reconocen los Comentarios al artículo 9.1 del Modelo de Convenio – párrafo 4–. De acuerdo con esta posibilidad, cuando una empresa del otro Estado contratante entienda que el ajuste practicado en el primer Estado vulnera las exigencias del criterio *at arm's length* y de las condiciones impuestas por el artículo 9.1, puede solicitar al otro Estado contratante la iniciación de un *procedimiento amistoso* de acuerdo con lo previsto en el artículo 25 del Modelo de Convenio. Sin embargo, únicamente cuando este procedimiento termine de forma *satisfactoria* se rectificará la situación derivada del ajuste primario por parte del primer Estado contratante, lo que sin duda, priva de un importante grado de incidencia y efectividad a las limitaciones que se infieren del artículo 9.1 del MCOCDE.

Este es el fundamento que preside la inclusión del apartado segundo del artículo 9 del Modelo de Convenio, a pesar de que su incidencia práctica diste de ser, como analizaremos, todo lo eficiente que debiera en atención a la importancia del fundamento que la exige. Este apartado fue incorporado en la revisión del Proyecto de Convenio de 1963 llevada a cabo en 1977 con el tenor literal que ahora reproducimos:

«Cuando un Estado contratante incluya en los beneficios de una empresa de ese Estado –y someta, en consecuencia, a imposición– los beneficios sobre los cuales una empresa del otro Estado contratante ha sido sometida a imposición en ese otro Estado, y los beneficios así incluidos son beneficios que habrían sido realizados por la empresa del Estado mencionado en primer lugar si las condiciones convenidas entre las dos empresas hubieran sido las que se hubiesen convenido entre empresas independientes, ese otro Estado practicará el ajuste correspondiente de la cuantía del impuesto que ha percibido sobre esos beneficios. Para determinar dicho ajuste se tendrán en cuenta las demás disposiciones del presente Convenio y las autoridades competentes de los Estados contratantes se consultarán en caso necesario.»

Los Comentarios al Modelo de Convenio se limitan, no obstante, a explicar la justificación de su inclusión en el Modelo –párrafo 5–, así como a realizar algunas aclaraciones que otorgan luz a la naturaleza de dicha cláusula –párrafo 6– o a describir los diferentes procedimientos empleados por los Estados miembros para llevar a cabo dicho ajuste –párrafo 7–. Las Directrices le prestan mayor atención, en sus párrafos 4-29 a 4-66.

La naturaleza del ajuste correspondiente consiste, por tanto, en restaurar la situación de libre competencia que debiera producirse mediante la correcta aplicación del criterio *at arm's length*, que exige no sólo la correcta asignación inter-jurisdiccional de rentas derivadas de los precios de transferencia, sino también evitar que las empresas afectadas tengan que soportar una tributación excesiva frente a la que les correspondería en situaciones de independencia.

Considerado en consecuencia como *exigencia lógica* del criterio *at arm's length*, debiera realizarse de forma automática, tal como sugiere la redacción imperativa del artículo 9.2. Sin embargo, el Comentario del Modelo de Convenio confirma que el artículo 9.2 únicamente determina la iniciación de un procedimiento amistoso de los previstos en el artículo 25 del Modelo de Convenio, sin que las autoridades queden obligadas a llegar a un acuerdo ni a resolver las controversias en materia fiscal. Esta ausencia de *vinculación en el resultado exigido* genera importantes distorsiones a las empresas multinacionales y constituye una regulación claramente insuficiente conforme a los principios internacionalmente aceptados.

¹⁶ Sobre los supuestos de doble no imposición y su posible solución *vid.* CDFI "Double non-taxation". Vol. 89. 2004 *Vienna IFA Congress*. Sdu Fiscale & Financiële Uitgevers. Amersfoort.

Como tal exigencia lógica derivada del principio *at arm's length*, el ajuste correlativo puede resultar procedente aún en ausencia del párrafo 2 del artículo 9 en un Convenio concreto, tal como expresa la mayoría de los Estados miembros de la OCDE (párrafo 4.33 de las Directrices).

De acuerdo con una interpretación literal del Modelo de Convenio y de sus comentarios, parece inferirse que el ajuste correspondiente debe realizarlo el otro Estado contratante que no realiza el ajuste primario. Si un Estado contratante realiza un ajuste primario, elevando los ingresos o minorando los gastos, parece lógico que deba ser el otro Estado el que eleve los gastos o minore los ingresos de forma correlativa. Sin embargo esta es una de las posibles manifestaciones del ajuste correlativo. Como bien indican las Directrices de la OCDE, es posible que deba ser la Administración que realizó el ajuste primario la que deba reducir el ajuste primario primeramente realizado por el acuerdo sobre la interpretación de las exigencias del principio de libre competencia.

VII.1. El *iter* procedimental para la realización del ajuste correspondiente: el procedimiento amistoso

La no obligatoriedad del ajuste correlativo –para el caso en que se entienda producida la doble imposición por causa del ajuste primario– se configura como el principal problema jurídico derivado del régimen tributario internacional de los precios de transferencia, aunque como analizaremos posteriormente, no el único. La pretendida imperatividad del ajuste correlativo queda supeditada a la efectividad de los mecanismos procedimentales de acuerdo amistoso recogidos por el propio Convenio de doble imposición.

El artículo 25 del Modelo de Convenio aparece como el mecanismo previsto para proceder a la práctica del ajuste correspondiente, mediante el denominado "procedimiento amistoso". El procedimiento amistoso es un procedimiento excepcional previsto para solucionar conflictos derivados de la aplicación –incorrecta– del Convenio, independiente de los procedimientos de revisión previstos en los correspondientes ordenes internos de cada uno de los Estados contratantes.

Puede ser iniciado a instancia de la entidad o entidades que entiendan que, a consecuencia de los ajustes realizados al amparo del artículo 9.1 del Modelo de Convenio, se ha producido una situación –de doble imposición– contraria a la finalidad del Convenio y, en especial, al respeto del criterio *at arm's length*. El procedimiento, como tal, puede transcurrir de forma paralela a los distintos mecanismos revisores existentes en el ordenamiento interno, si bien se plantean problemas diversos en su interacción con éstos.

De acuerdo con lo previsto en el Modelo de Convenio, puede solicitarse su iniciación dentro de los tres años siguientes a la primera notificación de la medida que implique una imposición no conforme a las disposiciones del Convenio.

La principal crítica que cabe realizar a la dependencia procedimental –del procedimiento amistoso– de la práctica del ajuste correspondiente es que el procedimiento amistoso, por su peculiar naturaleza, no se configura como un procedimiento de resolución obligatoria, sino de resolución facultativa. Como se desprende del artículo 25.2 del Modelo de Convenio, la autoridad competente... "hará lo posible por resolver la cuestión mediante un acuerdo amistoso con la autoridad competente del otro Estado contratante", de manera que no existe obligación de conseguir un resultado determinado, únicamente existe una obligación de iniciar el procedimiento y de negociar con las autoridades del otro Estado contratante (párrafo 26 de los Comentarios al artículo 25).

La inexistencia de mecanismo compulsivo para la práctica del ajuste correspondiente convierte en estériles las previsiones del Modelo de Convenio en aras de conseguir la restitución de la situación *at arm's length* tras la práctica del ajuste primario por parte de alguno o de los Estados contratantes. La aplicación del Convenio puede conducir, entonces, a situaciones de doble imposición internacional –jurídica y/o económica– que quedan por eliminar sin que el Modelo de Convenio arbitre mecanismos efectivos para su eliminación. Se observa, pues, como el Modelo de Convenio atiende en este problema particular a la atención de los intereses de los Estados contratantes, descuidando los intereses legítimos de las empresas asociadas.

De hecho, pueden existir diversos factores que impidan la práctica de dicho ajuste correspondiente, consolidándose la doble imposición generada tras el ajuste primario. Así, la firmeza de una resolución judicial, la prescripción de la acción administrativa o del derecho del particular para solicitar la modificación de su situación tributaria, o la falta de encaje jurídico del acuerdo amistoso adoptado, o la firma de un APA o acuerdo previo de valoración doméstico con la administración que debe practicar el ajuste correlativo.

VII.2. Alternativas al procedimiento amistoso para la eliminación de la doble imposición

La insuficiencia del procedimiento amistoso genéricamente previsto por el Modelo de Convenio para canalizar la realización del ajuste correspondiente ha llevado a proponer soluciones alternativas para asegurar la eliminación de la doble imposición. Entre ellas cabe mencionar las siguientes:

- A. La fijación de un período máximo para la finalización del procedimiento amistoso, con el fin de no demorar la solución definitiva al problema y evitar los efectos negativos provocados por la posible prescripción de la deuda o la firmeza e inmodificabilidad de la misma. En ocasiones sin embargo, la regulación es la contraria, fijándose la prescripción como un límite a la posibilidad de actuar el procedimiento amistoso, sin señalar efectos interruptivos a éste sobre aquélla.
- B. El establecimiento de un procedimiento arbitral –vinculante o no– como mecanismo que asegure la eliminación de la doble imposición. Hasta la fecha son escasos los Convenios que incluyen dicha cláusula –pueden citarse, por ejemplo los Convenios firmados entre Alemania y Estados Unidos o entre Holanda y Estados Unidos–. El Convenio de Arbitraje firmado entre los Estados miembros de la Unión Europea constituye otro ejemplo significativo.

Sin embargo, la OCDE se muestra reacia a su inclusión como un mecanismo válido para su inclusión genérica en los convenios de doble imposición. Como indican los Comentarios al artículo 25 tras su revisión de 2003, reiterando su justificación tradicional, la adopción de un procedimiento arbitral supondría una cesión inaceptable de la soberanía fiscal por parte de los Estados, ... por lo que el artículo 25 representa el punto máximo que los Estados están dispuestos a aceptar.

- C. Posibilidad de realizar acuerdos previos sobre precios de transferencia (APT) Mediante estos acuerdos se determina con carácter previo entre las autoridades y las empresas asociadas el conjunto de criterios (métodos, criterios de comparabilidad, ajustes, criterios de valoración) que determinen los precios de transferencia que se apliquen a las operaciones afectadas durante un período de tiempo señalado. La iniciativa en este caso corresponde al contribuyente si bien la decisión final corresponde a la Administración. Estos acuerdos proporcionan seguridad jurídica y previsibilidad al contribuyente evitando las consecuencias negativas de una regularización administrativa posterior.

Sin embargo los APT pueden suponer un coste indirecto considerable, previo en la medida en que no aseguran un acuerdo satisfactorio ni tan siquiera una respuesta positiva para el contribuyente, y en muchos casos no permite su recurso, al tratarse de un mecanismo de fijación previa. Al mismo tiempo, la fijación de estos APT, sobre todo si son unilaterales, pueden suponer un serio obstáculo a la eliminación de la doble imposición mediante ajuste correspondiente en el caso de que otro Estado decida ajustar sus precios.

La celebración de un APA –o APT– constituye una vía alternativa a la celebración de un procedimiento amistoso, y en ningún caso un mecanismo para incorporar a la celebración de un acuerdo amistoso los resultados del procedimiento amistoso en el seno de los procedimientos tributarios internos; los APT son mecanismos de actuación *previa*, que tienen a evitar del conflicto, mientras que los procedimientos amistosos son procedimientos de resolución *a posteriori* del conflicto, una vez producido

tal. En consecuencia, y en previsión de los problemas que puedan plantearse, parece aconsejable intentar la celebración de acuerdos bilaterales o internacionales entre varias Administraciones tributarias, que eviten las situaciones que puedan originarse de surgir un conflicto entre los términos de un procedimiento amistoso y un acuerdo previo con efectos meramente internos.

Aún así, numerosos problemas siguen planteándose, en relación con las posibilidades de actuación de esta normativa con efectos meramente internos con un pretendido alcance internacional: qué efectos atribuir a esta normativa cuando el otro país carezca de la posibilidad, qué normativa aplicar caso de admitirse por ambas normativas, qué validez otorgar a los métodos empleados para la fijación del precio de transferencia y su admisibilidad, son meros ejemplos de las cuestiones abiertas por el reconocimiento de este nuevo mecanismo tendente a minorar los conflictos derivados de la normativa sobre precios de transferencia y operaciones vinculadas.

- D. El establecimiento de un régimen jurídico desarrollado, mejorado y común del procedimiento amistoso que limite la discrecionalidad de los Estados contratantes y asegure una solución satisfactoria y de conformidad con la finalidad del Convenio (aspectos temporales, participación del contribuyente, publicidad, intereses, ejecutividad, ...). Ante la ausencia de alternativas válidas y factibles, ésta se constituye como la alternativa más realista y pragmática, tal y como ponen de manifiesto las propuestas realizadas en el seno del Foro Conjunto de la Unión Europea sobre Precios de Transferencia.

La regulación jurídica actual del procedimiento amistoso para la realización del ajuste correspondiente observa asimismo una falta de incardinación jurídica del desarrollo y efectos del procedimiento amistoso en el seno de los procedimientos internos de aplicación de los tributos, tanto administrativos –inspección, comprobación, liquidación, recaudación, revisión– como judiciales –revisión contenciosa–. La mayoría de los ordenamientos tributarios internos omite cualquier referencia a los efectos de dicho procedimiento así como a las posibilidades de dotar de eficacia al resultado del procedimiento amistoso, e incluso algunos rechazan casi de plano su aplicación. Cuestiones como los efectos del procedimiento sobre la pendencia de la deuda, la prescripción de los derechos y acciones, la conclusión previa de acuerdos sobre precios de transferencia, la firmeza de los actos administrativos de liquidación y ejecución de la deuda, el devengo de intereses, la suspensión de la ejecutividad de la liquidación interna, o la modificación de la *res iudicata*, se encuentran pendientes de una respuesta clara y satisfactoria en la mayoría de los ordenamientos. En España, sin embargo, se ha reconocido que el derecho de los contribuyentes al inicio del procedimiento es fiscalizable judicialmente, tal como indican las sentencias del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2000 y de 15 de abril de 2003¹⁷.

Las Directrices reconocen que el ajuste correlativo también genera dudas en torno a sus efectos materiales, como su influencia sobre la imputación temporal del ajuste y los posibles efectos compensatorios de una diferencia de imputación temporal entre jurisdicciones del ajuste primario y del ajuste correspondiente.

VIII. LA REGULACIÓN DE LOS PRECIOS DE TRANSFERENCIA EN EL ORDENAMIENTO TRIBUTARIO ESPAÑOL

La creciente importancia de las operaciones internacionales para la economía española y el incremento de las transacciones realizadas entre operaciones multinacionales desde o hacia nuestro país contrasta con el escaso tratamiento tributario de los precios de transferencia en la nor-

¹⁷ Vid. Calderón Carrero, J. M. "El derecho de los contribuyentes al inicio del procedimiento amistoso previsto en los Convenios de doble imposición" *Carta Tributaria*. 6/2004. Ribes Ribes, A. *Convenios para evitar la doble imposición internacional: interpretación y procedimiento amistoso*. Edersa. Madrid. 2003.



mativa del Impuesto sobre Sociedades. El impuesto sobre sociedades lo incluye en el seno de las operaciones entre entidades vinculadas de forma común, aunque se infieren de dicha regulación común varios aspectos que revelan su dimensión internacional y recogen en nuestro ordenamiento la práctica internacional más común sobre la materia. En concreto, es el artículo 16 del TRLIS desarrollado por los artículos 15 a 28 del Reglamento del Impuesto, RD 537/1997, de 14 de abril, las normas que establecen dicho tratamiento tributario.

La escasa regulación de los efectos tributarios de los precios de transferencia internacionales contrasta con el interés creciente de la doctrina científica por su estudio, incluso desde una perspectiva internacional¹⁸.

En líneas generales, la regulación española de los precios de transferencia internacionales se encuentra presidida por las siguientes directrices.

- A. La regulación española permite la restitución de la situación *at arm's length* mediante la atribución a la Administración de una *facultad administrativa* para realizar un ajuste sobre la contabilidad empresarial y, en consecuencia, sobre la declaración presentada por la entidad en su caso. Esta facultad sin embargo es *condicional*, estando supeditado a que las *valoraciones convenidas* hubieran 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*. A pesar de que la normativa del Impuesto sobre Sociedades exige tener en cuenta la tributación del conjunto de las personas o entidades vinculadas en España, resulta dudoso que puedan practicarse ajustes primarios sobre los no residentes en el ámbito del IRNR –a excepción de las rentas imputables al establecimiento permanente– como consecuencia del conjunto de remisiones normativas efectuadas por su ley reguladora.
- B. La normativa española no opta, por tanto, por establecer un ajuste automático (ajuste compensatorio) ni por establecer una regla de valoración imperativa. La exigencia del artículo 16 no vincula a la empresa que no puede realizar ajuste alguno sobre la prestación *convenida*, sin perjuicio de que decida de forma unilateral adaptar su política de precios de transferencia a las exigencias derivadas de la normativa tributaria a fin de evitar la posible regularización tributaria posterior conforme a los postulados del artículo 16 del TRLIS. Este régimen supone, por tanto, el establecimiento de un mecanismo de *corrección administrativa*, no basado en el establecimiento de regla de valoración o en presunción alguna. En consecuencia, se evita la imposición de sanciones a las entidades vinculadas en caso de que las prestaciones convenidas no se ajusten al *valor de mercado*, tal y como se determine por la Administración conforme al dictado del artículo 16 TRLIS.
- C. Sorprende, asimismo, la ausencia de normativa específica en materia de carga de la prueba. En ausencia de dicho precepto expreso rige en este ámbito el criterio general establecido por el artículo 105 de la LGT. Este criterio general es recordado por el TEAC en alguna resolución (19 de abril de 1995) exigiendo que sea la Administración la que ponga de manifiesto que concurren las condiciones de comparabilidad entre la transacción realizada por las entidades vinculadas y la transacción teórica entre entidades independientes.

¹⁸ Existen numerosos tratados que han abordado el problema de las operaciones entre entidades vinculadas. Vid. al respecto, Cencerrado Millán, E. *El tratamiento de las entidades vinculadas en a imposición directa española*, Aranzadi, 2001. Combarros Villanueva, V. E. *Régimen tributario de las operaciones entre sociedades vinculadas en el Impuesto sobre Sociedades*, Tecnos, 1988. Esteve Pardo, M. L. *Fiscalidad de las operaciones entre sociedades vinculadas y distribuciones encubiertas de beneficios*, Tirant lo Blanch, 1996. Sin embargo, recientemente han aparecido obras monográficas que tratan dicho problema en su dimensión internacional: Vid., Sala Galván, G. *Los precios de transferencia internacionales. Su tratamiento tributario*, Ed Tirant lo Blanch, Valencia, 2003. Arana Landín, S. *El tratamiento tributario de las operaciones vinculadas internacionalmente*, Universidad del País Vasco, 2002. García-Herrera Blanco, C. *Precios de transferencia y otras operaciones vinculadas en el Impuesto sobre Sociedades*, IEF, Madrid, 2001. Herrero Mallol, C. *Precios de transferencia internacionales. Estudio tributario y microeconómico*, Aranzadi, 1999.

- D. En cuanto a los métodos aplicables para determinar el valor normal de mercado, el artículo 16.3 sigue las pautas establecidas por la OCDE y reproduciendo la mayoría de los métodos que según las directrices respetan el principio *at arm's length*. El artículo 16.3 establece la aplicación preferente del método del precio libre comparable, y con carácter subsidiario el método del precio de reventa y el del coste incrementado, con ciertas modificaciones en su formulación. Con carácter excepcional, para los casos de inaplicabilidad de los métodos anteriores, se acepta la aplicación del *precio derivado de la distribución del resultado conjunto de la operación de que se trate*. De acuerdo con la dicción literal del precepto, la normativa española parece excluir la posibilidad de aplicar el método del margen neto de la operación. A pesar de este orden aparente, la regulación genérica y escasa, sin detalles sobre los presupuestos y condiciones de aplicación de uno u otro método otorga un importante margen de apreciación discrecional a la Administración para la determinación del método aplicable.
- E. La doctrina administrativa española ha especificado en unas pocas resoluciones los criterios de comparabilidad genéricos que deben tenerse en cuenta. Así, para la búsqueda del valor normal de mercado deben tenerse en cuenta mercados similares geográficamente, y las operaciones deben referirse a una mercancía igual o similar, tener un volumen equivalente, corresponder al mismo tramo del proceso productivo, y referirse a un mismo período de tiempo. (Resoluciones del TEAC de 19 de abril de 1995 y de 9 de septiembre de 1999). El Tribunal Supremo, en cambio permite la comparabilidad entre el precio fijado entre las entidades vinculadas y el denominado precio de garantía de la campaña oleícola para los productos oléicos (Sentencia de 2 de noviembre de 1999). En cuanto a la similitud de los productos o mercancías ha establecido que la distinta calidad y fiabilidad en el mercado determina la falta de comparabilidad entre los productos farmacéuticos genéricos y los productos originales, como consecuencia de la existencia de diferentes controles de calidad, garantías y mecanismos de producción, lo que se traduce en un mayor precio de los segundos (Resolución de 29 de enero de 1999). Tampoco son comparables la producción destinada en exclusiva a partes vinculadas y la producción destinada también a terceros (Resolución de 25 de octubre de 1995). El TEAC no permite la repercusión de los costes de investigación y desarrollo soportados por la matriz hacia la filial vía precios de transferencia, debiendo aplicarse el régimen jurídico específico previsto al respecto.
- F. A pesar de seguir los criterios y la metodología señalados por las Directrices de la OCDE, la normativa española no contiene requisitos específicos en cuanto a la documentación de las operaciones internacionales entre entidades vinculadas que permitan justificar el precio *convenido* entre las partes, lo que, unido a la ausencia de traslación de carga de la prueba convierte la tarea de la Administración de demostración del diferimiento o la tributación menor en España en una tarea ardua. Sin embargo, la normativa española sí exige la aportación de dicha documentación para el caso en que la empresa solicite un acuerdo previo sobre precios de transferencia (art. 19 del RIS), lo que lleva a aconsejar a los autores que sea dicha documentación la que se tome como guía para la documentación genérica de los precios de transferencia de las empresas multinacionales con actividad en España, a pesar de su falta de vinculación jurídica.
- G. El ordenamiento español contiene una de las regulaciones más acabadas y extensas en torno a la posibilidad de firmar acuerdos previos sobre precios de transferencia. Además de la regulación tributaria genérica –artículo 91 de la LGT–, el artículo 16.6 TRLIS y los artículos 16 a 18 del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades contienen una regulación detallada de dicho procedimiento y sus efectos. El ordenamiento español acepta tanto los acuerdos previos unilaterales como bilaterales –o multilaterales–, incluso en este supuesto con países sin Convenio de doble imposición. Los acuerdos se configuran como *propuestas de valoración* realizadas por la empresa a la Administración, que se suscriben por todas las empresas vinculadas afectadas por la operación.
- H. Como indicamos anteriormente, el ordenamiento español no regula los efectos y la incardinación del ajuste correspondiente como resultado de un procedimiento amis-



tosos en el seno de los procesos y procedimientos reconocidos por el ordenamiento interno. También resulta dudosa la aceptación de los ajustes secundarios en el ordenamiento tributario interno español, con la excepción de la normativa reguladora de la subcapitalización.

IX. DERECHO COMUNITARIO Y PRECIOS DE TRANSFERENCIA

El proceso de integración generado por el Tratado de Roma con la creación y desarrollo del derecho comunitario no prevé la necesidad de armonizar la estructura de la imposición directa en los diferentes Estados miembros. Por el contrario, las exigencias de armonización se limitan a la imposición indirecta. Así, el artículo 93 del Tratado de la Comunidad Europea (en adelante, TCE) –anterior artículo 99 del Tratado de Roma– dispone que:

«El Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social, adoptará las disposiciones referentes a la armonización de las legislaciones relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios, los impuestos sobre consumos específicos y otros impuestos indirectos, en la medida en que dicha armonización sea necesaria para garantizar el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior en el plazo previsto en el artículo 14.»

De este modo, la imposición directa constituye, en la actualidad, y tal como indica de forma reiterada el Tribunal de Luxemburgo, una competencia exclusiva de los Estados miembros. Por ello, la armonización de la imposición directa queda limitada a los supuestos generales de armonización previstos en el artículo 94 del TCE, anterior artículo 100 del Tratado de Roma. Así, sólo se prevé la armonización de aquellas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros "que *incidan directamente* en el establecimiento o funcionamiento del mercado común".

De hecho, son pocos los preceptos del Tratado de Roma que se refieren a la incidencia del derecho comunitario sobre la imposición directa. El artículo 58 del TCE –anterior artículo 73D del Tratado de Roma– permite aplicar las disposiciones del derecho fiscal que distinguen entre contribuyentes cuya situación difiere con respecto a su lugar de residencia o con respecto a los lugares donde está invertido su capital, siempre que dichas medidas con constituyan ni un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta de la libre circulación de capitales y pagos. El artículo 293 del TCE –anterior artículo 220 del Tratado de Roma– prevé la posibilidad de que los Estados miembros entablen, *en tanto sea necesario*, negociaciones entre sí, a fin de asegurar a favor de sus nacionales "la supresión de la doble imposición dentro de la Comunidad".

Pero más allá de esta asignación competencial, la limitación real al avance en el proceso de integración comunitaria en materia tributaria se infiere de la exigencia de unanimidad en la adopción de medidas de armonización, aproximación o coordinación en materia tributaria, de acuerdo con la interpretación conjunta de los artículos 94 y 95.2 del TCE. La necesidad de contar con el apoyo unánime de todos los Estados miembros dificulta la aprobación de medidas de coordinación o armonización en materia tributaria, con independencia de su necesidad e incidencia en el establecimiento o funcionamiento del mercado común –con el proceso de ampliación recientemente llevado a cabo, aún más–. Es éste el auténtico escollo jurídico-político que deben superar las diferentes propuestas en materia tributaria para pasar a formar parte del acervo comunitario. Así se explica las iniciativas de armonización en materia tributaria que han prosperado –en la mayoría de los casos tras un arduo proceso de negociación– han sido limitadas hasta la fecha¹⁹.

¹⁹ En concreto han sido las Directivas 90/434/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros; la Directiva 90/435/CEE del Consejo de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes, modificada por la Directiva 2003/123/CE; Directiva 2003/49/CEE del Consejo, de 3 de junio de 2003, relativa a un régimen fiscal común aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados miembros; Directiva 2003/48/CE del Consejo, de 3 de junio de 2003, en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses.

Aún así, en el ámbito de la regulación tributaria de los precios de transferencias se han identificado una serie de elementos que pueden contrariar las exigencias del mercado único europeo. El estudio de la Comisión Europea titulado «La fiscalidad de las empresas en el mercado interior»²⁰, en su parte III, capítulo 5, expone con detalle los problemas relativos a los precios de transferencia en el mercado interior, sin pretensiones de exhaustividad, que exigen una posición activa por parte de las instituciones comunitarias y los Estados miembros. Se señalan al respecto las dificultades crecientes en la aplicación del criterio *at arm's length*, la divergencia de interpretación de las Guías sobre precios de transferencia, los costes indirectos generados, y la doble imposición resultante, además de la necesidad de mejorar la técnica aplicativa de los recursos previstos para su eliminación, fundamentalmente el Convenio de Arbitraje.

Entre los problemas generados por la aplicación de dicha normativa destacan las dificultades y costes generados por su aplicación y cumplimiento, como consecuencia de la falta de comparables en el mercado, a consecuencia de los cambios en la estructura organizativa de los grupos multinacionales, la mayor importancia de los intangibles en el comercio transnacional y la aplicación de precios europeos.

En segundo lugar, aún resaltando la trascendencia del trabajo desarrollado por la OCDE en la elaboración de las Guías, el estudio pone de manifiesto su insuficiencia, puesto que son objeto de una aplicación diferente en los países miembros. El estudio se pregunta si el mercado interior exigiría un enfoque común en la Unión Europea en la aplicación de dichas guías, sobre todo en algunas cuestiones en las que las divergencias son significativas, como los servicios intra-grupo, los acuerdos de contribución a los costes y de reparto de costes, el tratamiento de las pérdidas, la aplicación detallada de los métodos o la incidencia de la penetración de mercados en la fijación de los precios de transferencia.

Como tercer problema, el estudio identifica los costes indirectos generados por los requisitos documentales derivados de la aplicación de la normativa tributaria sobre precios de transferencia y de las comprobaciones tributarias sobre los mismos, aunque existen diferencias significativas entre Estados al respecto. Existe al respecto una diferente apreciación del régimen tributario por parte de la Administración tributaria y por el sector empresarial. Mientras que la Administración se concentra en los problemas de evasión fiscal, las empresas consideran que los ajustes llegan a provocar doble imposición internacional.

El estudio considera por último la necesidad de eliminar la doble imposición generada por los ajustes primarios²¹. Considera, al efecto, que tan importante como la eliminación sustancial de la doble imposición, es la consideración de otros aspectos colaterales, como el respeto de unos plazos razonables para la resolución del conflicto, el mantenimiento de la suspensión de la ejecución de la deuda, o el devengo de los intereses de demora, para lo que se hace necesaria una acción decidida en pos de la mejora de los mecanismos existentes de resolución de la doble imposición.

El estudio no analiza, sin embargo, la posible colisión del contenido primario de las libertades fundamentales derivado de la aplicación de la normativa sobre precios de transferencia,

Con estas premisas, el ordenamiento comunitario incide en el planteamiento y el desarrollo del tratamiento tributario internacional de los precios de transferencia desde una triple perspectiva:

— En primer lugar, por el desarrollo de mecanismos alternativos de resolución de conflictos relativos a la aplicación de la normativa sobre precios de transferencia de los diferentes Estados miembros. En este ámbito debe destacarse la aprobación del Convenio multilateral 90/436/CEE, de 23 de julio de 1990, relativo a la supresión de la doble imposición en caso de corrección de los beneficios de empresas asociadas.²²

²⁰ "La fiscalidad de las empresas en el mercado interior", *Documento de trabajo de la Comisión*, SEC (2001) 1681 de 23.10.2001.

²¹ El estudio considera que la doble imposición se genera, de forma inmediata, por la realización del ajuste primario, página 274; situación ésta que, como se indica en los apartados anteriores no tiene porqué ser cierta en cualquier caso.

²² *DOCE* núm. L225, de 20 de agosto, de 1990; ratificado por España por Instrumento de 10 de abril de 1992 (*BOE* de 21 de diciembre de 1994).

— En segundo lugar, por las medidas de cooperación desarrolladas entre los Estados miembros de la Unión Europea y las Instituciones comunitarias (Comisión Europea) como mecanismo para reforzar la coordinación en materia tributaria en la medida necesaria para la consecución del mercado interior.

— En tercer lugar, por la incidencia que sobre la regulación interna e internacional de los precios de transferencia puede desplegar la cada vez más consolidada jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo sobre la primacía del contenido de las libertades fundamentales y el principio comunitario de no discriminación y de los derechos que de los mismos derivan hacia los particulares, frente a las pretensiones tributarias de los Estados miembros por salvaguardar la recaudación tributaria, las exigencias de territorialidad de la imposición, o la necesidad de evitar el fraude, la evasión fiscal o el abuso de normas tributarias. Como el Tribunal de Luxemburgo reconoce, si bien la fiscalidad directa es competencia (exclusiva) de los Estados miembros, éstos deben, sin embargo, ejercer dicha competencia respetando el Derecho comunitario.

IX.1. El Convenio 90/436/CEE de arbitraje sobre precios de transferencia

IX.1.1. Consideraciones generales

El 23 de julio de 1990 los Estados miembros de la Comunidad Europea firmaron el Convenio para la eliminación de la doble imposición en caso de corrección de los beneficios de empresas asociadas. El Convenio se firmó sobre la base del artículo 293 del TCE, por el que los Estados podrán firmar convenios para la supresión de la doble imposición dentro de la Comunidad. En consecuencia, el Convenio no forma parte *propiamente* del acervo comunitario, sino que constituye un Convenio internacional firmado por todos los Estados miembros *paralelo* al Derecho comunitario.

La firma del Convenio 90/436/CEE coincidió con la aprobación de las primeras Directivas comunitarias en materia de imposición directa²³, aprobadas tras más de veinte años desde la formulación de sus propuestas, en 1969. Sin embargo, la forma jurídica del Convenio 90/436/CEE fue modificada finalmente, sustituyendo la inicial Propuesta de Directiva de 1976, por un Convenio internacional firmado entre los Estados miembros.

El cambio de forma jurídica pone de manifiesto hasta qué punto los Estados, incluso en el seno de organizaciones de integración regional, se muestran reacios a abandonar parte de sus derechos soberanos legítimos en materia tributaria a favor de las instituciones superiores resultantes —la falta de ratificación de la prórroga en la aplicación del Convenio constituye otra muestra de la misma tensión—.

Se pretendía, con ello, excluir del acervo comunitario la materia regulada por el Convenio internacional, fundamentalmente la obligación de los Estados de eliminar la doble imposición internacional como consecuencia de la aplicación del principio *at arm's length* y con ello, hurtar al Tribunal de Luxemburgo la competencia para su interpretación²⁴. Al quedar fuera del acervo comunitario, se sometía su contenido a continua negociación, y se evitaba el efecto directo de sus disposiciones en el territorio comunitario como consecuencia de su aplicación por el Tribunal de Luxemburgo.²⁵

²³ Directiva 90/434/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros. Directiva 90/435/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes.

²⁴ Sin embargo, este hurto puede tener consecuencias más nefastas para los *intereses financieros* de los Estados miembros que las que se pretendieron evitar. El Tribunal de Luxemburgo tendrá que pronunciarse sobre la adecuación al derecho comunitario de las normas alemanas sobre precios de transferencia, y sin tener como mecanismo de modulación de dicha adecuación el Convenio 90/436/CEE, sino únicamente las exigencias derivadas de las libertades fundamentales comunitarias. La *transformación* de la inicial Propuesta de Directiva en un Convenio internacional no ha logrado, pues, parte de los objetivos que originaron la misma y no evitará que las reticencias políticas que originaron esta transformación impidan el desarrollo del derecho comunitario sobre los principios generales en los que se basa y su proyección sobre el ámbito de la modificación de la doble imposición derivada de la correcciones practicadas sobre los precios de transferencia entre entidades asociadas.

²⁵ Hinnekens, L. "The Tax Arbitration Convention: its significance for the EC based enterprise, the EC itself, and for Belgian and international tax law", *EC Tax Review*, 1992, p. 70-105.

De dicha exclusión se deriva, además, una circunstancia de consecuencias importantes. Al no formar parte del acervo comunitario y no ser objeto de interpretación *uniforme* por parte del Tribunal de Luxemburgo, los conceptos utilizados no pueden considerarse *comunitarizados*, por lo que determinados conceptos claves –beneficios, entidades asociadas, sanciones graves, ...²⁶–, pueden ser interpretados conforme a lo dispuesto por las respectivas legislaciones de los Estados contratantes.

La configuración final de la norma como Convenio multilateral evitaba, además, su entrada en vigor automática y su vigencia permanente. El Convenio prevé su *entrada en vigor* el primer día del tercer mes siguiente al depósito del instrumento de ratificación del Estado signatario que cumpla en último lugar dicha formalidad –artículo 18–, así como una *vigencia* de cinco años prorrogable por cinco años más. Este constituye uno de los aspectos más problemáticos del Convenio en aras de asegurar la efectividad de sus mecanismos para la eliminación de la doble imposición internacional. Tanto la vigencia temporal limitada como la necesidad de ratificar el Convenio por parte de los nuevos Estados miembros de la Unión Europea, o la necesidad de ratificar la adhesión de los nuevos Estados por los Estados firmantes han determinado que, en la actualidad, el Convenio tenga suspendida su aplicación.

Tras un período inicial de vigencia (1994-1999), el Protocolo de prórroga se firmó el 25 de mayo de 1999. Sin embargo, dicha prórroga todavía no ha sido ratificada por Italia y Portugal. La ratificación final por parte de estos países provocará la aplicación retroactiva del Convenio desde 1 de enero de 2000. A su vez, Grecia no ha ratificado el protocolo de adhesión de Austria, Suecia y Finlandia, por lo que existen problemas en relación con la aplicación del Convenio a dichos países. La entrada de los nuevos países miembros desde el 1 de mayo de 2004 agravará todavía más dicha situación y puede llegar a aplazar *sine die* su aplicabilidad si no se establecen medidas alternativas.

La transformación de la naturaleza jurídica del Convenio en Directiva comunitaria resolvería estos problemas de aplicación transitoria de su contenido. Sin embargo, es notoria la reacción negativa de varios Estados miembros a dicha solución. Por ello, tanto la Comisión Europea como el Foro Conjunto de la Unión Europea sobre Precios de Transferencia han propuesto alternativas para mejorar la aplicación efectiva del Convenio manteniendo su naturaleza jurídica²⁷, sin que las mismas hayan trascendido al ámbito positivo. Entre ellas se postula la aplicación bilateral inmediata del Convenio multilateral entre aquellos Estados que lo hayan ratificado, sin necesidad de esperar a la ratificación por todos los Estados firmantes. Para evitar la compleja aplicación del Convenio ante los procesos de ampliación se propone, por una parte, que los nuevos Estados miembros se adhieran al Convenio antes de 2006, convirtiendo dicho proceso en un mecanismo de adhesión automática como consecuencia de la incorporación a la Unión Europea, o en uno de adhesión mediante declaración unilateral, lo que evitaría la necesidad de ratificación del proceso por todos los Estados firmantes.

La *finalidad* del Convenio consiste en arbitrar un mecanismo que asegure una solución favorable a la eliminación de la doble imposición internacional generada como consecuencia de la aplicación de las normativas internas que permiten la corrección de los resultados derivados de los precios de transferencia entre entidades vinculadas. Mecanismo que consiste, en líneas generales, en el establecimiento de una Comisión de arbitraje que proporcione una solución favorable a la eliminación de la doble imposición internacional derivada de la realización de los ajustes primarios como consecuencia de la aplicación de las normativas tributarias internas que regulan los precios de transferencia. Los Estados firmantes quedan obligados de este modo a solucionar la situación de doble imposición internacional, constituyendo de este modo un verdadero refuerzo de los procedimientos amistosos iniciados al amparo de lo previsto en los Convenios de doble imposición. El Convenio no

²⁶ Así, por ejemplo, de acuerdo con las declaraciones unilaterales anexas al Convenio de Arbitraje, difícilmente puede extraerse una característica común que abarque el concepto de sanción grave. En algunos casos una simple sanción administrativa por la falta de presentación de una declaración excluye el acceso al Convenio. En otras ocasiones se produce una remisión a la normativa interna, en otros casos se concreta por referencia a una cantidad mínima defraudada, en otros se remite únicamente a la comisión de un delito fiscal. Luxemburgo, finalmente, define el concepto de forma variable por referencia al principio de reciprocidad, considerando como sanción grave lo que el otro Estado contratante haya decidido considerar como tal con arreglo al artículo 8.

²⁷ Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo relativa a las actividades del Foro Conjunto de la UE sobre los precios de transferencia en el ámbito del impuesto de sociedades desde octubre de 2002 a diciembre de 2003 y a una propuesta de Código de Conducta para la aplicación efectiva del Convenio de Arbitraje (90/436/CEE, de 23 de julio de 1990), de 23 de abril de 2004. COM(2004) 297 final.



determina la vinculación necesaria de los Estados afectados a la decisión emitida por la Comisión Consultiva, aunque será de necesaria aplicación cuando los Estados afectados no alcancen una solución alternativa de mutuo acuerdo. El Convenio tampoco prejuzga el sentido y efectos del ajuste correspondiente que debe realizarse para lograr la eliminación de la doble imposición internacional generada como consecuencia de la realización del ajuste primario.

IX.1.2. *Ámbito de aplicación*

Los presupuestos para la aplicación de la solución arbitrada prevista por el Convenio son los siguientes:

- a) Se aplica en el ámbito de los impuestos sobre la renta cubiertos por el artículo 2.1. En relación con España, tras la aparición del Impuesto sobre la Renta de No Residentes por la Ley 41/1998, el artículo 2.1 del Convenio debería referirse a dicho impuesto, y no únicamente al IRPF y al IS, a pesar de que el inciso final del artículo dispone que el Convenio se aplicará también a los impuestos de naturaleza idéntica o análoga que se establezca tras la fecha de su firma y que vengan a añadirse a los impuestos actuales o los sustituyan.
- b) Debe producirse doble imposición como consecuencia de la aplicación de una medida (ajuste primario) en el ámbito de lo dispuesto en el artículo 4 del Convenio. Existe doble imposición, de acuerdo con el artículo 1.1 cuando unos beneficios incluidos en una empresa de un Estado contratante "estén incluidos o vayan a incluirse probablemente también en los beneficios de una empresa de otro Estado contratante" sin respetarse los principios enunciados en el artículo 4 *–at arm's length–*, como consecuencia de la aplicación directa o por disposiciones internas de un Estado contratante. Sin embargo, no se define qué debe entenderse por beneficio de una empresa *doblemente gravado*, ni cómo debe computarse ni conforme a qué normativa determinarlo. La dicción del artículo 1.1 permite concluir, además, que el Convenio sólo afecta a la doble imposición económica intersocietaria, pero no los supuestos de doble imposición jurídica internacional. Así se desprendería de una interpretación literal de dicho precepto cuando exige que los beneficios se sometan a gravamen en ambos Estados contratantes en manos de empresas de diferentes Estados contratantes. Sin embargo, esta proposición contraría la exigencia posterior *–artículo 14–*, según la cual, para eliminar la doble imposición debe deducirse un importe *igual* al del impuesto que grave los beneficios en el otro Estado. El importe de la deducción queda cuantificado por referencia al impuesto *–impuestos–* que grave los beneficios en el otro Estado, pero no sólo por referencia al impuesto subyacente que haya soportado la empresa del otro estado contratante. Por ello, deberá incluirse en el importe de la deducción cualquier impuesto soportado por dichos beneficios en el otro, o los otros Estados contratantes.
- c) Esta situación de doble imposición se entiende resuelta cuando dichos beneficios se hallan incluidos en el cálculo de beneficios sujetos a imposición *en un solo Estado*, o bien cuando el importe del impuesto al que se hallen sujetos dichos beneficios en un Estado se disminuya en un importe igual al del impuesto que los grave en el otro Estado". De aplicar el método de imputación, no se exige la aplicación del método de imputación integral, aunque de una lectura superficial parezca inferirse dicha conclusión. El artículo 14.b) del Convenio exige que el importe del impuesto que ha gravado los beneficios en *uno* de los Estados contratantes involucrados, se deduzca del impuesto por el que se gravan los beneficios en *otro* Estado contratante. De este modo, no sólo la imputación íntegra sino también la imputación ordinaria se ajusta a sus exigencias. En la imputación ordinaria se deduce bien el importe del impuesto del Estado de la fuente *–cuando éste es inferior al efectivamente soportado en el Estado de la residencia–*, o el impuesto soportado en el Estado de la residencia *–cuando el impuesto del Estado de la fuente excede del importe correspondiente y deducible en el Estado de la residencia–*. En consecuencia, el Convenio integra la eliminación de la

doble imposición como una *exigencia* lógica del principio de *at arm's length*, lo que exige la necesidad de practicar el ajuste correspondiente. El Convenio, finalmente, se aplica tanto si las empresas vinculadas han obtenido ganancias como pérdidas.

- d) Las medidas afectadas por dicha doble imposición son aquellas previstas en la legislación interna relativas a los precios de transferencia entre entidades vinculadas y que quedan habilitadas por la aplicación de los artículos 9 y 7.2 de los Modelos de Convenio. Como analizamos en el epígrafe anterior correspondiente, quedan incluidas en dicho ámbito todas aquellas medidas que permitan incluir en los beneficios de la empresa afectadas y ser gravados consecuentemente, beneficios que habría realizado dicha empresa de no darse el supuesto de vinculación/asociación/dependencia que recogen los supuestos de los artículos 4.1 y 4.2.
- e) Quedan afectados tanto los ajustes (medidas) aplicables a empresas de un Estado contratante como a establecimientos permanentes de una empresa de otro Estado contratante. El Convenio no define lo que debe considerarse como *empresas de un Estado contratante*, a diferencia de lo que sucede en el ámbito de los Convenios de doble imposición –art. 3.1.d)–. En cambio, y a diferencia de lo que acontece en el ámbito de dichos Convenios de doble imposición, sí considera como empresa de un Estado contratante –del Estado en el que se encuentra situado– a todo establecimiento permanente de una empresa de otro Estado contratante –artículo 1.2 del Convenio 90/436/CEE–. Por exigencias del principio de nacionalidad y de la libertad de establecimiento vigentes en el ámbito comunitario debería considerarse que empresa de un Estado contratante es aquella constituida conforme a las disposiciones de la legislación de cualquier Estado contratante, siempre que disponga de su domicilio en el territorio de cualquier Estado contratante. Otra alternativa, atendiendo a que el Convenio 90/436/CEE no forma parte del acervo comunitario, es considerar de forma análoga a la prevista en los Convenios de doble imposición, que la empresa de un Estado contratante supone una empresa explotada por un residente de dicho Estado contratante, teniendo en cuenta que, si dicha empresa posee en otro Estado contratante un establecimiento permanente, dicho establecimiento permanente se considerará (también) empresa del Estado contratante de ubicación del establecimiento.
- f) Sin embargo, atendiendo a la delimitación territorial de aplicación del Convenio, la doctrina científica considera que el Convenio no resulta aplicable a establecimientos permanentes o entidades filiales que se encuentren situados o sean residentes un Estado no contratante y a las relaciones económicas entre éstos y empresas afectadas por el Convenio. Posición ésta que resulta confirmada con el análisis de la versión francesa del Convenio.
- g) Para la restitución de la situación de doble imposición generada por los ajustes deben tenerse en cuenta los métodos y criterios de restitución del principio *at arm's length*, así como el criterio de empresa separada, tal como han sido desarrollados por la OCDE en sus Directrices sobre Precios de Transferencia. El Convenio 90/436/CEE no señala ningún criterio al respecto, por lo que debe entenderse que asume dichos criterios como válidos y sólo aspira a establecer mecanismos alternativos que aseguren el resultado de eliminación de la doble imposición. Por el mismo motivo, no establece criterios en cuanto a la preferencia por uno u otro método.
- h) El recurso al procedimiento de arbitraje adicional se aplica cuando los ajustes practicados no respetan los principios enunciados en el artículo 4 –principio *at arm's length*–, bien por parte del ajuste primario, o bien por no obtener un ajuste correspondiente en el Estado que proceda.
- i) El ajuste que debe realizarse para eliminar la doble imposición resultante no queda prejuzgado en atención al Estado que realiza el ajuste primario. En consecuencia, el ajuste *correspondiente* deberá realizarlo bien el otro Estado afectado, o bien el mis-



mo Estado que realizó el ajuste primario. El Convenio tampoco prejuzga las empresas que quedan afectadas por el ajuste primario, atendiendo únicamente al *resultado* gravoso que genera dicho ajuste.

- j) El procedimiento especial se inicia a instancia de parte como consecuencia de la solicitud formulada ante la autoridad competente del Estado en el que sea residente o en el que se sitúe el establecimiento permanente afectado por la medida. Con carácter previo, el Estado que practique alguna de las medidas afectadas por la aplicación del Convenio deberá comunicar a las empresas afectadas la realización de dicho ajuste en el marco del Convenio.

IX.1.3. *Procedimiento*

El Convenio establece un mecanismo procedimental por el cual arbitrar una solución de compromiso para la resolución de la doble imposición derivada de la realización de ajustes para corregir los precios de transferencia entre entidades vinculadas. El procedimiento es un procedimiento *intergubernamental*, que se desarrolla entre los Estados firmantes del Convenio. En consecuencia, las empresas afectadas no son parte en el proceso que se desarrolla, de forma similar a lo que acontece en el procedimiento amistoso del artículo 25 del Modelo de Convenio. No obstante, el Código de Conducta arbitra una serie de medidas para facilitar la información a las empresas del desarrollo del procedimiento en aquello que les interese, que diferencia de forma significativa dicho mecanismo del previsto con carácter bilateral.

El procedimiento previsto se estructura en las siguientes fases:

- a) *Procedimiento amistoso*: La primera fase comienza con la presentación del caso por parte de una empresa ante su Estado, para que decida, bien solucionar unilateralmente la doble imposición soportada como consecuencia de los ajustes practicados –directamente o por otra entidad vinculada–, o bien mediante la iniciación de un procedimiento amistoso con las autoridades competentes del otro Estado contratante afectado –interesado–.

El desarrollo de dicho procedimiento amistoso se llevaba a cabo conforme a los criterios que se determinan en el Convenio de doble imposición, en ausencia de exigencias añadidas en el propio Convenio multilateral. Sin embargo, no debe confundirse el procedimiento amistoso que se inicia como consecuencia de la aplicación de un Convenio de doble imposición con la primera fase del Convenio de arbitraje, al tener éste último marcadas una serie de exigencias que no se aplican a los procedimientos amistosos de los Convenios de doble imposición.²⁸

El Código de Conducta recientemente presentado para la aplicación del Convenio de Arbitraje *desarrolla* el procedimiento a seguir en dicha fase. En primer lugar aborda aspectos comunes como la lengua de trabajo común, la comunicación con la empresa que presenta la solicitud inicial del desarrollo del proceso en aquello que le interesa, así como la obligación de confidencialidad para con las informaciones obtenidas a lo largo del proceso.

El proceso se inicia con la solicitud de la empresa que considere que la práctica de un ajuste ha generado o puede generar doble imposición. Tras presentar la solicitud la empresa, el Estado ante el que se presenta la solicitud deberá, en el plazo de un mes:

- acusar recibo de la solicitud y facilitar la información a las otras autoridades competentes afectadas, facilitando la información indicada en el punto 2.i, del Código de Conducta, o

²⁸ En cualquier caso, la relación entre ambos difiere entre los Estados contratantes, sobre todo en el momento presente en el que la aplicación del Convenio de arbitraje se encuentra suspendida. *Vid.*, al efecto, el Anexo I al Código de Conducta presentado por la Comisión el 25 de abril de 2004 sobre la aplicación del Convenio de Arbitraje.

- invitar a la empresa a completar la información inicialmente aportada por un plazo de dos meses.

Hasta la redacción del Código de Conducta se discutía si las autoridades competentes disponían de poder discrecional para iniciar el procedimiento amistoso, atendiendo a la similar redacción del artículo 6(2) del Convenio de Arbitraje y 25(1) del Modelo de Convenio de la OCDE. Sin embargo, la redacción del punto 2 no admite la denegación discrecional de la iniciación de dicho procedimiento en caso de que no se elimine la doble imposición de forma unilateral.

Tras la solicitud presentada el Estado ante el que se presenta la solicitud deberá formular respuesta a la solicitud presentada por la empresa indicando:

- que duda que pueda generarse doble imposición internacional, invitándole no obstante a presentar observaciones adicionales;
- que considera fundada la solicitud, procediendo a realizar los ajustes correspondientes y compensaciones procedentes;
- que a pesar de considerar fundada la solicitud, no puede solucionar unilateralmente la pretensión empresarial, por lo que comunica a la empresa la decisión de iniciar un procedimiento amistoso con la otra entidad competente, en el marco del Convenio de Arbitraje.

El procedimiento amistoso se desarrolla en su siguiente fase mediante la emisión de un *informe de posición* por parte del Estado que ha realizado el ajuste que da lugar a la doble imposición, indicando los hechos relevantes del caso, la justificación de su posición así como una posible solución a la doble imposición generada, poniendo especial énfasis en los fundamentos del acto de regularización o del ajuste y los documentos relevantes que apoyan el mismo. Dicho informe se enviará a las otras autoridades competentes en un plazo de cuatro meses a contar desde la última de las siguientes fechas: la fecha de notificación del acto de liquidación, o la fecha en que la autoridad recibe la solicitud y la información mínima. Esta alternativa, a nuestro entender, carece de sentido, en la medida en que la solicitud de iniciar un procedimiento siempre tiene como presupuesto la existencia de un acto de liquidación –previo– en el que se practica un ajuste que genera doble imposición contraria al artículo 4 del Convenio.

Tras el informe de posición, el otro (u otros) Estado(s) afectado(s) debe(n) responder en un plazo de 6 meses. En dicha respuesta, el Estado debe verificar si procede al ajuste o compensación fiscal, o bien si no practica el mismo, bien porque no está de acuerdo con la posición del otro Estado o porque no aprecia la generación de doble imposición, proponiendo en dicho caso un calendario para el análisis y discusión del caso, y en todo caso una fecha de reunión en los 18 meses siguientes a partir desde la decisión final de la administración fiscal notificando el acto de liquidación en la que se practica el ajuste, o desde la fecha en que la autoridad competente recibe la solicitud e información mínima mencionada en el punto 2 inciso (i) del Código de Conducta.

La presentación del caso ante las autoridades contratantes podrá realizarse durante los tres años siguientes a partir de la fecha de la *primera notificación* de la medida que ocasione o pueda ocasionar una doble imposición con arreglo al artículo 1.

El Código de Conducta aclara que la fecha de inicio del período de tres años es la fecha de la "primera notificación del acto de liquidación o *equivalente* que ocasiona o pueda ocasionar una doble imposición con arreglo al artículo 1, por ejemplo debido a un ajuste en materia de precios de transferencia". En consecuencia, se exige que el plazo comience a computar desde la fecha del acto de liquidación y no meramente desde la comunicación de la intención de la Administración de practicar dicho ajuste –por ejemplo, la firma de un acta de la inspección, o la extensión de unas diligen-



cias-. Asimismo, se recomienda la aplicación de las mismas definiciones en el ámbito de los procedimientos amistosos previstos en los Convenios de doble imposición de los Estados miembros de la UE.

La novedad del Convenio multilateral consiste en señalar un plazo de dos años para alcanzar un acuerdo en el seno de dicho procedimiento amistoso y, en caso contrario, permitir pasar a la siguiente fase, auténtica novedad del Convenio multilateral.

El cómputo de dicho plazo de dos años se inicia bien:

- en la *primera fecha* en que se presente el caso a una de las autoridades competentes, siempre que no exista una decisión judicial pendiente sobre el caso. El Código de Conducta aclara que dicha fecha será la última entre el momento de presentación de la solicitud –cabe entender de forma completa– a la autoridad competente o el momento de notificación de la liquidación que genera el ajuste; no se acepta por tanto la posición mantenida anteriormente por algunos Estados consistente en comenzar el cómputo a partir del momento en que se rechaza la práctica del ajuste correspondiente;
- desde el momento en que exista una resolución firme a nivel interno, si el caso se hubiere presentado ante algún Tribunal;
- siempre que no exista una suspensión de dicho cómputo como consecuencia de la existencia de un procedimiento judicial o administrativo encaminado a declarar que una de las empresas afectadas puede ser objeto de una *sanción grave* como consecuencia de la realización de los actos que den lugar a la corrección de los beneficios con arreglo al artículo 4.

El Código de Conducta aclara en qué momento se presenta la solicitud de iniciación por parte de la empresa a las autoridades de uno de los Estados firmantes²⁹.

- b) *Procedimiento arbitral*: Si no se llega a una solución en la primera fase amistosa en el plazo de dos años, el artículo 7.1 del Convenio multilateral determina la constitución de una Comisión Consultiva, encargada de emitir un dictamen sobre la forma de suprimir la doble imposición a discusión.

La Comisión Consultiva está compuesta por el Presidente, por uno o dos representantes designados por la Autoridad Competente de cada uno de los Estados afectados, y por igual número de personalidades independientes nombradas de común acuerdo. Esta elección se realiza a partir de una lista de personalidades que cada

²⁹ De acuerdo con el punto 2 del Código de Conducta, "se considerará que se ha presentado un caso de conformidad con el apartado 1 del artículo 6 cuando el contribuyente facilite la siguiente información:

- a) identificación (como el nombre, la dirección y el número de identificación fiscal) de la empresa del Estado contratante que presenta una solicitud y de las demás partes implicadas en las transacciones objeto de examen;
- b) datos detallados de los hechos y circunstancias relevantes relativas al caso (incluidos los datos correspondientes a las relaciones entre la empresa y las demás partes implicadas en las transacciones objeto de controversia);
- c) identificación de los períodos impositivos afectados;
- d) copias de la notificación del acto de liquidación, informe de la inspección fiscal o equivalente que recojan la alegada doble imposición;
- e) datos de los recursos administrativos y/o judiciales iniciados por la empresa o las demás partes implicadas en las transacciones correspondientes y de las resoluciones judiciales que hayan recaído sobre el caso;
- f) descripción por parte de la empresa de las razones que le amparan para sostener que no se han respetado los principios establecidos en el artículo 4 del Convenio de Arbitraje;
- g) compromiso por parte de la empresa de responder lo más completa y rápidamente posible a todos los requerimientos razonables y apropiados hechos por una autoridad competente y a tener a disposición de las autoridades competentes la documentación relativa al caso;
- h) cualquier información adicional específica solicitada por la autoridad competente en el plazo de dos meses a partir de la recepción de la solicitud del contribuyente.

Estado contratante, en número de cinco, debe nombrar y comunicar, informando al Secretario general del Consejo de las Comunidades Europeas. El Presidente se elige también de entre las personas incluidas en dicha lista, debiendo reunir además las condiciones que se requieren en su país para el ejercicio de las más altas funciones jurisdiccionales, o ser un jurisconsulto de notoria competencia. Se asegura así, de este modo la participación mayoritaria de personalidades independientes en la Comisión Consultiva, formada por cinco o nueve personas, de forma que constituye un *órgano independiente*. Los miembros de la Comisión Consultiva deben guardar secreto de todo aquello de que tengan conocimiento en el marco del procedimiento. Los miembros independientes de la Comisión Consultiva pueden ser recusados por los motivos indicados en el artículo 9.3 del Convenio –vinculación con Administraciones implicadas, participación importante en empresas implicadas, falta de garantías de objetividad suficientes–, o por otro motivo acordado previamente por las autoridades competentes implicadas.

La Comisión Consultiva debe emitir un dictamen en el plazo de seis meses desde que ha sido consultada. El dictamen debe basarse en la correcta aplicación del principio *at arm's length*, conforme éste viene formulado en el artículo 4 del Convenio. El dictamen se emite por mayoría simple de sus miembros. La Comisión podrá solicitar la información que estimen pertinente a las empresas afectadas y a las Autoridades competentes que, no obstante, deberán respetar los límites al suministro de información derivados de su propia normativa o práctica administrativa, o al secreto comercial, industrial o profesional. Las empresas pueden exponer su posición mediante solicitud ante la Comisión.

c) Excepción a la constitución de la Comisión Consultiva.

El artículo 8 permite a los Estados miembros no seguir el procedimiento arbitrado en el Convenio 90/436 cuando algún procedimiento judicial o administrativo decida con carácter definitivo que una de las empresas afectadas, mediante los actos que dan lugar a una corrección de los beneficios con arreglo al artículo 4, puede ser objeto de una sanción grave. Asimismo, la existencia de un procedimiento dirigido a declarar esta situación de imposición de sanción grave a alguna de las empresas afectadas, suspende el desarrollo del procedimiento convencional, hasta la finalización de dicho procedimiento judicial o administrativo.

Esta situación constituye una auténtica excepción que limita la efectividad del Convenio y del procedimiento arbitrado para eliminar la doble imposición que deriva de la corrección de los precios de transferencia. A su vez, coloca a los diferentes Estados contratantes en una diferente exposición frente al Convenio, en la medida en que la reacción y tratamiento tributario de los precios de transferencia es diverso en los Estados contratantes. A su vez, se deja la concreción de la expresión ‘sanción grave’ en manos de la declaración unilateral de cada Estado, faltando al efecto una definición común de la misma, derivando con ello un tratamiento claramente diverso. Así, mientras algunos países prevén la posibilidad de imposición de sanciones –por ejemplo, el Reino Unido–, en otros la regulación de la reacción a los precios de transferencia impide dicha consideración, por lo que la aplicación de dicha excepción apenas tendrá relevancia.

Este es el caso de España, al configurar la reacción contra los precios de transferencia –fundamentalmente, el artículo 16 del TRLIS– como una mera *potestad regularizadora de la Administración tributaria* cuando concurren los presupuestos previstos en dicho artículo. De este modo, la no valoración de los precios de transferencia conforme a los precios de mercado por parte de las empresas vinculadas en su propia autoliquidación no determina *per se* la comisión de una infracción por parte de la entidad vinculada. La nueva y extensa enumeración de infracciones tributarias realizada por la Ley General Tributaria 58/2003 no permite incluir, *per se*, como infracción

tributaria la no valoración de las operaciones vinculadas a precios de mercado por parte de las entidades vinculadas. En la medida en que nuestro ordenamiento carece de específicas obligaciones contables, registrales o de información relativas a las operaciones vinculadas, tampoco puede exigirse el mantenimiento de una determinada documentación, y considerar su vulneración como infracción grave –artículo 200.2 LGT–, sin perjuicio de que las empresas consideren conveniente y oportuno mantener dicha práctica por su estrategia global. Sólo cuando pueda determinarse que en la valoración de la operación efectuada por la empresa vinculada existe ocultación de datos, o se haya procedido a la valoración mediante medios fraudulentos, podrá determinarse la existencia de una infracción tributaria que de lugar a la aplicación de la excepción a los efectos del Convenio.

En otro orden de consideraciones, debería adaptarse la declaración unilateral de España contenida al final del Convenio a la nueva realidad jurídica española. De acuerdo con esta declaración, a los efectos de España, "las 'sanciones graves' comprenden las sanciones administrativas por infracciones tributarias graves, así como las penas en caso de delitos contra la Hacienda Pública". Al haberse modificado la clasificación de las infracciones en la Ley General Tributaria, Ley 58/2003 –artículo 183–, debería adecuarse la declaración a la nueva calificación así como a la nueva estructura y contenido de las infracciones tributarias. La nueva clasificación considera como infracciones graves –o muy graves– infracciones que con anterioridad tenían la consideración de simples, y como leves infracciones leves infracciones que con anterioridad tenían la consideración de graves.

d) Adopción de las medidas de eliminación de la doble imposición internacional.

Tras la emisión del dictamen por parte de la Comisión Consultiva, las autoridades competentes afectadas por el procedimiento deben adoptar un acuerdo basado en el criterio *at arm's length* que, a su vez, garantice la supresión de la doble imposición –en el sentido del artículo 14 del Convenio–. Dicha medida debe adoptarse en el plazo de seis meses desde la fecha de emisión del dictamen por parte de la Comisión Consultiva.

El dictamen se adopta por mayoría simple de los miembros de la Comisión consultiva, que con carácter previo pueden establecer determinadas normas de procedimiento. El dictamen adoptado por la Comisión Consultiva no es vinculante para las autoridades competentes, que pueden de este modo apartarse de su dictamen, siempre que la solución alternativa se adopte en plazo y respete, a su vez, las exigencias del principio *at arm's length*. De este modo, el dictamen de la Comisión Consultiva sólo asegura una solución –alternativa– que elimina la doble imposición internacional para el caso de que las autoridades competentes no decidan seguirla y no alcancen otra solución en plazo.

IX.1.4. *Relación con las resoluciones judiciales y administrativas internas: el derecho a la tutela judicial efectiva*

La relación entre el procedimiento previsto en el Convenio de Arbitraje y los mecanismos internos de resolución de conflictos es de total independencia y complementariedad. Así se infiere del artículo 7 segundo párrafo del Convenio de Arbitraje.

«Las empresas podrán utilizar las posibilidades de recurso previstas en el derecho interno de los Estados contratantes de que se trate; no obstante, cuando el caso se hubiere presentado ante algún Tribunal, el plazo de dos años a que se refiere el párrafo primer o comenzará a contarse a partir de la fecha en que sea firme la resolución dictada en última instancia en el marco de esos recursos internos.»

En consecuencia, la utilización del mecanismo del Convenio de Arbitraje no impide, *a priori*, el acceso a la tutela judicial efectiva. En el mismo sentido, pero a la inversa, se pronuncia el artículo 13 del Convenio: el carácter *definitivo* de las decisiones adoptadas sobre la imposición de los

beneficios procedentes de una operación entre empresas asociadas no será óbice para que se recurra a los procedimientos citados en los artículos 6 y 7.

Sin embargo, esta independencia en ocasiones es meramente formal. Como se infiere del artículo 7.3 del Convenio, si la legislación interna de un Estado contratante no permite a las autoridades competentes el aplicar excepciones a las resoluciones de sus instancias judiciales, el apartado 1 sólo será de aplicación si la empresa asociada de dicho Estado hubiere dejado transcurrir el plazo de presentación del recurso o hubiere desistido de dicho recurso antes de haberse dictado una resolución. La disposición no afecta al recurso en la medida en que se refiere a elementos distintos de los mencionados en el artículo 6 y que ocasionan la realización del ajuste primario.

Este precepto puede ocasionar serias dudas de acomodo constitucional en algunos Estados firmantes, por cuanto exige una renuncia al juez ordinario, y con ello al derecho a la tutela judicial efectiva si se quiere obtener una resolución conforme a dicho procedimiento específico.

De la interrelación entre los artículos 7 y 13 del Convenio de Arbitraje pueden formularse las siguientes consideraciones.

En primer lugar, la independencia de procedimientos es meramente formal, dado que en caso de optar por la continuación de los procedimientos judiciales, se suspende el cómputo de los plazos previstos para el desarrollo del procedimiento amistoso, y con ello la necesidad de buscar dicha solución alternativa a la eliminación de la doble imposición.

En segundo lugar, la suspensión de los plazos previstos en el Convenio de Arbitraje sólo debe producirse en caso de presentarse el caso ante un *Tribunal*. Por ello, no resulta admisible la práctica administrativa de algunos Estados –Alemania y Holanda, entre ellos– que considera que la impugnación administrativa del ajuste por precios de transferencia provoca el mismo efecto suspensivo del cómputo de los plazos de resolución de la doble imposición conforme al Convenio de Arbitraje.

En tercer lugar, la excepción prevista en el artículo 7.3 puede declararse de forma unilateral por cada Estado firmante. Francia y el Reino Unido han insertado declaraciones unilaterales en el propio Convenio declarando que aplicarán dicho precepto. Sin embargo, otros Estados contratantes no han formulado ninguna declaración formal, surgiendo la duda de su posible aplicación –caso, por ejemplo, de España, conforme a la normativa interna española reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, o de Bélgica–, y generando inseguridad sobre la aplicación concreta de dicho precepto del Convenio a las empresas que pueden resultar afectadas por la práctica de un ajuste primario.

En última instancia, la opción por el mecanismo previsto en el Convenio de Arbitraje como mecanismo para asegurar la eliminación de la doble imposición no debería generar desventajas considerables para las empresas que la hagan efectiva, so pena de minar la efectividad del Convenio y de sus propuestas. Sin embargo, la ausencia de regulación de dichos efectos en la normativa interna de algunos países, entre ellos, fundamentalmente, España e Italia, puede suponer en la práctica importantes desventajas para las empresas que *renuncien* a la solución judicial de su situación optando por la aplicación del Convenio de Arbitraje³⁰. Entre estas desventajas pueden citarse la ausencia de suspensión ejecutiva de la deuda tributaria como consecuencia de la iniciación del procedimiento especial, la aplicación de los derechos del contribuyente durante la duración del procedimiento, la generación de intereses durante el período de duración del procedimiento, o los efectos de dicho procedimiento sobre la prescripción de los derechos del contribuyente –a la devolución de ingresos indebidos– o de la Administración –a la liquidación y ejecución de la deuda tributaria resultante–.

En relación con la posible suspensión de la recaudación ejecutiva de la deuda que resulta del ajuste primario practicado, nuestro ordenamiento no prevé dicha suspensión –de oficio– en caso de iniciación del procedimiento del Convenio de Arbitraje o de un procedimiento amistoso. La LGT y la LJCA atribuyen la potestad para suspender dicha recaudación ejecutiva a los Tribunales Económico Administrativos y a los órganos competentes de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa,

³⁰ *Vid.*, al efecto, Maisto, G. "Memorandum concerning the interplay between internal judicial proceedings and the procedure under the Arbitration Convention", *Documento JTPF//010/BACK/2003/EN*.

por lo que, al no participar en el proceso no pueden instar ni declarar dicha suspensión, que deberá declararse, de forma unilateral por parte de la Administración Tributaria. A su vez, al no considerarse a las empresas afectadas como *partes* en el proceso, no pueden beneficiarse de los derechos del contribuyente que les asisten conforme a la normativa tributaria. Asimismo, se postula que durante el tiempo de negociación entre los Estados afectados sobre la resolución del procedimiento amistoso o sobre la eliminación de la doble imposición no deberían generarse intereses de demora en perjuicio del contribuyente. A diferencia de los procedimientos de revisión, la empresa no se considera parte en el mismo, por lo que el tiempo de negociación requerido por los Estados no debería perjudicar a las empresas afectadas. Por otra parte, esta suspensión del devengo de intereses en el procedimiento previsto en el Convenio de Arbitraje, constituiría un incentivo para los Estados para su finalización dentro del período previsto.

Estos efectos constituyen una de las prioridades de actuación del Forum Conjunto de la UE sobre Precios de Transferencia, al formular criterios o soluciones que mejoren los problemas de aplicación práctica del Convenio de Arbitraje.

IX.1.5. *El Convenio en la práctica*

Hasta el momento presente, el Convenio sólo ha sido aplicado en su integridad en un solo caso, en el que la Comisión Consultiva ha emitido su dictamen para la eliminación de la doble imposición. Sin embargo, en algunos Estados miembros el procedimiento previsto se ha iniciado en otras ocasiones, aunque sin llegar a la creación de la Comisión Consultiva final (según fuentes de la Administración francesa, en el momento presente existen más de cuarenta procedimientos amistosos iniciados a la luz del Convenio europeo de arbitraje)³¹.

Atendiendo a la existencia de límites en el propio Convenio a la aplicación de una solución satisfactoria al problema de la doble imposición internacional derivado de la aplicación de las normas diversas sobre precios de transferencia, puede afirmarse que la principal finalidad del Convenio es conseguir un efecto disuasorio sobre las Autoridades administrativas en el momento de desarrollar un procedimiento amistoso para resolver la doble imposición que puede generarse. Sin embargo, a pesar de la dicción del artículo 8 del Convenio, no se conoce de ningún caso en la práctica en el que el procedimiento del Convenio se haya dejado de aplicar como consecuencia de la alegación estatal de la comisión de una infracción grave por parte de las empresas afectadas.

A su vez, con su puesta en práctica se pretende agilizar el desarrollo de los procedimientos amistosos, tanto en el marco del Convenio de arbitraje, como para aprovechar su experiencia para trasladarla al ámbito del artículo 25 del Modelo de Convenio, reduciendo su duración y coordinando los procesos que siguen los diferentes Estados contratantes. A tal fin se establece el período máximo de dos años para la resolución de dicho procedimiento, reduciendo de forma sensible lo que hasta la fecha venía siendo práctica habitual en diferentes Estados –en algunos Estados la duración podía llegar a superar el decenio–, con los problemas que dicha tardanza generaba a las entidades afectadas.

Lo bien cierto es que en el caso en el que se ha puesto en práctica el Convenio, se han superado los plazos máximos legales establecidos aunque reduciendo de forma considerable los existentes en la práctica anterior. Son varias las dificultades prácticas que se han debido afrontar, sin que se hayan podido respetar los plazos legales; la búsqueda de lugares y fechas de reunión aptas y válidas para los miembros integrantes de la Comisión, la búsqueda de personas aptas para la formación de la Comisión, en la medida en que algunos Estados todavía no han comunicado sus propuestas, el desarrollo del trabajo en diversidad de lenguas y sus correspondientes tareas de traducción, ... En el caso juzgado, los Estados afectados –Francia e Italia– han seguido el dictamen formulado por la Comisión Consultiva, que se aprobó por mayoría de 3/5 –expresando el resto su opinión minoritaria discordante en el propio dictamen–. Aunque el fondo del asunto deba permanecer secreto, existe la voluntad de publicar el dictamen final, al considerarse un buen precedente para casos posteriores, así como una interesante interpretación del principio de plena concurrencia.

³¹ Vid., al respecto, "Draft Summary Record of the Third Meeting of the EU Joint Transfer Pricing Forum" Bruselas, 2 de abril de 2003. Doc JTPF/007/2003/EN. (Taxud/C1/WB/LDH), capítulo IV.

La corta experiencia en la aplicación de dicho Convenio –tanto temporal como numérica– pone de manifiesto la necesidad de reducir la distancia entre la formulación teórica de los presupuestos de aplicación de la normativa sobre precios de transferencia y su aplicación práctica, a cuyo efecto, la creación del Forum Conjunto sobre Precios de Transferencia, puede estimular el desarrollo de prácticas comunes, interpretaciones homogéneas y consensuadas de dichos presupuestos así como códigos de conducta sobre la aplicación del Convenio de arbitraje, mejorando asimismo el desarrollo de los procedimientos amistosos con la finalidad de resolver la doble imposición internacional. Asimismo, se pone de manifiesto como, a pesar de que la solución armonizada de la imposición societaria se encuentre lejos de llegar a resultados concluyentes y efectivos³², se impone una solución multilateral a los problemas derivados de los efectos tributarios de los precios de transferencia. Ello explica que sean los Estados los que sigan *controlando* el proceso y no las instituciones comunitarias –el Convenio no forma parte del acervo comunitario, el proceso de desarrollo de las cuestiones discutidas en el seno del Foro Conjunto sobre Precios de Transferencia corresponde a los Estados y no a la Comisión, y, finalmente, los Estados pueden *apartarse* de la solución ofrecida por la Comisión consultiva–.

De este modo, puede concluirse que el Convenio de arbitraje, lejos de consolidar el arbitraje como un mecanismo de resolución de conflictos en el ámbito tributario de los precios de transferencia, constituye una norma que permitirá desarrollar y perfeccionar la solución bilateral del proceso al amparo del procedimiento amistoso previsto por el Convenio 90/436/CEE lo que, sin duda, puede impulsar dicha solución en el marco de los Convenios de doble imposición.

IX.2. El forum conjunto de la Unión Europea sobre Precios de Transferencia (JFTP)

Como indicamos en la introducción, el estudio elaborado por la Comisión sobre la Imposición Societaria en la Unión Europea –*Company Taxation in the Internal Market* SEC(2001) 1681, de 23 de octubre de 2001– identificó la importancia creciente de los problemas tributarios relacionados con los precios de transferencia abrogando por una acción decidida de las instituciones comunitarias para su resolución.

Como fruto de esta recomendación, la Comisión recomendó en su Comunicación de 23 de octubre de 2001 el establecimiento de un Forum Conjunto sobre Precios de Transferencia de la Unión Europea –*EU Joint Transfer Pricing Forum*– integrado por un representante de cada uno de los Estados miembros como por diez representantes del sector empresarial. El Consejo General de la Unión Europea de 11 de marzo de 2002, aceptó la iniciativa de la Comisión en sus conclusiones generales para establecer el Forum Conjunto. El Forum está compuesto por expertos de todos los Estados miembros de la Unión Europea, la Comisión y representantes de la comunidad empresarial por un período de dos años renovable, actuando los Estados candidatos y la OCDE como observadores.

El Forum tiene como principales objetivos la consecución de una aplicación más uniforme de las reglas tributarias sobre precios de transferencia en el seno de la Unión Europea, resolver las dificultades derivadas de la aplicación concreta del Convenio sobre Arbitraje, así como la proposición de *mejoras no legislativas* a la aplicación práctica de la normativa tributaria sobre precios de transferencia, a efectos de reducir la litigiosidad y sus costes. El Forum reconoce la validez de las Directrices desarrolladas y publicadas por la OCDE sobre precios de transferencia, pero admite que son objeto de interpretaciones diferentes en cada Estado, en claro perjuicio a las exigencias del mercado interior.

Entre las cuestiones debatidas por el Forum destaca la elaboración de un Código de Conducta relativo a la aplicación del Convenio de Arbitraje, y la discusión de la coordinación de la normativa reguladora de la documentación exigible en apoyo de la política de precios de transferencia practicada por las empresas que operan en el ámbito europeo, así como otras cuestiones derivadas de la diferente interpretación de las Directrices sobre Precios de Transferencia elaborada por la OCDE.

³² *Vid.* no obstante, las propuestas de la Comisión destinadas a promover la coordinación fiscal y evitar que la imposición directa constituya un freno a la consolidación del mercado interior. El 24 de junio de 2004, la Comisión Europea ha presentado un "Esbozo de una posible aplicación experimental del régimen de imposición según las normas del Estado de origen a las pequeñas y medianas empresas" (TAXUD C.1/DOC(04)1410), por el que se pretende impulsar un proyecto piloto aplicado a las PYMES de tributación de sus actividades europeas determinando sus rendimientos conforme a una sola normativa tributaria, la del Estado de origen, a efectos de facilitar su internacionalización en el ámbito europeo.

Con ser interesante la labor desarrollada por el Foro de la Unión Europea sobre Precios de Transferencia, poniendo en común la discusión de problemas derivados de la dispar interpretación, aplicación y ámbito de la normativa tributaria estatal sobre precios de transferencia, conviene señalar que encuentra su limitación más importante en el alcance limitado de su mandato. En su creación, se encomendó al Foro la búsqueda de "posibles mejoras *no legislativas* a problemas prácticos" derivados de la aplicación de la normativa tributaria sobre precios de transferencia de los Estados miembros. La misión ha sido objeto de interpretaciones confusas en diferentes Estados, aunque finalmente la Comisión ha aclarado el alcance de dicha expresión. Como se lee en el párrafo 10 de la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo relativa a las actividades del Foro Conjunto de la UE sobre precios de transferencia (COM(2004)297final) "[e]l objetivo de este elemento del mandato es evitar cualquier perjuicio a las competencias respectivas de las instituciones de la UE y de los Estados miembros y, que por tanto, afecte a la legislación comunitaria. De ningún modo debe considerarse que este elemento del mandato impide al Foro identificar mejoras prácticas que puedan implicar modificaciones legislativas en algunos Estados miembros. Dado que el Foro es un mero grupo consultivo de expertos, en cualquier caso la decisión de realizar cambios legislativos sigue siendo competencia exclusiva de los Estados miembros correspondientes".

A pesar de la aclaración, es evidente que el *mantenimiento* de la competencia en manos de los Estados miembros sigue constituyendo el principal escollo al desarrollo efectivo de las propuestas que formule el Foro. En última instancia, la adopción de sus recomendaciones, soluciones o guías sigue dependiendo de la voluntad de cada uno de los Estados miembros que no se siente vinculado por dichos criterios y puede apartarse de forma unilateral de los mismos. Así, por poner algunos ejemplos, la incapacidad de los Estados para encontrar una solución efectiva que garantice la aplicación y vigencia del propio Convenio de Arbitraje es bien significativa del alcance realmente limitado de dicha experiencia, a pesar de su interés en cuanto puesta en común y discusión de importantes cuestiones que, de otro modo, quedan soslayadas. No debe olvidarse que, en muchas ocasiones, la efectividad de las medidas previstas en el Convenio depende de la reacción *legislativa* en algunos Estados para proporcionar un marco jurídico favorable a la utilización de las mismas. Este es el caso del ordenamiento español en el que la ausencia de integración normativa de algunas exigencias del Convenio impide obtener la suspensión *automática* de la ejecución de la deuda sobre la que versa el procedimiento, o detener el devengo de intereses de demora durante la duración del procedimiento.

Finalmente, la ausencia de un criterio *comunitario* para la interpretación y aplicación de dicho Convenio genera importantes disfunciones y agravios comparativos entre diferentes Estados –v.gr. en Alemania las empresas pueden utilizar de forma simultánea el procedimiento específico y los recursos judiciales, en tanto que en Bélgica, entre otros Estados, debe renunciarse a la vía judicial si se opta por la solución arbitral–.

Asimismo, dicha limitación comporta la transformación del Foro en un mero *órgano de debate* de propuestas, tal como ocurre en relación con las medidas relativas a la documentación exigible para el cumplimiento de la normativa tributaria relativa a los precios de transferencia.³³

Aunque la creación del Foro preveía una duración inicial de dos años, se ha propuesto la prolongación de sus actividades por otro período de dos años, durante el cual se ha propuesto el análisis de algunos de los muchos temas pendientes en materia de precios de transferencia:

- El análisis de medidas de prevención de la doble imposición, evitando de este modo la necesidad de su corrección posterior. Entre ellas, atendiendo al enfoque multilateral que parece consolidarse para abordar el fenómeno tributario de los precios de transferencia, podría resultar interesante la adopción de un sistema de *comunicación interadministrativa previa* entre las autoridades de los Estados miembros afectados, con

³³ Vid., JFTP/019/REV2/2003/En de 24 de mayo de 2004, en el que se analizan y comparan las diferentes propuestas en orden a minimizar los costes indirectos derivados del diferente alcance y contenido de los requisitos documentales exigidos para la verificación y cumplimiento de dicha normativa específica. Entre las alternativas analizadas, comparando las ventajas y desventajas de cada método, se baraja la posibilidad de exigir un código de buena conducta, documentación estandarizada, o documentación estandarizada y centralizada (*masterfile*) a nivel comunitario, sin llegar a una conclusión concreta en relación con la preferencia de uno sobre otro.

la finalidad de analizar las posibles consecuencias negativas del ajuste primario antes de su aplicación, estudiando las vías para su eliminación antes de que se produzcan.

- El análisis, aceptación y mejora de los precios de transferencia utilizados por las empresas, así como los efectos de los acuerdos sobre precios de transferencia.
- Los efectos derivados del devengo de intereses de demora durante la aplicación de los procedimientos previstos en el Convenio de Arbitraje.
- La reacción sancionadora en los diferentes Estados miembros frente a las políticas de precios de transferencia.
- La mejora de las relaciones entre los procedimientos previstos en el Convenio de Arbitraje y la resolución judicial de los conflictos tributarios.
- La influencia de la armonización de los sistemas de contabilidad en la regulación tributaria de los precios de transferencia.
- Las posibilidades de suspensión de la ejecución durante la tramitación del procedimiento previsto en el Convenio de arbitraje.
- La búsqueda de criterios seguros en la regulación sobre precios de transferencia (*safe harbors*).

IX.3. La labor del TJCE

La *configuración* jurídica del Convenio 90/436/CEE tenía como uno de sus objetivos principales eliminar la jurisdicción del Tribunal de Luxemburgo en la interpretación de las normas que pretenden eliminar la doble imposición en relación con los precios de transferencia, manteniendo en última instancia *la competencia* de los Estados firmantes en la comprensión, interpretación y aplicación de dicha norma y de los principios que la inspiran. Sin embargo, la acción emprendida por el Tribunal desde mediados de la década de los ochenta pero fundamentalmente en los últimos diez años ha consagrado su posición en la delimitación del ejercicio del poder tributario por parte de los Estados miembros en materia de imposición directa, fundamentalmente en sus aspectos internacionales. Esta acción está dirigida a consolidar el contenido básico de las libertades fundamentales previstas en el Tratado de la Comunidad Europea, del que derivan derechos que los particulares pueden accionar en sus respectivos ordenes jurisdiccionales internos.

En el momento de redactar estas líneas el Tribunal de Justicia de Luxemburgo todavía no se ha pronunciado sobre la adecuación a las exigencias del ordenamiento comunitario de la normativa tributaria reguladora de los precios de transferencia de alguno de los Estados miembros, si bien está previsto que lo haga en un futuro no muy lejano. En efecto, el Tribunal Fiscal de Colonia planteó en 2003 una cuestión prejudicial al Tribunal de Luxemburgo una cuestión prejudicial para que se pronunciara sobre la adecuación de la normativa alemana sobre precios de transferencia a las exigencias derivadas de la libertad de establecimiento y de la libre circulación de capitales.

Sin embargo, es posible realizar una proyección de la doctrina del Tribunal de Luxemburgo sobre la normativa tributaria sobre precios de transferencia a efectos de extraer algunas consecuencias en torno a su veredicto. Además, el Tribunal ha tenido ocasión de formular algunas puntualizaciones en torno a la relación entre el derecho comunitario y el artículo 9 del Modelo de Convenio.

Así sucedió en el caso *Lankhorst-Hohorst*³⁴, en el que el Tribunal analizó la compatibilidad con el ordenamiento comunitario —en especial, con la libertad de establecimiento— de la normativa alemana sobre subcapitalización, similar a la vigente hasta 2004 en el ordenamiento español. Del

³⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 12 de diciembre de 2002, *Lankhorst-Hohorst GmbH c. Finanzamt Steinfurt*, C-324/00.

análisis del planteamiento realizado por el Tribunal en dicha sentencia, en consonancia con la doctrina consolidada en relación a las exigencias de las libertades fundamentales, pueden formularse las siguientes consideraciones.

En primer lugar, el tratamiento y la justificación de la regulación tributaria de los precios de transferencia es distinto desde la óptica de los Convenios de doble imposición y desde la perspectiva del ordenamiento comunitario. Mientras los Convenios de doble imposición reconocen la jurisdicción de los Estados para adecuar la base imponible de las entidades asociadas en consonancia con el principio de libre concurrencia³⁵ a través del ajuste primario, el derecho comunitario parte de la necesidad de salvaguardar las exigencias de las libertades fundamentales comunitarias de modo que los ajustes sólo podrán realizarse si se adecuan a aquellas o resultan justificados. La Comisión Europea va incluso más lejos y condiciona la realización de los ajustes a que se garantice la eliminación de la doble imposición.

Esta situación se ha puesto de manifiesto ya en el enfoque de la compatibilidad de las normas internas de subcapitalización con los Convenios de doble imposición y con el derecho comunitario. Así, para el Modelo de Convenio las normas de subcapitalización quedan salvaguardadas si respetan el criterio *at arm's length*. El respeto por dicho principio determina que no exista discriminación entre los inversores nacionales y extranjeros. Así se desprende de los Comentarios a dicho Modelo de Convenio. Según el párrafo 3 de los Comentarios al artículo 9,

«El Comité considera:

- a) que el artículo no impide la aplicación de las normas nacionales sobre subcapitalización en la medida en que tengan por objeto la asimilación de los beneficios del prestatario a la cuantía que hubiera realizado en condiciones normales de mercado;
- b) ...
- c) que la aplicación de las normas sobre subcapitalización no debe conducir normalmente a aumentar los beneficios imponibles de la empresa nacional considerada, más allá de la cuantía correspondiente a los beneficios de plena competencia, y que ese principio debe seguirse igualmente al aplicar los convenios fiscales existentes.»

El párrafo 56 de los Comentarios al artículo 24 certifica dicha posición, al considerar compatible con las exigencias de las cláusulas de no discriminación aquella norma de subcapitalización que respete el criterio *at arm's length*.

«El apartado 4 no prohíbe al país del prestatario asimilar los intereses a los dividendos en aplicación de sus normas nacionales sobre subcapitalización, en la medida en que éstas sean compatibles con el apartado 1 del artículo 9 o con el apartado 6 del artículo 11. Sin embargo, si tal régimen resulta de reglas que no son compatibles con los citados artículos y que se aplican solamente a los prestamistas no residentes (con exclusión de los prestamistas residentes), entonces la aplicación de este régimen está prohibida por el apartado 4.»

Sin embargo, el Tribunal considera, como punto de partida, que la norma provoca una situación discriminatoria que vulnera la libertad de establecimiento permanente consagrada en el Tratado de Roma sin que dicha situación quede justificada por el respeto al principio *at arm's length* o de plena competencia.

Algunos Estados miembros alegaron que las normas de subcapitalización respetaban el principio de plena competencia y por tanto debían quedar salvaguardadas por el respeto a la *coherencia de los regímenes tributarios aplicables*.

«En segundo lugar, los Gobiernos alemán y del Reino Unido sostienen que el artículo 8 bis, apartado 1, punto 2, de la KStG está además justificado por la necesidad de garantizar la coherencia de los regímenes tributarios aplicables. Más concretamente, esta disposición es conforme al principio de plena competencia, internacionalmente reconocido, según el cual las condiciones en las que los recursos ajenos son puestos a disposición de una sociedad deben ser comparadas con las condiciones

³⁵ Así traduce el Tribunal de Luxemburgo el principio *at arm's length* en la sentencia Lankhorst-Hohorst, p. 39.

en las que la sociedad podría haber obtenido dichos recursos de un tercero. El artículo 9 del modelo de Convenio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) refleja esta preocupación al establecer la inclusión de beneficios a efectos fiscales cuando se celebren transacciones entre empresas asociadas en condiciones distintas de las del mercado.»³⁶

Sin embargo, el Tribunal consideró que no podía considerarse que el precepto intentara preservar la *coherencia* de los sistemas tributarios, atendiendo a la rigidez con que el Tribunal formula dicho concepto de coherencia fiscal. Así consideró que no existe ningún vínculo directo de esta naturaleza cuando, como en el caso del litigio principal, la filial de una sociedad matriz no residente sufre un tratamiento fiscal desfavorable sin que el Gobierno alemán haya invocado ninguna ventaja fiscal que pudiera compensar a aquella por ese tratamiento recibido".³⁷

Es cierto, en cambio, que el Tribunal no se pronuncia sobre la alegación efectuada por la Comisión en torno a la obligación de eliminar la doble imposición derivada de la realización de ajustes tributarios sobre los precios de transferencia. Según la Comisión, la aplicación de dichos ajustes genera un riesgo de doble imposición y, el principio de proporcionalidad exige que los dos Estados miembros interesados se pongan de acuerdo para evitar una doble imposición³⁸. El Tribunal, en cambio, no se pronuncia sobre la validez de dicha afirmación, que supondría un claro avance frente a la regulación contenida en el Tratado de Roma, según la cual la obligación de eliminar la doble imposición internacional carece de efecto directo³⁹.

Así las cosas, podemos realizar una serie de consideraciones para determinar en qué condiciones la normativa tributaria sobre precios de transferencia se ajustará a las exigencias derivadas del mercado interior y del respeto por las libertades fundamentales.

En primer lugar, y como indicábamos anteriormente, la normativa sobre precios de transferencia debe respetar las exigencias derivadas de las libertades fundamentales, sin atacar los derechos que para los particulares se infieren de las mismas. La norma tributaria en cuestión no sólo no debe suponer un trato discriminatorio hacia los no nacionales, sino que tampoco debe suponer una restricción, traba o impedimento al ejercicio de dichos derechos. Esta exigencia resulta difícilmente superable por la mayoría de las normativas estatales europeas, atendiendo a la amplitud con la que se examina por parte del Tribunal de Luxemburgo. Así, tomando como ejemplo la normativa española – artículo 16 del TRLIS– la medida puede considerarse como una restricción indirecta a la libertad de establecimiento, como en el caso *Lankhorst-Hohorst*, en la medida en que afecta de forma más gravosa a las filiales de matrices extranjeras, pues sólo la distribución de dividendos hacia la matriz extranjera –y no hacia la española– puede suponer una tributación menor en España a la que hubiere correspondido por aplicación del valor normal de mercado. El análisis de la normativa bajo otras libertades fundamentales podría deparar una conclusión similar.

De este modo, la normativa española, al igual que la mayoría de sus homónimas en el resto de Estados miembros deben encontrar alguna justificación válida de entre las admitidas por el Tribunal de Luxemburgo con carácter ciertamente restrictivo. En este punto el Tribunal ha desarrollado una doctrina ciertamente consistente en la que la quiebra de las libertades fundamentales se acepta si existe un objetivo legítimo, justificado, proporcional y necesario⁴⁰. Entre los objetivos legítimamente aceptados no se encuentra la posible erosión de bases imponibles –a la que intenta hacer frente, precisamente, la normativa tributaria sobre precios de transferencia–, por considerarse que los motivos económicos no pueden considerarse motivos de interés general. Los Estados miembros deben aceptar como consustancial al mercado único la pérdida de ingresos fiscales derivada del ejerci-

³⁶ Lankhorst-Hohorst, p. 39.

³⁷ Lankhorst-Hohorst, p. 42.

³⁸ Lankhorst-Hohorst, p. 35.

³⁹ El artículo 293 del TCE –anterior artículo 220 del Tratado de Roma– prevé la posibilidad de que los Estados miembros entablen *en tanto sea necesario* negociaciones entre sí a fin de asegurar a favor de sus nacionales la supresión de la doble imposición dentro de la Comunidad, precepto que conforme a una doctrina consolidada del Tribunal carece de efecto directo.

⁴⁰ Por todos, *vid.* García Prats, F. A. "Las medidas tributarias anti-abuso y el derecho comunitario" en *Las medidas anti-abuso en la normativa interna española y en los Convenios para evitar la doble imposición internacional y su compatibilidad con el derecho comunitario*. IEF. Madrid. 2002.p.163 y ss.

cio de las libertades fundamentales por parte de sus contribuyentes. Por ello, no tendrá éxito la alegación de la finalidad antielusoria de la norma, o de asignación territorial de las rentas relativas a los precios de transferencia.

El Tribunal, asimismo, reconoce de forma muy limitada el riesgo de evasión fiscal como criterio justificativo de la quiebra de las libertades fundamentales, aceptando la reacción contra dicha evasión en casos de abuso por parte del contribuyente. De este modo, las medidas de aplicación automática y general, sin tener en cuenta la existencia o no de montajes puramente artificiales cuyo objetivo sea eludir el peso de la obligación tributaria. En este punto extremo sitúa el Tribunal la aceptación de la normativa tributaria, lo que comporta un margen muy estrecho de actuación para los Estados miembros.

Si el Tribunal sigue estas pautas al dictaminar sobre la compatibilidad de la normativa tributaria alemana sobre precios de transferencia con el derecho comunitario, la regulación tributaria de los precios de transferencia en los Estados miembros deberá reconfigurarse para adecuarse a dicha perspectiva, cambiando su naturaleza, y probablemente otorgándole naturaleza anti-abuso, lo que comportaría mayores exigencias en su aplicación por parte de las diferentes Administraciones tributarias.

X. CONSIDERACIONES FINALES

1.—La reacción tributaria de los Estados contra la utilización de los precios de transferencia se dirige, básicamente, a hacer frente a las posibilidades de evasión y elusión fiscal internacional que permite una precisa planificación de dichos precios por parte de las empresas multinacionales. La internacionalización económica no ha hecho más que generalizar un fenómeno que hasta fechas recientes se consideraba un problema aislado y peculiar de algunas economías avanzadas.

2.—La liberalización económica internacional ha convertido la reacción frente a la utilización de los precios de transferencia como uno de las materias de fiscalidad internacional que deben abordar de forma necesaria los Estados, sin que quepa establecer diferencias significativas en el planteamiento de la reacción en función del nivel de desarrollo económico de cada país. Los criterios de reacción internacionalmente admitidos se encuentran consolidados, girando todos ellos en torno a la concreción del principio de independencia entre entidades, o criterio *at arm's length*. Los Convenios de doble imposición rehuyen, con carácter general, siguiendo los postulados de los diferentes Modelos de Convenio, la posibilidad de aplicar criterios de reparto fraccional o sistemas unitarios de reparto de beneficios.

3.—En este proceso de reacción contra la utilización de los precios de transferencia, los Estados deben advertir la necesidad de desarrollar capacidades de actuación para poder poner en marcha en su normativa y en sus prácticas administrativas los ajustes que permite realizar la normativa internacional al albur del principio *at arm's length*. La falta de conciencia por parte de los legisladores estatales puede producir consecuencias negativas desde la perspectiva de la capacidad recaudatoria en las transacciones económicas internacionales. Se advierte en la actualidad una situación según la cual aquellos Estados con una normativa más exigente y desarrollada, con una capacidad administrativa de control y verificación de dicha normativa, e incluso con una posición más agresiva *en contra* de la utilización de los precios de transferencia como técnica de planificación por parte de las empresas multinacionales.

4.—Sin embargo, la regulación tributaria actual de los precios de transferencia descuida otro de los objetivos fundamentales derivados de su fundamento. Las situaciones de doble imposición internacional que pueden generarse como consecuencia de la práctica de ajustes primarios no encuentran una solución satisfactoria en las normas internacionales y, en la mayoría de los ordenamientos, se encuentran ausentes en los ordenamientos tributarios internos. La reacción normativa estatal y los estudios realizados por las organizaciones internacionales especializadas han centrado en exceso

su atención en la necesidad de arbitrar mecanismos para evitar la elusión fiscal internacional a través de los precios de transferencia, descuidando la posición jurídica en la que quedan los contribuyentes afectados, básicamente entidades multinacionales, que, de esta forma, se ven forzadas a buscar alternativas en la búsqueda del ahorro fiscal a sus operaciones económicas internacionales.

5.—La regulación de los ajustes correspondientes previstos en la actualidad en el artículo 9.2 de los Modelos de Convenio internacionalmente aceptados no proporciona unos resultados satisfactorios para la eliminación de la potencial doble imposición internacional generada por la práctica de los ajustes primarios, al carecer el procedimiento amistoso regulado en el artículo 25 de los Modelos de Convenio, y en los Convenios de doble imposición, de efectos vinculantes, y por no estar previsto su desarrollo obligatorio tras la propuesta de las entidades afectadas.

6.—La función de los Convenios internacionales en este ámbito, limitada a fijar un *standard* convencional que debe respetar la normativa interna de los Estados contratantes se advierte escasa y necesita ser reforzada, puesto que a todas luces condiciona de forma insuficiente la discrecionalidad de los Estados contratantes en la articulación de los mecanismos de reacción tributaria contra los precios de transferencia.

7.—La insuficiente regulación internacional de los precios de transferencia se observa en la fijación de los *métodos de concreción del criterio at arm's length*. En este ámbito incluso el establecimiento de Directrices de consenso no logra evitar los múltiples problemas jurídicos derivados de la aplicación de las diversas normas internas, si bien ponen de manifiesto la necesidad de superar el enfoque unilateral por una progresiva evolución hacia la coordinación y el consenso internacional y multilateral.

8.—En el ámbito europeo la aprobación del Convenio de Arbitraje supuso un hito que permitía superar las limitaciones convencionales a la restauración de las situaciones de doble imposición derivadas de la aplicación de la normativa sobre precios de transferencia. Sin embargo, el primer período de vigencia del Convenio ha puesto de manifiesto la dificultad de consolidar el *arbitraje* como un mecanismo de resolución de los conflictos de doble imposición con garantía de eficacia, aunque ha puesto de manifiesto la necesidad de mejorar el desarrollo del procedimiento amistoso *intergubernamental*, tanto en el ámbito del Convenio de Arbitraje como en aplicación de los Convenios de doble imposición. En este sentido, resulta loable la tarea desarrollada por el Foro Conjunto de la UE sobre Precios de Transferencia. No obstante, a efectos de garantizar su eficacia resultaría necesario modificar las condiciones de aplicación del Convenio de Arbitraje, aún a sabiendas de que su conversión en *derecho comunitario derivado* puede resultar prácticamente imposible por las exigencias de unanimidad en el avance del proceso armonizador.

9.—Sin embargo, los Estados deben ser conscientes que el derecho comunitario ostenta una fuerza expansiva *per se* que alcanza a la configuración tributaria interna de los precios de transferencia, por lo que la acción del Tribunal de Luxemburgo en este campo puede favorecer un cambio de actitud entre los Estados miembros, a efectos de ofrecer un encaje jurídico que compatibilice los intereses estatales por mantener la correcta asignación tributaria internacional de rentas, el reparto justo entre contribuyentes de las cargas tributarias y las exigencias del mercado interior. Una posible línea de evolución de la normativa interna sobre precios de transferencia influida por las exigencias comunitarias puede llevar a diferenciar el comportamiento subjetivo de las empresas y la posible vulneración (indirecta) del ordenamiento comunitario o tributario interno.

**DOCUMENTOS DE TRABAJO EDITADOS POR EL
INSTITUTO DE ESTUDIOS FISCALES**

2000

- 1/00 Ciudadanos, contribuyentes y expertos: Opiniones y actitudes fiscales de los españoles en 1999.
Autor: Área de Sociología Tributaria.
- 2/00 Los costes de cumplimiento en el IRPF 1998.
Autores: M.^a Luisa Delgado, Consuelo Díaz y Fernando Prats.
- 3/00 La imposición sobre hidrocarburos en España y en la Unión Europea.
Autores: Valentín Edo Hernández y Javier Rodríguez Luengo.

2001

- 1/01 Régimen fiscal de los seguros de vida individuales.
Autor: Ángel Esteban Paúl.
- 2/01 Ciudadanos, contribuyentes y expertos: Opiniones y actitudes fiscales de los españoles en 2000.
Autor: Área de Sociología Tributaria.
- 3/01 Inversiones españolas en el exterior. Medidas para evitar la doble imposición internacional en el Impuesto sobre Sociedades.
Autora: Amelia Maroto Sáez.
- 4/01 Ejercicios sobre competencia fiscal perjudicial en el seno de la Unión Europea y de la OCDE: Semejanzas y diferencias.
Autora: Ascensión Maldonado García-Verdugo.
- 5/01 Procesos de coordinación e integración de las Administraciones Tributarias y Aduaneras. Situación en los países iberoamericanos y propuestas de futuro.
Autores: Fernando Díaz Yubero y Raúl Junquera Valera.
- 6/01 La fiscalidad del comercio electrónico. Imposición directa.
Autor: José Antonio Rodríguez Ondarza.
- 7/01 Breve curso de introducción a la programación en Stata (6.0).
Autor: Sergi Jiménez-Martín.
- 8/01 Jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo e Impuesto sobre Sociedades.
Autor: Juan López Rodríguez.
- 9/01 Los convenios y tratados internacionales en materia de doble imposición.
Autor: José Antonio Bustos Buiza.
- 10/01 El consumo familiar de bienes y servicios públicos en España.
Autor: Subdirección General de Estudios Presupuestarios y del Gasto Público.
- 11/01 Fiscalidad de las transferencias de tecnología y jurisprudencia.
Autor: Néstor Carmona Fernández.
- 12/01 Tributación de la entidad de tenencia de valores extranjeros española y de sus socios.
Autora: Silvia López Ribas.
- 13/01 El profesor Flores de Lemus y los estudios de Hacienda Pública en España.
Autora: María José Aracil Fernández.
- 14/01 La nueva Ley General Tributaria: marco de aplicación de los tributos.
Autor: Javier Martín Fernández.
- 15/01 Principios jurídico-fiscales de la reforma del impuesto sobre la renta.
Autor: José Manuel Tejerizo López.
- 16/01 Tendencias actuales en materia de intercambio de información entre Administraciones Tributarias.
Autor: José Manuel Calderón Carrero.
- 17/01 El papel del profesor Fuentes Quintana en el avance de los estudios de Hacienda Pública en España.
Autora: María José Aracil Fernández.
- 18/01 Regímenes especiales de tributación para las pequeñas y medianas empresas en América Latina.
Autores: Raúl Félix Junquera Varela y Joaquín Pérez Huete.
- 19/01 Principios, derechos y garantías constitucionales del régimen sancionador tributario.
Autores: Varios autores.
- 20/01 Directiva sobre fiscalidad del ahorro. Estado del debate.
Autor: Francisco José Delmas González.
- 21/01 Régimen Jurídico de las consultas tributarias en derecho español y comparado.
Autor: Francisco D. Adame Martínez.
- 22/01 Medidas antielusión fiscal.
Autor: Eduardo Sanz Gadea.

- 23/01 La incidencia de la reforma del Impuesto sobre Sociedades según el tamaño de la empresa.
Autores: Antonio Martínez Arias, Elena Fernández Rodríguez y Santiago Álvarez García.
- 24/01 La asistencia mutua en materia de recaudación tributaria.
Autor: Francisco Alfredo García Prats.
- 25/01 El impacto de la reforma del IRPF en la presión fiscal indirecta. (Los costes de cumplimiento en el IRPF 1998 y 1999).
Autor: Área de Sociología Tributaria.

2002

- 1/02 Nueva posición de la OCDE en materia de paraísos fiscales.
Autora: Ascensión Maldonado García-Verdugo.
- 2/02 La tributación de las ganancias de capital en el IRPF: de dónde venimos y hacia dónde vamos.
Autor: Fernando Rodrigo Sauco.
- 3/02 A tax administration for a considered action at the crossroads of time.
Autora: M.^a Amparo Grau Ruiz.
- 4/02 Algunas consideraciones en torno a la interrelación entre los convenios de doble imposición y el derecho comunitario Europeo: ¿Hacia la "comunitarización" de los CDIs?
Autor: José Manuel Calderón Carrero.
- 5/02 La modificación del modelo de convenio de la OCDE para evitar la doble imposición internacional y prevenir la evasión fiscal. Interpretación y novedades de la versión del año 2000: la eliminación del artículo 14 sobre la tributación de los Servicios profesionales independientes y el remozado trato fiscal a las *partnerships*.
Autor: Fernando Serrano Antón.
- 6/02 Los convenios para evitar la doble imposición: análisis de sus ventajas e inconvenientes.
Autores: José María Vallejo Chamorro y Manuel Gutiérrez Lousa.
- 7/02 La Ley General de Estabilidad Presupuestaria y el procedimiento de aprobación de los presupuestos.
Autor: Andrés Jiménez Díaz.
- 8/02 IRPF y familia en España: Reflexiones ante la reforma.
Autor: Francisco J. Fernández Cabanillas.
- 9/02 Novedades en el Impuesto sobre Sociedades en el año 2002.
Autor: Manuel Santolaya Blay.
- 10/02 Un apunte sobre la fiscalidad en el comercio electrónico.
Autora: Amparo de Lara Pérez.
- 11/02 I Jornada metodológica "Jaime García Añoveros" sobre la metodología académica y la enseñanza del Derecho financiero y tributario.
Autores: Pedro Herrera Molina y Pablo Chico de la Cámara (coord.).
- 12/02 Estimación del capital público, capital privado y capital humano para la UE-15.
Autores: M.^a Jesús Delgado Rodríguez e Inmaculada Álvarez Ayuso.
- 13/02 Líneas de Reforma del Impuesto de Sociedades en el contexto de la Unión Europea.
Autores: Santiago Álvarez García y Desiderio Romero Jordán.
- 14/02 Opiniones y actitudes fiscales de los españoles en 2001.
Autor: Área de Sociología Tributaria. Instituto de Estudios Fiscales.
- 15/02 Las medidas antielusión en los convenios de doble imposición y en la Fiscalidad internacional.
Autor: Abelardo Delgado Pacheco.
- 16/02 Brief report on direct an tax incentives for R&D investment in Spain.
Autores: Antonio Fonfría Mesa, Desiderio Romero Jordán y José Félix Sanz Sanz.
- 17/02 Evolución de la armonización comunitaria del Impuesto sobre Sociedades en materia contable y fiscal.
Autores: Elena Fernández Rodríguez y Santiago Álvarez García.
- 18/02 Transparencia Fiscal Internacional.
Autor: Eduardo Sanz Gadea.
- 19/02 La Directiva sobre fiscalidad del ahorro.
Autor: Francisco José Delmas González.
- 20A/02 Anuario Tributario de Jurisprudencia sistematizada y comentada 1999. TOMO I. Parte General. Volumen 1.
Autor: Instituto de Estudios Fiscales.
- 20B/02 Anuario Tributario de Jurisprudencia sistematizada y comentada 1999. TOMO I. Parte General. Volumen 2.
Autor: Instituto de Estudios Fiscales.
- 21A/02 Anuario Tributario de Jurisprudencia sistematizada y comentada 1999. TOMO II. Parte Especial. Volumen 1.
Autor: Instituto de Estudios Fiscales.
- 21B/02 Anuario Tributario de Jurisprudencia sistematizada y comentada 1999. TOMO II. Parte Especial. Volumen 2.
Autor: Instituto de Estudios Fiscales.
- 22/02 Medidas unilaterales para evitar la doble imposición internacional.
Autor: Rafael Cosín Ochaíta.
- 23/02 Instrumentos de asistencia mutua en materia de intercambios de información (Impuestos Directos e IVA).
Autora: M.^a Dolores Bustamante Esquivias.
- 24/02 Algunos aspectos problemáticos en la fiscalidad de no residentes.
Autores: Néstor Carmona Fernández, Fernando Serrano Antón y José Antonio Bustos Buiza.

- 25/02 Derechos y garantías de los contribuyentes en Francia.
Autor: José María Tovillas Morán.
- 26/02 El Impuesto sobre Sociedades en la Unión Europea: Situación actual y rasgos básicos de su evolución en la última década.
Autora: Raquel Paredes Gómez.
- 27/02 Un paso más en la colaboración tributaria a través de la formación: el programa Fiscalis de la Unión Europea.
Autores: Javier Martín Fernández y M.ª Amparo Grau Ruiz.
- 28/02 El comercio electrónico internacional y la tributación directa: reparto de las potestades tributarias.
Autor: Javier González Carcedo.
- 29/02 La discrecionalidad en el derecho tributario: hacia la elaboración de una teoría del interés general.
Autora: Carmen Uriol Egido.
- 30/02 Reforma del Impuesto sobre Sociedades y de la tributación empresarial.
Autor: Emilio Albi Ibáñez.

2003

- 1/03 Incentivos fiscales y sociales a la incorporación de la mujer al mercado de trabajo.
Autora: Anabel Zárate Marco.
- 2/03 Contabilidad versus fiscalidad: situación actual y perspectivas de futuro en el marco del Libro Blanco de la contabilidad.
Autores: Elena Fernández Rodríguez, Antonio Martínez Arias y Santiago Álvarez García.
- 3/03 Aspectos metodológicos de la Economía y de la Hacienda Pública.
Autor: Desiderio Romero Jordán.
- 4/03 La enseñanza de la Economía: algunas reflexiones sobre la metodología y el control de la actividad docente.
Autor: Desiderio Romero Jordán.
- 5/03 Errores más frecuentes en la evaluación de políticas y proyectos.
Autores: Joan Pasqual Rocabert y Guadalupe Souto Nieves.
- 6/03 Traducciones al español de libros de Hacienda Pública (1767-1970).
Autoras: Rocío Sánchez Lissén y M.ª José Aracil Fernández.
- 7/03 Tributación de los productos financieros derivados.
Autor: Ángel Esteban Paúl.
- 8/03 Tarifas no uniformes: servicio de suministro doméstico de agua.
Autores: Santiago Álvarez García, Marián García Valiñas y Javier Suárez Pandiello.
- 9/03 ¿Mercado, reglas fiscales o coordinación? Una revisión de los mecanismos para contener el endeudamiento de los niveles inferiores de gobierno.
Autor: Roberto Fernández Llera.
- 10/03 Propuestas de introducción de técnicas de simplificación en el procedimiento sancionador tributario.
Autora: Ana María Juan Lozano.
- 11/03 La imposición propia como ingreso de la Hacienda autonómica en España.
Autores: Diego Gómez Díaz y Alfredo Iglesias Suárez.
- 12/03 Quince años de modelo dual de IRPF: Experiencias y efectos.
Autor: Fidel Picos Sánchez.
- 13/03 La medición del grado de discrecionalidad de las decisiones presupuestarias de las Comunidades Autónomas.
Autor: Ramón Barberán Ortí.
- 14/03 Aspectos más destacados de las Administraciones Tributarias avanzadas.
Autor: Fernando Díaz Yubero.
- 15/03 La fiscalidad del ahorro en la Unión Europea: entre la armonización fiscal y la competencia de los sistemas tributarios nacionales.
Autores: Santiago Álvarez García, María Luisa Fernández de Soto Blass y Ana Isabel González González.
- 16/03 Análisis estadístico de la litigiosidad en los Tribunales de Justicia. Jurisdicción contencioso-administrativa (período 1990/2000).
Autores: Eva Andrés Aucejo y Vicente Royuela Mora.
- 17/03 Incentivos fiscales a la investigación, desarrollo e innovación.
Autora: Paloma Tobes Portillo.
- 18/03 Modelo de Código Tributario Ambiental para América Latina.
Directores: Miguel Buñuel González y Pedro M. Herrera Molina.
- 19/03 Régimen fiscal de la sociedad europea.
Autores: Juan López Rodríguez y Pedro M. Herrera Molina.
- 20/03 Reflexiones en torno al debate del impacto económico de la regulación y los procesos institucionales para su reforma.
Autores: Anabel Zárate Marco y Jaime Vallés Giménez.
- 21/03 La medición de la equidad en la implementación de los sistemas impositivos.
Autores: Marta Pascual y José María Sarabia.
- 22/03 Análisis estadístico de la litigiosidad experimentada en el Tribunal Económico Administrativo Regional de Cataluña (1990-2000).
Autores: Eva Andrés Aucejo y Vicente Royuela Mora.

- 23/03 Incidencias de las NIIF en el ámbito de la contabilidad pública.
Autor: José Antonio Monzó Torrecillas.
- 24/03 El régimen de atribución de rentas tras la última reforma del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.
Autor: Domingo Carbajo Vasco.
- 25/03 Los grupos de empresas en España. Aspectos fiscales y estadísticos.
Autores: María Antonia Truyols Martí y Luis Esteban Barbado Miguel.
- 26/03 Metodología del Derecho Tributario.
Autor: Pedro Manuel Herrera Molina.
- 27/03 Estado actual y perspectivas de la tributación de los beneficios de las empresas en el marco de las iniciativas de la Comisión de la Unión Europea.
Autor: Eduardo Sanz Gadea.
- 28/03 Créditos iniciales y gastos de la Administración General del Estado. Indicadores de credibilidad y eficacia (1988-2001).
Autores: Ana Fuentes y Carmen Marcos.
- 29/03 La Base Imponible. Concepto y determinación de la Base Imponible. Bienes y derechos no contabilizados o no declarados: presunción de obtención de rentas. Revalorizaciones contables voluntarias. (Arts. 10, 140, 141 y 148 de la LIS.)
Autor: Alfonso Gota Losada.
- 30/03 La productividad en la Unión Europea, 1977-2002.
Autores: José Villaverde Castro y Blanca Sánchez-Robles.

2004

- 1/04 Estudio comparativo de los convenios suscritos por España respecto al Convenio Modelo de la OCDE.
Autor: Tomás Sánchez Fernández.
- 2/04 Hacienda Pública: enfoques y contenidos.
Autor: Santiago Álvarez García.
- 3/04 Los instrumentos de solidaridad interterritorial en el marco de la revisión de la política regional europea. Análisis de su actuación y propuestas de reforma.
Autor: Alfonso Utrilla de la Hoz.
- 4/04 Política fiscal en la Unión Europea: antecedentes, situación actual y planteamientos de futuro.
Autores: M.ª del Pilar Blanco Corral y Alfredo Iglesias Suárez.
- 5/04 El defensor del contribuyente, un estudio de derecho comparado: Italia y EEUU.
Autores: Eva Andrés Aucejo y José Andrés Rozas Valdés.
- 6/04 El Impuesto Especial sobre los Hidrocarburos y el Medio Ambiente.
Autor: Javier Rodríguez Luengo.
- 7/04 Gestión pública: organización de los tribunales y del despacho judicial.
Autor: Francisco J. Fernández Cabanillas.
- 8/04 Una aproximación al contenido de los conceptos de discriminación y restricción en el Derecho Comunitario.
Autora: Gabriela González García.
- 9/04 Los determinantes de la inmigración internacional en España: evidencia empírica 1991-1999.
Autor: Iván Moreno Torres.
- 10/04 Ética fiscal.
Coord.: Santiago Álvarez García y Pedro M. Herrera Molina.
- 11/04 Las normas antiparaiso fiscal españolas y su compatibilidad con el Derecho Comunitario: el caso específico de Malta y Chipre tras la adhesión a la Unión Europea.
Autores: José Manuel Calderón Carrero y Adolfo Martín Jiménez.
- 12/04 La articulación de la participación española en los organismos multilaterales de desarrollo con las políticas de comercio exterior.
Autor: Ángel Esteban Paul.
- 13/04 Tributación internacional de profesores y estudiantes.
Autor: Emilio Aguas Alcalde.
- 14/04 La convergencia entre contabilidad financiera pública y contabilidad nacional: una aproximación teórica con especial referencia a los criterios de valoración.
Autor: Manuel Pedro Rodríguez Bolívar.
- 15/04 Situación actual y perspectivas de futuro de los impuestos directos de la Unión Europea.
Autores: Juan José Rubio Guerrero y Begoña Barroso Castillo.
- 16/04 La ética en el diseño y aplicación de los sistemas tributarios.
Coord.: Santiago Álvarez García y Pedro M. Herrera Molina.
- 17/04 El sector público y la inversión en vivienda: la deducción por inversión en vivienda habitual en España.
Autores: Francisco Adame Martínez, José Ignacio Castillo Manzano y Lourdes López Valpuesta.
- 18/04 Discriminación fiscal de la familia a través del IRPF. Incidencia de la diversidad territorial en la desigualdad de tratamiento.
Autora: M. Carmen Moreno Moreno
- 19/04 Las aglomeraciones urbanas desde la perspectiva de la Hacienda Pública.
Autora: María Cadaval Sampedro.
- 20/04 La autonomía tributaria de las Comunidades Autónomas de régimen común.
Autores: Santiago Álvarez García, Antonio Aparicio Pérez y Ana Isabel González González.

- 21/04 Neutralidad del Impuesto sobre Sociedades español en el contexto europeo. Análisis del Informe "Fiscalidad de las empresas en el Mercado Interior (2001)".
Autora: Raquel Paredes Gómez.
- 22/04 El impuesto de Sociedades en la Europa de los veinticinco: un análisis comparado de las principales partidas.
Autores: José Félix Sanz, Desiderio Romero, Santiago Álvarez, Germán Chocarro y Yolanda Ubago.
- 23/04 La cooperación administrativa en la Unión Europea: el programa FISCALIS 2007.
Autor: Ernesto García Sobrino.
- 24/04 La financiación de las elecciones generales en España, 1977-2000.
Autores: Enrique García Viñuela y Joaquín Artés Caselles.
- 25/04 Análisis estadístico de la litigiosidad en los Tribunales Económico-Administrativos Regionales y Central.
Autores: Eva Andrés Aucejo y Vicente Royuela Mora.
- 26/04 La cláusula de procedimiento amistoso de los convenios para evitar la doble imposición internacional. La experiencia española y el Derecho comparado.
Autor: Fernando Serrano Antón.
- 27/04 Distribución de la renta y crecimiento.
Autor: Miguel Ángel Galindo Martín.
- 28/04 Evaluación de la efectividad de la política de cooperación en la innovación: revisión de la literatura.
Autores: Joost Heijs, Mikel Buesa, Liliana Herrera, Javier Sáiz Briones y Patricia Valadez.
- 29/04 Régimen fiscal del patrimonio protegido de los discapacitados.
Autor: Joaquín Pérez Huete.
- 30/04 La fiscalidad del seguro individual.
Autora: Roberta Poza Cid.

2005

- 1/05 La circulación de valores en Contabilidad Nacional: análisis de los elementos de los estados financieros desde un punto de vista conceptual.
Autor: Manuel Pedro Rodríguez Bolívar.
- 2/05 Comentarios al Reglamento de obligaciones de información respecto de participaciones preferentes y otros instrumentos de deuda y de determinadas rentas obtenidas por personas físicas residentes en la Unión Europea.
Autor: Francisco José Delmas González.
- 3/05 Presupuesto de la Unión Europea, impacto presupuestario de las ampliaciones y perspectivas financieras.
Autor: Juan Carlos Graciano Regalado.
- 4/05 La imposición sobre las actividades económicas en la Hacienda local a los 25 años de la Constitución.
Autor: Francisco Poveda Blanco.
- 5/05 Objetivos tecnológicos y de internacionalización de las políticas de apoyo a las PYME en Europa.
Autor: Antonio Fonfría Mesa.
- 6/05 Sector público y convergencia económica en la UE.
Autoras: María Jesús Delgado Rodríguez e Inmaculada Álvarez Ayuso.
- 7/05 La tributación de las plusvalías en el ámbito europeo: una visión de síntesis.
Autor: Fernando Rodrigo Saucó.
- 8/05 El concepto de beneficiario efectivo en los convenios para evitar la doble imposición.
Autor: Félix Alberto Vega Borrego.
- 9/05 Los precios de transferencia: su tratamiento tributario desde una perspectiva europea.
Autor: Francisco Alfredo García Prats.