

Los precios de transferencia tras la reforma realizada por la Ley 36/2006 de Medidas para la Prevención del Fraude Fiscal

Manuel Gutiérrez Lousa*
José Antonio Rodríguez Ondarza**

En este trabajo se analizan las deficiencias de la regulación hasta ahora vigente de los precios de transferencia y la reforma recientemente aprobada, con especial referencia a los trabajos de la OCDE y sus vinculaciones con el Derecho Comunitario.

Palabras clave: empresas multinacionales, comercio internacional, fiscalidad internacional.

Clasificación JEL: F23, H87.

1. Introducción

La complejidad de las relaciones mercantiles internacionales, la liberalización de los mercados de capitales y el proceso de globalización económica han provocado la aparición y desarrollo de organizaciones empresariales que se caracterizan por operar en distintos Estados. En este contexto, las empresas de carácter multinacional tienen la enorme ventaja de poder realizar entre distintas entidades del mismo grupo transacciones que, siendo en principio lícitas, pueden provocar la transferencia de bases imponibles hacia Estados de fiscalidad más débil a través del mecanismo de precios. Este novedoso escenario provoca que los precios de

transferencia constituyan una de las mayores preocupaciones actuales de los Estados y quizá la cuestión tributaria más importante del mundo (1).

Sin embargo, es conveniente destacar que en la aparición de los precios de transferencia también inciden factores distintos a los meramente fiscales. Así, los precios de transferencia pueden surgir para disminuir el impacto de los aranceles en las transacciones internacionales. También pueden surgir como mecanismo para transferir fondos a pesar de la existencia de normas de control de cambio que impiden la repatriación de beneficios. Asimismo, pueden venir provocados, en momentos de fluctuaciones cambiarias, por el interés de transferir beneficios de países de monedas débiles a otros con monedas más fuertes.

* Instituto de Estudios Fiscales. Universidad Complutense de Madrid.

** Belmonte y Arrieta, Consultores. Universidad Complutense de Madrid.

(1) Véase Hamaekers (1997).



COLABORACIONES

Finalmente, pueden formar parte de la estrategia de una empresa para penetrar en nuevos mercados.

En consecuencia, los precios de transferencia se producen cuando las transacciones entre dos sociedades pertenecientes al mismo grupo multinacional se realizan a un precio diferente al que hubieran pactado dos entidades independientes. Por tanto, dos requisitos concurren en el concepto. De una parte, la existencia de vinculación entre las partes o ausencia de independencia o de voluntades contrapuestas. De otra, actuar en condiciones que difieren de las usuales de mercado, siendo éste el factor fundamental para encontrarnos ante un precio de transferencia (2). En el ámbito fiscal, estas operaciones pueden permitir la transferencia de beneficios con el propósito de reducir su imposición. En el ámbito general de la economía, estas operaciones distorsionan el correcto funcionamiento del mercado y pueden provocar prácticas colusorias con la libre competencia (3).

En este trabajo se analizan las deficiencias de la regulación hasta ahora vigente de los precios de transferencia y la reforma recientemente aprobada, con especial referencia a los trabajos de la OCDE y sus vinculaciones con el Derecho Comunitario.

2. La regulación de los precios de transferencia en el ordenamiento tributario español hasta la reforma de 2006

El primer antecedente normativo relacionado con los precios de transferencia lo

encontramos en la Tarifa III de la Contribución sobre Utilidades de la Riqueza Mobiliaria de 1922, que establecía que no se deducirían nunca de los beneficios los intereses exigidos por las empresas matrices extranjeras a sus filiales o sucursales establecidas en el Reino por razón de los capitales invertidos por aquéllas en los negocios de éstas, ni por contribución a los gastos de otro establecimiento, ni por ningún otro concepto análogo que permita reducir el beneficio obtenido en España (4).

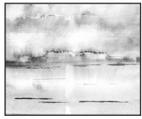
La Ley 41/1964, de 11 de junio, de Reforma del Sistema Tributario, permitió la deducibilidad de ciertos pagos a las matrices extranjeras siempre que fuesen absolutamente obligatorios y que su cuantía no pudiese considerarse anormal según los usos y costumbres comerciales.

Por su parte, el Decreto 3359/1967, de 23 de diciembre, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley General sobre la Renta de Sociedades y demás Entidades Jurídicas, disponía, en su artículo 17, que las cantidades o intereses exigidos por las matrices extranjeras a sus filiales españolas por razón de los capitales invertidos por aquéllas en los negocios de éstas o por contribución a los gastos de otro establecimiento, o por cualquier otro concepto análogo que permitiese reducir el beneficio de la filial, se consideraban como gastos deducibles, solamente cuando resultase justificada la causa de dichos pagos y las condiciones de éstos pudiesen presumirse normales, habida cuenta de las especiales relaciones existentes entre el acreedor y el deudor. Tales condiciones habrían de ser, en su caso, acreditadas por el contribuyen-

(4) Véase Gota Losada (1988) y García-Herrera Blanco (2001). Obsérvese que esta norma no pretende valorar las rentas afectadas, sino simplemente evitar el traslado de rentas al extranjero por «supuestos» intereses y gastos entre filiales españolas y matrices extranjeras. En consecuencia, es más una norma antielusión que una norma de valoración.

(2) Véase al respecto, la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC) de 14 de junio de 1989.

(3) Véase Gutiérrez Lousa y Rodríguez Ondarza (2006).



COLABORACIONES

te. También se consideraba que existía dicha relación entre las entidades que, según la norma anterior, fueran filiales de una misma matriz. Asimismo, el artículo 20 de dicho Texto Refundido negaba la deducibilidad de aquellas partidas que implicasen, directa o indirectamente, transferencia de beneficios al extranjero, fuera valiéndose de aumento o disminución en los precios de compra o venta; de adeudos por participaciones o cánones sobre ingresos, gastos, producción o conceptos análogos en contraprestación de asistencia técnica, o de uso de patentes y marcas; de cargos por intereses y comisiones y de cualquier otro que condujese a reducir el beneficio procedente de operaciones efectuadas en territorio español, ya a favor de la propia empresa en sus establecimientos situados fuera del citado territorio, de terceros con ella relacionados, de las filiales que se encuentren bajo su dependencia o de la matriz de la cual dependan (5).

La Ley 61/1978, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades (LIS) ya incluía en su artículo 16 una serie de normas de valoración para evitar las distorsiones provocadas por los de precios de transferencia que no recogían explícitamente ningún método de los recomendados por la OCDE (6) y que remitían a

(5) Es conveniente destacar, nuevamente, que las normas de los sesenta repiten su carácter antielusivo y no diseñan una norma de valoración. Por otra parte, señalar que el legislador sólo contempla el supuesto de sociedades matrices extranjeras con filiales o establecimientos permanentes en España porque la inversión española en el extranjero era prácticamente nula y, por el contrario, el Plan de Estabilización de 1959 atrajo importantes volúmenes de inversión extranjera. En efecto, Tusell (2004) resalta este hecho y cifra las inversiones extranjeras en España en el periodo 1956-58 en sólo tres millones de dólares y en el periodo 1959-74 en 6.000 millones de dólares, siendo principalmente de origen norteamericano (40 por 100 del total).

(6) Es curioso señalar que los *Libros Verde* (1973) y *Blanco* (1976), fundamentos teóricos de la reforma fiscal de 1977-78, no realizan ninguna mención a esta nueva norma de valoración ni a la problemática de las operaciones vinculadas y los precios de transferencia, a pesar del

unos métodos indiciarios recogidos en el artículo 169 del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades (RIS) de 1982 que resultaban, en general, poco acordes con el principio de plena concurrencia (7). Si bien es preciso reconocer que el Tribunal Económico Administrativo Central (TEAC) realizó tempranamente una destacada labor interpretativa incorporando la doctrina de la OCDE en sus resoluciones.

Por otra parte, la LIS de 1978 consagró, en un primer momento, el principio de ajuste unilateral de las operaciones entre sociedades vinculadas. Su justificación descansaba en que la memoria del Proyecto de LIS para evitar los precios de transferencia decía «que los ingresos y los gastos se valorarán en más o en menos, respectivamente, sobre su registro contable cuando éste sea diferente del precio de mercado, en los supuestos de sociedades vinculadas» y en la prohibición del artículo 16, apartado 2, de que las partidas deducibles puedan valorarse a un precio superior al precio efectivo de adquisición (8). Con posterioridad, la Resolución de 10 de sep-

volumen de inversión extranjera en España del periodo 1959-74. Véase Instituto de Estudios Fiscales (2002a y 2002b).

(7) Véase Cavestany Manzanedo (1996).

(8) No obstante, Delgado Gómez (1984) distinguía dos posibles situaciones. Si las sociedades implicadas pudieron hacer el ajuste al presentar la declaración y no lo hicieron o aplicaron valoraciones netamente diferenciadas de las procedentes, tuvieron la obligación y el derecho de aumentar y disminuir, respectivamente, sus bases imponibles con motivo de los correspondientes ajustes en el momento de hacer la declaración. Si no lo hicieron, en la comprobación puede exigirse el aumento de bases, por incumplir con la obligación de aumentar la base en el periodo voluntario, y sin correlativamente reducir la otra base pues se entendía que la otra sociedad había renunciado a su derecho en el momento de hacer la declaración. Por el contrario, si las sociedades habiendo practicado correctamente los ajustes con arreglo a valores estimados, al ser comprobadas surge una discrepancia en cuanto a tales valoraciones, y el órgano jurisdiccional competente considera que pueden ajustarse las valoraciones declaradas, pueden ajustarse las nuevas valoraciones en ambas sociedades pues la decisión jurisdiccional engendra un nuevo derecho tanto para la Administración como para las sociedades afectadas.



COLABORACIONES

tiembre de 1986 del TEAC interpretó los ajustes derivados de las normas de valoración del artículo 16 de carácter bilateral. Finalmente, el artículo 16 de la LIS de 1978, tras la reforma del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF) por la Ley 18/1991, permitió un mecanismo de ajuste bilateral cuando éste procedía de los contribuyentes e introdujo un mecanismo unilateral en los supuestos que actuase la Administración Tributaria (9).

El artículo 16 de la LIS de 1995 concretaba una facultad (10), en lugar de un mandato de carácter general, a la Administración Tributaria a la hora de hacer los ajustes por operaciones vinculadas. A pesar de la redacción dada, la Administración Tributaria no tenía una facultad discrecional en esta materia sino un mandato imperativo a la hora de realizar los ajustes antes mencionados. En realidad, se trataba de una potestad reglada (11) por la cual la Administración Tributaria estaba facultada a valorar obligatoriamente, por su valor normal de mercado operaciones que contablemente aparecían por otro valor. Sin embargo, el sujeto pasivo del Impuesto sobre Sociedades (IS) no debía realizar ningún ajuste extracontable, sino esperar, en su caso, el ajuste administrativo (12). En consecuencia, era a la Administración Tri-

butaria a quien únicamente correspondía efectuar tal valoración y practicar, en su caso, los ajustes oportunos que tendrían efectos sobre la base imponible.

Esta configuración dificultaba la propia aplicación de la norma pues realizar la investigación y el cálculo del valor de mercado era más difícil que comprobar el declarado por la entidad y, por otra parte, podía resultar un estímulo para comportamientos abusivos porque ante políticas débiles en materia de precios de transferencia las multinacionales tenderían a deslocalizar los ingresos a favor de las jurisdicciones fiscales donde más riesgo tendrían de sufrir comprobaciones (13).

Por otra parte, esta configuración de los ajustes por precios de transferencia tenía una indudable trascendencia en cuanto a las posibles sanciones que pudieran resultar de los mencionados ajustes. En efecto, la LIS de 1995 carecía de cualquier régimen sancionador específico y, no sólo en el caso de una discrepancia técnica razonable y fundada con la Administración en la que no cabría ninguna sanción por la ausencia de la necesaria culpabilidad, sino que en cualquier caso era dudosa la procedencia de sanciones, dado el criterio por el que la propia entidad no podía corregir los valores convenidos y sólo la Administración podía hacerlo, sin que existiese ninguna norma mercantil o contable que obligase a convenir las operaciones a precios de mercado.

Respecto a los intereses de demora, si bien la norma declaraba su procedencia («*La deuda tributaria resultante de la valoración administrativa se imputará, a todos los efectos, incluido el cálculo de los intereses de demora...*») como consecuencia de

entendió que los sujetos pasivos deberán reflejar en su contabilidad los valores convenidos sin que el resultado contable pueda o deba ser ajustado por ellos mediante la aplicación del valor normal de mercado.

(13) Véase Gutiérrez Lousa (2003).



COLABORACIONES

(9) El párrafo segundo del apartado 3 del artículo 16 de la Ley 61/1978, tras la reforma operada por la Ley 18/1991, señalaba que «cuando la Administración deba proceder, fuera del plazo voluntario de declaración, a ajustar la valoración entre sociedades vinculadas, el ajuste no podrá suponer minoración de ingresos ni incremento de gastos o de costes para ninguna de las partes».

(10) El apartado 1 del artículo 16 de la Ley 43/1995 señalaba que «la Administración Tributaria podrá valorar por su valor normal de mercado las operaciones efectuadas entre personas o entidades vinculadas...».

(11) Véase Delgado Pacheco (1998) y Sanz Gadea (2000). Por el contrario, Falcón y Tella (2006) considera que era una facultad discrecional de la Administración Tributaria, en coherencia con su tesis de que los ajustes respondían a una presunción *iuris et de iure* y no a una norma de valoración.

(12) En este sentido, La Dirección General de Tributos (DGT), en su contestación de 9 de septiembre de 1996,

la valoración administrativa, resultaba dudoso que se devengase un interés ligado al vencimiento de un plazo establecido de pago, cuando, de acuerdo con el criterio de la Administración, el sujeto pasivo no podía realizar ajustes a efectos de determinar la base imponible a estos efectos y debe esperar los ajustes de la Administración Tributaria (14). Por el contrario, se mantenía que la deuda tributaria derivada de la valoración nacía de la realización del hecho imponible y debía pagarse cuando vencía la obligación tributaria, es decir, cuando vencía el plazo establecido para declarar, pero el referido pago quedaba en suspenso, pendiente de que la Administración verificase si se han producido los supuestos de hecho determinantes de la potestad de valoración, efectuase la misma y dictase el correspondiente acto administrativo (15). A pesar de la redacción legal, cuando menos resultaba contradictorio exigir intereses de demora respecto de una deuda no vencida o no debida aún por el sujeto pasivo.

Dada la redacción de la norma, que facultaba sólo a la Administración a hacer los ajustes, cabía plantearse a quién correspondía la carga de la prueba. La LIS no incluía ninguna norma específica sobre la carga de la prueba en materia de precios de transferencia, por lo que, conforme a las normas generales, correspondía a la Administración probar que los valores convenidos no se correspondían con los valores de mercado, es decir, con los que hubieran sido acordados entre partes independientes en condiciones de mercado. Sin embargo, lo que sorprendía (16), teniendo en cuenta el Derecho Comparado, era que la LIS tampoco contenía norma alguna estableciendo requis-

tos específicos en cuanto a la información contable, de gestión o de cualquier otro tipo que debían ofrecer las entidades en relación con sus operaciones vinculadas o sus precios internacionales de transferencia (17).

Por otra parte, es conveniente recordar que estos ajustes no respondían a una presunción legal *iuris tantum*, sino a una norma especial de valoración que no admitía, consecuentemente, prueba en contrario. Así, las Resoluciones del TEAC de 25 de abril de 1989 y de 24 de enero de 1990 consideran las normas contenidas en el artículo 16 como normas especiales de valoración, normas de derecho imperativo que obligan a la Administración Tributaria a aplicarlas. Como tales, no guardan relación con el régimen de presunciones y, por tanto, en estos casos no puede hablarse de prueba en contrario, ya que la prueba se excluye en todo caso por la Ley. En el mismo sentido y más recientemente, la Resolución del TEAC de 29 de enero de 1999 declara el carácter obligatorio de la valoración de las operaciones entre sociedades vinculadas a precios de mercado y que no constituye una presunción susceptible de prueba en contrario (18).

(17) Como recuerda Cordón Ezquerro (2006), esta falta de referencia respecto a la documentación se intentó remediar en la tramitación del Real Decreto 252/2003, de 28 de febrero, de reforma del RIS de 1997, introduciendo la obligación de documentación a través de un nuevo artículo 15 *bis* que fue finalmente eliminado por considerar el Consejo de Estado que la imposición de tales obligaciones por vía reglamentaria conculcaba el principio de reserva de ley que inspira nuestro ordenamiento jurídico-tributario.

(18) La doctrina mantuvo un vivo debate sobre la naturaleza de estos ajustes. De forma esquemática podemos concretarlo en las posiciones de Falcón y Tella (1998), que consideraba que, tras la LIS de 1995, nos encontramos ante una presunción *iuris et de iure* que habilitaba a la Administración para practicar la liquidación como si las operaciones se hubieran realizado por el valor de mercado, sin posibilidad alguna de que el sujeto pasivo pruebe que la contraprestación había sido distinta. Esto que implicaba que la Administración podía optar entre liquidar por los valores efectivos o por los de mercado, probando

(14) Véase Delgado Pacheco (1998).

(15) Véase Sanz Gadea (2000).

(16) Véase Delgado Pacheco (1998).



COLABORACIONES

La LIS establecía un proceso complejo de comprobación para su aplicación. En efecto, al señalar que se realizaría el ajuste cuando considerando el conjunto de las personas o entidades vinculadas existiese una tributación inferior o un diferimiento de la tributación a la que hubiera correspondido por la aplicación del valor normal de mercado, se estaba exigiendo una comprobación compleja que abarcaba no sólo las operaciones bilaterales sino las subsiguientes transacciones de los mismos bienes y servicios entre entidades del mismo grupo o las personas vinculadas al mismo y existiese un perjuicio económico para la Hacienda Pública. Esta cautela provocaba que el número de actuaciones de valoración en que todas las entidades eran residentes fuera escaso ya que lo que no quedaba gravado en una sociedad quedaba gravado en la otra y la norma de valoración tenía, en realidad, toda su operatividad cuando alguna de las entidades era no residente y ello determinase una tributación inferior en España. Solución que resultaba pragmática y eficiente, que, sin embargo, fue criticada por un sector doctrinal (19) pues, en su opinión, permitía alterar las bases imponibles libremente, mientras no perjudicase los intereses recaudatorios de la

Hacienda Pública, de manera que se toleraba conscientemente la desconexión de este elemento de cuantificación del tributo del principio de capacidad contributiva.

Por otra parte, dicha valoración administrativa no determinaba la tributación por este Impuesto y, en su caso, por el IRPF, de una renta superior a la efectivamente derivada de la operación para el conjunto de las entidades que la hubieran realizado. Lo que consagraba el ajuste bilateral de estas operaciones al determinar que no tributasen por una renta superior a la efectivamente derivada de la operación para el conjunto de las entidades que la hubieran realizado. Criterio que parecía adecuado con el principio de equidad que debe informar el sistema tributario (20).

3. La regulación de los precios de transferencia tras la reforma de 2006

3.1. Justificación de la reforma

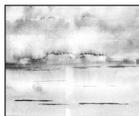
La Ley 36/2006 de Medidas para la Prevención del Fraude Fiscal aborda la reforma del artículo 16 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (TRLIS) de 2004 que regula los ajustes por operaciones vinculadas y los precios de transferencia. Esta reforma resultaba necesaria pues, como ha señalado la doctrina (21), su defectuosa articulación jurídica, que sólo permitía a la Administración

aquéllos (o aceptando los declarados) o utilizando la dispensa de prueba respecto a los segundos de que disfrutaba en virtud de una presunción. Por el contrario, Agulló Agüero y Esteve Pardo (1997) mantenían que se trata de una norma especial de valoración. Así, el recurso a la valoración a precios de mercado era un medio para lograr la tributación de la operación según su verdadera naturaleza, pues lo que se ocultaba normalmente tras una operación vinculada era una traslación de beneficios de una sociedad a otra, que por aplicación del valor de mercado se impide que la traslación de beneficios escape a su correcta tributación. Tras la reforma de 2006, donde se transforma la norma en una obligación para los contribuyentes lo que hasta ahora venía siendo una facultad de la Administración, Falcón y Tella (2006) considera que estamos ante una regla objetiva de valoración y se zanja el debate antes señalado.

(19) Véase Agulló Agüero y Esteve Pardo (1997).

(20) No obstante, Agulló Agüero y Esteve Pardo (1997) mantienen que no en todo caso el ajuste era bilateral pues distinguían los supuestos de distribución encubierta de beneficios, donde el ajuste como se trataba de dividendos era unilateral, y las concesiones de ventaja por conveniencias empresariales que también se habrían concedido a un tercero ajeno a la relación de vinculación, donde el ajuste era bilateral o incluso no habría ajuste dado que no existía ventaja relacionada con la situación de vinculación.

(21) Véase García Prats (2005) y Calderón Carrero y Martín Jiménez (2005).



COLABORACIONES

Tributaria realizar los ajustes correspondientes, provocaba que fuese una norma profundamente ineficaz para luchar contra el abuso de estas prácticas.

No obstante, la reforma ha provocado cierta sorpresa por el instrumento jurídico elegido —una norma de prevención del fraude— pues en paralelo y simultáneamente se estaba modificando parcialmente el TRLIS en la Ley 35/2006 y parecía más oportuno que éste fuera vehículo de la reforma (22). En efecto, como han señalado nuestros tribunales y las propias Directrices sobre Precios de Transferencia de la OCDE los precios de transferencia no sólo obedecen a razones relacionadas con el fraude fiscal. Si bien es cierto, que no puede descartarse que el objetivo principal o único de estas prácticas sea el vaciamiento de bases imponibles y la búsqueda de una fiscalidad más débil, que atenta a la correcta distribución de la potestad tributaria a nivel internacional e implica dejar de ingresar en la Hacienda española las cuotas debidas lo que implica una forma más de fraude.

La reforma de esta norma, por otra parte, se hacía necesaria pues su redacción nos alejaba tanto de las Directrices de la OCDE como de las legislaciones de nuestro entorno. En efecto, la reforma de 1995 parecía orientada en la búsqueda de un método equitativo para las operaciones vinculadas internas pero obviaba que una legislación tan benigna (frente a la tendencia de las legislaciones anglosajonas) —e incluso de algunos países latinoamericanos no miembros de la OCDE donde radican nuestras principales inversiones— de orientarse con las Directrices de la OCDE, que exigen ajustes extracontables obligatorios, sólo conducía a que España se convirtiera en un objetivo de

planificación fiscal ya que puestos a elegir un lugar para practicar estrategias abusivas lo más benigno es elegir una soberanía donde hay que esperar la hipotética visita de la Administración Tributaria, donde la carga de la prueba corresponde a ésta y no hay sanciones.

El preámbulo de la Ley 36/2006 alega dos objetivos de esta reforma. El primero referente a la valoración de estas operaciones según precios de mercado, enlazando de esta forma con el criterio contable existente que resulta de aplicación en el registro en cuentas anuales individuales de las operaciones reguladas en el artículo 16 del TRLIS. En este sentido, el precio de adquisición por el cual han de registrarse contablemente estas operaciones debe corresponderse con el importe que sería acordado por personas o entidades independientes en condiciones de libre competencia, entendiendo por el mismo el valor de mercado, si existe un mercado representativo o, en su defecto, el derivado de aplicar determinados modelos y técnicas de general aceptación y en armonía con el principio de prudencia.

En definitiva, continúa el mencionado preámbulo, el régimen fiscal de las operaciones vinculadas recoge el mismo criterio de valoración que el establecido en el ámbito contable, pudiendo la Administración Tributaria corregir dicho valor contable cuando determine que el valor normal de mercado difiere del acordado por las personas o entidades vinculadas, regulándose las consecuencias fiscales de la posible diferencia entre ambos valores (23).

Resulta curiosa la remisión al criterio contable pues ni la normativa mercantil ni el Plan General Contable (PGC) de 1990 establecen ninguna norma de valoración

(22) Véase Gutiérrez Lousa y Rodríguez Ondarza (2006).

(23) Es conveniente destacar que este primer objetivo no aparecía en el anteproyecto que apareció en la *web* del Ministerio de Economía y Hacienda en enero de 2006.



COLABORACIONES

referida a las operaciones vinculadas, pues en la medida que las empresas, por lo general, son independientes, optimizan su beneficio y no lo transfieren a otras entidades, esta regla especial de valoración resulta innecesaria. Entre otras cosas, porque si contablemente las operaciones del tráfico vinculadas deben valorarse a precios de mercado la norma fiscal resulta innecesaria pues el resultado contable, punto de partida de la base imponible, ya recogería esta circunstancia y sólo sería necesario establecer los métodos de valoración que se considerasen necesarios.

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

Este segundo objetivo resulta especialmente relevante. En efecto, las Directrices de la OCDE sobre precios de transferencia han influido en la legislación española, en la jurisprudencia y en la doctrina administrativa pero no existía una referencia jurídica que amparase la interpretación de las normas bajo el paraguas de la elaborada doctrina de la OCDE. No obstante, esta referencia nos obligará, cuando la OCDE haga su puesta al día en esta materia, a preguntarnos si debemos interpretar la norma española de acuerdo con la versión vigente en el momento de

la promulgación de la norma o, por el contrario, cabe una interpretación dinámica de la misma (24).

Por otra parte, la habilitación reglamentaria para regular la documentación en esta materia es un gran acierto. En efecto, una de las características más curiosa de nuestra legislación es la falta de regulación sobre la documentación necesaria para comprobar las desviaciones posibles de los valores de mercado. Es indudable que cualquier deber de documentación complementario a los previstos en la legislación mercantil o contable constituye un aumento de los costes de cumplimiento para el contribuyente. Sin embargo, es el único instrumento de prueba eficaz que permite evitar la arbitrariedad en los ajustes por parte de la Administración Tributaria. Es sorprendente que esta situación que incide en la seguridad jurídica del contribuyente fuera denunciada por la doctrina (25) y no fuera demandada por las contribuyentes.

La Ley 36/2006, consciente de esta dificultad, prevé que en el correspondiente desarrollo reglamentario podrá establecerse excepciones o modificaciones de la obligación general de documentación, de acuerdo con las características de los grupos empresariales, las empresas o las operaciones vinculadas, en particular, cuando la exigencia de determinadas obligaciones documentales pudiera dar lugar a unos costes de cumplimiento desproporcionados.

Por otra parte, la reforma se hacía necesaria por su posible incompatibilidad con el Derecho Comunitario. En efecto, aunque el artículo 16 no condicionaba su aplicación a los no residentes, como la norma de subcapitalización o de transpa-

(24) Sobre este tema, véase Calderón Carrero (1993), Martín Jiménez (2003) y Bokobo Moiche (2005).

(25) Véase Delgado Pacheco (2001).



COLABORACIONES

rencia fiscal internacional, en realidad su aplicación práctica se circunscribía a realizar los ajustes sólo a las operaciones internacionales pues éstas siempre podían implicar una menor tributación en España. Esta situación implicaba una posible vulneración de los principios comunitarios pues las empresas sitas en la Unión Europea tenían un tratamiento fiscal discriminatorio frente a los residentes en España. Desde la sentencia *Lankhorst-Hohorst* del Tribunal de Justicia de Luxemburgo de finales de 2002 distintos especialistas apuntaban a este riesgo ante la imposibilidad de legitimar dicha situación por el riesgo de evasión fiscal (26).

3.2. La nueva configuración jurídica de las operaciones vinculadas

La nueva redacción del artículo 16 del TRLIS contiene un mandato de carácter general «*las operaciones efectuadas entre personas o entidades vinculadas se valorarán*» a diferencia de la facultad de la Administración Tributaria para realizar los ajustes que existía hasta ahora «*la Administración Tributaria podrá valorar*». Esta diferencia obliga al sujeto pasivo del IS a valorar, sin esperar a la Administración Tributaria, por su valor normal de mercado las operaciones efectuadas entre personas o entidades vinculadas. A estos efectos, se entenderá por valor normal de mercado aquel que se habría acordado por personas o entidades independientes en condiciones de libre competencia. Concepto indeterminado que debemos interpretar a la luz de la Directrices de la OCDE.

De esta forma, ahora la Administración tributaria podrá comprobar que las opera-

ciones efectuadas entre personas o entidades vinculadas se han valorado por su valor normal de mercado y efectuará, en su caso, las correcciones valorativas que procedan respecto de las operaciones sujetas al IS, al IRPF y al Impuesto sobre la Renta de No Residentes (IRNR) que no hubieran sido valoradas por su valor normal de mercado, con la documentación aportada por el sujeto pasivo y los datos e información de que disponga.

La correcta integración del ordenamiento jurídico-tributario obliga a que la Administración Tributaria quede vinculada por dicho valor en relación con el resto de personas o entidades vinculadas. En consecuencia, la valoración administrativa no determinará la tributación por este Impuesto ni, en su caso, por el IRPF o por el IRNR, de una renta superior a la efectivamente derivada de la operación para el conjunto de las personas o entidades que la hubieran realizado. Para efectuar la comparación se tendrá en cuenta aquella parte de la renta que no se integre en la base imponible por resultar de aplicación algún método de estimación objetiva. En definitiva, se garantiza el ajuste bilateral y necesariamente, para que este mandato sea operativo y vinculante, a crear unidades de inspección especializadas y centralizadas para garantizar el correcto ajuste.

3.3. Supuestos de vinculación

La relación de personas o entidades vinculadas es básicamente la misma que hasta ahora recogía el artículo 16 del TRLIS, con la única salvedad que se sustituye el término sociedades por entidades al objeto de incorporar todos los sujetos pasivos del IS —con independencia de su forma jurídica—, se incorporan como vinculadas a las personas unidas por relaciones de parentesco, en línea directa o co-



COLABORACIONES

(26) Véase Almudí Cid y Serrano Antón (2003), García Prats (2005), Calderón Carrero y Martín Jiménez (2005) y Cerdón Ezquerro (2006).

lateral, por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado de los socios o partícipes, consejeros o administradores. Se respeta, asimismo, la actual participación significativa de la vinculación que deberá ser igual o superior al 5, o al 1 por 100 si se trata de valores admitidos a negociación en un mercado regulado. Por otra parte, la mención a los administradores incluirá a los de derecho y a los de hecho y, finalmente, existe grupo, a estos efectos, cuando varias sociedades constituyan una unidad de decisión según los criterios establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio, con independencia de su residencia y de la obligación de formular cuentas anuales consolidadas.

3.4. Nuevos deberes de documentación

El artículo 16, en su apartado 2, obliga a las personas o entidades vinculadas a mantener a disposición de la Administración Tributaria la documentación que se establezca reglamentariamente (27). A falta del correspondiente Reglamento, podemos adelantar que no podrá diferir mucho de trabajos del Foro de Precios de Transferencia

(27) A esta fecha (julio 2007) no existe ningún reglamento en información pública a través de la página web del Ministerio de Economía y Hacienda que aborde los deberes de documentación. El legislador, quizá consciente de esta posible tardanza y de la dificultad de implementar estos nuevos deberes, prevé, en el apartado 2 de la Disposición Adicional Séptima de la Ley 36/2006, que las obligaciones de documentación a que se refiere el apartado 2 del artículo 16 del TRLIS, según la redacción dada por esta Ley, serán exigibles a partir de los 3 meses siguientes a la entrada en vigor de la norma que las desarrolle. Hasta dicha fecha resultarán de aplicación las disposiciones vigentes a la entrada en vigor de esta Ley en materia de documentación de las operaciones vinculadas y régimen sancionador, y no serán constitutivas de infracción tributaria las valoraciones efectuadas por los contribuyentes cuando apliquen correctamente alguno de los métodos de valoración previstos en el apartado 4 del artículo 16 del citado texto refundido según la redacción dada por esta Ley.

sobre esta materia, atendiendo a su referencia en el preámbulo de la Ley 36/2006.

En este sentido, la Resolución del Consejo y de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo de 27 de junio de 2006 (28) adopta un Código de Conducta sobre la documentación relacionada con los precios de transferencia exigida de las empresas asociadas en la Unión Europea (DPT UE) (29). Por dicho acuerdo se estipula que:

- Los destinatarios del Código son los Estados miembros, pero también pretende incentivar a las empresas multinacionales a que apliquen el enfoque DPT UE.

- Los Estados miembros aceptarán la documentación armonizada y parcialmente centralizada sobre precios de transferencia para las empresas asociadas en la UE y reconocerán su importancia como conjunto de información de base para la evaluación de los precios de transferencia practicados por los grupos de empresas multinacionales.

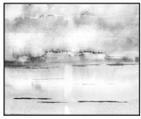
- La utilización de la DPT UE por los grupos de empresas multinacionales será facultativa.

- Los Estados miembros aplicarán a los requisitos en materia de documentación sobre la atribución de beneficios a un establecimiento permanente, elementos de evaluación similares a los aplicados a la documentación sobre precios de transferencia.

- Siempre que sea necesario, los Estados miembros tendrán debidamente en cuenta y observarán los requisitos y principios generales contenidos en el Anexo al Código de Conducta.

(28) Véase *DOUE* de 28 de julio de 2006.

(29) Como señala la propia Resolución, el Código de Conducta constituye un compromiso político y no afecta a los derechos y obligaciones de los Estados miembros ni a los ámbitos de competencia respectivos de los Estados miembros y de la Comunidad resultantes del Tratado por el que se constituye la Unión Europea,



COLABORACIONES

Los Estados miembros se comprometen a no exigir de las empresas más pequeñas o con una estructura más sencilla (incluidas las pequeñas y medianas empresas) la presentación de una documentación tan voluminosa o detallada como la exigida de las empresas de dimensión mayor importante o estructura más compleja.

- Los Estados miembros deberán:

a) Abstenerse de imponer a las empresas la elaboración y presentación de documentos que entrañen costes de conformidad o cargas administrativas no razonables.

b) Abstenerse de solicitar documentación sin relación con las transacciones examinadas.

c) Garantizar la no divulgación pública de las informaciones confidenciales contenidas en la documentación.

- Los Estados miembros se abstendrán de imponer cualquier sanción relacionada con la documentación a los contribuyentes que cumplan de buena fe, de forma razonable y dentro de un plazo aceptable, la obligación de presentar una documentación armonizada y coherente, tal y como se describe en el anexo, o las exigencias nacionales en materia de documentación de cualquier Estado miembro y que utilicen debidamente dicha documentación para determinar si sus precios de transferencia respetan las condiciones de plena competencia.

- Con el fin de garantizar una aplicación equitativa y efectiva del presente Código, se insta a los Estados miembros a que presenten cada año a la Comisión un informe sobre las medidas por ellos adoptadas en este contexto, así como sobre el funcionamiento práctico del Código.

El Anexo del Código de Conducta fija los contenidos específicos de documentación. La DPT UE armonizada y coherente

de un grupo de empresas multinacionales consta de dos partes principales:

- Un conjunto de documentos con información común armonizada pertinente para todos los miembros del grupo establecidos en la UE (*masterfile*).

- Varios conjuntos de documentos armonizados, cada uno de los cuales contiene información relativa a un único país (documentación específica de cada país).

La DPT UE debe incluir datos suficientes para que la Administración Tributaria pueda efectuar una evaluación de los riesgos a efectos de la selección de casos a examinar o al inicio de un control fiscal, plantear cuestiones pertinentes y precisas sobre los precios de transferencia de las empresas multinacionales y evaluar los precios de transferencia de las transacciones entre sociedades. La sociedad presenta un único expediente para cada Estado miembro interesado, compuesto por un *masterfile* común que se utilizará en todos los Estados miembros interesados y por una documentación específica diferente para cada Estado miembro (30).

Por otra parte, la DPT UE abarca todas las entidades del grupo establecidas en la UE, incluidas las transacciones controladas entre empresas establecidas en terceros países y entidades del grupo establecidas en la UE.

El *masterfile* debe reflejar la realidad económica de la empresa y ofrecer una descripción general del grupo de empresas multinacionales y de su método de fi-

(30) No obstante, el propio Código admite, en casos debidamente justificados, por ejemplo cuando un grupo de empresas multinacionales tiene una estructura organizativa, jurídica u operativa descentralizada o está compuesto por varias grandes divisiones con gamas de productos y políticas de precios de transferencia completamente distintas o que no efectúan ninguna transacción entre entidades, así como en el caso de una empresa de adquisición reciente, el presentar más de un *masterfile* o a dispensar a algunos de sus miembros de la obligación de utilizar la DPT UE, previa autorización.



COLABORACIONES

jación de los precios de transferencia pertinente y accesible para todos los Estados miembros de la UE interesados.

La documentación específica de cada país complementa el *masterfile*. Ambas partes constituyen, en conjunto, el expediente de documentación para el Estado miembro de que se trate. La documentación específica de cada país debe ser accesible para aquellas Administraciones Tributarias legítimamente interesadas en el tratamiento fiscal apropiado de las transacciones que abarca la documentación.

Las empresas multinacionales deben poder incluir elementos en el *masterfile* en vez de hacerlo en la documentación específica de cada país, siempre que el nivel de precisión de tales elementos sea idéntico al de esta última. La documentación específica del país deberá estar redactada en la lengua prescrita por el Estado miembro interesado, incluso si la empresa multinacional ha optado por mantener la documentación específica del país en el *masterfile*.

La información y los documentos relativos a cada país relacionados con una transacción controlada en la que participen uno o varios Estados miembros deben integrarse ya sea en la documentación específica de cada uno de los Estados miembros interesados, ya sea en el *masterfile* común.

Por lo que se refiere a la documentación específica de cada país, las empresas multinacionales deben poder optar por preparar un único conjunto de documentos (que contenga información sobre todas las empresas establecidas en el país correspondiente) o constituir distintos expedientes para cada empresa o grupo de actividades en el país de que se trate.

La documentación específica de cada país debe estar redactada en la lengua prescrita por el Estado miembro interesado.

3.5. Los métodos de cálculo de los precios de transferencia en la Ley 36/2006 y la doctrina de la OCDE sobre la materia

Para la determinación del valor normal de mercado se aplicará alguno de los siguientes métodos, siguiendo siempre la doctrina de las Directrices de la OCDE, según señala el preámbulo de la Ley 36/2006:

- *Método del precio libre comparable*, por el que se compara el precio del bien o servicio en una operación entre personas o entidades vinculadas con el precio de un bien o servicio idéntico o de características similares en una operación entre personas o entidades independientes en circunstancias equiparables, efectuando, si fuera preciso, las correcciones necesarias para obtener la equivalencia y considerar las particularidades de la operación.

- *Método del coste incrementado*, por el que se añade al valor de adquisición o coste de producción del bien o servicio el margen habitual en operaciones idénticas o similares con personas o entidades independientes o, en su defecto, el margen que personas o entidades independientes aplican a operaciones equiparables, efectuando, si fuera preciso, las correcciones necesarias para obtener la equivalencia y considerar las particularidades de la operación.

- *Método del precio de reventa*, por el que se sustrae del precio de venta de un bien o servicio el margen que aplica el propio revendedor en operaciones idénticas o similares con personas o entidades independientes o, en su defecto, el margen que personas o entidades independientes aplican a operaciones equiparables, efectuando, si fuera preciso, las correcciones necesarias para obtener la equivalencia y considerar las particularidades de la operación.



COLABORACIONES

Cuando debido a la complejidad o a la información relativa a las operaciones no puedan aplicarse adecuadamente los métodos anteriores, se podrán aplicar los siguientes métodos para determinar el valor de mercado de la operación:

- *Método de la distribución del resultado*, por el que se asigna a cada persona o entidad vinculada que realice de forma conjunta una o varias operaciones la parte del resultado común derivado de dicha operación u operaciones, en función de un criterio que refleje adecuadamente las condiciones que habrían suscrito personas o entidades independientes en circunstancias similares.

- *Método del margen neto del conjunto de operaciones*, por el que se atribuye a las operaciones realizadas con una persona o entidad vinculada el resultado neto, calculado sobre costes, ventas o la magnitud que resulte más adecuada en función de las características de las operaciones, que el contribuyente o, en su caso, terceros habrían obtenido en operaciones idénticas o similares realizadas entre partes independientes, efectuando, cuando sea preciso, las correcciones necesarias para obtener la equivalencia y considerar las particularidades de las operaciones.

Al objeto de interpretar estos métodos es imprescindible acudir al Informe *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations* de la OCDE de 1995.

La OCDE asume como punto de partida aconsejable en cualquier tratamiento de los precios de transferencia el denominado en la terminología anglosajona *arm's length principle*, conforme al cual, las entidades vinculadas deben llevar a cabo las operaciones entre ellas en las mismas condiciones que hubieran sido pactadas entre partes independientes en condiciones de mercado. Ahora bien, la

OCDE sugiere a las Administraciones Tributarias que tengan en cuenta las dificultades que frecuentemente rodean esta tarea de establecer las condiciones de mercado en las cuales deberían haberse concertado operaciones entre partes vinculadas. Por ello, la OCDE termina en este punto diciendo que el análisis de los precios de transferencia no debe hacerse como si se tratara simplemente de una cuestión de fraude o evasión fiscal, aunque las políticas de precios de transferencia puedan utilizarse con estos fines.

Si el denominado *arm's length principle* ha de inspirar el tratamiento de los precios de transferencia, la OCDE recuerda que ese principio encuentra su expresión positiva en el artículo 9, apartado 1 del Modelo de Convenio de la OCDE para evitar la doble imposición respecto de los impuestos sobre la renta y el patrimonio. Recordemos que con arreglo a este precepto, cuando las relaciones entre dos empresas vinculadas se ajustan a condiciones que difieren de aquellas que hubieran sido acordadas entre empresas independientes, el beneficio que hubiera obtenido una de tales empresas si dichas condiciones hubieran sido distintas y propias de empresas no vinculadas, se añadirá a los beneficios obtenidos por esa empresa y podrá ser gravado en consecuencia en el Estado correspondiente.

A su vez, la OCDE recuerda también que la aplicación del mencionado principio y de su expresión en el artículo 9 apartado 1 del Modelo de Convenio ha de descansar en un análisis de comparabilidad. Dicho de otro modo, si las empresas vinculadas deben realizar las operaciones entre ellas como si fueran independientes y las Administraciones Tributarias pueden practicar los ajustes correspondientes en otro caso, ambas, empresas y Administraciones, van a tener que seguir una metodología que descansa en la idea de hallar



COLABORACIONES

operaciones entre partes independientes que sean comparables a las realizadas por aquellas empresas vinculadas.

Pues bien, para obtener un pronunciamiento sobre esta comparabilidad, la OCDE propone un *método general basado en cinco ideas básicas*:

- En primer lugar, han de tenerse en cuenta las características de los bienes o servicios en cuestión, especialmente cuando se trata de comparar su precio en operaciones entre partes independientes o vinculadas. Así, habrán de tenerse en cuenta características físicas de los activos materiales, especialmente su calidad, así como el volumen disponible en el mercado y el afectado por la operación. En el supuesto de servicios, habrá de atenderse a su naturaleza y en el de activos inmateriales, a la forma de la operación, según sea una venta o una simple licencia, la clase de activos, su duración y grado de protección y los beneficios esperados por el uso de tales activos.

- A continuación, el Informe de la OCDE se refiere a un concepto fundamental en esta metodología, como es el análisis funcional. La OCDE parte de una idea clave según la cual, entre partes independientes, la retribución obtenida por cada una en una determinada operación va a depender básicamente de las funciones desempeñadas por cada una de aquéllas, teniendo en cuenta principalmente los activos utilizados y los riesgos asumidos en cada caso. Por lo tanto, para determinar si dos operaciones son realmente comparables, es preciso establecer si son asimismo comparables o similares las funciones realizadas por las dos empresas, que han realizado esas operaciones, en un caso con otra parte independiente y en el otro con una parte vinculada. Este análisis funcional ha de atender fundamentalmente al tipo de tareas o actividades realizadas, según se trate de diseño, actividad manu-

facturera, montaje, investigación y desarrollo, prestación de servicios, compra, distribución, promoción, publicidad, transporte, financiación o gestión. A la hora de evaluar el significado de las funciones realizadas entre las anteriores, será preciso tener en cuenta los activos o inversiones utilizadas y los riesgos efectivamente asumidos.

- Esta última idea enlaza ya precisamente con la necesidad de tener en cuenta también las condiciones contractuales, de forma que el examen de las mismas, forma parte también de ese análisis funcional, ya que los riesgos asumidos van a depender de tales condiciones. Por supuesto, dicho examen ha de considerar las condiciones que realmente han regido las relaciones entre partes vinculadas y no aquellas que aparentemente hayan sido pactadas, si no han sido efectivamente observadas.

- La confirmación de que dos operaciones son realmente comparables exige asimismo que tales operaciones se hayan llevado a cabo en mercados similares, puesto que los precios pueden ser muy diferentes, incluso en el caso de los mismos bienes o servicios, cuando las condiciones de mercado difieren.

- Por último, el análisis de comparabilidad exige, a juicio de la OCDE, tener en cuenta las estrategias de negocio. En particular, la OCDE acepta que la política de precios de una compañía puede estar condicionada, y de hecho va a estarlo frecuentemente, por la penetración en un mercado.

Finalmente, en relación con estas ideas previas, el Informe alude al hecho de que las dificultades que rodean la determinación de un precio adecuado, nos deben llevar al concepto de rango de precios de transferencia (*arm's length range*), más que a la búsqueda exacta de un precio de transferencia correcto. Por otra parte, el



COLABORACIONES

Informe recalca la idea de que la presencia de pérdidas recurrentes en una compañía debe permitir sospechar a la Administración Tributaria que tales pérdidas son consecuencia de una política incorrecta de precios de transferencia, salvo que las compañías afectadas puedan justificar satisfactoriamente que tales pérdidas, durante un plazo razonable, son debidas a la penetración en un nuevo mercado o a la necesidad de ampliar la cuota de mercado en un producto.

Tras estas ideas preliminares, el Informe se refiere a los métodos tradicionales. La OCDE asume como punto de partida que la fijación de los precios de transferencia ha de realizarse preferentemente comparando los precios acordados en condiciones de mercado entre partes independientes con aquellos establecidos entre partes vinculadas.

Como métodos tradicionales, la OCDE recoge tres:

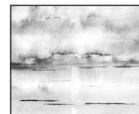
- el método del precio de operaciones comparables entre empresas independientes (*Comparable Uncontrolled Price Method*),
- el método del precio de reventa (*Resale Price Method*) y
- el método del coste incrementado (*Cost Plus Method*).

El primero de estos métodos supone sencillamente una comparación directa entre el precio pactado por partes independientes en operaciones comparables, según los criterios de comparabilidad citados, y el precio correspondiente a las operaciones entre partes vinculadas. Por este motivo, la aplicación del método depende especialmente de la existencia de información fiable sobre operaciones comparables y la aplicación de este método queda limitada en la práctica a situaciones relativamente sencillas que se dan por ejemplo cuando existen cotizaciones oficiales o precios de referencia respecto de ciertas

mercancías, normalmente materias primas.

El método del precio de reventa supone hallar un margen bruto o margen en el precio de reventa (*gross margin o resale price margin*) en unas operaciones. El método puede aplicarse cuando una empresa revende a terceros independientes un producto que ha adquirido a una empresa vinculada. En consecuencia, el precio de reventa es un precio de mercado, debiendo calcularse el margen bruto que una empresa hubiera obtenido en esas condiciones de mercado, en el caso de haber comprado ese producto de otra empresa independiente en lugar de una vinculada. De nuevo sin embargo, el método descansa en una comparación con el margen bruto obtenido en operaciones comparables por empresa vendiendo y comprando a otras empresas independientes. Para la OCDE, el llamado *resale price method* es más sencillo de aplicar cuanto menos valor añadido proceda del vendedor cuyo margen se deba fijar.

En consecuencia, el análisis funcional y la aplicación del método es más problemática cuando antes de la reventa el revendedor lleva a cabo un proceso de elaboración o de ensamblaje o cuando el precio de reventa se ve afectado por los activos intangibles propiedad del propio revendedor. Asimismo, el método es más apropiado cuanto menos tiempo transcurre entre la compra y la reventa. Por otra parte, es obvio que en las puras operaciones comerciales, el margen del revendedor dependerá de las funciones realmente desempeñadas por éste así como de la existencia de exclusivas. Por ello, teniendo en cuenta en particular los intangibles aportados por el revendedor, puede ser necesario ajustar los márgenes de las operaciones comparables. En todo caso, el método es el más apropiado precisamente cuando la empresa vinculada ac-



COLABORACIONES

túa como distribuidor o comercializador de productos dentro del grupo, incorporando un valor añadido limitado.

En cuanto al método del coste incrementado o *cost plus method*, ha de partirse de los costes en los que ha incurrido una empresa que entrega determinados bienes o presta ciertos servicios a otra empresa vinculada. Sobre tales costes se aplica un margen o *mark-up*, para dar lugar a un beneficio adecuado teniendo en cuenta las funciones desarrolladas por la entidad. Este método va a resultar especialmente adecuado para empresas que prestan servicios, incluidas actuaciones como agente o comisionista, o que elaboran productos semiterminados. Por lo demás, el método ha de superar en su aplicación dos dificultades. En primer lugar, es preciso establecer correctamente los costes de la empresa sobre los que aplicar el porcentaje que arroja el consiguiente margen. Para la OCDE, normalmente, dicho porcentaje debe aplicarse sobre los costes directos e indirectos, excluyendo sin embargo los llamados *operating expenses*. Por otra parte, el método tiene también su problema de comparabilidad en la medida en la cual, en última instancia, es necesario determinar cual es el margen que empresas independientes aplican sobre sus costes para hallar un margen que les dé la necesaria rentabilidad. Además, el análisis de la información disponible sobre empresas independientes exige depurar o ajustar aquélla adecuadamente para evitar que el análisis consiguiente quede distorsionado por las ineficiencias que explican ciertas estructuras de costes en esas empresas consideradas o por diferencias en las funciones desempeñadas.

Como métodos alternativos, el Informe de la OCDE recoge dos, el método del reparto del beneficio (*Profit Split Method*) y el método del margen neto (*Transactional*

Net Margin Method). Previamente, ha de tenerse en cuenta el diferente enfoque que se halla tras unos y otros métodos. Los métodos clásicos o tradicionales descansan en la comparación de operaciones para hallar directa o indirectamente el precio al cual esa transacción u operación se habría realizado entre partes independientes en condiciones de mercado. En cambio, estos otros métodos tratan de determinar el beneficio derivado de esa operación y como debería repartirse o distribuirse ese beneficio entre las partes implicadas, teniendo en cuenta cómo se hubiera distribuido de haberse realizado la operación entre partes independientes. Conviene recordar también que la OCDE considera como métodos de aplicación preferente los clásicos o tradicionales, frente además a la práctica americana que se ha manifestado siempre inclinada a aplicar métodos de distribución del resultado. En particular, el Informe rechaza la aplicación de métodos que directamente comparen beneficios asumiendo por lo tanto la necesaria presencia de éstos en las operaciones entre partes vinculadas.

El método del reparto del beneficio supone determinar el resultado que se obtiene globalmente de una operación económica y repartir ese resultado entre las dos entidades vinculadas que la realizan actuando sucesivamente de un modo u otro. De esta manera, se trata de repartir ese beneficio como hubiera sido repartido entre dos empresas independientes que hubieran alcanzado un acuerdo de asociación económica o de *joint venture* para afrontar esas operaciones. La OCDE señala en su informe que este método puede aplicarse bien teniendo en cuenta la adecuada compensación de las funciones desarrolladas por cada una de las empresas implicadas o bien mediante lo que llama un análisis residual. En el primer caso, establecidas las funciones realizadas por



COLABORACIONES

cada empresa involucrada o sus respectivas aportaciones, éstas deben retribuirse adecuadamente, como hubieran hecho empresas independientes, distribuyendo el beneficio total esperado. En cuanto al análisis residual, teóricamente, permite atribuir primero a cada empresa un margen básico de retorno, para luego distribuir el margen residual o remanente.

Finalmente, la OCDE define el método del margen neto como una combinación de los métodos tradicionales del margen de reventa y del coste incrementado. Asimismo, es considerado como un método de contraste o complementario de los anteriores. Mediante la adecuada comparación de los márgenes netos de otras empresas independientes que desarrollen similares funciones, se trata de hallar ese margen neto que debería obtener una empresa en sus operaciones con otras empresas vinculadas.

3.6. Servicios entre partes vinculadas

La deducción de los gastos en concepto de servicios entre entidades vinculadas, valorados de acuerdo con los métodos anteriormente descritos, estará condicionada a que los servicios prestados produzcan o puedan producir una ventaja o utilidad a su destinatario.

Esta nueva redacción, condicionando la deducción de dichos gastos a que los servicios prestados produzcan o puedan producir una ventaja o utilidad a su destinatario, ha recibido algunas críticas doctrinales (31). En efecto, este planteamiento obliga al sujeto pasivo a probar la utilidad del servicio que es similar a probar la realidad del mismo. Esto implicaría o bien que la filosofía del precepto es se-

mejante a la prohibición de deducción de los gastos por operaciones realizadas con personas o entidades residentes en países o territorios calificados como paraísos fiscales, salvo que se pruebe la realidad de la operación, semejanza desafortunada pues la *ratio legis* es distinta. O bien, se está recuperando el concepto de gasto necesario, superado por la Ley 43/1995.

Esta nueva redacción prevé que cuando se trate de servicios prestados conjuntamente en favor de varias personas o entidades vinculadas, y siempre que no fuera posible la individualización del servicio recibido o la cuantificación de los elementos determinantes de su remuneración, será posible distribuir la contraprestación total entre las personas o entidades beneficiarias de acuerdo con unas reglas de reparto que atiendan a criterios de racionalidad. Se entenderá cumplido este criterio cuando el método aplicado tenga en cuenta, además de la naturaleza del servicio y las circunstancias en que éste se preste, los beneficios obtenidos o susceptibles de ser obtenidos por las personas o entidades destinatarias.

La deducción de los gastos derivados de un acuerdo de reparto de costes de bienes o servicios suscrito entre personas o entidades vinculadas, valorados de acuerdo con los métodos anteriormente comentados, estará condicionada al cumplimiento de los siguientes requisitos:

- Las personas o entidades participantes que suscriban el acuerdo deberán acceder a la propiedad u otro derecho que tenga similares consecuencias económicas sobre los activos o derechos que en su caso sean objeto de adquisición, producción o desarrollo como resultado del acuerdo.
- La aportación de cada persona o entidad participante deberá tener en cuenta la previsión de utilidades o ventajas que cada uno de ellos espere obtener del



COLABORACIONES

³¹ Véase AEDAF (2006).

acuerdo en atención a criterios de racionalidad.

- El acuerdo deberá contemplar la variación de sus circunstancias o personas o entidades participantes, estableciendo los pagos compensatorios y ajustes que se estimen necesarios.

3.7. El denominado ajuste secundario

Como novedad, el nuevo artículo 16, apartado 8, del TRLIS prevé la posibilidad de realizar el ajuste secundario previsto en las Directrices de la OCDE. Así, en aquellas operaciones en las cuales el valor convenido sea distinto del valor normal de mercado, la diferencia entre ambos valores tendrá para las personas o entidades vinculadas el tratamiento fiscal que corresponda a la naturaleza de las rentas puestas de manifiesto como consecuencia de la existencia de dicha diferencia.

En particular, en los supuestos en los que la vinculación se defina en función de la relación socios o partícipes-entidad, la diferencia tendrá, en la proporción que corresponda al porcentaje de participación en la entidad, la consideración de participación en beneficios de entidades si dicha diferencia fuese a favor del socio o partícipe, o, con carácter general, de aportaciones del socio o partícipe a los fondos propios si la diferencia fuese a favor de la entidad.

Creemos que el ajuste secundario planteado en términos tan generales puede dar problemas de aplicación. En este punto es conveniente recordar que las Directrices de la OCDE señalan que «es conveniente que las Administraciones Tributarias cuando los ajustes secundarios se consideren necesarios, procedan a los ajustes de tal manera que los riesgos de doble imposición que podrían resultar sean reducidos al mínimo, salvo

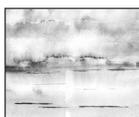
cuando el comportamiento del contribuyente denote una intención de disfrazar un dividendo con la finalidad de evitar la retención en la fuente.»

Las Directrices de la OCDE ofrecen una posible solución pragmática para estos casos. Así, «algunos países que practican los ajustes secundarios ofrecen al contribuyente que ha recibido el ajuste primario otra opción: el contribuyente podrá evitar el ajuste secundario haciendo repatriar el exceso de beneficios del grupo multinacional, del que forma parte, a fin de acomodar sus cuentas con el ajuste primario». Sin duda esta posibilidad resulta más adecuada que el ajuste secundario sin más.

Por otra parte, la precisión de la norma por la que sólo se considerará participación de beneficios en la proporción que corresponda con el porcentaje de participación en la entidad, nos obliga a preguntarnos qué ocurre con el resto de la diferencia, que algún autor teme que se pretenda asignar el tratamiento de una donación (32). En la medida que el flujo monetario permanece en poder de la entidad matriz sólo cabe calificar esta cuantía como donativo o liberalidad de la entidad filial. Otro problema accesorio será la posible reacción del resto de los accionistas no vinculados ante esta recalificación fiscal en dividendos. Nada impide, mercantilmente, que estén legitimados para exigir a la entidad un dividendo de la misma cuantía que el «distribuido» a la entidad matriz.

Estas imprecisiones y posibles problemas deberían obligar al legislador, en línea con la Directrices de la OCDE, a matizar este concepto y reducirlo únicamente a los supuestos en que el comportamiento del sujeto pasivo denoten una intención dolosa de eludir el *withhol-*

(32) Véase García-Herrera Blanco (2007).



COLABORACIONES

ding tax o retención que corresponde al pago de dividendos.

4. Conclusiones

El nuevo régimen tributario de los precios de transferencia supone un importante avance en línea a obtener una mayor eficacia de estas medidas antielusión. Como hemos señalado, la defectuosa articulación jurídica de la norma provocaba que España se convirtiera en objetivo de planificación fiscal abusiva pues sin obligación de ajustes por parte del sujeto pasivo y sin sanciones nuestro territorio se convertía en lugar idóneo para el vaciamiento de bases imponibles a través del mecanismo de precios.

Asimismo, la reforma resulta acertada en la medida que incorpora la elaborada doctrina de la OCDE y los trabajos del Foro Conjunto sobre Precios de Transferencia de la Unión Europea como fuente de interpretación en esta materia. Esta remisión homogeneiza la actuación de la Administración Tributaria española con los países de nuestro entorno y, sin duda, aumentará la eficacia en la lucha contra estas prácticas abusivas.

A pesar de las suspicacias que los deberes de documentación han suscitado, es indudable que constituyen una garantía para el sujeto pasivo ante actuaciones poco fundadas de la Administración Tributaria. Por otra parte, las manifestaciones que recoge el preámbulo de la Ley 36/2006 y las recomendaciones del Foro Conjunto sobre Precios de Transferencia de la Unión Europea parecen garantizar un régimen formal proporcionado y flexible (33).

En cuanto a los métodos de valoración recogidos, supone un acierto seguir los criterios de la OCDE incorporando todos

sus métodos, incluido el del margen neto del conjunto de operaciones por su probada eficacia en la consecución de acuerdos previos en esta materia. Por otra parte, la referencia expresa del preámbulo de la Ley 36/2006 a la doctrina de la OCDE permite disponer de una amplia referencia interpretativa en los supuestos de ajustes de carácter internacional de los distintos métodos de valoración que recoge la norma.

Finalmente, la incorporación del denominado ajuste secundario parece, en una primera aproximación, acertada en la medida que resulta un eficaz instrumento para la lucha contra ciertas prácticas abusivas. Sin embargo, su planteamiento general poco matizado y su incorrecta articulación normativa debería obligar al legislador a una regulación más acorde con las Directrices de la OCDE.

Bibliografía

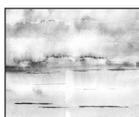
- [1] AEDAF (2006): «Informe de la Asociación Española de Asesores Fiscales sobre el anteproyecto de Prevención del Fraude Fiscal», www.aedaf.es
- [2] AGULLÓ AGÜERO, A. y ESTEVE PARDO, M. L. (1997): «Régimen tributario de las operaciones entre sociedades vinculadas» en VV. AA.: *Presente y Futuro de la Imposición Directa en España*, Editorial Lex Nova, Valladolid.
- [3] ALMUDÍ CID, J. M. y SERRANO ANTÓN, F. (2003): «Comentario a la STJCE 12.12.2002», *Lankhorst-Hohorst GmbH*, As. C-324/00: Impuesto sobre Sociedades. Subcapitalización. Coherencia del régimen fiscal. Evasión fiscal., en HERRERA MOLINA, P. (director): *Comentarios de Jurisprudencia Tributaria del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Año 2002*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid.



COLABORACIONES

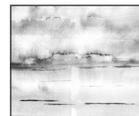
(33) Véase García-Herrera Blanco (2007).

- [4] BOKOBO MOICHE, S. (2005): «Los Convenios de doble imposición sobre la Renta y el Patrimonio: interpretación y calificación», *Crónica Tributaria*, nº 114.
- [5] CALDERÓN CARRERO J. M. (1993): «Algunas reflexiones en torno a los problemas de interpretación y calificación que plantea la aplicación de los Convenios de Doble Imposición Internacional: análisis a la luz del nuevo Modelo de Convenio OCDE», *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, nº 229.
- [6] CALDERÓN CARRERO, J. M. y MARTÍN JIMÉNEZ, A. (2005): «Problemas de la normativa española en materia de operaciones vinculadas/precios de transferencia y líneas para su reforma», *Crónica Tributaria*, nº 116.
- [7] CAVESTANY MANZANEDO, M. A. (1996): «Los precios de transferencia en la nueva Ley del Impuesto sobre Sociedades, desde la perspectiva de las Directrices de la OCDE de julio de 1995», *Carta Tributaria*, Monografías, nº 245.
- [8] CORDÓN EZQUERRO, T. (2006): «El artículo 16 del TRLIS: análisis crítico y alternativas de reforma», *Cuadernos de Formación*, nº 1/2006, www.ief.es
- [9] DELGADO GÓMEZ, A. (1984): «Comentarios a los artículos 35 al 66 del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades» en VV. AA.: *Impuesto sobre Sociedades: Comentarios al Reglamento*, Escuela de Inspección Financiera y Tributaria, Madrid.
- [10] DELGADO PACHECO, A. (1998): «Algunas cuestiones de procedimiento en los ajustes por precios de transferencia en el Ordenamiento Tributario español», *Impuestos*, nº 21.
- [11] DELGADO PACHECO A. (2001): «El régimen de los llamados precios de transferencia», en CORDÓN EZQUERRO, T. (director): *Manual de Fiscalidad Internacional*, 1ª edición, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid.
- [12] FALCÓN Y TELLA, R. (1998): «El régimen de operaciones vinculadas: análisis del artículo 16 de la Ley 43/1995 y de su desarrollo reglamentario», *Impuestos*, nº 24.
- [13] FALCÓN Y TELLA, R. (2006): «Editorial», *Quincena Fiscal*, nº 22.
- [14] GARCÍA-HERRERA BLANCO, C. (2001): *Precios de Transferencia y otras operaciones vinculadas en el Impuesto sobre Sociedades*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid.
- [15] GARCÍA-HERRERA BLANCO, C. (2007): «Algunas reflexiones sobre la nueva regulación de las operaciones vinculadas en el Impuesto sobre Sociedades. Particular referencia a las obligaciones formales», *Quincena Fiscal*, nº 7.
- [16] GARCÍA PRATS, F. A. (2005): «Los precios de transferencia: su tratamiento tributario desde una perspectiva europea», *Crónica Tributaria*, nº 117.
- [17] GOTA LOSADA, A. (1988): *Tratado del Impuesto sobre Sociedades*, Banco Exterior de España, Madrid.
- [18] GUTIÉRREZ LOUSA, M. (2003): «El régimen fiscal de los precios de transferencia en la Ley del Impuesto sobre Sociedades», en RODRÍGUEZ ONDARZA, J. A. y FERNÁNDEZ PRIETO, A.: *Fiscalidad y Planificación Fiscal Internacional*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid.
- [19] GUTIÉRREZ LOUSA, M. y RODRÍGUEZ ONDARZA, J. A. (2006): «Luces y sombras de la reforma del Impuesto sobre Sociedades», *Partida Doble*, nº 177.
- [20] HAMAEEKERS, H. (1997): *Transfer Pricing*, IBDF, Amsterdam.
- [21] INSTITUTO DE ESTUDIOS FISCALES (2002 a): *Informe sobre el Sistema Tributario Español (Libro Verde)*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid.
- [22] INSTITUTO DE ESTUDIOS FISCALES (2002 b): *Sistema Tributario Español*.



COLABORACIONES

- Criterios para su reforma (Libro Blanco)*, 2ª edición, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid.
- [23] MARTÍN JIMÉNEZ, A. (2003): «Los comentarios al MC OCDE: su incidencia en el sistema de fuentes del Derecho tributario y sobre los derechos de los contribuyentes», *Carta Tributaria*, Monografías 20/2003.
- [24] OCDE (1995): *Transfer Pricing Guidelines for Multinational and Tax Administrations*, OCDE, París. Versión española (2003): *Directrices aplica-*
- bles en materia de precios de transferencia a empresas multinacionales y administraciones tributarias*, OCDE, París.
- [25] SANZ GADEA, E. (2000): «Operaciones Vinculadas (I)», *Revista de Contabilidad y Tributación*, nº 209-210.
- [26] TUSELL, J. (2004): «Franquismo y Transición. Del apogeo del régimen a la consolidación de la democracia (1951-1982)» en VV. AA.: *Historia de España*, Espasa Calpe, tomo 17, Pozuelo de Alarcón (Madrid).



COLABORACIONES

AVISO PÚBLICO

SUB. GRAL. COMERCIO EXTERIOR DE PRODUCTOS AGROALIMENTARIOS

SOLICITUD DE DEVOLUCIÓN DE FIANZAS

PLAZOS PARA PRESENTACIÓN DE PRUEBAS

Aplicación a los Certificados concedidos desde el día 1 de octubre de 2000,
salvo que exista reglamento que lo modifique

Contingentes arancelarios de importación sujetos a un sistema de Certificados de Importación	CUARENTA Y CINCO DÍAS siguientes a la expiración del período de validez del Certificado	Rgto. CE nº 1301/2006
Plátanos	TREINTA DIAS siguientes a la expiración del período de validez del Certificado	Rgto. CE nº 566/2006
Productos Agrícolas Transformados (PAT)	NUEVE MESES SIGUIENTES a la expiración del período de validez del Certificado	Rgto. CE nº 1043/2005
Productos agrícolas: Materias grasas, plantas vivas, productos floricultura leche y productos lácteos, carne vacuno, semillas frutas y hortalizas, carne porcino, huevos, carne de ave, arroz, azúcar, sector vitivinícola, cereales, etc.	DOS MESES siguientes a la expiración del período de validez del Certificado	Rgto. CE nº 1291/2000

— En todos los productos el **PLAZO MÁXIMO** para solicitar la resolución de los expedientes es de VEINTICUATRO MESES desde el día siguiente a la expiración del Certificado. Transcurrido este plazo no se efectuará la devolución de la Fianza, aún en el caso de que se presente la correspondiente prueba de realización de operaciones

MINISTERIO DE INDUSTRIA, TURISMO Y COMERCIO

Secretaría General de Comercio Exterior

SUB. GRAL. COMEX. PRODUCTOS AGROALIMENTARIOS. SERVICIO FIANZAS

Solicitudes de devolución de fianzas constituidas (Importación y Exportación)

La Orden de 26 de febrero de 1986 («BOE, 7 de marzo»), modificada por la Orden de 27 de julio de 1995, establece que la devolución de las fianzas se realizará por la Secretaría General de Comercio Exterior a solicitud del interesado.

Las solicitudes de devolución de las fianzas constituidas ante los Servicios Centrales, deberán dirigirse a la Secretaría General de Comercio Exterior (Servicio de Fianzas, Paseo de la Castellana, 162, planta cuarta, 28071 Madrid).

Las solicitudes de devolución de las fianzas, constituidas ante las Direcciones Territoriales y Provinciales de Comercio y Servicios de Inspección SOIVRE, deberán presentarse en la misma Dirección o en los Servicios de Inspección SOIVRE que concedió los correspondientes certificados.

El no solicitar, los interesados, la resolución de los expedientes de devolución de las fianzas con la aportación de las pruebas, en los plazos establecidos en la legislación nacional y comunitaria en vigor, para los diversos productos agrícolas, dará lugar al oportuno Acuerdo Declarativo de Incumplimiento.

Con el fin de agilizar la resolución de los expedientes de devolución de las fianzas constituidas a disposición de la Secretaría General de Comercio Exterior, es recomendable se adjunte a las solicitudes la fotocopia del correspondiente «Resguardo de depósito o Garantía en Efectivo», o «Resguardo de Garantía Otorgada mediante Aval o Seguro de Caución»

SERVICIO DE FIANZAS

Acuerdo declarativo de incumplimiento (Fianza constituida en las operaciones de Importación y Exportación)

Ingreso de las liquidaciones

Las cantidades a ingresar en el Tesoro Público-Recursos Eventuales, como consecuencia de los expedientes de Acuerdo Declarativo de Incumplimiento de Resguardos de *Garantías Otorgadas por Terceros*, pueden hacerse efectivas por la EMPRESA TITULAR DE LOS CERTIFICADOS.

— En MADRID:

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y HACIENDA
DIREC. GRAL., DEL TESORO Y POLÍTICA FINANCIERA
Paseo del Prado, 4
28071 MADRID

— En PROVINCIAS:

INTERVENCIÓN DE HACIENDA de la localidad en que resida la Entidad Delegada que constituyó la *Garantía Otorgada por Terceros (Aval o Certificado del Seguro de Caución)*

Realizado el ingreso y expedida la CARTA DE PAGO, esta CARTA DE PAGO original deberá remitirse a:

MINISTERIO DE INDUSTRIA, TURISMO Y COMERCIO
SERVICIO DE FIANZAS
Pº Castellana, 162, Pl. 4.ª
28071 MADRID

MINISTERIO DE INDUSTRIA, TURISMO Y COMERCIO

Secretaría General de Comercio Exterior

SUB. GRAL. COMERCIO DE PRODUCTOS AGROALIMENTARIOS SERVICIO DE FIANZAS

Paseo de la Castellana, 162, cuarta planta, 28071 Madrid

Teléfonos: 91 349 38 67 y 349 39 13