

## CAPÍTULO SEGUNDO

### ADECUACIÓN DE LA REASIGNACIÓN DE RIESGOS AL PLC

1.- INTRODUCCIÓN: LA ASIGNACIÓN DE FUNCIONES Y RIESGOS

2.- ELEMENTOS A CONSIDERAR EN LA APLICACIÓN DEL PLC, EN ESPECIAL EL DENOMINADO “ANÁLISIS DE COMPARABILIDAD”

**2.1.- Guía de las Directrices en la aplicación del PLC: los cinco elementos**

**2.2.- El análisis de comparabilidad**

- A) *Las características de los bienes y/o servicios*
- B) *El análisis funcional: la asignación de riesgos*
- C) *Las cláusulas contractuales*
- D) *Las circunstancias económicas*
- E) *Las estrategias de negocio*

**2.3.- El no reconocimiento de las operaciones ("Disregard Clause")**

**2.4.- La existencia de pérdidas**

**2.5.- El efecto de las políticas de los gobiernos**

**2.6.- La utilización del valor en aduana**

3.- RELEVANCIA DE LA ASIGNACIÓN DE RIESGOS EN LAS OPERACIONES DE REESTRUCTURACIÓN (Parte I Capítulo IX Directrices)

**3.1.- Adecuación de la conducta de las partes al fondo económico de la operación**

**3.2.- Si la atribución de riesgos acordada se adecua al PLC**

**3.3.- Consecuencias o efectos de la atribución de riesgos realizada**

4.- CONCLUSIONES DE ESTE CAPÍTULO

## 1.- INTRODUCCIÓN: LA ASIGNACIÓN DE FUNCIONES Y RIESGOS

La asignación y/o reubicación de riesgos, junto a las funciones asociadas a éstos, en la operación de reestructuración y a resultados de la misma es un elemento clave en el análisis sobre la adecuación al PLC de la propia operación<sup>1</sup>.

El estudio de los riesgos que asumen las distintas entidades en las operaciones vinculadas forma parte del denominado “análisis funcional”, uno de los cinco *factores* que componen el *análisis de comparabilidad*, esto es, el análisis que, junto con el examen de otros elementos o directrices básicas<sup>2</sup>, permitirá al intérprete concluir sobre la adecuación o no al PLC de las condiciones acordadas en una operación vinculada y cuyo reflejo es el precio de transferencia.

Se parte del silogismo de que a mayores funciones desarrolladas y riesgos asumidos, mayor debe ser la remuneración que, conforme al PLC, debe percibir una entidad. Como es de notar, y sin menosprecio del resto de factores de comparabilidad, el que nos ocupa es decisivo cuando de analizar operaciones de reestructuración se trata, por cuanto la alteración principal es la reubicación de riesgos y funciones que se produce en el seno de los grupos multinacionales a resultados de estas operaciones. De ahí que los redactores del Informe ubicaran este apartado en la Parte I del Capítulo IX, a modo de base fundamental y referencia general posterior para el resto de directrices del capítulo, cuyos apartados no se pueden entender sin previamente tener clara la asignación de

---

<sup>1</sup> Y de la nueva situación que ésta genera (“situación post reestructuración”) tal y como ya avanza el apartado 9.10 de las Directrices y veremos en el capítulo V de este trabajo.

<sup>2</sup> Junto al ya mencionado *análisis de comparabilidad*, los apartados 1.33 a 1.78 de las Directrices sitúan otros cuatro elementos de análisis que conforman la Guía para la aplicación del PLC, son: *la existencia de pérdidas, el reconocimiento o no de la operación tal cual ha sido planteada por el contribuyente, el efecto de las políticas de los gobiernos y la utilización del valor en aduana*. Estos elementos se incluyen también en la nueva sección D del Capítulo I que promulga la OCDE en el marco del Plan BEPS y que titula “*Guidance for applying the arm’s length principle*”, añadiendo otros nuevos como son (i) los ahorros de costes o *location savings* que se pueden dar en algunos mercados y que se comentan en capítulos posteriores de este trabajo y (ii) las dinámicas de trabajo de equipos altamente especializados o *assembled workforce* que algunos grupos multinacionales desarrolla, o ampliando otros que sólo indirectamente se mencionan en la redacción actual de las Directrices, como es el caso de las sinergias que se originan internamente en los grupos multinacionales. *OECD BEPS Action 8, 9 and 10: Discussion Draft on Revision of Chapter I of the TP Guidelines (including risks, recharacterization and special measure)*. 1 diciembre 2014-6 febrero 2015.

riesgos y funciones entre las entidades que intervienen en la operación de reestructuración (antes y a resultas de la misma).

Sin perjuicio de lo anterior, tal y como ya se ha afirmado al final del capítulo precedente, no se debe olvidar que la pregunta a contestar conforme al PLC establecido por el artículo 9 MCDI es *si las condiciones acordadas o impuestas en una reestructuración empresarial difieren de aquéllas que libremente acordarían empresas independientes en situación similar*. Para ello se hace necesario ir más allá de las funciones y riesgos asumidos por las entidades en la operación; se debe realizar un análisis de comparabilidad completo, eso sí, adaptado a las peculiaridades de este tipo de operaciones, tal y como por otra parte se acaba evidenciando en los apartados posteriores del Capítulo IX.<sup>3</sup>

Por tanto, antes de entrar en el análisis específico de la asignación de riesgos en las operaciones de reestructuración, y sin pretender realizar una exhaustiva disquisición doctrinal sobre la materia, se va a realizar una breve referencia a los elementos de análisis que, conforme a las Directrices, se deben tener en cuenta para la aplicación del PLC y, en especial, el denominado análisis de comparabilidad. Posteriormente, se centrará el análisis en la asignación de riesgos en las operaciones de reestructuración empresarial.

## 2.- ELEMENTOS A CONSIDERAR EN LA APLICACIÓN DEL PLC, EN ESPECIAL EL DENOMINADO “ANÁLISIS DE COMPARABILIDAD”

### 2.1.- Guía de las Directrices en la aplicación del PLC: los cinco elementos

El Capítulo I de las Directrices, en su sección D, recoge lo que se denomina como “Guía en la aplicación del PLC”, en el que se identifican y explican los cinco elementos que, conforme a las Directrices, todo intérprete debe tener en cuenta al analizar y aplicar el PLC en una operación concreta. Son los siguientes:

---

<sup>3</sup> En este mismo sentido, tampoco deben obviarse los otros cuatro elementos ya indicados que, junto al *análisis de comparabilidad*, conforman la “Guía” para la aplicación del PLC.

- Análisis de comparabilidad
- No reconocimiento de la operación (“*Disregard Clause*”)
- Existencia de pérdidas.
- Efecto de las políticas de los gobiernos.
- El uso del valor en aduana

Inicialmente las Directrices no dan ninguna prelación de un elemento sobre otro y, en este sentido, cabría considerarlos a todos de igual valor e importancia. Sin embargo, los dos primeros han adquirido mayor relevancia, tanto por su posterior desarrollo en capítulos subsiguientes (como es el caso del Capítulo III de las Directrices, dedicado exclusivamente al análisis de comparabilidad) y continua mención o referencia en apartados posteriores de las propias Directrices, como por su mayor incidencia en la práctica diaria tanto en lo que respecta a la actuación de las administraciones públicas como en la fijación de la política de precios de transferencia por parte de las empresas y la tendencia que apuntan organismos como la OCDE.<sup>4</sup>

## **2.2.- El análisis de comparabilidad**

La aplicación del PLC se basa en la comparación de las condiciones fijadas en una operación vinculada respecto de las que se establecen en operaciones entre entidades independientes (“operaciones independientes comparables”). Estas últimas pueden darse entre una de las entidades vinculadas y un tercero independiente (“comparable interno”) o entre dos empresas independientes, ninguna de las cuales interviene en la operación vinculada (“comparable externo”).<sup>5</sup>

Para realizar dicho análisis, se hace necesario valorar realmente si ambas operaciones son comparables a través de un análisis de las principales condiciones económicas de las operaciones<sup>6</sup>, más allá del precio, y concluir si existe o no suficiente grado de

---

<sup>4</sup> A modo de ejemplo, en el *BEPS Action Plan nº 10* aprobado por la OCDE, la *Disregard Clause* aparece claramente identificada como una de las herramientas a utilizar en materia de Precios de Transferencia. *Action Plan on BEPS, OECD, July 2013.*

<sup>5</sup> Ap. 3.24 de las Directrices.

<sup>6</sup> Como tales habría que considerar aquéllas que principalmente inciden en la fijación del precio u obtención del margen comercial y que, de algún modo, se reflejan en los cinco factores de comparabilidad que posteriormente se comentan. En este sentido, el apartado 1 de la nueva Sección D del Capítulo I propuesto por la OCDE define mejor que las actuales Directrices los dos pasos básicos del análisis de comparabilidad cuando dice, cito textualmente, que “*There are two key aspects in such an analysis: the*

comparabilidad entre ellas.<sup>7</sup> Ser “comparables” no significa ser “idénticos”, sino que ninguna de las diferencias existentes, si las hay, entre las operaciones-situaciones pueden afectar de forma material a la valoración del precio de transferencia fijado o margen/ rentabilidad de la operación vinculada, en función de cual sea la metodología de valoración utilizada, o, si afectan, se puedan realizar razonablemente los ajustes necesarios para eliminar tal incidencia (“ajustes de comparabilidad”).<sup>8</sup>

Con relación a los ajustes de comparabilidad, estos son necesarios si (y sólo si) se espera que con los mismos se aumente la fiabilidad de los resultados, conforme al apartado 3.50 de las Directrices.<sup>9</sup> En este sentido, siempre existirán diferencias entre las operaciones y/o empresas comparables, pero la práctica de ajustes como norma habitual no es apropiada, pues sólo es factible si dichas diferencias afectan de forma relevante a la fiabilidad del análisis de comparabilidad y al resultado obtenido. A modo de ejemplo, si considerando el análisis de comparabilidad realizado, el método de valoración seleccionado y el cálculo de un valor de mercado independiente a través, pongamos el

---

*first aspect is to identify the commercial or financial relations between the associated enterprises and the conditions attaching to those relations in order that the controlled transaction is accurately delineated; the second aspect is to compare the conditions of the controlled transaction with the conditions of comparable transactions between independent enterprises”. OECD BEPS Action 8, 9..., p. 4.*

<sup>7</sup> En este sentido, el nuevo apartado 1.38 de las Directrices, introducido en la actualización de 2010, deja claro que dicho análisis no es sólo de la operación en sí mismas, sino también de los sujetos implicados, es decir, la conducta de las partes, por cuando es esencial para la verificación del cumplimiento del principio de *substance over form*, como comentaremos más adelante.

<sup>8</sup> Ap. 1.33 de las Directrices. Por su fácil y rápida lectura recomendamos la revisión de la nota sobre comparabilidad que emitió la Secretaría de la OCDE. *OECD Secretariat. “Comparability”. July, 2010.*

<sup>9</sup> Este apartado fue introducido en la actualización de julio 2010 y supuso un cambio en la tendencia o criterio que tácitamente se había seguido hasta esa fecha, en el que se primaba la cantidad respecto a la calidad de los comparables. En este sentido, la SAN 172/2007, de 4 de febrero de 2010 (caso Telefónica) es un claro ejemplo de (i) la relevancia de un adecuado análisis de comparabilidad para la selección de operaciones comparables válidas y (ii) de cuándo se hace necesario la realización de ajustes considerando las diferencias detectadas entre las diversas operaciones, precisamente a raíz de dicho análisis de comparabilidad. En concreto, en su FJ QUINTO, se dice que “*La Sala comparte esta crítica a las comparables empleadas en la valoración administrativa pero no por el hecho de que las empresas de referencia no puedan sustentar la valoración, sino porque entiende que la Inspección no cumple con una de las últimas previsiones recogidas en la norma fiscal, que es la de no haber procedido a realizar las –correcciones- necesarias para obtener la –equivalencia-. Como se desprende de los Informes periciales aportados, si bien las empresas comparables pertenecen al ámbito de las comunicaciones (internet), la Inspección debió atemperar los datos de dichas empresas a los niveles de la entidad TSCR, excluyendo actividades empresariales no comprendidas dentro de su objeto social, atendiendo al número de usuarios, influencia de las características locales o geográficas, posición en el mercado, etc., con el fin de fijar en sus términos justos o en equivalencia fiscal, el valor de transmisión operada, ...*”. Id Cendoj: 28079230022010100062. Con anterioridad la propia Audiencia Nacional ya había, por ello, puesto de relieve la importancia del análisis de comparabilidad, como fue en la sentencia del caso LAFARGE, en la que se resuelve estimando el recurso presentado por el contribuyente y anulando tanto la resolución previa del TEAC como el propio acto impugnado (el ajuste), al entender la sala que “*ni cualitativa ni cuantitativamente puede reputarse como válido el término de comparabilidad empleado en las resoluciones impugnadas.*” SAN 3968/2009, de 21 de septiembre de 2009. Id Cendoj: 28079230022009100398

caso, de la obtención de un rango de valores, resulta que dentro del indicado rango se encuentra el precio de transferencia fijado por las partes vinculadas en la operación vinculada, en ese caso, aun cuando puedan existir diferencias entre ambas operaciones o empresas comparadas (diferencias por inventario, por activos, deudores, proveedores, de cambio, etc.), no es pertinente la realización de ajustes (conocidos como *working capital adjustments*). Cuestión distinta es que no se deba explicar y justificar razonablemente la ubicación concreta del precio de transferencia dentro del rango de valores calculado, justificación que se debe hacer en todo caso<sup>10</sup>. Por otro lado, tal y como indica el apartado 3.51 de las Directrices, no se debe olvidar que la necesidad de realizar múltiples ajustes puede desvirtuar por completo el análisis de comparabilidad o ser un indicativo de que, realmente, ambas operaciones o empresas no son comparables.<sup>11</sup>

En este análisis es importante tener en cuenta también aquellos factores o elementos de valoración que una entidad independiente consideraría a efectos de aprobar o acordar los términos de una transacción comercial, en especial la existencia de otras alternativas claramente más atractivas.<sup>12</sup> A modo de ejemplo, una empresa independiente distribuidora difícilmente aceptaría el precio ofertado por un cliente (A) si a aquélla le constase que otros clientes estarían dispuestos a pagar más por el mismo producto, salvo, por ejemplo, que el cliente (A) ofreciera el pago íntegro e inmediato al momento

---

<sup>10</sup> En este sentido, los apartados 3.55 a 3.66 de las Directrices definen cómo se obtiene un rango de valores adecuado al PLC y establecen la necesidad de justificar la posición que ocupa dentro de éste el valor obtenido por el contribuyente.

<sup>11</sup> A este respecto, VIDAL, LAROCQUE Y LEROUX, en una interesante disertación se refieren a otras diferencias que siempre se dan entre la empresa analizada y las comparables independientes seleccionadas y que responden a lo que denomina como oportunidad o *chance* – del negocio, se entiende-, que habitualmente no son susceptibles de ajuste en la práctica y que precisamente por ello son la justificación de la necesidad de utilizar siempre un rango de valores en el análisis y validación de los Precios de Transferencia. En el ejemplo que utilizan estos autores en su artículo se centran en un restaurante que comparan con otros tres ubicados en la misma zona pero que no pertenecen a ningún grupo hotelero; en este caso, las diferencias identificadas como *chance* y que hace que los tres restaurantes obtengan una mayor rentabilidad que el vinculado son las mejores vistas, el mejor servicio y la tipología de mobiliario. Por tanto, si esas diferencias aun no siendo ajustables sí se identifican y justifican la mejor rentabilidad obtenida por los tres restaurantes, también se deben tener en cuenta respecto de la entidad analizada (el restaurante del grupo hotelero), aceptar igualmente a los 3 restaurantes como los comparables más fiables posibles (Precios de Transferencia no es una ciencia exacta, como repite la OCDE en numerosas ocasiones) y entender que precisamente en este caso una política de Precios de Transferencia adecuada al PLC requiere que el restaurante vinculado obtenga una rentabilidad por debajo del rango obtenido por los restaurantes comparables. VIDAL, J.P., LAROCQUE, D. y LEROUX, J.: “Base Erosion and Profit Shifting: Reliability and the Future of Transfer Pricing Methods” en *International Transfer Pricing Journal*, November/December 2014, p. 429.

<sup>12</sup> Ap. 1.34 de las Directrices.

de la entrega.<sup>13</sup> Estas y otras circunstancias las deben tener en cuenta tanto administraciones públicas como empresas a la hora de valorar la correcta aplicación del PLC.

Además, el análisis de comparabilidad, en especial el *análisis funcional* de las partes intervinientes en las operaciones, es de gran utilidad para concluir sobre dos aspectos muy relevantes en el examen sobre la aplicación del PLC, como son la selección de (i) el método de valoración y (ii) la compañía (*tested party*) sobre la que, llegado el caso, se realizará la comprobación o análisis con base a un margen de rentabilidad.

i) La selección del método de valoración<sup>14</sup>

Todos los métodos de valoración reconocidos por las Directrices son válidos y aplicables indistintamente para realizar los cálculos necesarios que lleven a concluir sobre la adecuación al PLC de las condiciones de una operación vinculada.<sup>15</sup> En este mismo sentido, todos los métodos de valoración contemplan la posibilidad de realizar los ajustes a los datos y cifras obtenidos de las operaciones (o de las empresas) cuando el análisis de comparabilidad haya puesto de manifiesto la existencia de diferencias, éstas sean ajustables y sea necesario y conveniente practicar dichos ajustes.

Sin perjuicio de lo anterior, tal y como reconocen las propias Directrices, y así sucede en la práctica, unos métodos son más idóneos que otros para un tipo o perfil concreto de empresa u operación,<sup>16</sup> con lo que el análisis de comparabilidad aporta la información que necesitará el intérprete para decidir qué método de valoración es el que supondrá mayor fiabilidad de resultados.

---

<sup>13</sup> Como se comentará en el capítulo siguiente de este trabajo, la existencia de alternativas más lógicas e igualmente viables acaba siendo un elemento clave en el análisis sobre la racionalidad de la operación de reestructuración.

<sup>14</sup> Ap. 1.35 de las Directrices.

<sup>15</sup> No se debe olvidar que las Directrices, a diferencia del artículo 16 TRLIS, no establecen ninguna prelación o aplicación prioritaria de unos métodos respecto a otros. Esta diferencia desaparece con la redacción del actual artículo 18 de la Ley 27/2014 del Impuesto sobre Sociedades, equiparándose de este modo al criterio general de las Directrices.

<sup>16</sup> A este respecto, recomendamos una lectura pausada de la parte I y II del Capítulo II de las Directrices.

A modo de ejemplo, el método del “Precio Libre Comparable” se basa en la comparación directa del “precio” fijado en la operación vinculada respecto del que se fija en operaciones independientes, razón por la que exige un alto grado de similitud en todos los elementos o condiciones económicas de ambas operaciones para que el resultado sea fiable. Por este motivo, este método es aplicable sobre todo en operaciones donde intervienen bienes o servicios que disponen de cotización o valor oficial o para cuya fijación interviene un mercado oficial, o en operaciones donde se dispone de comparables internos muy fiables.<sup>17</sup> Por su parte, el método de “Precio de Reventa” y el de “Coste Incrementado” se basan en el análisis comparativo de los márgenes brutos de explotación obtenidos por una entidad en una operación vinculada, respecto del obtenido por la misma entidad en operaciones similares con entidades independientes (comparable interno) o con el obtenido directamente por terceras empresas independientes en operaciones similares (comparable externo). Estos métodos de valoración basados en el análisis de márgenes brutos permiten mayor flexibilidad, que no total ignorancia, en lo que respecta a las características de los bienes y/o servicios objeto de la transacción, siempre y cuando las funciones y riesgos que asuman las empresas en las operaciones sí sean análogos<sup>18</sup>. Por este motivo estos métodos son bastante fiables en la validación de operaciones de distribución o de fabricación de bienes o prestación de servicios en los que las empresas realmente aportan un valor añadido a los productos a través de las funciones y riesgos que asumen.

---

<sup>17</sup> Como una derivada de este método algunos autores como RIVERA han identificado el que denominan como “sexto método”, aplicable a operaciones con *commodities* y reconocido en algunos países del área de Latino América. Dicho método utiliza para la validación de los precios de transferencia los calificados como “precios públicos” o “precios cotizados u oficiales”, que son fijados por organismos públicos o privados de reconocido prestigio y solvencia. Sería el caso, por ejemplo, de la fijación de precios por parte de determinadas agencias o entidades gubernamentales, como el Banco de España, el ICO o bolsas de comercio públicas o privadas (como la Kansas City Board of Trade, que negocia futuros y opciones de trigo) o por agencias o entidades privadas como Bloomberg, Platss, o Argus, que intervienen en transacciones en mercados oficiales y emiten temporalmente informes estadísticos sobre promedios, rangos y precios fijados en los mercados durante un período de tiempo determinado. De hecho, a pesar de las reticencias mostradas inicialmente por la OCDE a la aceptación de este método, recientemente dicho organismo ha dado un giro en su posicionamiento en su *Discussion Draft on the TP Aspects of Cross-Border Commodity Transactions (16 December 2014-6 February 2015)*, en el que acepta dicho método, que denomina *quoted price*, para las transacciones de bienes calificables como *commodities* y que además lo identifica claramente como una derivación del método del Precio Libre Comparable. RIVERA MONTROYA, M.: “El sexto método de Precios de Transferencia y los retos de su implementación: ¿un paso adelante o uno hacia atrás?” en *II Foro de Tributación y Contabilidad-Precios de Transferencia y NIIF*, Tomo II, Thomson Reuters, pp. 143-158.

<sup>18</sup> Así se reconoce en el apartado 1.40 de las Directrices, introducido en la actualización de julio 2010.

Los dos restantes métodos de valoración son los denominados métodos transaccionales o basados en el beneficio de la transacción<sup>19</sup>, como es el caso del “Margen Neto de la Transacción”, que utiliza indicadores de rentabilidad neta, usualmente márgenes netos, y el método de “Distribución/Reparto del Resultado” o “*Profit Split*”, que busca el reparto o asignación del beneficio de una operación entre las diversas partes que han intervenido en la misma, con base a un criterio que refleje adecuadamente las funciones y riesgos asumidos por cada una.

El método del Margen Neto de la Transacción se aplica a través del análisis comparativo de la rentabilidad neta que obtienen empresas vinculadas, globalmente o para una operativa concreta, respecto de la obtenida por empresas independientes que globalmente desarrollan actividades (funciones, operaciones) similares.<sup>20</sup> Este método es de gran utilidad en aquellos casos en los que las entidades no aportan un valor añadido significativo a los bienes o servicios que comercializan y además desarrollan funciones calificables como de rutinarias, de modo que cabe realizar una comparación entre la rentabilidad neta que obtiene una empresa en su operativa vinculada respecto de la que reflejan entidades independientes que igualmente desarrollan actividades rutinarias en el mismo sector que la empresa analizada. A diferencia de los métodos tradicionales basados en el análisis de los márgenes brutos, el análisis a través de márgenes netos no se ve tan influenciado por las diferencias concretas en las funciones y

---

<sup>19</sup> Como diferenciación de los tres anteriores, calificados como de “tradicionales”.

<sup>20</sup> Sería el caso de una empresa que actúa sólo como distribuidora, adquiriendo la mayor parte o la totalidad de los productos a empresas del grupo. En este caso, se podría analizar globalmente la rentabilidad neta de la empresa y compararla con la obtenida por empresas independientes que funcionalmente también actúan sólo como distribuidoras de productos similares en el sector de que se trate. Siguiendo con el ejemplo, si adicionalmente la empresa analizada (*tested party*) realiza también funciones de fabricación para unos productos concretos, cabría realizar el mismo análisis comparativo pero tomando sólo la rentabilidad neta ligada a la actividad de distribución de productos acabados adquiridos a empresas del grupo. Sin perjuicio de lo anterior, en la práctica este método está más focalizado en el primer tipo de análisis, es decir, en la comparación entre rentabilidades globales netas de las empresas independientes (seleccionadas a través de una base de datos) y la rentabilidad neta de la empresa vinculada, por cuanto suele ser difícil poder discriminar entre rentabilidades netas de diversas operativas de una misma empresa de forma fiable. Este tipo de enfoque de análisis, conocido como *company-wide approach*, desvirtúa el calificativo de “transaccional” del método, por cuanto al final el análisis se realizada de forma global o con datos agregados, pero reporta mayor fiabilidad y así lo establecen y reconocen las Directrices en su apartado 3.37. Y es que, en esencia, este método bebe del *CPM* ó *Comparable profits method* regulado en la sección 482 del *Internal Revenue Code* (en adelante, *IRC*) estadounidense.

riesgos, siempre y cuando se trate de empresas similares, esto es, del mismo sector y la operativa u actividad sea en esencia la misma; la idea que subyace tras esta premisa es que con independencia de las diferencias concretas que pueda haber, el margen neto de empresas similares con funciones rutinarias debería ser el del sector al que pertenecen; de ahí que se acepte la posibilidad de comparar la rentabilidad neta de una operativa vinculada concreta, o la de la propia empresa vinculada, con la de una empresa independiente que globalmente desarrolla la misma actividad.<sup>21</sup> Por el contrario, este método sí puede verse influenciado por factores externos a la propia operativa vinculada en si misma, como pueden ser la situación del mercado o crisis económica, una mala gestión de la compañía en general o la presencia de otros gastos de explotación que incidan en una rentabilidad neta baja o negativa.<sup>22</sup> En cualquier caso, con independencia de que se puedan utilizar los tres primeros métodos indicados, que conforme a la normativa española vigente hasta 2014 eran preferentes, la aplicación de éste como método complementario a los anteriores siempre es recomendable a efectos de análisis.

Finalmente, el conocido como *Profit Split* es con diferencia el método más complejo en su aplicación práctica por las dificultades que entraña el establecer un criterio de reparto del beneficio de una operativa<sup>23</sup> en la que han intervenido varias empresas vinculadas. Por ello, en la práctica normal de los especialistas es el método menos utilizado, en especial si se está ante operativas comerciales habituales (distribución, fabricación, prestación de servicios, financiación, etc.),

---

<sup>21</sup> Ap. 2.103 de las Directrices.

<sup>22</sup> A modo de ejemplo, pueden darse casos en los que la operativa vinculada en concreto refleje un margen bruto adecuado pero que sin embargo la rentabilidad neta de la compañía sea negativa o baja respecto a la de empresas independientes comparables.

<sup>23</sup> Reparto que puede hacerse directamente a nivel de beneficio neto combinado o, más complicado, a nivel de ingresos y gastos de la operativa. En cualquier caso, siempre atendiendo a las funciones y riesgos asumidos por cada parte, así como los activos implicados por cada una. A partir de ahí, se distinguen básicamente dos tipologías de *Profit Split*, el denominado *Contribution PSM* y el *Residual PSM*. El primero de ellos se basa en el beneficio neto combinado de la operación globalmente considerado e implica el reparto del beneficio neto resultante atendiendo a las funciones y riesgos que asume cada entidad en la operativa. El segundo parte de la premisa de separar lo que son actividades o funciones rutinarias desarrolladas por las entidades en la operativa de aquellas otras que cabe considerarlas únicas o de alto valor (por ejemplo, por la utilización de un intangible); hecha la diferenciación, se calcula una remuneración a percibir por cada entidad por las funciones rutinarias realizadas, pudiendo utilizar para ello otros métodos de valoración. Finalmente, una vez remunerada cada entidad por su función rutinaria desarrollada, el beneficio que aún queda de la operación (*residual profit*) se imputa a la entidad o entidades que han desarrollado la función de más alto valor, probablemente por afectar un activo especial a la operativa vinculada.

a las que los otros métodos les son perfectamente aplicables. Sin embargo, este método adquiere mayor relevancia si estamos en operaciones en las que intervienen intangibles o en el caso que nos ocupa, es decir, reestructuraciones empresariales, por cuanto, como se indicará más adelante, la asignación (o reasignación) de funciones y riesgos entre las partes junto con la alineación de aquéllas a la rentabilidad que éstas obtienen, son uno de los elementos clave en el análisis de estas operaciones.<sup>24</sup> En este sentido, la utilización de este método permite realizar análisis con datos internos del grupo/empresas y verificar la correcta alineación entre funciones/riesgos/activos y rentabilidades, ejercicio que va mucho más allá del clásico análisis parcial (por centrarse en una parte sólo de la operación) con datos externos o estudio de benchmarking con bases de datos.<sup>25</sup>

---

<sup>24</sup> Prueba de ello es su continua mención –directa e indirectamente– en la mayoría de informes emitidos por la OCDE durante 2013 y que impulsaron el Plan BEPS, como son: *Addressing Base Erosion and Profit Shifting (BEPS), OECD Report (Feb. 2013)*, *OECD Draft Handbook on TP Risk Assessment (April 2013)*, *OECD Action Plan on BEPS (July 2013)*, *OECD Revise Discussion Draft on TP Aspects of Intangibles (July 2013)*. La relevancia de este método se ha visto confirmada en los ya informes finales emitidos durante 2014, en especial el relativo a intangibles (*Guidance on TP Aspects of Intangibles, Action 8:2014 Deliverable*) o ya más recientemente en 2015 en su informe sobre la utilización de este método, donde claramente se identifica el mismo como la herramienta a usar para lograr la correcta alineación entre creación de valor y fiscalidad. *BEPS Action 10: Discussion Draft on the Use of Profit Splits in the context of Gloval Value Chains. OECD 16 December 2014-6 February 2015*, p.10.

<sup>25</sup> A este respecto, VIDAL, LAROCQUE Y LEROUX convienen en que este método va a adquirir mucha relevancia en la etapa posterior al Plan BEPS, precisamente como método de valoración que, más allá de la validación del precio de transferencia de la operación en concreto desde el punto de vista de la entidad implicada, permita realizar una validación de la política de precios de la operativa en su conjunto; es lo que estos autores identifican como el proceso de análisis desde un *one-sided method* hacia un *two-sided methods*. VIDAL, J.P., LAROCQUE, D. y LEROUX, J.: “Base Erosion and...”p. 430. En este mismo sentido ERASMUS-KOEN, M.: “Art. 9 of the OECD Model Convention”, en IBFD.: “Transfer Pricing and Business Restructuring: streamlining all the way”, IBFD, 2009, cap. V, pp. 141-142. Por su parte, PICHHADZE, analizando la evolución de la praxis habida en EEUU, reconoce que el empírico “*Arm’s length test*” estándar basado en datos externos, estudios de benchmarking y análisis transaccionales basados en la metodología tradicional, debe dar paso en ocasiones o combinarse con análisis más económicos basados en los datos internos de las empresas y en su rentabilidad (*income method*), pasando de lo que denomina *empirical arm’s length test* a un *hypothetical arm’s length test*, buscando lo que, en términos de WITTENDORF, se califica como “*economically rational conduct*”. PICHHADZE, A.: “Canada–Canada’s Transfer Pricing Test in the Aftermath of GlaxoSmithKline Inc.: A Critique of the Reasonable Business Person Test” en *International Transfer Pricing Journal*, (Volume 20), No.3, May/June 2013, p. 151. WITTENDORF, J.- “*Transfer Pricing and the Arm’s Length Principle in International Tax Law*”. Kluwer Law International, 2010, pp. 299-301. Ahondando en este planteamiento y siguiendo la regulación germana que introduce los métodos basados en el cálculo rentabilidades y beneficios así como el *Hypothetical Arm’s Length test* (conocido en Alemania bajo las siglas HAL), HERVE y van der HAM ligan el método del *Profit Split* con el análisis económico basado en hipótesis de rentabilidades/reparto que se darían entre entidades independientes en circunstancias similares, utilizando, por tanto, para ello una combinación entre información interna funcional/de riesgos y técnicas de análisis económico basados también en hipótesis. Dicho esto, los autores circunscriben esta metodología al *Profit Split* y para aquellos casos en los que los métodos tradicionales no resulten fiables o no existan comparables (principalmente, mencionan negocios altamente integrados, operaciones con intangibles valiosos o en las que las partes implicadas realmente contribuyen de forma relevante a la

ii) Selección de la *tested party*<sup>26</sup>

En la utilización de los métodos de valoración de Precio de reventa, Coste incrementado y Margen neto de la transacción, se hace necesario seleccionar de entre las entidades que intervienen en la operación vinculada, la que se escogerá a los efectos de validar el indicador financiero de rentabilidad (se base éste sobre márgenes brutos o netos).

La selección de la compañía que se utilizará como *tested party* se realiza atendiendo a diversos factores:

- La compañía que asume funciones y riesgos más limitados en relación con la transacción.
- El acceso a la información financiera, económica y de gestión de cada compañía.
- Las características de la operación vinculada.
- La mayor o menor facilidad en identificar posibles comparables y en aplicar la metodología de valoración.

Estos factores se valoran con el objetivo de seleccionar como *tested party* a la entidad vinculada que pueda facilitar un mejor y mayor análisis de los precios de transferencia pactados en la operación vinculada objeto de análisis, así como un mejor acceso a la información.

En definitiva, las condiciones económicas esenciales que rodean y configuran la operación vinculada son las que se deben tener en cuenta tanto a los efectos de poder comparar dicha operación con operaciones independientes, identificar en su caso las diferencias materiales existentes y valorar la posibilidad de realizar los ajustes pertinentes, como para concluir sobre el método de valoración más idóneo y, si es

---

creación de valor). HERVE, Y. & van der HAM, S.: “Germany: Hypothetical Arm’s Length Testing and Intellectual Property” en *International Tax Review*, 27<sup>th</sup> June 2012, pp- 3-4. Finalmente, para ahondar en la normativa germana sobre métodos basados en la anticipación de beneficios así como sobre el denominado HAL, recomendamos la lectura de la tesis doctoral de VOETDIJK W.L.H. “*Anticipated Benefit Valuation: a new OECD Transfer Pricing Concept?*” en Tilburg University, 2014, S 481932.

<sup>26</sup> Recogida esta cuestión en el ap. 3.18 de las Directrices, su introducción en la actualización de julio 2010 supuso el reconocimiento de la pauta que hasta la fecha se seguía en la práctica profesional.

necesario, la selección de la entidad que actuará como *tested party*.<sup>27</sup> Estas condiciones esenciales o *factores de comparabilidad*, cuyo examen se debe hacer tanto sobre la operación vinculada como sobre la/s independiente/s, son los siguientes:

- a) Las características de los bienes y/o servicios.
- b) El análisis funcional
- c) Las cláusulas contractuales
- d) Las circunstancias económicas que rodean la operación
- e) Las estrategias de negocio.

Estos factores de comparabilidad vienen recogidos en el artículo 16 del RIS,<sup>28</sup> habiendo sido también descritos por la jurisprudencia nacional en sentencias como la de la Audiencia Nacional de 30 de abril de 2009.<sup>29</sup>

A continuación se hará una breve descripción de cada uno de los indicados factores.

#### A) *Las características de los bienes y/o servicios*<sup>30</sup>

Las diferencias en las características específicas de los bienes y/o servicios justifican, al menos en parte, la distinta valoración y/o precio que puedan tener los mismos en el mercado. Por este motivo, el primer elemento a considerar a la hora de comparar las condiciones de una operación vinculada respecto a potenciales operaciones independientes es el tipo de bien o servicio objeto de la transacción en ambos casos.

Tratándose de bienes tangibles, se debe estar a las condiciones físicas de los mismos, su fiabilidad, su calidad o su facilidad y volumen de suministro, entre otros factores. En el

---

<sup>27</sup> Adicionalmente, el nuevo apartado 11 de la Sección D del Capítulo I propuesto por la OCDE enfatiza la importancia del análisis de comparabilidad no sólo a efectos de analizar si el precio y condiciones fijado en una operación vinculada difieren o no de la que resultaría de operaciones entre independientes, sino también en la labor de la correcta descripción de las características o condiciones económicas de aquella con el objetivo de concluir sobre la existencia de alternativas más lógicas e igualmente viables de configuración de la operación vinculada, lo que pone de manifiesto la influencia que el Capítulo IX está teniendo en todo el replanteamiento de esta materia que la OCDE promueve a través del Plan BEPS. *OECD BEPS Action 8, 9...*, p.7.

<sup>28</sup> Según redacción dada por el Real Decreto 1793/2008.

<sup>29</sup> Recurso 503/2005.

<sup>30</sup> Ap. 1.39 a 1.41 de las Directrices.

caso de los servicios, se debería incluir el tipo y alcance del servicio prestado. Finalmente, en operaciones con bienes intangibles, sobre todo habría que considerar el tipo de transacción (licencia, venta, etc.) e intangible (marca, patente, modelo industrial, etc.), la duración del contrato, la inversión realizada y sujeto inversor, y los beneficios futuros que se calcula puedan derivar del uso del intangible.

La característica del bien o servicio adquiere mayor o menor relevancia en función del método de valoración seleccionado. En efecto, tal y como se indicaba en el apartado anterior, en algunos métodos como el "Precio Libre Comparable" la existencia de diferencias en los productos comercializados tiene una incidencia elevada a la hora de hacer fiable un análisis comparativo, por cuanto con este método, cualquier diferencia en el producto podría tener un efecto directo relevante sobre el precio o valor del mismo. Por el contrario, métodos basados en el uso de márgenes brutos (Precio de Reventa o Coste Incrementado) o netos (Margen Neto de la Transacción), son menos sensibles a las diferencias existentes en los bienes y servicios comercializados, siempre y cuando las funciones y riesgos asumidos por las empresas sean similares. Lo anterior no se debe interpretar en el sentido de que con estos métodos no se deba tener en cuenta las características de los bienes y servicios, sino en el sentido de que dichos métodos permiten una mayor flexibilidad al intérprete en función del efecto que aquellas diferencias tengan sobre la fiabilidad del resultado y de la posibilidad de obtener o no otros comparables mejores. En este sentido, siempre se debe intentar lograr el análisis comparativo más fiable posible y ello obliga, como primera opción, a considerar el tipo de bien o servicio objeto de la transacción vinculada y a identificar posibles operaciones comparables con el mismo tipo de activo o servicio.

*B) El análisis funcional: la asignación de riesgos.*<sup>31</sup>

En operaciones entre empresas independientes, la remuneración pactada usualmente será el reflejo de las funciones que desarrolla cada empresa en la operativa, teniendo en cuenta los activos que cada una emplea y, sobre todo, los riesgos que asume, entendiendo como tales los efectos que la incerteza relativa a diversos aspectos del

---

<sup>31</sup> Ap. 1.42 a 1.51 de las Directrices.

negocio puede afectar finalmente a los objetivos del mismo en ambos sentidos, positiva y negativamente. En este sentido, el ya mencionado silogismo a mayores funciones, mayores riesgos y, en consecuencia, mayor remuneración, se suele cumplir entre empresas independientes.

Por ello, la realización de un análisis funcional es esencial a la hora de comparar operaciones y/o empresas vinculadas y no vinculadas. Este análisis busca identificar y comparar las principales actividades económicas, responsabilidades, activos utilizados y riesgos asumidos por las entidades vinculadas en las operaciones analizadas. Además, para una comprensión correcta de la operación vinculada, se debe atender también a la organización o estructura del grupo al que pertenece la empresa-contribuyente y su incidencia en la actuación de ésta, así como en los derechos y obligaciones legales que asume la misma.

Se pueden identificar tantas funciones como actividades económicas existen. A modo de ejemplo: diseño, investigación y desarrollo, central de compras, distribución, fabricación, logística, publicidad, comercial y marketing, transformación, servicios de fabricación o maquila, montaje, financiación, etc. El análisis funcional debe centrarse sin embargo en las funciones que sean esenciales y consustanciales a la operación u empresa analizada, todo ello en aras a la eficiencia.

Con relación a los activos, el análisis funcional debe tener en cuenta el tipo de activo utilizado en la actividad; sobre todo lo relativo a instalaciones y equipamiento, intangibles y activos financieros. Compartimos, en este sentido, la opinión de RUBIO CUADRADO<sup>32</sup> cuando afirma que de los tres factores (funciones, riesgos y activos), el último tiende a perder peso en el análisis respecto a los otros dos, salvo en aquellos casos en los que estamos ante la presencia de activos intangibles relevantes, en especial, a nuestro parecer, en operaciones de reestructuración empresarial, en las que el trasvase de intangibles suele producirse, en ocasiones, con cierta opacidad.

Respecto a los riesgos, una correcta identificación y examen de los mismos es esencial para lograr un análisis funcional completo, por cuanto la presencia de diferencias

---

<sup>32</sup> RUBIO CUADRADO, F.: “Análisis de comparabilidad” en Córdón Ezquerro, T., *Fiscalidad de los precios de transferencia (operaciones vinculadas)*, AEDAF-CEF, 2010, cap. 7, p. 308.

importantes en los tipos y/o nivel de riesgos asumidos en operaciones y/o empresas vinculadas y no vinculadas, hace casi inviable cualquier tipo de comparación, al ser difícil la aplicación de ajustes. Se pueden identificar tantos riesgos como funciones o actividades asociadas a los mismos. Los más habituales son el riesgo de inventario (por deterioro y destrucción de existencias), riesgo de pérdida de activos fijos, riesgo de cambio, riesgo de crédito (por insolvencia de clientes), riesgo de mercado (por cambios en el mercado o en el producto que imposibiliten su posicionamiento y distribución) o riesgo de producto (ligado a la calidad del producto, habitual en fabricantes), entre otros.<sup>33</sup>

Cabe afirmar que todo riesgo va ligado a una función, lo que no significa que ambos sean equitativos, es decir, que puede haber funciones plenas y complejas en las que, sin embargo, el riesgo ligado a aquéllas no sea el de mayor peso y, al contrario, riesgos que sean relevantes si bien no supongan la necesidad de desplegar un elevado grado de funciones ni emplear activos relevantes. Incluso esta dualidad podría darse en una misma función y riesgo, siendo el factor determinante en este caso el tipo de actividad. A modo de ejemplo, el riesgo de tipo de cambio podría tener poco peso en una empresa o grupo industrial con escasa actividad export/import fuera de la UE, de modo que cada entidad del grupo lo asumiría y gestionaría individualmente; sin embargo, este mismo riesgo en un grupo empresarial con fuerte actividad exterior más allá de la UE, podría

---

<sup>33</sup> La tipología de riesgos puede variar considerablemente según la industria de que se trate, países, circunstancias que rodean a la actividad económica, etc. Las Directrices identifican diversos tipos de riesgos e indirectamente los definen en diversos apartados pero no realizan una categorización de los mismos. Por el contrario, la subsección D.2.1 de la nueva Sección D del Capítulo I propuesto por la OCDE sí incluye una clasificación inicial de riesgos atendiendo a la fuente que los origina, en concreto se refiere a:

- Riesgos estratégicos o de mercado: riesgos externos causados por el entorno económico, políticas públicas o regulatorios, nivel de competencia o de avance tecnológico y cambios en el entorno social.
- Riesgos de infraestructura u operativa: riesgos internos ligados a la operativa y activos del propio negocio que pueden perjudicar la reputación y competitividad del mismo. A modo de ejemplo, gestión de la cadena de suministro, protección de patentes, entrega de producto, calidad, etc. En ocasiones estos riesgos pueden venir provocados por factores externos, como políticas públicas, cambios regulatorios, problemas en la red de transportes del país, etc.
- Riesgo financiero: gestión de tesorería, capacidad financiera, acceso al crédito, etc.
- Riesgo transaccional: ligado a la operativa comercial, se refiere a la negociación de precio y condiciones de cobro por los bienes y servicios vendidos, por lo que su máximo exponente es el riesgo de insolvencia por créditos comerciales.
- Riesgo de daños o *hazard risk*: riesgos habitualmente de origen externo que pueden causar importantes daños o pérdidas en el negocio. Estos casos suelen estar protegidos por un seguro aunque no suele cubrir el daño causado en su totalidad.

ser mucho más elevado, estando igualmente gestionado de forma individual o, alternativamente, destinando una empresa o departamento dentro del grupo para gestionar este riesgo en el seno del mismo (en cuyo caso las funciones serían también mayores en este último supuesto). Por tanto, no coincidimos con LONGARTE en la posibilidad de separar plenamente riesgo y función a efectos de su posible transmisión, por cuanto entendemos que todo riesgo lleva aparejado el desarrollo de una función, aunque sea puramente la de mero control o gestión del mismo. Sí compartimos con este autor la premisa de que función y riesgo deben analizarse en todo caso de forma diferenciada, así como la reflexión de que la tecnología y globalización actuales posibilita a los grupos multinacionales organizarse internamente en multiplicidad de procesos y sub-procesos, lo que resulta a su vez en infinitas posibilidades de organizar y gestionar la cadena de valor de un grupo: tantas como funciones, riesgos y activos sea posible identificar.<sup>34</sup>

En definitiva, las funciones desarrolladas por cada parte, teniendo en cuenta los activos implicados y riesgos asumidos, determinarán la distribución de riesgos entre ambas y, por tanto, la remuneración que espera recibir cada una. Pongamos un ejemplo.

#### **Supuesto práctico I: alineación riesgos, funciones y activos**

Una empresa que actúa como distribuidora de un producto concreto en un mercado específico, desarrollando además la función de almacenamiento de los productos, comercial, publicidad y marketing, con estructura e inversión en activos y asumiendo los riesgos asociados a tales funciones, esperará recibir del fabricante una remuneración mayor que la de una segunda empresa que se limita a realizar una función meramente de agente o comercial de los productos del mismo fabricante en un mercado similar. En el primer caso, probablemente la entidad distribuidora negociará unos precios de compra con el fabricante que le permitan obtener un margen de reventa adecuado. En el segundo caso, una opción para la entidad comercial sería acordar con el fabricante un porcentaje o comisión reducida sobre el volumen de ventas logradas más el reembolso de

---

<sup>34</sup> LONGARTE CIFRIAN, I.: "Reestructuraciones empresariales: transmisión de funciones, riesgos y activos" en Carmona Fernández, N. *Fiscalidad de las operaciones vinculadas*, CISS, Madrid, 2009, cap. 12, op. cit. p. 358 y 365.

los costes de estructura incurridos o establecidos con base a un presupuesto anual.<sup>35</sup>

En operaciones libres de mercado, los términos contractuales fijados en una operación generalmente definen explícita e implícitamente la distribución de las funciones, de los riesgos y del resultado (beneficio o pérdida) de aquélla entre las partes implicadas.<sup>36</sup> Sin embargo, como comentaremos en el siguiente sub apartado, se debe valorar si la distribución de riesgos acordada y que reflejan las indicadas cláusulas son acordes con la sustancia económica o fondo económico de la operación. Para ello, la mejor evidencia o prueba de la distribución de riesgos (y funciones) entre las partes es la propia conducta de éstas. Por tanto, conforme a los apartados 1.48 y 1.53 de las Directrices, a efectos de análisis en materia de Precios de Transferencia se debe estar a la sustancia real de la operación que se deduce de la conducta de las partes implicadas, de la que se deducirán las funciones y riesgos que asume cada una y los activos implicados,<sup>37</sup> siendo lo anterior fiel reflejo de la prevalencia del fondo sobre la forma (*substance over form*) en este análisis.

Siguiendo con el ejemplo anterior, si conforme al acuerdo firmado entre fabricante y distribuidor la función de marketing y publicidad la costea y desarrolla la distribuidora, pero del examen de los estados contables y de las funciones desarrolladas por la empresa distribuidora se concluye que no es así y resulta que es la fabricante quien desarrolla y costea esta función a nivel mundial para todos los mercados, habrá una diferencia entre la distribución de riesgos y funciones que reflejan las cláusulas contractuales y la realidad económica de la operación- situación.

---

<sup>35</sup> Recomendamos por su claridad esquemática los cuadros resumen incluidos en RUBIO CUADRADO, F.: “Análisis...” op. cit. pp. 312-314.

<sup>36</sup> Ap. 1.52 de las Directrices.

<sup>37</sup> La reforma del Capítulo I de las Directrices auspiciada por la OCDE con la introducción de una nueva Sección D da especial énfasis a esta cuestión. En efecto, en su apartado 5 claramente indica que cuando la conducta real de las partes y sustancia económica de la operación difieren de lo que fijan las cláusulas contractuales, en ese caso se debe estar a las primeras para describir y establecer adecuadamente las condiciones y características de la operación vinculada. En este mismo sentido, los apartados 79 y 80 establecen que el análisis en materia de Precios de Transferencia buscará siempre la sustancia, el fondo, de las relaciones comerciales y financieras de las partes y cómo se genera valor a raíz de las funciones y riesgos que asume cada parte. Del mismo modo, enfatiza que en la contraposición entre cláusulas contractuales y fondo real y económico de la operación y conducta de las partes, siempre deben prevalecer las segundas. *OECD BEPS Action 8, 9...*, pp. 5 y 24.

Otro factor adicional a valorar es si atendiendo a la realidad de la operación y a la distribución de riesgos (y funciones) que refleja la misma, ésta cabe considerarla adecuada o no al PLC. Es decir, no se trata ya de si las cláusulas contractuales reflejan una distribución de riesgos (y funciones) acorde con la sustancia económica de la operación, sino si la que ésta refleja es o no conforme al PLC. En este sentido, de acuerdo con lo establecido en el apartado 1.49 de las Directrices, una razonable y lógica atribución de riesgos sería aquella que imputase mayores riesgos a la entidad-parte de la operación que tuviese mayor *control* sobre los mismos, mientras que la entidad-parte que disfrutase de menor control sobre aquéllos debería, por lógica, también asumir menores riesgos. Obviamente, hay riesgos sobre los que habitualmente ninguna de las partes puede tener un control significativo, como son los relacionados con los ciclos económicos, medioambientales o acceso a materias primas y mano de obra, entre otros, en cuyo caso conforme al PLC se podría atribuir a una u otra de las partes o repartir entre ambas en función de si se ha tomado o no la decisión de asumir dicho riesgo, pero no deberían tener nunca un peso significativo en la valoración y atribución de riesgo que se realice.<sup>38</sup> En este sentido, se debe evaluar la importancia económica de cada riesgo en función del tipo de operación vinculada de que se trate y del grado de probabilidad o no de que acontezca el mismo, pues, como decimos, no todos tendrán igual peso o relevancia.<sup>39</sup> Igualmente, habrá riesgos que aun cuando los asuma íntegra e inicialmente una parte, pueda posteriormente estar cubierto y, por tanto, minimizado bien por la propia entidad bien por el grupo al que pertenece. Es el caso, por ejemplo, de riesgos relacionados con el tipo de cambio o el tipo de interés, que puede estar cubierto a través de diversos contratos y/o acuerdos financieros.

Siguiendo con el último ejemplo ligado al riesgo de inventario, lo lógico sería que la entidad que actúa como distribuidora con funciones plenas asumiera mayormente este riesgo, por cuanto es ella la que gestiona, decide y controla el inventario de los productos que adquiere al fabricante. En este supuesto, si así lo acordaron las partes y,

---

<sup>38</sup> Ap. 9.28 de las Directrices.

<sup>39</sup> La necesidad de realizar una buena gestión de los riesgos es introducida en la nueva versión del Capítulo I propuesto por la OCDE, en concreto en la subsección D.2.5. titulada “*Risk management*”, que bebe de los apartados 9.23 y siguientes del actual Capítulo IX, poniendo de nuevo de manifiesto la influencia de los criterios y principios propios del *TP Business restructuring* en toda la reforma auspiciada por aquél organismo. Entre otras cuestiones, la nueva subsección recoge los tres elementos claves en la gestión y control de riesgos, que son, (i) la capacidad de decisión sobre la toma de riesgos, (ii) la capacidad de decisión sobre cómo responder a los riesgos y (iii) la capacidad de mitigar los riesgos una vez producidos los mismos. *OECD BEPS Action 8, 9...*, pp. 19-20.

del examen de los datos y conducta de éstas, se confirma lo anterior, entonces, habrá coincidencia entre lo que reflejan las cláusulas contractuales y el fondo de la operación y, además, este último se adecua al PLC. Por el contrario, en el segundo caso, si se tratase de la habitual empresa que actúa como comercial de una marca concreta en un país específico, haciendo la labor de promoción para, posteriormente, que sea el propio fabricante o su distribuidor principal el que cierre los acuerdos de venta y realice la distribución de los productos directamente al cliente, entonces, no sería razonable ni lógico que ambas partes hubiesen acordado que el riesgo de inventario lo asumiese igualmente la entidad comercial, por cuanto ésta no tiene control alguno sobre el inventario de los productos. Por tanto, en este segundo escenario, habría adecuación entre las cláusulas contractuales y el fondo o sustancia de la operación pero esta última no sería adecuada al PLC.<sup>40</sup>

### C) *Las cláusulas contractuales*<sup>41</sup>

En condiciones de mercado, los términos contractuales fijados en una operación generalmente definen explícita e implícitamente la distribución de las funciones, de los riesgos y del resultado (beneficio o pérdida) de aquélla entre las partes implicadas.

Cuando las Directrices utilizan el término *cláusulas contractuales* lo hacen en su concepción más amplia, por cuanto:

- a) Incluye tanto aquellas que se hayan fijado por escrito como verbalmente, en cuyo caso se indica que las relaciones contractuales de las partes se debe deducir de la conducta de éstas y de las normas y principios económicos generales que gobiernan las relaciones comerciales.
- b) Tratándose de cláusulas escritas, se reconoce expresamente que el término va más allá de los tradicionales contratos, acuerdos o documentos similares, entendiéndose incluido cualquier tipo de documento escrito como pueda ser

---

<sup>40</sup> Detrás de esta aseveración subyace la idea de que no se esperaría que una entidad comercial independiente accediese a asumir este riesgo cuando su intervención en el control de inventario es mínimo o inexistente, de ahí su no adecuación al PLC.

<sup>41</sup> Ap. 1.52 a 1.54 de las Directrices.

correspondencia, comunicados, etc. Trasladándolo al ámbito de las operaciones de reestructuración, adicionalmente a los contratos o acuerdos que se puedan suscribir a raíz de la misma y que suelen centrarse en la situación post reestructuración, el documento que adquiere especial relevancia es el habitual “*business or restructuring plan*” o el acuerdo marco que recoge las razones de negocio que subyacen tras la toma de decisión de acometer la reestructuración, el histórico de medidas, los aspectos positivos o negativos de la operación, las fases, la reasignación de riesgos y funciones, traspaso de activos, la definición de la situación posterior o nuevo modelo de negocio, etc. En este mismo sentido, el hecho de que en determinada documentación societaria como por ejemplo las actas del consejo de administración o la propia junta de accionistas se incluyan menciones a los aspectos anteriormente indicados o remisión al menos a la documentación soporte a que hacíamos referencia, favorece la confección de un soporte documental que a la postre puede ser clave para justificar la racionalidad de la reestructuración. Del mismo modo, es importante levantar “acta” de las reuniones de las comisiones o grupos de trabajo que dentro del grupo empresarial vayan desarrollando el proceso y tomando decisiones ejecutivas sobre los diversos aspectos de la misma.<sup>42</sup>

Dicho esto, no se debe obviar que el **principio** que subyace en las Directrices, conforme a su apartado 1.52, es el de la prevalencia **de la sustancia sobre la forma**<sup>43</sup>, a tenor del cual con independencia de lo que se indique en documentos concretos, lo que debe

---

<sup>42</sup> A este respecto, y esto ya es más un comentario basado en la experiencia práctica, la existencia de un buen paquete de documentación que recoja todos los aspectos de la reestructuración y que incluya los documentos que internamente den muestra del proceso y de la toma de decisiones de forma coherente y racional, acaba siendo clave en el momento de defender la posición del contribuyente en caso de comprobación y facilita el cumplimiento del requisito o principio de *reasonability* que mencionamos en el capítulo siguiente. Igualmente, no se debe obviar tampoco la relevancia de las cláusulas contractuales a efectos judiciales, tal y como indica FLOOD, a modo de ejemplo, en el caso *Cytec*, donde el tribunal basó su conclusión sobre la existencia de una transferencia de intangibles relevantes en la operación de reestructuración, en la interpretación de una lista extensa de contratos y documentos que el propio contribuyente había suscrito, en concreto, un acuerdo de *joint-venture*, el contrato de compra de previo de participaciones en la operación de *buy out* y diversos documentos y contratos relacionados con la operativa post reestructuración. FLOOD, H.: “Norway – Business Restructuring: The Question of the Transfer of Intangible Assets” en *International Transfer Pricing Journal*, July/August 2008, p.178. *Decision of the Court of Appeal of Eidsivating (26 Sept. 2007)*, *Cytec Norge GP AS and Cytec Overseas Corporation Filial v. Utenlandsk Foretak*, 2006-180819.

<sup>43</sup>En este mismo sentido, vid. MONSENEGO, J.: “International – The Substance Requirement in the OECD Transfer Pricing Guidelines: What Is the Substance of the Substance Requirement?” en *International Transfer Pricing Journal*, (Volume 21), No.1, January/February 2014, p.9.

prevalecer a efectos de análisis en materia de Precios de Transferencia es la realidad de la operación y de las funciones, riesgos y conducta de las partes, es decir, el fondo real (la *substance*) no la forma.<sup>44</sup>

Por tanto, partiendo de la premisa inicialmente indicada, se concluye que (i) el examen de las cláusulas contractuales se postula como ejercicio esencial en el desarrollo del análisis funcional, (ii) la preparación y existencia de documentación escrita sobre la reestructuración adquiere especial relevancia en este tipo de operaciones y (iii) sin perjuicio de todo lo anterior, debe prevalecer la realidad a efectos de análisis en esta materia.

En el examen de las cláusulas contractuales se debe tener en cuenta la posible presencia de un elemento diferenciador entre operaciones vinculadas e independientes. Se trata de la existencia de *intereses divergentes* entre las partes. En efecto, en operaciones entre entidades independientes, la presencia de intereses distintos asegura que ambas partes busquen que la otra cumpla con los términos del acuerdo o contrato o que, si el mismo es ignorado o modificado, lo sea sólo si es en interés de ambas partes. Por el contrario, en operaciones entre entidades vinculadas, aunque jurídicamente se trate de sujetos de derecho diferenciados (matriz y filial, por ejemplo), puede que no exista tal divergencia de intereses, sobre todo cuanto mayor sea la dependencia económica y/o accionarial de una empresa sobre la otra u otras.<sup>45</sup> Por este motivo, en el análisis de operaciones vinculadas es relevante examinar si de la conducta de las partes vinculadas se concluye que actúan conforme a los términos contractuales acordados o si, por el contrario, no actúan de conformidad a los mismos o incluso éstos son falsos. De darse esta última situación, conforme a los apartados 1.48 y 1.53 de las Directrices ya comentados, lo que

---

<sup>44</sup> Así lo indica también expresamente el apartado 43 de la nueva Sección D del Capítulo I propuesto por la OCDE que, basándose en el apartado 9.23 de las Directrices, textualmente establece: "*In line with the discussion above in relation to contractual terms (see Section D.1), it must be considered in each case whether an allocation of risk contained in written contracts is consistent with the factual substance of the transaction as reflected in the conduct of the parties. Where differences exist between contractual terms related to risk and the conduct of the parties, the parties' conduct in the context of the consistent contractual terms should generally be taken as the best evidence concerning the actual allocation of risk.*" *OECD BEPS Action 8, 9...*, p.17.

<sup>45</sup> Como indican LÓPEZ DE HARO y MONTES, en el marco de las relaciones de negocio en el seno de grupos multinacionales prima el denominado "interés del negocio global", que lleva a tomar decisiones en beneficio del interés del grupo aunque suponga un perjuicio para una de sus unidades, mientras que en el ámbito de los negocios entre partes independientes la confluencia es entre "intereses particulares". LÓPEZ DE HARO ESTESO, R. y MONTES URDÍN, J.: "Los procesos de reestructuración empresarial" en Cordón Ezquerro, T., *Fiscalidad de los precios de transferencia (operaciones vinculadas)*, AEDAF-CEF, 2010, cap. 14, p. 542.

prevalece es la asignación de funciones y riesgos que se deriva de la realidad de la operación, más allá de las cláusulas contractuales.

Finalmente, se ha de indicar que el acceso a información sobre cláusulas o términos contractuales puede ser muy limitado cuando a operaciones entre entidades independientes se refiere. El efecto de estas deficiencias en la información sobre el análisis de comparabilidad y la fiabilidad de los resultados obtenidos, dependerá básicamente del tipo de operación analizada y método de valoración seleccionado. A modo de ejemplo, tal y como ya se ha comentado, la falta de información indicada puede afectar de forma relevante al análisis si se está aplicando el método del "Precio libre comparable", por cuanto éste es muy sensible a cualquier diferencia relevante que pudiera existir y de la que no se pueda tener constancia. En este mismo sentido, en el análisis de operaciones con intangibles, el conocimiento del derecho cedido, plazo, área geográfica, sujeto inversor y exclusividad es esencial para garantizar la identificación de operaciones comparables.

#### D) *Las circunstancias económicas*<sup>46</sup>

El precio de mercado de unos mismos bienes y/o servicios puede variar de un mercado/país a otro. Ello es debido a las diferentes circunstancias económicas que rodean el mercado en el que se comercializan los productos. Dichas circunstancias o factores son variados: ubicación geográfica, presencia y peso de los competidores, poder de compra de los clientes, presencia de bienes y/o servicios sustitutivos, distribución de la demanda en el propio país, poder de negociación de proveedores y clientes, regulación, coste de producción, coste de inversión, coste y calidad de la mano de obra, costes logísticos, nivel del mercado (mayorista o minorista), las facilidades de entrada en el mismo, tipología de infraestructuras, cercanía a otros mercados potencialmente muy beneficios, etc.

En este sentido, la OCDE en su informe de septiembre de 2014 sobre intangibles,<sup>47</sup> introduce nuevos apartados relativos a los denominados "*location savings*", a los que se

---

<sup>46</sup> Este factor de comparabilidad se recoge en los apartados 1.55 a 1.58 de las Directrices, tres de los cuales se incorporan a resultados de la actualización de julio 2010, con lo que la OCDE está reconociendo la incidencia y relevancia que el mismo ha adquirido en los últimos tiempos.

hará referencia en el capítulo V de este trabajo, y sobre lo que califica como “otros rasgos o características de los mercados locales”<sup>48</sup>. Respecto a estos últimos, se hace mención de (i) el peso geográfico del mercado donde se venden los productos, (ii) el poder de compra y de preferencia de sus productos por parte de los empresarios locales o (iii) el grado de competencia existente.

Autores como PORTER<sup>49</sup> han profundizado en la identificación de aquéllos que considera más relevantes y que más definen un mercado, que diferencia del resto de elementos que califica sólo de “factores”, desarrollando el conocido como “*Porter’s five Forces Model*”, que resumimos en el siguiente cuadro.



La existencia de ciclos, bien sean económicos, de negocio o de producto, también es un elemento que puede afectar al análisis de comparabilidad y que se debe tener en cuenta. En este sentido, la utilización de datos financieros de varios años en la realización de los análisis económicos a través de la aplicación del método de valoración seleccionado, puede paliar el efecto de los ciclos y permitir reflejar un precio de transferencia adecuado, al tener una visión completa de una operativa a lo largo de todo un ciclo. Igualmente, la utilización de datos de diversos años se puede usar para justificar el rechazo de operaciones o empresas potencialmente comparables.<sup>50</sup>

---

<sup>47</sup> OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, *Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles* (Sept. 2014).

<sup>48</sup> Nuevos apartados 1.80 a 1.84 y 1.85 a 1.114 respectivamente que, posteriormente, se trasladarán a la nueva Sección D del Capítulo I que incorpora el ya citado Informe de la OCDE que revisa el Capítulo I de las Directrices.

<sup>49</sup> E. PORTER, M.: “*The five competitive forces that shape strategy*”, en *Harvard Business Review*, January 2008, pp. 78-93.

<sup>50</sup> Ap. 3.75 a 3.79 de las Directrices.

Sin perjuicio de lo anterior, el analista debe tener en cuenta que la práctica administrativa y normativa locales de cada país pueden no estar totalmente alineadas con la OCDE en este aspecto, como es el caso de la India, donde la Administración Tributaria tiende a limitar sólo a casos específicos el uso de datos financieros de varios años a efectos de comparabilidad.

Con relación a la ubicación geográfica de los mercados, es importante no simplificar el análisis, diferenciando sólo a nivel global (UE, América, Asia, etc.), ni todo lo contrario, es decir, distinguiendo a nivel de mercados domésticos. Habrá que estar al tipo de producto o servicio comercializado, por cuanto en algunas industrias puede hablarse de grandes mercados regionales que abarcan diversos países con resultados razonablemente homogéneos, mientras que en otros casos existen diferencias significativas de un país a otro.

Finalmente, cabe indicar que son habituales situaciones en las que grupos multinacionales están presentes en diversos países cuyos mercados son bastante homogéneos, con lo que cabría plantear la realización de un análisis de comparabilidad y económico que abarcara a todos los países. Sin embargo, no se debe obviar el hecho de que aun existiendo cierta homogeneidad en los mercados, pueden existir diferencias importantes que afectan a la actividad del grupo en cada uno de esos países, y que se reflejan en la operación o empresa vinculada analizadas. A modo de ejemplo, se puede citar el mayor o menor peso de unos productos u otros en cada mercado, el desarrollo de funciones distintas en cada país y, por tanto, la asignación desigual de riesgos o la presencia de estrategias de negocio o circunstancias económicas diferenciadas. Por tanto, se puede plantear la realización de un análisis de comparabilidad y económico agrupando operaciones y o empresas de diversos países, en los que existe cierta homogeneidad de mercado, pero siendo conscientes de que la presencia de diferencias significativas entre unas operaciones y/o empresas y otras puede reducir la fiabilidad del análisis y su resultado.<sup>51</sup>

---

<sup>51</sup> A este respecto, la propia OCDE puso de manifiesto el uso abusivo de estudios de benchmarking regionales por parte de los grupos multinacionales a la hora de preparar la documentación sobre operaciones vinculadas, afirmando que si bien de una parte simplificaba el proceso de elaboración de la documentación y de la identificación de potenciales empresas comparables, de otra disminuía considerablemente el grado de fiabilidad de los análisis. En este sentido, la OCDE aboga claramente por el uso de comparables locales cuando estos existan y sólo acudir a nivel regional si es necesario, pero no

### E) *Las estrategias de negocio*<sup>52</sup>

Estamos ante un factor de comparabilidad que, como se verá más adelante, adquiere especial relevancia en las operaciones de reestructuración, por cuanto detrás de éstas siempre hay una decisión (estrategia) de negocio y son el punto de partida para el análisis de la “racionalidad” de la operación realizada.

Las estrategias de negocio que fijan las empresas se deben tener en cuenta al determinar la comparabilidad entre operaciones/empresas vinculadas y no vinculadas. Estas estrategias pueden abarcar cualquier área del negocio, yendo desde la mayor o menor aversión al riesgo, la política de inversiones, la diversificación de divisiones y/o productos, el impacto de leyes laborales, la política comercial o la de innovación, entre otras, hasta los planes de penetración o posicionamiento en nuevos mercados o de ampliación de la cuota en mercados en los que la empresa ya está presente.

Con relación a estos últimos, las estrategias de penetración o ampliación de cuota en los mercados plantean numerosos problemas frente a las administraciones públicas al suponer una reducción en la rentabilidad de las empresas, bien sea por los costes adicionales en publicidad y marketing que suelen conllevar, bien por la reducción en el precio de venta de los productos respecto de productos comparables de terceros, todo ello con el objetivo de lograr una mayor rentabilidad en el futuro. En efecto, las administraciones públicas cuestionan estas políticas cuando las mismas se prologan en el tiempo sin lograrse el objetivo buscado, por cuanto se entiende que una empresa independiente no mantendría una situación de rentabilidad baja o negativa indefinidamente en el tiempo. En estos casos, se hace necesario realizar mayores análisis para averiguar los motivos del escaso éxito de la iniciativa y poder concluir si es razonable su mantenimiento e incluso si lo fue su puesta en marcha. Para ello es esencial poder disponer de la documentación que explique los planes de negocio, los estudios de mercado realizados y, en definitiva, la estrategia de penetración en el mercado que se puso en marcha.

---

por razones de simplificación o comodidad. *OECD White Paper on Transfer Pricing Documentation*, 30 July 2013, ap. 77.

<sup>52</sup> Ap. 1.59 a 1.63 de las Directrices.

En este mismo sentido, estas estrategias son fácilmente cuestionables por las administraciones públicas si (i) del examen de la conducta de las partes se concluye que alguna de ellas o ambas no han seguido estrictamente el plan o estrategia establecidos o si (ii) la estrategia establecida no es acorde al PLC teniendo en cuenta la distribución de funciones y riesgos entre las partes. A modo de ejemplo, el primer caso se daría cuando habiéndose acordado la reducción del precio de venta del fabricante al distribuidor vinculado para lograr una mayor penetración en el mercado, del examen de los hechos y de la conducta de las partes resultase que el distribuidor no hubiese trasladado a sus clientes la reducción del precio ni realizado actividades adicionales de publicidad ni marketing, con lo que para el fabricante no tendría racionalidad económica el vender a precio más bajo a su distribuidor. Con relación al segundo caso, se daría cuando el coste de implementación de la nueva estrategia de negocio fuese soportado por la entidad filial del grupo que opera en el mercado donde se quiere aumentar la cuota, sin tener en cuenta que dicha filial actúa como mera agente comercial sin desarrollar función o responsabilidad alguna a medio-largo plazo sobre el negocio o el posicionamiento de los productos en los respectivos mercados.

En definitiva, la pregunta a responder es si dos empresas independientes siguiendo una determinada estrategia de negocio, razonablemente esperarían obtener una rentabilidad futura suficiente que justificase soportar los costes de aquélla (o una baja, nula o negativa rentabilidad) durante un periodo de tiempo determinado. En cualquier caso, el mero hecho de que determinada estrategia, sobre todo si es de penetración en mercados, no haya logrado sus objetivos no implica, en si misma, que dicha estrategia deba ser ignorada o rechazada por las administraciones públicas a efectos de análisis en materia de precios de transferencia, siendo necesario que justifiquen la no razonabilidad de aquélla y su no adecuación al PLC.

### **2.3.- El no reconocimiento de las operaciones ("*Disregard Clause*")**

Como norma general, en un proceso de comprobación de las operaciones vinculadas las administraciones públicas deben basarse en las operaciones tal y como han sido estructuradas por los contribuyentes y utilizando igual metodología que la aplicada por

éste, siempre y cuando sea consistente con los métodos descritos en el Capítulo II de las Directrices.

Sólo en casos excepcionales las administraciones públicas pueden ignorar la operación tal y como ha sido estructurada, modificando las condiciones de ésta o sustituyendo aquélla por otra. Los apartados 1.64 a 1.69 de las Directrices recogen esta posibilidad de no reconocimiento de la configuración inicial de las operaciones a través de la conocida como “*Disregard Clause*”.

Esta cláusula se asemeja a las tradicionales normas anti abuso de Derecho, en el sentido de que permite modificar las condiciones de la operación o directamente sustituir ésta por otra, sin embargo en su esencia debe ser considerada como otro elemento más en el análisis sobre la correcta aplicación del PLC, junto al análisis de comparabilidad y al resto de elementos indicados, siendo aquél su objetivo. En este sentido, la *Disregard Clause* es el elemento o herramienta que complementa y completa el análisis de comparabilidad, por cuanto actúa precisamente cuando a resultas del mismo, en especial del análisis de la atribución de funciones y riesgos entre las partes, se concluye que bien la configuración o forma de la operación no coincide con el fondo de la misma, bien coincidiendo ambas, esta última no es económica-comercialmente racional de modo que no es posible establecer un precio de transferencia adecuado al PLC. Es entonces cuando se abre la posibilidad de ignorar en todo o en parte la atribución de riesgos y funciones y reconfigurar las condiciones de la operación, todo ello con el objetivo de lograr fijar un precio de transferencia adecuado al PLC.

Esta función “correctora”, “recalificadora” o “recharacterizadora” de la *Disregard Clause* se aplica a toda operativa vinculada, con las particularidades y/o adaptaciones necesarias según la tipología de éstas, de ahí que, centrándonos en las operaciones de reestructuración, consideremos esta cláusula como un elemento de análisis “corrector” en el proceso de validación de la reestructuración a efectos de la normativa sobre Precios de Transferencia.

En el capítulo V de este trabajo se comenta en profundidad la *Disregard Clause*, así como su especial incidencia en las operaciones de reestructuración, a las que las

Directrices dedican una sección completa del Capítulo IX, en concreto la sección o parte IV. Para evitar duplicidades, nos remitimos en todo al indicado capítulo V.

#### **2.4.- La existencia de pérdidas**

La presencia de resultados negativos en las empresas u operativas ha ido adquiriendo mayor relevancia como elemento a considerar en el análisis sobre la adecuación al PLC de los precios de transferencia, sobre todo en su fase inicial de identificación de situaciones de mayor riesgo en esta materia. Inicialmente recogido sólo en los apartados 1.70 y 1.71 de las Directrices<sup>53</sup>, éstos centran el supuesto en la existencia de una entidad del grupo que presenta pérdidas de forma regular mientras que el grupo refleja resultados positivos, es decir, se realiza sólo una comparativa empresa-grupo. A partir de ahí, se establece esta situación como indicativa de un posible problema de precios de transferencia, si bien no de forma taxativa y definitiva, en el sentido de (i) aceptarse que las pérdidas pueden deberse a otros factores (*start up*, crisis económicas u otras razones de negocio o gestión) que en cualquier caso habrá que justificar, y (ii) que empresas independientes también obtienen pérdidas aunque no mantendrían esta situación de forma indefinida en el tiempo. A este respecto, entre otros mencionan las Directrices el supuesto en el que una empresa obtiene pérdidas de forma recurrente al desarrollar una actividad que si bien no es rentable individualmente, sí lo es globalmente para el grupo (sería el caso, por ejemplo, de la fabricación de productos poco rentables pero necesarios para la comercialización del resto de gamas). En estos escenarios, conforme al PLC, la empresa afectada debería ser remunerada adicionalmente con un precio de transferencia adecuado al PLC o compartir parte del beneficio que indirectamente traslada al resto del grupo, por cuanto una empresa independiente no aceptaría esta situación indefinidamente.

Recientemente, debido a la preocupación de los países y autoridades fiscales por el aumento de resultados negativos en las empresas y ante la sospecha de que en varios casos aquéllos pueden responder a variaciones en la política de precios de transferencia en el seno de los grupos multinacionales o a la implementación de estructuras fiscales

---

<sup>53</sup> El apartado 1.72 liga la existencia de pérdidas a la incidencia de las estrategias de negocio, en el sentido ya indicado en el apartado 2.2.2.5 anterior.

agresivas de baja tributación, la OCDE ha incluido este elemento como uno de los indicadores de riesgo relevante en materia de Precios de Transferencia en su documento *Handbook on Transfer Pricing Risk Assessment*.<sup>54</sup>

Este documento recoge en sus apartados 62 a 64 la misma argumentación y supuesto establecido en sus homólogos 1.70 y 1.71 de las Directrices. Sin embargo, y aquí la novedad, va más allá al introducir también el supuesto de variaciones o diferencias importantes en las rentabilidades de las compañías, así como ampliar la comparabilidad no sólo con respecto al grupo, sino también con relación a compañías concretas del mismo, estándares del sector o potenciales compañías comparables.<sup>55</sup>

A este respecto, se debe precisar que este informe de la OCDE no tiene por objetivo fijar unas directrices para el análisis de la correcta aplicación del PLC en operaciones vinculadas, sino el de identificar los supuestos e indicios que pueden ser indicativos de la existencia de un problema de precios de transferencia, sirviendo de este modo de guía a las administraciones tributarias (y a las empresas) tanto para identificar los potenciales riesgos como para fijar prioridades a la hora de comprobar las operaciones vinculadas.<sup>56</sup> Sin perjuicio de lo anterior, no se puede negar que los nuevos supuestos y argumentaciones que se incluyen en su texto amplían el campo y entendimiento del intérprete a la hora de aplicar el elemento de la existencia de pérdidas en el análisis de la aplicación del PLC. Además, algunos apartados son, en un sentido finalista, auténticas directrices, como es el caso del apartado 59 que recoge el supuesto en el que no sólo la entidad analizada, sino también el grupo al que ésta pertenece, presentan resultados negativos. Para este caso, la OCDE sienta la premisa (o directriz) según la cual el hecho de que el grupo esté en pérdidas no significa que deba ser aceptable compartir las mismas, por cuanto una empresa independiente esperaría obtener una rentabilidad de una operación comercial concreta, independientemente del hecho de que a la persona o entidad con quien realiza la misma le resulte igualmente rentable o no.

---

<sup>54</sup> *OECD Global Forum on Transfer Pricing, Draft Handbook on Transfer Pricing Risk Assessment, 30th April 2013.*

<sup>55</sup> Apartados 53 a 61.

<sup>56</sup> En cualquier caso, mencionar que de facto la Inspección ya venía realizando este tipo de análisis previo.

En definitiva, la existencia de pérdidas es un elemento más a considerar en el análisis sobre la adecuación al PLC de los precios de transferencia fijados en una operativa vinculada, siendo lo relevante, a estos efectos, identificar adecuadamente las razones de la existencia de pérdidas, valorar si una empresa independiente mantendría dicha situación y, finalmente concluir o no sobre la razonabilidad o no de la situación al albur del PLC. Adicionalmente, de un tiempo a esta parte, este elemento ha adquirido importancia como un factor identificativo del nivel de riesgo existente en esta materia.

## **2.5.- El efecto de las políticas de los gobiernos**

El intervencionismo de los poderes públicos en la actividad económica vía control de cambios, fijación de precios mínimos o máximos en algunos sectores, control o limitación de intereses o de los cargos por servicios, subvenciones, etc. son un factor más a tener en cuenta para la correcta fijación y validación de los precios de transferencia, actuando especialmente en el momento de valorar la necesidad o no de realizar ajustes en el análisis económico. En efecto, la presencia del factor “público o político” se debe considerar como una condición más de la operativa objeto de análisis, cuando se profundiza sobre cuáles serían las condiciones que entidades independientes fijarían en situación similar y dando lugar a un ajuste, sobre todo si las limitaciones o controles públicos los ha fijado el país de que se trate sólo para transacciones entre empresas vinculadas, no entre independientes, divergencia ésta que suele ser habitual. A modo de ejemplo, sería el caso de la fijación de un margen mínimo de rentabilidad a obtener por la distribuidora local en la reventa de los productos adquiridos a la fabricante extranjera del grupo. En estos casos, la existencia de este condicionante afecta a la fijación del precio de transferencia entre fabricante y distribuidora vinculados y, por tanto, se debe tener en cuenta cuando se realiza la comparativa con operativas similares entre empresas independientes, no afectadas por dicho control público.

Cuestión más compleja es la que recogen los apartados 1.76 y 1.77 de las Directrices, en los que el control público se traduce en un bloqueo de los pagos/cobros, como suele suceder en algunos países como Argentina, Venezuela o Argelia, por ejemplo. En estos casos ya no se trata de que se deba considerar la necesidad de realizar un ajuste con relación a la comparativa con operaciones o empresas independientes, es que lo

planteable es si estas últimas realmente accederían a realizar la operación en dichas condiciones. Así las cosas, ante esta situación y la posible ausencia de comparables independientes, el análisis se debe centrar en la razonabilidad económica y comercial de la actuación del contribuyente. A modo de ejemplo, una empresa accedería a poner en marcha una operativa vinculada con una filial distribuidora en un país con un férreo control de los pagos exteriores si, finalmente y a pesar de las demoras en los pagos/cobros, la rentabilidad final de la operación fuera suficiente y, además, hubieran otras razones de negocio no puramente financieras (presencia internacional, país y/o socio estratégico, etc.).

En definitiva, el efecto de las políticas de los gobiernos es un elemento más a tener en cuenta en el análisis sobre la adecuación al PLC de los precios de transferencia fijados en una operativa vinculada, que suele traducirse en la necesidad de realizar ajustes al entrar en el análisis puramente económico de las operaciones.

## **2.6.- La utilización del valor en aduana**

El valor de las mercancías declarado en las aduanas es el elemento de menor peso o relevancia a efectos del análisis que nos ocupa<sup>57</sup>, siendo factible que se intente utilizar por alguna de las partes en las actuaciones inspectoras. Sin embargo, no es válida su utilización para justificar un posible ajuste en los precios de transferencia por parte de las administraciones tributarias ni lo contrario, esto es, su uso por el contribuyente para argumentar la adecuación de aquéllos al PLC.

Los motivos claramente son dos. De una parte, los métodos de valoración y fijación del valor en aduana de las mercancías son en su mayoría distintos de los establecidos por la OCDE a efectos de Precios de Transferencia. De otra, el efecto de la “factura fiscal” suele incidir a la baja en las empresas a la hora de declarar el valor en aduana de las mercancías, en especial entre sujetos vinculados, por cuanto siempre buscan pagar lo

---

<sup>57</sup> Lo que no obsta para reconocer su relevancia en el momento de planificar cualquier reestructuración u operativa empresarial, por cuanto el coste fiscal-aduanero puede variar mucho de un país a otro siendo, en la práctica, un elemento que siempre se analiza conjuntamente con el específico de precios de transferencia.

menos posible.<sup>58</sup> A los anteriores, acertadamente LEVEY y EISEN<sup>59</sup> apuntan otros dos factores diferenciales más específicos o técnicos y que ahondan en la problemática adicional a que puede dar lugar la interacción de ambas valoraciones, en concreto se refieren (i) al hecho de que el análisis en materia de precios de transferencia en las operaciones vinculadas se suele hacer de forma más global o agregada, mientras que la valoración a efectos aduaneros es totalmente transaccional, es decir, transacción por transacción, y (ii) al impacto retroactivo que podría tener sobre la declaración aduanera la realización de un ajuste posterior de los precios de transferencia.

Lo anterior no significa que el valor en aduana no tenga utilidad, todo lo contrario, con las precauciones y matices indicados éste puede ser valor mínimo de referente en aquellos casos en los que, por ejemplo, el método de valoración se haya basado en el coste de la mercancía. Además, lo cierto es que la declaración en aduana puede aportar información muy valiosa sobre las condiciones de la operación, más allá del mero valor (precio) declarado de la mercancía.<sup>60</sup>

En conclusión, el valor en aduana de los productos se puede considerar en algunos casos a los efectos de mero referente mínimo del precio de transferencia, siendo lo verdaderamente relevante a efectos de análisis en esta materia la información adicional que sobre las condiciones de la operación puede aportar la propia declaración aduanera.

### 3.- RELEVANCIA DE LA ASIGNACIÓN DE RIESGOS EN LAS OPERACIONES DE REESTRUCTURACIÓN (Parte I Capítulo IX Directrices)

El estudio de la asignación de riesgos, con las funciones que suelen llevar aparejados, es un elemento esencial en el análisis sobre la adecuación al PLC de la operación de reestructuración, afectando no sólo a la operación en sí misma, sino también y

---

<sup>58</sup> De hecho, tal y como afirman LEVEY, M. y EISEN, R. igualmente la motivación y el "*approach*" de las propias administraciones tributarias son también distintos en función de si se trata de precios de transferencia o de aduanas. LEVEY, M y EISEN, R.: "Transfer pricing and Customs in the United States: Where if at all they converge?" en *WWTPR-e-Journal*, July/August 2013, p. 27.

<sup>59</sup> LEVEY, M y EISEN, R.: "Transfer pricing...", p. 26.

<sup>60</sup> A modo de ejemplo, cuando la transacción es entre empresas vinculadas, la autoridad aduanera americana (*US Customs*) tiene establecido, entre otros, el denominado *COS Test* ("circumstances of the sale test"), con el objetivo de examinar las circunstancias que rodean la operación y concluir sobre si la relación habida entre las partes ha incidido o no en la fijación del precio. U.S.C. 1401a(b)(2)(C).

especialmente a la situación previa y a la posterior. Como se indica al principio de este capítulo, es patente la relevancia del análisis de riesgos en toda reestructuración, por cuanto ésta en su esencia es, en palabras de LONGARTE,<sup>61</sup> una reubicación directa de funciones y riesgos, e indirecta de activos, entre empresas del mismo grupo. En efecto, el elemento principal en toda reestructuración es la transmisión directa de riesgos y funciones de una o varias empresas de un grupo hacia otras empresas del mismo, que puede conllevar igualmente la transferencia de los activos (tangibles e intangibles) asociadas a aquéllas y que se califica de indirecta por cuanto el negocio u objetivo principal no debe ser el traspaso de los activos, sino la reasignación de funciones y riesgos.<sup>62</sup> Dicho esto, nada obsta, y de hecho ocurre con frecuencia, para que en el seno de una reestructuración "parte" de las funciones, riesgos y activos finalmente acaben siendo transferidos a un tercero. Sería el caso, por ejemplo, de la conversión de un distribuidor pleno en mero agente o representante, traspasando la función de ventas y el fondo de comercio a otra empresa del grupo pero la parte logística, que hasta la fecha desarrollaba también el antiguo distribuidor, a un proveedor externo.

Como se comentará en capítulos posteriores, para la validación y comprensión a efectos del PLC de la reestructuración realizada es necesario conocer y analizar la asignación de riesgos (y funciones aparejadas) derivada de la propia reestructuración, así como la que existía previamente entre las entidades afectadas, factores ambos que también determinarán la fijación de la nueva política de precios de transferencia en la situación posterior.

---

<sup>61</sup> LONGARTE CIFRIÁN, I.: " Reestructuraciones...", p.357.

<sup>62</sup> Esta reasignación es la que aleja el concepto de *business restructuring* del Capítulo IX de otros supuestos en los que se aplican cláusulas similares pero que realmente no ha habido ninguna transferencia de funciones y riesgos. Siguiendo a RASCH y SCHMIDTKE, sería el caso de algunos de los ejemplos que facilita la normativa alemana en su regulación sobre transferencia internacional de funciones entre empresas vinculadas. En concreto, el apartado 26 recoge un ejemplo de un grupo multinacional que decide aumentar su actividad productiva implantando una nueva factoría en Asia, en lugar de incrementar la actividad productiva de la fábrica ubicada en Alemania. En dicho ejemplo, las autoridades fiscales alemanas entienden que igualmente es aplicable la normativa alemana de transferencia de funciones aun cuando realmente *de facto* no se haya producido tal transmisión, por cuanto la factoría alemana no ha visto disminuida su actividad productiva. Estamos, por tanto, ante un supuesto que, como indican los autores citados, no encajaría en el concepto de *business restructuring* del Capítulo IX de las Directrices. *Principles for the Audit of the Allocation of Income between Related Persons in Cases of Cross-Border Transfer of Business Functions (Administration Principles- Business Restructurings)*, *Federal Law Gazette (2010)*, part. I, at. 774. - RASCH, S. y SCHMIDTKE, R.: "OECD Guidelines on Business Restructuring and German Transfer of Function Regulations: Do Both Jeopardize the Existing Arm's Length Principle?" en *International Transfer Pricing Journal*, January/February 2011, p. 59.

De ahí que aun cuando esta primera parte del Capítulo IX de las Directrices esté focalizada en el análisis de los riesgos (y funciones) en operaciones de reestructuración, lo cierto es que los apartados allí incluidos desarrollan las directrices generales en esta materia recogidas en los apartados 1.42 a 1.53 del mismo texto, por lo que se puede predicar su aplicación en general a todo análisis funcional y de riesgos que se realice en operaciones vinculadas.<sup>63</sup>

En el examen de los riesgos en operaciones de reestructuración, se parte de la premisa de acudir inicialmente a los términos o cláusulas contractuales acordadas entre las partes, en el buen entendimiento de que (i) para este tipo de operaciones es altamente recomendable reflejar documentalmente cómo se han estructurado las operaciones, los motivos, el potencial rendimiento que puede suponer, los efectos en los diversos sujetos intervinientes, las transferencias de activos, etc. y (ii) las mismas deben reflejar la correcta atribución de riesgos entre las partes vinculadas.

Así mismo, al igual que se establece a efectos generales, se reconoce expresamente que cuando no se identifiquen acuerdos o términos escritos, sea cual fuere el formato elegido (el “*business or restructuring plan*” por ejemplo), las relaciones contractuales acordadas entre las partes se deducirán de la conducta de éstas y de las normas y principios económicos y del comercio que gobiernan las relaciones comerciales entre empresas independientes.<sup>64</sup>

Dicho esto, y conforme a los apartados 1.64 a 1.69 de las Directrices ya mencionados, las administraciones tributarias pueden poner en duda la asignación o atribución de riesgos establecida contractualmente si (i) la misma no es acorde con el fondo o *substance* de la operación, es decir, si tras el examen de las condiciones en las que efectivamente se realizó la operación resulta una atribución de riesgos (y funciones)

---

<sup>63</sup> Tal y como se ha ido indicando ya en apartados anteriores de este trabajo, la influencia del contenido del Capítulo IX de las Directrices es clara en toda la reforma del Capítulo I auspiciada por la OCDE, pero no se puede negar la evidencia de que los aspectos esenciales que ahora se promueven ya están incluidos en la redacción actual de las Directrices, sólo que no con el desarrollo que encontramos en el Capítulo IX ni la ampliación de algunos aspectos que incluye la reforma actual que incluye el Plan BEPS de la OCDE. En otras palabras, el análisis de riesgos y funciones con base a la conducta de las partes y realidad económica de la operación ya viene recogido en la actual versión del Capítulo I, cuestión distinta es que hasta la fecha las administraciones públicas y las empresas no las hayan tenido suficientemente en cuenta.

<sup>64</sup> Ap. 9.11 de las Directrices.

distinta de la acordada contractualmente<sup>65</sup> o si (ii) habiendo coincidencia, se concluye que la atribución de riesgos no es económica y comercialmente racional y, por tanto, no se adecua al PLC.<sup>66</sup>

El primero de los dos supuestos es foco de especial atención de las administraciones públicas, al identificar operaciones de reestructuración en las que documentalmente (contractualmente) y a resultas de éstas, se reducen las funciones y riesgos de una determinada empresa, fijándose una nueva política de precios de transferencia que implica una menor remuneración de dicha empresa respecto a la situación preexistente, pero que, tras realizar un análisis de las funciones y riesgos de ésta, resulta que nada ha cambiado (tan sólo la remuneración, que ahora es menor), esto es, la reestructuración ha sido meramente “formal”.

El segundo caso es más complejo de analizar y, sobre todo, de resolver, al suponer la existencia de operaciones de las que finalmente resulta una asignación de riesgos y funciones que si bien es acorde a los términos contractuales pactados, se concluye que no es racional, esto es, que comercial y económicamente no se daría entre partes independientes. El uso del tiempo condicional no es baladí, dado que el mero hecho de no identificar una asignación de riesgos y funciones similar en operaciones comparables independientes no supone *per se* que aquélla sea contraria al PLC, tal y como se encarga de recordar la directriz general del apartado 9.19<sup>67</sup>. Por consiguiente, se debe ir más allá y, considerando todos los factores de análisis y circunstancias de la operación, concluir sobre si la asignación de riesgos y funciones que resulta de la operación es o no racional.<sup>68</sup>

---

<sup>65</sup> Lo que es reflejo del ya comentado principio de la *substance over form*.

<sup>66</sup> Recientemente, el ya citado *OECD Action Plan on BEPS*, cita expresamente en el apartado relativo a Precios de Transferencia, en concreto en su *Action 10ª*, la necesidad de clarificar las circunstancias en las que las administraciones tributarias pueden poner en duda la configuración de las operaciones tal cual ha sido realizada por los contribuyentes y proceder a su recharacterización. « *OECD Act...* » ob. cit. p. 20-21.

<sup>67</sup> Como ya se ha indicado a lo largo de este trabajo e igualmente se insistirá en ello, dentro de los grupos multinacionales se pueden identificar sinergias y operativas que difícilmente cabe encontrar en empresas independientes, por cuanto son propias de una actuación coordinada o conjunta con otras entidades en pro de un interés común, más allá del meramente individual.

<sup>68</sup> Es preocupante cómo la OCDE parece iniciar un nuevo camino de vuelta y contrario a sus propias Directrices cuando en su reciente informe *Action Plan on BEPS*, parece dar a entender no ya que la ausencia de comparables independientes puede ser un indicativo claro de la existencia de una situación fraudulenta o calificable como BEPS (a su entender), sino que por el mero hecho de ser aquéllos escasos (el texto se refiere a “*transactions would only not very rarely occur between third parties*”) ya cabe presumir tal conclusión. En nuestra opinión, tal posición debe ser matizada y, en cualquier caso, no dar lugar a una presunción general de no adecuación de una operativa vinculada al PLC por la mera

En este punto es donde el análisis y las conclusiones sobre la asignación de riesgos y funciones en una operativa vinculada pueden llevar al intérprete a considerar bien la necesidad de realizar los ya comentados ajustes de comparabilidad, si entiende que la atribución de riesgos y funciones se adecua al PLC pero dadas las diferencias existentes con los comparables identificados se hace necesario -y se pueden- realizar dichos ajustes, bien a no reconocer dicha atribución si concluye que la misma no tiene lógica económica, es decir, no es conforme al PLC, en cuyo caso, tal y como se comentará en el capítulo V de este trabajo, se plantearía la aplicación de la *Disregard Clause* en aras a reconfigurar la asignación de riesgos y funciones al "exclusivo" objetivo de que al final se pueda fijar un precio de transferencia adecuado al principio indicado.<sup>69</sup>

Dicho esto, no se deben confundir las consecuencias derivadas del análisis de la atribución de riesgos y funciones a efectos de lograr la correcta aplicación del PLC, con otros supuestos e incluso instituciones como puedan ser casos de planificación fiscal agresiva o instituciones como el "Conflicto en aplicación de la norma", "Simulación" u otras normas anti-abuso típicas del Derecho. En efecto, desde 2012 se hizo patente el posicionamiento de la mayoría de países, a través de organismos supranacionales como la OCDE y la propia UE, contra la implementación de estructuras fiscales agresivas o de baja tributación,<sup>70</sup> que posteriormente cristalizó en el Plan BEPS al que se ha acabado adhiriendo el propio G20. Algunos casos con trascendencia judicial o administrativa conocida (caso Roche, Dell o Zimmer) suponen la estructuración de actividades comerciales complejas en un mismo territorio a través de diversas entidades filiales o

---

inexistencia o escasez de comparables independientes. En efecto, el matiz viene del contexto en el que se introduce la nueva mención, esto es, en relación con una presunta situación de elusión definida por la OCDE como BEPS, en la que se produce una doble no tributación de la renta o una tributación claramente inferior y en las que se han implementado estructuras más o menos artificiales, eso sí, entre entidades vinculadas de un mismo grupo multinacional, con el objetivo de separar una renta de su fuente y trasladarla a un territorio de nula o baja tributación. Por tanto, en ningún caso se puede entender que se está fijando una presunción en el sentido ya indicado, por cuanto sería contrario a la Directriz 9.19 y a los principios básicos en los que se sustentan las Directrices que, no olvidemos, (i) reconocen que en el seno de los grupos multinacionales se dan sinergias y operativas que difícilmente se podrían dar entre empresas independientes y (ii) no define la comparabilidad en términos absolutos sino relativos ("ser comparables no es ser idénticos"). *Action Plan on BEPS, Action 10.- Other High Risk Transactions.*

<sup>69</sup> A este respecto, los apartados 9.34 a 9.38 de las Directrices con relación al 1.69 y siguientes del mismo texto, ofrecen un ejemplo muy ilustrativo basado en la distribución del riesgo de inventario entre un fabricante y su distribuidor vinculado.

<sup>70</sup> Los ya mencionados, *Addressing Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) OECD Report (Feb. 2013)*, *OECD Draft Handbook on TP Risk Assessment (April 2013)*, *OECD Action Plan on BEPS (July 2013)*, *OECD Revise Discussion Draft on TP Aspects of Intangibles (July 2013)*; *EU Commission Recommendation on Aggressive Tax Planning (Dec 2012)*.

establecimientos permanentes que, individualmente considerados, son remunerados mínimamente aunque de forma adecuada a la función concreta y limitada que desarrollan, pero que globalmente considerada la actuación comercial del grupo en dicho territorio, cabe concluir que éste realiza una actividad económica completa y compleja siendo baja su remuneración total. Otros casos (Google, Amazon o Starbucks) reflejan la localización de la tesorería y de los intangibles de mayor valor del grupo en territorios con fiscalidad favorable, con cargos por *royalties* e intereses a las filiales comerciales, de modo que la actividad comercial cuya rentabilidad es menor se ubica en territorios de fiscalidad elevada y la actividad financiera y de servicios que es más rentable se sitúa en territorios con tributación más baja o nula tributación. Pues bien, algunos de estos casos podrán resolverse al albur de la normativa sobre Precios de Transferencia, en especial aquellos en los que simplemente la remuneración pactada no sea acorde a las funciones y riesgos que individualmente realice el contribuyente-empresa, cuando aquéllas no coincidan con lo estipulado en las cláusulas contractuales o simplemente si se concluye que las condiciones de la operación no se adecuan al PLC por carecer de lógica económica, como podría darse en determinados supuestos de financiación excesiva de filiales. Sin embargo, en muchos otros la aplicación de la normativa sobre Precios de Transferencia no es acertada, por cuanto probablemente estemos en casos de simulación, conflicto en aplicación de la norma, negocio indirecto o, simplemente, se trate de supuestos más novedosos de planificación fiscal agresiva (o de economía de opción totalmente válida) ya identificados en los informes antes indicados, para los que todavía se están articulando las normas de reacción, si es que caben,<sup>71</sup> y en los que, como ROZAS VALDES<sup>72</sup> afirma, cito textualmente, “*ni siquiera en el ámbito científico hay un acuerdo pacífico sobre cómo se han de calificar- y si son lícitas o ilícitas- ese elenco de comportamientos financieros de las multinacionales*”. En estos casos, entendemos que existe una errónea tendencia hacia la aplicación de la normativa sobre Precios de Transferencia que responde a la mayor simplicidad del

---

<sup>71</sup> En este sentido, la OCDE centra su interés en aquellos supuestos en los que no hay coincidencia entre el país donde se genera la renta, donde está el valor añadido, y el país que finalmente percibe la misma y donde se declara a efectos fiscales, así como en aquellos casos en los que se produce una doble desimposición o no imposición final de la renta.

<sup>72</sup> Como afirma este autor, cito textualmente, “*Fraus legis, evasión tributaria, abuso del Derecho, economía de opción, simulación negocial, son expresiones que se barajan, confunden y desconciertan en el tratamiento de la cuestión por quienes se enfrentan a su consideración –con mayor o menor rigor técnico- desde el Derecho, la Economía, la Política o la Sociología.*”. ROZAS VALDES, J.A.: “La cooperación por los beneficios de las multinacionales”, en [www.AEDAF.es/Trabajos\\_y\\_documentos/](http://www.AEDAF.es/Trabajos_y_documentos/), Sept. 2013, p. 1.

procedimiento de comprobación de las operaciones vinculadas (sobre todo respecto de los procedimientos que regulan la aplicación de normas anti-abuso), así como al indebido uso de la *Disregard Clause* con objetivos distintos al suyo propio, tal y como se comentará en el capítulo V de este trabajo.

En definitiva, toda validación de una reestructuración se debe iniciar con un análisis de la atribución de riesgos y funciones preexistente y de la que resulte de aquella, partiendo de las cláusulas contractuales, entendidas éstas en su sentido más amplio. A partir de ahí, se debe examinar además tres factores adicionales<sup>73</sup>:

- a) Si la conducta de las empresas vinculadas se adecua a la atribución de riesgos establecida contractualmente (fondo de la operación)
- b) Si la atribución de riesgos acordada se adecua al PLC
- c) Las consecuencias o efectos de la atribución de riesgos realizada.

A continuación, se desarrollan estos tres factores indicados.

### **3.1.- Adecuación de la conducta de las partes al fondo de la operación**

En el análisis de la atribución de riesgos (y funciones) en la operación de reestructuración, los factores de valoración que establecen las Directrices en general para el análisis de comparabilidad de operaciones vinculadas, no sólo son aplicables a las operaciones de reestructuración sino que alcanzan una especial relevancia, dada la importancia que adquiere en estas operaciones la reubicación o redistribución de funciones y riesgos entre las entidades implicadas.

En este sentido, las indicaciones del Capítulo IX en sus apartados 9.13 a 9.16 de las Directrices no aportan comentario adicional alguno a lo ya indicado en el apartado 2.2. B) de este trabajo respecto a los criterios o directrices generales, al que nos remitimos. Tan solo merece la pena indicar que la posible ausencia de intereses divergentes entre las entidades implicadas en una operación vinculada es mucho más común en

---

<sup>73</sup> Ap. 9.12 de las Directrices.

operaciones de reestructuración. En efecto, la mayor importancia de éstas en cuanto a los efectos que producen en el grupo, provoca que en este tipo de operaciones suele haber una entidad, la matriz o el grupo en general, que tenga la mayor fuerza e imponga su interés al resto de entidades que, bien no divergen en intereses, bien ni se lo plantean al no tener fuerza suficiente. De ahí la relevancia que adquiere en estas operaciones el cuidadoso examen de la conducta de las partes, para constatar que los términos en los que se acordó una determinada operativa, las cláusulas contractuales a las que se hacía referencia anteriormente, coinciden con la asignación de funciones y riesgos que realmente refleja el fondo o sustancia de la operación, esto es, la realidad de los hechos. Si no se da tal coincidencia, el intérprete debe atenerse a la realidad de los hechos a los efectos de continuar su análisis; es decir, debe estar a las funciones y riesgos reales que asumen (y que van a asumir a resultas de la reestructuración) las partes implicadas y al resto de condiciones de la operación a los efectos de valorar "subjetivamente" si éstas se adecuan o no al PLC, tal y como se indica a continuación ( todo ello sin perjuicio de las consecuencias adicionales que se deriven de la divergencia entre realidad y cláusulas contractuales).

### **3.2.- Si la atribución de riesgos acordada se adecua al PLC**

Una vez comprobado si las cláusulas contractuales acordadas por las partes se adecuan al fondo o sustancia de la operación, tal y como indicábamos en el apartado 2.2. B) de este trabajo, el paso siguiente es valorar si la propia asignación de riesgos (y funciones) que esta última realiza se adecua o no al PLC; es decir, se entra a valorar si aquella es en si misma conforme a dicho principio.

En este aspecto, los apartados 9.18 a 9.33 de las Directrices desarrollan el principio establecido por la directriz general del apartado 1.49 del mismo texto, a tenor del cual una asignación de riesgos (y funciones) lógica siguiendo el PLC sería aquella que otorgase mayor riesgo a la entidad que, a su vez, tuviese mayor "control" sobre el mismo. En este ámbito es claro el esfuerzo del CFA por ampliar en lo posible la directriz general indicada y por mejorar la redacción inicial de estos apartados, mediante la fijación de unas pautas de análisis y con la inclusión de algunas definiciones de

conceptos que no constaban en el borrador.<sup>74</sup> De este modo, el CFA minimiza en algo el grado de incertidumbre y subjetividad que conlleva este tipo de análisis, respondiendo, a su vez, a la preocupación que la "*business community*" le había trasladado en este sentido en los comentarios al borrador.<sup>75</sup>

Con independencia de la definición de conceptos como "control" o "capacidad financiera", que se comentan más adelante, como decimos, se establece una pauta de actuación a los efectos de valorar si la atribución de riesgos realizada se adecua o no al PLC, con base en los dos pasos siguientes:

1º.- Identificación de una asignación de riesgos similar en operaciones independientes comparables.

Como en todo análisis de comparabilidad, se intentan identificar operaciones comparables en las que se haya acordado una asignación de riesgos y funciones similar. Siendo siempre difícil la identificación de operaciones comparables, en estos casos suele ser, si cabe, mayor, por cuanto se trata de identificar operaciones de reestructuración empresarial en las que haya habido una transmisión de funciones, riesgos y, en su caso, activos, similar.

A partir de ahí, se distingue en función de si se han podido obtener o no operaciones comparables (internas o externas).

En caso afirmativo, la evidencia de una atribución de riesgos (y funciones) similar en operaciones comparables independientes supone que la acordada en la operación vinculada se adecua al PLC, aunque se insiste en la necesidad de que el examen de la atribución de riesgos no se haga de forma aislada, es decir, se tengan en cuenta todos los factores de comparabilidad que establecen las Directrices (en inglés se refieren a ello como "*holistic approach*"). En este sentido, a través de información especializada, asociaciones empresariales,

---

<sup>74</sup> Y que como ya indicábamos en la nota 37 sí se recoge en la nueva Sección D del Capítulo I propuesto por la OCDE.

<sup>75</sup> *Response of the Committee on Fiscal Affairs to the comments received on the September 2008 Discussion Draft on the Transfer Pricing Aspects of Business Restructuring, OECD-CTPA, 22 July 2010, ap. B1 y B4.*

prensa económica e incluso base de datos, se puede identificar la realización de operaciones de reestructuración potencialmente comparables, especialmente si se trata de grupos multinacionales que cotizan en Bolsa

En caso negativo, se procede con el segundo paso, esto es, el análisis subjetivo sobre la adecuación al PLC de la asignación de riesgos y funciones en si misma.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe entender ambos pasos como compatibles, es mas, como recomendables en todo caso, y ello por los siguientes motivos:

a) No se debe olvidar que aun accediendo a los potenciales comparables a que hacíamos referencia anteriormente, lo cierto es que difícilmente se tendrá un acceso extenso a información sobre la reasignación de funciones y riesgos habida, ni tampoco sobre la valoración de activos transferidos, especialmente intangibles. De hecho, es muy probable que la información obtenida nos de una perspectiva global de la reestructuración, lo que en inglés se conoce como "*big picture*", de gran utilidad como indicativo para valorar la racionalidad de la reestructuración en si misma, pero, como decíamos, sólo una visión superficial sobre la reasignación de funciones y riesgos y valoración de activos transferidos.

b) No se debe olvidar tampoco que en la mayoría de casos los potenciales comparables estrictamente no serían tales, por cuanto se tratará de reestructuraciones en el seno de grupos multinacionales y no de empresas independientes. Sin embargo, la propia OCDE<sup>76</sup> admite el uso de dicha información como referente, especialmente en aquellos casos en los que la identificación de comparables independientes es prácticamente imposible, como sería este caso.<sup>77</sup> De hecho, cuesta imaginar una reestructuración entre independientes equivalente a la que realizan los grupos multinacionales, más allá de operaciones de venta de divisiones concretas, adquisiciones de empresas, alianzas estratégicas o firmas de acuerdos comerciales, que se pueden identificar

---

<sup>76</sup> *Comparability: Public invitation to comment on a series of draft issues notes*, OECD, May 2006, p. 30.

<sup>77</sup> Aclarar que lo anterior no faculta la utilización de operaciones o referentes no independientes para justificar bien un ajuste de precios por parte de las administraciones tributarias, bien lo contrario, la idoneidad de aquéllos por parte de los contribuyentes. En este sentido, la OCDE, con buen criterio, es firme a este respecto, por cuanto no se debe olvidar la directriz general sobre la no consideración de operaciones no independientes (ap. 3.25 de las Directrices).

también en el seno de una reestructuración de un grupo, por lo que estas operaciones concretas realizadas entre empresas independientes pueden ser validas para el análisis y validación de la reestructuración pero, en todo caso, su utilidad será parcial.

Por tanto, se concluye que en todo caso se debe realizar el análisis subjetivo sobre la adecuación de la asignación de riesgo y funciones al PLC, por razones obvias, si no se identifican potenciales comparables, pero igualmente en caso de que así sea. Sólo mediante la realización de ambos análisis, el de comparables y el subjetivo, se logra el grado de fiabilidad necesario para concluir sobre si la atribución de riesgos acordada es o no adecuada al PLC.

2º.- Análisis "subjetivo" sobre la adecuación de la asignación de riesgos y funciones al PLC.

En caso de que no se hayan podido encontrar operaciones comparables, la cuestión a dilucidar es si la atribución de riesgos (y funciones) realizada por las partes en la operación sería igualmente concertada entre entidades independientes en circunstancias comparables. Para ello, el intérprete debe realizar un análisis “subjetivo” de las circunstancias específicas de cada caso para poder concluir sobre si la atribución de riesgos (y funciones) realizada se puede considerar comercial y económicamente racional y, por tanto, adecuada al PLC.

Precisamente el alto grado de “subjetividad” hace que, en aras de reforzar la fiabilidad del análisis, se identifiquen los dos factores que se considera que pueden aportar mayor certeza sobre la distribución de los riesgos en una operación, que son el *control de los riesgos* y la *capacidad financiera para asumirlos*. En efecto, en el Capítulo IX de las Directrices se establece la premisa de que, conforme al PLC, la distribución y/o atribución de riesgos entre las entidades reestructuradas se debería hacer considerando (i) el control que sobre dichos riesgos ostenta cada entidad –recogiendo de este modo la Directriz 1.49 a que hacíamos referencia el apartado 2.2. A)- y (ii) la capacidad financiera de éstas para asumirlos. A este respecto, cabe afirmar, de una parte, que resulta

económicamente razonable una atribución de riesgos de forma análoga a la responsabilidad que sobre estos tenga cada entidad y su capacidad para hacer frente a los mismos y, de otra, lo contrario, no sería económicamente razonable que la entidad que ostentase menor control sobre un riesgo ni capacidad financiera para asumirlo, fuese precisamente la entidad que lo soportase mayormente.<sup>78</sup>

Dicho esto, el propio CFA en parte en respuesta a los comentarios recibidos al borrador, va más allá definiendo de forma más clara y extensa los conceptos de "control" y "capacidad financiera", ya utilizados en el borrador.

a) Significado de “control” en el contexto del apartado 1.49 de las Directrices.

En el contexto del apartado 1.49 de las Directrices, “control” debe ser entendido como *“capacidad para tomar decisiones que supongan la asunción de riesgos (asumiendo el riesgo de la inversión que se haya realizado) y decisiones sobre cuando y como gestionar el riesgo, internamente o a través de un proveedor externo”*.<sup>79</sup>

De la anterior definición resulta que la entidad que tenga mayor “control” de un determinado riesgo será aquella que decida el *que* (riesgo tomar), el *cuando* y el *como* (directamente o a través de un tercero), asumiendo el riesgo, valga la redundancia, de la inversión en capital y otros medios que haya realizado. Así mismo, las funciones de control se deben desarrollar a través de medios y personal propio (directivos y empleados), sin perjuicio de que la función de gestión diaria de control pueda ser realizada a través de un tercer proveedor. En estos casos, no cabe afirmar que se produce un traspaso del riesgo hacia el tercer proveedor, por cuanto este último actúa siguiendo las indicaciones o instrucciones de la entidad principal que asume el riesgo (entidad contratante),

---

<sup>78</sup> En este mismo sentido se constata en el apartado 9.22 de las Directrices.

<sup>79</sup> Ap. 9.23 de las Directrices.

que debe mantener una función de supervisión tanto de las funciones desarrolladas por aquél como de su resultado.<sup>80</sup>

b) Significado de capacidad financiera para asumir el riesgo.<sup>81</sup>

Capacidad financiera para asumir el riesgo significa la capacidad que debe tener la entidad que soporta el riesgo en el momento de asumir el mismo; de hacer frente financieramente a las consecuencias que se originen en caso de que se materialice el riesgo, bien por disponer de suficiente capacidad financiera propiamente dicho, bien por disponer de un mecanismo de cobertura contratado con un tercero o acordado con otra entidad del grupo.

En este sentido, conforme al PLC sería cuestionable un acuerdo entre las partes vinculadas de tal forma que se asignase o traspasase un riesgo determinado de la operación a la entidad que no tuviese la capacidad financiera para asumirlo.

Varios aspectos caben sustraer de esta definición:

- El momento de valorar la capacidad o no financiera de soportar un riesgo es al tiempo de asumir el mismo.<sup>82</sup>
- Tener capacidad financiera para asumir un riesgo no equivale a capacidad para asumir plenamente las consecuencias en que se pueda materializar el mismo, por cuanto cabe que la entidad se proteja a través de un instrumento de cobertura.
- *A sensu contrario*, el que una entidad tenga un elevado nivel de capitalización, no significa que tenga que ser esa entidad la que deba asumir el riesgo.

---

<sup>80</sup> En este aspecto, el CFA mantiene su posición frente a algunos comentarios al borrador en el sentido de que entre entidades independientes cabe la atribución de un riesgo sin mantener función de control o supervisión alguna sobre el mismo, o que abogan que en el análisis sobre la adecuada distribución de riesgos no se debería tener en cuenta el indicado factor de control. *Vid. "Response to...", ap. B4 22 y 29. Más recientemente y en igual sentido, Revised Discussion Draft on Transfer Pricing Aspects of Intangibles, OECD, July 2013.*

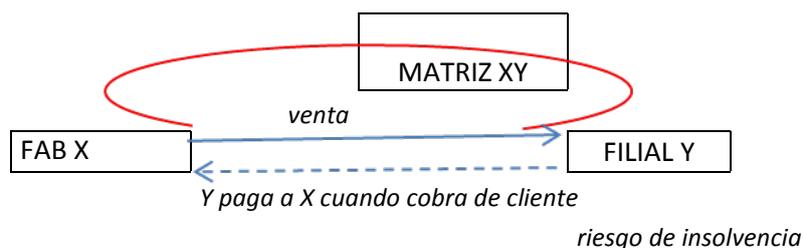
<sup>81</sup> Ap. 9.29 a 9.32 de las Directrices.

<sup>82</sup> En este aspecto, a resultas de los comentarios recibidos al borrador, la versión final sustituye la expresión "*anticipated financial capacity to bear risk*" por la vigente "*financial capacity to assume risk*" y aclara que lo anterior debe valorarse al tiempo de la asunción del riesgo.

Pongamos un ejemplo.

### Supuesto práctico II: adecuación de los riesgos al PLC

Una entidad X fabricante vende productos a la entidad Y comercial, filial de XY (matriz), habiendo acordado que el riesgo de insolvencia o crédito frente a los clientes de Y lo asume plenamente esta última. Y paga a X una vez cobra de sus clientes y las tres entidades forman parte del mismo grupo.



A partir del anterior supuesto, planteamos dos posibles escenarios:

En un *primer escenario*, Y no tiene capacidad financiera de asumir el riesgo de insolvencia de sus clientes, por lo que en caso de impago de éstos, Y no podría pagar a X. En este escenario, se pondría en duda la atribución del riesgo de crédito o insolvencia a Y, por cuanto esta entidad no tenía capacidad financiera para asumirlo y, de hecho, de la realidad de los hechos se desprende que al final X acaba soportando el riesgo.

Sin embargo, podría darse un *segundo escenario* en el que Y sigue sin tener capacidad financiera propia para asumir el riesgo de insolvencia, pero tiene acordado con su matriz XY que, en caso de impago de sus clientes, la matriz cubre el importe del impago con la póliza de cobertura que tiene contratada para todas sus filiales comerciales. En este segundo escenario, finalmente Y sí que tiene capacidad financiera para asumir el riesgo, por cuanto tiene acordada una cobertura a través de su matriz, por lo que cabría considerar adecuada la asignación de este riesgo realizada por las partes vinculadas en la operación.

Otro ejemplo es el que nos facilita el apartado 9.26 de las Directrices, que sería el supuesto de una relación contractual entre una empresa inversora y un centro de I+D. En este caso, la empresa inversora decide contratar al centro de I+D para que realice una investigación de desarrollo de un producto nuevo, actuando el

centro como un investigador bajo contrato. La empresa inversora destina un presupuesto para este proyecto (dispone de la capacidad financiera), decide la empresa subcontratar el tipo de investigación a realizar y fija los objetivos a cumplir por el centro de I+D, asumiendo el riesgo del resultado del proyecto, que si es favorable, supondrá la adquisición de la propiedad del intangible y producto, pero que si es negativo implicará la pérdida de la inversión realizada. Por su parte, el centro de I+D utiliza sus medios materiales y personales para la realización del proyecto, siguiendo los objetivos marcados por la empresa, reporta a ésta los avances de la investigación (función de control o supervisión por parte de la empresa) y asume el riesgo de pérdida del cliente (el inversor) y/o de penalización en caso de que actúe de forma negligente o contraria a los objetivos fijados, riesgos éstos distintos del riesgo principal de inversión que es el que asume la empresa.<sup>83</sup>

### **3.3.- Consecuencias o efectos de la atribución de riesgos realizada<sup>84</sup>**

Las operaciones de reestructuración conllevan en general cambios en los perfiles de riesgo de las entidades implicadas en la operación, al producirse transferencias de riesgos de unas entidades (cedentes) a otras (cesionarias).<sup>85</sup> A su vez, la transferencia de un riesgo conlleva la de la función asociada al mismo.

Por tanto, el último factor a considerar para concluir el análisis sobre la asignación de funciones y riesgos en una reestructuración es el que plantea cuáles deberían ser los efectos de una redistribución de riesgos y funciones realizada conforme al PLC.

En general, para la entidad cesionaria a la que se le haya atribuido un riesgo y/o una función como consecuencia de una operación de reestructuración, debería:

- a) Soportar los costes, si los hay, de la gestión (interna y/o externa) del riesgo y de la cobertura del mismo (capacidad financiera).

---

<sup>83</sup> Los apartados 9.25 y 9.27 de las Directrices incluyen otros ejemplos, a los que nos remitimos.

<sup>84</sup> Ap. 9.39 a 9.43 de las Directrices.

<sup>85</sup> Además, la redistribución de riesgos puede dar lugar a su vez a una indemnización o compensación, a una transferencia de activos o a la modificación o rescisión de acuerdos y contratos, tal y como se comenta en los capítulos 3 y 4 de este trabajo.

- b) Soportar los costes en caso de que se materialice el riesgo.
- c) Un aumento o mayor retorno/rentabilidad a futuro, como compensación por los mayores riesgos asumidos (y las funciones asociadas a los mismos).<sup>86</sup>

En este sentido, la transferencia de riesgos de una entidad a otra conlleva aspectos positivos y negativos. Positivos, por cuanto con éste se traslada también la rentabilidad ligada al mismo; negativos, dado que puede suponer el traspasar a la cesionaria las pérdidas potenciales y/o responsabilidades asociadas al riesgo transferido. Del mismo modo, no se debe olvidar tampoco que a efectos de las Directrices, el concepto de rentabilidad potencial o "*profit potential*", aun cuando en general se refiere a beneficios futuros esperados, puede englobar también potenciales pérdidas ligadas, en ambos casos, a las funciones, riesgos y, en su caso, activos que se transfieren.<sup>87</sup> La cuestión surge al entrar a valorar esa rentabilidad potencial, por cuanto si bien las Directrices son claras en establecer la relación entre aquélla y los riesgos, no fija, sin embargo, ninguna directriz clara a efectos de valoración o cálculo.

La clave radica en si el riesgo que se transfiere es económicamente significativo, en el sentido de que lleve aparejado una rentabilidad potencial también elevada que se transferiría con el riesgo, dado que, si no es el caso, con base al PLC ninguna empresa independiente transferiría un riesgo considerado como poco significativo a cambio de una disminución importante de su rentabilidad.<sup>88</sup> Para ello, se estará a la importancia del riesgo, probabilidad de materialización, predecibilidad y posibilidad de mitigar el mismo.

Por tanto, se hace necesario examinar convenientemente cada caso y, en especial, los datos financieros y contabilidad de las empresas, pues algunos riesgos tienen su reflejo en los mismos, y la información pública disponible (importante sobre todo cuando hablamos de riesgo de mercado, riesgo país, riesgo de cambio, etc.).

---

<sup>86</sup> Sería el equivalente al "*risk premium*" que GLAIZE, A. y OTROS mencionan en su teoría sobre la relación entre riesgo y rentabilidad esperada; es decir, el mayor beneficio que el inversor de riesgo pide como remuneración por los riesgos asumidos. GLAIZE, A., HAFKENSECHEID, R., KU, J.CH., LÓPEZ DE HARO, R., MAHALINGHAM, S. y SMITH, J.: "*Risk simulation*" en *Transfer Pricing International Journal*, nº6/2011, p. 16.

<sup>87</sup> Ap. 9.67 de las Directrices, en relación con el 9.39 y 1.45 del mismo texto.

<sup>88</sup> Conforme a la teoría económica general, un inversor racional realiza una inversión de mayor riesgo por cuanto espera obtener mayor rentabilidad que la que optaría de realizar una inversión de menor riesgo.

A modo de ejemplo, el apartado 9.42 de las Directrices recoge un supuesto en el que un distribuidor es convertido en mero comisionista, traspasando todo el inventario de productos a la casa matriz. Al margen de la valoración de dicho inventario, que no es objeto de comentario ahora, la transferencia de aquél supone así mismo el traspaso a la matriz del riesgo inherente a su obsolescencia o destrucción, para lo que se deberá valorar la importancia económica de dicho riesgo. Para ello, las Directrices sugieren examinar los estados contables de la antigua distribuidora y tratar de responder a las siguientes preguntas:

- Cuál es el nivel de inventarios;
- Cuál ha sido el histórico de dotaciones por obsolescencia;
- Cuál es el coste de cubrir este riesgo (seguro);
- Cuál es el histórico de pérdidas, sobre todo las no garantizadas o cubiertas.

En otros casos, para la valoración de la importancia económica del riesgo se acude tanto a los estados contables como a información pública disponible. Sería el caso, por ejemplo, del riesgo de cambio, para cuya valoración se debería acudir tanto a datos públicos sobre evolución de cotización de las monedas y tipo de cambio, como a la contabilidad de la empresa a los efectos de identificar datos históricos sobre ajustes positivos o negativos de cambio, así como volumen de operaciones con cambio de divisa.

En definitiva, la reubicación-transferencia de funciones y/o riesgos conlleva en la mayoría de ocasiones el traspaso de la rentabilidad potencial ligada al mismo, que puede ser positiva o negativa. En cualquier caso, se debe valorar la importancia económica del riesgo traspasado a los efectos de poder calcular la rentabilidad y los costes adicionales que, igualmente, se deberán transmitir al cesionario para que, de este modo, los efectos de la reasignación de riesgos cumpla el PLC.

#### 4.- CONCLUSIONES DE ESTE CAPÍTULO

1) Toda validación de una reestructuración se debe iniciar con un análisis de la atribución de riesgos y funciones preexistentes y de la que resulte de aquélla, partiendo

de las cláusulas contractuales, entendidas éstas en su sentido más amplio. Para ello, el Capítulo IX de las Directrices recoge las directrices generales establecidas en el Capítulo I del mismo texto, desarrollándolas y adaptándolas a las especificidades de las operaciones de reestructuración.

2) Este análisis se debe extender al resto de factores que conforman el denominado “Análisis funcional” en materia de Precios de Transferencia (características de los bienes o servicios, las ya mencionadas cláusulas contractuales, circunstancias económicas que rodean la operación y estrategias de negocio), así como considerar el resto de elementos que las Directrices fijan para el análisis sobre la adecuación al PLC de una determinada operación vinculada (análisis de comparabilidad completo, no reconocimiento de la operación o *Disregard Clause*, existencia de pérdidas, políticas de los gobiernos y el uso del valor en aduana).

3) A partir de ahí, se deben examinar tres factores adicionales para concluir sobre la adecuación de la asignación de riesgo al PLC y, por tanto, sobre si la operación de reestructuración cumple el primer requisito que establece “Elemento Definitorio Normativo”, son los siguientes:<sup>89</sup>

- a) Si la conducta de las empresas vinculadas se adecua a la atribución de riesgos establecida contractualmente (principio *substance over form*)
- b) Si la atribución de riesgos acordada, en si misma, se adecua al PLC
- c) Las consecuencias o efectos de la atribución de riesgos realizada.

Para ello, se debe tener en cuenta que la transferencia de funciones debería conllevar la mayor de las veces la de los riesgos inherentes a aquéllas, si bien puede no ser así en su totalidad si al adquirente de las funciones se le otorga un perfil de riesgo limitado y es otra entidad la que va a asumir los riesgos principales. Sin perjuicio de lo anterior, sea un caso u otro, la entidad que asuma los riesgos debe ser aquélla que tenga el control sobre los mismos y la capacidad financiera para asumirlos y, del mismo modo, se debe entender que una reubicación-transferencia de funciones y/o riesgos adecuada al PLC conlleva la de la rentabilidad potencial asociada a éstas.

---

<sup>89</sup> Ap. 9.12 de las Directrices.