

CAPÍTULO TERCERO  
**RACIONALIDAD DE LA REESTRUCTURACIÓN**

1.- INTRODUCCIÓN: EL SEGUNDO ELEMENTO DEFINITORIO

2.- IDENTIFICACIÓN Y DEFINICIÓN DE LAS OPERACIONES: ANÁLISIS FUNCIONAL.

3.- RAZONES DE LA REESTRUCTURACIÓN Y EXPECTATIVA DE BENEFICIO: LAS DENOMINADAS SINERGIAS.

**3.1.- La importancia del “*business restructuring plan*”: *Rationality* y *reasonability***

**3.2.- El rol de las sinergias**

**3.3.-“*Rationality*” y “*reasonability*” vs “*business purpose*” y “*economic substance*”**

4.- EXISTENCIA DE ALTERNATIVAS A LA OPERACIÓN DE REESTRUCTURACIÓN

5.- CONCLUSIONES DE ESTE CAPÍTULO

6.- EPÍLOGO: RACIONALIDAD COMO ELEMENTO DIFERENCIADOR RESPECTO DE LA PLANIFICACIÓN FISCAL AGRESIVA O SITUACIONES CALIFICABLES COMO BEPS

## 1.- INTRODUCCIÓN: EL SEGUNDO ELEMENTO DEFINITORIO

El segundo elemento definitorio que sirve, junto a la validación de la reasignación de riesgos, al objetivo de concluir sobre la adecuación al PLC de la reestructuración desde un punto de vista estrictamente normativo es la propia racionalidad ("*rationality*"<sup>1</sup>) de la operación en sí misma.

La racionalidad, al igual que sucedía con la validación de la reasignación de riesgos y funciones a que se hacía referencia en el capítulo II de este trabajo, tiene que venir debidamente acompañada de la "*reasonability*"<sup>2</sup> como elemento soporte de prueba, pues de lo contrario la fiabilidad del análisis es mucho menor al elevarse la carga de *subjetividad* en la justificación de la racionalidad, por mucho que ésta responda a una aplastante lógica comercial (aunque si es así, lo cierto es que se suelen hallar evidencias documentales e incluso comparables que facilitan la justificación).<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> La expresión "*rational or rationality*" equivaldría al término español "lógica" (comercial, en este caso). A este respecto, siguiendo a ATIENZA, que entiende la "razonabilidad" como un concepto jurídico indeterminado, "*la afirmación de que lo razonable en el Derecho es una noción de contenido variable [Perelman 1984] o un valor función [Mac Cormick, 1984] debe entenderse pues, tanto en un sentido histórico o social (lo que haya que considerar como razonable depende de circunstancias temporales y espaciales) como en un sentido lógico (qué haya que entender por razonable en cada caso depende-está en función- del campo a que se aplique la noción)*". A partir de ahí, este autor diferencia entre lo que denomina "lógica formal o lógica de lo racional", ligada a la lógica tradicional fisio-matemática o racional, y lo que identifica como "logos de lo razonable", esto es, la lógica de lo humano o razonable, considerando que si bien la segunda incluye la primera (lo "razonable" es siempre lógico) no siempre ocurre al contrario (lo lógico no siempre puede ser razonable). Lo cierto es que la disquisición doctrinal sobre el concepto de razonabilidad o lógica en el Derecho tiene difícil encaje en el caso que nos ocupa por cuanto la *rationality* que predicán las Directrices de la OCDE enlazan directamente con el ámbito económico y no con el jurídico. Dicho esto, haciendo una analogía interpretativa con base a la distinción que realiza ATIENZA y trasladándonos del ámbito económico al jurídico, se podría afirmar que estaríamos ante la lógica de lo razonable, dado que la lógica comercial o de negocio que, como veremos, se exige a la reestructuración a efectos de Precios de Transferencia, si bien incluye un alto componente de pura lógica económica, no es menos cierto que al final igualmente deberá superar la pregunta sobre si partes independientes razonablemente actuarían del mismo modo en circunstancias análogas, por cuanto esa es la esencia del PLC. ATIENZA, M.: "Para una razonable definición de <razonable>" en *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 4 (1987), pp. 189-190.

<sup>2</sup> En inglés, la expresión "*reasonable o reasonability*" equivale a "justificación" cuando se refiere a cosas o situaciones, como es el caso que nos ocupa, mientras que respecto a personas es análogo a "razonable o sensato".

<sup>3</sup> La preocupación por el grado de subjetividad que conlleva el análisis y validación de este tipo de operativas ya se puso de manifiesto en los diversos comentarios al primer borrador, en especial con relación a la interpretación de los términos "*arm's length allocation of risks*", "*options realistically available*" y "*commercially rational behaviour*". Pero como indicó el WP 6 del CFA en su respuesta, la OCDE reconocía que cierto nivel de subjetividad es inevitable en el análisis de precios de transferencia. OECD "*Response of the Committee...*", ap. B1, 15.

La reestructuración de una actividad económica o negocio puede dar lugar a la transmisión de bienes tangibles o intangibles, bien por consistir aquélla en la transmisión de éstos, bien por ser éstos una consecuencia de la primera.<sup>4</sup> Sin embargo, la transferencia de bienes, tangibles o intangibles, (i) no presupone la existencia de una reestructuración en todo caso, por cuanto ésta sólo se da si se produce una alteración y/o reubicación relevante de riesgos y funciones entre las empresas vinculadas,<sup>5</sup> y (ii) tampoco es condición *sine quanon* para la existencia de la reestructuración, dado que ésta puede darse por la simple renegociación sustancial de las condiciones de un contrato o acuerdo o por su finalización, sin transmisión inicial de activo alguno.<sup>6</sup>

Sentado lo anterior, bajo el prisma del PLC establecido por el artículo 9 del MCDI, la cuestión a dilucidar es si las condiciones acordadas, o impuestas, en la transmisión de funciones, riesgos y activos o en la renegociación o finalización de las relaciones contractuales entre dos entidades vinculadas, difieren de aquéllas que se convendrían entre entidades independientes.<sup>7</sup>

Para ello, una vez más la necesidad de realizar un análisis de comparabilidad aparece como imperativo, debiéndose iniciar el mismo con el examen de las funciones, activos y riesgos asumidos por las partes, antes y después de la reestructuración, y prosiguiendo con las circunstancias económicas que rodean la operación y las estrategias de negocio existentes, factores ambos que adquieren una relevancia mayor a la habitual, en especial en ausencia de comparables independientes válidos. A este respecto, la identificación de operaciones comparables independientes facilita la labor de análisis al permitir focalizar la atención de forma más precisa en las funciones, riesgos y activos implicados así como en las condiciones de la operación. Sin embargo, no se puede obviar el hecho de que el carácter tan “específico” de las operaciones de reestructuración que se pueden acordar dentro de los grupos multinacionales lleva, en muchas ocasiones, a la

---

<sup>4</sup> Ap. 9.48 de las Directrices.

<sup>5</sup> De lo contrario, sería tanto como entender que cualquier venta de activos esconde una potencial reestructuración.

<sup>6</sup> Sería el caso, por ejemplo, de la rescisión o modificación de un acuerdo de fabricación o distribución entre dos empresas de un mismo grupo que no conllevara la transmisión de producto o activo alguno pero sí un cambio sustancial en las funciones y riesgos que regían las relaciones comerciales de ambas entidades hasta ese momento.

<sup>7</sup> Ap. 9.49 de las Directrices.

imposibilidad de identificar operaciones comparables entre empresas independientes, adquiriendo entonces mayor relevancia los otros dos factores de comparabilidad.<sup>8</sup>

Por tanto, en operaciones de reestructuración es clave la comprensión o entendimiento de los motivos que rodean la operación, dado que éstos pueden justificar una mayor o menor transmisión de activos, su valoración, la necesidad o no de compensación a favor de una de las partes, en definitiva, “las razones” que pueden ser determinantes a la hora de concluir sobre la adecuación o no al PLC de la operación tal cual ha sido planteada (estructurada) por las partes vinculadas. Dentro de las indicadas razones se deben valorar también las alternativas u opciones realistas que las partes vinculadas pudieran tener a la operación de reestructuración en los términos acordados, es decir, cabe preguntarse “si las empresas pudieron plantear la operación de forma distinta logrando análogo objetivo”.<sup>9</sup>

En definitiva, para valorar si las condiciones acordadas por las partes vinculadas en la operación de reestructuración equivalen a las que se fijarían entre empresas independientes en circunstancias similares, se deben analizar tres aspectos:

1º.- La identificación y definición de las operaciones de reestructuración, en especial, las funciones, activos y riesgos asumidos por las partes, antes y después de la reestructuración.

2º.- Las razones o motivos de “negocio” que rodean la reestructuración y la expectativa de beneficio que deriva de la misma, incluidas las sinergias que a futuro se pudieran generar.

3º.- La existencia de alternativas “realistas” a la operación, tal cual ha sido planteada por las partes.

El análisis de estos tres aspectos nos llevara a la conclusión sobre si la reestructuración en sí misma es racional (“*rational*”) y está justificada (“*reasonable*”). Logrado lo

---

<sup>8</sup> En sentido análogo, en el capítulo II (apartado 3.2) ya se hacía referencia a esta dificultad en la localización de comparables en lo que a la identificación de una asignación de riesgos se refiere.

<sup>9</sup> Ap. 9.50 a 9.52 de las Directrices.

anterior, se podrá continuar con el análisis para validar la adecuación de la operación al PLC.

A continuación, se desarrollará cada uno de estos tres aspectos.

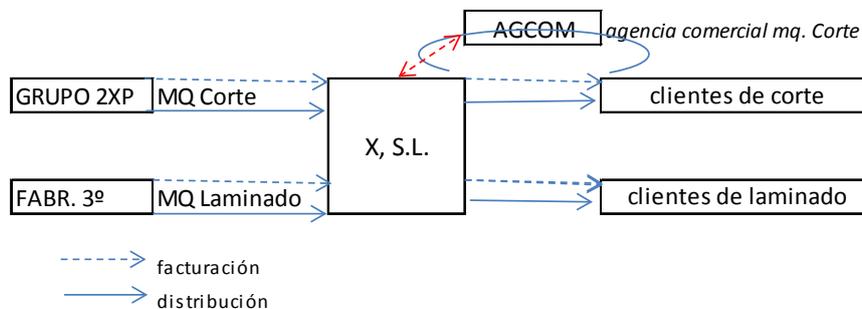
## 2.- IDENTIFICACIÓN Y DEFINICIÓN DE LAS OPERACIONES<sup>10</sup>

Las operaciones de reestructuración pueden ser de diversa naturaleza, implicar a dos o más entidades del grupo directamente e indirectamente a otras entidades del mismo que puedan verse perjudicadas o beneficiadas a resultas de la reestructuración. En este sentido, es habitual que en procesos de reestructuración empresarial funciones, activos y/o riesgos asumidos por una o varias entidades antes de la reestructuración, se trasladen a otras entidades en la fase post reestructuración.

### Supuesto práctico III: empresa X, S.L.- Planteamiento

La empresa X es una filial del grupo multinacional 2XP, dedicada a la venta de maquinaria industrial para el corte (división de corte) y laminado de acero (división de laminado), ésta última como actividad histórica que la empresa desarrolla desde sus inicios. X fue adquirida por 2XP hace 15 años y desde entonces mantiene con este último un acuerdo de distribución y venta de la marca de maquinaria de corte del grupo, con exclusividad para la Península Ibérica, habiéndose firmado hasta la fecha dos contratos de distribución y comercialización, el último de ellos hace 3 años al haber vencido el originalmente firmado en su día, al que sustituyó. Conforme a dicho contrato, X percibe una comisión de entre el 2-3% sobre el importe de las ventas de maquinaria de corte. Para la comercialización de los productos de corte del grupo, que suponen ya el 80% del total de ventas, se vale de una empresa independiente especializada (AGCOM) con la que mantiene una relación pura de agencia comercial y que actúa bajo la supervisión y control del equipo directivo comercial de X.

El organigrama del escenario planteado sería el siguiente:

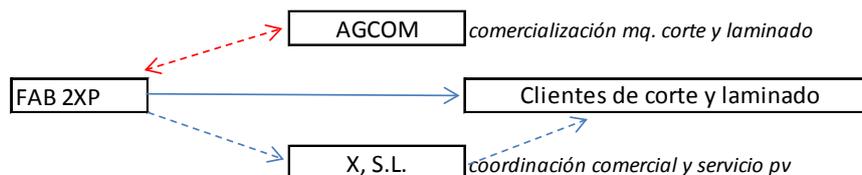


<sup>10</sup> Ap. 9.53 a 9.56 de las Directrices.

#### Supuesto práctico IV: empresa X, S.L.- Decisión de reestructuración

2XP ha tomado la decisión de convertir a X en una mera oficina de representación y de coordinación comercial y del servicio post-venta para la Península Ibérica, trasladando la función de almacenamiento y distribución de todos los productos a la propia fabricante del grupo, la empresa FAB2XP, y la función comercial a la empresa independiente AGCOM.

El organigrama del nuevo escenario que plantea el grupo para X sería el siguiente:



Para concluir sobre si la operación de reestructuración en sí misma es racional, así como valorar otros factores que se analizarán posteriormente como son la existencia o no de compensación a percibir por la entidad reestructurada y quién debe soportarla, incluso en este primer escenario más simple el primer paso ya debe ser el tener claro en qué consiste la operación u operaciones y a qué responden.

Para ello, se debe analizar la situación existente entre las entidades implicadas, antes de la reestructuración, en concreto tres aspectos:

- Operaciones o transacciones que se desarrollaban.
- Relaciones contractuales, haciendo especial consideración hacia la responsabilidad y derechos que asumía cada parte.
- Funciones y riesgos asumidos y activos implicados por cada parte.

Una vez fijada la situación previa, como segundo paso se debe analizar de qué forma cambia la posición de la entidad reestructurada tras la operación, en especial en lo relativo a sus derechos y obligaciones.

En ambos casos, situación antes y después de la operación de reestructuración, el análisis y valoración debe atender al PLC, es decir, no sólo se debe estar a la realidad fáctica de los hechos, derechos y obligaciones, sino también considerar los que, en su caso, deberían haber sido conforme a este principio, pues de lo contrario el punto de

partida ya sería erróneo. A modo de ejemplo y siguiendo con el supuesto práctico de X, S.L. (Planteamiento), si hasta la operación de reestructuración la filial, en virtud del acuerdo de distribución que mantenía con 2XP, era retribuida sólo mediante un margen comercial del 2-3% sobre ventas, de inicio ya cabría plantear dudas sobre la adecuación al PLC de esta política de precios de transferencia, por cuanto lo cierto es que X no actuaba sólo como un mero agente, sino que hacía las funciones de inventario y distribución de la mercancía.

Para ello, una vez más y a pesar de las dificultades adicionales que supone localizar comparables independientes para este tipo de operaciones, se debe intentar dicho análisis. En caso de identificarse potenciales operaciones comparables, el análisis debe buscar principalmente la similitud de los tres aspectos antes indicados entre las operaciones potencialmente comparables y la operación vinculada. De no identificarse aquéllas, de nuevo habrá que valorar cuáles deberían ser conformes al PLC, valoración que se debe hacer evitando afirmaciones y conclusiones que, a posteriori y conforme a la realidad de los datos o hechos que acontezcan, puedan ser fácilmente puestas en duda.

Otra cuestión que surge es el aspecto de la **temporalidad** en la búsqueda y análisis de antecedentes. A este respecto, atender sólo a los años inmediatamente anteriores a la reestructuración y no al histórico de relaciones comerciales entre las partes puede llevar al analista a no lograr una visión completa de la posición de cada parte vinculada antes de la reestructuración. En efecto, una visión a corto plazo de la situación existente entre las partes vinculadas antes de la reestructuración puede ser claramente parcial o insuficiente, en especial en aquellos casos en los que ya hubo cambios en años anteriores o en las que las relaciones contractuales se modificaron recientemente.

Tomando como ejemplo el caso de X, S.L., las condiciones de suministro de mercancías entre fabricante y distribuidor vinculado al tiempo de la operación de reestructuración pueden responder a un contrato firmado hace tres años, pero la relación comercial entre ambas entidades remontarse a 15 años, como es el caso, habiendo incluso existido contrato previo no ya en vigor. En este caso, a efectos de valorar la reestructuración y, sobre todo, la posible compensación de la entidad reestructurada, un análisis limitado a la relación comercial-contractual de los tres últimos años podría dar una visión parcial de la situación antes de la reestructuración.

En definitiva, el análisis de los antecedentes debe ir razonablemente más allá del período y/o situación específicos previos al momento de la reestructuración.

### 3.- RAZONES DE LA REESTRUCTURACIÓN Y EXPECTATIVA DE BENEFICIOS: LAS DENOMINADAS SINERGIAS.

#### **3.1.- La importancia del “*business restructuring plan*”: *Rationality* y *Reasonability*.**

En el período de consultas que se abrió durante el proceso de elaboración del Informe OCDE, los representantes de empresas de diversos sectores así como de las principales consultoras pusieron de manifiesto la creciente necesidad de reorganización de las estructuras de los grupos multinacionales, con el objetivo de lograr un mayor y mejor control y gestión centralizada de las actividades de fabricación, distribución e investigación. En un mundo globalizado altamente competitivo, la búsqueda de una gestión más eficiente de los recursos de las empresas, la necesidad de especialización, la utilización de economías de escala y, en definitiva, la reducción de costes a través de la mejora en las sinergias propias que se originan dentro de una estructura grupal, fueron identificados como los principales motivos de las operaciones de reestructuración. Además, este modelo económico global actual junto con la crisis habida ha provocado giros inesperados en muchas empresas que, de algún modo, están desandando el camino andado inicialmente, esto es, vuelven a localizar en mercados más cercanos sus fábricas que antaño trasladaron o ubicaron en Asia, con el objetivo de acortar distancias con los potenciales mercados destinatarios o reducirlas entre el centro de I+D+i y el de producción.<sup>11</sup>

A efectos del artículo 9 MCDI, la descripción clara de estos objetivos y de las futuras sinergias que se esperan lograr son clave para entender la motivación de la reestructuración. Se pone de nuevo de manifiesto aquí la importancia de disponer de una buena documentación preparada al tiempo de la operación de reestructuración que claramente identifique (i) las sinergias y beneficios y (ii) con base en qué razones se

---

<sup>11</sup> Special Report “Outsourcing and Offshoring” en *The Economist*, 19 January 2013.

espera que vayan a producirse aquéllas como consecuencia de la reestructuración, junto con la inclusión del resto de elementos de análisis necesarios para la validación de estas operaciones.

A este respecto, lo cierto es que, tal y como indican BOONE y HAUPT<sup>12</sup>, de una parte la OCDE no ha definido una guía específica de documentación de operaciones de reestructuración y, de otra, el modelo estandarizado de documentación habitual de las operaciones vinculadas preparado por un externo y basado en el Capítulo V de las Directrices no es suficiente en estos casos. En efecto, documentar una reestructuración empresarial a efectos de su validación en materia de Precios de Transferencia no sólo implica un trabajo de análisis mucho más profundo y extenso que el habitual en trabajos de documentación de operaciones ya estructuradas<sup>13</sup>, sino también el manejo, revisión e incorporación de un volumen de documentación interna del grupo o “cláusulas contractuales” mucho mayor y que es especialmente clave para justificar la racionalidad de la reestructuración en sí misma; dicha documentación interna gira alrededor de lo que en la práctica se suele denominar como “*business restructuring plan*”, al que hacíamos mención en el capítulo II de este trabajo al referirnos a las cláusulas contractuales y que es el documento principal, si bien otros documentos no específicos de la reestructuración son también muy relevantes, como sería el caso de los acuerdos de junta o del órgano de administración, acuerdos marco de negociación, actas o minutas internas de las comisiones que gestionan el proceso o de reuniones con responsables departamentales o de las filiales, etc. La inclusión de aspectos de la reestructuración en la documentación societaria y contractual que gira en torno a la operación de reestructuración más allá del propio “plan” a que hacíamos referencia, resulta al final clave para acabar de fortalecer el cumplimiento del principio de *reasonability* de la operación; además, también es importante que en toda esta documentación que construye la carga de la prueba sobre la racionalidad de la operación se incluya no sólo el aspecto o punto de vista global o del grupo de la operación, sino en especial el individual de la entidad afectada, en aras a no perder la justificación de la

---

<sup>12</sup> BOONE, P. y HAUPT, M.: “Transfer Pricing Documentation for Business Restructurings” en *International Transfer Pricing Journal*, May/June 2013, pp. 128-129.

<sup>13</sup> A este respecto, junto a lo ya comentado en el capítulo anterior respecto a la necesidad de extender el análisis de riesgos y funciones tanto en el momento anterior como posterior a la reestructuración, como se indicará en los capítulos posteriores de este trabajo, la validación de este tipo de operaciones implica también una carga mayor de análisis en lo que se refiere a valoración, justificación de la racionalidad y validación final de la política de precios en la situación post reestructuración.

perspectiva individual de las partes, tan relevante al final para valorar la existencia de alternativas mejores a la operación, como veremos.

Mencionábamos que la OCDE no establece ninguna guía específica de documentación de estas operaciones, pero este organismo sí enfatiza en el apartado 9.57 de las Directrices que la misma debería cumplir dos requisitos:

- a) ser preparada a nivel del grupo; y
- b) serlo no por motivos fiscales de cumplimiento normativo, sino de negocio, es decir, como soporte para la toma de decisiones en el proceso de reestructuración.<sup>14</sup>

Este doble requisito, introducido en una frase del indicado apartado, ocupa sólo una línea y media de texto pero, sin embargo, es de una relevancia sustancial. En efecto, de una parte, es precisamente la ausencia de dicha documentación, en los términos y condiciones aquí descritos, lo que acaba abocando al intérprete a no hallar la racionalidad en la reestructuración o, al menos, a impedir su debida justificación de

---

<sup>14</sup>Aquí entendemos que la OCDE se está refiriendo especialmente a la documentación interna preparada por el propio grupo, esto es, al ya comentado plan de reestructuración y demás “cláusulas contractuales” a que hacíamos referencia en el párrafo anterior; lo que nos lleva de nuevo a la idea de que esta documentación interna, la *reasonability*, se debe construir al tiempo de la operación, de forma contemporánea, no a posteriori, lo que es del todo lógico por cuanto para la toma de decisiones de esta naturaleza las empresas mueven un volumen importante de datos y se celebran reuniones a todos los niveles, cuestión distinta es que no se documente o recopile debidamente, siendo esto último la clave. Además, y ahora ya nos referimos a la documentación en su globalidad, interna y específica de Precios de Transferencia, resulta especialmente complicado intentar preparar este “*package*” de documentación soporte de la racionalidad de la operación a posteriori si (i) el especialista no ha estado involucrado desde el principio en el proceso y (ii) el grupo tampoco ha tenido en cuenta el aspecto de Precios de Transferencia durante el desarrollo del mismo, por cuanto, como decimos, la documentación va más allá del mero plan de negocio, máxime si realmente no ha habido una razón lógica de negocio tras la operación, en cuyo caso lo cierto es que no queda constancia en parte alguna. Por tanto, sólo si se dan las premisas indicadas, una vez finalizado el proceso es cuando el especialista puede recopilar toda la documentación interna, externa y análisis económicos y valoraciones realizados durante el proceso y, entonces, construir el paquete de documentación de Precios de Transferencia que valide la operación de reestructuración a estos efectos. Adicionalmente, y ahora sí a posteriori, será necesario ir revisando y monitorizando que las nuevas políticas de precios se cumplen, que el perfil funcional y de riesgos de las empresas es acorde a la reestructuración y las nuevas cláusulas contractuales y, en definitiva, revisar si se cumplen los objetivos del plan de reestructuración, valorando los motivos o causas en caso de que no sea así. Finalmente, se debe indicar que actualmente la documentación de Precios de Transferencia que valide la operación de reestructuración va a ser también una herramienta de prueba esencial ante posibles situaciones de riesgo de calificación de establecimiento permanente o de situación BEPS por parte de las administraciones tributarias, ya que son aspectos que aunque no sea necesario incluir específicamente en la documentación, comparten muchos elementos de análisis con la validación pura a efectos de Precios de Transferencia, por lo que (i) sí deben ser objeto de análisis a efectos de descartar el riesgo y (ii) como decimos la propia información y análisis realizados a efectos de Precios de Transferencia va a ser de gran ayuda en la defensa de la posición del contribuyente.

modo que, aunque subjetivamente entienda que existe lógica comercial, no se pueda alcanzar un análisis o validación suficientemente fiables. De otra, la presencia de esta documentación y su contenido es la que, en nuestra opinión, da validez a la racionalidad de la reestructuración.<sup>15</sup>

Y todo ello aunque a su vez la reestructuración suponga o lleve implícito un efecto de ahorro fiscal adicional, e incluso exista una clara motivación también en tal sentido<sup>16</sup>, siendo lo relevante que las “razones” sean esencialmente económicas, de gestión de negocio y que respondan a una lógica comercial, de modo que se reflejen en una reasignación real de funciones, riesgos y activos y permita avanzar de forma fiable en la validación de la operación conforme al PLC.<sup>17</sup>

### 3.2.- El rol de las sinergias

El hecho de que las razones de la reestructuración se basen en las sinergias que se esperan lograr con la misma, no significa que forzosamente éstas deban traducirse en un

---

<sup>15</sup> En este mismo sentido, quien fuera Director de Inspección de la AEAT afirma que “*la documentación de precios de transferencia que los grupos multinacionales suelen presentar para justificar una reestructuración de sus negocios adolece frecuentemente, en la experiencia del autor, de atención muy limitada a los dos elementos anteriores: la estimación de los beneficios esperados y el análisis de alternativas realistas disponibles*”. JONES RODRÍGUEZ, L.: “Precios de Transferencia y reestructuración de grupos multinacionales” en *Crónica Tributaria* nº 141/2011, p.134. Por su parte, FLOOD menciona en concreto que el ya citado caso *Cytec* enfatiza la necesidad de preparar una documentación fiable y creíble que cubra tanto la situación pre reestructuración, la operación en sí misma y la situación posterior. FLOOD, H.: “Norway – Business Restructuring...” p.179.

<sup>16</sup> A efectos del PLC lo relevante es asegurar que los precios de transferencia se hayan fijado “objetivamente” a valor de mercado en el sentido de que las condiciones de la operación vinculada no difieran de las que se acordarían entre entidades independientes, no la motivación subjetiva de las partes implicadas. Como indican MARTÍN y CALDERON, un ejemplo claro de la evolución hacia lo que denominan “*test de racionalidad objetiva*” se obtiene por la contraposición del texto originario del artículo 16 TRLIS (derivado de la Ley 43/1995) y el que introdujo la Ley 36/2006 inspirado en las Directrices de la OCDE. En efecto, mientras que en el primero la intención subjetiva de eludir tributación en España aparecía subsumida en los propios presupuestos de aplicación del precepto, al exigir éste la concurrencia de pérdidas recaudatorias netas o diferimientos de impuesto, en el segundo se regula una obligación “objetiva” de valorar a mercado que se impone a contribuyentes y administración pública, con lo que, cito textualmente, “*los motivos (comerciales o de elusión) que persigan quienes se apartan del precio de mercado o el grupo al que pertenecen resultarán, en la mayoría de los casos, irrelevantes a efectos de la aplicación del art. 16 TRLIS*”. MARTÍN JIMÉNEZ, A. y CALDERÓN CARRERO, J.M.: “*Los Precios de Transferencia en la encrucijada del siglo XXI*”. Colección Estudios Tributarios. Ed. Netbibio, 2012, pp. 22-23.

<sup>17</sup> Anunciamos aquí la pregunta que contestamos en el apartado siguiente, sobre si una reestructuración realizada sólo por razones de ahorro fiscal cabría considerarla como válida a estos efectos, es decir, incluida en las “razones de negocio” a que hacemos referencia.

beneficio económico-financiero directo<sup>18</sup>. En efecto, se dan casos en que dichas sinergias se traducen en mayores beneficios a posteriori que se reflejan directamente en la cuenta de resultados del grupo después de la reestructuración (en comparación con los resultados antes de la misma), bien por un aumento de ingresos o por una reducción de costes, pudiendo diferenciar tres supuestos clásicos que responden a motivaciones de negocio distintas:

- Motivación de negocio interna o subjetiva: cuando la reestructuración se ha realizado mediante la concentración en una única empresa de actividades de otras entidades del grupo que eran poco o nada rentables.
- Motivación de negocio externa (geográfica o de mercado): cuando la reestructuración se produce mediante el traslado de la actividad que realizaba una empresa del grupo a otra ya existente o nueva ubicada en un mercado/jurisdicción/país distinto que aporta mayores ventajas competitivas o “*location advantages*”<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> Llamamos la atención sobre la diferencia del papel que juegan las sinergias en los casos de validación de operaciones de reestructuración empresarial respecto del resto de supuestos, fruto del distinto momento temporal en el que se deben y/o suelen hacer uso de las mismas. En las primeras, como indicamos, son clave tanto su identificación como su correcta justificación en toda la documentación preparada al tiempo de la propia operación, mientras que en el resto de supuestos en los que su utilización es a posteriori (análisis retrospectivo), las propias Directrices recomiendan actuar con cautela. Apartado 9.59 de las Directrices con relación al apartado 3.74 del mismo texto.

<sup>19</sup> DE LANGE M. y LANKHORST P. definen el término “*Location advantages*” como (i) la reducción de costes que se produce como resultado de operar desde un mercado o país concreto cuyos costes de mano de obra, infraestructura u otros gastos operativos son menores y (ii) el efecto multiplicador de los ingresos que se genera por operar desde un mercado o país que permite un aumento de los volúmenes de venta o incremento de los precios de los productos, debido a factores como el acceso limitado de otros competidores, una demanda muy elevada de los bienes que comercializa el grupo u otros factores característicos de ese mercado en concreto. Las Directrices utilizan el término de “*Location savings*” que es más restrictivo por cuanto, siguiendo la definición del apartado 9.148 del Capítulo IX, se refiere sólo al ahorro en “costes” que implica la localización de la actividad en otra jurisdicción pero no a ventajas adicionales que puedan derivar de otras características específicas del mercado; lo anterior responde a la ubicación de este apartado en la sección destinada al análisis de la remuneración post reestructuración y, en especial, a la discusión sobre el posible reparto de los beneficios derivados de la reubicación de la actividad en otro mercado entre las partes implicadas en la reestructuración. Sin embargo, a efectos de motivación de la operación, cabe utilizar el término más amplio de “*Location Advantages*”, que incluiría tanto las ventajas materializadas en reducción de costes como otras derivadas de especificidades del mercado concreto. En este sentido, la nueva Sección D del Capítulo I propuesto por la OCDE en el marco de su Plan BEPS si bien no utiliza tampoco el término de “*Location Advantage*” sí recoge por primera vez los conceptos de “*Location Savings*” en sus apartados 105 a 108 (basados en el 9.148 y siguientes del Capítulo IX), y de “*Other local market features*”, en sus apartados 109 a 116, refiriéndose a otras características concretas del mercado que inciden directamente en la potencial rentabilidad de una actividad económica y que por tanto deben tenerse en cuenta a efectos de comparabilidad. DE LANGE M. y LANKHORST P.: “The impact of Location Advantages on the Transfer Pricing of Multinationals: On the Chinese Love for European Designer Handbags and Lower Production Costs in India” en ITPJ (IBFD), July/August 2014, p. 223. *OECD BEPS Action 8, 9 and 10: Discussion Draft on Revision of*

- Motivación de negocio mixto: cuando se dan las dos circunstancias anteriores en un mismo supuesto.

Sin embargo, frecuentemente las sinergias logradas no tienen un efecto directo en la cuenta de resultados, aunque sí suponen una mejora cualitativa de la gestión, que es más eficiente. En este mismo sentido, no es requisito imprescindible que el efecto sea “inmediato” en comparación a la situación pre-reestructuración, pues en muchos casos las reestructuraciones se acuerdan no tanto para aumentar la competitividad de las empresas respecto al momento previo, sino precisamente para mantener dicha competitividad, sobre todo en situaciones de crisis.

De hecho, el propio apartado 9.58 de las Directrices reconoce expresamente la hipótesis de que las sinergias esperadas finalmente no se materialicen e incluso que ocurra lo contrario, esto es, que el resultado sea desfavorable. Esta mención es acertada, pues lo cierto es que en la práctica se dan estas situaciones, al ser muchos los factores que pueden incidir en la materialización prevista de estas complejas operaciones de reestructuración empresarial. Por idéntico motivo, no alcanzar las sinergias esperadas no debe ni puede interpretarse como prueba y/o conclusión fehaciente de la falta de racionalidad de la reestructuración planteada, si bien tampoco cabe obviar lo ocurrido en consideración al PLC, pues se debe analizar cuáles han sido los factores que han provocado la no consecución de las sinergias esperadas y valorar las consecuencias conforme a dicho principio para argüir si se da algún tipo de responsabilidad (“compensación”) para alguna de las partes implicadas en el proceso. A modo de ejemplo, sería el caso en el que el papel otorgado a una de las partes en la nueva situación post reestructuración no sea debidamente cumplido por aquélla. Por el contrario, no habría responsabilidad alguna si los factores fueran los cambios bruscos e imprevistos en el mercado o en la normativa que regula el nuevo producto a comercializar por la entidad afectada por la reestructuración.<sup>20</sup>

---

*Chapter 1 of the TP Guideline (including risks, recharacterization and special measure)*. 1 diciembre 2014-6 febrero 2015.

<sup>20</sup> El borrador incluía un extenso apartado 56 que expresamente mencionaba la necesidad de entrar a analizar cuáles habían sido los factores determinantes de la no consecución de las sinergias esperadas, con el objetivo de fijar las responsabilidades de cada uno, si las hay. Curiosamente, en el Informe este apartado ha quedado reducido a la mención final del apartado 58 a que hacemos referencia, que sólo recoge la posibilidad de que no se cumplan las sinergias, sin más. Esto no afecta a nuestra conclusión, pues es clara al albur del PLC y lo es también para la OCDE, probablemente por ello el WP6 del CFA

En definitiva, a efectos de valorar la adecuación de la reestructuración al PLC, ésta debe responder principalmente a motivaciones económicas o de negocio y quedar debidamente descritas en la documentación que a nivel de grupo se prepare de forma contemporánea a la propia operativa, documentación que debe incluir las sinergias positivas que se esperan lograr tras la reestructuración.

¿Supone lo anterior que las Directrices excluyen taxativamente la motivación fiscal como razón de negocio válida a los efectos que nos ocupa?

La respuesta debe ser negativa, por cuanto no se da una afirmación clara en tal sentido. De hecho, las propias Directrices, al regular la *Disregard Clause* en sus apartados 9.181 y 9.182 y respecto de la relevancia de la motivación fiscal (i) establece que la existencia de ésta no justifica en sí misma la aplicación de dicha cláusula y (ii) reconoce como comercialmente racional la reestructuración por motivos de ahorro fiscal del grupo, siempre y cuando se haya dado una reasignación real de funciones, activos y riesgos entre empresas del mismo, lo que alejaría este supuesto de aquéllos otros casos distintos que adolecen de cierta artificiosidad y que pueden ser calificados como conflicto en aplicación de la norma o simulación<sup>21</sup>. Sin embargo, incluso en este supuesto, posteriormente se reconoce que dicha motivación fiscal no es relevante a efectos de la valorar si se satisface o no el PLC a nivel de la entidad afectada, valoración que se debe

---

decidió eliminar su mención, pero entendemos que este es uno de esos casos en los que la cita expresa no hubiese estado de más en pro de mayor seguridad jurídica.

<sup>21</sup> De darse dicha artificiosidad, el debate ya no giraría en torno a los motivos económicos o de negocio existentes, o de si el ahorro fiscal puede ser considerado válido a estos efectos, sino sobre (i) si la ausencia de aquéllos y de racionalidad en la operación, puede constituirse en prueba sobre la existencia de conflicto en aplicación de la norma, simulación o incluso evasión fiscal, lo que nos aleja del ámbito estricto de nuestro análisis, o (ii) si se está ante el primero de los supuestos que regula la *Disregard Clause*, esto es, ante una disociación entre forma y sustancia económica de la operación (en su vertiente funcional y de riesgos). Del mismo modo, si bien las Directrices no establecen la exigencia de racionalidad económica de la reestructuración (o más bien su ausencia) como una presunción de que el objetivo principal perseguido es la elusión o la evasión fiscal, como sí lo establece el artículo 11 de la Directiva 90/434/CEE, sobre régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizadas entre sociedades de diferentes Estado miembros, nada obsta para que de identificarse tal situación, se puedan poner en marcha las medidas anti-abuso internas de los respectivos Estados. Sobre el tema, vid. ALGUACIL MARÍ, P.: “La doctrina Administrativa sobre el Motivo Económico Válido en las Reestructuraciones Societarias”. Cuadernos de Aranzadi, Jurisprudencia Tributaria. Ed. Aranzadi, Navarra 2007.

realizar atendiendo a la perspectiva “individual” de esta última, no a los motivos fiscales del grupo, como se comentará también en el apartado 4 de este capítulo.<sup>22</sup>

Por consiguiente, si atendemos a todo lo indicado anteriormente, llegamos a una doble conclusión:

- a) De la lectura conjunta de las Directrices se desprende claramente que tanto a efectos de fundamentación (racionalidad) como de justificación (documentación), lo relevante y prevalente es la existencia de motivos o razones de negocio, conlleven o no éstos un efecto de ahorro fiscal adicional.
- b) Objetivamente cabe considerar como razones de negocio válidas las de una reestructuración por exclusivos motivos fiscales<sup>23</sup>, siempre y cuando se produzca una reasignación real de funciones, riesgos y activos entre varias empresas vinculadas (ausencia de artificiosidad), y, obviamente, la operación

---

<sup>22</sup> La esencia del artículo 9 MCDI es lo que subyace tras esta exigencia, que no es otra que la necesidad de atender a la perspectiva “individual” de la empresa afectada por la reestructuración, perspectiva a la que le es indiferente las ventajas o ahorros fiscales que a nivel de grupo se puedan proyectar y que éste tenga en consideración en la toma de decisiones a efectos de la reestructuración. Ap. 9182 en relación con el ap. 9.178, de las Directrices.

<sup>23</sup> En este sentido, siguiendo a DURÁN SINDREU, siendo el ahorro fiscal una conducta lícita, a nuestro entender también es una razón de negocio válida, siempre y cuando se cumplieran el resto de requisitos para considerarla conforme al PLC y que realmente se hubiese producido una reasignación de funciones, riesgos y activos. A modo de ejemplo, podría darse el caso que un grupo decidiese trasladar la fabricación de parte de sus productos a otro país por razones de ahorro fiscal al haber un régimen de incentivos a la inversión en el país de que se trate. En ese caso, se produciría una reasignación de funciones y riesgos de la antigua fabricante a la nueva, además probablemente de un traslado de activos. Si todo lo anterior se realiza conforme al PLC y siguiendo un plan de reestructuración, considerando también el punto de vista de la entidad afectada, estaríamos ante una reestructuración empresarial planificada y debidamente justificada por motivos de ahorro fiscal (a futuro) que, en nuestra opinión, sería válida a efectos de la normativa en materia de Precios de Transferencia. Cuestión distinta es que, siguiendo de nuevo a DURÁN SINDREU, llegado el caso lo reprochable sea el medio o forma jurídica elegida para lograr el objetivo buscado, lo que nos llevaría a supuestos de abuso de las formas o de cierta artificiosidad susceptibles de caer en el ámbito del abuso del derecho, de la simulación, etc. o, como comentaremos a continuación, entendamos que las propias Directrices exigen la consecución de unos efectos económicos más allá de los puramente fiscales (*economic substance*). DURÁN SINDREU BUXADÉ, A.: “*Los Motivos Económicos Válidos como Técnica Contra la Elusión Fiscal: Economía de opción, Autonomía de la Voluntad y Causa de los Negocios*”. Thomson Aranzadi, 2007, pp. 24-39.

Del mismo modo, cuestión distinta sería que en la situación post reestructuración, la política de precios de transferencia a seguir a partir de ese momento, aun no afectando a la validación de la operación de reestructuración, sí pudiera ser contraria al PLC considerando las funciones y riesgos a asumir por la entidad afectada. Este es precisamente uno de los aspectos en los que centra especialmente su interés la OCDE en los diversos informes que se emiten dentro del marco del Plan BEPS, en la necesidad de alinear valor, rentabilidad y tributación efectiva, esto es, en que la cadena de valor o suministro en el seno de grupos multinacionales sea lógica (alineación de funciones y riesgos con los retornos) y que además la tributación efectiva de los grupos multinacionales también lo sea (se tribute más donde más se genere valor y, por tanto, deba haber mayor rentabilidad).

se realice conforme al PLC en todos sus otros extremos, incluyendo el de la fijación de la nueva política de precios de transferencia en la situación post reestructuración; en especial se deberá atender también al punto de vista individual de la entidad afectada, por cuanto de lo contrario, aunque objetivamente la motivación fuese considerada “de negocio”, la operación no se adecuaría al PLC y, por tanto, no sería válida.<sup>24</sup>

### 3.3.-“Rationality” y “reasonability” vs “business purpose” y “economic substance”

Abrimos un paréntesis en este punto para traer a colación la doctrina anglosajona del *business purpose* (equivaldría a nuestro motivo económico válido) y de la *economic substance*, al entender que si bien ambas han sido desarrolladas judicial y normativamente al albur de o como reacción a determinados supuestos de planificación fiscal, existen claros paralelismos entre aquéllas y los conceptos de *rationality* o lógica comercial/de negocio y *reasonability* que introducen las Directrices OCDE en su Capítulo IX y a las que se ha hecho referencia en este capítulo y anteriores.

En efecto, siguiendo a MARÍN BENÍTEZ<sup>25</sup>, el origen de la doctrina del *business purpose*, como expresión de la teoría de la sustancia económica, suele situarse en *Frank Lyon Co. V. United States*<sup>26</sup> y en la posterior *Rice’s Toyota, Inc. V. Commissioner*<sup>27</sup> que interpreta a la primera, a tenor de las cuales, y siguiendo a la indicada autora, “*para ignorar los efectos fiscales de una operación o negocio jurídico, es necesario que dicha operación o negocio jurídico no supere un doble juicio: el de un motivo no exclusivamente fiscal (business purpose) y el de una suficiente sustancia económica*

---

<sup>24</sup> Cuestión distinta es que, ciertamente, durante la mesa redonda de la OCDE sobre esta materia al principio de todo el proceso (2005), si bien los representantes tanto de países, organismos internacionales, como de la llamada “*business community*” pusieron de manifiesto que aunque las reorganizaciones en los grupos multinacionales no se llevan a cabo generalmente por motivos fiscales, sí que éstos inciden, y mucho, en cómo se estructura el modelo de negocio “post-conversión”. *OECD 2nd Annual Centre for Tax Policy and Administration Roundtable: Business Restructuring, 26-27 January 2005*.

<sup>25</sup> MARÍN BENÍTEZ, G.: “*La relevancia jurídica de la motivación fiscal: influencia del “business purpose” en el ordenamiento tributario español*”. Colección Fiscalidad, Dykinson, 2009, pp. 33-39. Otros autores fijan el origen de esta doctrina en el caso *Gregory v. Helvering, US Supreme Court, 293, US 465 (1935)*. 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. 10.

<sup>26</sup> 435 U.S. 561 (1978), “Frank Lyon”.

<sup>27</sup> 752 F.2d 89 (4<sup>th</sup> Cir. 1985), “Rice’s Toyota”

(*economic substance*).” A partir de estas sentencias, la doctrina de la sustancia económica da lugar o se entiende que incluye un doble análisis: de una parte, el de los motivos económicos que analizaría los factores que han sido determinantes para que el contribuyente realizase la operación y, de otra, el juicio sobre la sustancia económica de esta última, que atendería a los efectos económicos reales originados por la operación. En el primer caso estaríamos ante el *business purpose*, que tendría en cuenta principalmente los factores que lleven al intérprete a concluir que existen motivos económicos más allá del ahorro fiscal que explican la operación y, en el segundo, hablaríamos de *economic purpose*, que atendería a los efectos reales de las operaciones realizadas de modo que se concluiría que estas tienen sustancia económica cuando dichos efectos van más allá de la generación de ventajas fiscales.<sup>28</sup>

Partiendo de lo anterior y siguiendo a la citada autora<sup>29</sup>, cabe hacer un paralelismo con la idea o concepto de *rationality* que se exige a la operación de reestructuración a efectos de Precios de Transferencia y el análisis subjetivo del *business purpose* en su función interpretativa.<sup>30</sup>

En efecto, las normas tributarias se deben interpretar conforme a criterios admitidos en Derecho, entre ellos el teleológico que atiende al espíritu y finalidad de la norma.<sup>31</sup> Si bien la motivación fiscal del contribuyente no incide con carácter general en la interpretación teleológica que se haga de la norma, ya que ésta se proyecta sobre una situación jurídica y económica (el hecho imponible), lo cierto es que se regulan casos

---

<sup>28</sup> En este sentido, la doctrina de la *economic substance* es una aplicación concreta del principio más general del *substance over form*, que se utiliza en aquellas operaciones que económicamente son insignificantes más allá de las consecuencias fiscales que generan. VANDER WOLK, J.: “Codification of the Economic Substance Doctrine: If We Cant’t stop, Let’s Improve It”, en *Tax Notes Intl.*, Agosto, 2009, p. 549. Dicho término se contrapone al de *factual substance*, que no atendería a los efectos económicos de la operación, sino a si la conducta real de las partes, la realidad, son acordes a aquélla, bien en el sentido indicado en el apartado 1.52 de las Directrices, comentado en el capítulo II, bien, y yendo más allá de nuestra materia, en el de entender que la operación es simulada. - BULLEN, A.: “*Arm’s Length Transaction Structures. Recognizing and restructuring controlled transactions in transfer pricing*”. IBFD Doctoral Series, nº 20, 2010, pp. 146-147.

<sup>29</sup> MARÍN BENÍTEZ, G.: “*La relevancia...*” pp. 51-79.

<sup>30</sup> A este respecto, MARÍN BENÍTEZ considera, cito textualmente, que “*la exigencia de motivos económicos válidos puede encontrar su justificación desde tres distintas vertientes: desde la interpretación de las normas aplicadas, en cuyo caso diríamos que el business purpose desempeña una función interpretativa; desde la calificación de los actos y negocios jurídicos realizados por el contribuyente, en cuyo caso hablaríamos de la función calificadora del business purpose; o desde normas o doctrinas anti elusorias de carácter general, en cuyo caso el business purpose desempeñaría una función delimitadora del concepto de elusión fiscal.*” MARÍN BENÍTEZ, G.: “*La relevancia...*” p.50.

<sup>31</sup> En este sentido, artículo 12 LGT en relación con el 3.1 del CC.

concretos en los que se exceptúa tal principio; nos referimos a aquéllos supuestos en los que el legislador ha considerado razones económicas o fines parafiscales a la hora de regular la norma, en especial tratándose de regímenes tributarios especiales. A modo de ejemplo, el caso típico es el de la estipulación de deducciones o bonificaciones fiscales ligadas a la realización de determinadas actividades (I+D+i, culturales, exportación, etc.) que por motivos ajenos al fiscal existe interés en promocionar. En España tenemos el caso conocido de las “obligaciones bonificadas”, en las que como indica ROZAS VALDÉS al recoger la posición del Tribunal Supremo<sup>32</sup>, “*la ratio legis del beneficio fiscal radicaba en abaratar el coste fiscal de la financiación de ciertas inversiones, siendo necesario para gozar del mismo el suscribir los títulos, lo que en ningún caso realiza la entidad que se lo aplica.*”<sup>33</sup>

Sin embargo, no siempre tiene por qué tratarse de la promoción de un fin parafiscal u económico ligado a una ventaja fiscal directa, puede ser también que el objetivo sea el evitar precisamente que un excesivo coste fiscal impida la realización de determinadas operaciones u actividades. Sería el supuesto, por ejemplo, de los regímenes tributarios especiales de “neutralidad fiscal” ligados a operaciones de reestructuración empresarial típicas (fusiones, escisiones, canje de valores, etc.). En este sentido, GARCÍA PRATS con relación al artículo 3.2 de la Directiva matriz-filiales (90/435/CEE)<sup>34</sup> considera que éste establece lo que califica como “norma delineadora del ámbito de aplicación de la Directiva”.<sup>35</sup> Del mismo modo, la STJCE Denkvit-VITIC-Voormer, de 17 de octubre de 1996<sup>36</sup>, relativa al indicado artículo de la citada Directiva, empieza declarando que el objetivo de la Directiva es “... eliminar, mediante el establecimiento de un régimen común, la penalización de la cooperación entre sociedades de Estados miembros diferentes con relación a la cooperación entre sociedades de un mismo Estado miembro, para facilitar así la cooperación transfronteriza (párrafo 22).”

---

<sup>32</sup> STS de 5 [RJ 2004, 2530], 20 de marzo de 2004 [RJ 2004, 3390].

<sup>33</sup> ROZAS VALDES, J.A.: “Obligaciones bonificadas y bonos austríacos: calificación, simulación y conflicto en la aplicación” en *Aranzadi Jurisprudencia Tributaria*, núm.3/2005, pp. 24-25.

<sup>34</sup> Este artículo habilita a los Estados miembros a “... no aplicar la presente Directiva a aquellas de sus sociedades que no conserven, durante un período ininterrumpido de por lo menos dos años, una participación que dé derecho a la calidad de sociedad matriz, ni a las sociedades en las cuales una sociedad de otro Estado miembro no conserve durante un período ininterrumpido de por lo menos dos años, una participación semejante”.

<sup>35</sup> GARCÍA PRATS, A.: “Las medidas tributarias anti-abuso y el Derecho comunitario”, en SOLER ROCH, M.T./SERRANO ANTÓN, F. (Dir.). *Las medidas anti-abuso en la normativa española y en los convenios para evitar la doble imposición internacional y su compatibilidad con el Derecho comunitario*, IEF, 2002, p. 186.

<sup>36</sup> Asuntos acumulados C-283/94, C-291/94 y C-292/94.

En todos estos casos, la exigencia del *business purpose* se justificaría desde una interpretación teleológica de la propia norma, por cuanto ésta estaría otorgando un tratamiento concreto a una operación en atención a unos fines u objetivos parafiscales que no se cumplirían si el contribuyente sólo actuase movido por un fin puramente fiscal.<sup>37</sup>

Pues bien, en el caso que nos ocupa, el fin parafiscal no es otro que el propio PLC establecido por el artículo 9 MCDI, es decir, el que las operaciones de reestructuración que se produzcan en el seno de grupos multinacionales se realicen respetando la libre competencia entre las partes implicadas, lo que se da cuando la operación responde a una lógica empresarial o de negocio que igualmente cabría hallar entre independientes o que, de no hallarse, simplemente se concluye que es comercialmente racional al entender que entidades independientes “razonablemente” actuarían del mismo modo.<sup>38</sup>

---

<sup>37</sup> En EEUU el caso paradigmático es el de *Commissioner v. Wilson*, donde a pesar de concluirse que la reorganización empresarial no perseguía ventaja tributaria alguna, se entendió que no cabía aplicar el régimen de neutralidad fiscal si no se identificaba un motivo empresarial válido que explicase la operación realizada. 353 F.2d (9th Cir. 1965) aff' g 42 T.C. 914 (1964).

<sup>38</sup> Un ejemplo de esto último se plantea en el caso *GlaxoSmithKline Inc. v. Her Majesty the Queen* en sus diversas fases si bien con especial interés en el pronunciamiento de la Corte Federal de Apelación canadiense (CF). En efecto, el supuesto de hecho era el siguiente. *GlaxoSmithKline Inc.* (Glaxo Canadá) es una filial de *Glaxo Group*, una compañía británica a su vez, filial de *Glaxo Holding Plc.* Glaxo Canadá, al igual que otros distribuidores locales y/o en otros países, actuaba como fabricante y distribuidor de diversos productos del grupo, entre ellos un fármaco denominado Zantac, cuyo principio activo (ranitidine) Glaxo Canadá adquiría de otra empresa del grupo, Adechsa, filial también de *Glaxo Group* pero ubicada en Suiza. Todo lo anterior se reflejaba en dos contratos, el principal de licencia entre Glaxo Canada y *Glaxo Group* y otro secundario y derivado del anterior que era el de suministro del principio ranitidine, firmado entre GlaxoCanada y Adechsa. El caso sometido a juicio se centraba en esta segunda operativa, la compra de la materia prima ranitidine, y en el ajuste del precio de compra que habían realizado las autoridades fiscales canadienses, al considerar que el precio pagado por Glaxo Canadá era superior al que pagarían empresas independientes por el mismo principio; para ello, aquéllas basaron su argumentación en dos hechos, de una parte, la manifestación del propio contribuyente de que el genérico ranitidine y el propio del Zantac eran química y biológicamente idénticos y, de otra, en la identificación de dos operativas de compra de dicho genérico por entidades independientes, disponiendo por tanto de potenciales precios comparables del mismo producto. En primera instancia (*Tax Court of Canada o TC*), ambas partes centran su argumentación con base al estándar análisis "empírico" de comparabilidad, la autoridad fiscal canadiense aludiendo a los comparables independientes identificados y el contribuyente defendiendo que realmente no son comparables e intentando la aceptación de otras operaciones como comparables, en concreto, ventas del mismo principio que la misma *Glaxo Group* realiza con terceros distribuidores. Pero es en la segunda instancia, en la fase de apelación cuando el contribuyente, al ver que sus argumentos no han sido atendidos, cambia completamente su estrategia y en lugar de insistir en la validez de los comparables que él facilita, insta a la CF a que interprete la sub sección 69(2) de la *Income Tax Act* canadiense (ITA), que regula el régimen de ajustes por Precios de Transferencia, en el sentido de exigir lo que denomina como "*reasonable business persons test*", esto es, comparar el precio fijado en la operación vinculada con el que habrían fijado "*reasonable business persons*" en circunstancias similares y en condiciones de libre competencia. El contribuyente argumenta su nueva posición con base al ordinal sexto de la indicada sub sección 69(2) del ITA, a tenor de la cual, cito literalmente, "*the amount must be greater than the amount that would have been reasonable in the*

Por tanto, en nuestra opinión, la exigencia de *rationality* en las operaciones de reestructuración es inherente a la propia “norma” sobre Precios de Transferencia del Capítulo IX de las Directrices, siguiendo el mismo planteamiento que se hace respecto a la función interpretativa del *business purpose*. La diferencia entre ambos planteamientos, *business purpose* y *rationality*, es *de facto*, dado que mientras en el primero suele ser la propia norma tributaria la que regula igualmente la ventaja o efecto fiscal ligado al fin parafiscal perseguido por el legislador, en el segundo caso no es así.<sup>39</sup> Del mismo modo, la justificación de la racionalidad de la operación de reestructuración o *reasonability*, a través de la documentación contemporánea que incluya, entre otras cosas, las sinergias que se espera genere aquella, presenta también

---

*circumstances if the non-resident person and the taxpayer had been dealing at arm's length*". A estos efectos, la CF aceptó la interpretación de la norma que realizó el contribuyente y en el apartado 40 de la sentencia describe el "*hypotetical arm's length test*" del siguiente modo: "*a subsection 69(2) inquiry directs a trier of fact to assess whether any reasonable business person, standing in the appellant's shoes but dealing at arm's length with Adechsa, would have paid the amount paid by the appellant to Adechsa.*" Continúa: "*If a reasonable business person could be expected to agree to pay the price paid by the appellant, subsection 69(2) would not apply*". Como indica PICHHADEZE, sorprendentemente en la apelación final ante la Corte Suprema de Canadá (SC), el alto tribunal no se acaba de pronunciar claramente sobre la viabilidad o no del "*reasonable business person test*" o "*hypotetical arm's length test*" con base a la subsección 69(2) del ITA, aun cuando ya había precedentes sobre su interpretación favorable como fue el caso *Gabco*. Aún así, sí que entiende este tribunal que dicho análisis pasaría por fijar extensamente las circunstancias y condiciones de la operación vinculada y trasladar las mismas "razonablemente" a una hipotética operación entre independientes. Del mismo modo, aun cuando parece ser más partidario del tradicional análisis empírico en esta materia, lo cierto es que su actuación es desconcertante, como indica el citado autor, por cuanto, de una parte, acertadamente rechaza los comparables facilitados por las autoridades fiscales canadiense al entender que las circunstancias de la operativa de Glaxo en general no eran asimilables a las existentes en la operativa independiente identificada pero, de otra, no entra a valorar la validez de los potenciales comparables facilitados por el contribuyente (las otras ventas de *Glaxo Group* con terceros distribuidores), con lo que deja la cuestión sin resolver. PICHHADZE, A.: "Canada – Canada's Transfer...", p. 154. *TC, 30 May 2008, GlaxoSmithKline Inc. v. Her Majesty the Queen, 2008 TCC 324, Tax Treaty Case Law IBFD.*

*FCA, 26 July 2010, GlaxoSmithKline Inc. v. Her Majesty the Queen, 2010 FCA 201, Tax Treaty Case Law IBFD.*

*SC, 18 OCT. 2012 Canada v. GlaxoSmithKline Inc., 2012 SC 52.*

<sup>39</sup> En efecto, en las operaciones de reestructuración que realizan los grupos multinacionales no siempre es clara la posible ventaja fiscal que presumiblemente se busca ni, de hallarla, está directamente ligada a la normativa sobre Precios de Transferencia nacional o de las propias Directrices. En muchos casos, los motivos que subyacen tras una reestructuración realizada sin respetar el PLC no son fiscales en el sentido de buscar una ventaja fiscal directa, sino simplemente de hacer prevalecer el interés de una empresa del grupo (la matriz) o éste sobre otra (la filial afectada). En estos casos, la ventaja fiscal es indirecta y se produce no tanto por la ausencia absoluta de motivo de negocio o económico, sino por el hecho de que no se respeta plenamente el PLC, por lo que se deja de tributar en un país al disminuirse la rentabilidad de la empresa afectada o, por ejemplo, no se generan plusvalías por la transmisión de determinados activos entre las empresas del grupo. Cuestión distinta es si una determinada reestructuración carece de sentido económico o de negocio alguno y, además, conlleva una clara ventaja fiscal actual ligada a la operación realizada. Estos casos suelen presentar cierta artificiosidad, entrando ya en el ámbito de la simulación o también en situaciones nuevas definidas por el ya comentado *BEPS Action Plan* de la OCDE cuando la ventaja no es actual sino a posteriori (en la situación post reestructuración).

un paralelismo claro con la exigencia de sustancia económica, si bien con el matiz de que en el primer caso la norma no es tan exigente en la efectiva consecución de los efectos económicos de la operación, mientras que en el segundo caso sí.<sup>40</sup>

En conclusión, en nuestra opinión, la exigencia de una *rationality* entendida como un *business purpose* que responda a una lógica comercial y que esté debidamente justificada/documentada (*reasonability*) de modo que incluya las sinergias o efectos económicos que se esperan generar (*economic substance*), es clara a efectos de validar una operación de reestructuración empresarial conforme a las Directrices.<sup>41</sup>

#### 4.- EXISTENCIA DE ALTERNATIVAS “REALISTAS” A LA OPERACIÓN<sup>42</sup>

La aplicación del PLC a las operaciones de reestructuración se basa en la idea inicial de que empresas independientes ante la toma de decisiones acerca de una operación de reestructuración, evalúan o, mejor dicho, se plantean posibles alternativas u opciones “realistas” a la operación tal cual ha sido concebida, de modo que sólo aceptarían ésta si no viesen viable una reestructuración alternativa más atractiva. La referencia a la existencia de operaciones alternativas más atractivas y viables no debe entenderse en términos absolutos, en el sentido de que se exija al contribuyente el análisis de “todas” las opciones posibles, por cuanto, conforme al apartado 3.81 de las Directrices, el análisis de comparabilidad no debe suponer el análisis exhaustivo de toda fuente de información posible. Del mismo modo, el planteamiento de la OCDE se debe entender como una premisa y a los efectos de incorporar al análisis de racionalidad (y a la toma de decisión sobre la propia reestructuración) la perspectiva individual de la empresa afectada, tal y como se indicará en párrafos posteriores, no como argumento en términos

---

<sup>40</sup> En efecto, ya se ha indicado que el propio apartado 9.58 de las Directrices reconoce expresamente la hipótesis de que las sinergias esperadas finalmente no se materialicen o incluso que el resultado sea desfavorable, siendo lo relevante en estos casos el analizar los factores que han conllevado a tal nefasto resultado. Por el contrario, como indica MARÍN BENÍTEZ “...la doctrina de la sustancia económica en sentido estricto postula realizar un escrutinio objetivo o real de los efectos económicos resultantes del negocio realizado para enjuiciar si la operación realizada afecta de forma significativa a la posición económica del contribuyente”. MARÍN BENÍTEZ, G.: “La relevancia...” p.45.

<sup>41</sup> Lo anterior además facilita la labor de distinción entre elusión fiscal y economía de opción, como indica DURÁN SINDREU, y también es de gran utilidad para diferenciar supuestos lícitos de reestructuración empresarial que conllevan un ahorro fiscal, de aquellos otros que aun cuando no sean artificiosos, puedan calificarse como BEPS. DURÁN SINDREU BUXADÉ, A.: “Los Motivos Económicos...”, p. 61.

<sup>42</sup> Ap. 9.59 a 9.64 de las Directrices.

absolutos y mucho menos como puro axioma; y ello no sólo por la literalidad del redactado (“*is base on the notion that..*”), sino principalmente por el hecho que de no entenderse así, se estaría obviando la presencia del grupo en la toma de decisión, lo que sería totalmente ilógico e irracional desde un punto de vista de negocio y/o comercial.

Este mismo razonamiento es el que debe realizar una administración tributaria cuando evalúa la existencia o no de alternativas “realistas”, evaluación que además debe considerar la operación tal cual ha sido inicialmente estructurada por las partes vinculadas. En este sentido, no se debe confundir este análisis con la aplicación de la conocida como *Disregard Clause* y el apartado 1.65 de las Directrices. En efecto, la indicada cláusula sólo aplicará cuando el fondo económico de la operación difiere de cómo ha sido ésta estructurada o, cuando no existiendo tal disociación, resulta imposible fijar un precio de transferencia adecuado al PLC.<sup>43</sup> Esta situación es distinta de la que se plantea en el examen de alternativas a la operación tal cual ha sido planteada. En efecto, en el presente caso, el objetivo es valorar si realmente las partes vinculadas habrían podido acordar una reestructuración distinta logrando igualmente análogo objetivo de negocio o de empresa buscado; si finalmente se identifican las indicadas alternativas “realistas” y se concluye que éstas son las que empresas independientes habrían escogido en circunstancias similares, entonces dará lugar a un ajuste de los precios de transferencia fijados en la operación, que se reflejará en el aspecto económico de la validación, pero no a la recalificación de aquélla.

Dicho esto, conforme al PLC múltiples pueden ser las razones que lleven a una empresa a aceptar las condiciones de una reestructuración en sus relaciones comerciales o en su posición o función con otra empresa, con un proveedor, con un cliente o con el grupo, y lo contrario. Incluso estas razones pueden ser “forzadas” o “no queridas” aunque de obligado cumplimiento, como es el caso de la aplicación de cláusulas de salida en contratos, firmados por ambas partes, o de resolución anticipada de obligaciones, hecho que en nada obsta a que las mismas sean conformes al PLC, sin perjuicio obviamente de que la parte perjudicada tenga derecho a una compensación o indemnización. Igualmente, muy variadas pueden ser las motivaciones de un cambio en la operativa de

---

<sup>43</sup> De hecho, tal y como indicaremos en el capítulo V, si la operación es comercialmente racional, coincidiendo además fondo y forma, la administración pública no puede obviar la estructura de la operación tal como ha sido planteada por las partes.

una empresa con un tercero o con otras empresas del mismo grupo: internalización o externalización de servicios, búsqueda de nuevas oportunidades de negocio, mejora de los precios de proveedores, reducción de costes de fabricación, optimización de recursos, racionalización de la estructura o gestión de las diversas empresas, etc.

La clave a efectos de análisis, y el origen de las principales discusiones con las administraciones públicas, radica en el hecho de que, conforme al apartado 9.63 de las Directrices, el PLC exige que la evaluación de las condiciones acordadas o impuestas entre empresas vinculadas, así como las posibles “alternativas” que hubiere, se realice a nivel de cada una de ellas, dicho de otro modo, que se atienda no sólo a las razones y/o motivaciones que pueda haber a nivel de grupo, sino también a las individuales de cada empresa. Esta perspectiva individual sale a colación en diversos apartados del Capítulo IX de las Directrices, como en el relativo a la *Disregard Clause*, y hace prueba de la importancia de no perder dicha perspectiva en el análisis que nos ocupa.<sup>44</sup>

Alguno de los comentarios al borrador introducía la cuestión sobre si realmente era relevante el exigir el requisito de la existencia de alternativas viables a nivel de la entidad concretamente afectada, todo ello con base al doble argumento de que (i) se trataba de decisiones que se tomaban a nivel de grupo y (ii) podía suponer una carga administrativa relevante para la entidad. La OCDE, mantuvo en la redacción final la exigencia en general de tal requisito, al entender acertadamente que sí tenía relevancia la perspectiva individual de la entidad afectada. Y es que precisamente lo habitual es que la visión “local” del problema sólo sea plenamente visible para la entidad individualmente afectada, que es la que al final puede facilitar al grupo la información (“la alternativa”) desde el punto de vista individual, para que el grupo la valore y tenga

---

<sup>44</sup> A esto precisamente se está refiriendo la OCDE en el apartado 89 de la nueva Sección D del Capítulo I cuando exige “*fundamental economic attributes*” a los acuerdos y condiciones que se establezcan entre partes vinculadas en aras a que sean reconocidas a efectos de Precios de Transferencia. En concreto, cito textualmente por su claridad, establece que “*An arrangement exhibiting the fundamental economic attributes of arrangements between unrelated parties would offer each of the parties a reasonable expectation to enhance or protect their commercial or financial positions on a risk-adjusted (the return adjusted for the level of risk associated with it) basis, compared to other opportunities realistically available to them at the time the arrangement was entered into. If the actual arrangement, viewed in its entirety, would not afford such an opportunity to each of the parties, or would afford it to only one of them, then the transaction would not be recognized for transfer pricing purposes*”. *OECD BEPS Action, 8, 9, and 10: Discussion...* p.26.

en cuenta, con independencia de que, obviamente, la decisión final no es suya, sino de este último.<sup>45</sup>

En efecto, los motivos comerciales, de racionalización de recursos y de generación de sinergias dentro de un grupo a nivel mundial que hay detrás de una reestructuración pueden ser entendibles y muy razonables, sin embargo no siempre resuelven las dudas sobre si es adecuada, o no, al PLC desde la perspectiva individual de una de las empresas del grupo afectadas.

Sigamos con el caso de la empresa X, S.L.

#### **Supuesto práctico V: empresa X, S.L.- Análisis**

*En el planteamiento se indicaba que X comercializaba dos tipos de maquinaria, la de corte (marca 2XP) y la de laminado. Esta última la adquiere de fabricantes independientes y la vende directamente a través de sus propios comerciales, al ser la histórica línea de negocio que X tenía antes de ser adquirida por el grupo. El grupo 2XP aduce, entre otros argumentos, a las sinergias que en ahorro de costes y eficiencia en la gestión va a suponer el que la gestión de inventarios y distribución de los productos se realice ya directamente por la propia fabricante y en que sea la empresa independiente AGCOM quien asuma ya todos los productos para la Península Ibérica (antes sólo lo hacía respecto de los productos del grupo). En el “business restructuring plan” se halla, entre otra información, históricos de ventas, información de todo el ahorro de costes que se va a producir así como la mejora de gestión de inventarios y distribución que se deriva del hecho de incluir en el sistema de gestión global de ventas de FAB2XP toda la maquinaria del grupo que comercializa X.*

En mi opinión, los argumentos “del grupo” son sólidos, atienden a una lógica comercial y están justificados. Sin embargo, adolecen de la perspectiva individual de X, de su punto de vista, quien a pesar de compartir las principales razones aducidas por 2XP, plantea una opción más favorable a sus intereses y con tanto o más de lógica comercial (por tanto, posible).

---

<sup>45</sup> Por análogas razones, es la entidad local afectada la que dispone de mayor conocimiento de su situación, negocio, mercado, etc. desde un punto de vista individual, por lo que la carga administrativa no debería ser tan elevada. Téngase en cuenta de que no se trata de que la entidad afectada redacte un “business restructuring plan” completo alternativo para el grupo, eso es responsabilidad de éste, sino de que aquélla “plantee” de forma razonada y justificada otras posibles alternativas que tengan en cuenta la perspectiva individual. A partir de ahí, entra la negociación, el juego de intereses divergentes, la viabilidad y, sobre todo, el análisis para concluir si realmente cabe plantear una operación alternativa, igualmente lógica, que cumpla o logre objetivos similares a los buscados y que, además, atienda a la perspectiva individual. *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. B6.*



En definitiva, es necesaria la perspectiva individual de cada empresa a los efectos de concluir sobre si, conforme al PLC, el grupo realmente podía haber adoptado alguna decisión-operación alternativa.

Como cierre de este capítulo, conviene indicar que en la práctica con la administración tributaria la controversia se origina por dos razones:

- a) En general, por la colisión entre la perspectiva global de los grupos multinacionales y la local que hasta la fecha han mantenido las administraciones tributarias en su acercamiento al análisis de estas operaciones.<sup>46</sup>
- b) En especial, porque si bien puede llegar a no poner en duda las motivaciones o razones del grupo para tomar determinadas decisiones de reestructuración que afectan a varias empresas, salvo que ésta sean totalmente inexistentes o puramente fiscales, la realidad es que en muchos casos se toman dichas decisiones y se implementan reestructuraciones sin tener en cuenta la perspectiva individual de las empresas afectadas, extremo éste que no es aceptado por las administraciones tributarias.

Si a lo anterior se le añaden problemas en la justificación del aspecto económico de la validación, esto es, del “derecho” de compensación, la controversia está servida, como no podía ser de otro modo, por cuanto lo cierto es que a lo que atienden las empresas independientes en estas situaciones, con el grupo o con terceros, es a ambos aspectos, el lógico y de negocio (la existencia de alternativas más atractivas y viables) y el económico (la existencia del derecho de compensación).

---

<sup>46</sup> E indicamos “hasta la fecha” pues este autor tiene la mínima esperanza de que a raíz del *BEPS Action Plan* puesto en marcha por la OCDE, la necesidad de tener en cuenta también la foto global de la fiscalidad y operativa del grupo (lo que denominan “*big picture*” o más recientemente “*blue print*”), se traduzca también positivamente en la consideración de la misma no sólo a efectos de detección de situaciones calificables como de BEPS, sino también para el análisis y comprensión de este tipo de operaciones.

## **Supuesto práctico final VII: racionalidad**

A modo de ejemplo, y como anticipo ya del capítulo siguiente, la motivación del cese del acuerdo de aprovisionamiento de materiales con una filial española y traslado de toda la cadena de producción a la principal fabricante del grupo en Polonia, puede responder a motivos de optimización de recursos y ahorro de costes a nivel de Grupo, fácilmente entendibles desde el punto de vista de éste, pero sólo estos argumentos no responden a si desde la perspectiva de la filial tal decisión es adecuada y conforme al PLC. Resulta claro que una empresa independiente en situación similar a la de la filial española, no aceptaría el cese del acuerdo de fabricación que mantenía suscrito con otra entidad, salvo que, por ejemplo, fuese compensada la empresa española bien mediante una indemnización, bien por la atribución de nuevas funciones o de un nuevo acuerdo de colaboración beneficioso para la empresa; de hecho, lo más probable es que tal hipótesis estuviera recogida en el acuerdo original y que éste incluyera la indicada cláusula compensatoria. La realidad es, sin embargo, que en numerosas ocasiones dicha compensación o nueva atribución de funciones no se da cuando se planea la operación entre filial-matriz y es en este aspecto en el que, ciertamente, cabe afirmar que la operación no se adecua al PLC y que, por tanto, sólo por el aspecto económico ya existen operaciones o decisiones alternativas que empresas independientes hubieran adoptado en situación similar.

## **5.- CONCLUSIONES DE ESTE CAPÍTULO**

Para valorar si las condiciones acordadas por las partes vinculadas en la operación de reestructuración equivalen a las que se fijarían entre empresas independientes en circunstancias similares, se deben analizar tres aspectos:

1º.- La identificación y definición de las operaciones de reestructuración antes y después de la reestructuración, con base a las pautas de análisis funcional y de riesgo a que hacíamos referencia en el capítulo anterior, siendo necesario que se vaya más allá del período y/o situación específicos previos al momento de la reestructuración.

2°.- Las razones o motivos de “negocio” que rodean la reestructuración y la expectativa de beneficio que deriva de la misma, incluidas las sinergias que a futuro se pudieran generar, adquiriendo a estos efectos gran relevancia el paquete de documentación de Precios de Transferencia que se prepare y cuyo contenido va más allá de las documentaciones estándar en esta materia. En especial, adquiere gran relevancia la documentación interna o cláusulas contractuales que internamente elabore el propio contribuyente, sobre todo el denominado *business restructuring plan* que debe ser elaborado por el grupo de forma contemporánea a la operación y como soporte a la toma de decisiones de empresa o negocio (no por cuestiones fiscales), así como otra documentación societaria relacionada con la operación.

3°.- La existencia de alternativas “realistas” a la operación, tal cual ha sido planteada por las partes, lo que conlleva a considerar la perspectiva “individual” de la empresa afectada por la reestructuración, a la que en cualquier caso le serán ajenos los motivos de ventaja o ahorro fiscal del grupo, conforme al artículo 9 MCDI.

El análisis de estos tres aspectos nos llevara a la conclusión sobre si la reestructuración en sí misma es racional (“*rational*”) y está justificada (“*reasonable*”), en línea con las doctrinas anglosajonas del *business purpose*, en su función interpretativa, y de la *economic substance*, esta última como aplicación concreta del propio principio *substance over form*.

Siendo la reasignación de funciones y riesgos adecuada al PLC y cumpliéndose así mismo el requisito de racionalidad y justificación de la reestructuración en sí misma, ésta cumpliría con el denominado Elemento Definitorio Normativo de la validación a efectos de Precios de Transferencia.

## 6. EPÍLOGO: RACIONALIDAD COMO ELEMENTO DIFERENCIADOR RESPECTO DE LA PLANIFICACIÓN FISCAL AGRESIVA O SITUACIONES CALIFICABLES COMO BEPS

No es objeto de este trabajo el profundizar en el análisis de la reforma que en el ámbito de la fiscalidad internacional y de los Precios de Transferencia está promulgando la OCDE con el apoyo de la UE y del G20 a través del ya mencionado Plan BEPS.

Sin embargo, es innegable la conexión existente entre el Capítulo IX de las Directrices y la propuesta de reforma del resto de capítulos de este texto que pretende aquél organismo,<sup>47</sup> en especial de los Capítulos I a III y del VI, hasta el punto que cabría afirmar que en parte lo que se ha producido es una extensión o conversión a directriz general de varias de las directrices o aspectos específicos de la validación de las operaciones de reestructuración.

Lo anterior, junto con la ausencia de una clara definición sobre cuando cabe hablar de “planificación fiscal agresiva” o de una situación calificable como de BEPS<sup>48</sup> hace que nos preguntemos que siendo patente la conexión entre BEPS y *business restructuring*, entonces:

- a) ¿Cabe afirmar que detrás de una situación BEPS hay siempre una operación de reestructuración?
- b) ¿Cuándo una operación de reestructuración puede derivar en una situación calificable como de BEPS? Cuáles son los elementos delimitadores?

Detrás de una situación de BEPS suele haber una reasignación de riesgos y funciones entre empresas del grupo pero no siempre cabe calificarla de *business restructuring* a

---

<sup>47</sup> En este sentido, el énfasis en estar a la realidad de las operaciones y conducta de las partes más allá de las cláusulas contractuales (que también denomina *interpretation*) o la necesidad de ligar la rentabilidad a la entidad que asuma mayores riesgos, los conceptos de “control de riesgos”, de racionalidad o el tratamiento de la transferencia de intangibles, entre otros, son aspectos (directrices) regulados en el Capítulo IX.

<sup>48</sup> La OCDE identifica diversas situaciones que califica como de BEPS, sobre todo por los efectos que provoca en lo que a tributación se refiere y por reunir algunos aspectos comunes como son la separación entre valor-rentabilidad y tributación efectiva o la presencia de cierta artificiosidad, pero no incluye una clara definición del concepto ni de los condicionantes que se deben dar para entender que estrictamente se está ante uno de estos supuestos.

efectos de Precios de Transferencia, sobre todo en aquellos casos en los que realmente la reasignación es más formal que real, es decir, existe una “artificiosidad” clara y directa, o cuando simplemente se ha puesto en marcha una nueva operativa o estructura con el claro objetivo de ahorro fiscal aprovechando vacíos legales o descoordinaciones entre normativas de diversos países. Serían casos de utilización de entidades transparentes interpuestas (*CFC rules*), la implementación de híbridos financieros o el ya conocido *treaty shopping*, entre otros.

Sin embargo, en el resto de supuestos sí cabe afirmar que bien en el origen bien en el medio utilizado, se da una operación de reestructuración con base a su definición a efectos de Precios de Transferencia, siendo entonces la pregunta cuándo una operación de reestructuración deriva en una situación calificable como BEPS o, mejor dicho, qué elementos (o su ausencia) provocan que una operación de reestructuración no sólo no se considere adecuada al PLC, sino además que se califique como BEPS.

En respuesta a lo anterior, y al margen de supuestos directos de “artificiosidad”, cabe identificar dos elementos mínimos que deben darse conjuntamente para que una operación de reestructuración derive en una situación BEPS, en concreto:

- a) La falta de racionalidad de la reestructuración.
- b) La inadecuación al PLC de la remuneración de las partes en la situación post reestructuración, en especial, la disociación entre la aquélla y las funciones y riesgos asumidos por éstas.

En efecto, la ausencia de racionalidad de la operación de reestructuración, sobre todo en su aspecto más normativo (ausencia de lógica comercial y/o existencia de alternativas más razonables), es el primer elemento que puede hacer derivar a la operación de reestructuración hacia una situación calificable como BEPS. En este sentido, la falta de racionalidad puede interpretarse como artificiosidad cuando la forma de reestructurar la operación es tan ilógica comercialmente hablando que resulta artificial, aunque no se puede ser taxativo en esta afirmación dado que la casuística puede ser numerosa. Sin embargo, la falta de racionalidad por sí sola no es suficiente, por cuanto puede ser prueba de la no adecuación de la operación de reestructuración al PLC pero es necesario que se dé el segundo elemento indicado para considerar que aquélla no sólo no se

adecua a éste, sino que además es calificable como de BEPS. Y es que las situaciones que la OCDE identifica como BEPS van muy ligadas al resultado final de la operación o estructuración que considera artificial y/o carente de lógica comercial, pues de algún modo aquél también es artificial desde el momento en que se produce la disociación entre la remuneración que perciben las partes vinculadas en la situación post reestructuración y las funciones y riesgos que asumen, máxime si además resulta que la tributación efectiva de la renta que se genera es baja o nula por razón del territorio de tributación.