

CAPÍTULO QUINTO

**LOS ELEMENTOS CORRECTORES EN LA VALIDACIÓN FINAL DE
LA REESTRUCTURACIÓN**

INTRODUCCIÓN

SECCIÓN 1ª

**RECALIFICACIÓN DE LAS OPERACIONES Y ABUSO DEL DERECHO:
APLICACIÓN DE LA DENOMINADA *DISREGARD CLAUSE***

1.- PLANTEAMIENTO EN OPERACIONES DE REESTRUCTURACIÓN

2.- LA *DISREGARD CLAUSE* EN OPERACIONES VINCULADAS (AP. 1.64 A 1.69 DIRECTRICES)

3.- APLICACIÓN DE LA NORMA DE RECALIFICACIÓN A OPERACIONES DE REESTRUCTURACIÓN EMPRESARIAL

4.- CONSECUENCIAS DEL NO RECONOCIMIENTO DE LA OPERACIÓN: APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA

5.- OTRAS CUESTIONES

5.1.- Naturaleza de la *Disregard Clause*: su distinción respecto al conflicto en la aplicación de la norma tributaria (art. 15 LGT)

5.2.- Aplicación práctica de la *Disregard Clause*: compatibilidad con las normas anti abuso tradicionales

A) *Aplicación por remisión directa*

B) *Aplicación por incorporación a norma interna o convencional*

C) *Aplicación a través del artículo 9 de los Convenios*

6.- CONCLUSIONES DE ESTA SECCIÓN

SECCIÓN 2ª

LA REMUNERACIÓN POST REESTRUCTURACIÓN

1.- *BUSINESS RESTRUCTURING* vs “*STRUCTURING*”

2.- ELEMENTOS ESPECÍFICOS A EFECTOS DE ANÁLISIS

3.- LA REMUNERACIÓN POST REESTRUCTURACIÓN COMO ELEMENTO CORRECTOR DE LA COMPENSACIÓN

4.- COMPARACIÓN DE LA RENTABILIDAD OBTENIDA POR EL CONTRIBUYENTE ANTES Y DESPUÉS DE LA REESTRUCTURACIÓN: EL SEGUNDO ELEMENTO DEFINITORIO BEPS

5.- CONCLUSIONES DE ESTA SECCIÓN

INTRODUCCIÓN

Iniciamos ya el último capítulo de este trabajo que recoge los que calificamos como “Elementos Correctores” a considerar en la validación de los precios de transferencia en operaciones de reestructuración empresarial.

El propio calificativo utilizado responde a la función a cumplir por estos dos elementos, que no es otra que la de asegurar la racionalidad de la operación de reestructuración y su adecuación al PLC, actuando o “corrigiendo” las condiciones fijadas en aquella cuando no es así; aspecto éste que las diferencia de los que hemos calificado como “Elementos Definitivos”, centrados en la identificación y desglose de los requisitos que deben cumplir este tipo de operaciones precisamente para ajustarse al PLC.

Dicho esto, ambos elementos correctores actúan en momentos y de formas distintos, por cuanto su naturaleza es también diferente. En este sentido, la *Disregard Clause* interviene en los momentos iniciales de análisis de la operación, por cuanto se centra en la esencia misma de ésta y en la conducta de las partes, esto es, en la estructuración de la operación, mientras que el análisis de la remuneración post reestructuración despliega sus funciones en la fase final de análisis como cláusula de cierre y, como se verá más adelante, ligado al aspecto económico, es decir, a la adecuación de la compensación fijada en la operación.

A continuación se analizará en profundidad los dos elementos, en secciones diferenciadas.

SECCIÓN 1ª

RECALIFICACIÓN DE LAS OPERACIONES Y ABUSO DE DERECHO: APLICACIÓN DE LA DENOMINADA *DISREGARD CLAUSE*.

1.- PLANTEAMIENTO A EFECTOS DE *BUSINESS RESTRUCTURING*¹

Conforme al apartado 9.161 de las Directrices, todo análisis en materia de Precios de Transferencia debe iniciarse con una clara identificación y definición de la operación vinculada, lo que conlleva analizar la conducta de las partes, los hechos acaecidos y las circunstancias que rodean la operación. Sólo de este modo se podrá perfilar el fondo o sustrato real de la operación con distinción clara de las funciones desarrolladas por cada parte, riesgos asumidos y activos empleados.²

El respeto al PLC en las condiciones de una operación vinculada pasa ineludiblemente por una correcta atribución de los riesgos de la misma entre las partes intervinientes, que se reflejan en las cláusulas contractuales acordadas entre éstas. Sin embargo, la atribución de riesgos fijada en las cláusulas contractuales sólo alcanza hasta el límite en que las mismas son acordes con la sustancia o fondo de la propia operación, tal y como ya indicábamos en el capítulo II de este trabajo al referirnos al análisis funcional y, en especial, a lo indicado en los apartados 1.42 a 1.51 de las Directrices, a los que se remite el 9.164 de las Directrices³.

¹ Apartados 9.164 a 9.167 de las Directrices.

² En la modificación propuesta del apartado 1.52 de las Directrices se insiste en la necesidad de ir al fondo real de la operación y conducta de las partes, a través de la utilización del concepto de "*delineation of the actual transaction*"; en concreto, en el inciso final se indica, cito textualmente, "*Where there are differences between contractual terms and factual substance, the conduct of the parties in their relations with one another, and what functions they actually perform, the assets they actually employ, and the risks they actually assume and manage, in the context of the consistent contractual terms, should be ultimately determine the delineation of the actual transaction*". *OECD BEPS Action 8, 9 and 10: Discussion Draft on Revision of Chapter I of the TP Guideline (including risks, recharacterization and special measure)*. 1 diciembre 2014-6 febrero 2015, p. 5.

³ A este respecto y a modo de recordatorio, en el examen de la atribución de riesgos entre las partes intervinientes en la operación vinculada, deben tenerse en cuenta tres factores:

- 1) Si los términos contractuales son acordes con la realidad o sustancia económica de la operación.
- 2) Si la conducta de las partes es acorde a la atribución estipulada en las cláusulas contractuales.
- 3) Si la atribución de riesgos conforme a las indicadas cláusulas se adecua al PLC.

Con relación al último punto, a los efectos de concluir sobre la adecuación o no al PLC de la atribución de riesgos existente entre las partes, debe atenderse a dos cuestiones. De una parte, la presencia o no de operaciones comparables independientes con similar atribución de riesgos. De otra, y en ausencia de la anterior, si comercialmente dicha atribución tiene sentido, en especial si la parte que asume mayor riesgo es, a su vez, la que ostenta mayor control de la operación y tiene la capacidad financiera para asumirlo (y por consiguiente, derecho a mayor remuneración). El mismo análisis debe hacerse a los efectos de concluir sobre la adecuación o no al PLC de la existencia o inexistencia de indemnización derivada de la

En este mismo sentido, las Directrices fijan en su Capítulo I los factores o elementos a tener en cuenta a los efectos de concluir sobre la adecuada aplicación o no del PLC establecido por el artículo 9 MCDI, entre ellos el análisis de comparabilidad, clave para fijar la adecuada imputación de los riesgos de la operación entre las partes vinculadas, y el de las cláusulas contractuales.

Sólo cuando conforme al indicado artículo y por aplicación de los factores reseñados, las condiciones fijadas en la operación vinculada analizada difieren de las que acordarían entidades independientes en circunstancias similares, las administraciones públicas pueden realizar un *ajuste de las condiciones de la operación*. Dicho ajuste puede ser bien del precio de transferencia fijado, margen o rentabilidad obtenidos (*ajustes de comparabilidad sólo de valoración*), bien del resto de condiciones de aquélla, supuesto este último en el que nos referimos a la *estructura de la operación* y en la que actúa la norma de recalificación regulada en los apartados 1.64 a 1.69 de las

operación de reestructuración realizada. Para ello, previamente se debe estar al “análisis de comparabilidad” de las operaciones, en especial a la atribución de riesgos a las partes vinculadas que intervienen en las mismas y, finalmente, diferenciar claramente si se está en un caso de ajuste del precio de transferencia o de no reconocimiento de la asignación de riesgos en la operación vinculada, todo ello en el sentido ya comentado en el capítulo II de este trabajo.

Directrices⁴, conocida como *Disregard Clause*,⁵ y cuyos supuestos y principios de aplicación recogen los apartados 9.161 a 9.194 del mismo texto.⁶

La facultad de recalificación de las operaciones vinculadas por parte de las administraciones públicas recogida en los apartados 1.64 a 1.69 de las Directrices es de aplicación a las operaciones de reestructuración en las que se den aquéllas, con base en el artículo 9 del MCDI incorporado a los Convenios, esto es, a los solos efectos de ajustar las condiciones-estructura de la operación acordadas entre empresas asociadas y con el objetivo de lograr la correcta aplicación del PLC. Lo anterior no obsta a que la normativa interna de cada país pueda establecer otros mecanismos de recalificación o normas anti-abuso específicas, plenamente compatibles con la *Disregard Clause*; pero lo estipulado en los apartados 1.64 a 1.69 de las Directrices sólo es aplicable en el marco del artículo 9 de los Convenios y con el objetivo indicado, tal y como se comenta en el apartado final de esta sección.

Por tanto, la realización de un ajuste no implica *per se* la recalificación de la operación, esto es, el no reconocimiento total o parcial de la estructura de la misma. Es decir, no todo ajuste deriva de una previa recalificación de las condiciones de la operación ni, en

⁴ De aquí en adelante, al referirnos a los ajustes, reconfiguraciones, modificaciones o recalificaciones que se realicen en virtud de estos apartados de las Directrices utilizaremos la expresión *estructura o condiciones de la operación*, a efectos de su distinción de los ajustes de comparabilidad (de valoración, los ya comentados ajustes de capital) que inciden directamente sobre el precio, margen o rentabilidad de la operación. Del mismo modo, cabe distinguir también estos ajustes del denominado *ajuste secundario*, por cuanto este se origina en un momento posterior en el marco de un ajuste primario (valorativo) previo y responde a la calificación (ficción en este caso?) fiscal del exceso de renta que este origina. Vid. por todos CALDERÓN CARRERO, J.M. y MARTÍN JIMÉNEZ, A.: “Los ajustes secundarios en la nueva regulación de las operaciones vinculadas” en *Fiscalidad de Operaciones Vinculadas*, CISS, 489-518.

⁵ El PLC se establece como una excepción al principio general admitido en Derecho tributario conforme al cual las administraciones públicas deben respetar las condiciones de las operaciones y acuerdos fijados por los contribuyentes y fiscalizarlos atendiendo a los mismos. Su equivalente a efectos de Precios de Transferencia y que recoge también el artículo 9 MCDI es el del reconocimiento y validez de las condiciones fijadas en operaciones entre entidades o personas independientes, por cuanto de lo contrario aquéllas no podrían servir de referente a efectos de validar la adecuación al PLC de las operaciones vinculadas. A partir de ahí, cuando se demuestra que las condiciones de la operación no se adecuan al PLC, la administración puede ajustarlas, de forma general con base a los principios y metodologías de valoración propios de esta materia en lo referente a los precios, márgenes o rentabilidades de la operación y que mencionábamos en el capítulo II, o de forma mucho más restrictiva si se trata del resto de elementos de la operación, esto es, de su estructura. De ahí que también se diga que la *Disregard Clause* recoge el denominado *As-structured Principle*. BULLEN, A.: “*Arm’s Length Transaction Structures. Recognizing and restructuring controlled transactions in transfer pricing*”. IBFD Doctoral Series, nº 20, 2010, pp. 84-85.

⁶ De hecho, estos apartados del Capítulo IX desarrollan los principios y supuestos de aplicación establecidos previamente por los ya indicados del Capítulo I de las Directrices e incluso van más allá en algunos aspectos.

el mismo sentido, los apartados 1.64 a 1.69 de las Directrices facultan a las administraciones tributarias a hacer caso omiso de la estructura seguida por los contribuyentes en la realización de la operación vinculada por el mero hecho de ser procedente la realización de un ajuste del precio de transferencia fijado en la transacción.

En este momento es relevante traer a colación lo indicado en el apartado 9.163 de las Directrices, por cuanto fija la vara de medida de la utilización de este poder no sólo de ignorar la operación tal cual la han fijado las partes, sino de imponer otra a los contribuyentes. En concreto, dicho apartado establece que no cabe discutir la vigencia del principio de libertad de organización y estructuración de sus operaciones y transacciones por parte de los grupos multinacionales. En este sentido, las administraciones públicas no pueden imponer a los grupos multinacionales su forma de organizarse u operar, por cuanto lo pueden hacer con base en razones económicas, comerciales y de otro tipo, incluyendo las fiscales, todas ellas válidas. Sin embargo, las administraciones públicas sí pueden determinar y analizar las consecuencias fiscales de la forma de organizarse y operar de los grupos multinacionales, conforme a lo establecido en los tratados internacionales y en especial con base en el artículo 9 MCDI incorporado a los Convenios. Por tanto, la inclusión de este apartado justo en los preámbulos de la Parte IV del Capítulo IX de las Directrices denota lo extraordinario de esta potestad que se les otorga a las administraciones públicas y la exigencia de su uso adecuado y restrictivo al exclusivo objetivo buscado de lograr fijar unas condiciones de la operación, más allá del precio, adecuados al PLC y en los casos en que estrictamente se cumplan los requisitos de aplicación.⁷

⁷ Es por ello que no coincidimos con MARTÍN y CALDERÓN en su consideración de la *Disregard Clause* como una potestad de no reconocimiento “global” de las operaciones ni en la posibilidad de que el desconocimiento parcial de la estructura fijada por las partes (los autores se refieren a “*cierta cláusula o contrato*”) se entienda como, cito textualmente, “*una consecuencia implícita del PLC*”, en lugar del ejercicio de una función de recalificación (parcial, eso sí) de las condiciones de la operación. En efecto, en nuestra opinión cualquier ajuste de las condiciones de una operación vinculada que afecten a su *estructura*, esto es, que no se centren específicamente en el precio, margen o rentabilidad y cuyo reflejo suelen ser los ya comentados ajustes de capital, debe entenderse como ejercicio de la facultad de no reconocimiento de la operación y recalificación de la misma derivada de la *Disregard Clause*. Cuestión distinta, como comentaremos, es que el primer supuesto de aplicación sea más propio (y proclive) a situaciones donde se produzca un no reconocimiento total de la operación y su sustitución por otra, mientras que en el segundo lo sea de situaciones de recalificación parcial. De ahí que tampoco compartamos la afirmación de estos autores en el sentido de entender que se ha producido un vaciamiento de la función de este segundo supuesto de aplicación de la cláusula de recalificación. 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. 24-30.

En definitiva, se debe analizar primero la norma general de recalificación aplicable a operaciones vinculadas contenida en los apartados 1.64 a 1.69 de las Directrices para, posteriormente, examinar su aplicación a operaciones de reestructuración empresarial a través de los apartados 9.161 a 9.194 del mismo texto y que desarrollan los supuestos identificados en los apartados precedentes.⁸

2.- DISREGARD CLAUSE: ANÁLISIS DE LOS APARTADOS 1.64 a 1.69 DE LAS DIRECTRICES

En su proceso de revisión 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 o sustituir aquélla por otra. Tal y como enunciábamos en el apartado 3 del capítulo II de este trabajo, dos son las circunstancias que permiten a las administraciones públicas ignorar las operaciones según han sido estructuradas por el contribuyente, la primera de ellas relacionada con el principio de *substance over form* y la segunda con la *racionalidad de la operación*, en concreto:

1º.- Cuando el fondo o *substance* de la operación o acuerdo, reflejado en la conducta de las partes y realidad de los hechos, difiere de la forma tal cual se ha estructurado.⁹

⁸ A este respecto, cabe afirmar que los primeros apartados indicados definen los supuestos de aplicación de la norma general de recalificación mientras que los del Capítulo IX desarrollan lo indicado en los precedentes a los que se va remitiendo; de hecho, la remisión a directrices y apartados de otros capítulos del mismo texto es continua en esta sección, lo que la hace algo repetitiva en algunos tramos y ciertamente bastante más caótica de lo habitual en las Directrices en lo que a sistemática se refiere. Sin perjuicio de lo anterior, no se puede negar sin embargo que en lo que a los supuestos de recalificación se refiere, los apartados del Capítulo IX desarrollan claramente los 1.64 a 1.69 del Capítulo I, yendo incluso más allá y pudiéndose considerar una evolución del enfoque de aplicación de esta norma que posteriormente va a ser recogido en la propuesta de reforma de estos apartados en el borrador de la nueva Sección D del Capítulo I de las Directrices propuesto por la OCDE en el marco de su Plan BEPS.

⁹ Las Directrices utilizan en este caso de forma confusa el término *economic substance*, por cuanto no cabe entender que se estén refiriendo al ámbito estricto de la doctrina de la sustancia económica a que

2º.- Cuando aun no habiendo disociación entre fondo y forma, analizada la operativa en su conjunto se llega a la conclusión de que empresas independientes en situaciones análogas (comparables) no hubiesen estructurado la operación o acuerdo tal cual lo han hechos las partes vinculadas (estructura comercialmente irracional) y, además, no es posible determinar un precio de transferencia adecuado, es decir, no se puede establecer correctamente un precio de transferencia acorde al PLC.¹⁰

En el primer caso, lo que se pone en duda es la naturaleza propia de la operación, por cuanto la realidad de la conducta de las partes, funciones desarrolladas y riesgos asumidos difiere de lo que refleja las cláusulas contractuales que recogen la operación, siendo un supuesto más proclive a casos de no reconocimiento total de la estructura de la operación y a la sustitución de ésta por otra acorde al PLC.¹¹

En el segundo no se cuestiona la naturaleza de la operación, sino sus condiciones tras analizarla en su conjunto y llegarse a la conclusión de que entidades independientes no estructurarían la operación de ese modo¹² y, además, lo anterior impide la correcta aplicación del PLC. El no cuestionamiento de la naturaleza de la operación al no haber disociación entre fondo y forma, hace que este segundo supuesto sea más propio de

hacíamos mención en el capítulo III, ligado, por tanto, al principio de *racionalidad*, sino a la constatación de que realmente se dan las funciones y riesgos que “formalmente” establecen las cláusulas contractuales, esto es, relacionado por tanto con el principio general de *substance over form*. En este caso, coincidimos con MONSENEGO en que la verificación de la realidad de las funciones y riesgos asumidos por las partes en las operaciones vinculadas así como de los activos implicados se traduce en un “requisito de sustancia” a efectos de la aplicación de la cláusula de recalificación de las operaciones. MONSENEGO, J.: “The Substance Requirement in the OECD Transfer Pricing Guidelines: What Is the Substance of the Substance Requirement?” en *International Transfer Pricing Journal*, January/February 2014, p. 11.

¹⁰ Disentimos con MONSENEGO en su posición de incluir dentro del mismo requisito de la sustancia a que hacíamos referencia en la nota anterior, el análisis de los mismos riesgos y funciones a los efectos de valorar la “racionalidad” de la estructuración de la operación, esto es, la adecuación al PLC de la asignación de riesgos y funciones acordados. En efecto, en nuestra opinión, este análisis que conforma uno de los elementos clave del segundo supuesto de recalificación de la *Disregard Clause*, se enmarca dentro de la verificación del principio de racionalidad, no el de *substance over form*. En este mismo sentido, entendemos que unir ambos principios a efectos de glosar una nueva categoría de *substance*, que englobe a ambos y que sea específica de la *Disregard Clause* lleva a la confusión terminológica y es innecesario. MONSENEGO, J.: “The Substance...”, pp. 11-16.

¹¹ A estos efectos, el apartado 1.65 de las Directrices no desarrolla el supuesto de hecho, limitándose a poner como ejemplo el caso en el que un préstamo a largo plazo se reconfigura como aportación de capital.

¹² Enlazando aquí con la jurisprudencia alemana y su criterio del “tercero racional” (*Verständige Dritte*) a tenor del cual una forma jurídica empleada es inadecuada, impropia...y, en definitiva, sospechosa o indiciaria de fraude cuando se estime que un tercero razonable no la habría empleado para la consecución del resultado obtenido. BFH 27.07.1999, BStBI II 1999, 769.

situaciones donde se produce una recalificación (como sinónimo de reconfiguración) parcial de las condiciones de la operación pero no su sustitución por otra.

En ambos casos, las condiciones de la operación pueden resultar más de las relaciones particulares existentes entre las partes, es decir, las propias de grupos multinacionales, que de las condiciones comerciales que objetivamente se darían entre entidades independientes, introduciendo aquí indirectamente el apartado 1.66 de las Directrices la importancia del factor de la "racionalidad comercial" de la operación tal cual ha sido estructurada por las partes. Además, se indica que el trasfondo o motivo por el que el contribuyente puede haber estructurado sus operaciones de ese modo "puede haber sido" el evitar o minimizar el coste fiscal de la operación, aunque llamamos la atención sobre el hecho de que la norma utiliza el condicional, por lo que no es una presunción ni se establece como condicionante para la entrada del mecanismo de la recalificación, es decir, no lo incluye como requisito subjetivo.¹³

Sin embargo, tal y como indica el apartado 1.67 de las Directrices, no se puede obviar tampoco el hecho de que dentro de un grupo empresarial cabe mayor variabilidad en la tipología de relaciones, contratos y acuerdos comerciales que entre empresas independientes, debido tanto a razones jurídicas, económicas, legales, fiscales, como a las sinergias propias que se generan inter grupo. En este sentido, es más fácil la alteración o modificación de las condiciones inicialmente pactadas, incluso retroactivamente, debido a estrategias adoptadas a nivel de grupo. De hecho, tal y como ya se ha indicado en diversas ocasiones a lo largo de este trabajo, se debe reconocer que dentro de los grupos empresariales se dan relaciones comerciales, contractuales y económicas que son propias o consustanciales a este tipo de estructuras empresariales, de modo que difícilmente podrían darse en empresas independientes al carecer de lógica comercial y/o económica su implementación en una estructura individual de una sola compañía.¹⁴

¹³ En este mismo sentido vid. MARTÍN JIMÉNEZ, A. y CALDERÓN CARRERO, J.M.: "*Los Precios de...*", p.27.

¹⁴ Por su parte, los apartados 85 a 87 que se incluyen en la propuesta de nueva Sección D del Capítulo I, bajo la subsección titulada "*Why is there a need for non-recognition?*", profundizan en las posibilidades de los grupos multinacionales de crear operativas o estructuras con varias entidades así como de "trocear" una actividad entre ellas de forma que se puedan reubicar convenientemente funciones, riesgos y beneficios. Sin embargo, tal y como indica el apartado 87, los grupos multinacionales no pueden decidir unilateralmente dónde se ubica el beneficio a efectos de Precios de Transferencia. *OECD BEPS Actions 8, 9 and 10: Discussion...*, pp. 25-26.

Lo anterior conlleva que, en determinados supuestos, las administraciones públicas tendrían que realizar el esfuerzo de determinar cuál es la realidad que subyace detrás de un acuerdo contractual para la correcta aplicación del PLC.

Con este objetivo, conforme a los apartados 1.68 y 1.69 de las Directrices, resulta clave la utilización como referente de operaciones independientes por parte de las administraciones públicas, siempre y cuando superen el análisis de comparabilidad.¹⁵ Para ello, es esencial que la distribución de las principales funciones y riesgos entre las partes (las condiciones) sea similar en ambas operaciones. A este respecto, el hecho de que las condiciones de la operación vinculada y la independiente comparable difieran o, simplemente, que no se puedan identificar operaciones independientes comparables, no significa que las administraciones públicas puedan modificar las condiciones de la operación vinculada, salvo que se ponga en duda la razonabilidad económica de tales condiciones de forma que no sea posible fijar un precio de transferencia adecuado al PLC. Por el contrario, esas diferencias sí se deben tener en cuenta a efectos de un posible análisis comparativo siempre y cuando se puedan realizar los pertinentes ajustes para reflejar la diferente estructuración de las operaciones.

A este respecto, insistimos nuevamente en que se debe diferenciar claramente entre realizar un ajuste de comparabilidad (de valoración, los denominados ajustes de capital) que va a incidir directamente en el precio fijado, margen o rentabilidad obtenida, a que se hacía referencia en el capítulo II de este trabajo, y modificar las condiciones de la estructura de la operación vinculada total o parcialmente, esto es, no reconocer la asignación de funciones y riesgos realizada por las partes en la operación.¹⁶

Sirva de explicación final el siguiente ejemplo.

¹⁵ Por el contrario, en el borrador de nueva Sección D del Capítulo I se rebaja la importancia de la identificación de operaciones independientes comparables para introducir como elemento clave el que la estructuración de la operación vinculada sí presente lo que denomina como “*fundamental economic attributes*”, en el sentido de que suponga una mejora o protección de la posición financiera o comercial de la entidad afectada individualmente considerada, no habiendo otras alternativas viables mejores. A este respecto, no compartimos la rebaja en la relevancia de la presencia de comparables independientes, por cuanto es la esencia del artículo 9 MCDI y del PLC; tampoco en lo que respecta al concepto de “*fundamental economic attributes*”, ya que supone rebajar también la importancia del test sobre la racionalidad de la operación y obviar completamente la presencia del interés del grupo, lo que no es lógico ni “racional”. *OECD BEPS Actions 8, 9 and 10: Discussion...*, ap. 84 y 89.

¹⁶ Este caso es el recogido en el segundo supuesto del apartado 1.65 Directrices.

Supuesto práctico XVIII: *Disregard Clause* vs ajuste de comparabilidad

A modo de ejemplo, un fabricante tiene suscrito un acuerdo de distribución con diversas filiales del grupo. En dicho acuerdo se establece que será el fabricante quien asuma el riesgo de exceso de inventario, de modo que a final de cada ejercicio recomprará a las distribuidoras y al mismo precio que les vendió, el exceso de stock que estas tengan en sus almacenes. Pongamos que este extremo del acuerdo es cuestionado por la administración tributaria del país donde reside la entidad fabricante. Se parte de que del examen de la conducta de las partes en la operación, efectivamente, éstas actúan siguiendo lo establecido en el acuerdo, por lo que no hay disociación entre lo acordado por las partes y la sustancia o fondo de la operación, esto es, se respeta el principio de *substance over form*. A continuación, se procede a analizar si se identifican operaciones comparables independientes. En caso afirmativo, la administración tributaria no puede cuestionar las condiciones de la operación vinculada, por cuanto no difieren de las que acordarían entidades independientes. Si no se identifican comparables independientes, como paso adicional la administración tributaria analizará si el fondo de la operación, coincidente con lo acordado por las partes (la asignación de funciones riesgos fijada) se adecua o no al PLC, esto es, si cabe entender que aquél es comercialmente razonable y lógico (de modo que también podría ser fijado por entidades independientes en situación similar). Si se concluye positivamente, por cuanto resulta que el fabricante tiene mayor capacidad financiera, lleva un control exhaustivo del inventario de las filiales y decide el volumen de compra de cada una de ellas¹⁷, la administración tributaria no puede modificar las condiciones de la operación vinculada, al ser posible fijar un precio de transferencia adecuado al PLC, aunque será necesario practicar ajustes de comparabilidad (probablemente en este caso, ajustes por nivel de inventarios entre la fabricante y las empresas comparables seleccionadas o entre las operaciones vinculadas de venta y las no vinculadas). Si se concluye negativamente, al no darse las circunstancias de razonabilidad económica que se indicaban en el párrafo anterior, se concluirá que las condiciones fijadas imposibilitan la fijación de un precio de transferencia adecuado al PLC, por lo que la administración tributaria, en aplicación de la *Disregard Clause* sí podría modificar tales condiciones. En este caso, ya no se trata de un ajuste de comparabilidad (ajuste en niveles de inventario indicado), sino de la reconfiguración de las condiciones de la operación, probablemente, en este caso, no aceptando la cláusula de recompra de excesos de inventario de las filiales y eliminando del balance de la entidad fabricante todas las operaciones de recompra de stock.

¹⁷ A este respecto, tal y como ya se indica en el capítulo II, el hecho de que la entidad que asuma el mayor riesgo, en este caso de inventario, sea a su vez la que tenga mayor control sobre el mismo así como capacidad financiera para asumirlo, lleva a la conclusión de que las condiciones de la operación son comercialmente lógicas y razonables.

3.- APLICACIÓN DE LA NORMA DE RECALIFICACIÓN A OPERACIONES DE REESTRUCTURACIÓN EMPRESARIAL.

Tal y como avanzábamos en el primer apartado de este capítulo, la Sección C de la Parte IV del Capítulo IX de las Directrices no fija una *Disregard Clause* específica para operaciones de reestructuración empresarial, sino que lo cierto es que sus apartados desarrollan los principios y supuestos de aplicación establecidos previamente por los apartados 1.64 a 1.69 de las Directrices, yendo incluso más allá en algunos aspectos, tal y como veremos a continuación.

En efecto, los apartados 9.168 y 9.169 del Capítulo IX admiten de forma excepcional la posibilidad de que las administraciones públicas no reconozcan¹⁸ la estructura y características de las operaciones y relaciones contractuales tal y como ha sido establecida por las partes, en los dos supuestos ya fijados por el apartado 1.65 de las Directrices pero, a diferencia de éste, sí desarrollan o enfocan mínimamente el contenido del primero y entran más a fondo en el segundo, de modo que completan lo indicado en los apartados generales del Capítulo I de las Directrices.

3.1.- Cuando el fondo o *substance* de la operación o acuerdo difiere de su forma.

Se trata del primero de los supuestos que recoge el apartado 1.65 y 9.169 de las Directrices y que faculta la aplicación de la *Disregard Clause* cuando la sustancia o fondo de la operación o acuerdo difiere de su forma, siendo lo primero lo que debe prevalecer sobre lo segundo (principio *substance over form*).

¹⁸ Llamamos la atención sobre el hecho de que en este caso las Directrices utilizan el término "*non-recognition*" como equivalente a "no reconocimiento" en lugar del de "*disregard*" que significa "ignorar", en un proceso de "suavización" de la terminología utilizada que desembocará en la actual propuesta de redacción incluida en el borrador del nuevo Capítulo I, apartados 83 y 84, propuesto por la OCDE; dicho esto, en ambos casos se mantiene el efecto de la aplicación de la cláusula, esto es, la sustitución de las condiciones inicialmente fijadas de la operación por otras acordes al PLC. Del mismo modo, el apartado 9.168 utiliza los términos "*exceptional, rare, unusual*" para enfatizar, de una parte, lo excepcional que debe ser la utilización de esta cláusula por parte de las administraciones públicas y, de otra, su vinculación al escrutinio establecido por el apartado 1.53 de las Directrices, esto es, al examen de la conducta de las partes, su adecuación a las cláusulas contractuales y, en especial, la existencia de simulación en las mismas, cuestiones éstas que enlazan con los cambios que la OCDE está proponiendo en la Sección D del Capítulo I. *OECD BEPS Actions 8, 9 and 10: Discussion...p.25.*

A este respecto, lo cierto es que el apartado 9.170 no aporta nada novedoso respecto a lo ya comentado 1.65, y se limita a afirmar la necesidad de determinar el sustrato de la operación en todos sus términos, mediante el análisis funcional de ésta, la asignación de riesgos a las partes, las circunstancias comerciales que rodean la operativa y, finalmente, la conducta de cada una de las partes vinculadas implicadas (más allá de las cláusulas contractuales); en otras palabras, se remite plenamente a los principios y reglas de realización del análisis en materia de Precios de Transferencia, en especial el funcional y de riesgos, establecidos en la Parte I del Capítulo IX de las Directrices¹⁹ que, a su vez, desarrollan y se remiten a los propios del Capítulo I²⁰ del mismo texto a que hacíamos referencia en el capítulo II de este trabajo.

Cabe plantearse aquí que si el análisis en esta materia se basa en el sustrato o fondo de las operaciones y conducta de las partes, más allá de las cláusulas contractuales, entonces ¿es necesario este primer supuesto de recalificación?

La respuesta es que no. En efecto, carece de sentido la inclusión de un supuesto de recalificación que puede llegar a ser total y a la sustitución de la operación por otra cuando fondo y forma no coincidan si, como decimos, el análisis se debe realizar con base al primero, es decir, si a efectos de delinear y definir plenamente una operación vinculada forzosamente nos debemos a la realidad fáctica de los hechos, siendo la revisión de las cláusulas contractuales el punto de partida sí, pero siempre supeditadas a aquélla.²¹

De lo anterior surge la pregunta adicional sobre el porqué de la inclusión de este primer supuesto de recalificación. En efecto, para el caso de que se identifiquen diferencias entre operación vinculada e independiente que afecten al precio, ya existe la posibilidad de realizar ajustes de comparabilidad y si aquéllas son de mayor calado afectando a las condiciones o estructura de la operación, se regula el segundo supuesto de recalificación que permite modificar la estructuración de la operación vinculada para dotarla de mayor

¹⁹ Básicamente, los apartados 9.13 a 9.16 de las Directrices.

²⁰ Básicamente, los apartados 1.48 y 1.53 de las Directrices.

²¹ En este mismo enfoque parece insistir la OCDE en la propuesta de nueva Sección D del capítulo I, al introducir los conceptos de “*delineation*” e “*interpretation*” en los apartados 79 y 80 (*OECD BEPS Actions 8, 9 and 10: Discussion...*, p. 24). También apunta esta vía de interpretación MONSENEGO, J.: “The substance...”, p. 11.

racionalidad. Por consiguiente, cuál es el objetivo de este primer supuesto fijado por la *Disregard Clause*?

A este respecto, lo cierto es que parece que detrás de dicho supuesto haya un claro objetivo de regular una norma anti abuso limítrofe con la figura de la “simulación”,²² pero, conforme al apartado 9.162, con efectos limitados al ámbito del PLC regulado en el artículo 9 MCDI. En efecto, el hecho de que el supuesto primero de la *Disregard Clause* ponga en duda la propia naturaleza de la operación al atisbar la disociación entre fondo y forma, y permita ignorar totalmente su estructura tal cual ha sido fijada por las partes implicadas, lo acerca al supuesto de hecho de la “simulación”, si bien, a diferencia de ésta, su objetivo no es lograr gravar el hecho imponible que ha sido ocultado en la operación, sino sustituir esta última por otra acorde al PLC para, de ese modo, poder fijar un precio de transferencia adecuado. Sin embargo, no se puede hablar de simulación ni, como decimos, es entendible la inclusión de un supuesto específico para Precios de Transferencia cuando (i) el PLC se basa en el análisis de la realidad (*substance*) de las operaciones más allá de la formal y (ii) no es objeto del PLC el gravar hechos imponibles ocultos; de darse una situación de hecho de simulación, más allá del análisis en materia de Precios de Transferencia, lo que debe primar es la norma anti abuso nacional o internacional con el objetivo de aflorar la operación oculta y lograr gravar el hecho imponible obviado.

Considerando todo lo anterior, en nuestra opinión este primer supuesto de la *Disregard Clause* no debería aplicarse, por cuanto no es propio de esta materia ni objetivo del PLC.²³

²² Lo que no es novedad en nuestro ordenamiento, por cuanto, como indica ALONSO GONZÁLEZ, a través del denominado *ajuste secundario* se pretende también recalificar la naturaleza de las operaciones (de la renta puesta de manifiesto en la misma) y modificar hechos imponibles realizados, a través de un ajuste en materia de Precios de Transferencia, si cabe, añadimos, con mayor incoherencia jurídica que la que aquí se plantea, por cuanto, como indica este autor, el ajuste secundario es valorativo, se origina en una fase posterior en el marco de un ajuste primario previo del valor (precio) declarado. ALONSO GONZÁLEZ, L.M.: “Operaciones vinculadas, elusión y fraude fiscal” en *Estudios financieros. Revista de contabilidad y tributación: Comentarios, casos prácticos*, nº 295, 2007, págs.: 83-85.

²³ En este mismo sentido se manifestó, entre otros, la CFE en la fase de consulta pública al borrador al indicar, cito textualmente, que “*If tax administration are free to first reinvent the controlled transaction, the essential nature of the arm’s length principle is subverted*”. CONFEDERATION FISCALE EUROPEENNE-CFE.: “*Opinion Statemente of the CFE Fiscal Committee on the OECD Discussion Draft on Transfer Pricing Aspects of Business Restructuring*”, CFE, 2009, p.2.

3.2.- No identificación de operaciones o relacionales contractuales comparables entre entidades independientes e imposibilidad de determinar un precio de transferencia acorde al PLC.

En el segundo supuesto de aplicación de la *Disregard Clause* no se da una disociación entre fondo y forma de la operación o acuerdo; sin embargo, su estructuración difiere de la que se acordaría entre entidades independientes y, además, se impide la correcta determinación del PLC.

Por tanto, dos son los requisitos que se deben dar en este segundo supuesto:

*Primer requisito: Determinar si la operación se hubiese podido estructurar igual entre entidades independientes*²⁴

La anterior aseveración se debe entender en el sentido del apartado 1.65, es decir, si los términos del acuerdo existente entre las partes vinculadas difieren de los que hubiesen sido adoptados comercialmente por entidades independientes de forma racional.²⁵ Tal y como ya indicamos en el capítulo III de este trabajo, la comprobación de la racionalidad comercial de las condiciones adoptadas en la operación vinculada debe hacerse con suma cautela. Por tanto, de una parte, la existencia de operaciones comparables independientes acordadas en condiciones similares no debe entenderse como justificación a que la operación vinculada responde a condiciones comerciales racionales; de otra, lo contrario, es decir, la inexistencia del comparable independiente tampoco puede llevar de forma automática a la conclusión de que la operación vinculada es comercialmente irracional.

²⁴ Sub Sección C3, apartados 9.171 a 9.179 de las Directrices

²⁵ De ahí que autores como BULLEN hablen de “*commercial irrationality requirement*” al referirse a este primer requisito que debe darse en la operación vinculada para la aplicación de la *Disregard Clause*, lo que no significa que el contribuyente, para evitar la recalificación de la operación, deba identificar operaciones similares independientes e irracionales, sino que la operación debe superar el test de racionalidad que desarrollamos en el capítulo III. Por el contrario, en caso de que aquél sí identificase operaciones independientes comparables y válidas, la administración pública tampoco las podrá rechazar con base al argumento de que se han identificado también operaciones comparables independientes pero irracionales. BULLEN, A.: “*Arm’s Length...*”, pp.536-537.

Del mismo modo, el apartado 9.173 de las Directrices recuerda de nuevo que los grupos multinacionales suelen realizar operaciones de reestructuración con el objetivo de desarrollar modelos de negocio que difícilmente podrían implementarse o encontrarse en empresas independientes, precisamente por el hecho de que se aprovechan las sinergias del grupo y se trabaja de forma integrada (cadenas de suministro de bienes o centralización de servicios). Por ello, lo que se tiene que analizar es si el resultado (incluido el propio acuerdo) es acorde con el que resultaría de una actuación comercial racional entre partes independientes, pero no se debe entender en el sentido de que las empresas vinculadas deban actuar de la misma forma que lo harían aquéllas en la negociación y fijación de los términos contractuales, por cuanto, como decimos, el comportamiento de los grupos multinacionales y las empresas independientes no es igual en la negociación y fijación concreta de los términos comerciales de sus operaciones.²⁶

Un aspecto adicional relevante a considerar en el análisis es si una empresa independiente hubiera accedido a realizar la operación de reestructuración planteada si realmente existieran otras opciones más factibles de realización, más razonables comercialmente, en definitiva, más atractivas para la empresa, en el sentido que comentábamos en el indicado capítulo III.²⁷ A este respecto, de nuevo se incide en que se debe atender a las condiciones de la operación de reestructuración, los derechos y activos implicados, las transacciones de bienes y derechos que se producirían, la existencia o no de compensación y la rentabilidad posterior, en el sentido establecido en las secciones II y III del Capítulo IX de las Directrices a las que se remiten los apartados 9.175 a 9.179.²⁸

²⁶ Un ejemplo claro de este análisis sobre si la operación racionalmente se habría dado entre entidades independientes lo encontramos en el caso *Abbey vs. The Commissioners*, donde ya en primera instancia el Tribunal dice, cito textualmente por su claridad, “*It’s very difficult to imagine a comparable commercial situation in which a Company would be willing to give away 160 millions pounds of value in Exchange for 1.000 pounds to a third party. To use the terms of the OECD Guidelines, it does not represent – commercially rational- behavior*”. *Abbey National Treasury Services Plc vs The Commissioners for her Majesty’s Revenue & Customs*, TC/2012/02613 y TC/2012/02722.

²⁷ En contra de este posicionamiento se manifestó, entre otros, *Ernst & Young* en sus comentarios al borrador, al entender que la administración pública sólo puede aplicar esta cláusula si falta racionalidad comercial desde la perspectiva sólo del grupo. ERNST & YOUNG.: “*Transfer pricing aspects of business restructuring: Comments on the OECD discussion draft*”, ERNST & YOUNG, 2009, p.2.

²⁸ Igualmente, el apartado 9.178 de las Directrices vuelve a plantear que para valorar si la reestructuración es comercialmente razonable o no debe atenderse a aquélla en su conjunto, como un todo, o por el contrario se tiene que realizar un análisis individual operación por operación. A este respecto, de una parte cabe afirmar que para una comprensión ajustada de la reestructuración es necesaria entender las razones de la misma en su conjunto, no de forma individualiza. De otra, no puede ni debe obviarse que

En definitiva, cabe afirmar que los apartados recogidos en la Sub Sección C del Capítulo IX de las Directrices recogen los aspectos esenciales del juicio sobre la "racionalidad" de las condiciones de la operación establecidos en la Parte II del mismo Capítulo, al que se remite, ligando las condiciones de aplicación del segundo supuesto de la *Disregard Clause* al no cumplimiento de aquél.

Segundo requisito: La operación o acuerdo tal cual se ha estructurado no permite la adecuada aplicación del PLC

Se trata del segundo requisito que, junto al anterior, se debe cumplir para confirmar el segundo supuesto de recalificación de las operaciones por parte de la administración pública.

Recogido en el apartado 9.180 de las Directrices, parte de la doble premisa de que (i) no se han podido identificar operaciones independientes comparables y (ii) se concluye que en situación de independencia no se fijarían las condiciones que han aplicado las partes vinculadas, lo que impide la fijación de un precio de transferencia acorde al PLC.²⁹

A partir de ahí, si con base a la operación tal y como ha sido estructurada por el contribuyente es posible fijar un precio de transferencia conforme al PLC, no cabe la recalificación de la operación. Es decir, si el precio de transferencia fijado en la operación responde a las funciones y riesgos atribuidas a cada una de las partes y aquél es racional y, por ende, adecuado al PLC, no se abre la posibilidad a la reconfiguración de las condiciones de la operación por parte de la administración pública, aun cuando

conforme al apartado 1.6 de las Directrices, el PLC trata a los miembros de grupos multinacionales como empresas independientes en lugar de partes inseparables de una unidad de negocio o empresa. Por tanto, la solución al dilema radica en una combinación de ambas consideraciones, tal y como indica el apartado 9.197 basándose en el 9.63. En efecto, conforme a ambos, la reestructuración debe ser comercialmente racional en su conjunto permitiendo, a su vez, una adecuada aplicación del PLC de forma individual, es decir, para cada uno de los sujetos intervinientes en la operación de reestructuración.

²⁹ Llamamos la atención sobre el hecho de que lo impide la correcta aplicación del PLC no es la ausencia de comparables independientes, por cuanto la falta de los mismos no supone *per se* lo anterior, sino la estructuración de las condiciones de la operación por las partes, es decir, su falta de racionalidad que lleva a la conclusión de que partes independientes no actuarían así en situación similar.

ésta no haya encontrado operaciones independientes equiparables y tenga dudas sobre si empresas independientes hubiesen acordado la operación en los términos existentes.³⁰

Cuestión distinta es si cabría aplicar esta cláusula de recalificación en una situación en la que no hubiese dudas sobre la falta de racionalidad económica/comercial de la operación pero, sin embargo, se pudiese fijar un precio de transferencia adecuado al PLC. La respuesta debe ser que teóricamente no, por cuanto lo decisivo al final es lo segundo y si se puede fijar un precio de transferencia adecuado al PLC no puede entrar en funcionamiento dicha cláusula.³¹ Sin embargo, lo cierto es que difícilmente se va a poder dar esta situación en general y mucho menos en operaciones de reestructuración empresarial, por cuanto, no olvidemos, en estos casos (i) la validación debe cubrir el punto de vista del grupo pero también el individual de cada entidad y (ii) la reestructuración en sí misma, más allá del precio de transferencia, debe adecuarse al PLC, es decir, debe superar el test de racionalidad, razón por la que en ausencia de esta última jamás estaríamos ante una operativa adecuada al PLC y sí podría entrar en funcionamiento la *Disregard Clause*.³²

Finalmente, se plantea en este punto la **relevancia del motivo fiscal de la operación** en aras a facultar la aplicación de la cláusula de recalificación.³³ A este respecto, con base al artículo 9 MCDI cabe afirmar que el hecho de que una reestructuración dentro de un Grupo se realice con el objetivo de obtener beneficios fiscales no significa por sí mismo que el acuerdo sea contrario al PLC ni que se justifique la recalificación de la operación por parte de las administraciones públicas. En este sentido, tal y como indicábamos en el apartado 3.2 del capítulo III de este trabajo, lo relevante es que existan motivos de

³⁰ Lo que responde a la naturaleza de esta cláusula como elemento de análisis y adecuación de una operación al PLC, así como a su objetivo que, como comentaremos más adelante, no es el propio de las normas anti abuso tradicionales, sino el de recalificar las condiciones de una operación a los meros efectos de lograr la correcta aplicación del PLC.

³¹ Precisamente esta situación es la que se “denuncia” en el nuevo apartado 88 de la Sección D del Capítulo I propuesto en el marco del Plan BEPS y que se utiliza como argumento para justificar la introducción del concepto de “*fundamental economic attributes*” y rebajar la relevancia del juicio de racionalidad y la presencia de comparables independientes, a que hacíamos referencia en notas anteriores. *OECD BEPS Actions 8, 9 and 10: Discussion...*, p. 26.

³² Fuera del ámbito de las operaciones de reestructuración, en transacciones más simples podría darse la situación descrita de estar ante una operación estructurada de forma irracional pero que sin embargo fuese factible fijar un precio de transferencia adecuado al PLC, siendo igual suficiente con realizar ajustes de comparabilidad lograr dicho objetivo. Aún así, no deja de ser una hipótesis poco factible y que además en ocasiones esconde situaciones limítrofes con el primer supuesto de recalificación ya comentado o, más allá del ámbito de los Precios de Transferencia, con situaciones de simulación o conflicto en aplicación de la norma que no deberían interferir con el análisis estricto de Precios de Transferencia.

³³ Apartados 9.181 y 9.182 de las Directrices.

negocio válidos, considerándose como tales los meramente fiscales siempre y cuando venga acompañada de una reasignación de funciones y riesgos real y conforme al PLC.

Por tanto, si las funciones y riesgos son acordes y ha habido traspaso de las mismas, así como de activos y/o compensaciones, comercialmente la operación puede ser racional por el mero de hecho de buscar una mejor posición fiscal del Grupo. Dicho esto, conforme al apartado 9.178, no debe perderse de vista que la “racionalidad” de la operación también lo debe ser para cada uno de los sujetos intervinientes de forma individual.

4 CONSECUENCIAS DEL NO RECONOCIMIENTO DE LAS OPERACIONES CONFORME A LOS APARTADOS 1.64 A 1.69³⁴

El apartado 1.64 de las Directrices identifica tres posibles efectos derivados de la aplicación de la *Disregard Clause*:

- a) Ignorar las condiciones de la operación, se denomine *disregard* o *non recognition*;
- b) Sustituir la operación por otra:
- c) Ajustar las condiciones de la operación de forma que se adecue al PLC.

En todos los supuestos, el objetivo común es ajustar las condiciones esenciales (*recharacterization*) de la operación al PLC. En este sentido, el objetivo del artículo 9 MCDI es facilitar dicho ajuste de forma que se pueda estructurar la operación de forma racional económica y comercialmente, tal y como lo debían haber hecho las partes para cumplir con el PLC. Sin embargo, lo cierto es que se hace un uso confuso del término *recharaterization*, por cuanto en esencia significa “reajustar o redefinir” los elementos principales de la operación pero tanto en el apartado 1.65 como en el 9.183 de las Directrices equivale a la sustitución de una operación por otra. Se debe reconocer que las Directrices no son muy estrictas en el uso de los términos, lo que provoca confusión, pero en concreto la expresión “sustituir” sólo se utiliza específicamente en el apartado

³⁴ Apartados a los que directamente se remiten y recogen los apartados 9.183 a 9.187 de las Directrices.

1.64 para hacer referencia a la situación de no reconocimiento total o global de la estructura de la operación, cuando lo cuestionado es la naturaleza de la operación, sustituyendo, por tanto, ésta por otra, y como distinción del de “*adjust*” del apartado 9.184 que se refiere a los efectos de recalificación parcial que tácitamente las Directrices reconocen como más propios del segundo supuesto de aplicación.³⁵

Por tanto, a cada supuesto se le atribuye un efecto concreto.

En el primero, esto es, forma y fondo no coinciden, la consecuencia obvia es el no reconocimiento global de la estructura de la operación y la recalificación total de la misma conforme a su fondo económico, lo que incide directamente en la naturaleza de la operación, pues es lo que en definitiva se cuestiona e ignora, y facultaría a las administraciones tributarias a la sustitución de esta por otra que es la que se considera adecuada a la realidad de los hechos.³⁶

En el segundo supuesto, la recalificación no es de la naturaleza de la operación, que se respeta, sino de las condiciones de la misma (más allá del precio), razón por la que aquí la sustitución de la operación no se plantea. Así mismo, cabe buscar o comparar operaciones independientes equiparables que, con los ajustes pertinentes, sirvan a efectos de realizar un análisis de comparabilidad entre las transacciones.

En cualquier caso, se debe tener en cuenta que las administraciones públicas pueden sustituir las condiciones o características de la operación no reconocida por otras que, en la medida de lo posible, deben ser lo más acordes posibles con los hechos y efectos de la operación sustituida. En este sentido, el apartado 9.187 de las Directrices deja claro que la reconfiguración de las condiciones de la operación se debe hacer conforme a la sustancia real de la operación, no más allá, el PLC no les otorga discrecionalidad alguna en ese sentido. Por tanto, si por ejemplo la reestructuración ha dado lugar al cierre de una fábrica, al traspaso de bienes o funciones de una entidad a otra, etc., debe tenerse en

³⁵ La expresión sustituir también se utiliza como distinción de ignorar o *disregard*. Recientemente, el apartado 93 propuesto en la nueva Sección D del Capítulo 1 introduce otro término que no se había utilizado hasta ahora, “*replacement*”, aunque para referirse a la estructura y no a la operación directamente. *OECD BEPS Actions 8, 9 and 10: Discussion...*, p. 27.

³⁶ Tal y como ya se ha indicado en el apartado 3.1, en nuestra opinión este primer supuesto no debería ser aplicable, siendo extensible lo anterior a sus efectos.

cuenta a los efectos de fijar las condiciones o características de la operación por parte de las administraciones públicas.

5.- OTRAS CUESTIONES

Apuntamos en este último apartado dos cuestiones que si bien no son el objeto de este trabajo sí es necesario al menos enunciar por su relevancia doctrinal y/o práctica. Nos referimos a la discusión sobre la naturaleza jurídica de esta cláusula y su relación con las tradicionales normas anti-abuso y, ligado con lo anterior, a la problemática que plantea a efectos prácticos su aplicación.

5.1.- NATURALEZA DE LA *DISREGARD CLAUSE*: su distinción respecto al conflicto en la aplicación de la norma tributaria (art. 15 LGT).

Se plantea en este apartado la posible calificación del segundo supuesto de la *Disregard Clause* como norma anti-abuso y sus diferencias con la norma básica anti-elusión³⁷ recogida por la LGT en su artículo 15, *Conflicto en aplicación de la norma*, a tenor del cual:

“Se entenderá que existe conflicto en la aplicación de la norma tributaria cuando se evite total o parcialmente la realización del hecho imponible o se minore la base o la deuda tributaria mediante actos o negocios en los que concurren las siguientes circunstancias:

- a) *Que, individualmente considerados o en su conjunto, sean notoriamente artificiosos o impropios para la consecución del resultado obtenido.*
- b) *Que de su utilización no resulten efectos jurídicos o económicos relevantes, distintos del ahorro fiscal y de los efectos que se hubieran obtenido con los actos o negocios usuales o propios.”*

³⁷ Siguiendo a ROZAS VALDÉS y ANDERSON, entendemos que en ambos casos la discusión entre contribuyente y administración se centraría en la calificación tributaria que lo llevado a cabo merece, si bien, añadimos, con objetivos distintos, tal y como se comentará más adelante. ROZAS VALDES, J.A. y ANDERSON, M.: “¿Simulación civil o recalificación tributaria?” en *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, Aranzadi, paraf.núm.2718/2006 parte Presentación, p.3

Conforme a lo anterior y siguiendo a RUIZ ALMENDRAL³⁸, los requisitos básicos de aplicación establecidos por el artículo 15 LGT para darse el supuesto en él contemplado son los siguientes:

- 1) Existencia de una ventaja tributaria;
- 2) Ausencia de motivos que justifiquen la operación tal cual se ha estructurado, o ausencia de fin negocial más allá del ahorro fiscal;
- 3) La utilización de una forma inadecuada o inapropiada.

Si consideramos estos requisitos, vemos que hay claras diferencias respecto a la *Disregard Clause* que específicamente establecen las Directrices.

En primer lugar, la *Disregard Clause* no está condicionada o no incluye como requisito la existencia de una ventaja tributaria. Obviamente, en el transcurso del PLC establecido por el artículo 9 MCDI subyace la idea de evitar el traslado de bases imponibles de un Estado a otro mediante la manipulación de los precios de transferencia dentro de los grupos multinacionales, pero la *Disregard Clause* no lo contempla como requisito expreso por cuanto no es el elemento esencial en el análisis sobre la correcta aplicación del PLC.

En segundo lugar, la ausencia de fin negocial o motivo económico válido más allá del meramente fiscal tampoco es exigible como requisito, en el sentido establecido por el artículo 15 LGT.

En efecto, el apartado 1.66 de las Directrices sólo reconoce que la operación “puede” haber sido estructurada por las partes vinculadas con el objetivo de minimizar o evitar el coste fiscal. En el mismo sentido, el apartado 9.181 del mismo texto reconoce que “*el hecho de que el acuerdo de reestructuración empresarial haya sido estructurado con el propósito de obtener una ventaja fiscal no significa ni garantiza por sí mismo que dicho acuerdo no se adecue al PLC*”. Por tanto, la no existencia de un motivo económico válido más allá del meramente fiscal es un dato o hecho a valorar pero no un requisito,

³⁸ RUIZ ALMENDRAL, V.: “*El fraude a la ley tributaria a examen*”. Aranzadi, 2006, pp.79-86.

por cuanto la motivación fiscal del negocio es válida siempre y cuando haya una reasignación real de funciones y riesgos adecuada al PLC.

Respecto al tercer requisito del artículo 15 LGT, la identificación no es tan clara, si bien está el enlace indirecto a través de la doctrina del “tercero racional” antes comentada y, en definitiva, con el requisito de “racionalidad” exigible a la reestructuración, por cuanto la falta de la misma hace que ésta pueda calificarse de artificiosa o impropia y, como indican ROZAS VALDÉS y ANDERSON, “*en las conductas constitutivas de elusión fiscal la singularidad formal de lo realizado pone en entredicho su legitimidad sustantiva*”.³⁹

Sin embargo, aun cuando incluso pudiésemos afirmar que ambas circunstancias del apartado 1.64 de las Directrices son asimilables al supuesto de utilización de forma inadecuada o impropia establecido en el artículo 15 LGT, incluso en ese caso existe un tercer elemento esencial que diferencia claramente ambas cláusulas. Este elemento es el hecho de que no se debe olvidar que la *Disregard Clause* se regula en el contexto de los elementos o factores de análisis a utilizar en la correcta aplicación del PLC, siendo esto último su principal objetivo y elemento diferenciador de las tradicionales normas anti abuso, a las que no sustituye.⁴⁰

En efecto, el elemento esencial en el análisis es si las condiciones de una operación, y la operación en si misma, fijadas entre las partes vinculadas son acordes a las funciones desarrolladas, activos implicados y riesgos asumidos por éstas, es decir, si la operación se ha estructurado de forma adecuada desde la perspectiva del Derecho privado (operaciones comercialmente racionales).

Es en este sentido que se debe entender que la forma y el fondo difieren al analizar una operación vinculada y por este motivo, aun cuando no difieran y se concluya que las operaciones son comercialmente racionales, el segundo supuesto de la *Disregard Clause* contempla igualmente la recalificación de las condiciones de la operación si no

³⁹ ROZAS VALDES, J.A. y ANDERSON, M.: “¿Simulación...” p.3

⁴⁰ Esta misma conclusión es predicable para la norma de calificación del artículo 13 LGT y de simulación del artículo 16 LGT. MARTÍN JIMÉNEZ, A. y CALDERÓN CARRERO, J.M.: “*Los Precios de...*”, p. 35.

se puede adecuar la operación al PLC, siendo esto último el elemento determinante que lo permite.

Por el contrario, y siguiendo a RUIZ ALMENDRAL,⁴¹ la adecuación entre fondo y forma en el artículo 15 LGT persigue que la forma empleada se adecue al fondo económico de la operación en el sentido que permita la configuración del hecho imponible que el Derecho tributario ha establecido para esa manifestación de la capacidad económica que encierra la operación analizada. En este caso, el elemento esencial no es si la forma jurídica es acorde al fin y estructura económica de la operación desde la perspectiva del Derecho privado sino si lo es desde la perspectiva del Derecho tributario (si permite el correcto devengo del hecho imponible).

En conclusión, el apartado segundo de la *Disregard Clause* recoge una norma anti abuso cuyo objetivo principal es lograr la correcta alineación con el PLC de las condiciones fijadas en operaciones vinculadas transnacionales, su ámbito natural de aplicación, mientras que el buscado por la norma anti-elusión del artículo 15 LGT es permitir el correcto devengo del hecho imponible obviado, es decir, permitir la correcta aplicación de la norma fiscal al supuesto de hecho que recoge la operación.⁴²

⁴¹ RUIZ ALMENDRAL, V.: “*El fraude ...*” p. 83.

⁴² Se podría plantear aquí la pregunta sobre si la *Disregard Clause* puede considerarse una norma anti abuso, siendo la respuesta que sí, dado que comparte con este tipo de normas la posibilidad de obviar en todo o en parte la estructuración de la operación realizada por el contribuyente e incluso sustituir esta (la estructuración o condiciones de la operación) por otra, o la propia operación (aun cuando no abogemos por su aplicación). Sin embargo, se deben tener en cuenta las diferencias enunciadas en lo relativo a su configuración, objetivo y elementos esenciales así como a los requisitos de aplicación, que difieren de los habituales en las normas generales anti-abuso del Derecho tributario. Estas diferencias alejan esta cláusula de las tradicionales normas anti-abuso y tienen su origen en la naturaleza jurídica esencial de esta cláusula como un elemento más en el análisis de la correcta aplicación del PLC en operaciones vinculadas, y no como norma que busque el correcto devengo del hecho imponible obviado fijado por una norma tributaria y cuya aplicación las partes han intentado eludir.

Por tanto, cabe afirmar que por el efecto de recalificación de la operación a que puede dar lugar, la *Disregard Clause* de las Directrices puede considerarse una norma anti-abuso, si bien dentro del contexto del análisis sobre la correcta aplicación del PLC en operaciones vinculadas transnacionales, del que es uno de los elementos o factores a tener en cuenta junto a otros como el análisis de comparabilidad. Puede ser definida y entendida en parte como una norma anti abuso pero de forma distinta a las tradicionales normas anti abuso, cumpliendo un objetivo diferente y teniendo distintos requisitos de aplicación.

5.2 APLICACIÓN PRÁCTICA DE LA *DISREGARD CLAUSE*: compatibilidad con las normas anti-abuso tradicionales

La aplicación de la *Disregard Clause* plantea numerosas incógnitas y no pocos problemas, derivados de su naturaleza híbrida frente a las normas anti-abuso tradicionales, como por la propia de las Directrices.

Recalificar la naturaleza de operaciones legítimas o reestructurar las condiciones fijadas en las mismas es un ejercicio arbitrario que puede provocar una doble imposición cuando la otra administración pública implicada no comparta el mismo punto de vista.

Un ejemplo de lo anterior se puede dar como consecuencia de la aplicación de mecanismos o normas internas anti-abuso a operaciones vinculadas transnacionales. La aplicación de estos mecanismos puede ser viable y ajustada a Derecho interno, pero en cualquier caso deben ser posteriormente analizadas conforme al artículo 9MCDI y normativa internacional para que puedan producir efectos frente a otras administraciones públicas. Sin embargo, el mismo efecto generador de doble imposición puede darse en el supuesto contrario, es decir, por aplicación de la *Disregard Clause* específica en materia de Precios de Transferencia cuando ésta no es reconocida por una de las administraciones públicas implicadas, al no haberse trasladado la misma a normativa interna o simplemente no admitirla incluso en el ámbito internacional y/o específicamente convencional.⁴³

En este sentido, se puede analizar la aplicación de esta cláusula atendiendo a dos factores. De una parte, conforme a su propia naturaleza. De otra, considerando los problemas de aplicación derivados de la naturaleza de la norma que la establece.

Atendiendo a su naturaleza, como ya se ha comentado, la *Disregard Clause* se puede considerar en parte una norma anti abuso pero en el contexto del análisis de la correcta

⁴³ En este sentido, no cabe olvidar, tal y como se indica en el capítulo I de este trabajo, que las Directrices no son norma jurídica de directa aplicación, sino que reúnen el calificativo de *soft law*. Por otra parte, tampoco cabe ignorar que a nivel por ejemplo del denominado Convenio de Arbitraje de la UE para eliminar la doble imposición por ajustes entre entidades asociadas, algunos países hicieron reservas a la aplicación de dicho acuerdo en caso de que el ajuste derivase de una norma anti-abuso interna y/o basada en la cláusula de recalificación de las Directrices. *Revised Code of Conduct for the effective implementation of the Convention on the elimination of double taxation in connection with the adjustment of profits of associated enterprises. Official Journal C322, 30/12/2009.*

aplicación del PLC en operaciones vinculadas transnacionales, del que es uno de los factores o elementos a tener en cuenta en este tipo de análisis.

Por este motivo, no debe haber incompatibilidad entre dicha cláusula y las normas anti-abuso tradicionales que pueda establecer la normativa nacional, como es el caso del artículo 15 LGT. Ambas cláusulas pueden coexistir al responder a objetivos distintos y tener igualmente requisitos de aplicación diferentes.⁴⁴

En definitiva, atendiendo a su naturaleza, no habría problema alguno en la aplicación de la *Disregard Clause* y las normas anti-abuso tradicionales en el contexto de una comprobación fiscal de operaciones vinculadas, siempre y cuando se cumplan los requisitos específicos de aplicación. Ambas cláusulas serían aplicables a las mismas operaciones.

Con relación al segundo enfoque en los problemas de aplicación de la *Disregard Clause*, estos pueden derivar no de su naturaleza, sino de la de las Directrices como norma de *soft law*.

En efecto, como indicábamos en el capítulo I de este trabajo, la mayoría de los países de la OCDE y administraciones tributarias tienen a las Directrices como referente interpretativo en materia de análisis de Precios de Transferencia, existe un consenso internacional a este respecto que no es discutible. Del mismo modo, las Directrices ejercen también un papel relevante como principio informador y uniformador de la legislación nacional, dando lugar a que algunos países opten por incluir en su norma

⁴⁴ La compatibilidad entre norma convencional y norma anti-abuso nacional es por otra parte reconocida en los Comentarios al Capítulo I del MCDI. En efecto, el comentario 9.1 plantea abiertamente si están o no en conflicto con los convenios tributarios las disposiciones específicas y normas jurisprudenciales de la legislación nacional de un Estado contratante cuyo propósito sea evitar el abuso de la legislación tributaria, llegándose a la conclusión de que no en el propio comentario 9.2. En este mismo sentido, el Comentario 22.1 y con relación a la introducción de regímenes preferenciales tras la firma del convenio, reconoce que determinadas reglas anti abusivas que permiten la recalificación de rentas y que están reguladas por la normativa nacional no se verán afectadas por las normas del convenio, que se aplicará igualmente teniendo en cuenta los cambios producidos. Por su parte, a nivel de la UE, la reciente Directiva (UE) 2015/121 del Consejo, de 27 de enero de 2015, por la que se modifica la Directiva 2011/96/UE relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes, amplía el contenido del anterior apartado 2 del artículo 1 que ya incluía la compatibilidad entre cláusulas nacionales y convencionales, y lo traslada al nuevo apartado 4 en el que textualmente se establece que “*La presente Directiva no será obstáculo para la aplicación de disposiciones nacionales o convencionales que sean necesarias para la prevención de la evasión fiscal, el fraude o las prácticas abusivas*”

nacional una remisión directa al contenido de las Directrices, mientras que otros simplemente realizan una trasposición de dicho contenido a la norma interna. Sin embargo, se debe reconocer que las Directrices no son una norma jurídica de Derecho Internacional o Comunitario; similar situación se presenta con el artículo 9 del MCDI, que fija el PLC, y los comentarios a éste.

Como consecuencia de lo anterior, la aplicación de la *Disregard Clause* podría plantearse si (i) la norma nacional hace una remisión directa a dicha cláusula contenida en las Directrices (ii) se traslada el contenido de éstas a la propia norma interna, incluida la cláusula o se incluye a nivel “convencional” o (iii) se acude a la teoría de la auto ejecutividad del artículo 9 de los Convenios.

A) Aplicación por remisión directa

La normativa española hace una clara y directa remisión a las Directrices tanto a efectos informativos como interpretativos. A estos efectos, el Preámbulo de la Ley 36/2006, de medidas para la prevención del fraude fiscal⁴⁵, apunta que:

“El objetivo (de la Ley) es adaptar la legislación española en materia de precios de transferencia al contexto internacional, en particular a las Directrices de la OCDE sobre la materia y al Foro europeo sobre precios de transferencia, a cuya luz debe interpretarse la normativa”

Por su parte, la reciente Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades⁴⁶ es todavía más clara al respecto cuando en el apartado h) de su Preámbulo II, titulado “Lucha contra el fraude” se dice que:

“Por último, aunque no por ello menos importante, resulta esencial incrementar las medidas que favorezcan una efectiva lucha contra el fraude fiscal, no solo a nivel interno sino en el ámbito de la fiscalidad internacional. Precisamente en este ámbito, los últimos trabajos elaborados por la Organización para la Cooperación y

⁴⁵ Esta ley modificó el artículo 16 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, introduciendo la nueva normativa en materia de Precios de Transferencia, en vigor desde diciembre 2006 hasta 31 de diciembre de 2014.

⁴⁶ BOE 27-11-2014, 1238.

el Desarrollo Económico y materializados en los planes de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios, constituyen una herramienta fundamental de análisis del fraude fiscal internacional. En este marco, la presente reforma anticipa medidas encaminadas a este objetivo, como es el caso del tratamiento de los híbridos, o las modificaciones realizadas en materia de transparencia fiscal internacional u operaciones vinculadas.”

O en el apartado e) del Preámbulo III se menciona que:

“El régimen de las operaciones vinculadas fue objeto de una profunda modificación con ocasión de la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal, y que tuvo como elemento esencial la introducción de unas obligaciones de documentación específicas exigibles a las operaciones vinculadas. Por otra parte, el tratamiento fiscal de las operaciones vinculadas constituye un elemento trascendental internacionalmente, al cual se dedican específicamente tanto la Unión Europea como la OCDE. En este sentido, debe tenerse en cuenta que la interpretación del precepto que regula estas operaciones debe realizarse, precisamente, en concordancia con las Directrices de Precios de Transferencia de la OCDE y con las recomendaciones del Foro Conjunto de Precios de Transferencia de la UE, en la medida en que no contradigan lo expresamente señalado en dicho precepto, o en su normativa de desarrollo.”

Sin perjuicio de lo anterior, lo cierto es que la mera remisión a las Directrices no otorga a estas la cualidad de complemento o alternativa al *hard law*, tal y como indicábamos en el capítulo I de este trabajo, por lo que carece, de eficacia normativa y oponibilidad.

Por tanto, cabe afirmar que por mera remisión directa a las Directrices, la *Disregard Clause* adolece de suficiente cobertura jurídica en España, por lo que su hipotética utilización por parte de las autoridades fiscales españolas puede ser fácilmente discutida ante los Tribunales.

B) *Aplicación por incorporación a norma interna o convencional*

Se trata del supuesto poco habitual de que la legislación nacional incorpore una norma anti-abuso propia para el ámbito de las operaciones vinculadas transnacionales, equivalente a la *Disregard Clause*. A este respecto, nuestra legislación nacional no hace una trasposición literal de todo el contenido de las Directrices ni de todos los elementos o factores a considerar en el análisis sobre la correcta aplicación del PLC; de hecho incorpora principalmente la metodología de valoración, el análisis de comparabilidad y los criterios a efectos de documentación sobre operaciones vinculadas, pero no la cláusula de recalificación o *Disregard Clause* de forma expresa. En este sentido, el artículo 16 TRLIS se configuró como norma de valoración, por lo que, como indican MARTÍN y CALDERÓN, no se puede entender que incluya también una cláusula excepcional de recalificación específica de operaciones vinculadas, no alterando la naturaleza del mismo el hecho de que se interprete conforme a las Directrices.⁴⁷

En lo que respecta a la legislación española actual en materia de Precios de Transferencia, tampoco se regula una cláusula “expresa” de recalificación en esta materia, si bien, como comentaremos en el sub apartado siguiente, el artículo 18 de la Ley 27/2014 sí parece que se hubiera configurado alineándose directamente con el artículo 9 MCDI en su doble aspecto (valorativo y de calificación).

Sin embargo, nada obsta el que se pueda regular internamente dicha cláusula específica para operaciones vinculadas, si bien surge aquí la pregunta sobre si dicha norma anti abuso nacional sería aplicable en el ámbito internacional. En opinión de RUIZ ALMENDRAL, puede afirmarse que no hay estrictamente una imposibilidad material, técnico-jurídica, de aplicar la norma general anti-fraude a un supuesto internacional, si bien las limitaciones serán indirectas y de índole práctica por la compleja interrelación con normas de otros países y convencionales.⁴⁸

⁴⁷ MARTÍN JIMÉNEZ, A. y CALDERÓN CARRERO, J.M.: “*Los Precios de...*”, p. 36. Artículo 17 Reglamento del Impuesto sobre Sociedades (Real Decreto 634/2015, de 10 de julio) y artículo 16 Reglamento del Impuesto sobre Sociedades (Real Decreto 1777/2004, de 30 de julio).

⁴⁸ Así lo ha entendido tácitamente en nuestro país la jurisprudencia y administración en resoluciones como las del TEAC de 29 de marzo de 1995 o las de 17 de noviembre de 1999 y 22 de junio de 2001. RUIZ ALMENDRAL, V.: “El fraude ...” p. 144.

Del mismo modo, nada impide que la cláusula se introduzca directamente a nivel convencional. En este sentido, el propio Comentario 9.6 al Capítulo I del MCDI abre la puerta a la inclusión de cláusulas anti abusivas directamente en los convenios en el caso de darse algún problemática de incompatibilidad con la norma interna o simplemente en caso de no recoger cláusula anti-abuso alguna.⁴⁹

Finalmente, a nivel de la UE también cabe la posibilidad de que se incluya directamente dicha cláusula al igual que se ha realizado recientemente en un ámbito muy similar con la modificación de la Directiva Matriz-Filial. En efecto, la reciente Directiva (UE) 2015/121 del Consejo, de 27 de enero de 2015, por la que se modifica la Directiva 2011/96/UE relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes, regula un nuevo apartado 2 y 3 al artículo 1 introduciendo una cláusula anti-abuso que limita la aplicación de la Directiva.⁵⁰

En definitiva, de regularse una propia norma de recalificación a efectos de operaciones vinculadas con base en la *Disregard Clause*, sea en el ámbito interno, convencional o de la UE, se podría aplicar directamente dicha cláusula, siendo compatible con el resto de normas anti abuso generales.

C) Aplicación a través del artículo 9 de los Convenios

Se ha indicado ya anteriormente que la *Disregard Clause* es un factor más en el análisis de la correcta aplicación del PLC en operaciones vinculadas transnacionales, junto con otros como el análisis de comparabilidad, todos ellos recogidos en las Directrices que actúan como complemento y desarrollo del artículo 9 del MCDI. Si consideramos además que dicha cláusula no es incompatible con la aplicación de las tradicionales medidas anti abusivas internas y la condición de legislación interna de los Convenios celebrados, se plantea entonces su aplicación en el marco de los Convenios que recojan el artículo 9 MCDI cuando se constate que las condiciones de una operación

⁴⁹ De hecho, los países de la OCDE y G20 están desarrollando en el marco de la Acción nº 15 del Plan BEPS un instrumento multilateral a firmar por los diversos países que permita la rápida modificación de la red de convenios para la introducción de diversas medidas alineadas con el indicado plan. *OECD/G20 Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties, Action 15, Deliverables 2014.*

⁵⁰ En este caso, la cláusula va incorporada a la propia Directiva pero lo cierto es que también es muy común la utilización de la fórmula de la “autorización previa”, de modo que posteriormente sea el Estado miembro el que regule internamente dicha cláusula con base al contenido de la autorización.

transnacional realizada entre empresas asociadas no se ha acordado en circunstancias de libre competencia. A este respecto, el Tribunal Supremo confirma esta vía de aplicación en su sentencia de 18 de julio de 2012 (caso BICC)⁵¹, a tenor de la cual el artículo 9 de los *"Convenios facultan a regularizar al contribuyente cuando se acredite que la actuación realizada (de la que derivan beneficios o pérdidas con transcendencia tributaria) ha estado exclusivamente determinada por su vinculación con las empresas a las que está asociado, de suerte que pueda colegirse que esa misma operación no habría sido realizada si no concurriera esa vinculación."* Añade además que *"la aplicación al caso del precepto en cuestión no aparece supeditada, en contra de lo afirmado en la demanda, a la calificación de la operación de que se trate como simulada o fraudulenta".... "Por otra parte, tampoco es una cuestión que dependa de la valoración a la que se refiere el recurrente cuando alude a la necesidad de acudir a los criterios del artículo 16 de la Ley del Impuesto. Lo esencial no es tanto la determinación del importe de la operación o la cuantía de la misma, sino la constatación fehaciente de que se ha realizado -o no- en condiciones de libre competencia".*

Por consiguiente, el alto tribunal claramente faculta a la administración tributaria a aplicar la potestad de recalificación propia de operaciones vinculadas o *Disregard Clause* en el ámbito exclusivo del artículo 9 de los Convenios, sin necesidad de acudir a normativa interna, siempre y cuando se trate de operaciones entre empresas asociadas en las que se constata que no se ha respetado el PLC en la configuración de las condiciones de aquéllas.⁵² Del mismo modo, deja claro que lo anterior es sin perjuicio igualmente de la posible utilización, si se dan los requisitos de aplicación, de otras vías internas establecidas por la propia normativa interna como pueden ser la simulación, conflicto en aplicación de la norma o el propio principio de calificación, regulado actualmente en el artículo 13 LGT.⁵³

⁵¹ STS 53/2012, de 18 de julio de 2012 (cendoj 28079130022012100925) que confirma el pronunciamiento previo de la Audiencia Nacional en sentencia de 21 de mayo de 2009 (cendoj 28079230022009100232).

⁵² Esta concepción autónoma del artículo 9 MCDI o teoría de la auto ejecutividad es mantenida también por la SAN de 21 de mayo de 2009 (rec. Nº. 416/2005). MARTÍN JIMÉNEZ, A. y CALDERÓN CARRERO, J.M.: *"Los Precios de..."*, p. 65.

⁵³ De hecho, el Tribunal Supremo, en su FJ 6º, reprocha a la administración el camino seguido, por cuanto entiende que claramente se estaba ante un supuesto de simulación y que ése debió ser el mecanismo utilizado para recalificar la operación, sin perjuicio de que el seguido sea plenamente ajustado a Derecho y, por tanto, válido. A este respecto, coincidimos con el alto tribunal en dicho reproche, por cuanto, como ya se ha indicado anteriormente, la facultad de recalificación de la *Disregard Clause* debería limitarse al

A este respecto, no compartimos la posición del alto tribunal en esta sentencia, al entender que el artículo 9 del MCDI (por tanto, su equivalente en los propios Convenios) no está configurado como una norma que sirva de base legal para realizar ajustes o correcciones en materia de Precios de Transferencia, sino para autorizar la aplicación de normativa interna que regule esta cuestión⁵⁴ y, en su caso, servir de criterio inspirador de la misma así como interpretativo. Por tanto, no habiendo en la legislación española vigente al tiempo de los hechos juzgados, norma alguna de recalificación específica de las condiciones de la operación (de su estructura), no se ajusta a derecho la recalificación realizada con base en el artículo 9 del Convenio.

De hecho, aun cuando el alto tribunal sostiene la innecesaridad de acudir al artículo 16 TRLIS para fundamentar su posición, lo cierto es que de haber acudido al mismo de forma clara, nuestra opinión sería la misma, dado que este artículo se reguló exclusivamente como norma de valoración sin extender su ámbito de aplicación a la facultad de recalificación o ajuste de las condiciones de la operación que también conlleva la aplicación completa del PLC e incluye el artículo 9 MCDI;⁵⁵ es decir, dicho artículo no sólo no recoge de forma expresa la cláusula de reclasificación sino que tampoco lo hace tácitamente al no alinear su contenido con el artículo 9 MCDI y, en consecuencia, no extender su ámbito de aplicación más allá del aspecto valorativo.

Sin embargo, esto último parece ser que sí es lo que ha ocurrido con el nuevo artículo 18 de la Ley 27/2014, que no ha podido obviar la influencia del Plan BEPS en el legislador nacional y ha dejado de ser sólo una norma valorativa. En efecto, si contraponemos este artículo con su predecesor (el artículo 16 TRLIS) vemos como las

segundo de los supuestos fijados por el artículo 1.64 de las Directrices, es decir, al que faculta a ajustar las condiciones de la operación pero no a sustituir la misma por otra, dejando esta posibilidad a las normas anti-abuso internas como la simulación.

⁵⁴ MARTÍN JIMÉNEZ, A. y CALDERÓN CARRERO, J.M.: “*Los Precios de...*”, pp. 64-67. En este sentido, la disposición del Convenio no puede crear norma (de Derecho sustantivo), tan sólo restringir la aplicación de la norma doméstica o delimitar los parámetros de su aplicación; es lo que BULLEN menciona como la “*Golden rule*” del Derecho de los tratados. BULLEN, A.: “*Arm’s Length...*”, pp. 73-75.

⁵⁵ No se debe olvidar que si bien el artículo 9 MCDI establece el PLC, técnicamente sólo recoge la facultad de ajuste de los beneficios de las empresas cuando estos no se ha fijado conforme a aquél principio. Por tanto, no se ha redactado como un artículo que regule cómo se deben distribuir las rentas a efectos fiscales entre los diversos países, como sí lo hacen muchos artículos del MCDI, ni tampoco incluye los criterios concretos de cálculo de dichas rentas (los beneficios) conforme al PLC, por cuando todo el desarrollo se realiza a través de las Directrices. BULLEN, A.: “*Arm’s Length...*”, p. 70.

expresiones “valoración administrativa” y “corrección/es valorativa/s” de los apartados que se refieren a los efectos de la aplicación del PLC, tanto en lo que respecta a tributación adicional, impugnación como sancionadores, aquéllas son sustituidas por los términos “correcciones o corrección”, en el primer caso, y “comprobación” y “corrección” a secas en el segundo y tercero.⁵⁶

Lo anterior da a entender que el nuevo articulado se alinea de forma completa con el artículo 9 MCDI, por lo que ahora no sólo faculta al ajuste o corrección valorativa, sino también la de recalificación o ignorancia total o parcial de la estructura de la operación vinculada, si bien esta última con criterio restrictivo pues así lo definen las Directrices al desarrollar el artículo 9 MCDI.⁵⁷ Hubiera sido preferible regular expresamente una cláusula de recalificación para operaciones vinculadas, sobre todo en aras a evitar aumentar la conflictividad tributaria, pero no se puede negar que el cambio se ha producido y cuál es la dirección en la que apunta.

En definitiva, con el nuevo artículo 18 de la Ley 27/2014, la posición que mantiene el alto tribunal en su sentencia sería sostenible con base en la aplicación del artículo 9 del Convenio.

6.- CONCLUSIONES DE ESTA SECCIÓN

1ª) La *Disregard Clause* actúa en la validación de las operaciones de reestructuración como un Elemento Corrector ligado con el principio general en esta materia conocido como *substance over form* y con el Elemento Definitorio Normativo, todo ello con el doble objetivo de asegurar que las cláusulas contractuales reflejan la verdadera

⁵⁶ Contrapóngase artículo 16.1, 16.9 2º TRLIS vs artículo 18.10, 18.12 2º y 18.13 3º Ley 27/2014.

⁵⁷ Esta conclusión se ve reforzada en el desarrollo reglamentario del artículo 18 de la Ley 27/2014, en concreto en el artículo 17 del nuevo reglamento por el que se determinan los criterios a seguir para realizar el análisis de comparabilidad y fijar el valor de mercado y que, a diferencia de su predecesor (artículo 16 del anterior reglamento) añade como novedad el siguiente párrafo: “*Para ello deberán tenerse en cuenta las relaciones entre las personas o entidades vinculadas y las condiciones de las operaciones a comparar atendiendo a la naturaleza de las operaciones y a la conducta de las partes*”. A este respecto, en nuestra opinión este nuevo inciso cabe entenderlo como un refuerzo o recordatorio a nivel reglamentario de dos principios esenciales que deben prevalecer en todo análisis en esta materia, esto es, los ya comentados de *substance over form* y el de validación de las operaciones conforme a la conducta de las partes, y cuyo incumplimiento se incardina en los supuestos de recalificación de la propia *Disregard Clause*.

naturaleza de la operación (su fondo o *substance*), así como una asignación de funciones y riesgos acorde a la conducta de las partes y *racional*, es decir, adecuadas al PLC.

2ª) En virtud de la *Disregard Clause*, la administración pública puede ignorar o no reconocer total o parcialmente la estructura de la operación tal cual la han fijado las partes, llegando a la sustitución de aquélla por otra adecuada al PLC (recalificación total o global) o, respetando la naturaleza de la operación, reconfigurando las condiciones acordadas (recalificación parcial). Esta facultad de recalificación se enmarca en el ámbito de aplicación del artículo 9 MCDI y las Directrices, por lo que su uso debe ser restrictivo y a los solos efectos de ajustar las condiciones-estructura de las operaciones vinculadas transnacionales y lograr la correcta aplicación del PLC.

3ª) La *Disregard Clause* es una norma anti-abuso cuyo objetivo principal es lograr la correcta alineación con el PLC de las condiciones fijadas en operaciones vinculadas transnacionales, su ámbito natural de aplicación, mientras que el buscado por la norma anti-elusión del artículo 15 LGT es permitir el correcto devengo del hecho imponible obviado, es decir, permitir la correcta aplicación de la norma fiscal al supuesto de hecho que recoge la operación. Por este motivo, no debe haber incompatibilidad entre dicha cláusula y las normas anti-abuso tradicionales que pueda establecer la normativa nacional, como es el caso del artículo 15 LGT. Ambas cláusulas pueden coexistir al responder a objetivos distintos y tener igualmente requisitos de aplicación diferentes.

4ª) El primer supuesto de la *Disregard Clause* no debería ser de aplicación, por cuanto el no reconocimiento total de la estructura de la operación y, por tanto, de su naturaleza que conlleve la sustitución de la misma por otra, supone convertir esta cláusula en una norma anti-abuso limítrofe con la “simulación”, no siendo objetivo del PLC el gravar hechos imponibles ocultos.

5ª) La *Disregard Clause* es de aplicación en el marco del artículo 9 de los Convenios, siempre y cuando la norma nacional se alinee con el mismo, bien expresamente, regulando su propia cláusula, bien tácitamente, incluyendo la potestad de ajuste más allá del precio dentro de la propia norma de valoración, como parece ser el caso del actual artículo 18 de la Ley 27/2014.

SECCIÓN 2ª

LA REMUNERACIÓN POST REESTRUCTURACIÓN⁵⁸

El examen de la remuneración post reestructuración supone la cláusula de cierre en la validación de los precios de transferencia fijados en las operaciones de reestructuración empresarial.⁵⁹ Al igual que la *Disregard Clause*, es un Elemento Corrector que completa el análisis sobre la racionalidad (en sentido genérico) de la operación de reestructuración y su adecuación al PLC pero, a diferencia de aquella, ésta se centra en el aspecto económico y actúa en la fase final de la validación de la operación, por cuanto sólo cuando se conocen todos los extremos de la reestructuración se puede realmente analizar la remuneración que la entidad afectada por la misma va a percibir en la nueva situación resultante de aquella y su conexión con el elemento económico de la reestructuración, esto es, con la compensación. En este sentido, es de notar cómo la remuneración post reestructuración actúa como elemento corrector con relación a la propia operación realizada pero, sobre todo, en todo lo que se refiere a la entidad afectada, en pro de no obviar la perspectiva individual en el análisis y validación de este tipo de operativas, especialmente en su vertiente económica.⁶⁰

Varios son los aspectos a tener en cuenta en dicho análisis, que se van a ir indicando a continuación.

1.- *BUSINESS RESTRUCTURING VERSUS “STRUCTURING”*

Las Directrices inician esta sección apuntando en su primer apartado, el 9.123, lo que cabe considerar como su principal directriz general, que es, cito textualmente, que “*The arm’s length principle and these Guidelines do not and should not apply differently to post-restructuring transactions as opposed to transactions that were structured as such*

⁵⁸ El análisis de la remuneración post reestructuración conforma la Parte III del Capítulo IX de las Directrices, en concreto los apartados 9.123 a 9.160.

⁵⁹ Este aspecto o vertiente de la remuneración post reestructuración es el que nos ocupa en esta sección, es decir, el de su consideración como elemento corrector de la operación de reestructuración. Sin embargo, aquella puede analizarse desde otras vertientes también o a otros efectos, básicamente dos: en primer lugar, como análisis normal en materia de Precios de Transferencia para validar las condiciones de la nueva operación y, en segundo lugar, como elemento indicativo de la posible existencia de una situación calificable como de BEPS.

⁶⁰ De nuevo trasciende aquí la génesis de la normativa en materia de Precios de Transferencia, esto es, el artículo 9 del MCDI y el objetivo de que empresas vinculadas/asociadas sean tratadas de igual forma que lo serían independientes en situación similar.

from the beginning”. A pesar de su claridad, interpretada de forma aislada esta directriz puede llevar al equívoco de entender que la misma aboga por el análisis de la remuneración en la nueva situación post reestructuración de forma totalmente inconexa con el escenario preexistente; así las cosas, bajo este prisma interpretativo, para la validación de los precios de transferencia fijados en la nueva operativa entre un grupo y la empresa afectada por la reestructuración, que ahora pasase a actuar como mero comisionista, sería suficiente con enfocar el análisis considerando la remuneración que debería retener una empresa independiente que actuase también como comisionista realizando funciones similares y asumiendo riesgos parecidos. Sin embargo, nada más lejos de la realidad. Interpretado dicho apartado en su contexto y en especial considerando los apartados que le suceden en la propia Sección A, se desprende claramente que a lo que se refiere el legislador es a que los criterios de análisis, factores de comparabilidad y métodos de valoración utilizados para la validación de los precios de transferencia en operaciones vinculadas estructuradas de una manera concreta desde un inicio (“*structuring*”) y que conforman el contenido de los Capítulos I a III de las Directrices, son los mismos a utilizar en el análisis de la remuneración post reestructuración;⁶¹ pero de ello no cabe inferir que se deba aislar de su contexto a efectos de análisis ni desligar de la situación preexistente.

Lo cierto es que, tal y como se indica a continuación, no es posible entender la nueva operativa post reestructuración ni mucho menos validar si la remuneración se adecua o no al PLC sin haber tenido en cuenta no sólo la operación de reestructuración sino también la situación preexistente a aquélla, es decir, el punto de partida. En este sentido, el propio apartado 9.126 reconoce que aun cuando dos operativas sean potencialmente muy similares, pueden darse *de facto* diferencias precisamente por el hecho de que una se hubiera estructurado de ese modo desde un principio (“*structuring*”) mientras que la otra lo sea como resultante de una previa operación de reestructuración (“*restructuring*”). Además, si resulta que ambas entidades mantenían una relación comercial previamente a la operación de reestructuración, recogida por ejemplo en

⁶¹ De hecho, con el objetivo de dejar patente que los principios a aplicar debían ser los mismos y en aras también a evitar duplicidades innecesarias, por cuanto a lo largo de la segunda mitad de 2009 se desarrollaron los trabajos de revisión de los Capítulos I a III de las Directrices, en la versión final publicada en julio de 2010 se eliminaron varios apartados que incluía el borrador de septiembre 2008 relativos a factores de comparabilidad y metodología de valoración básicamente, tal y como justificó, por otra parte, el propio CFA en su respuesta a los comentarios recibidos al indicado borrador. *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. B11.*

diversas cláusulas contractuales, resulta claro que es necesario el conocimiento de las condiciones en las que se fijó aquella para comprender no sólo la operación de reestructuración, como indicábamos en los dos capítulos anteriores, sino también para validar las ahora fijadas o a fijar en la situación posterior; en otras palabras, tanto la propia operación de reestructuración como la existencia de una relación comercial previa entre las entidades involucradas en la misma supone un punto diferencial que hace que el análisis de las condiciones y, en especial, de la remuneración en la situación post reestructuración no se pueda realizar de forma aislada como si de una operativa estructurada de ese modo desde un inicio se tratase, al darse diferencias *de facto* que pueden incidir en los elementos clave de análisis, esto es, en los elementos de comparabilidad y en la metodología de valoración a aplicar.⁶²

De todo lo anterior, se desprende la afirmación de que las tres situaciones (situación pre reestructuración, reestructuración y situación posterior) van ligadas inexorablemente a efectos de análisis, por cuanto no sólo la remuneración post reestructuración es clave para el análisis final y validación definitiva de la operación de reestructuración a efectos de Precios de Transferencia, siendo éste el tema que nos ocupa, sino que también la fijación de estos últimos en la nueva situación deberá tener en cuenta, al menos a efectos de comprensión y análisis funcional de la operación, la situación de la que se parta y la operación de reestructuración realizada.⁶³

Resumamos todo lo anterior en un ejemplo, siguiendo los apartados 9.133 a 9.138 de las Directrices.

⁶² La cuestión a dilucidar será tan solo, como indica el ap. 9.130, el grado de incidencia de las funciones y riesgos que la entidad afectada por la reestructuración mantenía en la relación comercial previa a ésta, sobre las situaciones y operaciones que se dan a posteriori, en el sentido de que (i) no van a tener incidencia más allá de la propia situación preexistente, (ii) se deben considerar a efectos de fijar el precio de transferencia en la operación de reestructuración, (iii) afectan directamente a las condiciones y remuneración en la situación post reestructuración o (iv) se da una combinación de las anteriores opciones.

⁶³ A este respecto, la eliminación de diversos apartados durante el proceso de revisión del borrador de septiembre de 2008 en aras de evitar duplicidades y a que hacíamos referencia en la anterior nota 60, supuso también la de varios apartados que, en nuestra opinión, podían haberse mantenido por el plus adicional de refuerzo que de algunos aspectos del análisis suponían. En este caso nos estamos refiriendo a los apartados 148 y 149 de la Nota 3, Sección C.2 del borrador. Ambos apartados venían precedidos por un encabezamiento que titulaba “*Difference between a one-sided method and a one-sided analysis*”, y hacían énfasis en la necesidad de que aun cuando se seleccionara a una sola empresa como *tested party* a efectos de análisis financiero y aplicación del método de valoración, era necesario que el análisis funcional fuera más allá de aquella, para tener una visión completa de la situación, en especial cuando existía una previa operación de reestructuración empresarial. *Discussion Draft on the Transfer Pricing Aspects of Business Restructuring, OECD-CTPA, Sept. 2008, p. 43.*

Supuesto práctico XIX: *business restructuring vs structuring*

La entidad X actuaba como único distribuidor pleno en España de los productos del grupo Convert, asumiendo funciones completas de distribución y los riesgos inherentes a la misma, en especial, los de control de inventario, insolvencia y mercado. Así mismo, a lo largo de los años la entidad X invirtió en marketing generando importantes intangibles comerciales (*know how*) y dando lugar a un fondo de comercio o clientela relevante. Ahora el grupo decide que la distribución de los productos en España pase a ser realizada por otra empresa del grupo, Y, que centraliza la distribución en toda Europa, convirtiendo a la entidad X en una distribuidora comercial con funciones limitadas de marketing supervisadas por Y, así como con riesgos limitados.

En este caso, a los efectos de validar la remuneración post reestructuración, se debería tener en cuenta diversos factores específicos, como son:

- a) X acredita una trayectoria comercial en España y es concedora del mercado español mientras que Y y el grupo Convert en general no, por lo que, por ejemplo, no se entendería que la remuneración considerara una etapa previa de formación del equipo de X, por cuanto éste ya está formado. Por el contrario, al realizar el análisis de comparabilidad, una entidad comparable independiente con perfil limitado similar pero estructurada así desde un inicio, probablemente no dispondría de ese conocimiento de mercado o al menos a ese nivel, sobre todo si no acredita ya una dilatada trayectoria.
- b) En sentido similar, tampoco se podría justificar un ajuste a la baja en la remuneración con base al esfuerzo inversor y de penetración de mercado a realizar por Y o el grupo Convert. Con independencia de lo anterior, se debería tener en cuenta a efectos de comparabilidad con la operación independiente.
- c) Con relación a los intangibles de marketing o a la cartera de clientes, es probable que uno o ambos se transfieran a Y en virtud de la operación de reestructuración. En ese caso, cabría pactar una compensación por la transferencia o bien, alternativamente, tenerlo en cuenta en todo o en parte en la remuneración que a posteriori se fije en la situación post reestructuración, tal y como se indicaba en el capítulo anterior de este trabajo e insistiremos de nuevo más adelante al referirnos al vínculo entre remuneración post reestructuración y compensación. En cualquier caso, es un elemento a considerar a efectos de comparabilidad respecto a las transacciones independientes que se identifiquen.
- d) En la nueva situación post reestructuración, el riesgo de insolvencia sería muy limitado y, en ese sentido, parejo al que podrían reflejar distribuidoras independientes con perfil limitado desde su constitución. Sin embargo, al provenir de una situación previa en la que se actuaba con plenas funciones y responsabilidades, es posible que a posteriori todavía se deba responder por operaciones realizadas en la etapa anterior, por lo que, al menos durante un período de tiempo prudencial, esta circunstancia se debería tener en cuenta a efectos de comparabilidad.

2.- ELEMENTOS ESPECÍFICOS A EFECTOS DE ANÁLISIS

Se menciona en el apartado anterior que el análisis de la situación y remuneración post reestructuración se debe realizar con base en los mismos principios, elementos y metodologías que en general establecen los Capítulos I a III de las Directrices para la validación de los precios de transferencia en operaciones entre partes vinculadas. Lo anterior no obsta, sin embargo, para reconocer la existencia de peculiaridades propias que surgen en un análisis post reestructuración y a cuya identificación, al menos de las más habituales, destina el Capítulo IX el contenido de la Sección B. Son las siguientes:

- a) Importancia de verificar debidamente si la entidad afectada por la reestructuración retiene intangibles de valor o singulares en la operativa posterior y que va a desarrollar a partir de ese momento; en este mismo sentido, identificación de posibles funciones y riesgos relevantes que todavía residan en la entidad afectada.
- b) Ligado con lo anterior, refuerzo del análisis de comparabilidad y, en especial, de las funciones y riesgos que “efectivamente” siga reteniendo la entidad afectada con el objetivo de eliminar diferencias materiales de comparabilidad. En este sentido, una vez más el Capítulo IX de las Directrices insiste en poner de manifiesto la necesidad de que el análisis responda a la realidad *de facto* de la operación y conducta de las partes, más allá de las “formalidades” que indiquen las cláusulas contractuales (principio *substance over form*).⁶⁴
- c) Presencia de dificultades adicionales en la identificación de operaciones comparables independientes cuando a results de la reestructuración la entidad afectada acaba desarrollando unas funciones limitadas muy específicas,⁶⁵ normalmente por razones de eficiencia, reducción de costes o para aprovechar

⁶⁴ Y es que tal y como indicábamos en el capítulo III de este trabajo, es precisamente en esta fase final de la operación de reestructuración, esto es, en la fijación de las condiciones que van a regir la situación y remuneración post reestructuración, dónde podrían darse objetivos de ahorro fiscal que, en ocasiones, linda con situaciones descritas en el Plan BEPS de la OCDE como de planificación fiscal agresiva, especialmente cuando la reestructuración ha sido más formal que real. En este sentido vid. JONES RODRÍGUEZ, L.: “Precios de Transferencia y reestructuración de grupos multinacionales” en *Crónica Tributaria*, nº 141/2011, p. 147.

⁶⁵ En general las Directrices identifican y califican a estas entidades que, a results de una reestructuración, pasan a realizar una actividad muy concreta dentro de la cadena de valor de suministro de productos del grupo como “*stripped entity*”.

las sinergias que se puedan dar dentro del grupo; lo específica y/o limitada de la actividad que va a realizar a partir de ese momento la entidad reestructurada, es lo que resulta en un aumento de la problemática de la identificación de operaciones comparables independientes. Lo anterior no debe llevar al intérprete a afirmar que las condiciones de la operación y, en especial, de la remuneración post reestructuración no se adecuan al PLC; como ya se ha indicado anteriormente y de nuevo insiste ahora el apartado 9.138 de las Directrices, la clave vuelve a ser el juicio sobre la racionalidad de las condiciones, esto es, que respondan a una lógica comercial acorde con las funciones y riesgos asumidos.⁶⁶

- d) Posible utilización como comparable de la operativa previa de la propia entidad reestructurada cuando era independiente. Estamos ante un supuesto que se da en bastantes ocasiones entre dos entidades que históricamente han venido manteniendo una relación comercial (proveedor-cliente, por ejemplo) y que a resultas de la operación de reestructuración pasan a ser vinculadas. Lo habitual es que la vinculación se produzca como consecuencia de la compra de una de las empresas por el grupo en el proceso de reestructuración o también por la fusión entre las dos entidades (por ejemplo, que venía actuando como *partners* independientes en proyectos conjuntos). Pues bien, en estos casos, una de las peculiaridades del análisis consiste en la posibilidad de utilizar como comparable las operaciones que entre las mismas entidades, ahora vinculadas, se producían en la situación pre-reestructuración, cuando todavía eran independientes. Obviamente lo anterior pasa por la realización de un análisis de comparabilidad completo, por cuanto se debe tratar de operaciones similares y por la realización de los ajustes que en su caso sean necesarios.⁶⁷

⁶⁶ Aunque se debe reconocer que en este caso las Directrices son más sutiles, pues se refieren a ello de forma indirecta al decir que en estos casos, esto es, cuando no se hayan comparables independientes, se debe hallar la solución “más razonable”.

⁶⁷ La posible utilización de operaciones independientes que ambas partes realizaban en la fase previa a la reestructuración cuando todavía no tenían la condición de “vinculadas” la recoge igualmente el apartado 9.147 Sección C de las Directrices, que enlaza con el 9.135 del mismo texto. Cuestión distinta es la idea que plantean los apartados 9.142 y 9.143 de utilizar la rentabilidad que la entidad vinculada afectada obtenía antes de la reestructuración para compararla con la fijada en la nueva situación/operativa posterior; la metodología consistiría en partir de la rentabilidad de origen e ir desgranando o descontando la misma atendiendo a las funciones y riesgos que se han transferido o abandonado como consecuencia de la reestructuración. Sin embargo, tal y como se reconoce en los propios apartados, surgen dos obstáculos claros que hacen poco fiable esta opción, en concreto (i) el hecho de que en cualquier caso estaríamos hablando de operaciones vinculadas, no independientes, con lo que a efectos del artículo 9 MCDI

Estos aspectos o peculiaridades identificados son propios del análisis de una operativa resultante de una reestructuración previa y junto a los criterios generales de análisis aplicables a toda operativa vinculada y que se recogen en los Capítulos I a III de las Directrices, son los que se van a utilizar para validar la remuneración post reestructuración en su doble aspecto, esto es, (i) como elemento corrector que cierra el análisis de la adecuación al PLC de la operación de reestructuración y (ii) a efectos de llegar a idéntica conclusión respecto de las condiciones fijadas en la nueva operativa vinculada que se inicia tras aquélla.⁶⁸

3.- LA REMUNERACION POST REESTRUCTURACIÓN COMO ELEMENTO CORRECTOR DE LA COMPENSACIÓN⁶⁹

El análisis de la remuneración post reestructuración está ligada esencialmente al elemento económico de la reestructuración, a la compensación. Sin embargo, tal afirmación no se debe interpretar en el sentido de entender que en todo caso pueda entrar en funcionamiento este elemento corrector por el mero hecho de darse la compensación.

En efecto, para que el análisis de la remuneración post reestructuración pueda actuar como elemento corrector en el proceso de validación de la operación de reestructuración, deben concurrir tres premisas:

- 1ª) Que en la situación post reestructuración, ambas partes mantengan una relación comercial o actividad, estando ésta ligada tanto a la actividad previa que desarrollaba la entidad estructurada como a la propia reestructuración realizada.

El caso habitual es la de la deslocalización parcial de actividades de una entidad en favor de otra del mismo grupo con la que posteriormente se mantendrá una relación comercial, o la simple modificación significativa de las condiciones de

seguirían sin ser comparables válidos, y (ii) las dificultades que entraña la valoración a efectos de ajuste de las funciones y riesgos transferidas o abandonadas.

⁶⁸Como exigencia nuevamente del principio *substance over form*.

⁶⁹ Apartados 9.139 a 9.141 de las Directrices.

la operativa comercial que una entidad venía manteniendo con otra, con la que seguirá operando en la nueva situación pero bajo otras condiciones.

2ª) Que tras analizar y validar el elemento económico de la reestructuración, se concluya provisionalmente que la compensación acordada no se ajusta plenamente al PLC.

3ª) Que ambas partes (o el grupo) hayan acordado ligar la compensación por la reestructuración, total o parcialmente y sea a favor de una u otra parte o de ambas, a la remuneración posterior a fijar en la nueva situación.

A este respecto, aun cuando las Directrices siempre utilizan el condicional o el verbo “poder” al referirse a la potestad de las partes, lo cierto es que igualmente se cumple la tercera premisa si de la conducta de éstas y de los hechos se desprende la existencia de tal acuerdo.⁷⁰ Lo anterior se daría por ejemplo si tras valorarse el elemento económico de la operación de reestructuración, se concluyera que la compensación fijada no se ajusta al PLC y que dándose la primera premisa es probable que aun *de facto* ambas partes hayan ligado la compensación a la remuneración posterior o que al menos así debería haber sido, razón por la que se abre la vía de actuación de este elemento corrector, al menos a efectos de análisis.

Pongamos un ejemplo.

Supuesto práctico XX: compensación y remuneración post reestructuración

La entidad Z se dedica a la fabricación y distribución de utensilios de cocina, formando parte del grupo ZT. La matriz de Z decide que a partir de ahora Z centre su actividad sólo en la fabricación y traslade toda la actividad de distribución a P, entidad del grupo que va a centralizar la distribución de los productos en la zona sur europea.

En este supuesto, se van a dar dos de los requisitos enunciados. De una parte, tras la reestructuración, Z procederá a vender a P los productos que fabrica, por lo que ambas entidades mantendrán una relación comercial (i) ligada a la actividad previa de Z y (ii) como consecuencia de la reestructuración. De otra, se puede afirmar sin margen casi de error que al consistir la reestructuración en la

⁷⁰ En este sentido, no se puede ni debe olvidar el énfasis que se realiza a lo largo de todo el Capítulo IX de las Directrices en la importancia de estar a la realidad de las operaciones y conducta de las partes, más allá de lo que formalmente indique las cláusulas contractuales.

transferencia de la actividad de distribución a P, probablemente dé lugar a algún tipo de compensación en los términos comentados en el capítulo anterior de este trabajo. Por tanto, ambas partes pueden pactar que todo o parte de la compensación por la reestructuración se abone mediante la fijación de un precio de venta mayor o menor (según aquélla sea a favor de una u otra parte) en la operativa posterior de venta de los productos de Z a P.⁷¹ La segunda premisa indicada será la que abra o no la posibilidad de actuación de este elemento corrector.

Por consiguiente, en el supuesto práctico planteado se podría entrar a analizar la remuneración post reestructuración, siendo la clave la conclusión provisional sobre la adecuación o no al PLC de la compensación por la reestructuración acordada, pudiéndose dar distintos escenarios:

Escenario 1: la compensación por la reestructuración se adecua al PLC

En este caso, el elemento corrector del análisis de la remuneración post reestructuración no debe entrar en funcionamiento. Si resulta igualmente que aquélla no se adecua al PLC, estamos ante una problemática de Precios de Transferencia que se da en la fijación de las condiciones de la nueva operativa vinculada que surge tras la reestructuración, pero que no va ligada al pago compensatorio por ésta.

Escenario 2: la compensación por la reestructuración no se adecua al PLC y las partes han vinculado aquélla a la remuneración post reestructuración

Estamos ante el supuesto típico de aplicación de este elemento corrector, por cuanto aquí se entraría a valorar la remuneración post reestructuración, los pactos de las partes y, sobre todo, a calcular cómo incide la compensación por la reestructuración en la fijación de las condiciones de la remuneración post reestructuración (en el sentido antes indicado de cuantificar la diferencia al alza o a la baja respecto a la que fijarían entidades independientes en operativas similares).

⁷¹ Hecho que se demostraría a partir de un estudio comparativo entre los precios o rentabilidad “vinculados” fijados en la nueva operación y la que reflejarían operaciones o empresas comparables independientes.

El objetivo es valorar si el importe fijado por la compensación junto con el acordado en concepto de remuneración en la operativa posterior a la reestructuración, permiten concluir positivamente sobre la adecuación al PLC del elemento económico de esta última (compensación) y, por tanto, confirmar definitivamente la racionalidad de la operación de reestructuración en los términos acordados por las partes. Si se concluye desfavorablemente, esto es, se entiende que aun considerando la parte de compensación que se abona a través de una mayor o menor remuneración post reestructuración, aquélla no se adecua al PLC ni, por tanto, la operación de reestructuración, entonces se abre la puerta a la corrección o ajuste que se podría dar a ambos niveles, es decir, ajustando el pago compensatorio o la remuneración post reestructuración.⁷²

Escenario 3: la compensación por la reestructuración no se adecua al PLC pero las partes no han vinculado aquélla a la remuneración post reestructuración

Si al final resulta que la compensación no es adecuada y ni de los acuerdos de las partes ni de su conducta y análisis de la remuneración post reestructuración, se desprende que se hayan vinculado ambos conceptos, en ese caso la reestructuración no se adecuaría plenamente al PLC y se abriría claramente la vía de ajuste del importe acordado por la compensación. Por el contrario, en este supuesto no cabe ajustar el precio de transferencia de la operación de reestructuración vía ajuste del propio que se hubiere fijado en la operativa vinculada posterior, dado que las partes no vincularon ambos conceptos; en este sentido, no se puede utilizar de forma discrecional la remuneración posterior como mecanismo para pagar/ajustar la compensación por la reestructuración en sí misma.

Dicho esto, no se pueden negar las dificultades en la práctica para la fijación de acuerdos que reflejen estos pactos que trasladan parte del pago compensatorio por la

⁷² Sin embargo, no se puede negar que las administraciones tributarias son reacias en estos casos al ajuste vía remuneración post reestructuración siendo más partidarios de ajustar el pago compensatorio por la reestructuración, sobre todo si el vínculo entre ambos no se ha reflejado debidamente en cláusulas contractuales. Por otra parte, como decíamos anteriormente, lo cierto es que en la práctica las empresas son también más partidarias en estos casos de separar debidamente ambos aspectos (compensación y remuneración post reestructuración), salvo que así lo hayan fijado contractualmente, en cuyo caso se debería permitir sin restricciones el ajuste vía remuneración post reestructuración.

reestructuración a la remuneración a percibir en la situación post reestructuración, en especial a la hora de dilucidar cuantitativamente y a posteriori en qué medida está afectando la compensación a la remuneración posterior, sobre todo si no se ha reflejado contractualmente dicho acuerdo. Además, lo cierto es que también suele existir mayor interés de las empresas y de las administraciones tributarias en separar el pago por compensación y la remuneración posterior en la nueva situación.⁷³

3.1.- Incidencia de los denominados “*location savings*”⁷⁴

En el capítulo III de este trabajo mencionábamos la importancia de las ventajas competitivas de un mercado en concreto (“*location advantages*”) como una de las razones habituales esgrimidas por los grupos multinacionales para justificar una operación de reestructuración, cuando implica el traslado de una actividad o función concreta de una entidad ubicada en una jurisdicción a otra radicada en una distinta. De entre aquéllas, la ventaja más esgrimida es la que supone un ahorro en costes o “*location savings*”,⁷⁵ que introduce la Sección E de la Parte III del Capítulo IX.

El hecho de que esta cuestión se trate junto a la remuneración post reestructuración puede dar a entender que forma parte del análisis de ésta como elemento corrector de la operación de reestructuración, como un elemento cuantitativo más que, en su caso, se tendrá en cuenta a los efectos de finalizar el juicio sobre la racionalidad de la reestructuración, en especial de su aspecto económico; sin embargo no es así. En efecto, si bien no se debe negar su conexión con la operación de reestructuración por cuanto, siguiendo el apartado 9.148 de las Directrices, se trata de *location savings* que surgen precisamente tras aquélla y además, como decíamos, se reconoce como uno de las razones esgrimidas para su justificación, lo cierto es que la existencia de dichos ahorros en costes y la discusión sobre cómo se reparten los mismos entre las entidades implicadas en la operación no forma parte del análisis de la remuneración post

⁷³ Así lo reconoce igualmente el apartado 9.141 de las Directrices.

⁷⁴ Apartados 9.148 a 9.153 de las Directrices.

⁷⁵ Como dicen DE LANGE M. y LANKHORST P., las dos últimas décadas se produjo un fenómeno importante de deslocalización de actividades, sobre todo productivas, de entidades ubicadas en países desarrollados hacia otras residentes en países emergentes o simplemente con bajos costes salariales, a las que se retribuía de forma muy reducida por su actividad. Este hecho ha provocado una reacción de estos países exigiendo un tratamiento específico a los denominados *location savings* en aras a garantizar una rentabilidad mayor a las filiales de multinacionales extranjeras residentes en su jurisdicción. DE LANGE M. y LANKHORST P.: “The impact of Location Advantages...” p.224.

reestructuración como elemento corrector de la compensación. La razón de su ubicación hay que buscarla, en nuestra opinión, en su aspecto temporal, es decir, en que lo cierto es que esta cuestión surge precisamente tras realizarse la operación de reestructuración al igual que el análisis de la remuneración “post reestructuración”, pero son cuestiones independientes que tan solo surgen y pueden plantearse en el mismo momento temporal.⁷⁶

Sentado lo anterior, la clave del análisis de la incidencia de los denominados *location savings* a efectos del PLC es dilucidar si los mismos serían relevantes entre partes independientes (la multinacional que traslada una actividad a otro país y una entidad independiente ubicada en este último) a la hora de negociar los precios en la situación posterior, es decir, si el citado "reparto" se produciría también entre ellos y, por consiguiente, se tiene que tener en cuenta esta circunstancia al analizar la política de precios (la remuneración). La respuesta hay que buscarla en el poder de decisión e influencia de las partes en el país o mercado local de que se trate, es decir, en lo que PORTER denomina “*bargaining power*” y a que hacíamos referencia en el capítulo II de este trabajo.⁷⁷ A este respecto, dicho poder dependerá básicamente de la oferta y la demanda en dicho mercado local y del tipo de actividad a desarrollar, traducándose todo lo anterior en la existencia o no de alternativas para las partes en el momento de negociar.

A modo de ejemplo.

Supuesto práctico XXI: *bargaining power and location savings*

Supongamos que una multinacional decide deslocalizar una actividad productiva de España a Taiwan, donde el coste de la mano de obra es mucho menor. Dicha actividad no implica la utilización de intangibles de alto valor ni un conocimiento técnico o *know how* elevado, siendo en este sentido muy competitivo el mercado taiwanés por cuanto cabe identificar varias empresas independientes con capacidad para poder desarrollar esta actividad fabril. En esta situación, el poder de negociación de la empresa local taiwanesa es mínimo y tan solo podrá aspirar a recibir una

⁷⁶ De hecho, se puede hasta afirmar que la discusión sobre el reparto entre las partes de los ahorros que surgen como consecuencia de las ventajas competitivas existentes en la nueva jurisdicción, es incluso independiente del análisis clásico de la remuneración de mercado que debe percibir la entidad que realiza la actividad en dicha jurisdicción en la nueva situación post reestructuración, por cuanto aquélla responde a las funciones y riesgos reales que desarrolla la entidad mientras que el reparto de ahorros que se genera no.

⁷⁷ E. PORTER, M.: “The five...”.

remuneración de mercado por su actividad pero no a compartir parte del beneficio que retiene la multinacional por los ahorros que supone fabricar desde ese país.⁷⁸ Por el contrario, planteemos una situación distinta, en la que la actividad productiva es especial, requiere de tecnología específica y de alto valor así como de un elevado conocimiento y preparación de los empleados, de modo que en el mercado taiwanés tan sólo existe una empresa que pueda desarrollar tal actividad fabril. En esta segunda hipótesis, la empresa local sí tendrá un poder de negociación mayor y podría aspirar a percibir parte del beneficio derivado del ahorro en costes que retiene la multinacional.

A partir de ahí y volviendo de nuevo al Capítulo IX de las Directrices, cuando la operación es entre partes vinculadas, tres son los factores a considerar con relación a la posible incidencia de *location savings* que surjan tras la operación de reestructuración:

1º) *Si existen location savings a efectos de transfer pricing business restructuring*

La mera presencia de ahorros en costes tras la reestructuración por el hecho de que, siguiendo el ejemplo anterior, los salarios de fabricación sean mucho menores, no significa que aquéllos se deban tener en cuenta. En efecto, de la lectura del apartado 9.148 de las Directrices se desprende claramente que dichos ahorros deben superar los costes de la reestructuración, es decir, hablamos de *net location savings*.⁷⁹

2º) *Si los ahorros en costes identificados se han trasladado al cliente o han sido total o parcialmente retenidos por la multinacional*

⁷⁸ En este mismo sentido y conforme al apartado 1.83 del nuevo Capítulo I de las Directrices OCDE propuesto en el marco del Plan BEPS, en ese caso a efectos de análisis de comparabilidad no cabría plantear la necesidad de realizar ajuste alguno en concepto de *location savings*, por cuanto claramente se identificarían comparables independientes. *BEPS Actions 8, 9 and 10: Discussion draft on revisions to chapter I of the TP Guidelines (including risk, recharacterisation, and special measures)*. OECD 1 December 2014-6 February 2015. P. 14.

⁷⁹ En este mismo sentido, para la fijación del importe de los ahorros generados no sólo se tendría que atender al menor coste de algunas partidas (los salarios a que hacíamos referencia) sino también a lo opuesto, es decir, al mayor coste que puedan suponer otras (energía, etc.). Por tanto, la referencia al neto no sólo cabe entenderla respecto de los costes de la reestructuración, sino también respecto a los costes de la actividad específica a desarrollar. Cuestión distinta son otras ventajas competitivas que puedan derivarse del mercado local y que entran dentro del concepto más amplio de *location advantages* y que quedarían fuera de este cálculo por cuanto no están directamente vinculadas a los costes de la actividad en concreto.

En efecto, el propio apartado 9.152 de las Directrices alude a esa posibilidad, por cuanto en ocasiones razones de estrategia o simple competitividad en el sector hace que parte o la totalidad de los ahorros logrados se trasladen al cliente como reducción o mantenimiento de precios. De darse esta situación, resulta claro que no hay discusión sobre el potencial reparto entre las entidades vinculadas en concepto de *location savings*, por cuanto a pesar de haberse generado los mismos, no han sido retenidos por la multinacional.

3º) *Si la multinacional ha retenido parte o la totalidad de los ahorros en costes generados, si debe o no compartirlos con la entidad vinculada local.*

Es en este punto cuando se plantea la discusión sobre si la entidad vinculada ubicada en el nuevo mercado local puede o no exigir compartir parte de los beneficios derivados de los ahorros en costes generados. Para hallar la respuesta se debe volver al punto y supuesto práctico que comentábamos al principio, es decir, a cuál sería la solución en caso de plantearse tal situación entre independientes, considerando la oferta y la demanda del mercado local y las características de la actividad desarrollada (sobre todo la utilización de intangibles valiosos y la necesidad de personal altamente cualificado). Sin embargo, la utilización de los verbos "puede" y "exigir" no ha sido baladí, por cuanto una vez más no se debe obviar la menor presencia de "intereses divergentes" entre vinculados, ya aludidos en diversas ocasiones a lo largo de este trabajo, hecho que habitualmente reduce de forma importante el poder de negociación de la empresa vinculada local.⁸⁰

Finalmente, partiendo de una situación en la que la multinacional decide compartir con la entidad vinculada local parte de los ahorros en costes generados tras la reestructuración, la cuestión que surge ahora es cuál sería el mejor criterio o método de reparto entre las partes. La propia pregunta nos indica la respuesta y así lo sugiere el inciso final del apartado 9.153 de las Directrices, esto es, mediante la aplicación del método del Reparto de Beneficio o *Profit Split*. En efecto, esta es sin ninguna duda la metodología de valor en materia de Precios de Transferencia que mejor encaja en estos

⁸⁰ Cuestión distinta es que las autoridades fiscales locales lo admitan.

casos, por cuanto la asignación respondería a las funciones y riesgos que cada entidad asumiría en la actividad desarrollada, así como a los activos implicados, en especial los intangibles de alto valor.

4.- COMPARACIÓN DE LA RENTABILIDAD OBTENIDA POR EL CONTRIBUYENTE ANTES Y DESPUÉS DE LA REESTRUCTURACIÓN: EL SEGUNDO ELEMENTO DEFINITORIO DE BEPS

La Sección III del Capítulo IX incluye una sub sección D cuyo título dice “*Comparing the pre-and post-restructuring situations*”⁸¹, alguno de cuyos apartados ya ha sido citado en el apartado 2 de esta sección cuando se hacía mención a la posibilidad de utilizar como referente inicial la rentabilidad previa de la entidad afectada por la reestructuración. Sin embargo, lo más relevante de esta sub sección son sus apartados finales 9.145 y 9.146, pues van más allá del planteamiento general de comparabilidad de funciones y riesgos ya comentados en apartados y capítulos anteriores, para plantear abiertamente la comparabilidad de rentabilidades antes y después de la reestructuración en atención a las funciones y riesgos que se asumían antes y se asumen a partir de ahora; y todo ello, siendo esta la novedad, con un objetivo mayor que el mero análisis sobre la adecuación al PLC de la operación de reestructuración, por cuanto lo que buscan es (i) verificar realmente las funciones y riesgos que se han transferido o abandonado como consecuencia de la reestructuración y (ii) valorar si es adecuado o no el reparto de la rentabilidad entre ambas entidades en la situación post reestructuración, teniendo en cuenta las funciones y riesgos que asumen ahora, respecto de las desarrolladas y asumidas con anterioridad. En este sentido, aunque de forma menos taxativa de la que constaba en el borrador⁸², lo que ambos apartados pretenden evitar aquí es que la reestructuración haya sido más “formal” que real y que en la situación post reestructuración se identifique la existencia de una disociación entre funciones y

⁸¹ En el borrador el título era “*Comparison of profits earned before and after the restructuring*” y probablemente se modificó para trasladar la idea de que no sólo se debía comparar la rentabilidad sino también las condiciones y funciones y riesgos de las partes, pero en nuestra opinión la versión inicial es más acertada al identificar el aspecto clave que pretende enfatizar este apartado y, además, porque en cualquier caso el análisis de la rentabilidad implica siempre el de las funciones y riesgos que se están retribuyendo.

⁸² En este sentido, el apartado 185 del borrador, génesis del definitivo 9.146 de la versión final, era algo más extenso y claro en su exposición, completado además con otro apartado, el 186, que ampliaba el anterior y recomendaba la comparación de rentabilidades y funciones antes y después de la reestructuración como “*sanity o reasonableness check*”.

riesgos asumidos y rentabilidad obtenida, y todo ello por no haber procedido el analista a verificar las funciones y riesgos que realmente se han visto modificadas por la operación de reestructuración realizada ni haberse planteado la posible disociación indicada en la situación post reestructuración. En otras palabras, lo que indirectamente ya se admite aquí en el Capítulo IX redactado en 2009 es la posible “artificiosidad” de la reestructuración y, sobre todo, la disociación entre rentabilidad y creación de valor en la situación posterior, aspectos ambos que posteriormente la OCDE identificará como elementos incluidos en la mayoría de las situaciones que califica como BEPS.⁸³

En efecto, la disociación entre las funciones, riesgos y remuneración de las partes en la situación post reestructuración es el otro elemento que, junto a la artificiosidad⁸⁴, hacen caer a la operación de reestructuración en una posible situación calificable como de BEPS. En este sentido, la posible existencia de la indicada disociación es clara en la segunda parte del apartado 9.146, a tenor del cual, cito textualmente “...*whether or not it is appropriate to allocate the whole residual profit to the foreign associated enterprise in view of the actual risks and intangibles of the –stripped- entity and of the foreign associated enterprise*”.

Por consiguiente, si la reestructuración no es racional y se identifica una clara disociación entre la remuneración que van a recibir las partes implicadas en la situación post reestructuración y las funciones y riesgos que asumen, no sólo es que la operación de reestructuración no se adecua al PLC, sino que además tanto ésta como la situación resultante (post reestructuración) pueden ser calificadas de BEPS⁸⁵. La excepción se podría dar en el supuesto de que la falta de racionalidad inicialmente sólo fuese del elemento económico de la operación de reestructuración, esto es, de la compensación, y que ambas partes hubiesen ligado ésta a la remuneración post reestructuración

⁸³ Tal y como comentábamos al final del capítulo III de este trabajo y se menciona también en el anterior, cabe considerar el Capítulo IX de las Directrices como el preámbulo del Plan BEPS de la OCDE, por cuanto en el mismo se incluyen gran parte de las directrices específicas de aplicación a operaciones de reestructuración y que ahora la OCDE pretende extender a todo el ámbito de las Directrices, así como la identificación ya de algunas de las problemáticas que posteriormente y de forma mucho más extensa describirá este organismo en su plan de acción.

⁸⁴ Sea esta directa al comprobarse que realmente la reestructuración no ha existido, es decir que ha sido meramente formal, sea como consecuencia de la falta de racionalidad de aquélla, conforme a lo que indicábamos al final del capítulo III de este trabajo.

⁸⁵ Sobre todo si, como indicábamos en el capítulo IV al referirnos a la compensación, a mayor abundamiento resulta que la entidad que precisamente presenta la disociación entre rentabilidad y creación de valor está ubicada en un territorio de baja tributación.

(escenario 2 del apartado anterior); en este caso, la disociación actual entre remuneración y funciones/riesgos respondería a la vinculación de ésta con la compensación y sería precisamente dicha vinculación la que podría finalmente validar la racionalidad de la reestructuración y la remuneración post reestructuración, justificándose por tanto la disociación.

Finalmente, si la operación de reestructuración es racional en sus elementos definitorios, por tanto no habría artificiosidad, y no cabe análisis de la remuneración post reestructuración como elemento corrector de la operación reestructuración, por ser adecuada la compensación acordada (escenario 1 del apartado anterior), en ese caso, aun cuando se pudiera dar esa disociación entre remuneración y funciones/riesgos en la situación posterior, la operación de reestructuración no podría caer en el calificativo de BEPS, debiéndose tratar la disociación identificada como cualquier otra problemática general de Precios de Transferencia.⁸⁶

5.- CONCLUSIONES DE ESTA SECCIÓN

1ª) El análisis de la remuneración post reestructuración conforma el segundo Elemento Corrector para la validación de la operación de reestructuración, ligada al Elemento Definitorio Económico y con el objetivo de garantizar que el aspecto económico de la operación, la compensación que se haya fijado en virtud de la misma, se adecue al PLC y se haya tenido en cuenta la posición individual de la entidad afectada.

2ª) El análisis de la situación y remuneración post reestructuración se debe realizar con base en los mismos principios, elementos y metodologías que en general establecen los

⁸⁶ La cuestión aquí es si aun cuando la operación de reestructuración sea racional y no calificable como BEPS, el resultado sí pueda serlo, es decir, la situación post reestructuración. Como se indica en el capítulo III de este trabajo, detrás de una situación BEPS no tiene por qué haber una reestructuración en su definición conforme a la normativa de Precios de Transferencia (*treaty shopping, CFC rules, financial hybrids*), razón por la que nada obsta teóricamente a que habiéndola y siendo adecuada al PLC, su resultado pueda ser calificable como de BEPS si, por ejemplo, se diese la disociación entre remuneración y funciones/riesgos en la situación post reestructuración. Sin embargo, tal conclusión si bien teóricamente correcta cabe entenderla como "forzada", por cuanto en el análisis de la nueva operativa post reestructuración a efectos de su mera adecuación al PLC se deben considerar los antecedentes existentes, es decir, la operación de reestructuración, motivo por el que siendo ésta racional y carente de artificiosidad resulta como decimos forzado calificar como BEPS su resultado. Por tanto, abogamos en estos casos por un análisis normal en materia de Precios de Transferencia con base a los Capítulos I a III de las Directrices y un ajuste de la remuneración de conformidad a las funciones y riesgos que las partes vinculadas desarrollan realmente.

Capítulos I a III de las Directrices, si bien teniendo en cuenta las singularidades de este tipo de operaciones y la relevancia del aspecto temporal a efectos de análisis, esto es, atendiendo también a la situación previa a la reestructuración y a la propia operación en sí misma, evitando de este modo un análisis “aislado” de la situación post reestructuración.

3ª) El análisis de la remuneración post reestructuración como elemento corrector de la operación de reestructuración sólo actúa si se dan unas premisas concretas, en especial si, no siendo la compensación adecuada al PLC, las partes implicadas en la operación decidieron ligarla a la remuneración posterior a la reestructuración a percibir por la entidad afectada, por lo que no cabe entender que este elemento corrector actúa en todo caso por el mero hecho de darse la compensación.

4ª) De lo anterior se desprende que no se puede utilizar de forma discrecional la remuneración que se fijó en la situación posterior a la reestructuración como mecanismo para ajustar la compensación.

5ª) Los denominados *location advantages* se deben tener en cuenta a efectos de analizar la política de precios de transferencia (la remuneración) que se da en la situación post reestructuración, pero no están ligados al análisis de la remuneración como elemento corrector de la compensación que se hubiere fijado en la operación de reestructuración.

6ª) Los apartados 9.145 y 9.146 de las Directrices plantean ya un análisis de la remuneración post reestructuración cuyo objetivo va más allá de la validación de la operación de reestructuración a efectos de Precios de Transferencia, para centrarse en la situación post reestructuración en adelante y entrar ya en la identificación de situaciones de artificiosidad (de la operación) y, sobre todo, de disociación entre funciones/riesgos (creación de valor) y remuneración percibida, siendo un preámbulo o anticipo del argumentario que, posteriormente, la propia OCDE desarrolla en el seno del Plan BEPS.