

CAPÍTULO CUARTO
CONSECUENCIAS ECONÓMICAS DE LA REESTRUCTURACIÓN

1.- REESTRUCTURACIÓN Y DERECHO DE COMPENSACIÓN

2.- TRANSFERENCIA DE ACTIVOS TANGIBLES Y ACTIVIDADES

2.1 La transferencia de activos tangibles

2.2 Transferencia de unidades de negocio o actividades

3.- TRANSFERENCIA DE ACTIVOS INTANGIBLES

3.1 Identificación y definición de “intangible”

3.2 Fijación del precio de transferencia (valoración)

3.3 Incidencia de la incerteza en la valoración del intangible

3.4 Operaciones de centralización de los intangibles en una sola entidad

3.5 La problemática concreta de los denominados “intangibles locales”

3.6 La problemática específica de los “derechos contractuales”

4.- LA COMPENSACIÓN DE NATURALEZA INDEMNIZATORIA POR LA TERMINACIÓN O MODIFICACIÓN DE LAS RELACIONES COMERCIALES Y/O CONTRACTUALES: ELEMENTOS A CONSIDERAR.

4.1 Definición del supuesto

4.2 Primer elemento: si existe acuerdo escrito y este incluye una cláusula de naturaleza indemnizatoria

4.3 Segundo elemento: si el acuerdo y/o la existencia o no de cláusula indemnizatoria son conformes al PLC

4.4 Tercer elemento: quién debe asumir el pago de la compensación indemnizatoria y si un tercero distinto de las partes directamente implicadas en la operación lo asumiría.

5.- CONCLUSIONES DE ESTE CAPÍTULO

5.1 En general

5.2 En particular respecto a la transferencia de activos intangibles

1.- REESTRUCTURACIÓN Y DERECHO DE COMPENSACIÓN

En el capítulo dos de este trabajo se comenta como toda reestructuración supone una reasignación y/o transferencia directa de riesgos y funciones entre las partes implicadas. Dicha reasignación se debe analizar y validar al albur de la normativa en materia de Precios de Transferencia para, posteriormente, justificar que la reestructuración es racional y conforme al PLC (análisis que calificamos como de “elemento definitorio normativo”). Sin embargo, esta validación sería parcial si no alcanzase también a los aspectos puramente económicos de la reestructuración. En efecto, como ya indicábamos también en el capítulo II, toda reasignación de funciones y riesgos conlleva también la mayor de las veces unos efectos económicos indirectos¹, por cuanto se pueden producir transferencias de activos² (tangibles e intangibles) y/o actividades³ de valor económico, así como la resolución o modificación sustancial (vía renegociación entre las partes) de las relaciones comerciales-contractuales⁴ preexistentes, con impacto también económico vía pérdida de rentabilidades/resultados potenciales y futuros (“*profit potential*”) e incursión en gastos de reestructuración y/o reconversión.⁵ Todo lo anterior plantea la existencia o no de un derecho de compensación a favor de la entidad reestructurada,⁶ cuyo análisis y validación conforman el que hemos denominado como “Elemento Definitorio Económico”.

¹ En contraposición a los “directos” que conforman la propia reasignación de funciones y riesgos.

² La redacción del borrador era más taxativa, por lo que se daba a entender que toda reestructuración conllevaba la transferencia de activos. Sin embargo, en la fase de consulta pública, la *Confederation Fiscale Europeenne*, entre otros, hizo ver al CFA que eso no siempre era así y que, por tanto, podría darse una operación de reestructuración a efectos de Precios de Transferencia sin necesidad de transmitir activo alguno, por lo que la redacción del apartado 18.2 y 48 debían corregirse. En la versión final del Informe, el apartado 9.48 ya incluye el término “*may*” al referirse a la transmisión de “*something value*”. 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 En este contexto, como actividades nos referimos a unidades “autónomas” de negocio, por cuanto en esencia toda transferencia de una función supone en mayor o menor medida la de una actividad.

⁴ Tal y como ya se ha indicado a lo largo de este trabajo, a efectos de las Directrices el término “contractuales” se debe entender en su sentido más amplio, más allá del formal acuerdo o contrato.

⁵ Ap. 9.48 de las Directrices en relación con el ap. 9.101 del mismo texto.

⁶ Que en la práctica pocas veces podrá exigir ésta, sobre todo si se trata de filiales plenamente controladas por sus matrices, pero que, no olvidemos, sí puede entender exigible la administración tributaria del país donde reside la entidad reestructurada.

A este respecto, las Directrices son algo confusas en la regulación de este tema por la estructuración de la Parte II del Capítulo IX y la redacción de algunos apartados⁷; en este mismo sentido, el término “compensación” en su literalidad puede llevar a equívoco, por cuanto lo cierto es que aquélla no se establece tanto como un derecho de resarcimiento por los perjuicios causados, valuable de forma autónoma e independiente, sino más bien como un mecanismo garantista de que tanto la reestructuración como los efectos económicos directos e indirectos de la misma se adecuan al PLC, tal y como se indica al final de esta sección. Por tanto, al referirnos al "derecho" de compensación lo hacemos en el sentido de “interés legítimo” en exigir aquélla a la otra parte implicada en la operación y no como derecho subjetivo y autónomo de naturaleza indemnizatoria.⁸ Lo anterior no quita sustantividad propia al mismo, por cuanto este derecho fija los criterios de adecuación al PLC de los efectos económicos indirectos derivados de la reestructuración, siendo la peculiaridad que sólo cuando éstos no se respetan, aquél es exigible.

Sin perjuicio de lo anterior, del texto de las Directrices sí se pueden extraer los tres ejes alrededor de los cuáles gira el potencial derecho de compensación y su cuantificación, que son:

a) El principio de no compensación automática

Las Directrices no reconocen la existencia de un derecho genérico de la entidad afectada por la reestructuración a ser compensada en todo caso, ni entienden que entre entidades independientes exista dicho derecho por el mero hecho de que a resultas de una reestructuración, una empresa vea

⁷ En efecto, esta Parte II de las Directrices es algo anárquica y dispersa tanto en su distribución interna como en su contenido en general, al incluir los factores de análisis para la determinación de la adecuación de la reestructuración al PLC (sección B, apartados 9.50 a 9.64), los apartados que tratan el análisis de la transferencia de activos y actividades y su conformidad al mismo principio (sección D, apartados 9.74 a 9.99), los relativos a la posible indemnización por resolución o modificación sustancial de las relaciones comerciales y contractuales (sección E, apartados 9.100 a 9.122), y, finalmente, los apartados que regulan el derecho de compensación en general (distribuidos entre la sección A introductoria, apartados 9.48 y 9.49, la sección C, apartados 9.65 a 9.72).

⁸ Trasladándolo al ámbito relacional entre contribuyentes y administraciones públicas, siguiendo a FALCÓN Y TELLA “ *Con esta expresión, consagrada en el art. 24.1 CE, se alude a la situación de la persona que, sin ser titular de un derecho subjetivo en el sentido clásico de la expresión, o bien ha sido dañada por una actuación administrativa contraria al ordenamiento –una liquidación tributaria no ajustada a Derecho, por ejemplo-, o bien puede obtener algún beneficio particular de la eliminación de la actuación.*” FALCÓN Y TELLA, R.: “*Derecho Financiero y Tributario (Parte General)*”. UCM, 4ª edición, 2015, p. 44.

reducida su rentabilidad potencial. En este sentido, recordamos que el término "*profit potential*" incluye principalmente beneficios futuros esperados pero también potenciales pérdidas y que aquél no se debe interpretar simplemente como el resultado positivo o negativo que en todo caso se habría obtenido de haberse mantenido la situación preexistente a la reestructuración. Cabe destacar igualmente que para fijar la rentabilidad potencial a efectos de la posible compensación, el apartado 9.67 de las Directrices da especial relevancia a los activos existentes en la entidad afectada (reestructurada) en el momento previo a la reestructuración, anticipando ya en parte la vinculación de la compensación a los activos y/o actividades que se transfieren.⁹

b) La vinculación de la compensación con la transferencia de activos, actividades y con la resolución o modificación sustancial de las relaciones comerciales y contractuales entre las partes.

La exigencia de compensación está directamente relacionada con el tratamiento que se haya dado a la transferencia de activos y/o actividades en virtud de la reestructuración y a la resolución o modificación sustancial de las relaciones comerciales y contractuales preexistentes entre las partes, en el sentido de que, tras analizar ambos aspectos desde la perspectiva del PLC, se concluya sobre si aquél (el tratamiento) es conforme o no a éste (al PLC). Si la respuesta es afirmativa, no cabe plantear, en lo que aquí respecta, el derecho a compensación por parte de la entidad reestructurada.¹⁰ Por el contrario, si la respuesta es negativa, sí cabría plantear la exigencia de compensación.

Dicho esto, la propia cuantificación o valoración de la compensación está igualmente ligada a la de los activos y/o actividades que en su caso se hayan

⁹ Por el contrario, desde el punto de vista de la entidad receptora o beneficiada por la reestructuración, veíamos en el capítulo II cómo para valorar la rentabilidad potencial que aquélla esperaba percibir por las funciones y riesgos asumidos *ex novo*, el apartado 9.39 de las Directrices, en relación con el 1.45 del mismo texto, hace mayor hincapié en la significación económica de los riesgos (y funciones) que se transfieren de una entidad (la reestructurada) a favor de otra (la receptora o beneficiada).

¹⁰ A la espera tan solo de la conclusión obtenida sobre la adecuación o no al PLC de la reestructuración en si misma (tercer eje).

transferido y a la indemnización¹¹ por resolución o modificación sustancial de las relaciones comerciales y contractuales que, igualmente llegado el caso, se haya fijado. En efecto, dado que el derecho a compensación se ha establecido como un mecanismo garantista de que ambos aspectos se han resuelto conforme al PLC, si se concluye que no ha sido así, esto es, que el valor-precio fijado no es acorde al mismo, el importe de la compensación se calcularía por la diferencia entre la valoración que, conforme al PLC, se tendría que haber establecido por los activos transferidos o indemnización devengada, y los importes que realmente se acordaron (si es que se acordaron).

c) La adecuación al PLC de la reestructuración en sí misma.

Es el tercer eje alrededor del cual gira el derecho a compensación y el que apunta directamente a la reestructuración en sí misma, a la comprensión de ésta a través del análisis de los tres factores a que se hacía referencia en el capítulo anterior de este trabajo, de modo que se concluya positivamente sobre su justificación y adecuación al PLC.

A este respecto, si no son claras las razones de negocio que subyacen tras la reestructuración, o la reasignación de funciones y riesgos no es racional, o se podrían plantear otras opciones más favorables y viables, en definitiva, si al margen de la compensación por las transferencia de activos o actividades se concluye que es la reestructuración en sí misma lo que no es razonable ni comprensible al albur del PLC, la exigencia de un derecho a compensación es planteable por parte de la entidad afectada por la resolución o modificación sustancial de las relaciones comerciales/contractuales, centrado principalmente en la potencial rentabilidad que ésta puede perder a resultas de la reestructuración. En efecto, en este caso, el eje de la compensación no gira, ni en su definición ni

¹¹ Ya anticipamos que aunque las Directrices utilizan el término "*indemnification*", lo cierto es que salvo en el caso de que la reestructuración en sí misma no se adecue al PLC o no lo sea la resolución o modificación sustancial de las relaciones contractuales y se considere la exigibilidad de indemnizar a la entidad reestructurada por la potencial rentabilidad futura que pierde, en el resto de supuestos estamos más ante un reembolso de gastos o costes y en el pago del contravalor de los activos transmitidos, como veremos al tratar este tema en el apartado tres de este capítulo.

en su cuantificación, en los activos transferidos, que se han podido identificar y además conforme al PLC, sino en la potencial rentabilidad que la entidad reestructurada puede perder. En este sentido, se entiende que una entidad independiente, por mucho que obtuviese un valor de mercado por los bienes transmitidos e incluso una indemnización por los gastos de reestructuración soportados, no aceptaría, por ejemplo, modificar sustancialmente las condiciones de una operativa comercial de distribución con otra entidad fabricante sin, al menos, recibir una compensación por la rentabilidad futura a que renuncia, sobre todo si hubiese otras alternativas mejores o la operación no fuese comercialmente lógica. Aquí es donde, a nuestro entender, la "compensación" tiene más de "*indemnification*", según la terminología utilizada por las Directrices, por cuanto busca resarcir a la entidad afectada de los perjuicios económicos que en términos de pérdida de rentabilidad futura le va a suponer el aceptar una reestructuración no suficientemente justificada desde el punto de vista de la lógica comercial y económica.¹²

Ahora bien, si la reestructuración es comercialmente lógica y racional¹³, no se plantean alternativas más coherentes o que consideren mejor la perspectiva individual de la empresa afectada logrando similares objetivos y, además, resulta que el valor-precios fijado a los activos transferidos es adecuado (por tanto, acorde al PLC), en ese caso, nada habrá que objetar por parte de la entidad vinculada afectada. En este punto es en el que claramente se aprecia la diferencia entre entidad dependiente e independiente y la mayor o menor contraposición de intereses divergentes, dado que la entidad independiente podría igualmente en ese caso plantearse el exigir una indemnización o compensación, mientras que la dependiente no, pues ahí entraría el interés y decisión del "Grupo" que debe ser respetado mientras éste respete el PLC en la reestructuración.¹⁴

¹² Lo que no niega la naturaleza esencialmente garantista de este derecho genérico de compensación que, mantenemos, no puede entenderse como un derecho subjetivo y autónomo de naturaleza indemnizatoria sino como la defensa de un interés legítimo.

¹³ Cualidad que se debe extender también a la resolución o modificación sustancial de las relaciones contractuales, tal y como se comentará en el apartado tres.

¹⁴ Y es que como ya se ha indicado en repetidas ocasiones a lo largo de este trabajo, en el seno de los grupos multinacionales se identifican operaciones y se toman decisiones que son inherentes a este

Estos ejes se resumen en la dicción de los apartados 9.65 y 9.68 de las Directrices, que se transcriben a continuación:

Ap. 9.65

"An independent enterprise does not necessarily receive compensation when a change in its business arrangements results in a reduction in its profits potential or expected future profits. The arm's length principle does not require compensation for a mere decrease in the expectation of an entity's future profits. When applying the arm's length principle to business restructurings, the question is whether there is a transfer of something of value (rights or other assets) or a termination or substantial renegotiation of existing arrangements and that transfer, termination or substantial renegotiation would be compensated between independent parties in comparable circumstances."

Ap. 9.68

"In order to determine whether at arm's length the restructuring itself would give rise to a form of compensation, it is essential to understand the restructuring, including the changes that have taken place, how they have affected the functional analysis of the parties, what the business reasons for and the anticipated benefits from the restructuring were, and what options would have been realistically available to the parties, as discussed in Section B."

Por tanto, partiendo del principio de no exigibilidad de compensación en todo caso, el derecho a ésta dependerá de cómo se concluya sobre (i) si los activos y actividades transferidos, en su caso, en virtud de la reestructuración, lo han sido a un valor-precio conforme al PLC¹⁵, (ii) si en el mismo sentido se entiende que también lo ha sido el tratamiento dado a la resolución o modificación sustancial de las relaciones comerciales y contractuales entre las partes, así como la

tipo de organizaciones, por lo que difícilmente se hallan en entidades independientes, siendo por ello igualmente válidas si se adecúan al PLC.

¹⁵ Conformidad que, como se comentará a continuación, en el caso de transferencia de activos y actividades se circunscribe principalmente al elemento de su valoración a efectos de la transmisión.

compensación que, en su caso, se haya fijado, y (iii) si la reestructuración en sí misma es conforme al PLC.¹⁶

Desde el punto de vista cuantitativo, la compensación equivale a la diferencia entre el precio de transferencia fijado por los activos y actividades transferidos, más el de la compensación indemnizatoria por resolución/modificación sustancial de las relaciones comerciales/contractuales, y el que se debería haber acordado por tales conceptos conforme al PLC.¹⁷

De este modo, si, por ejemplo, los bienes que se han transferido a resultas de la reestructuración se han valorado a un precio de transferencia adecuado, se ha fijado una compensación por reembolso de costes de reconversión en favor de la entidad reestructurada, conforme al PLC, y además se concluye que la reestructuración en sí misma es razonable y lógica, resultando una reasignación de funciones y riesgos adecuada, en este caso, la entidad reestructurada no debería plantear la exigencia de una compensación adicional ni la agencia tributaria del país afectado entender que existe una renta o beneficio no declarado susceptible de tributar en dicho país.

El apartado 9.49 de las Directrices recoge de forma resumida la conclusión anterior, según cita textual que se transcribe a continuación.

Ap. 9.49

"Under Article 9 of the OECD Model Tax Convention, where the conditions made or imposed in a transfer of functions, assets and/or risks, and/or in the termination or renegotiation of a contractual relationship between two associated enterprises located in two different countries differ from those that would be made or imposed between independent enterprises, then any profits which would, but for those conditions, have accrued to one of the enterprises, but, by reason of those

¹⁶ Según lo ya comentado en el capítulo III de este trabajo, al que nos remitimos.

¹⁷ Dicho de otro modo, si se da el caso de que no se haya fijado valor alguno a la transferencia de activos ni tampoco indemnización alguna por resarcimiento de gastos o por pérdida de potencial rentabilidad, en ese caso la compensación equivale al valor total de los indicados activos y de la indemnización que se calcule conforme al PLC, es decir, conforme a la normativa sobre Precios de Transferencia.

conditions, have not so accrued, may be included in the profits of that enterprise and taxed accordingly."

Dado que como decimos el derecho a compensación está ligado a la conformidad al PLC del tratamiento dado tanto a la transferencia de activos y/o actividades como a los efectos de la resolución/modificación sustancial de las relaciones comerciales/contractuales, a continuación se van a desarrollar ambos temas en 3 apartados independientes.

2.- TRANSFERENCIA DE ACTIVOS TANGIBLES Y ACTIVIDADES

2.1.- Transferencia de activos tangibles

No es objeto de este trabajo el ahondar en las diversas metodologías de valoración de activos tangibles, máxime cuando en la mayoría de casos es la propia normativa contable-financiera, a la que se remite o en la que se basa habitualmente la fiscal, la que establece claramente las pautas a seguir¹⁸. Así parece haberlo entendido también la OCDE al no ahondar demasiado en esta cuestión, a la que le dedica cuatro escasos apartados¹⁹, si bien (i) identifica la problemática habitual que se puede dar en estos períodos transitorios que son inherentes a todo proceso de reestructuración²⁰, refiriéndose en su apartado 9.77 básicamente a la transferencia de inventarios y materias primas (a la que personalmente añadiría el de la maquinaria²¹) y (ii) matiza que, en cualquier caso, para su adecuación al PLC, la fijación del precio o valor del activo deberá realizarse considerando el pertinente análisis de comparabilidad (en especial el funcional) y los métodos de valoración en esta materia.

¹⁸ Aun así, para determinados activos el valor neto contable o histórico no debe tenerse como válido sin más, sobre todo en el caso de los de naturaleza inmobiliaria, en los que es recomendable la tasación o valoración por un perito o sociedad de tasación inmobiliaria.

¹⁹ Apartados. 9.75 a 9.79 de las Directrices.

²⁰ Nos referimos a la propia fase de reestructuración, es decir, entre la situación pre-reestructuración y la nueva situación post-reestructuración, en la que la empresa afectada se halla en una situación transitoria de cambio o conversión, durante la cual se suelen dar las transferencias de activos entre las partes implicadas.

²¹ Se debe aclarar que del texto de las Directrices se desprende que cuando éstas hacen referencia a "inventarios" están pensando más en existencias o mercaderías, de ahí la necesidad de añadir la maquinaria.

La combinación de estos dos aspectos, el del valor contabilizado de los activos que se transfieren²² y el del análisis más puramente de Precios de Transferencia (que considera sobre todo las circunstancias de la operación, valores comparables y metodología propia de valoración), resuelve en la mayoría de los casos la incertidumbre sobre cuál debe ser el valor de los activos que se transfieren en las operaciones de reestructuración.

Veamos algunos ejemplos de las problemáticas más habituales.

Supuesto práctico VIII: transferencia de mercaderías (inventarios)

Se trata de uno de los supuestos más comunes y, ciertamente, polémicos, entre la empresa afectada por la reestructuración, que buscará un precio cercano al de venta a cliente, y el grupo al que pertenece, que suele defender un precio próximo al valor neto contable como existencia. El punto de partida debe ser siempre este último, pero a partir de ahí entra el análisis en materia de Precios de Transferencia, en especial el de las circunstancias de la operación, para acabar de delimitar el precio y, sobre todo, fijar su techo, que no es otro que el precio de mercado (venta al cliente). A partir de ahí, las combinaciones pueden ser tantas como situaciones haya.

Ejemplo a.1

Si la reestructuración supone la conversión de un distribuidor pleno en un mero comisionista, habiendo adquirido las mercancías a un tercero independiente, el precio de transferencia podría ser el precio medio de venta a cliente, conforme tarifas oficiales, descontando un margen de reventa por la función de distribución, que no ha realizado, y la comercial, que se le retribuirá a partir de hora con base a una comisión. Lo anterior supondría la aplicación del método de Precio de Reventa o Resale Minus. Sin embargo, si las mercancías fueron adquiridas al fabricante del propio grupo (con base a una política de precios basada en costes de producción más un margen), cabría la posibilidad de plantear un precio de transferencia equivalente al valor neto contable de las mercancías, que equivaldría al de adquisición, si a resultas de la reestructuración la entidad receptora de las mercancías va a ser la misma fabricante del grupo.

Ejemplo a.2

Si la reestructuración supone la conversión de una fabricante plena en una empresa meramente comercial, al haberse trasladado el centro de producción a otro territorio (caso típico de deslocalización de centros de producción), lo habitual es que (i) los inventarios se transferían a la entidad que a partir de ahora vaya a realizar la función de distribución (que puede ser o no la nueva fabricante) o (ii) durante la fase transitoria la entidad afectada realice todavía la función de distribución hasta acabar el inventario actual que mantendrá en consignación (la titularidad jurídica del

²² Valor que, conforme a normativa contable, será el de adquisición (si se ha comprado a tercero) o el de fabricación (si lo ha producido o transformado el propio contribuyente).

inventario sí se habrá transferido a la otra entidad). En el primer caso, el precio de transferencia debería ser el de venta a cliente descontando el margen de reventa por la función de distribución que no va a realizar (nuevamente, el método de Precio de Reventa). Dicho esto, es habitual en estos casos el que se plantee la aplicación de un margen sobre costes de fabricación sin más (método del Coste Incrementado). A este respecto, en nuestra opinión es posible la aplicación de dicho método pero, tal y como indica el apartado 9.78 de las Directrices, debe respetarse como límite el valor de mercado de los bienes.

En el segundo caso, aun cuando la titularidad jurídica de los productos se transfiera, cabría entender que el precio de transferencia debería basarse en el precio de venta a cliente sin más (método del Precio Libre Comparable) o descontando un mínimo margen, por cuanto funcionalmente la entidad afectada prácticamente habría realizado las mismas funciones que las habitualmente realizadas antes de la reestructuración.

En ambos ejemplos, no se debe olvidar la posible obsolescencia de inventarios, esté la misma contabilizada o no, por cuanto ésta puede dar lugar a un precio de transferencia mucho menor al que resultaría de los métodos indicados, e incluso inferior al valor neto contable, si el deterioro no se hubiese contabilizado debidamente.²³

Supuesto práctico IX: transferencia de materias primas

Se trata de un supuesto menos problemático que el anterior, por cuanto conceptualmente el destino de las materias primas no es su reventa o comercialización, sino su incorporación al proceso productivo. Por este motivo, lo habitual en estos casos es que el precio de transferencia se fije considerando su precio de adquisición, utilizando para ello su valor contable como referencia. A partir de ahí, la polémica que más se suele plantear es con relación a aquellas materias primas que por estar indexadas directa o indirectamente a una cotización o mercado oficial, han sufrido oscilaciones de precio importantes entre el momento de adquisición por parte de la entidad afectada y el momento en que, a raíz de la reestructuración, deben transferirse a otra empresa del grupo. La cuestión es si se debe tener o no en cuenta dicha oscilación de precio, que puede ir a favor o en contra de la entidad afectada. La respuesta dependerá de las circunstancias de la operación y de dilucidar qué harían partes independientes en situación similar. A modo de ejemplo, si se trata de materias primas para las que habitualmente la entidad afectada, antes de cerrar un acuerdo de venta con clientes, se cubre de este riesgo de oscilación del precio de la materia prima del producto con algún tipo de cobertura financiera, cabría plantear que el grupo asumiera total o parcialmente la diferencia de precio ahora producida, por cuanto al desconocer previamente la decisión del grupo de proceder con la reestructuración, no pudo cubrir debidamente aquél riesgo. También puede darse el caso de que en la práctica habitual del sector exista el acuerdo tácito de que de producirse oscilaciones importantes en el precio de la materia prima entre el momento de cerrar un acuerdo de venta y el momento de perfeccionarse la misma con la entrega del producto, comprador y vendedor ajusten el precio con base, por ejemplo, el precio medio de la materia primera durante el lapso de tiempo transcurrido, práctica que también sería trasladable al caso que nos ocupa.²⁴

²³ En ese caso, lo aconsejable es un informe de valoración por experto independiente que fije, al menos, el valor neto contable de las existencias y el importe del deterioro.

²⁴ Como ya indicamos en la nota 17 del capítulo II, recientemente la OCDE/G20 ha emitido un primer borrador de informe sobre transacciones internacionales con *commodities* en el que por

Supuesto práctico X: transferencia de activos no corrientes, en especial maquinaria fabril

Nos referimos principalmente a aquellos activos contabilizados tradicionalmente como inmovilizado material. Los mismos plantean escasa problemática, por cuanto se suele utilizar y aceptar como válido el valor neto contable de los mismos, que equivaldría, salvo excepciones, a un precio de mercado descontado el deterioro por uso (“mercado de segunda mano”). Dicho esto, la problemática suele surgir con la maquinaria fabril que bien por ser “a medida” considerando unas condiciones de fabricación o producto muy concretos, bien por el menoscabo que puede suponer el desmantelamiento y traslado de la misma, hace difícil el poder fijar un precio de transferencia atendiendo a valor de mercado, al no hallarse comparables o al perder la maquinaria todo su valor fuera de su ubicación actual. En estos casos, entendemos que igualmente se debe respetar el mismo criterio de considerar un precio de mercado actualizado con base al valor neto contable del activo; y ello por cuanto, conforme a la propia normativa en materia de Precios de Transferencia, la entidad afectada por la reestructuración no debe asumir el coste o pérdida extraordinaria que, en este sentido, le puede ocasionar la reestructuración.²⁵

2.2.- Transferencia de actividades

Las Directrices se refieren a esta cuestión diferenciando dos sub secciones; una primera que incluye una serie de apartados más generales (números 9.93 a 9.95) y una segunda centrada sólo en el supuesto de transmisión de actividades deficitarias o “*loss-making activities*” (apartados 9.96 a 9.98).

Respecto a la primera, dos son los aspectos generales a destacar:

1º) Concepto de “actividades” y contenido

La asimilación del término “*activity*” a la expresión que la sigue de “*ongoing concern*” no es baladí, pues no cualquier actividad que se transfiera entra en la definición de este apartado, sólo aquellas que estén en

primera vez admite abiertamente la utilización de los denominados “*quoted prices*”, esto es, precios medios obtenidos con base en operaciones realizadas en un mercado concreto en un período determinado, así como de informes o estadísticas que reflejan la oferta y la demanda en un periodo concreto y elaborados por organismos o agencias reconocidas y transparentes, asimilando dicha metodología a una variante del método del Precio Libre Comparable. *OECD BEPS ACTION 10: Discussion Draft on the Transfer Pricing Aspects of the Cross-Border Commodity Transactions.*

²⁵ De hecho, si por un criterio de prudencia contable se fija un precio de transferencia inferior al valor neto contable, acorde con su valor de mercado, registrándose la conveniente partida de “pérdidas por enajenación de inmovilizado material”, surgiría a favor de la entidad afectada por la reestructuración un derecho a resarcirse del coste adicional causado por la reestructuración, conforme se ha indicado ya en el apartado anterior de este capítulo.

funcionamiento.²⁶ El apartado 9.93 de las Directrices utiliza como ejemplo la frase “*functioning, economically integrated business unit*”, dando a entender que la actividad transferida no sólo debe estar en funcionamiento, sino que además debe hacerlo de forma autónoma²⁷, lo que nos lleva al contenido, a preguntarse qué se transfiere con la “actividad”. A este respecto, dicho apartado es claro al mencionar que la transferencia de la actividad debe suponer la de todos sus elementos, tangibles e intangibles, funciones y riesgos inherentes/afectos a la actividad objeto de la operación, de modo que una vez transferidos éstos, aquélla puede seguir “funcionando”. A modo de ejemplo, se hace mención a los activos tangibles e intangibles de cualquier clase, junto con las cargas o responsabilidades afectas a los mismos, que sean necesarios para desarrollar las funciones propias de la actividad.

Por tanto, la conclusión es que el término “*activity*” engloba la transmisión de cualquier actividad que esté en funcionamiento e incluye todos activos tangibles e intangibles, funciones y riesgos inherentes a aquélla y que le permiten funcionar de forma autónoma.

2º) Relevancia del aspecto valorativo

Al redactarse estos apartados, el CFA quiso enfatizar, de una parte, la importancia de la valoración económica de lo transferido en estos casos, que va más allá del valor individual de los elementos transmitidos, y, de otra, el mayor peso que adquieren aquí los comparables independientes, no sólo a efectos comparativos (pues en este aspecto siempre es así en esta materia, sea el supuesto que sea) sino especialmente en lo que a metodología de

²⁶ El nombre “*on-going concern or going concern*” se utiliza en inglés para referirse a una operación de venta de una empresa o unidad de negocio en funcionamiento, como distinción de aquellos casos en los que la operación se realiza cuando la empresa o unidad ya ha cesado su actividad. En concreto, conforme al *Cambridge Dictionaries on line/Business English*, el término “*business unit*” se define como “*if a company is sold as a going concern, it is sold when is operating normally: They will get a better price if they sell the restaurant as a going concern rather than closing it down*”.

²⁷ Conforme al *Cambridge Dictionaries on line/Business English*, este término se define como “*a part of a company that operates as a separate part of the whole business: Some departments were splits in half to produce smaller business unit*”.

valoración se refiere. En efecto, el elemento valorativo es omnipresente en estos apartados de las Directrices, hasta el punto que el título de la subsección es “*Valuing a transfer of activity*”. En este sentido la frase clave es la que incluye el apartado 9.93 de las Directrices al indicar que, cito textualmente por su claridad, “*The valuation of a transfer of an ongoing concern should reflect all the valuable elements that would be remunerated between independent parties in comparable circumstances*”. Esta frase, junto a la afirmación de que dicha valoración debe ir más allá de la suma agregada de los valores individuales de los elementos transmitidos, deja manifiestamente abierta la puerta a la inclusión de aquellos intangibles no claramente identificados pero de gran valor, que son los que además originan más polémica en las operaciones de reestructuración pues muchas veces no se incluyen en los cálculos valorativos (cuando en operaciones independientes precisamente ocurre todo lo contrario); nos estamos refiriendo al fondo de comercio, reputación, know-how, experiencias comerciales, etc. intangibles todos ellos que son los que en operaciones entre independientes elevan siempre el valor de la unidad transferida más allá del valor individual de los elementos registrados o contabilizados o de los fondos propios si se trata de la transmisión de una empresa.²⁸

Finalmente, se debe indicar que, como decíamos, el propio apartado 9.94 reconoce que los métodos de valoración utilizados en operaciones de compra entre independientes son de gran utilidad para valorar la transferencia de actividades entre partes vinculadas en operaciones de reestructuración, precisamente por el hecho de que siempre tienden a incluir esos elementos intangibles de gran valor a que hacíamos referencia.²⁹

²⁸ De hecho, en el borrador el título de esta subsección era “*Taking account of the goodwill*” y el apartado 9.93 incluía una mención especial a este intangible a modo de ejemplo. Sin embargo, en el Informe finalmente se optó, acertadamente en mi opinión, por la redacción actual que es más abierta al referirse a la valoración en general en el título y a la inclusión de “todos” los elementos a efectos de valoración.

²⁹ En este sentido, para el caso de transmitirse toda una empresa, aquí la valoración típica a efectos contables basada en el Valor Teórico Contable debe considerarse sólo un punto de referencia o de salida a efectos de valoración, siendo recomendable seguir los estándares internacionales de valoración que fijan organismos como el ISVC (*International Standards Valuation Council*). En este sentido, tal y como indica la Audiencia Nacional, en su Sentencia de 4 de febrero de 2010 (caso Telefónica), “... la Sala tampoco comparte como precio de mercado el fijado por la recurrente atendiendo al –valor teórico contable–, como reflejo de su valor patrimonial y, por ende, como valor

Con relación a la segunda sub sección, la transferencia de actividades deficitarias o “*loss making activities*” plantea aspectos diferenciales que no se hallan en el resto de casos, razón por la que se le da un tratamiento o mención específico en las Directrices. En efecto, el punto de partida es la aseveración que se hace en el apartado 9.96 en el sentido de dejar claro que no siempre la pérdida o transferencia de funciones y riesgos de una entidad a otra supone, a su vez, para la entidad afectada la pérdida de una rentabilidad o beneficio futuros, sino que puede ser lo contrario; es decir, se afirma abiertamente que se dan casos en que la transferencia de la actividad es beneficiosa para la entidad reestructurada.

Supuesto práctico XI: transferencia de actividades deficitarias

Pongamos por ejemplo el caso de una actividad que realiza una filial de un grupo multinacional, que reporta pérdidas y que a futuro se espera se mantenga la situación por razones de mercado. La transferencia de dicha actividad a otra empresa del Grupo como consecuencia de una reestructuración supondría para la filial un beneficio siempre y cuando los costes de la reestructuración fuesen inferiores a la expectativa de pérdidas futuras.

A partir de lo anterior, el apartado 9.97 de las Directrices plantea abiertamente la doble pregunta de (i) por qué una entidad adquiriría de otra una actividad que es deficitaria y (ii) si la entidad cedente debería compensar a la adquirente³⁰, preguntas ambas que son válidas igualmente en operaciones entre independientes.

La respuesta a la primera cuestión hay que buscarla en la realidad empresarial de las múltiples operaciones que se dan. En efecto, en ocasiones una empresa adquiere otra o una división u actividad concreta de otra por su interés en determinados activos, por acceder a un conocimiento comercial o industrial, por incorporar una gama de productos que necesita o simplemente por considerar que disponen de los medios y tecnología para reconvertir la actividad deficitaria y llevarla a resultados

económicamente más fiel de las acciones de TSCR, al resultar de la división del patrimonio de la empresa a la fecha de la operación, por el número de participaciones en su capital, pues se trata de un parámetro que, si bien mide los recursos propios de la empresa, al tratarse de un método de cálculo sencillo y simple, pues se limita a manejar la información del alcance de situación, sin embargo, carece de una consideración del valor de mercado de los activos y pasivos de la empresa, que no hace fiable el resultado como precio de mercado;”. SAN 172/2007, de 4 de febrero de 2010. Id Cendoj: 28079230022010100062.

³⁰ Véase que en este caso el devengo o no de la compensación no es a favor de la entidad cedente afectada por la reestructuración, sino para la que adquiere la actividad deficitaria.

favorables; tratándose de operaciones en el seno de grupos multinacionales, es muy habitual este tipo de transferencia cuando se identifica otra empresa del grupo que bien por tecnología bien por economías de escala, tiene la capacidad de desarrollar la misma actividad de forma más eficiente y no deficitaria.

Respecto a la segunda pregunta, la solución, basada también en la realidad empresarial, es de nuevo puramente financiera, esto es, una empresa pagaría a otra por la cesión de una actividad deficitaria cuando le resultase menos costoso que mantener la actividad o proceder a su cese (piénsese, en este último caso, en los costes laborales y financieros ligados al cese).

Finalmente, el apartado 9.98 de las Directrices trae a colación un tema que se debe tener en cuenta al interpretar y aplicar los cinco apartados que le preceden; nos estamos refiriendo al hecho de que aun siendo la actividad deficitaria para la entidad individualmente considerada, suponga un beneficio para el grupo (por tema de catálogo de productos, por imagen de marca, etc.) razón por la que éste mantiene aquélla. En estos casos, no sólo se insiste en la necesidad de fijar una política de Precios de Transferencia adecuada en caso de mantenerse la actividad, de modo que la entidad se vea compensada o resarcida de algún modo por parte del Grupo o empresas beneficiadas, por la obligación de mantener una actividad deficitaria, sino que en concreto y respecto a las operaciones de reestructuración, claramente se pone en duda que en estas situaciones, de transferirse la actividad la entidad cedente deba asumir el pago de compensación alguna a favor de la entidad adquirente (conclusión ésta a todas luces lógica y razonable desde un punto de vista comercial o de negocio).

3.- TRANSFERENCIA DE ACTIVOS INTANGIBLES

La sección D de la parte II del Capítulo IX de las Directrices regula la transferencia de intangibles en los procesos de reestructuración empresarial, que es, si cabe, uno de los aspectos más complejos y polémicos. En efecto, la complejidad se plantea *ab initio* por (i) la propia dificultad en definir e identificar qué es “intangible” al albur de la normativa de Precios de Transferencia, por cuanto conceptualmente va más

allá de la pura definición contable del término³¹, y (ii) por cómo “valorar” (cuantificar) el intangible una vez identificado el mismo, de modo que el precio fijado por su transmisión en virtud de la operación de reestructuración pueda considerarse adecuado al PLC. Respecto a la “polémica”, ésta se ha ido originando a raíz de (i) la proliferación de operaciones de reestructuración empresarial en el seno de grupos multinacionales provocadas por la propia crisis económica, en las que las administraciones tributarias han visto cómo se han transferido intangibles de todo tipo de una jurisdicción a otra, las más de las veces sin contraprestación alguna para el transmitente y (ii) la coexistencia en el tiempo de estas operaciones con otras de pura planificación fiscal que han sido calificadas como de “agresiva” y que han dado lugar a una confusión al poner a un mismo nivel ambos tipos de operativas, sin que sea posible llevar a cabo una disección jurídica precisa entre unas y otras por cuanto, en última instancia, la expresión “planificación fiscal agresiva”, que tan notable predicamento ha adquirido en los últimos años en el ámbito de la fiscalidad internacional, carece por completo de un significado técnico jurídico.³²

Lo cierto es que esta sección del Capítulo IX no profundiza en exceso en esta materia, haciendo remisión continua al Capítulo VI de las Directrices sobre intangibles, actualmente en sustitución por uno nuevo en el marco del Plan BEPS³³, y limitándose a establecer los aspectos clave a efectos de análisis, tanto en general (apartados 9.80 y 9.81) como en especial para algunos supuestos concretos (apartados 9.82 a 9.92).

Veamos cada uno de los puntos indicados.

³¹ La NIC 38 sobre activos intangibles define a este tipo de activos como “*activos identificables, de carácter no monetario y sin apariencia física*”. Normas Internacionales de Contabilidad, aprobadas por Reglamento CE nº 1606/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de julio de 2002 (DO L243, de 11-9-02); NIC 38 publicada en DO L320/252, de 29-22-08.

³² Nos referimos nuevamente a las ya indicadas operaciones de planificación fiscal agresiva calificadas como BEPS y contra las que la OCDE puso en marcha el ya mencionado *OECD Beps Action Plan*.

³³ Mucho más extenso y completo que la versión vigente de las Directrices 2010 y en gran parte influenciado por los criterios de análisis y valoración propios del Capítulo IX. *OECD Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles, Action8:2014 deliverable*.

3.1.- Identificación y definición de intangible

El apartado 9.80 de las Directrices no define qué es un intangible, tan solo se limita a reconocer las dificultades de identificación que se producen, sobre todo, cuando aquél no está protegido legalmente o no consta registrado en los libros contables de la empresa³⁴ o, como indica ROSEMBUJ, se dan situaciones de coexistencia con transacciones de servicios pudiendo ser compleja y borrosa la distinción entre ambos conceptos.³⁵ Sin embargo, sí que establece una relación (no cerrada) de los mismos, en concreto se refiere a las tradicionales marcas, patentes, nombres comerciales, diseños o modelos industriales; nombra también como “posibles” a otros más complejos de identificar y definir, como son el *know-how*, los secretos industriales y el *software*, así como los más ligados a la vertiente comercial de la empresa, como son el fondo de comercio, los canales de ventas o distribución o determinados símbolos.³⁶

Sea como fuere, lo que no hace el indicado apartado es definir qué es un intangible y cómo identificarlo, razón por la que de nuevo es necesario acudir al Capítulo VI de las Directrices, en concreto a su sección B.1. Sin embargo, en dicha sección más que hallar una definición concreta, lo que se incluye es una concreción sobre la naturaleza de intangibles en los que se centran las Directrices o que éstas considerarían como tales, así como una clasificación o categorización de los mismos.³⁷

³⁴ Cuestión ésta que no es óbice para considerar la existencia de un intangible, como ya reconoce expresamente el apartado 6.7 y 6.8 del nuevo Capítulo VI, propuesto por la OCDE en su informe sobre intangibles dentro del marco del Plan BEPS. *OECD Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles, Action8:2014 deliverable*, p.29.

³⁵ ROSEMBUJ, T.: “*Minimización del impuesto y responsabilidad social corporativa*” 2009 Ed. El Fisco, p. 226.

³⁶ La sección A.4 del nuevo Capítulo VI incluye una lista no cerrada de diferentes ejemplos de intangibles con explicaciones adicionales sobre su definición y características principales de los mismos. *OECD Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles, Action8:2014 deliverable*, p. 32-37.

³⁷ De hecho, las Directrices huyen de la concreción de una definición, siendo un ejemplo claro lo que indica el apartado 6.5 del nuevo capítulo VI introducido por la OCDE en su informe sobre intangibles publicado en el marco del Plan BEPS. En concreto, en dicho apartado se reconoce que la utilización de definiciones demasiado escuetas puede llevar a no considerar la necesidad de una remuneración separada para determinados activos intangibles transferidos o cedidos en uso, cuando sí lo sería entre empresas independientes; y todo lo contrario, es decir, que la fijación de una definición demasiado amplia podría dar lugar a considerar la necesidad de remunerar de forma separada una operación en la que interviene un activo intangible, todo ello al albur de la normativa sobre Precios de Transferencia, cuando entre empresas independientes no sería el caso. *OECD Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles, Action8:2014 deliverable*, p. 28.

En efecto, el apartado 6.3 de las Directrices acota el ámbito de actuación en aquéllos intangibles de naturaleza mercantil, industrial o comercial, es decir, a intangibles ligados a la actividad económica de las empresas, que califica como *comercial intangibles*. Por su parte, el apartado 6.6 del nuevo Capítulo VI³⁸ va más allá e introduce no tanto una definición concreta sino más bien qué se consideraría “intangible” a los propósitos de su validación conforme a la normativa sobre Precios de Transferencia; en concreto se refiere a, cito textualmente, “*something which is not a physical asset or a financial asset, which is capable of being owned or controlled for use in commercial activities, and whose use or transfer would be compensated had it occurred in a transaction between independent parties in comparable circumstances*”.

De la anterior definición se extraen las siguientes conclusiones/condicionantes:

- *Ab initio* considera posible que todo aquello que no sea un activo tangible o financiero pueda ser susceptible de considerarse intangible. En este sentido, el uso de la expresión “*something*” no deja dudas a este respecto, si bien consideramos que es demasiado impreciso y amplio a su vez, pudiendo dar lugar a la inclusión, al menos inicialmente, de supuestos muy dudosos, como pueden ser las sinergias existentes en los grupos multinacionales o los equipos de trabajo, sin perjuicio de que posteriormente caigan fuera de la consideración de intangible por no cumplir alguno de los condicionantes restantes.³⁹

³⁸ Propuesto por la OCDE en su informe sobre intangibles dentro del marco del Plan BEPS: *OECD Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles, Action8:2014 deliverable*, p.28.

³⁹ El caso de las sinergias de grupo es paradigmático, por cuanto si bien podría hablarse de “intangible” en términos generales, lo cierto es que la imposibilidad de su concreción y especificación hace que no pueda haber propiedad o control sobre los mismos, con lo que no alcanzarían la condición de “intangible” a efectos de Precios de Transferencia. Así se reconoce, por otra parte, en el apartado 6.30 del nuevo Capítulo VI. *OECD Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles, Action8:2014 deliverable*, p. 37. Lo cierto es que como indica FREITAS DE MORAES, no existe una definición consensuada a nivel de la normativa de EEUU ni internacional, así como un consenso sobre su condición o no de intangible. Dicho autor, partiendo de un análisis etimológico del propio término que proviene de la unión de las expresiones griegas “*syn-ergon*” que, a su vez, significan “trabajar juntos”, define sinergias como el “potencial valor añadido que se consigue de la combinación de al menos dos negocios o empresas, o de la integración de varios activos (tanto tangibles como intangibles), en ambos casos cuando se utilizan conjuntamente”; la frase “*the whole is greater than the sum of its parts*” define, quizás de un modo más simple, qué son las sinergias. A partir de ahí, y con ocasión de la resolución técnica o *Technical Advice*

- Claramente se debe tratar de intangibles ligados a la actividad económica de las empresas (*commercial activities*).
- El intangible debe poder ser susceptible de titularidad por parte de la empresa o de control por ésta, al objeto de su uso en la actividad económica de que se trate; en otros términos, la empresa debe poder adquirir el intangible (titularidad jurídica) o tener el control de su posesión, en ambos casos con el objetivo de usar el mismo en la actividad económica que realice.
- La cesión de uso o la transferencia del intangible sería remunerada de ocurrir la operación entre empresas independientes; por tanto, liga la existencia del intangible a efectos de Precios de Transferencia a la consideración de que de darse la operación entre independientes, la cesión de uso o transferencia de aquél sería remunerada de forma separada. Del mismo modo, de lo anterior se extrae que el intangible debe ser susceptible de crear valor y/o generar rendimiento económico por sí mismo, por cuanto de no ser así, una empresa independiente no pagaría por su adquisición o uso.⁴⁰ Lo anterior no se debe interpretar en el sentido de que todo intangible debe dar lugar a una remuneración

Memorandum 200907024 del IRS americano, FREITAS DE MORAES repasa la discusión, no cerrada, sobre si las sinergias (i) son intangibles (ii) si de serlo, pueden entrar dentro de la categoría de activos asimilados a *goodwill or going concern* y (iii) si de serlo, deberían considerarse lo que califica como “*unique third type of quasi-asset*”. FREITAS DE MORAES E CASTRO, L.: “United States – Treatment of Business Synergy for Transfer Pricing Purposes: Critical Analysis of Sections 367(d), 482 and 936 of the Internal Revenue Code and Government Proposals” en *International Transfer Pricing Journal*, (Volume 19), No.2, March/April2012, pp.107-109.

⁴⁰ Lo anterior acerca la definición de intangible a su concepto y consideración contable como activo, conforme a la cual para que un intangible pueda considerarse un "activo" es necesario que sea susceptible de generar un beneficio o rendimiento económico a futuro. En este sentido, dentro de la primera parte del Plan General de Contabilidad (Marco Conceptual) y en concreto en su apartado 4.1 de definición de los elementos que forman las Cuentas Anuales, se considera que los activos “*Son aquellos bienes, derechos y otros recursos controlados económicamente por la empresa, resultantes de sucesos pasados, de los que se espera que la empresa obtenga beneficios o rendimientos económicos en el futuro.*” Por su parte, la definición 8ª de la NIC 38 establece que “*Un activo es un recurso a) controlado por la entidad como resultado de sucesos pasados, y (b) del que la entidad espera obtener, en un futuro, beneficios económicos*”. Plan General de Contabilidad aprobado por Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre (BOE 20-11-2007). Normas Internacionales de Contabilidad, aprobadas por Reglamento CE nº 1606/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de julio de 2002 (DO L243, de 11-9-02); NIC 38 publicada en DO L320/252, de 29-22-08.

separada del precio pactado por los productos o servicios adquiridos y ligados a aquél, ni mucho menos que, de haberla, en todos los casos los intangibles darán lugar a una remuneración elevada, pues dependerá de la tipología de activo y circunstancias de la operación.⁴¹

Por consiguiente, puede verse cómo si bien no se da una definición muy concreta o precisa sobre qué es un intangible, si se identifican claramente los condicionantes que deberían darse conjuntamente para afirmar la existencia de aquél conforme a la normativa en materia de Precios de Transferencia. En este sentido, si no se cumple alguno de los cuatro condicionantes, no se podría hablar de “intangible” a efectos de Precios de Transferencia.

A partir de ahí, aunando la actual redacción y la nueva propuesta del Capítulo VI, se diferencia entre cuatro categorías a efectos de su mención en el texto de las Directrices:⁴²

- Intangibles ligados a la actividad de promoción y puesta en valor de los productos y/o servicios que comercializan las empresas, con el objetivo de dar a conocer los mismos, ligando producto con consumidor.⁴³ A estos intangibles los denomina *marketing intangibles*, enumerando, entre otros, las marcas y nombres comerciales, las listas de clientes, los canales de distribución o las denominaciones, símbolos o grafismos únicos.⁴⁴

⁴¹ Ya lo recoge también en tal sentido el apartado 6.10 del nuevo Capítulo VI introducido por el informe de la OCDE sobre intangibles dentro del marco del Plan BEPS: *OECD Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles, Action 8:2014 deliverable*, p.30.

⁴² Clasificación que, conforme al espíritu ya seguido para la definición del término “intangible”, las Directrices consideran a los solos efectos de su utilización e identificación en los diversos apartados del texto y, por tanto, sin ánimo de entrar a realizar una clasificación oficial o específica en general ni en especial a efectos de Precios de Transferencia. En este sentido se pronuncia igualmente el apartado 6.15 del nuevo Capítulo VI. *OECD Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles, Action8:2014 deliverable*, p. 31.

⁴³ El artículo 6.16 del nuevo Capítulo VI identifica como aspecto clave y definitorio de este tipo de intangibles su importante o relevante “valor promocional” de los productos. *OECD Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles, Action8:2014 deliverable*, p.32.

⁴⁴ Este tipo de intangibles, en especial las marcas y nombres comerciales, han dado lugar a un elevado grado de conflictividad en algunas jurisdicciones como es el caso de India. Como indican CASLEY y TIMBADIA, las autoridades fiscales indias mantienen una posición férrea de oposición al pago por parte de filiales residentes de multinacionales extranjeras de royalties por cesión de uso de este tipo de intangibles, así como de limitación cuando no denegación de la deducibilidad de gastos de marketing y publicidad incurridos por éstas. Respecto a lo primero, las autoridades fiscales

indias argumentan que si la filial tiene ya determinado tamaño o suficiente presencia en el mercado local para desarrollar su propia reputación y marca personal, entonces es innecesaria la presencia de una segunda marca y, por tanto, pagar por ella; esta argumentación se hace más patente cuando, de hecho, la filial ya dispone de su propia marca. Un caso bastante polémico que ya recoge esta fundamentación es el de *Maruti Suzuki v. ACIT*, en la que las autoridades fiscales indias propusieron a la filial local de la japonesa Suzuki la firma de un contrato de *co-branding* entre ambas entidades de modo que Maruti Suzuki debía optar entre bien utilizar su propia marca, muy conocida en ese país, bien utilizar la de Suzuki, en cuyo caso la entidad japonesa, titular de dicha marca, debería pagar un *royalty* por cuanto se beneficiaba de la actividad de promoción realizada por Maruti Suzuki. La situación planteada era compleja, por cuanto lo cierto es que no sólo Suzuki no estaba pagando, ni pretendía pagar, *royalty* alguno a su filial, sino que la situación era la contraria y, además, parecía darse a entender que no podía coexistir el uso de las dos marcas al mismo tiempo, al menos a efectos fiscales. Los tribunales indios ratificaron la resolución administrativa de la agencia tributaria, confirmando la no deducibilidad del pago del *royalty* y la imputación de un beneficio a Suzuki por la promoción de su marca por parte de la filial, pero, al menos, sí aclararon que obviamente podían coexistir ambas marcas y que además el hecho de que se debiera imputar un beneficio a Suzuki por la actividad promocional de Maruti Suzuki, no significaba que esta última también resultase beneficiada por el uso de la marca global.

Con relación a lo segundo, la justificación de la no deducibilidad o limitación de los gastos de marketing y publicidad incurridos por la entidad local recae en la idea de que, especialmente en relaciones comerciales a largo plazo, dichos gastos más allá de promocionar el propio negocio y marca locales, lo hacen de la marca global del grupo, esto es, son en beneficio del titular final del intangible, por lo que, al menos, deben limitarse. Un caso muy ilustrativo de la evolución de este posicionamiento lo brinda *Adidas v. CITD*. En el mismo, inicialmente las autoridades fiscales indias defendieron la no deducibilidad de los gastos con base a la indicada argumentación. Sin embargo, pronto toparon con un elemento clave que habían obviado, esto es, la existencia de comparables independientes en sentido totalmente contrario al pretendido por ellos; y es que aun cuando la actividad de marketing y promocional de la licenciataria benefició también al licenciador, en la práctica empresarial eso no impide que se firmen contratos de licencia de uso de intangibles de marketing entre independientes, en los que además se suelen incluir cláusulas de compromiso de inversión mínima promocional por parte del licenciatario. De ahí que finalmente y en parte influenciado por otro caso, el de *DHL Corporation* en EEUU, este posicionamiento evolucionó hacia la “limitación” de esta tipología de gastos cuando se entendía que la actividad promocional no era exclusivamente en beneficio propio, sino también del licenciador. Este planteamiento requiere lo que en terminología anglosajona se conoce como *Bright Line Test*, consistente en analizar al albur de la normativa sobre Precios de Transferencia si el nivel de gasto en marketing de una empresa excede o no lo que en puridad aceptaría una empresa independiente, trazándose, si es necesario, una “línea” que establece el límite de gasto y, por ende, en “exceso”. A tal efecto, se pueden calcular ratios de gasto de marketing sobre total gastos o sobre ventas, pero tener también en cuenta el precio de transferencia fijado en otras operativas vinculadas existentes entre las mismas entidades así como la evolución del negocio y rentabilidad de la compañía analizada, por cuanto, como indica el apartado 6.38 de las Directrices, no siempre las empresas puedan alcanzar el retorno deseado que justifique determinado nivel de gasto. Volviendo al caso *Adidas v. CITD*, en vía judicial tanto en primera instancia como en apelación, confirmaron la posición del contribuyente, al entender los tribunales de justicia que tras analizar la evolución del negocio de la filial india, quedaba claro que si bien pagaba *royalties* por marca, los gastos de publicidad y marca eran totalmente deducibles por cuanto su destino primario y exclusivo en este caso, era aumentar las ventas y rentabilidad de dicha entidad. Más recientemente pero en este caso aplicándose el *Bright Line Test*, la sentencia de 3 de junio de 2013 del *Indian Income Tax Appellate Tribunal (ITAT)* en el caso *Ford India v. Deputy Commissioner of Income Tax*. CASLEY, A.J. y TIMBADIA, B.: “India – Marketing Intangibles: The Latest Controversy” en *International Transfer Pricing Journal*, (Volume 18), No.3, May/June 2011, pp. 165-167.

Commissioner of Income Tax Delhi v. Adidas India Marketing (P) Ltd. (I.T.A. Nos. 4133/Del/2002 and 256/Del/2008).

Maruti Suzuki India Ltd. v. ACIT [W.P.(C)6876/2008] y Maruti Suzuki India Ltd. V. ADIT [Civil Appeal No.8457 of 2010].

DHL Corporation, TCM 1998-461, aff'd in art, rev'd in part 285 F.3d 1285,89 AFTR2d 2002-1978 (CA-9, 2002).

Ford India v. Deputy Commissioner of Income Tax (I.T.A. No. 2089/Mds/2011)

- El resto de intangibles ligados a la actividad empresarial, que vienen a ser los vinculados a la actividad industrial, de producción o fabricación, que califica de *trade intangibles* (intangibles mercantiles), con el objetivo más bien de diferenciarlos de los anteriores. Se identifican, entre otros, las patentes, los diseños y los modelos que se utilizan para la producción de bienes o prestación de servicios, así como aquéllos que suponen en sí mismos un activo que bien se transfiere a sus clientes bien se utilizan en la actividad económica de la empresa (el típico caso serían las aplicaciones informáticas).⁴⁵
- Intangibles de naturaleza “mixta”, en el sentido que pueden participar de la naturaleza de cualquiera de las dos categorías anteriores. Sería el caso de la propiedad intelectual, el *know-how*⁴⁶ y los secretos mercantiles.
- Intangibles singulares y de valor (“*unique and valuable intangibles*”). Se trata de una categorización que introduce el apartado 6.17 del nuevo Capítulo VI y que se caracteriza por tratarse de intangibles muy específicos o únicos ligados a la actividad empresarial, que aportan un valor añadido importante en términos de rentabilidad para las empresas y que, por todo ello, difícilmente se pueden identificar o hallar en operaciones potencialmente comparables entre independientes. Este tipo de intangibles son muy habituales sobre todo en actividades fabriles, donde lo específico del proceso de fabricación hace difícil que ese mismo intangible pueda identificarse fuera del propio grupo empresarial que lo ha desarrollado.

La clave en cualquiera de los supuestos es la aseveración que realiza el apartado 6.6 de las Directrices, en el sentido de saber dilucidar cuándo realmente existe un

⁴⁵ Estos intangibles, a diferencia de los anteriores ligados a actividad promocional o de marketing, suponen la mayor de las veces una inversión importante en I+D para el desarrollo de los productos o prestación de los servicios.

⁴⁶ Que siguiendo el artículo 12 ap. 11 del MCDI, define como: “información no divulgada de carácter industrial, comercial o científico, nacida de experiencias previas, que tiene aplicaciones prácticas en la explotación de una empresa, y de cuya comunicación puede derivarse un beneficio económico”.

intangible a efectos de Precios de Transferencia, pues, como indica dicho apartado, no todo gasto en I+D genera un intangible mercantil ni toda actividad de publicidad y promoción debe llevar a la conclusión de que exista un intangible de marketing. En este mismo sentido, tal y como indica el nuevo apartado 1.90 del Capítulo I y los apartados 6.9 y 6.31 del nuevo Capítulo VI⁴⁷, tampoco hay que confundir las características especiales que puedan existir a nivel local en el mercado donde opere una compañía, como por ejemplo la mayor o menor presencia de empresas competidoras y que obviamente no son atribuibles a esta última, con la existencia de derechos contractuales, *know-how* u otros activos propiedad, desarrollados o controlados por aquélla y que sí son susceptibles de considerarse intangibles. Finalmente, el apartado 6.10 del nuevo Capítulo VI⁴⁸ establece igualmente que el proceso de identificación del intangible es independiente y distinto del proceso de fijación del precio de transferencia por la cesión o transferencia de aquél.

En definitiva y en lo que a operaciones de reestructuración empresarial se refiere, habrá que estar caso por caso, identificar los posibles intangibles que pueden ser objeto de transmisión o cesión de uso, siguiendo los condicionantes ya indicados, y valorar igualmente en qué medida la actividad desarrollada por la empresa afectada ha tenido un impacto directo en términos de creación de valor y/o de generación de rendimientos económicos, de modo que aun cuando el intangible no conste registrado ni contabilizado, se pueda deducir la existencia del mismo a efectos de Precios de Transferencia, hecho que suele ser más fácil de detectar en el caso de los intangibles mercantiles, más complejo en los de marketing y únicos y difícil en los de naturaleza mixta.⁴⁹

⁴⁷ Introducido por el informe de la OCDE sobre intangibles dentro del marco del Plan BEPS: *OECD Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles, Action8:2014 deliverable*, p.15, 29 y 37 respectivamente.

⁴⁸ Introducido por el informe de la OCDE sobre intangibles dentro del marco del Plan BEPS: *OECD Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles, Action8:2014 deliverable*, p.30.

⁴⁹ Los intangibles de esta última categoría, a diferencia de los anteriores, habitualmente presentan una característica común como es su ausencia de protección jurídica o legal, al no ser objeto de registro oficial, e incluso su no constancia a efectos contables, lo que dificulta mucho su trazabilidad y, a resultas, su identificación.

3.2.- Fijación del precio de transferencia (valoración)

El aspecto financiero o económico de la valoración de los intangibles no es objeto de desarrollo por las Directrices, extremo éste que tampoco es de extrañar por cuanto no es ese el cometido o función a cumplir por aquéllas. Lo relevante para las Directrices y en lo que centra su atención es en tres aspectos concretos:

b.1) Las peculiaridades que se dan en materia de metodología de valoración cuando se trata de intangibles.

b.2) La identificación de los elementos clave (“*factors*” o “*features*” se les denomina) que el “valorador” debe tener en cuenta en su valoración del intangible para que la misma no sólo sea objetivamente acorde a los estándares internacionales en materia de valoración⁵⁰, sino también a efectos de Precios de Transferencia, esto es, para que la valoración dada resulte en un precio de transferencia acorde al PLC.

b.3) Asegurar la consideración de ambos puntos de vista en la operación, el del transmitente y el del adquirente.

A) Aspectos específicos de metodología

La valoración de un intangible a efectos de Precios de Transferencia pasa por la identificación de operaciones comparables independientes que reporten un rango de valor de mercado, siendo el método de valoración habitualmente utilizado en estos casos el Precio Libre Comparable. A estos efectos, el Capítulo VI de las Directrices establece en sus apartados 6.23 y 6.24 la validez de este método en los casos en que se puedan identificar operaciones comparables internas, realizadas por el propio contribuyente con terceros, o externas, a través de la utilización de bases de datos. Sin embargo, el apartado 6.26 del mismo texto reconoce la dificultad de utilizar el resto de los métodos de valoración tradicionales cuando el anteriormente indicado

⁵⁰ Estándares que básicamente identifican tres metodologías de valoración: métodos de coste (coste de reemplazo y coste de reproducción), métodos de ingreso de contribución directa (*cash flow* directo o incremental) o indirecta (ahorro de *royalty* y método del exceso de beneficios) y métodos de mercado (precio de mercado en transacciones y otras transacciones). *IVS 2010 Intangible Assets; ISVC-International Standards Valuation Council, June, 2011.*

no es aplicable al no identificarse operaciones comparables, por otra parte habitual, o cuando se trata de intangibles de alto valor o muy específicos; de ahí que la posibilidad alternativa de aplicar técnicas de valoración económico financieras internacionalmente admitidas se haya ido abriendo paso los últimos años, tanto en la práctica profesional y de las administraciones tributarias⁵¹ como a nivel legislativo⁵². En este sentido, el apartado 175 del informe de la OCDE *Revised Discussion Draft on Intangibles- July 2013* ya planteó abiertamente que para situaciones en las que no es posible identificar un comprobante la única forma de validación es la utilización de métodos basados en la asignación parcial de los *cash flows*⁵³ a los intangibles identificados, entre otros. Esta tendencia se ha visto confirmada en la ya indicada nueva versión del Capítulo VI de las Directrices de la OCDE promulgada dentro del Plan BEPS, que menciona expresamente la utilización de las técnicas de valoración reconocidas a nivel internacional como adecuadas para la validación y fijación del precio de transferencia en operaciones donde intervengan intangibles, en especial cuando se dan las circunstancias antes

⁵¹ Un ejemplo de ello es el caso *Cytec Norge GP AS and Cytec Overseas Corporation Filial v. Utenlandsk Foretak*, en la que la administración tributaria noruega combinó la utilización del método del Precio Libre Comparable con metodología económico financiera. Respecto al primero, este caso recoge una práctica habitual de las administraciones tributarias como es el de la utilización de valoraciones incluidas en operaciones corporativas previas relacionadas con la reestructuración y realizadas por el mismo contribuyente o su grupo; en el presente supuesto, se trataba de la compra u operación de *buy out* que justamente un año antes se había realizado al adquirir el grupo Cytec la participación que, hasta entonces, ostentaba el segundo socio de la entidad-contribuyente y que representaba el 50% del capital social. Adicionalmente, la indicada operación corporativa previa sirvió también como argumento de la administración tributaria noruega para identificar sin excesivo esfuerzo los intangibles que claramente estaban ligados al valor de la operación y el volumen de ventas previo a la reestructuración, y la falta de los mismos después. Con relación al segundo, la administración tributaria noruega realizó una comparación del valor de los activos de la compañía antes y después de la reestructuración mediante la utilización del método de descuento de flujos y del método del exceso de beneficio (*earnings exceed method*). Dicho esto, y como acertadamente indica FLOOD respecto al caso Cytec, del valor de los intangibles reflejado en la operación de *buy out* utilizada como comparable se debería descontar un porcentaje de entre el 20-30% en concepto de *control premium*, esto es, la prima adicional que se estima incluyen las operaciones de compra de acciones que implican la adquisición del “control” de una compañía y que, por lógica, no se debería tener en cuenta en la operación vinculada de reestructuración. Del mismo modo, el citado autor considera también con buen criterio que no toda bajada en la rentabilidad o volumen de ventas en la fase post reestructuración se debe interpretar en el sentido de que has sido transferidos intangibles en la operación. FLOOD, H.: “Norway – Business Restructuring...” p.179. *Decision of the Court of Appeal of Eidsivating (26 Sept. 2007), Cytec Norge GP AS and Cytec Overseas Corporation Filial v. Utenlandsk Foretak, 2006-180819, sec. 54.*

⁵² Cabe indicar que el nuevo artículo 18.4 de la Ley 27/2014 del Impuesto sobre Sociedades, ya establece en su inciso final que “*Cuando no resulte posible aplicar los métodos anteriores, se podrán utilizar otros métodos y técnicas de valoración generalmente aceptados que respeten el principio de libre competencia*”

⁵³ Siguiendo a ROSEMBUJ al referirse a la Sec. 482 del I.R.C. americano, este tipo de metodología permite determinar si la compensación/retribución acordada realmente es apropiada a la corriente o flujo de renta que genera el intangible, y ello no sólo en el momento de la transacción, sino también en períodos sucesivos. ROSEMBUJ, T.: “*Minimización del impuesto...*”, pp. 226 y 241-242.

mencionadas de ausencia de comparables fiables o presencia intangibles de alto valor o singulares.⁵⁴

La utilización de técnicas de valoración económico-financieras internacionalmente aceptadas, cuando los denominados “métodos tradicionales” de Precios de Transferencia no resultan fiables, en especial el Precio Libre Comparable, no es óbice para que haya ido adquiriendo relevancia los últimos años uno de los métodos que hasta el momento se consideraban residuales, sobre todo por su escasa utilización; nos referimos al método del Reparto de Beneficio o *Profit Split*. En efecto, este método ha adquirido una notoria relevancia en la validación de los precios de transferencia fijados en operaciones donde intervengan intangibles, y lo ha hecho en un doble aspecto:

- a) Como método de valoración directo propiamente dicho, esto es, para establecer directamente la remuneración (el precio de transferencia) imputable a cada parte interviniente en la transacción conforme a las funciones realizadas, riesgos asumidos y activos implicados por parte de cada una de ellas.⁵⁵
- b) Como método de valoración indirecto o análisis complementario una vez fijado el precio o valor transaccionado en la operación con base a otra metodología de valoración, con el objetivo de asegurar que cada parte

⁵⁴Destacamos los apartados 6.113, 6.128, 6.133, 6.142, 6.143 y 6.150 a 6.154 del nuevo Capítulo VI de las Directrices. Lo anterior no significa que toda praxis o *rule of thumb* económico financiera pueda ser admitida como método de valoración, aun cuando sean consentidas y admisibles en instancias judiciales y aparezcan con normalidad en informes periciales. Como indica ERASMUS-KOEN, sería el caso del criterio no escrito del denominado 25% que suele aparecer en informes económicos sobre fijación del royalty en contratos de licencia de uso de intangibles. Conforme a dicho criterio, en términos de razonabilidad económica del contrato, el licenciador no debería percibir una retribución por la cesión que excediera del 25% del valor/beneficio adicional que el intangible cedido genera. Este criterio no implica el desarrollo de análisis específicos ni la utilización de metodología de valoración alguna, razón por la que si bien es válido como análisis preliminar así como *sanity check* o referente, y así es entendido por los tribunales ante los que se presenta los indicados informes periciales, no es un método de valoración a efectos de Precios de Transferencia y no se puede entender como tal. ERASMUS-KOEN, M.: “Art. 9 of the OECD Model Convention”, en “Transfer Pricing and Business Restructuring: streamlining all the way”, IBFD, 2009, cap. 5, pp. 138-139.

⁵⁵ En este sentido, el apartado 6.142 del nuevo Capítulo VI de las Directrices ya sólo identifica al método del Precio Libre Comparable y al de Reparto de Beneficio como los únicos métodos tradicionales fiables para la validación de los precios de transferencia de operaciones donde intervengan intangibles.

retiene la remuneración que es acorde a las funciones realizadas, riesgos asumidos y activos empleados.⁵⁶

De este modo, la propuesta del nuevo Capítulo VI de las Directrices va mucho más allá de la versión de 2010 en lo que a fijación de criterios y metodología para valorar el precio de transferencia en operaciones con intangibles se refiere, (i) dando entrada a los métodos de valoración económico financieros, incluso como mero referente o complemento a la valoración realizada con base a métodos propios de Precios de Transferencia, (ii) estableciendo la conveniencia del método del Precio Libre Comparable sólo si hay comparables fiables (iii) poniendo en valor el método del Reparto de Beneficio no sólo como método directo de valoración, sino también a los efectos de asegurar que el precio de transferencia que finalmente retiene o se imputa cada parte, realmente responde a las funciones realizadas, riesgos asumidos y activos implicados por cada una de ellas en la operación analizada⁵⁷ y (iv) reconociendo que el resto de métodos de valoración tradicionales de Precios de Transferencia no son fiables en operaciones con intangibles.

B) Los elementos clave o “factores”

En lo que se refiere a los factores o elementos a tener en cuenta para que la valoración se adecue al PLC, el apartado 9.81 de las Directrices se limita a identificar los mismos, que son desarrollados en el Capítulo VI al que se remite.

En concreto, el apartado 9.81 en relación con el 6.20 de las Directrices se refiere a los siguientes:

⁵⁶ Apartado 6.32 v) en relación con el 6.42 y 6.52, del nuevo Capítulo VI de las Directrices, introducido por el informe de la OCDE sobre intangibles dentro del marco del Plan BEPS: *OECD Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles, Action8:2014 deliverable*.

⁵⁷ De hecho, la alineación de las funciones y riesgos con el retorno o rentabilidad ligados a los mismos es uno de los principales objetivos de la reforma propuesta por el Plan BEPS en lo que a Precios de Transferencia se refiere, pues la mayoría de operaciones en las que intervienen intangibles y que las autoridades fiscales ponen en entredicho, se califiquen aquéllas como BEPS o planificación fiscal agresiva, se caracterizan, además por la ubicación de una de las partes en un territorio de baja o nula tributación, por el hecho de que la mayor rentabilidad o remuneración derivada del intangible se atribuye a la entidad que menos funciones o riesgos ha asumido (y usualmente sigue asumiendo) en el desarrollo, control, mantenimiento y protección del mismo. En este sentido, se puede afirmar de nuevo que gran parte del planteamiento de análisis y validación propio del Capítulo IX de las Directrices, se está trasladando en forma de principios o directrices de aplicación general que informan toda esta materia en la propuesta de reforma propugnada por la OCDE/G20 en el seno del Plan BEPS, afectando no sólo al Capítulo VI, sino también a los I a III.

- El importe, duración y riesgos asociados a los beneficios esperados derivados de la explotación del intangible a adquirir.⁵⁸
- La naturaleza del derecho de titularidad del intangible que se va a adquirir (por cuanto no es lo mismo que sea pleno que, por ejemplo, se limite a un derecho de uso).
- Ligado con el punto anterior, las restricciones vinculadas al derecho sobre el intangible objeto de transacción (a modo de ejemplo, si conlleva exclusividad o no, posibilidad de licenciar o sub licenciar su uso, limitaciones de carácter geográfico o de mercado, la posibilidad de participar en futuros desarrollos del intangible o de tener acceso a los mismos, etc.) o al propio intangible (su vida útil, por ejemplo).⁵⁹
- En caso de que esté legalmente protegido, su alcance y vigencia de la protección.

Todos estos elementos se identifican por las Directrices como esenciales para asegurar que el precio de transferencia o valor fijado por la transmisión o cesión del intangible se adecue al PLC, si bien hay que reconocer que, como tampoco podía ser de otro modo, no difieren en mucho de los que también se tienen en cuenta a efectos de pura metodología de valoración económico-financiera.

C) Consideración de ambos puntos de vista

En lo que a considerar ambos puntos de vista, el del transmitente y el adquirente, se hace una remisión directa al apartado 6.14 de las Directrices, a tenor del cual, de una parte, la del transmitente, se deberá estar al precio que una entidad

⁵⁸ Respecto a esto último, el apartado 6.124 del nuevo Capítulo VI se refiere no sólo al beneficio económico directamente valorable, sino también a la ventaja competitiva que puede suponer el disponer del intangible. *OECD Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles, Action8:2014 deliverable*, p.69.

⁵⁹ Los apartados 6.120 y 6.121 del nuevo Capítulo VI añaden como referencia novedosa “el estado de desarrollo del intangible”, en el sentido de si este último está plenamente desarrollado y, por tanto, es susceptible de ser usado o si, por el contrario, todavía está en fase de desarrollo y por consiguiente no sólo no puede ser aplicado todavía en la práctica sino que también necesita de una inversión adicional hasta completar el mismo. Ciertamente es obvio a todas luces que el estado de desarrollo del intangible afecta al precio de transferencia que se fije por su transmisión, pero no por obvio deja de ser relevante mencionar su existencia y, lo cierto, es que la versión 2010 de las Directrices no lo hace. *OECD Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles, Action8:2014 deliverable*, p.68

independiente esperaría cobrar por la transmisión del intangible y, de la otra, la del adquirente, se tendrá que valorar el intangible y su utilidad en el negocio de este, utilidad que se debe medir en términos de rentabilidad, dado que una entidad independiente sólo aceptaría pagar por aquél si los beneficios derivados de su utilización superasen los costes de su adquisición. Es en este punto donde nuevamente alcanza relevancia la comprensión de la operación, su razonabilidad o lógica económica y el análisis funcional del adquirente, tal y como acaba confirmando el apartado 6.15 siguiente, en el sentido de:

- (i) analizar si dicho intangible realmente puede ser de utilidad considerando el negocio y actividad que desarrolla el adquirente⁶⁰; y
- (ii) las inversiones adicionales que este último tendría que asumir para adaptar aquél a su actividad o sacarle una rentabilidad adecuada que haga lógica su adquisición y/o el precio que se va a pagar por el mismo.

Si tras el análisis anterior se concluye que bien por su falta de adaptabilidad a la actividad del adquirente, bien por los costes adicionales necesarios para lograr la misma, las expectativas de rentabilidad derivadas del intangible no justifican el precio a pagar por su adquisición, su transmisión en virtud de la operación de reestructuración en principio no se adecuaría al PLC. Pongamos un ejemplo.

Supuesto práctico XII: consideración de ambos puntos de vista en la transferencia de intangibles

En la típica operación de deslocalización de una actividad fabril de una entidad A a favor de una entidad B, que conlleva la transmisión, entre otros activos, de un fondo de comercio ligado a dicha actividad, la entidad B sólo pagaría por el mencionado fondo si la rentabilidad esperada derivada del mismo superase los costes asociados a su adquisición y explotación. En este sentido, si por ejemplo B ya dispusiera de las instalaciones productivas para asumir la actividad fabril, así como de equipo técnico-comercial conocedor del producto, es probable que decidiese asumir el coste de adquisición del intangible y los adicionales que pudieran surgir (por ejemplo, en formar al personal comercial que ya tiene). Por el contrario, si B tuviera que adaptar su actividad fabril a la que ahora recibe como consecuencia de la reestructuración y además no contase con personal técnico-comercial conocedor del producto ni del

⁶⁰ O que va a desarrollar a futuro en la situación post reestructuración, por cuanto no se debe obviar el hecho de que es muy habitual que precisamente a raíz de la reestructuración, la entidad adquirente del intangible asuma una actividad o función que previamente realizaba la entidad directamente afectada por la operación (que sería la entidad transmitente).

mercado, es probable que desde el punto de vista de aquél valorase la razonabilidad o no de asumir la nueva actividad productiva atendiendo a la inversión en activos a realizar, pero respecto del fondo de comercio, sólo aceptaría pagar por el mismo si realmente el valor de éste y las expectativas a futuro (aquí entraría la calidad del mercado al que se dirige) superasen los costes de su adquisición (precio de transferencia) y los asociados a la inversión en personal técnico y comercial nuevo. Aquí, en caso de ser vinculadas A y B, se podría plantear si el Grupo al que pertenecen ambas podría asumir parte de los costes de inversión adicionales de B o compensase a A por el fondo de comercio, todo ello en pro del interés del Grupo.

3.3.- Incidencia de la “incerteza” en la valoración del intangible

Los apartados 9.87 y 9.88 de las Directrices recogen uno de los supuestos concretos a los que se hacía referencia al principio de esta sección, nos referimos a la situación, muy habitual por otra parte, de que bien el intangible no tenga establecido un valor en el momento de producirse la transmisión (por ejemplo, por no ser todavía un intangible en explotación), bien de que aun habiéndolo, se produzca un “*gap*” importante entre la expectativa de rentabilidad a futuro que se hubiese tenido en cuenta a efectos de valoración del intangible y la realmente acaecida posteriormente.

El denominador común en ambos casos es la “**incerteza**” en la valoración del intangible realizada y su incidencia directa en el precio por su transmisión, y la pregunta que surge es cómo fijar (o regularizar) el precio de transferencia en estos supuestos de modo que se pueda considerar conforme al PLC.

Las Directrices resuelven la cuestión, tanto para contribuyentes como administraciones, preguntándose qué harían entidades independientes en tal situación y, a partir de ahí, con una doble aseveración:

- a) La mera existencia de incerteza en la valoración del intangible al tiempo de la transmisión (esto es, en virtud de la operación de reestructuración) no justifica la exigencia de un ajuste *ex-post* en el precio de transferencia, al margen de lo ya acordado por las partes.

- b) La cuestión a dilucidar es el grado de incerteza existente en la valoración, se manifieste ésta al principio (en el momento de la operación) o posteriormente al darse el “gap” entre rentabilidad esperada y realmente producida.⁶¹ De este modo, si el grado de incerteza es suficientemente elevado (el apartado 6.28 de las Directrices utiliza la expresión “*highly uncertain*”) en el momento de la operación, justificaría, conforme al PLC, la inclusión de una cláusula de ajuste posterior en el precio; y si aquél se muestra directamente por el *gap* posterior que se produce entre rentabilidades, entonces cabría entender que entidades independientes al menos plantearían una renegociación del precio pactado.

Así mismo, los apartados 6.29 a 6.35 de las Directrices⁶², a los que se remite el 9.87, identifican las pautas que entidades independientes suelen aplicar para reducir el grado de incerteza en la fijación del valor del intangible en el momento de realizar la operación. En concreto, mencionan las siguientes:

- **Cálculo de beneficios esperados** (“*anticipated benefits*”): es una herramienta muy utilizada por los valoradores que, con base a diversos factores económicos, de negocio y mercado, realizan una predicción de los beneficios futuros esperados derivados del intangible transmitido. La clave radica como siempre en la fiabilidad del análisis realizado y factores utilizados, de modo que se pueda concluir sobre si es o no factible la utilización de los beneficios previstos como elemento de fijación del precio (valor) por el intangible en el momento de realizarse la operación. Si la conclusión es que la utilización de este elemento de valoración no reporta suficiente fiabilidad, se optará por otras herramientas de valoración; pero si se concluye afirmativamente, no se

⁶¹ Nada dice esta sección de las Directrices sobre el caso de que se produzca un *gap* entre rentabilidades por circunstancias extraordinarias o imprevistas (cambio importante en el mercado o regulatorio, por ejemplo). De darse dicha circunstancia y entender que razonablemente las mismas no eran previsibles, entendemos que prevalecería la primera de las afirmaciones y, por tanto, en principio no cabría plantear la renegociación del precio pactado, sino más bien entrar en cómo se debe compartir entre las partes el riesgo del resultado de la operación.

⁶² Apartados 6.175 a 6.185 del nuevo Capítulo VI de las Directrices, introducido por el informe de la OCDE sobre intangibles dentro del marco del Plan BEPS: *OECD Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles, Action8:2014 deliverable*, pp. 84-87.

debe obviar el hecho de que de no confirmarse el resultado esperado, lo primero que hará la administración tributaria es analizar la razonabilidad de la predicción de beneficios realizada, en el sentido de considerar si las partes tuvieron en cuenta los factores que razonablemente estaban a su disposición al tiempo de hacer el cálculo.

- **Cláusulas de revisión de precios**⁶³: cuando la determinación del precio ligado a la previsión de beneficios no se considera suficientemente fiable como para asumir el riesgo de incertidumbre que rodea la valoración del intangible, la fijación de cláusulas de protección que faculten a una o ambas partes para requerir la revisión del precio fijado inicialmente, son habituales entre empresas independientes.⁶⁴

- **Cláusulas de asunción compartida del riesgo** por acontecimientos imprevisibles: actúa como complemento de la anterior, por cuanto no atiende a la mayor o menor incertidumbre del valor/precio en el momento de la operación, sino a la aparición posterior de elementos totalmente impredecibles que inciden directamente en el precio de transferencia fijado; como reconoce el apartado 6.31 de las Directrices, aquí la clave es dilucidar el grado de compartición del riesgo entre las partes⁶⁵ y a partir de ahí concluir sobre si cabe o no modificación del precio.

⁶³ El apartado 6.30 de las Directrices menciona también la firma de contratos a corto plazo como medida para limitar el riesgo de incerteza en la fijación del valor del intangible, por cuanto de este modo se abre la posibilidad de rectificar o regularizar el precio de transferencia sin incurrir en los perjuicios que supondría una vinculación contractual a largo plazo. Sin embargo, entendemos que en este caso se está pensando en operaciones de cesión de uso del intangible, más ajenas a las habituales habidas en operaciones de reestructuración, que suelen suponer la transmisión del activo, si bien no son descartables.

⁶⁴ Posibilidad que en general ya viene reconocida en el apartado 6.16 de las Directrices, cuando establece que el cambio en los hechos y circunstancias puede permitir una revisión de la remuneración inicialmente pactada.

⁶⁵ A este respecto, los apartados 6.66 y 6.67 del nuevo Capítulo VI de las Directrices propuesto en el marco del Plan BEPS de la OCDE desarrollan más esta problemática concreta e identifican las pautas a seguir para establecer quién o quienes deben asumir los riesgos derivados del acontecimiento incierto acaecido y en qué grado, pudiendo dar lugar o no finalmente a una modificación del precio de transferencia inicialmente pactado. En concreto, identifican cuatro parámetros: primero, analizar y asegurar hasta qué punto la modificación en el retorno/beneficios previstos (sea al alza o a la baja) es imputable al acontecimiento incierto que no se pudo prever al principio, en el momento de realizarse la operación y fijar el precio/valor; segundo, y no es novedad, revisar las cláusulas contractuales que recogen la transacción vinculada realizada; tercero y siguiendo el ejemplo de lo establecido en el capítulo IX de las Directrices, analizar si la

Sea cual fuere la medida que las partes vinculadas apliquen, como decíamos lo que no se debe obviar es el hecho de que inicialmente la administración tributaria respetará las condiciones de la operación tal cual ha sido fijada, pero también analizará cómo habrían actuado entidades independientes en situación similar, en especial respecto de la razonabilidad de la predicción de resultados futuros en su caso realizada, así como de la fijación o no de alguna de las dos cláusulas de revisión de precio indicadas.⁶⁶

3.4.- Operaciones de centralización de los intangibles en una sola entidad

El Capítulo IX de las Directrices dedica cinco apartados a comentar el supuesto de las operaciones de centralización de intangibles, lo que es bastante si tenemos en cuenta que la subsección D.2 dónde se ubica la conforman sólo doce. Y es que se está ante uno de las situaciones más comunes en operaciones de reestructuración, así como también más polémicas, sobre todo por la coexistencia de operaciones “legítimas” de centralización de intangibles hacia una entidad concreta del grupo (habitualmente ubicada en jurisdicción distinta de la del transmitente), por sólidas razones empresariales, con otras más vacías de lógica empresarial más allá de la puramente fiscal. A modo de ejemplo.

remuneración o precio que se fijó inicialmente realmente responde a las funciones y riesgos asumidos por cada parte, esto es, si el precio fijado *ex ante* se adecuaba o no al Principio de Libre Competencia; cuarto e igualmente siguiendo las directrices del Capítulo IX, identificar cual o cuales entidades son las que han asumido funciones de control y gestión de los riesgos en la operación, en especial el financiero, así como fijado las estrategias de mitigación de los mismos, por cuanto cabría entender que son éstas las que inicialmente deberían asumirlos, al menos en parte. *OECD Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles, Action8:2014 deliverable, p. 50.*

⁶⁶ Respecto a esto último, como indica ERASMUS-KOEN, el elevado número de operaciones de M&A, corporativas o de simple transferencia de activos entre entidades independientes que igualmente resultan “ruinosas” para alguna de las partes implicadas, dan prueba de que en la práctica libre de mercado no siempre es posible introducir cláusulas de revisión de precios e igualmente se firman las operaciones, por cuanto lo cierto es que un elemento que es decisivo en estos casos es el poder de persuasión o *bargaining power* que tenga cada parte y al que hacíamos referencia en el capítulo II, seas independiente o vinculado. ERASMUS-KOEN, M.: “Art. 9 of the OECD...”, pp.139-140.

Supuesto práctico XIII: centralización de intangibles en una sola entidad

Un caso habitual es el de la concentración de la actividad (función) logística, de distribución o de fabricación en una entidad del grupo, lo que conlleva la centralización en la misma de los intangibles ligados a la función transferida y que antes eran titularidad de diversas empresas del mismo grupo individualmente. Caso distinto y más específico es el de la creación de centros de I+D+i en el seno de grupos multinacionales, que centralizan los intangibles ya existentes (especialmente ligados a producto, no tanto comerciales) y que pasan a desarrollar a partir de ese momento toda la actividad de investigación y desarrollo del grupo, generando nuevos intangibles.

Sea como fuere, la centralización de activos intangibles en una sola entidad (a la que las Directrices identifica como “*IP company*”) se da habitualmente como consecuencia de operaciones de reestructuración -cuando no consiste, precisamente, esta última en su objeto propio-, siempre y cuando lleve aparejada la de las funciones y riesgos asociados a los mismos. Por eso las Directrices fijan unas pautas a tener en cuenta para validar a efectos de Precios de Transferencia la transmisión de intangibles que se produce en este tipo de operaciones, preguntándose, como siempre, qué aspectos tendrían en cuenta entidades independientes; en concreto menciona las siguientes:

- Identificación de **sólidas razones de negocio o empresariales** a nivel de grupo: es el elemento clave que aleja estas operaciones de aquéllas que adolecen de un motivo más allá del puramente fiscal y lo cierto es que, de existir tales razones suelen ser fácilmente identificables. A modo de ejemplo, es habitual que por razones de eficiencia y/o estrategia los grupos multinacionales decidan centralizar en una sola entidad una función específica (fabricación, distribución, I+D+i, marketing, etc.) que hasta ese momento se desarrollaba de forma individual por cada una de las entidades, razón por la que los intangibles ligados a tales funciones son también transferidos a la entidad que a partir de ese momento va a concentrar tal función. Atendiendo al tamaño del grupo, también suele darse el caso que la centralización se da en varias entidades, una por zona geográfica estratégica.

- **Consideración de ambas perspectivas**, la del transmitente y la del adquirente: de nuevo surge la importancia de no obviar el punto de vista de una de las partes en el análisis, y ello en dos aspectos fundamentales. El primero, en la puesta en valor del intangible, por cuanto no es lo mismo el valor que una entidad individualmente le pueda dar, sobre todo si aquél es de ámbito local, que la que considere el grupo en su conjunto o la propia entidad adquirente. El segundo, al afirmar las Directrices que la existencia de sólidas razones empresariales a nivel de grupo no valida por sí mismo la operación a efectos de Precios de Transferencia desde el punto de vista individual de la entidad transmitente afectada.
- **Utilización o no del intangible a posteriori por el transmitente** y, en caso afirmativo, **precio de transferencia fijado por la cesión de uso y por la transmisión previa**. La entidad que transfiere el intangible puede seguir usando el mismo en la situación post reestructuración, en especial cuando aquél es esencialmente de nivel local o ligado a una actividad que la transmitente seguirá desarrollando. Sería el caso, por ejemplo, de una entidad distribuidora plena que pasa a actuar como mera comercializadora con funciones por tanto más limitadas pero que, igualmente, sigue utilizando la marca que hasta ese momento era de su titularidad; o la fabricante que transfiere diversos intangibles de fabricación o producto (modelos, patentes, etc.) a otra entidad que centralizará toda la actividad de I+D+i del grupo, pero que seguirá haciendo uso de los mismos en su actividad fabril.

En estos supuestos, el posterior uso o no del intangible por parte de su transmitente, bajo qué modalidad contractual se fije tal uso (habitualmente, mediante un contrato de licencia de uso) y el precio de transferencia por este último, condicionan, valga la redundancia, el precio de transferencia por la cesión. El ejemplo que pone el apartado 9.86 de las Directrices es claro: un acuerdo a tenor del cual A transfiere a B una patente a precio de 100 y, a su vez, se firma una licencia de uso

de la patente de B hacia A por precio anual de 100, no tendría lógica alguna entre entidades independientes.⁶⁷

A los anteriores, añadiría dos más, en concreto:

- **Uso o destino posterior del intangible por parte del adquirente y actividad de éste.**
- **Implicación del adquirente en el desarrollo previo del intangible.**

Las Directrices no los mencionan pero, a mi parecer, son relevantes en dos aspectos esenciales: (i) la diferenciación con supuestos de pura planificación fiscal agresiva y/o que adolecen de cierta artificiosidad en la operativa resultante; y (ii) la correcta fijación del precio de transferencia tanto para la transmisión como, de darse el caso, para la posterior cesión de uso.

Ambos elementos centran su atención en la posición y actividad del adquirente del intangible, tanto *ex ante* como *ex post* y deben ser analizados conjuntamente por cuanto de lo contrario la visión sería parcial y podría llevar al intérprete a una conclusión errónea.

En concreto, se tiene que analizar:

- (i) la implicación previa del adquirente en el desarrollo del intangible, tanto a nivel funcional como de asunción de riesgos y control de los mismos, en el sentido establecido por los apartados 9.23 a 9.33 de las Directrices a que se hacía referencia en el capítulo II de este trabajo;
y

⁶⁷ Dicho esto, como siempre se debe estar al caso concreto y, siguiendo el mismo apartado de las Directrices, considerar otros factores como son los beneficios futuros derivados del uso de la patente que, tal vez, son mayores que los habidos con anterioridad. Siguiendo con el mismo ejemplo, se daría tal situación si la entidad B adquirente de la patente invirtiese en mejorar el propio intangible por lo que a posteriori A pudiese obtener un beneficio mucho mayor por el uso de aquél del que había obtenido hasta la fecha, razón por la que sí cabría pagar 100 por la cesión uso así como haber cobrado 100 por su transmisión previa.

- (ii) el destino que el adquirente va a dar al intangible, en el sentido de si va a continuar su desarrollo o posible mejora en el seno de una actividad de I+D+i, o dándole un valor añadido en virtud de una actividad de promoción del mismo, o por el contrario va a quedar como mero titular legal de mismo con una labor mínima de mantenimiento y protección jurídica del activo y, en su caso, procediendo a la mera cesión de uso bajo contrato de licencia a cambio de una remuneración.

Del análisis anterior se podrán extraer conclusiones adicionales sobre la lógica empresarial de la operación, sus motivos, así como sobre lo razonable (y adecuado al PLC) del precio de transferencia fijado por la transferencia del activo, pero también respecto de la retribución (retorno, rentabilidad) que posteriormente debe retener el adquirente en la situación post reestructuración, en el sentido de asegurar que ésta se alinee con las funciones y riesgos que aquél hubiese asumido con relación al intangible y que vaya a asumir a partir de ahora.

De ahí probablemente que ambos aspectos sí hayan sido recogidos en el nuevo Capítulo VI de las Directrices propuesto por la OCDE/G20 dentro del Plan BEPS.⁶⁸

Supuesto práctico XIV: centralización de intangibles en una sola entidad y situación calificable como BEPS

A modo de ejemplo final y quizás el más controvertido y alejado en puridad de nuestra materia por su cercanía a supuestos susceptibles de ser calificados como de planificación fiscal agresiva, son los de la centralización en una sola entidad de “todos” los intangibles del grupo, entidad cuya única actividad posterior será la del mantenimiento y protección jurídica de tales intangibles y su cesión de uso al resto de entidades del grupo, a cambio de un royalty. En estos casos, al margen de otros aspectos como son la racionalidad de la operación en sí misma, lo

⁶⁸ En este sentido, el nuevo apartado 6.34, al indicar los pasos a dar en la validación de los precios de transferencia en operaciones con intangibles, entre ellos, menciona (i) la identificación de las funciones realizadas, riesgos asumidos y activos implicados por cada parte en la creación, desarrollo y mantenimiento del intangible y (ii) la necesidad de alinear lo anterior con el precio de transferencia a fijar; en este mismo sentido, el nuevo apartado 6.48 adiciona a lo ya indicado por el citado 6.34, la identificación de la parte vinculada que ha asumido la financiación de la creación y desarrollo del intangible, así como el análisis sobre quién o quienes asumieron el control de los riesgos inherentes al intangible; finalmente, el nuevo apartado 6.42 establece que a efectos de Precios de Transferencia, el ser titular legal de los intangibles, por sí mismo no confiere ningún derecho definitivo a retener los retornos o rentabilidades derivadas de aquéllos, aunque inicialmente sí que se perciban por mor de su condición de titular legal y/o ostentar los derechos de su explotación.

cierto es que a efectos de valoración y fijación del precio de transferencia, los dos elementos comentados son especialmente relevantes, por cuanto se han dado situaciones en las que había una clara desintonía entre las funciones y riesgos asumidas por las partes en la creación y desarrollo de los intangibles y el precio de transferencia pagado por el adquirente por la adquisición de los mismos⁶⁹; si a lo anterior se añade una situación post reestructuración en la que el nuevo titular “legal” de los intangibles limita su actividad a la de mero tenedor de los activos (con funciones adicionales de protección jurídica) y licenciador de los mismos a cambio de una retribución (royalty) que retiene en su totalidad para sí, podemos tener ante nosotros uno de los supuestos fácticos identificados en el seno del Plan BEPS, sobre todo si, a mayor abundamiento, resulta que la entidad adquirente reside en un territorio de baja o nula tributación sobre este tipo de operaciones

3.5.- La problemática concreta de los denominados “intangibles locales”

La presencia de intangibles a nivel de las entidades locales que se ven afectadas por la reestructuración y, en especial, de los calificados como “intangibles de comercialización” como es el caso de los fondos de comercio o lista de clientes, dan lugar a mucha discusión entre contribuyente y administraciones tributarias, sobre todo en operaciones en las que las que se reestructura a la baja el perfil económico y funcional (y de riesgos) de la entidad local, que pasa de actuar como una distribuidora o fabricante con plenas funciones a ser mero comisionista o fabricante bajo contrato⁷⁰. La razón principal no es otra que la posible transferencia de estos intangibles a resultas de la reestructuración, desde la entidad local a otra entidad del grupo, normalmente ubicada en otra jurisdicción. De producirse dicha transferencia, se debe analizar (i) si la entidad local debe ser o no compensada de algún modo, esto es, si debe cobrar un precio de transferencia por el intangible que se transmite y (ii) cómo fijar dicho precio, lo que nos lleva de nuevo a la cuestión ya tratada de la valoración, a la que nos remitimos.

La clave en estos supuestos es identificar quién ha desarrollado el intangible local, cuestión no baladí por otra parte. En efecto, aun cuando el intangible se utilice, se

⁶⁹ Es más, en algunos casos incluso cabría dudar de la existencia de una operación de reestructuración propiamente dicha, si resulta que las principales funciones y riesgos siguen *de facto* siendo asumidas por la anterior titular de los intangibles, es decir, que la reestructuración ha sido más “formal” que real; en estos casos, la única operación realmente habida es la transferencia de los intangibles a una entidad que si bien consta como nueva titular legal de los mismos, lo cierto es que, como decimos, ejerce sólo una función mínima de mantenimiento de los mismos y ni ostenta (ni tiene la capacidad para ello) el control real de las funciones y riesgos asociados a dichos intangibles.

⁷⁰ El apartado 9.89 de las Directrices describe claramente el proceso al decir “*Where a local full-pledged operation is converted into a limited risk*”.

aplique o se acabe de desarrollar a nivel local, no implica en todos los casos que el mismo realmente haya sido generado por la entidad local o que pertenezca a ésta. Adquiere aquí relevancia el análisis funcional de la situación previa a la reestructuración, de los antecedentes a los que se hacía referencia en el capítulo anterior de este trabajo.

Supuesto práctico XV: La problemática de los intangibles locales

A modo de ejemplo, si se concluye que los clientes logrados en el mercado local son el resultado de la función comercial de la entidad local a lo largo de diversos años, resulta claro que, en principio, dicho intangible (la lista de clientes) sería de dicha entidad y, por tanto, se plantearía la necesidad de compensar a la misma por su transmisión en virtud de la operación de reestructuración. Pero puede darse el caso de que parte o la totalidad de dicha clientela haya sido facilitada por el grupo (los denominados clientes globales) o que provenga de la compra de otra empresa local realizada por el grupo en su día, en cuyo caso es discutible la exigencia de compensación alguna. Lo mismo cabría decir de otros intangibles locales como por ejemplo el know-how de fabricación, que puede haber sido desarrollado plenamente por la entidad local o, por el contrario, basarse en su mayor parte por el propio know-how del grupo facilitado en su día.

Sin perjuicio de lo anterior y como cierre de este apartado, huelga decir que no siempre se transfiere el intangible a otra entidad en estas operaciones de reestructuración, es decir, también cabe la posibilidad de que el mismo permanezca en la entidad local. Sería el caso, por ejemplo, de que una distribuidora con plenas funciones se convirtiera en distribuidora limitada, dejando de realizar funciones logísticas y de inventario, perdiendo su poder de decisión en lo que a fijación de precios y mercado se refiere, pero manteniendo plenamente su fuerza comercial, que pasaría a ser su principal cometido, así como la cartera de clientes.

En estos supuestos, el mantenimiento del intangible local por parte de la entidad afectada por la reestructuración tendrá efecto directo en la remuneración a fijar en la situación post reestructuración, pero claramente no se podría plantear compensación alguna por la transferencia de aquél por cuanto no se ha dado la misma.

3.6.- La problemática específica de los “derechos contractuales”

Los apartados 9.91 y 9.92 de las Directrices recogen el supuesto de la transmisión de derechos contractuales en virtud de una operación de reestructuración. Ciertamente es un caso que habitualmente los grupos empresariales no identifican claramente como de transmisión de intangibles pero que, por el contrario, las administraciones tributarias sí lo hacen. La complejidad del supuesto concreto radica en el hecho de que se trata de una operación “triangular”, ya que es necesaria la presencia de un tercer sujeto ajeno jurídicamente al grupo; se trata de la empresa con la que la entidad afectada por la reestructuración mantenía la relación contractual y que, a partir de aquélla, pasará a mantenerla con otra entidad perteneciente al mismo grupo.

Por su claridad, transcribamos el ejemplo que recoge el apartado 9.92:

Supuesto práctico XVI: la transferencia de derechos contractuales

Supongamos que en un determinado momento, la entidad A pone fin voluntariamente al contrato con sus clientes en circunstancias tales que estos últimos se ven legal o comercialmente obligados a celebrar un contrato similar con la sociedad B, una entidad extranjera que pertenece al mismo grupo multinacional que A. Como consecuencia de ello, los derechos contractuales y el beneficio potencial que anteriormente poseía A, pasa ahora a manos de B. Si, las circunstancias fueran tales que B únicamente pudiera celebrar esos contratos con los clientes una vez que A renunciara a sus propios derechos contractuales en beneficio de B, y que A sólo pusiera fin a sus contratos con sus clientes con el conocimiento de que estos iban a quedar legal o comercialmente obligados a celebrar contratos similares con B, estaríamos ante una operación triangular que podría interpretarse como una transferencia de derechos contractuales de valor desde A a B, que hubiera podido remunerarse en condiciones de plena competencia, dependiendo del valor de los derechos cedidos por A, desde la perspectiva tanto de A como de B.

Tres son los aspectos que destacan de este ejemplo.

En primer lugar, la utilización del término “voluntariamente” para calificar la decisión de A de renunciar a sus derechos en la relación contractual que mantenía con la empresa tercera.⁷¹ En efecto, resulta paradójica la presencia de dicha

⁷¹ Terceros que si bien este apartado sólo se refiere a ellos como “clientes”, cabe entender que el abanico de perfiles puede ser amplio: proveedores, colaboradores o *partners*, etc.

expresión por cuanto parece claro que uno de los aspectos más característicos de las operaciones de reestructuración es la posición de fuerza que el grupo (a través de su matriz) ejerce sobre el resto de entidades, así como la práctica ausencia de intereses divergentes entre las partes en este tipo de operaciones.

En segundo lugar, reconoce el derecho a percibir una remuneración acorde al PLC que se debe calcular atendiendo al valor de los derechos transferidos, valor que atenderá tanto a la perspectiva del transmitente como la del adquirente.

En último lugar, llama la atención cómo se describe la posición del tercero, claramente de debilidad frente a la decisión tomada por B o el grupo, en el sentido de que parece ser que no tiene otra opción que aceptar la misma. Sin embargo, en la práctica no siempre es así, dependerá de las cláusulas contractuales firmadas y de la menor o mayor posición de fuerza de la empresa tercera. De hecho, en función de lo anterior puede darse el caso que, al margen de la necesidad de remunerar la transferencia de los derechos contractuales entre ambas partes vinculadas, el tercero exija una compensación o indemnización, en cuyo caso se deberá dilucidar (i) si cabe la misma y (ii) quien la debe pagar.

Es por ello que el apartado 9.92 cabe interpretarlo como mero ejemplo ilustrativo de uno de los casos en los que se puede producir la transmisión de intangibles como consecuencia de una operación de reestructuración en la que la empresa afectada se ve compelida a renunciar a sus derechos contractuales, pero no como definitorio del único supuesto de hecho posible a estos efectos.

4.- LA COMPENSACIÓN DE NATURALEZA INDEMNIZATORIA POR RESOLUCIÓN O MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE RELACIONES CONTRACTUALES

4.1.- Definición del supuesto

La sección E de la parte II del Capítulo IX de las Directrices recoge los apartados que regulan la que el propio texto califica textualmente como indemnización a favor de la entidad reestructurada por la resolución o modificación sustancial de las relaciones contractuales. Tal y como ya indicábamos en el apartado primero, aunque las Directrices utilicen el término "*indemnification*", así como el de "*detriments*" (perjuicios) en su apartado 9.100, lo cierto es que, en general, más que de una indemnización estamos ante un reembolso de los gastos ocasionados por la reestructuración (pérdida de activos, costes laborales, etc.) o por la reconversión a la que se ve obligada la entidad reestructurada y del contravalor de los activos transferidos. Tan solo cuando se trata de compensar la potencial rentabilidad perdida ("*profit potential*"), en el caso de que se entienda que la reestructuración no es en sí misma conforme al PLC y que, por tanto, había otras alternativas más factibles a la resolución o modificación sustancial de las relaciones comerciales/contractuales realizada logrando igualmente objetivos similares a los fijados, sólo en ese supuesto la compensación ostenta algo de naturaleza indemnizatoria aunque, en ningún caso, cabe afirmar que sea por daños y perjuicios.⁷²

En este sentido, el apartado 9.102 de las Directrices es claro cuando establece que, cito textualmente, "*For the purpose of this chapter, indemnification means any type of compensation that may be paid for detriments suffered by the restructured entity, whether in the form of an up-front payment, of a sharing in restructuring costs, of lower (or higher) purchase (or sale) prices in the context of the post-restructuring operations⁷³, or of any other form.*"

⁷² Entendemos que la utilización del término "*indemnification*" en lugar de, por ejemplo, "*reimbursement*" responde a un contagio de la nomenclatura propia del Derecho mercantil, por cuanto en este apartado las cláusulas contractuales adquieren especial relevancia.

⁷³ Llamamos la atención del lector sobre el hecho de que aquí las Directrices ya anticipan la conexión de la compensación con la remuneración o precio de transferencia que se establezca entre

Las Directrices no establecen una presunción general a favor de la existencia o exigencia de compensación indemnizatoria en toda resolución o modificación sustancial de las relaciones comerciales/contractuales entre empresas, siendo la clave, en todo caso, analizar si entidades independientes en circunstancias similares hubiesen acordado o no el pago de la misma en favor de la entidad reestructurada.⁷⁴

A estos efectos, conforme a lo ya indicado en el capítulo III de este trabajo, es importante realizar un análisis funcional centrado en las circunstancias que rodean a ambas partes al tiempo de la reestructuración, en especial valorar los activos y derechos vinculados a la relación contractual que se va a ver afectada; adquiere así mismo relevancia uno de los factores de análisis sobre la adecuación al PLC de la reestructuración en sí misma, nos referimos a la existencia o no de otras alternativas viables más favorables a la resolución o modificación contractual, tal cual se ha planteado por las partes. Todo lo anterior fijará las bases que llevarán al intérprete a avanzar sobre la racionalidad o no de la reestructuración y sobre si cabe o no exigir la compensación indemnizatoria.

A partir de ahí, y considerando lo anterior, si se concluye que al menos cabe plantear la posible exigencia de una compensación indemnizatoria, las Directrices identifican tres elementos o aspectos a considerar a modo de guía para avanzar en el análisis, son los siguientes:

- Si existe acuerdo escrito y este incluye una cláusula indemnizatoria.
- Si el indicado acuerdo, la existencia o no de cláusula indemnizatoria o cualquier otra garantía, son conformes al PLC.
- Si una tercera entidad distinta de las partes estaría dispuesta a asumir el pago de la indemnización a favor de la entidad reestructurada.

A continuación comentaremos cada uno de ellos.

las partes en la situación posterior a la reestructuración, y que es objeto de análisis en la Parte III del Capítulo IX de las Directrices.

⁷⁴ Apartados 9.101 y 9.103 de las Directrices.

4.2.- Si existe acuerdo escrito y este incluye una cláusula indemnizatoria⁷⁵

Tal y como indicábamos en el capítulo II, el análisis de las cláusulas contractuales (entendidas éstas en su sentido amplio, conforme al apartado 1.52 de las Directrices) es clave y punto de partida en todo análisis en materia de Precios de Transferencia. También lo es, por tanto, para analizar la exigencia de compensación en las operaciones de reestructuración, máxime si tenemos en cuenta lo indicado en apartados anteriores de este capítulo, esto es, la mayor relevancia que adquiere a estos efectos la metodología de valoración y cálculo utilizada en operaciones similares entre independientes. Sin perjuicio de lo anterior, no se debe olvidar que al margen de lo que indiquen las cláusulas contractuales, éstas se deben validar a efectos de su adecuación o no al PLC, por lo que no hay que tenerlas como verdad absoluta en esta materia. En este sentido, algunos de los comentarios que el CFA recibió al borrador de informe iban en la línea de obviar el PLC en este ámbito, es decir, en el sentido de considerar sólo la posibilidad de que la entidad afectada por la reestructuración fuese compensada por la resolución o modificación sustancial de los acuerdos comerciales o por las pérdidas o costes soportados, en el caso de que así estuviese establecido contractualmente o lo fijase la normativa y jurisprudencia mercantiles⁷⁶. Sin embargo, en su respuesta⁷⁷ el CFA fue claro al afirmar que si bien no negaba la relevancia de la norma y jurisprudencia mercantiles en estos casos, es más, los tenía muy en cuenta, consideraba igualmente que éstas, en la soluciones dadas a los diversos supuestos, estaban muy condicionadas por las cláusulas contractuales firmadas entre las partes, cláusulas que no necesariamente tenían que haberse fijado respetando el PLC; y ello en especial por la habitual ausencia de intereses divergentes entre partes vinculadas en el momento de fijar los términos de los acuerdos, tal y como se encarga de recordarnos el apartado 9.104 de las Directrices, enlazando ya con el 9.106 del mismo texto.

⁷⁵ Apartados 9104 y 9.105 de las Directrices.

⁷⁶ Lo cierto es que la relevancia de la jurisprudencia mercantil se limita como decimos al aspecto interpretativo y de identificación de potenciales operaciones o cláusulas comparables, por cuanto, como reconoce el propio ap. 9.115 de las Directrices y así es en la práctica, aun cuando las empresas dispongan de la vía judicial para solventar potenciales conflictos, no es habitual que se identifiquen contenciosos a nivel judicial entre entidades vinculadas.

⁷⁷ *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. B10.*

4.3.- Si el indicado acuerdo, la existencia o no de cláusula indemnizatoria o cualquier otra garantía, son conformes al PLC.⁷⁸

Una vez verificada la existencia o no de acuerdos o cláusulas contractuales y su contenido, en especial en lo que a compensaciones u otra cláusula de garantía se refiere, como decíamos se debe plantear si estas (o la ausencia de las mismas) son o no conformes al PLC.

De nuevo el primer paso es buscar operaciones comparables entre independientes y ver si en las mismas se fija o no algún tipo de compensación de naturaleza indemnizatoria o garantía y, en caso afirmativo, de que tipo, en aras a concluir sobre la adecuación o no al PLC de lo acordado y aplicado por las partes vinculadas.

En ausencia de comparables y conforme a lo indicado en el capítulo III de este trabajo, la clave será la combinación de análisis funcional y la existencia o no de alternativas viables, aspectos ambos que se deberán considerar tanto en el momento en el que se acordaron las condiciones de la operativa (a la firma o cierre de los acuerdos de que se tratase) como en el momento actual en el que se produce el cese o modificación sustancial de tales condiciones, esto es, al producirse la reestructuración. En este sentido, el elemento temporal (la conexión entre ambos momentos) adquiere relevancia en este tipo de examen, y no sólo por cuanto un análisis único en uno de los dos puntos temporales llevaría a una conclusión parcial sobre la adecuación al PLC de las condiciones pactadas, sino también a efectos de considerar la posible compensación. En efecto, el análisis de las circunstancias que rodearon la operación en su inicio arrojará luz sobre los compromisos adquiridos por las partes (funciones, inversión en activos, etc.) y, en especial, los riesgos (el financiero en particular o el de mercado) que sobre todo asumió la entidad ahora afectada, así como si cabría haber optado por una operativa similar pero más coherente y viable.

⁷⁸ Apartados 9106 a 9.114 de las Directrices.

El conocimiento de estos dos aspectos (análisis funcional y existencia de alternativas viables) valorándolos en el momento actual en el que se alteran sustancialmente los mismos, junto con el examen de las cláusulas contractuales propiamente dichas, permitirá concluir sobre si en su conjunto la operativa acordada que reflejan las cláusulas contractuales se adecuaba al PLC y si lo es la modificación o resolución de las mismas ahora producida, completándose de este modo el análisis sobre la racionalidad de la reestructuración a que se hacía referencia en el capítulo III de este trabajo y pudiendo concluir sobre si cabe o no exigir compensación de naturaleza indemnizatoria a favor de alguna de las partes.⁷⁹

La conclusión que se extrae, por tanto, es que si bien el análisis sobre la racionalidad en si misma de la reestructuración, esto es, su lógica comercial y existencia o no de alternativas más viables (el elemento definitorio normativo), se hace en un estadio previo, dicho análisis no se completa hasta verificar la racionalidad y adecuación al PLC de las condiciones pactadas contractualmente o simplemente acaecidas en la modificación sustancial o resolución de las relaciones comerciales/contractuales que provoca la reestructuración.

De lo anterior surge la pregunta sobre si cabe un escenario en el que a pesar de verificarse favorablemente la racionalidad en si misma de la operación de reestructuración e incluso haberse fijado una compensación adecuada por la transferencia de activos y la incursión en gastos de reestructuración, ésta finalmente no se adecue al PLC por no ser racionales los condiciones fijadas o acaecidas en la modificación sustancial o resolución de las relaciones comerciales/contractuales. La respuesta ha de ser que sí, aunque con el matiz de que en la práctica no será fácil hallar tal escenario, pues lo cierto es cuando una operación de esta naturaleza entre partes vinculadas no supera el “juicio de racionalidad”, no lo suele hacer en su globalidad, es decir, en la mayoría de sus términos; dicho de otro modo, lo habitual es que si los términos de la resolución o modificación sustancial no son racionales ni adecuados al PLC, tampoco lo fueran de por sí las condiciones de la operativa comercial o el propio planteamiento de la operación de reestructuración. Sin

⁷⁹ Una vez más, no se debe olvidar que la ausencia o disminución de intereses divergentes entre las partes se traduce habitualmente en estos casos en la ausencia de cláusula indemnizatoria a favor de la empresa afectada cuya posición es más débil.

embargo, como hipótesis es plausible, por cuanto el juicio sobre la racionalidad de la operación y su adecuación al PLC no se cierra completamente hasta verificar que la modificación sustancial o terminación de la relación comercial/contractual también participan de esas cualidades.

Finalmente, a efectos meramente enunciativos, se identifican diferentes aspectos que se deben de tener en cuenta para el análisis sobre la racionalidad de las condiciones comerciales/contractuales fijadas por las partes con vistas a la resolución o modificación sustancial de las mismas:

- A) La inversión que tuvo que realizar la empresa afectada.
- B) La viabilidad de uso y destino futuro de los activos que se adquirieron para la realización de la actividad que ahora cesa o se modifica sustancialmente
- C) Si la empresa afectada tuvo que centrar su actividad en un solo producto.
- D) Si por el tipo de actividad, el acuerdo comercial conlleva su mantenimiento durante un plazo mayor de tiempo para exigir rentabilidad.
- E) Si por las circunstancias de la operación, el cese o modificación sustancial de las condiciones de la operación exige un plazo mayor de preaviso.
- F) Si durante la operativa, la política de precios de transferencia establecida incluía ya un plus de riesgo a favor de la entidad afectada, que suponía un mayor precio de venta de sus productos al grupo.

4.4.- Quién debe asumir el pago de la indemnización a favor de la entidad reestructurada y si un tercero distinto de las partes directamente implicadas en la operación lo asumiría

La sección E4 de la Parte II del capítulo IX⁸⁰ de las Directrices cierra el debate planteando no sólo si cabe indemnización sino qué entidad debería y estaría

⁸⁰ Apartados 9.116 a 9.122 de las Directrices.

dispuesta a hacer frente a la misma, conforme al PLC. En efecto, tras enumerar de nuevo los elementos de análisis a que se hacía referencia en apartados anteriores e insistir en la importancia de ir caso por caso y examinar las circunstancias que rodean la operación, activos y riesgos de cada parte, si finalmente se concluye que cabría considerar la exigencia de un derecho de compensación indemnizatoria, es entonces cuando esta sección introduce la doble pregunta sobre:

- a) Cuál de las partes debería asumir dicho coste y
- b) Si, conforme al PLC, un tercero distinto de las partes directamente involucradas en la reestructuración estaría dispuesto a ello (al pago).

Para resolver el enigma, el aspecto clave que introduce el apartado 9.116 de las Directrices es el de la identificación de quién sale beneficiado por la reestructuración, es decir, qué parte ve mejorada su posición económica como consecuencia de la resolución o modificación de las condiciones comerciales/contractuales, y cual todo lo contrario.

A la anterior añadiría otra que no mencionan las Directrices pero que en la práctica es relevante a los efectos de identificar la entidad que, en su caso, debe pagar la compensación indemnizatoria; nos estamos refiriendo a qué alternativa se le da o le queda a la parte directamente afectada (en sentido negativo) por la resolución o modificación contractual, en la situación post reestructuración.

A este respecto, cabe indicar que el grupo en general siempre sale beneficiado por la reestructuración, por cuanto de lo contrario no se tomaría la decisión, pero a partir de ahí surgen diversas situaciones que, combinadas con la existencia o no de alternativas para la parte directamente afectada y el beneficio que las otras partes esperan obtener en la situación post reestructuración, dan lugar a diversos posibles escenarios:

- 1º) Que además resulte directamente beneficiada una tercera entidad del mismo grupo o incluso ajena al mismo.

Sería el caso, por ejemplo, de una factoría ubicada en China (perteneciente al mismo grupo o independiente) a la que el grupo decide trasladar una actividad fabril que hasta ese momento realizaba una filial ubicada en otra jurisdicción; en este escenario, la factoría China igual estaría dispuesta a asumir total o parcialmente el pago de la compensación indemnizatoria siempre que ésta fuese inferior a los beneficios esperados de la adjudicación de la nueva operativa fabril.

2º) Que además la propia entidad directamente afectada por la reestructuración resulte posteriormente también beneficiada por la misma, adjudicándosele, por ejemplo, otra actividad o cometido en la situación post reestructuración.

En este sentido, lo cierto es que es difícil hallar el pago directo de una compensación indemnizatoria por la pérdida de rentabilidades futuras en acuerdos entre empresas vinculadas; y es que en términos de la lógica comercial y económica de un grupo, en mi opinión, no tiene mucho sentido este tipo de cláusula. En estos casos, lo exigible es que el grupo, al margen de compensar adecuadamente por la transferencia de activos que se produzca, facilite una alternativa de actividad económica a la filial afectada y asuma el coste de reorganizar la misma,⁸¹ de modo que dicha alternativa venga a sustituir la posible exigencia de compensación indemnizatoria por la resolución o modificación sustancial de las relaciones contractuales. Sólo si habiendo derecho a dicha compensación y la decisión tomada por el grupo llevase al cese total de la actividad objeto de reestructuración sin facilitar continuidad alguna a la entidad afectada a través de otra actividad, se plantearía en coherencia la exigencia de una compensación de naturaleza indemnizatoria basada en la rentabilidad futura perdida; y ello por cuanto la resolución o

⁸¹ En mi opinión, en este caso no cabe aplicar el supuesto del ap. 9.112, a tenor del cual se plantea que ambas partes compartan los costes de la reorganización, pues claramente las condiciones acordadas inicialmente no se adecuaban totalmente al PLC.

modificación sustancial de las relaciones contractuales no ha superado el examen de racionalidad que, no se debe olvidar, es premisa ineludible.⁸²

3º) Que ninguna de las otras partes implicadas salga especialmente beneficiada, más allá del grupo.

En este supuesto, la utilización del término “especialmente” no es baladí, por cuanto no se pretende afirmar que ninguna de las otras entidades implicadas en la reestructuración no salga favorecida por la operación, por cuanto es claro que, siguiendo con el mismo ejemplo, hay una entidad (la adjudicataria) que va a recibir la actividad que realizaba la empresa directamente afectada por la reestructuración, sino que el beneficio esperado que va a suponer la actividad adjudicada no excede el coste de la compensación indemnizatoria que, en derecho, pudiera exigir aquélla. En este escenario, es el grupo el único beneficiado, por lo que sólo éste, representado por la entidad última que ha tomado la decisión, debe asumir en su caso el pago de la compensación indemnizatoria si finalmente es exigible. De ser así y pagar el grupo, nada habrá que objetar.⁸³

A modo de cierre de esta sección, sirva el siguiente ejemplo, que parte de la premisa de que la operación de reestructuración en sí misma es racional, esto es, cumple el juicio del “elemento definitorio normativo” al responder a una lógica comercial y no identificarse alternativas más viables.

Supuesto práctico XVII: exigencia de compensación indemnizatoria

La entidad holding P de un grupo tomó la decisión de que la principal empresa distribuidora del grupo, la entidad A, firmase un contrato de fabricación bajo encargo con la filial B para la puesta en marcha de la fabricación de una línea de productos nuevos, que otorgó a la filial,

⁸² Por el contrario, e insistimos una vez más, aun cuando no se le dé una alternativa de continuidad a la entidad afectada, si la resolución o modificación sustancial de las relaciones contractuales (la reestructuración) se adecúa al PLC, esto es, es racional, habiéndose compensado adecuadamente por la transferencia de activos y gastos de la operación, no cabe exigir indemnización alguna, siendo una decisión del grupo que se debe respetar.

⁸³ Vid. Nota 10 de este capítulo.

centrando ésta toda su actividad fabril en la producción de dicho producto, abandonado el resto de líneas. Para adaptar toda su maquinaria al nuevo producto, la filial tuvo que realizar una fuerte inversión. El acuerdo de fabricación entre A y B se estableció por 15 años, pactándose una política de precios de transferencia basada en un Coste Incrementado en un 18%, porcentaje que se halla en la mediana de rentabilidad de empresas comparables independientes seleccionadas según un estudio de benchmarking realizado. Transcurridos 5 años, la holding P decide trasladar la producción a su factoría ubicada en China (filial CH), por lo que A rescinde el acuerdo con la filial B con un preaviso de 1 mes, comprometiéndose A, eso sí, a adquirir todo el stock de productos fabricado hasta la fecha de cese de la actividad. En este supuesto, varios son los aspectos a considerar.

A) Se plantea en primer lugar la existencia o no de cláusula de rescisión anticipada. Entre independientes es claro que sí, ligado a plazos generosos de preaviso y a la existencia o no de indemnización en función del tiempo transcurrido y respeto del preaviso. Por el contrario, hay que reconocer que entre vinculados este tipo de cláusula, en los términos indicados, no es fácil de encontrar, siendo lo habitual que el grupo o matriz incluya una cláusula que simplemente le permita resolver anticipadamente el contrato con un mínimo preaviso. Por tanto, cabe concluir que, en este aspecto⁸⁴, las condiciones pactadas al inicio no se adecuaban totalmente al PLC, pero a partir de aquí habrá que valorar los riesgos asumidos por la filial y la situación actual en que queda esta.

B) La filial B asumió en un inicio un riesgo financiero ligado a la inversión realizada. El riesgo financiero puede ser mayor o menor en función de si se trata de financiación externa o del grupo, o de si pactó algún tipo de cobertura, pero en cualquier caso la inversión ligada a la financiación responde a un planteamiento a largo plazo en aras a rentabilizar la misma, por lo que claramente una empresa independiente habría pactado una cláusula indemnizatoria en caso de resolución anticipada del contrato. Este tipo de cláusula suele pactarse a un importe alzado considerando la inversión realizada y el tiempo transcurrido, aunque en el seno de grupos multinacionales no es habitual y de darse, este tipo de estipulación se sustituye por la posibilidad de que el grupo o la empresa directamente beneficiada por la reestructuración recompre los activos afectos a la actividad. Por consiguiente, de no haberse incluido dicha cláusula en el contrato de fabricación, entendemos que en el momento de la reestructuración el grupo debería igualmente acordar la recompra de los activos afectos a la actividad que cesa. En el ejemplo se plantea quién debe asumir el coste de recompra, A o la holding P. Respecto al stock, ya se indica que es A, opción lógica y habitual en la práctica empresarial pues era esta empresa quien adquiriría la mercancía con normalidad y, como decimos, tiene lógica empresarial que siga haciéndolo hasta que B agote su inventario. Pero y el resto de activos (maquinaria, instalaciones, etc.) afectos a la actividad fabril de B que ahora cesa? La clave es establecer quién ha tomado la decisión y si existe otra empresa implicada en la operación a quién pudiera interesar la adquisición. Respecto a lo primero, es claro que la decisión la toma la holding P, no la filial A; a lo segundo, aparece aquí la filial de China (CH) adjudicataria, quien podría asumir el coste siempre y cuando necesitase de dichos activos. De no existir tal necesidad en CH, debería ser P quien recomprase el resto de activos

⁸⁴ Remarcamos que nos referimos sólo a este aspecto, pues todo parece indicar que la política de precios de transferencia vigente durante la operativa sí era adecuada al PLC, si bien no cabe entender que los precios pactados incluyesen ya una posible compensación por rescisión anticipada de la relación comercial al situarse el porcentaje rentabilidad en la mediana de empresas independientes comparables.

afectos a la actividad fabril, por cuanto es claro que en principio A no tiene que asumir dicho coste al no haber tomado la decisión.⁸⁵

C) La filial B asumió también un riesgo de mercado al focalizarse exclusivamente en un solo producto, hecho que, junto al plazo de preaviso de 1 mes, no deja opción alguna a la entidad para reorganizar su actividad y además supone claramente una pérdida más o menos segura de beneficios futuros. Por tanto, en ese caso, cabe entender que una entidad independiente habría pactado un plazo de preaviso mayor así como una compensación económica por la rentabilidad a futuro que pierde.⁸⁶ A este respecto, en el seno de grupos multinacionales, lo cierto es que los plazos de preaviso, si los hay, suelen ser cortos y a favor de la entidad matriz o “fuerte” de la relación comercial, si bien si se identifican fácilmente cláusulas de adquisición de stocks como la indicada en el enunciado, con lo que, a falta de una valoración adecuada del mismo, cabe entender que ésta última cumple la función de la primera.

Por tanto, nos queda sólo valorar si la pérdida de rentabilidad futura puede dar lugar o no a la exigencia de una compensación indemnizatoria. En este sentido, sólo si la decisión tomada por P llevase al cese total de actividades de B (por cuanto sólo realizada una, la que cesa) y no se le diese una “salida” (una nueva actividad o cometido) en la situación post-reestructuración⁸⁷, se plantearía en coherencia la exigencia de una compensación basada en la rentabilidad futura perdida por la rescisión temprana del acuerdo;⁸⁸ y ello por cuanto de darse tal situación entre partes independientes, la entidad perjudicada exigiría tal compensación al verse obligada a cesar en su actividad sin alternativa posible, al menos inicialmente, por lo que de no resultar compensada B, cabría entender que la resolución del contrato/acuerdo comercial no es racional.

Respecto a quién debe asumir el pago de la indemnización de acuerdo al PLC, la respuesta varía en función de en cuál de los dos escenarios antes indicados nos hallamos, el 1º o el 3º:

1º) Si CH resulta beneficiada, debería asumir total o parcialmente con P el coste de la indemnización a B. Incluso cabría plantear si A debería asumir parte si, por ejemplo, a partir de ahora ve reducido el coste de compra de las mercancías por el hecho de que pasa a ser CH la fabricante.

3º) Si sólo resulta beneficiado el grupo, por las ya nombradas “sinergias” logradas, por ejemplo, debería ser P quien asumiese el coste de la indemnización a B.

⁸⁵ Sin perjuicio de ello, la realidad puede dar lugar a escenarios o situaciones de todo tipo, por lo que nunca se puede ser taxativo al 100%. Imaginemos, por ejemplo, que a partir del momento en que CH fabrique en lugar de B, el precio de transferencia de compra de la mercancía sea algo inferior, hecho que beneficiará a A, por lo que cabría plantearse, aunque de forma algo forzada, si esta última debería o no asumir parte del coste de recompra de los activos, junto con CH.

⁸⁶ Y que conforme al apartado 9.114 de las Directrices, daría lugar a una renta sujeta a tributación en el país de residencia de la entidad afectada por la reestructuración.

⁸⁷ Escenario b) antes indicado.

⁸⁸ Por cuanto de dársele dicha “salida” en virtud de una actividad económica alternativa a realizar a partir de ahora, ésta sustituiría a la indemnización.

5.- CONCLUSIONES DE ESTE CAPÍTULO

5.1.- En general

1ª.- La reasignación de funciones y riesgos inherente a toda reestructuración conlleva así mismo unos efectos económicos directos e indirectos por las transferencias de activos y/o actividades y la modificación sustancial o resolución de las relaciones comerciales/contractuales y que se reflejan a través de la denominada “compensación”, que se debe validar también al albur de la normativa de Precios de Transferencia, conformando el que se ha denominado como “Elemento Definitorio Económico” en el modelo de análisis y validación de estas operaciones propuesto.

2ª.- No cabe considerar la “compensación” como un derecho de indemnización por daños y perjuicios ni como un derecho de devengo automático en todo caso, sino más bien como un derecho –interés legítimo- ligado al elemento económico de la operación, en especial al valor de los activos y actividades que se transfieren en ésta y a los costes que ocasiona la misma, que actúa como mecanismo garantista para asegurar que la reestructuración, también en su aspecto económico, se adecúa al PLC.

3ª.- Para la fijación del valor o precio de transferencia por activos y actividades, las Directrices se remiten en general a las normas internacionales de valoración y contabilidad, que se deben utilizar conjuntamente con un análisis pormenorizado de las circunstancias que rodean la operación, la existencia de potenciales comparables independientes y la utilización de los métodos de valoración tradicionales de Precios de Transferencia o, complementariamente, los propios del ámbito económico financiero, especialmente cuando se trate de activos intangibles y los primeros (los métodos tradicionales) no sean fiables.

4ª.- Sólo cuando la reestructuración en sí misma, reflejada en la modificación sustancial o terminación de las relaciones comerciales/contractuales, no es racional y, por tanto, no se adecua al PLC, la “compensación” asume cierta naturaleza indemnizatoria. Por tanto, cabe la hipótesis de que aun siendo inicialmente racional

la reestructuración en sí misma (Elemento Definitivo Normativo), no lo sea su reflejo concreto en la terminación o modificación sustancial de las relaciones comerciales/contractuales, por lo que igualmente cabría plantear la exigencia de una compensación de naturaleza indemnizatoria. En cualquier caso, para concluir definitivamente sobre su reivindicación, se deberá analizar además (i) si existe acuerdo o contrato escrito y el mismo incluye cláusula indemnizatoria, (ii) en caso afirmativo, si ambos se adecúan al PLC y (iii) las circunstancias que rodearon la relación contractual (análisis funcional)

5ª) Fijada la exigencia de compensación indemnizatoria, el análisis sobre quién resulta beneficiado por la reestructuración identificará la entidad que debe asumir el pago de aquella, así como si un tercero distinto de las partes directamente afectadas estaría dispuesto a asumirlo.

5.2.- En particular respecto a la transferencia de activos intangibles

6ª) La transferencia de activos intangibles en operaciones de reestructuración es uno de los aspectos más complejos y polémicos de las operaciones de reestructuración empresarial.

Complejo, por diversos motivos:

- Las dificultades en la identificación y definición sobre qué es un intangible, por cuanto las Directrices no incluyen claramente una definición sino más bien una categorización o clasificación de los mismos que, en cualquier caso, no está plenamente consensuada a nivel internacional. De ahí que la tendencia actual de la OCDE sea no tanto la de entrar en esta discusión conceptual, sino más bien en dilucidar cuándo cabe entender que existe un intangible a efectos de Precios de Transferencia.
- Las exigencias que implica su valoración más allá de los métodos tradicionales de Precios de Transferencia, aceptándose plenamente el uso de metodologías de análisis económico-financieros e identificando

los elementos claves a considerar, así como adquiriendo relevancia el método del Reparto de Beneficio o *profit Split* como análisis indirecto a los efectos de asegurar que el precio de transferencia que finalmente retiene o se imputa cada parte, realmente responde a las funciones realizadas, riesgos asumidos y activos implicados por cada una de ellas en la operación analizada.

- La incidencia que el grado de incerteza pueda finalmente tener en la fijación del precio (del valor) y en las condiciones de la operación.

Polémico, por:

- La proliferación en los últimos años de operaciones de reestructuración en las que se han transferido activos intangibles, en muchas ocasiones sin compensación alguna.
- La no atención al punto de vista individual de la entidad afectada, en especial al no analizar su implicación en la creación de valor y la generación de rendimiento, en ambos casos vinculado al intangible cedido.
- La coexistencia en el tiempo de estas operaciones con otras de pura planificación fiscal y que han sido calificadas de agresivas dentro del marco del Plan BEPS impulsado por la OCDE/G20. En este sentido, el ejemplo clásico y en el que tal vez por ello más se centran las Directrices es el de la centralización de los intangibles en una sola entidad, supuesto que linda con las situaciones de planificación fiscal agresiva cuando no se identifican sólidas razones de negocio o empresariales para la operación y/o la transferencia de los intangibles no conlleva la de las funciones y riesgos inherentes a los mismos; la anterior situación “dudosa” se ve acuciada si, a mayor abundamiento, resulta que la entidad receptora de los activos reside en un territorio de baja tributación y/o retiene una elevada remuneración por la cesión de aquéllos aun cuando adolezca de actividad relevante ligada a los intangibles.