

ANTONIA ANGUITA MORERA

**COMERCIO INTERNACIONAL Y
LOS PRECIOS DE TRANSFERENCIA
INTERNACIONALES**

Prólogo de
Joan Pagès i Galtés

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES

2012

PRÓLOGO

El fenómeno conocido en términos mediáticos como «globalización» está adquiriendo tal alcance que influye decisivamente en la práctica totalidad de los aspectos humanos, y, por supuesto, las relaciones jurídico-financieras no constituyen una excepción.

Digo esta obviedad porque, precisamente, la globalización está potenciando sobremanera la creación de grupos empresariales que se internacionalizan vía su expansión a través de filiales u otras formas societarias, lo cual propicia a su vez la elaboración de argucias propias de la ingeniería fiscal para que las multinacionales busquen una menor tributación global a costa de desvirtuar el precio de mercado.

El esquema básico es así de simple: i) Imaginemos que en un país (el país «A») el tipo impositivo efectivo de las rentas empresariales está al 30 por 100, mientras que en otro país (el país «B») está al 10 por 100. ii) Imaginemos también que un grupo empresarial obtiene unos beneficios globales de 2.000 unidades monetarias, derivadas de las 1.000 u.m. que obtiene la sociedad ubicada en el país «A», por la cual tributará 300 u.m. (30 por 100 de 1.000), y de las 1.000 u.m. que obtiene su filial ubicada en el país «B», por la cual tributará 100 u.m. (10 por 100 de 1.000). La tributación global por las 2.000 u.m. será pues de 400 u.m. (300 + 100). ii) En cambio, si el grupo empresarial decidiese que los precios de los bienes y servicios que se prestan entre sí ambas empresas fuese tal que la sociedad del país «A» pagara a la sociedad del país «B» un importe superior al del mercado, de tal manera que, por ejemplo, el resultado final fuera que aquélla obtuviera unos beneficios de 500 u.m. y ésta de 1.500 u.m., tendríamos que por las 500 u.m. de la sociedad «A» se pagaría un impuesto de 150 u.m. (30 por 100 de 500), mientras que por las 1.500 u.m. de la sociedad «B» se pagaría un impuesto de 150 u.m. (10 por 100 de 1.500). La tributación global por las 2.000 u.m. sería, pues, de 300 u.m. (150 + 150), lo que supondría un ahorro fiscal de 100 u.m. (400 – 300).

Es en torno a este supuesto de operación vinculada donde se forja la teoría de los precios de transferencia, pues las multinacionales se ven impulsadas a diseñar aquellas políticas de precios que mejor se adapten a sus estructuras descentralizadas, buscando no ya sólo la eficacia de su organización, sino también una menor tributación, con lo que el concepto de coste-oportunidad va más allá del aspecto mercantil para adentrarse en el fiscal. Es decir, la teoría de los precios de transferencia, amén de procurar una sana relación comercial entre las empresas del grupo consideradas analíticamente, pretende una minoración de la carga fiscal del grupo empresarial considerado sintéticamente.

La clave, por ende, estriba en: i) Con relación a las empresas, identificar la existencia de precios de transferencia de acuerdo al origen y naturaleza de las operaciones del grupo a los efectos de planificar la política empresarial que permita anticipar y administrar las consecuencias organizativas y económico-fiscales derivados de los mismos. ii) Con relación a la Administración tributaria, prevenir y reprimir la evasión fiscal vía precios de transferencia.

Ciertamente el estudio de esta teoría no es en absoluto novedoso y, ni qué decir tiene, la normativa jurídico-financiera viene ocupándose de la misma desde hace décadas. La novedad está, por un lado, en la profusión cuantitativa que en los últimos tiempos adquieren las operaciones vinculadas y, por otro lado, en el empleo de fórmulas cada vez más sibilinas para sortear las normas antifraude.

En este marco se comprenderá la necesidad de estudios rigurosos sobre la temática que nos ocupa, y por ello, me siento feliz de prologar una monografía como la presente elaborada por la profesora Antonia Anguita Morera.

Se trata de un trabajo, fruto de la tesis doctoral de su autora, dirigida por el Dr. Ángel Urquizu Cavallé, profesor titular de universidad de Derecho financiero y tributario (Universidad Rovira i Virgili), por la que obtuvo la máxima calificación en su defensa ante el Tribunal constituido por los Dres. José Juan Ferreiro Lapatza, catedrático de Derecho Financiero y Tributario (Universidad de Barcelona); Ana Pita Grandal, catedrática de Derecho Financiero y Tributario (Universidad de Vigo), Pasquale Pistone, catedrático de Derecho Financiero y Tributario (Universidad de Economía de Viena); Antonio López Díaz, catedrático de Derecho Financiero y Tributario (Universidad de Santiago de Compostela), y el que subscribe estas líneas.

A mi juicio, lo más destacable de la monografía es el empeño en compaginar dogmática y práctica, ocupándose de los problemas reales que en la actualidad presenta la aplicación de las normativas interna e internacional sobre los precios de transferencia.

Como es natural, el estudio de la normativa interna se centra en la del Estado español. Sin embargo también se ocupa profusamente del Derecho

comparado. Las prolongadas estancias de la autora en el extranjero y sus excelentes conocimientos del inglés, italiano y chino, le han permitido conocer en vivo e in situ tales problemas y familiarizarse con sus respectivas regulaciones, contrastando los avances de su investigación con docentes y operadores locales, lo cual explica que los apartados de Derecho comparado con el Reino Unido o la China rezumen tanta originalidad en su precisión.

En fin, no quiero prolongarme más en el prólogo, ya que el libro es de su autora y lo más interesante está en el cuerpo del trabajo. Vaya con ello mi felicitación a ella y a todos los que tengan la oportunidad de utilizarlo, pues estoy convencido que no se verán decepcionados, en la medida que les transferirá unos conocimientos que difícilmente se pueden adquirir a un precio tan atractivo como el de la lectura de un libro.

Joan PAGÈS I GALTÉS

Catedrático de Derecho Financiero
de la Universitat Rovira i Virgili
Tarragona-Reus

INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas, el comercio y la inversión internacional se han expandido notablemente, incrementando las transacciones multilaterales entre grupos empresariales de diferentes países.

La incidencia de los precios de transferencia sobre el comercio internacional es un aspecto esencial de la planificación empresarial a nivel mundial.

Este estudio se va a centrar principalmente en los aspectos fiscales de las transacciones entre sociedades vinculadas, prestando especial atención a las transacciones de las empresas españolas con otros países de la Unión Europea, Asia y América Latina.

En este sentido, se considera necesario el análisis de la situación de los precios de transferencia respecto a países con los que España tiene una especial vinculación empresarial en los últimos años, como Argentina, China y Reino Unido.

La internacionalización de grupos empresariales, que se expanden través de filiales u otras formas societarias, han hecho necesario una regulación de los precios de transferencia entre matriz-filial y/o partes vinculadas, para la creación de un mercado justo y competitivo, siguiendo las normas de mercado y el principio de libre competencia e impidiendo que las multinacionales utilicen su política de precios para tributar en Estados con unos tipos impositivos inferiores o nulos.

Asimismo, el esfuerzo de Gobiernos de distintos países en atraer inversión extranjera a sus jurisdicciones a través de una tributación baja o inexistente, ha propulsado a multinacionales a establecerse en esos países, para beneficiarse de los tipos impositivos inferiores y trasladar beneficios a través de precios de transferencia no acordes al principio de libre competencia, favoreciéndose de los incentivos ofrecidos por dichos países.

De esta manera, la necesidad de una regulación homogénea a nivel internacional sobre aspectos fiscales de las transacciones entre partes vinculadas se ha hecho más latente debido al auge de estas empresas multinacionales, las cuales plantean cuestiones fiscales cada vez más complejas tanto para las Administraciones tributarias como para las propias empresas multinacionales, ya que no se pueden considerar aisladamente las normas de tributación de las empresas multinacionales de cada país, sino que deben ser abordadas en un contexto internacional amplio¹.

Por una parte, las empresas multinacionales deben cumplir con requisitos legales y administrativos que posiblemente difieren de un país a otro, los cuales crean problemas adicionales, como por ejemplo costes más altos de cumplimiento que aquéllos en que incurriría una empresa similar que operase únicamente dentro de una sola jurisdicción fiscal.

Por otra parte, para las Administraciones tributarias pueden surgir problemas específicos tanto en el ámbito político como en el práctico².

Además, como expone CRUZ PEDAL una correcta utilización de precios de transferencia les permite a las empresas multinacionales reducir la carga fiscal de los rendimientos que obtienen, siendo unos de los instrumentos más relevantes en la planificación fiscal internacional³.

No obstante, aunque se intenta crear una homogeneidad globalmente sobre regulación de los precios de transferencia, como señala GARCÍA PRATS, difícilmente puede hablarse de una regulación tributaria homogénea o típica de reacción contra los precios de transferencia entre entidades vinculadas multinacionales. De hecho existe una gran disparidad entre las normativas tributarias estatales que reaccionan contra la práctica de los precios de transferencia. Disparidad que se manifiesta tanto en la forma como en el contenido, así como en el alcance, la dimensión y el grado de complejidad, los efectos tanto primarios como secundarios en los requisitos formales y procedimientos, en cuanto a las técnicas para su aplicación, en el diferente grado de su exigencia administrativa o incluso en el grado de preparación y predisposición por parte de la Administración para hacer utilizar los mecanismos legales a su servicio, por citar sólo los dos aspectos diferenciales más importantes⁴.

¹ Par. 1 Directrices Aplicables en Materia de Precios de Transferencia a Empresas Internacionales y Administraciones Tributarias de OCDE de 1979, última revisión 1999.

² Como señala el párrafo 4 de las Directrices, en el ámbito de la política, los países tienen que compatibilizar sus derechos legítimos de gravar los beneficios de un contribuyente en función de sus ingresos y gastos que pueden considerarse razonablemente como obtenidos en su territorio, con la necesidad de evitar la tributación de esa misma renta en más de una jurisdicción tributaria. Esta tributación doble o múltiple puede obstaculizar las operaciones de bienes y servicios y los movimientos de capitales transfronterizos. En la práctica, la atribución de tales ingresos y gastos por parte de un país puede verse entorpecida por las dificultades para obtener los datos necesarios situados fuera de su propia jurisdicción.

³ I. CRUZ PEDAL, «Precios de transferencia: Delimitación y modificación por la Ley de Medidas para la Prevención del Fraude Fiscal», *Carta Tributaria-Monografías*, 1.ª quincena de abril de 2007, p. 3.

⁴ F. A. GARCÍA PRATS, «Los precios de transferencia: su tratamiento tributario desde una perspectiva europea», *Estudios y Notas/Crónica Tributaria*, 2005, pp. 34-35.

Por tanto, en este estudio se hace un análisis sobre los Precios de Transferencia entre partes vinculadas en relación a las Directrices Aplicables en Materia de Precios de Transferencia a Empresas Internacionales y Administraciones Tributarias de OCDE, las cuales se consideran referencia a nivel mundial en materia de precios de transferencia.

La aplicación de los precios de transferencia en nuestro país y en otros tres modelos como Argentina, Inglaterra y China de Derecho comparado, que consideramos que pueden ser paradigmáticos debido al flujo de transacciones efectuadas entre empresas asociadas.

Como hemos señalado, la elección en este estudio de los países mencionados radica principalmente en la importancia de las transacciones entre España y las empresas asociadas de estos países.

En esta línea, haremos una breve referencia a los tres Estados mencionados.

Por lo que hace referencia a China, es sabido que en las últimas décadas la apertura comercial internacional de este país ha atraído la inversión directa española y prácticamente de todos los países desarrollados, atendiendo a los beneficios fiscales existentes y al bajo coste de producción.

De todos modos, las normativas implementadas en los últimos años en la China han tenido un carácter de regularización fiscal, suprimiendo los incentivos que habían utilizado como estrategia para atraer la inversión extranjera. Anteriormente la Administración tributaria de China no prestaba la atención necesaria a la tributación de las empresas foráneas, la liquidación de impuestos se pactaba, y era muy inferior a la que en la práctica debía ser.

En la actualidad, los incentivos fiscales han ido desapareciendo gradualmente desde la implementación de la Ley sobre impuestos sobre la renta de empresas de 2007⁵, se han regulado los precios de transferencia en el año 2009 con la implementación de las Medidas para la Implementación de Ajustes Fiscales Especiales y se ha publicado una circular sobre inspecciones tributarias, con lo que se pretende tener un control más exhaustivo de la tributación de las empresas foráneas sobre los precios de transferencia.

La aplicación de esta nueva normativa es muy importante para las sociedades españolas con filiales u otras formas de empresas asociadas ubicadas en territorio de la RP de China.

Por otra parte, Argentina es un mercado muy atractivo para las sociedades españolas y viceversa.

Los problemas político-económicos acaecidos en las últimas décadas en Argentina fueron inicialmente un inconveniente para las inversiones es-

⁵ *Ley del Impuesto sobre la Renta de Empresas, adoptada en la 5.ª de Sesión del X Congreso Nacional Popular de la República Popular de China, el 16 de marzo de 2007.*

pañolas. La posterior deflación que sufrió la moneda argentina a principios del siglo XXI abrió una puerta a este mercado para las empresas españolas⁶. Aunque la situación ha cambiado, por motivos políticos y coyunturales, sigue siendo objetivo prioritario de la inversión española, por lo se ha creído conveniente tratar en este estudio a este país, especialmente en referencia a las transacciones entre sociedades vinculadas.

En tercer lugar, se ha decidido incluir a Reino Unido en este estudio, por dos razones principales: primero debido a que España fue el mayor inversor en el país, en términos de flujos de inversión, con un total de 34.370 millones según los últimos datos del National Statistics sobre Inversiones Extranjeras Directas⁷. Asimismo, España fue en 2008 el principal destino de inversión directa extranjera del Reino Unido, con un total de £21.5 billones o el 25 por 100 del total de los flujos de inversión foránea⁸. Y en segundo lugar, por su sistema legislativo de *common law* que diverge como fuente de derecho del existente en Argentina, China y España, que como es sabido se basan en el sistema civil.

Por otra parte, como se ha señalado, la manipulación de los precios de transferencia entre empresas asociadas puede tener para los Estados mencionados un impacto negativo en la recaudación de impuestos, debido que las empresas asociadas utilizan los precios de transferencia para trasladar beneficios de una jurisdicción a otra con cargas impositivas inferiores, buscando las multinacionales un ahorro fiscal.

Por tanto, la regulación de las transacciones entre empresas vinculadas o asociadas es de máxima necesidad para evitar el fraude fiscal, mediante la manipulación de precios. No obstante, el párrafo 1.2 de la Directrices de la OCDE sobre precios de transferencia y empresas multinacionales de 1975 (en adelante Directrices) expone que «la consideración de los precios de transferencia no debería confundirse con la consideración de los problemas del fraude o de la elusión fiscal, aun cuando las políticas de precios de transferencia puedan ser utilizadas para dichos fines» debido a que tal término es neutral.

Como dice GARCÍA PRATS la regulación tributaria de los precios de transferencia no constituye el más importante y más depurado mecanismo de que disponen las Administraciones tributarias para combatir la evasión fiscal. Junto a la regulación de los precios de transferencia existen otras técnicas utilizadas simultánea o paralelamente y que en la actualidad ostentan igual o mayor protagonismo. Existen algunas técnicas, como la normativa contra la subcapitalización, cuya delimitación con los precios de transferencia apa-

⁶ Véase *Territorio y Actividad Económica*, Ministerio de Industria, Industria y Comercio, 2007, p. 103.

⁷ A. SHALLCROSS, *Inversiones Extranjeras en Reino Unido*, Oficina Económica y Comercial de la Embajada de España en Londres, 2008.

⁸ Como se puede observar, las sociedades españolas en 2005 invirtieron 1.871 millones de euros en Argentina, en comparación con los 200 millones de inversión en el 2004.

Statistical Bulletin: «Foreign Direct Investment 2008», Reino Unido, diciembre de 2009, <http://www.statistics.gov.uk/pdfdir/fdi1209.pdf>.

rece en ocasiones confusa. Otros mecanismos para atajar la evasión fiscal internacional y *conseguir* la equidad tributaria son la transparencia fiscal internacional, o los impuestos de salida —*exit taxes*—. Existe, finalmente, una importante variedad de mecanismos genéricos de lucha contra el *fraude* al *abuso* fiscal, mediante los que pretende atajarse también la evasión fiscal internacional⁹.

Por ende, la regulación de los precios de transferencia es necesaria en el ámbito del comercio internacional, y se basa en el principio de libre competencia (*arm's Length principle*), considerando las transacciones entre los diferentes miembros de un grupo multinacional como si se tratara transacciones entre empresas independientes, en lugar de considerarlas partes de una sola empresa unificada.

Por otro lado, los ajustes de las transacciones vinculadas para que sean acordes al principio de libre competencia tienen dos problemáticas principales: el riesgo de una doble imposición tributaria sobre las mismas rentas y la dificultad de acordar el valor bajo este principio entre las diversas Administraciones tributarias que se vean involucradas.

Para el problema de la doble imposición tributaria los Estados recurren al art. 9 de los Convenios para evitar la doble imposición de la OCDE, pero el problema radica muchas veces en que unas mismas rentas se consideran de forma diversa en cada Estado, por eso es necesario una limitación correcta de las rentas.

Y para el problema de la dificultad en el acuerdo de la valoración existen las Directrices de la OCDE, que establece el *arm's length principle*.

1. Los precios de transferencia

Los precios de transferencia son aquellos precios por los cuales una empresa transfiere bienes físicos, intangibles, o proporciona servicios a sus empresas asociadas¹⁰. Estos precios han de basarse en el principio de libre competencia, el cual será objeto de análisis posteriormente.

El Tribunal Supremo, en la Sentencia de 19 de enero de 1996, señala que el Derecho comparado y la doctrina científica denominan precios de transferencia («*transfer prices*») a aquellos que utilizan y pactan entre sí sociedades sometidas al mismo poder de decisión, circunstancia que permite a través de la fijación de precios convenidos entre ellas, transferir beneficios o pérdidas de unas a otras, situadas las más de las veces en países distintos.

⁹ F. A. GARCÍA PRATS, «Los precios de transferencia...», *op. cit.*, 2005, pp. 5-6.

¹⁰ Las directrices de la OCDE establecen que una «empresa asociada» es una empresa que cumple las condiciones fijadas en el art. 9, subapartados 1.a) y 1.b), del Modelo de Convenio Fiscal. Bajo estas condiciones, dos empresas están asociadas si una de ellas participa directa o indirectamente en la dirección, control o capital de la otra; o si «las mismas personas participan directa o indirectamente en la dirección, control o capital» de ambas empresas (por ejemplo, si ambas empresas se encuentran bajo un control común).

Las legislaciones fiscales de los países afectados tratan de impedir dichas transferencias de beneficios, que, dicho sea de paso, pueden tener motivos de diversa índole, incluso no fiscal, mediante la utilización de ajustes fiscales extracontables, resultado de aplicar a tal efecto precios de libre mercado entre sociedades independientes (*arm's length*).

El precio de transferencia puede definirse, también, como el precio fijado para un producto o servicio suministrado por parte de una entidad perteneciente a un grupo, a una entidad o parte de dicho grupo. La existencia de un precio de transferencia implica dos elementos: a) una transacción económica evaluable, b) que es realizada entre dos partes relacionadas o asociadas¹¹.

Asimismo, como establece Tulio ROSEMBUI¹² el precio de transferencia es una decisión u oportunidad de empresa y una decisión u oportunidad fiscal dentro de la organización que permite la autorregulación global del coste fiscal de las operaciones, respondiendo a la naturaleza propia de la vinculación de sus miembros.

Se ha de tener en cuenta que la manipulación de los precios pactados en transacciones entre empresas asociadas internacionales genera una erosión de la base imponible sobre la que se determina la imposición sobre la renta, por esto la importancia para las Administraciones tributarias de que las transacciones sean realizadas bajo precios de plena competencia y la base imponible en cada jurisdicción sea la correcta.

Sin embargo, no se ha de obviar que los precios de transferencia no sólo afectan a las transacciones internacionales, sino que también pueden darse a nivel nacional, pero en estos casos no se dan los problemas de doble tributación internacional. Por ende, los precios de transferencia internacionales son más difíciles de tratar porque involucran a más de una jurisdicción tributaria y, en consecuencia, cualquier ajuste de los precios de transferencia en una jurisdicción implica el ajuste correlativo pertinente en otra jurisdicción.

No obstante, si la otra jurisdicción no está de acuerdo en realizar un ajuste correlativo, el grupo multinacional tributará dos veces por esta parte de sus beneficios. Por tanto es necesario un consenso internacional de cómo determinar a efectos fiscales los precios de transferencia de operaciones transfronterizas con el objeto de reducir los riesgos de esta doble imposición. Por este motivo este estudio se centra en las transacciones internacionales.

Por otra parte, los precios de transferencia no sólo inciden en factores fiscales de impuestos sobre la renta, sino que también pueden afectar a la disminución de aranceles en las operaciones internacionales, pueden ser utilizados como mecanismos para transferir fondos de un Estado a otro, cuando existan normas de control de cambio que impidan la repatriación de beneficios, así como ser parte de la estrategia mercantil para penetrar en nuevas jurisdicciones o mercados.

¹¹ F. A. GARCÍA PRATS, «Los precios de transferencia...», *op. cit.*, 2005, p. 36.

¹² T. ROSEMBUI, «Precios de transferencia. Los acuerdos de costes», *Instituto de Estudios Fiscales*, 4/08 2008, p. 9.

Consecuentemente, el hecho de que cada tributo tenga sus propios parámetros de la valoración de las transacciones y a su vez diferentes métodos de valoración de las mismas, afecta directamente a la base imponible e igualmente al contribuyente a la hora de liquidar el impuesto debido a que a base imponible será diversa para cada tributo. Asimismo, la valoración contable de estas transacciones también tiene otro sistema de valoración agravando la carga administrativa para las sociedades.

En este sentido, los precios de transferencia son significativos tanto para los contribuyentes como para las Administraciones tributarias porque determinan en gran medida los ingresos y los gastos y, por ende, los beneficios gravables de las empresas asociadas situadas en diferentes jurisdicciones fiscales¹³.

Observando la problemática de los diferentes métodos de valoración de las transacciones para cada tributo y a afectación en la base imponible a cada tributo, ha de plantearse si sería resuelto con la unificación este concepto en todos los tributos y en la contabilidad.

Como señala GARCÍA PRATS la utilización de una correcta política de precios de transferencia por parte de las empresas multinacionales es un mecanismo que permite reducir la carga fiscal global de los rendimientos de las multinacionales, habiéndose convertido en la actualidad en el instrumento más importante de planificación fiscal internacional¹⁴.

Los precios de transferencia a simple vista parecen estar bien regulados en el ámbito jurídico internacional. Pero cuando se observa la aplicación de los mismos notamos que aún quedan muchos vacíos jurídicos por regular, dando lugar a distorsiones y a conflictos de calificación y asignación de rentas.

Uno de los puntos importantes son las controversias entre los Estados al tratar la calificación y asignación de rentas de las transacciones vinculadas, debido a que los ordenamientos jurídicos internos de cada Estado implementan su propia normativa, y que ningún Estado quiere perder la recaudación fiscal que le corresponde.

Por ende, en este estudio se analizan mediante el Derecho comparado la normativa de los precios de transferencia en diversos Estados, observando las diferencias entre sí. Asimismo, también se consideran los problemas acaecidos en los precios de transferencia como el principio de libre competencia, las incidencias de los análisis de comparabilidad, los Acuerdos previos de valoración y las diversas formas para resolver la problemática de precios de transferencia.

En referencia a las formas para resolver los problemas de precios de transferencia, a nuestro juicio los Acuerdos Previos de Valoración son los más indicados, pero sólo pueden ser acordados cuando un tipo de transac-

¹³ Párrafo 12 de las Directrices de la OCDE.

¹⁴ F. A. GARCÍA PRATS, «Los precios de transferencia: su...», 2005, p. 34.

ción se repite durante un mínimo de tiempo estipulado. Siguiendo la valoración positiva de la aplicación de estos Acuerdos, nos planteamos si no sería más conveniente la creación de un convenio internacional bilateral o multilateral sobre precios de transferencia.

A través de este estudio se matizarán las problemáticas de los precios de transferencia a nivel internacional, y se pretende que sea una guía para los inversores españoles a la hora de establecerse en cualquiera de los países citados, teniendo en cuenta la regulación de los precios de transferencia en cada país, y las repercusiones que pueden afrontar en el caso de no aplicarlos correctamente y/o intentar evadir impuestos en una jurisdicción.

CAPÍTULO I

NORMATIVA INTERNACIONAL DE LOS PRECIOS DE TRANSFERENCIA

I. APLICACIÓN DE LAS DIRECTRICES DE LA OCDE

La regulación de los precios de transferencia en el ámbito internacional ha tomado un carácter importante en las últimas décadas, hecho demostrable tras observar cómo numerosos Estados a nivel global están adaptando su normativa a la regulación internacional, adaptando éstas cada vez más a los parámetros establecido en las Directrices de la OCDE sobre precios de transferencia.

Las Directrices de la OCDE no siendo más que unas directrices/referencia para los Estados para establecer su normativa sobre precios de transferencia, cada vez se tienden a ver como una norma a seguir por los Estados.

Debido al aumento de transacciones internacionales y de multinacionales en la segunda mitad del siglo xx, la necesidad de la regulación de los precios de transferencia se hizo más latente. En 1968, el Departamento del Tesoro de los Estados Unidos publicó un reglamento detallado referido a ciertos tipos de transacciones intersocietarias. Pero no fue hasta el año 1979 que la OCDE elaboró el informe «Precios de Transferencia y Empresas Multinacionales». Este informe sólo pretendía hacer un análisis de los problemas a tener en consideración, así como describir los métodos y prácticas aceptables para determinar los precios de transferencia¹.

¹ Véase M. A. Hamaekers HUBERT, «Precios de Transferencia, Historia, Evolución y Perspectiva», en la monografía *Fiscalidad Internacional*, 3.^a ed., Madrid, Centro de Estudios Financieros, 2007, p. 513.

El informe, «Precios de Transferencia y Empresas Multinacionales» de la OCDE, se considera el principal informe de la regulación de precios de transferencia a nivel internacional.

Este informe elaboró el principio de plena competencia tal y como lo recoge el art. 9 del Modelo de Convenio Fiscal para evitar la doble imposición de la OCDE. En otros informes como «Precios de Transferencia y Empresas Multinacionales Tres Cuestiones Fiscales» (1984) (el «Informe de 1984») y «Subcapitalización o capitalización vía deuda» (el «Informe de 1987») se refieren más a cuestiones sobre precios de transferencia en el contexto de tópicos específicos². Las cuales son actualizadas y revisadas regularmente para adaptarse a los cambios del comercio internacional.

Es de señalar, que aunque la mayoría de Estados siguen el modelo de convenio de la OCDE es importante mencionar, que el modelo de convenio de la ONU, también ampliamente utilizado, en su art. 9 transcribe literalmente los supuestos de «empresas asociadas» del art. 9 la ModCDI. Asimismo, el Convenio 90/436/CEE, en su art. 4³, también sigue el mismo criterio sobre sociedades vinculadas, aun incluyendo las relaciones internas producidas entre el establecimiento permanente y su casa central situada en otro Estado firmante del Convenio. A día de hoy los países miembros de la OCDE continúan adoptando el principio de plena competencia tal y como está recogido en el Modelo de Convenio Fiscal de la OCDE (y en los convenios bilaterales que obligan, legalmente en este aspecto, a las partes interesadas en los tratados) y en el Informe de 1979⁴.

Las directrices de la OCDE aunque en teoría son consideradas como *soft-law*, ya que su función es la de establecer una guía a los Estados para establecer la legislación de precios de transferencia. Se tiende a ver más como *hard-law*, debido a la necesidad de una cierta homogeneidad en las normas sobre precios de transferencia entre Estados para la valoración de las transacciones *a)* de sociedades vinculadas, y *b)* para seguir unos criterios

² Párrafo 13 Directrices de la OCDE.

³ Art. 4 del Convenio 90/436/CEE. La aplicación del presente convenio se regirá por los principios siguientes:

Cuando: una empresa de un Estado contratante participe directa o indirectamente en la dirección, el control o el capital de una empresa de otro Estado contratante, o cuando *b)* las mismas personas participen directa o indirectamente en la dirección, el control o el capital de una empresa de un Estado contratante y de una empresa de otro Estado contratante, y cuando en uno de estos casos las dos empresas, en sus relaciones comerciales o financieras, estén vinculadas por condiciones acordadas o impuestas que difieran de las que se acordarían entre empresas independientes, los beneficios que en caso de no haberse dado dichas condiciones, hubiese realizado una de las empresas, pero que no hayan podido realizarse debido a la existencia de dichas condiciones, podrán incluirse en los beneficios de dicha empresa y ser gravados consecuentemente.

2) Cuando una empresa de un Estado contratante ejerciere su actividad en otro Estado contratante a través de un establecimiento permanente que esté situado en este último, se atribuirán a dicho establecimiento permanente los beneficios que hubiese podido realizar si hubiera constituido una empresa diferente que hubiera ejercido idénticas o análogas actividades en condiciones idénticas o análogas y que hubiera tratado con total independencia con la empresa de la que fuere establecimiento permanente.

⁴ Párrafo 15 Directrices de la OCDE.

similares de valoración por las Administraciones tributarias de diferentes Estados. Por tanto, las Directrices analizan los métodos para valorar si las condiciones de las relaciones comerciales y financieras dentro de una multinacional satisfacen el principio de plena competencia y estudian la aplicación práctica de estos métodos.

Asimismo, en el ModCDI (Modelo de Convenio para evitar la de Doble Imposición sobre la Renta y el Patrimonio de la OCDE) en su art. 9 establece la base jurídica de la regulación de los precios de transferencia, estableciendo la aplicación del principio de libre competencia entre sociedades vinculadas en diferentes jurisdicciones y por ende la asignación correcta de bases imponibles para cada sociedad, así como evitar aplicar una doble imposición económica por los Estados cuando se efectuó un ajuste correlativo a una de las sociedades vinculadas.

Por otra parte, las directrices en el art. 25 del ModCDI ofrecen, para resolver las controversias relativas a la aplicación de Convenios de doble imposición, el procedimiento amistoso, siendo un mecanismo que permite a las Autoridades competentes a resolver los casos de doble imposición jurídica y económica derivados de los ajustes de los precios de transferencia, el cual se tratará con más detalle posteriormente.

II. PECULIARIDADES DEL PRINCIPIO DE LIBRE COMPETENCIA

El principio de libre competencia o plena competencia, conocido por el término anglosajón «*arm's length principle*»⁵, alude al principio por el que las transacciones entre empresas/sociedades vinculadas son valoradas o efectuadas por el valor normal de mercado, es decir, como si se tratase de sociedades independientes.

El principio de libre competencia data de los años 1917 y 1918 en las legislaciones internas de Reino Unido y Estados Unidos, respectivamente. Este principio se fue desarrollando durante el siglo XX, más específicamente en los años ochenta, hasta tomar un carácter internacional. Actualmente, el principio de libre competencia se encuentra con una regulación en permanente estado de reforma fiscal en la que (co)existen varios «centros de producción de normas» [Organismos Internacionales (la OCDE y la ONU) y supranacionales (UE), como los propios Estados] que contribuyen a ordenar o regular desde diversos ángulos y niveles el conjunto de cuestiones que promueven la aplicación del principio de libre competencia.

⁵ El principio de plena competencia persigue tratar a los miembros de un grupo multinacional como si operaran como empresas separadas en lugar de como partes inseparables de una sola empresa unificada. La preocupación se centra en la índole de las relaciones comerciales entre esos partícipes porque su consideración como empresas separadas lleva a tratar a los miembros del grupo multinacional como si fueran entidades independientes (Inciso tercero del párrafo 1.6 de las Directrices de la OCDE).