

HACIA UNA GUÍA NEGATIVA EN PRECIOS DE TRANSFERENCIA

Es difícil asegurar cuando una operación vinculada es a “valor de mercado”, pero empieza a estar muy claro cuando no lo es

La seguridad jurídica —o más bien la ausencia de esta— es una de las cuestiones más recurridas en los debates jurídicos y económicos. Todos, contribuyentes, inversores, empresas e incluso políticos están de acuerdo en la importancia de la seguridad jurídica en el sentido de disponer de un marco regulador cierto y de unas reglas del juego claras como pieza esencial para la bonanza económica y social de un país.

Trasladado al tema que nos ocupa y reconociendo el salto dado, lo anterior se traduce en la recurrente pregunta que los clientes nos hacen sobre la existencia o no de unas reglas claras que establezcan cuándo cabe entender que una operación entre partes vinculadas se ha fijado a valor de mercado y, sobre todo, cómo realizar dicha valoración. Surge entonces la siguiente reflexión.

El principal cuerpo “pseudo” normativo¹ informador de las legislaciones nacionales y utilizado tanto por administraciones como tribunales a efectos interpretativos, esto es, las Directrices de la OCDE sobre Precios de Transferencia, son eso, directrices. El término anglosajón “*guidelines*” no lleva a engaño, pues es definido por el diccionario de Cambridge como “*information intended to advise people on how something should be done or what something should be*”, lo que deja bien claro que dichas directrices no son más que unas instrucciones y recomendaciones metodológicas sobre el proceso a seguir para el análisis de esta materia en sus diversos aspectos, pero no un procedimiento, decálogo de normas o reglas que lleven al lector a poder fijar el valor de mercado de una operación vinculada de forma clara, precisa y segura.

Este enfoque de las Directrices de la OCDE se ha acrecentado con **el vendaval BEPS**, que ha traído muchos cambios en el escenario de la fiscalidad internacional llenando las portadas de los noticieros jurídicos y económicos, pero que también **ha ahondado de forma importante en la estructuración de las Directrices de la OCDE como una guía negativa**. En efecto, las Directrices de 2017 suponen un paso adelante en ese enfoque respecto de la versión de 2010 y en ese sentido, han aumentado considerablemente las pautas, recomendaciones, criterios, definiciones y demás explicaciones sobre la mayor parte de los aspectos que ya conformaban los ocho capítulos iniciales, habiéndose añadido criterios y cuestiones nuevas al albur de los cambios auspiciados por BEPS, así como numerosos ejemplos vía anexo. Lo anterior es positivo, por cuanto ahora se dispone de mucha más información, ejemplos y criterios en materia de análisis de comparabilidad, sobre definición y análisis de los riesgos, metodología (en especial sobre *Profit Split*), delimitación correcta de la operación, definición y análisis de intangibles, estructura de la documentación sobre operaciones vinculadas, etc. Sin embargo, no hay que llevarse a engaño, ello no se traduce en una simplificación del proceso para la fijación del valor de mercado de una operación, tan solo en la existencia de más herramientas y pautas a nuestro alcance, lo que de facto conlleva una mayor complejidad en la práctica para intentar fijar dicho valor, sobre todo en algunos temas como el análisis de riesgos, las operaciones con intangibles o la delimitación correcta de la operación.

¿Dónde está entonces el aspecto positivo que enunciábamos? La respuesta es que las pautas y herramientas que incluyen las Directrices de la OCDE son de gran utilidad para identificar claramente cuando no estamos ante una operación fijada a valor de mercado y, por tanto, contraria al Principio de Libre Competencia o *arm's length*. Prueba de ello son los propios ejemplos, nuevos y antiguos, redactados en sentido negativo, es decir, reflejando la mayoría de ellos situaciones donde las condiciones de la

¹ No hay que olvidar que las *OECD TP Guidelines for MNE and Tax Administrations (July 2017)* no es una norma legal (*hard law*) sino que forma parte del conocido como *soft law*, lo que en ocasiones como esta no resta fuerza a su influencia.

operación vinculada no serían adecuadas al citado principio o indicando la necesidad de hacer ajustes de comparabilidad a la operación para lograr ese objetivo.

En definitiva, **el enfoque de las Directrices de la OCDE 2017 como guía negativa**, y del resto de recomendaciones e informes que publica este organismo sobre esta materia,² va a facilitar el análisis de riesgos y la identificación relativamente rápida de los casos problemáticos, esto es, **nos da la pista sobre lo que claramente no son condiciones de mercado**. Sin embargo, no suponen la implementación ni la simplificación del proceso de análisis y valoración para la correcta determinación de un precio o valor de mercado, sino más bien todo lo contrario, al menos en la práctica.

Surge aquí la pregunta sobre ¿cómo queda entonces el proceso para la fijación del precio o condiciones de mercado de una operación? La respuesta es que con más herramientas y criterios de análisis a utilizar pero forzosamente mucho más abierto a interpretación, lo que no es necesariamente negativo si se aplica el principio de razonabilidad y racionalidad (*rationality*) de la operación por el que aboga claramente la OCDE y, sobre todo, se evita llevar al límite el análisis y la interpretación de las directrices, por cuanto se puede caer en el absurdo. Lamentablemente la praxis de las administraciones es desigual en este sentido, por cuanto en algunos países como España, Italia o Eslovaquia, por ejemplo, la posición inicial adoptada por la Inspección suele ser muy finalista en el sentido de llevar a límites poco razonables la interpretación de las Directrices de la OCDE con tal de lograr justificar su posición, mientras que en otros países como EEUU, Alemania u Holanda la posición de las administraciones tributarias es menos discrecional en la interpretación de las indicadas directrices, lo que no significa que no sea firme si es necesario.

Buena suerte a todos!

Dr. David Cañabate Clau

Socio Precios de Transferencia Mazars Tax & Legal

Responsable Comisión Precios de Transferencia ASSET

² Un ejemplo claro de ello es el borrador de Informe sobre Operaciones Financieras, publicado en julio de 2018.