

# Perspectivas del principio de plena competencia a la luz de la propuesta de directiva europea COM(2023) 529 final

**José Manuel Calderón Carrero**

*Catedrático de Derecho Financiero y Tributario.*

*Universidad de A Coruña (España)*

[jose.calderon@udc.es](mailto:jose.calderon@udc.es) | <https://orcid.org/0000-0001-7973-2869>

## Extracto

El presente estudio tiene como objeto central el análisis de la propuesta de directiva presentada por la Comisión Europea el 12 de septiembre de 2023, sobre la armonización de la regulación de los precios de transferencia en el ámbito europeo. El trabajo aborda las implicaciones de fondo que podrían derivarse de la armonización propuesta, considerando los potenciales efectos que podrían resultar en relación con la aplicación de la regulación de precios de transferencia en situaciones intracomunitarias, extracomunitarias e internas. La segunda parte del estudio trata de conectar la propuesta de directiva de la Comisión Europea en materia de precios de transferencia con otros desarrollos fiscales internacionales y europeos, como la propuesta de directiva BEFIT y las medidas recogidas en los pilares I y II del acuerdo fiscal global de octubre de 2021. El artículo finaliza con unas perspectivas sobre el futuro del principio de plena competencia, en un contexto donde se percibe un avance asimétrico de los dos pilares del referido acuerdo fiscal global de 2021 (BEPS 2.0).

**Palabras clave:** fiscalidad internacional; fiscalidad europea; armonización fiscal; precios de transferencia; tributación de grupos de empresas multinacionales.

Recibido: 30-08-2024 / Aceptado: 13-09-2024 / Publicado: 04-10-2024

Cómo citar: Calderón Carrero, J. M. (2024). Perspectivas del principio de plena competencia a la luz de la propuesta de directiva europea COM(2023) 529 final. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 499, 47-98. <https://doi.org/10.51302/royt.2024.24019>



# Perspectives on the arm's length principle in the light of the EU proposal for a transfer pricing directive COM(2023) 529 final

José Manuel Calderón Carrero

## Abstract

The focus of this study is the analysis of the proposal for a Directive presented by the European Commission on 12 September 2023 on the harmonisation of transfer pricing regulation at European level. The paper addresses the substantive implications of the proposed harmonization, considering the potential effects that could result from it in relation to the application of transfer pricing regulation in intra-EU, extra-EU and internal situations. The second part of the study tries to connect the European Commission's proposal for a Transfer Pricing Directive with other international and European tax developments, such as the proposed BEFIT Directive and the measures contained in Pillars I and II of the global tax agreement of October 2021. The article concludes with some perspectives on the future of the arm's length principle, in a context where an asymmetric progress of the two pillars of the 2021 global tax agreement (BEPS 2.0) is perceived.

**Keywords:** international taxation; EU tax law; tax harmonization; transfer pricing; taxation of multinational enterprises.

Received: 30-08-2024 / Accepted: 13-09-2024 / Published: 04-10-2024

Citation: Calderón Carrero, J. M. (2024). Perspectivas del principio de plena competencia a la luz de la propuesta de directiva europea COM(2023) 529 final. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 499, 47-98. <https://doi.org/10.51302/rcyt.2024.24019>

## Sumario

1. Introducción
  2. Exposición de la propuesta de Directiva de la Comisión Europea (2023) en materia de precios de transferencia
    - 2.1. Contexto y objetivos de la PDPT
    - 2.2. Explicación detallada de las disposiciones específicas de la PDPT
      - 2.2.1. Explicación de las cláusulas sobre el principio de plena competencia
        - 2.2.1.1. El principio de plena competencia: definición y ámbito de aplicación
        - 2.2.1.2. Los ajustes de precios de transferencia: reglas comunes sobre ajustes primarios, correlativos y compensatorios
      - 2.2.2. Elementos comunes esenciales
        - 2.2.2.1. Delineación precisa de las relaciones comerciales y financieras
        - 2.2.2.2. Métodos en materia de precios de transferencia
        - 2.2.2.3. Selección del método más adecuado
        - 2.2.2.4. Análisis de comparabilidad
        - 2.2.2.5. Estableciendo el rango de plena competencia
        - 2.2.2.6. La documentación de precios de transferencia
      - 2.2.3. La aplicación del principio de plena competencia y las futuras reglas comunes sobre cuestiones específicas
  3. Comentarios generales sobre la PDPT
    - 3.1. Sobre la oportunidad y justificación de la PDPT
  4. Comentarios sobre la interrelación entre la PDPT y otros desarrollos europeos e internacionales: la PDPT y la propuesta de directiva BEFIT y los pilares I y II (BEPS 2.0)
  5. Perspectivas de futuro del principio de plena competencia: *quo vadis transfer pricing*
- Referencias bibliográficas

**Nota:** Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, la Agencia Estatal de Investigación y el FEDER, bajo el título «El futuro de la imposición sobre la renta: estudio de las tendencias internacionales en materia de imposición societaria y de las personas físicas» (PID2021-128546NB-I00).

## 1. Introducción

El presente estudio tiene como objeto central el análisis de la propuesta de directiva presentada por la Comisión Europea, el 12 de septiembre de 2023, sobre la armonización de la regulación de los precios de transferencia en el ámbito europeo. En este sentido, la primera parte del trabajo se dedica a examinar los objetivos que se pretenden alcanzar a través de la propuesta de la referida propuesta de directiva y los medios y medidas de armonización fiscal que se proponen a tales efectos. Más allá de la exposición y análisis de la referida propuesta de directiva sobre precios de transferencia, este trabajo aborda las implicaciones de fondo que podrían derivarse de la armonización propuesta, considerando los potenciales efectos que podrían resultar de la misma en relación con la aplicación de la regulación de precios de transferencia en situaciones intracomunitarias, extracomunitarias e internas. La segunda parte del estudio trata de conectar la propuesta de directiva de la Comisión Europea en materia de precios de transferencia con otros desarrollos fiscales internacionales y europeos, como la propuesta de directiva BEFIT y las medidas recogidas en los pilares I y II del acuerdo fiscal global de octubre de 2021. El artículo finaliza con unas perspectivas sobre el futuro del principio de plena competencia, en un contexto donde se percibe un avance asimétrico de los dos pilares del referido acuerdo fiscal global de 2021 (BEPS 2.0).

Los progresos internacionales en la implementación de la imposición global mínima del pilar II no parece que vengán acompasados con el avance de las medidas del pilar I (notablemente, del Convenio multilateral sobre la cantidad A), lo cual puede generar tensiones fiscales internacionales que impiden la tan deseada y perseguida estabilización del sistema fiscal internacional y la esperada distensión del principio de plena competencia.

El estudio termina con algunas consideraciones finales sobre el «líquido» estado de transformación del sistema fiscal internacional y algunas de sus principales implicaciones.

## 2. Exposición de la propuesta de Directiva de la Comisión Europea (2023) en materia de precios de transferencia

La Comisión Europea hizo pública, el 12 de septiembre de 2023, una propuesta de Directiva del Consejo sobre precios de transferencia (PDPT)<sup>1</sup>.

La propuesta de directiva se formula con arreglo al artículo 115 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), lo cual requiere justificar la necesidad de las medidas de armonización fiscal propuestas para el buen funcionamiento del mercado único.

Al punto, exponemos los principales elementos que forman parte de esta propuesta, así como su contexto, objetivos, etc.

### 2.1. Contexto y objetivos de la PDPT

La PDPT contiene un «memorando explicativo» que destaca las razones y objetivos que fundamentan y justifican la acción comunitaria que representa tal propuesta armonizadora.

En primer lugar, el referido memorando explicativo contextualiza la PDPT indicando que forma parte de un paquete de acción regulatoria europeo denominado *Business in Europe: Framework for Income Taxation* (BEFIT), que, junto a la PDPT, incluye una segunda propuesta de directiva que articularía un cuerpo común de reglas que determinarían la base imponible de grandes grupos de empresas en la UE<sup>2</sup>.

En segundo lugar, el memorando explicativo se refiere, más en particular, al estado actual de cosas en materia de precios de transferencia en el ámbito europeo, con el objetivo de fundamentar la propuesta armonizadora. A este respecto, el memorando de la Comisión Europea pone de relieve cómo la materia de los precios de transferencia responde al estándar internacional de plena competencia (*arm's length standard*) que ha ido desarrollando la OCDE a través de sus directrices sobre precios de transferencia (DPT OCDE), y que aparece recogido en el artículo 9 del Modelo de Convenio para evitar la doble imposición sobre la renta y el patrimonio de la OCDE (MC OCDE). Tales directrices, originalmente publicadas en su primera versión en el año 1995, aportan una guía para aplicar el principio de plena competencia, pero su naturaleza y configuración no representan un instrumento jurídico, sino que son directrices (guía interpretativa y compendio de criterios y recomendaciones sobre la configuración y aplicación del principio de plena competencia)

---

<sup>1</sup> COM(2023) 529 final, 2023/0322 (CNS), 12 de septiembre de 2023.

<sup>2</sup> El memorando explicativo de la PDPT no se refiere a la conexión entre tal propuesta y la propuesta BEFIT.

no vinculantes jurídicamente (*soft-law* internacional)<sup>3</sup>. Igualmente, el memorando enfatiza como el artículo 9 del MC OCDE no crea un régimen doméstico de precios de transferencia allí donde el principio de plena competencia no ha sido incorporado a la legislación nacional; en este sentido, el memorando llega a posicionarse sobre el propio alcance del artículo 9 del MC OCDE como una «cláusula no autoejecutable» (*non-self executing*) a efectos de su aplicación en el ámbito interno. Se reconoce, no obstante, que la mayoría de las jurisdicciones ha establecido una legislación interna que garantiza un cierto nivel de «armonización» (de facto) sobre principios básicos, de acuerdo con el estándar internacional de plena competencia, aunque su aplicación no resulte idéntica globalmente. El memorando también destaca como algunas jurisdicciones han desarrollado circulares administrativas o reglamentos para explicar y clarificar la aplicación de las disposiciones nacionales y aportar una guía sobre la interpretación del principio de plena competencia.

La justificación y razón de ser de la propuesta de la Comisión Europea toma en consideración la circunstancia de que la mayor parte de los Estados miembros de la UE son países miembros de la OCDE (con la excepción de Malta, Chipre, Bulgaria y Rumanía), y en tal sentido están comprometidos con el seguimiento de los principios de la OCDE y con las recomendaciones del Consejo de la OCDE. No obstante, el memorando explicativo elaborado por la Comisión Europea reconoce que, a pesar de tal circunstancia, el estatus y papel de las DPT OCDE difieren de un Estado miembro a otro<sup>4</sup>. El memorando de la Comisión

<sup>3</sup> La naturaleza y valor jurídico de las DPT OCDE como instrumento de *soft-law* en el ámbito nacional e internacional constituye una cuestión compleja que depende de un conjunto de factores, entre los que destaca la conexión establecida por la legislación nacional de cada país que regula el principio de plena competencia y las DPT OCDE. En la mayoría de los casos cabe considerar que tal conexión se limita a dotar a las referidas directrices de valor jurídico interpretativo a los efectos de la aplicación de la normativa de precios de transferencia (véase a este respecto Calderón Carrero [2007, 2016] y Martín Jiménez y Calderón Carrero [2012] y la bibliografía citada en estas obras). Cabe destacar en este orden de cosas la doctrina del TS español a este respecto; el TS rechaza que el *soft-law* (DPT OCDE/comentarios al MC OCDE) posean valor jurídico como fuentes del ordenamiento; su valor debe quedar confinado a constituir un material interpretativo allí donde la norma nacional o convencional esté conectada o alineada con ese *soft-law* o exista una remisión interpretativa (SSTS de 5 de noviembre de 2020, rec. núm. 3000/2018, caso Sara Lee –NFJ079693–; de 17 y 18 de julio 2023, recs. núms. 4128/2021 –NFJ090481–, 8008/2021 –NFJ090589–, 6532/2021 –NFJ090588– y 8015/2021 –NFJ094053–, casos Cepsa; y de 15 de julio 2024, rec. núm. 7861/2022). El TS, en algunos pronunciamientos, ha relativizado el valor interpretativo de las DPT OCDE en relación con la legislación nacional, apuntando que únicamente vincularía a la Administración, pero no a los tribunales (SSTS de 21 de febrero de 2017, rec. núm. 2970/2015 –NFJ065744–; de 19 octubre de 2016, rec. núm. 2558/2015 –NFJ064434–, y de 2 marzo de 2017, rec. núm. 1029/2016 –NFJ094052–). También la DGT ha puesto de relieve cómo determinados cambios sustantivos derivados de modificaciones del MC OCDE 2017 para su adaptación a BEPS no pueden ser trasladados a CDI pre-BEPS por vía interpretativa (Consulta V3549/2020, de 11 de diciembre –NFC078382–).

<sup>4</sup> El estatus y utilización de las DPT OCDE en conexión con la regulación doméstica de precios de transferencia resulta muy heterogénea en la UE, de suerte que hay Estados miembros (como España, Italia o Alemania) que hacen referencia expresa a las mismas como fuente interpretativa, en tanto que otros Estados miembros (Francia, Países Bajos, entre otros) no contienen tal referencia o remisión interpretativa,

Europea indica, además, que la regulación de precios de transferencia no está armonizada legislativamente en el ámbito europeo, por más que todos los Estados miembros hayan establecido legislación nacional que determina la existencia de un enfoque común en relación con los principios básicos en materia de precios de transferencia. Se insiste en el referido memorando que tal enfoque común no significa que exista una situación de alineamiento pleno en la materia en el ámbito europeo. Todo ello resulta en una situación en la que cada Estado miembro ostenta un amplio margen de discrecionalidad en la interpretación y aplicación de las DPT OCDE que da lugar a una situación de complejidad en términos de cumplimiento tributario y un campo de juego desigual para las empresas, de manera que estas se enfrentan a un marco de inseguridad jurídica, altos costes de cumplimiento y frecuentes controversias, que generan barreras a las operaciones transfronterizas y altos riesgos de doble imposición y/o sobreimposición.

La Comisión Europea, a la vista de las consecuencias derivadas de una situación como la actual, donde media un enfoque común sobre el principio de plena competencia basado en las DPT OCDE, considera que el estado de cosas de la regulación nacional de los precios de transferencia en la UE no resulta satisfactorio desde la perspectiva del buen funcionamiento del mercado único europeo.

A su vez, el memorando explicativo de la Comisión Europea destaca que la complejidad de un marco regulatorio fragmentado en los ámbitos nacionales en materia de precios de transferencia da lugar a otros problemas, entre los que destacan los siguientes: a) transferencia de beneficios y elusión fiscal; b) controversia fiscal y doble imposición; y c) altos costes de cumplimiento tributario.

Todo ello, insiste el memorándum explicativo de la Comisión Europea, obstaculiza el buen funcionamiento del mercado único y afecta a su competitividad.

Una vez fundamentado el «racional» de la PDPT, el memorando de la Comisión Europea pasa a identificar los principales objetivos de su propuesta armonizadora, a saber:

- a) La simplificación de las reglas fiscales aumentando la seguridad jurídica de las empresas en la UE.

---

aunque la regulación doméstica sigue sustancialmente tal guía OCDE, y existe un tercer grupo de Estados miembros (como Hungría o Estonia) cuya regulación omite toda referencia las DPT OCDE, pero sus circulares administrativas hacen uso intensivo de las mismas. Véase en este sentido el informe de los servicios de la Comisión sobre análisis de impacto de la PDPT (SWD[2023] 308 final, de 12 de septiembre de 2023, p. 126) y el estudio de Petruzzi y Myzithra (2023), que revela no solo un panorama heterogéneo en términos de incorporación de las DPT OCDE al derecho nacional de los Estados miembros, sino también cómo los modelos de incorporación son distintos (vía legislación, reglamentos o circulares; integración estática o dinámica, completa o fragmentaria) y conforman un panorama no uniforme.

- b) La reducción del riesgo de controversia y doble imposición.
- c) La disminución de los costes de cumplimiento normativo y, a la postre, la mejora de las condiciones de competitividad del mercado único.

Los medios para lograr tales objetivos vendrían a consistir en lo siguiente:

- a) Incorporar el principio de plena competencia al derecho de la UE.
- b) Armonizar reglas clave de la regulación de los precios de transferencia.
- c) Clarificar el papel y estatus de las DPT OCDE.
- d) Crear una regulación que posibilite establecer, dentro de la UE, reglas comunes vinculantes sobre cuestiones o materias específicas de los precios de transferencia dentro del marco de las DPT OCDE.

La PDPT, por tanto, consistiría en un modelo híbrido que determinaría, en caso de su aprobación, la incorporación del principio de la OCDE de plena competencia y las DPT OCDE al derecho de la UE, junto con el gradual desarrollo de enfoques comunes sobre la aplicación práctica de los precios de transferencia, aunque no puede dejar de señalarse que la PDPT contiene medidas específicas dirigidas a neutralizar situaciones donde puede generarse doble no imposición.

La propuesta de la Comisión no supone o determina una codificación regulatoria completa y plena de la materia de los precios de transferencia ni tampoco supone elevar la naturaleza jurídica de las DPT OCDE al ámbito normativo en sentido estricto.

El enfoque de armonización es esencialmente «principalista», pero contiene elementos de coordinación fiscal sustantivos y abre la puerta a una armonización material de gran alcance. La propuesta de la Comisión Europea, finalmente, también ha excluido la incorporación de cláusulas antiabuso específicas en materia de precios de transferencia.

El memorando explicativo de la PDPT, de forma somera, indica que la propuesta es compatible con los derechos fundamentales, particularmente con la regulación europea en materia de protección de datos de carácter personal.

## 2.2. Explicación detallada de las disposiciones específicas de la PDPT

El memorando explicativo elaborado por la Comisión Europea en relación con la PDPT aborda el contenido y alcance de sus disposiciones de forma detallada.



A este respecto, el memorando estructura la PDPT en tres partes, a saber: a) la primera parte comprende el principio de plena competencia y las posibles consecuencias derivadas de su aplicación; b) la segunda parte está dedicada a la ordenación de elementos esenciales que son relevantes para la aplicación del principio de plena competencia; y c) la tercera parte comprende un mecanismo para establecer adicionales reglas comunes que comprendan un limitado conjunto de cuestiones que aportarán un mayor nivel de simplificación y de seguridad jurídica a los contribuyentes sobre la interpretación y aplicación del principio de plena competencia.

## 2.2.1. Explicación de las cláusulas sobre el principio de plena competencia

### 2.2.1.1. El principio de plena competencia: definición y ámbito de aplicación

La PDPT tiene por objeto articular una armonización de la regulación sobre precios de transferencia de los Estados miembros y salvaguardar la aplicación común del principio de plena competencia (*arm's length principle*) en la UE<sup>5</sup>. A tal efecto, se establece la aplicación de las disposiciones de la PDPT a los contribuyentes que estén registrados en o estén sujetos a imposición en uno o más Estados miembros, incluyendo los establecimientos permanentes situados en uno o varios Estados miembros<sup>6</sup>.

Todo apunta a que el ámbito de aplicación de la PDPT comprende a los contribuyentes de los impuestos sobre la renta, sociedades y de no residentes que realicen operaciones vinculadas transfronterizas, por lo que puede, por tanto, afectar a contribuyentes residentes de países terceros<sup>7</sup> (y también proyectarse sobre situaciones puramente internas)<sup>8</sup>.

---

<sup>5</sup> Artículo 1 de la PDPT.

<sup>6</sup> Artículo 2 de la PDPT.

<sup>7</sup> La regulación comunitaria de precios de transferencia afectaría a operaciones internacionales en las que interviniera una empresa asociada «registrada» (o domiciliada) en un Estado miembro, de manera que empresas asociadas registradas (o domiciliadas) en países terceros, mediando o no un establecimiento permanente en un Estado miembro de la UE, quedarían afectadas por la regulación europea de precios de transferencia.

<sup>8</sup> No puede descartarse que la regulación comunitaria de precios de transferencia no termine proyectándose sobre operaciones vinculadas puramente domésticas, dada la dificultad para elaborar dos marcos regulatorios en la materia. En el caso de que el legislador nacional extendiera la regulación comunitaria a las operaciones internas, la interpretación de tal normativa nacional vendría determinada por la jurisprudencia del TJUE (doctrina Dzodzi, asuntos C-297/88 y C-197-89, acumulados –NFJ094050–), tal y como ya ha sucedido en otras ocasiones (v. gr., régimen de neutralidad fiscal de la LIS, al resultar de una extensión de lo previsto en la directiva de fusiones; vid. Calderón Carrero y Martín Jiménez, 2019, capítulos I y VI). Debe destacarse cómo una armonización que aparentemente afecta a situaciones comunitarias puede terminar teniendo efectos más allá de tal ámbito de operaciones intracomunitarias. En este

Por tanto, la armonización de la regulación de los precios de transferencia de los Estados miembros a la que se refiere el artículo 1 de la PDPT no significa en modo alguno que la materia armonizada confine su aplicación a operaciones intragrupo intraeuropeas, sino que la regulación armonizada podría desplegar efectos respecto de operaciones internacionales con países terceros. Esta proyección internacional de la regulación de precios de transferencia que se pretende armonizar resulta de gran relevancia, ya que, por un lado, evidencia como la armonización trascendería el territorio de la UE, y, por otro, que, de articularse una regulación de los precios de transferencia no alineada con el estándar internacional de plena competencia, podrían generarse conflictos con los CDI y otros tratados internacionales, así como ser fuente de inseguridad jurídica, riesgos fiscales y doble imposición<sup>9</sup>. De ahí que, a lo largo de este trabajo, abogemos por un alineamiento sustancial de la PDPT con las DPT OCDE<sup>10</sup>.

El artículo 4 de la PDPT especifica que allí donde los términos y condiciones de operaciones intragrupo transfronterizas no sean realizadas en términos *arm's length* (con arreglo al principio de plena competencia) deben ser ajustadas para reflejar los términos y condiciones que serían establecidos entre partes independientes y los beneficios sometidos a imposición de forma correspondiente.

El artículo 4 de la PDPT, por tanto, establece el principio de aplicación del principio de plena competencia a las operaciones entre empresas asociadas, de suerte que tal regla imperativa (principalmente) de valoración pivota sobre el propio concepto del «principio de plena competencia» y de «empresas independientes» que, junto a otras definiciones relevantes, se recogen en el artículo 3 de la PDPT.

De acuerdo con el principio de plena competencia, el precio de las operaciones entre empresas asociadas (precios de transferencia) se verifican o comprueban y deben ser ajustados para reflejar precios de operaciones comparables entre sujetos no asociados.

---

mismo sentido, el principio comunitario de no discriminación también puede limitar diferencias entre la regulación de precios de transferencia que aplicar a situaciones domésticas y transfronterizas, haciendo más complejo el mantenimiento de dos regulaciones diferentes en esta materia (*vid.*, en el mismo sentido: Pistone *et al.*, 2024), aunque no puede dejar de señalarse que el TJUE admite la compatibilidad de normativas nacionales de precios de transferencia que no operan de forma simétrica a operaciones internas y transfronterizas si las restricciones generadas están justificadas y son proporcionadas (véanse los comentarios de Martín Jiménez [2010] al hilo de la jurisprudencia del TJUE en el caso SGI, asunto C-311/08 –NFJ036705–). La eventual aplicación a situaciones internas de la armonización derivada de la PDPT puede tener influencia en el análisis del cumplimiento del principio de subsidiariedad a los efectos del análisis de la concurrencia de los presupuestos del artículo 115 de la TFUE, que opera como base jurídica para la armonización fiscal propuesta por la Comisión (*vid.* Petruzzi y Myzithra, 2023).

<sup>9</sup> Consideraciones similares han sido realizadas por un grupo de destacados autores europeos; *vid.* Pistone *et al.* (2024).

<sup>10</sup> Esta posición es compartida por otros destacados académicos europeos como Pistone *et al.* (2024) y por un buen número de participantes en la consulta pública lanzada por la Comisión Europea en relación con la PDPT (véanse las notas de Lamer, 2023; Vella, 2024).

El principio de plena competencia recogido en el artículo 4 de la PDPT aplica allí donde tengan lugar operaciones entre empresas asociadas. Se considera que resulta adecuado articular una definición común en el ámbito europeo del término «empresas asociadas» a los efectos de la aplicación de las medidas recogidas en la PDPT por parte de los Estados miembros. Tal definición común viene recogida en el artículo 5 de la PDPT y articula un concepto amplio de empresa asociada.

Los «acuerdos internos» (*internal dealings*) entre la casa central y los establecimientos permanentes están sujetos al principio de plena competencia.

## Comentarios

- Pensamos que, al existir diferencias terminológicas entre el artículo 3.1 de la PDPT y el 9 del MC OCDE, tendría sentido alinear al máximo la redacción de la cláusula de la PDPT que define el principio de plena competencia con la recogida en el artículo 9 del MC OCDE a efectos de preservar la consistencia con las DPT OCDE y evitar que diferencias terminológicas puedan generar inseguridad jurídica y potenciales conflictos derivados de interpretaciones heterogéneas de tal principio<sup>11</sup>. Nótese que el principio de plena competencia no solo se articula en la legislación de los Estados miembros (y de países terceros), sino que también está recogido y posee una funcionalidad de primer orden en los CDI y en relación con el marco regulatorio de las imposición global mínima del pilar II. Tal utilización estructural del principio de plena competencia en el ámbito europeo e internacional, reconocida por el propio TJUE<sup>12</sup>, aconseja reforzar su consistencia

<sup>11</sup> En el mismo sentido véanse los comentarios de Petruzzi y Myzithra (2023), que proponen una definición alternativa del principio de plena competencia alineada con el artículo 9 del MC OCDE. Tal definición también aplicaría a los efectos del artículo 4 de la PDPT.

<sup>12</sup> El Tribunal de Justicia se ha pronunciado en varias ocasiones sobre el principio de plena competencia reconociendo la funcionalidad de tal principio al servicio de la territorialidad fiscal y la distribución del poder tributario entre Estados. Considera que el principio de plena competencia puede fundamentar medidas nacionales restrictivas de libertades fundamentales, siempre y cuando tales medidas sean adecuadas y proporcionadas en relación con los fines que se persiguen a través del mismo, incluso siendo «discriminatorias». No obstante, una cosa es que el TJUE haya validado en términos generales el principio de plena competencia conectándolo con razones imperiosas de interés general como la territorialidad fiscal y el reparto equilibrado del poder tributario en el ámbito internacional y otra cosa es que las medidas nacionales que implementan y articulan la aplicación efectiva del estándar internacional de plena competencia resulten compatibles en todo caso con el derecho de la UE. En este sentido, cabe apuntar cómo el TJUE ha analizado la compatibilidad comunitaria de varias medidas nacionales que articulaban el principio de plena competencia, estableciendo una serie de condicionantes a efectos de validar su conformidad con el TFUE (véanse, en particular, las SSTJUE en los casos SGI, asunto C-311/08 –NFJ036705–; Hornbach-Baumarkt, asunto C-382/16 –NFJ070459–; Impresa Pizzarotti,

regulatoria en el ámbito europeo y evitar así potenciales asimetrías interpretativas que tantos conflictos pueden generar<sup>13</sup>. Tal consistencia posiblemente requiera que el desarrollo regulatorio del principio de plena competencia en el ámbito europeo resulte perfectamente alineado con las DPT OCDE. Tal regla de consistencia con el estándar internacional se recoge, en cierta medida, en el artículo 14.1 de la PDPT, aunque solo exige «consistencia aplicativa». Asimismo, como quiera que puedan surgir asimetrías derivadas de la evolución del principio de plena competencia a través de nuevas versiones de las DPT OCDE, la PDPT contiene una fórmula para lograr una actualización dinámica del principio de plena competencia en el marco de la PDPT; esta fórmula de actualización<sup>14</sup>, un tanto oscura, parece requerir un acuerdo unánime en el seno del Consejo de la UE<sup>15</sup>. Las reglas específicas que el artículo 14.2 de la PDPT autoriza a desarrollar al Consejo sobre operaciones intragrupo de gran relevancia (v. gr., servicios, intangibles, financieras, acuerdos de repartos de costes, acuerdos internos casa

---

asunto C-558/19; X GmbH, asunto C-431/21 –NFJ087546–, y Lexel, asunto C-484/19 –NFJ080118–). En este orden de cosas, cabría apuntar como la reconfiguración post-BEPS del estándar internacional de plena competencia (DPT OCDE 2017, resultantes de las acciones 8-10 y 13 del plan BEPS), que introduce importantes medidas antiabuso en el mismo, puede generar regularizaciones que pueden no encajar con los principios en materia de cláusulas antiabuso que ha desarrollado el TJUE, por más que en ambos casos la concurrencia de sustancia económica y presencia de motivos comerciales, en términos generales, permita considerar que estamos ante operaciones o estructuras de buena fe. El TJUE también ha establecido una serie de principios que afectan a la proporcionalidad de las medidas nacionales que articulan el principio de plena competencia; por un lado, se ha establecido un límite en relación con el alcance de los ajustes, así como un oscuro test de motivos comerciales con arreglo al cual el contribuyente debe poder probar las circunstancias económicas o comerciales (posiblemente a nivel de grupo empresarial) que justificaron las condiciones inusuales (en relación con las que acordarían partes independientes) de las operaciones intragrupo, de suerte que tal acreditación fáctica permitiría justificar la operación al margen del principio de plena competencia; y, por otro, el TJUE ha enfatizado la aplicación del principio de proporcionalidad en relación con sanciones por incumplimientos de la documentación de precios de transferencia. En relación con la jurisprudencia del TJUE en relación con el principio de plena competencia y su compatibilidad con el derecho de la UE, pueden consultarse los siguientes trabajos: Buriak y Petruzzi (2018); Calderón Carrero y Ribeiro (2018); Finley (2022); Helminen (2023); Martín Jiménez (2010); Schoen (2015), entre otros.

<sup>13</sup> En parecidos términos se han posicionado otros autores; *vid.* Mulder *et al.* (2023).

<sup>14</sup> El artículo 14 de la PDPT, referido a la aplicación del principio de plena competencia, establece que los Estados miembros incluirán en las normas nacionales de transposición de la regulación de precios de transferencia recogidas en el capítulo II de la PDPT disposiciones que aseguren que tales disposiciones son aplicadas de forma consistente con las DPT OCDE 2022. No resulta claro si la regulación nacional aplicable en esta materia que no es objeto de armonización debe aplicarse de forma igualmente consistente con las DPT OCDE.

<sup>15</sup> Véase el artículo 3, punto 18, de la PDPT, y los comentarios de Mulder *et al.* (2023) a este respecto, que ponen de relieve también cómo algunos Estados miembros, como Países Bajos, habrían cuestionado la aplicación del artículo 218.9 del TFUE al considerar que no constituye una base jurídica correcta a estos efectos.

central-establecimiento permanente, etc.) también estarían sujetas a una regla de consistencia con las DPT OCDE. Pensamos que resultaría adecuado que tales reglas fueran adoptadas de acuerdo con la misma base jurídica que fundamenta la PDPT (art. 115 del TFUE)<sup>16</sup>. En un escenario donde se produjera la «comunitarización» del principio de plena competencia en términos consistentes con las DPT OCDE, resulta evidente que la posición de estas y de la OCDE como *international tax-setter* se vería muy reforzada, lo cual intensifica la relevancia y dimensión constitucional e internacional de tal elevación de competencia regulatoria por parte de una organización internacional sin que ostente competencia tributaria en la materia ni medie intervención directa de los parlamentos nacionales.

- En relación con el concepto de «empresa asociada» que se recoge en el artículo 5 de la PDPT, cabría destacar el amplio concepto de «vinculación» que resulta de tal cláusula. El porcentaje del 25 % de participación en el capital, derechos de voto o participación en beneficios es el que termina operando de forma dominante a través de participación, directa o indirecta, en el capital o en los derechos de voto o en los beneficios de otra persona<sup>17</sup>. El concepto de «empresa asociada» incluye los casos donde una persona participa en la gestión de otra a partir de una posición que le permite ejercer una «influencia significativa» sobre la misma; estos casos de «influencia significativa» se pueden determinar a través de control económico y en tal sentido expande el concepto de «empresa asociada» más allá de criterios jurídicos objetivos, lo que puede generar dudas sobre la concurrencia de una operación entre «empresas asociadas», con todo lo que ello conlleva<sup>18</sup>. La utilización del referido porcentaje del 25 % se ha criticado al considerarse que expande el ámbito de aplicación de la regulación de precios de transferencia más allá de lo necesario, ya que en algunos Estados miembros, como Francia o Bélgica, esta normativa aplica en casos de participaciones sustanciales (v. gr., participación superior al 50 % en el capital social de una entidad)<sup>19</sup>.

<sup>16</sup> Se ha destacado que de otro modo se podría producir una sustancial erosión de la soberanía de los Estados miembros, de admitirse procedimientos legislativos que no requieren unanimidad. *Vid.* Mulder *et al.* (2023).

<sup>17</sup> El criterio de la participación en los beneficios también puede expandir significativamente el concepto de «empresa asociada». Por ejemplo, tal criterio no está recogido en la legislación española (art. 18 de la LIS).

<sup>18</sup> A este respecto, la PDPT debería concretar con más detalle los criterios que determinan la «influencia significativa» para resultar compatible con los principios generales del derecho de la UE referidos a la seguridad jurídica y legalidad.

<sup>19</sup> Tal expansión del concepto de «empresa asociada» puede impactar en particular sobre *joint ventures*, que en algunos países no se consideran sujetos vinculados. También se ha apuntado que el porcentaje del 25 % recogido en el artículo 5.1 de la PDPT resulta inferior al recogido en las *GloBE Rules* del pilar II y ello puede generar asimetrías con consecuencias poco previsibles. *Vid.* Mulder *et al.* (2023).

- La calificación de los establecimientos permanentes como empresas asociadas de la empresa de la que forman parte determina que los acuerdos internos (*internal dealings*) estén comprendidos en el ámbito de aplicación de la PDPT y, por tanto, resulta de aplicación la regulación de precios de transferencia recogida en la misma<sup>20</sup>. Curiosamente, la definición de establecimiento permanente prevista en la PDPT<sup>21</sup> no incluye a los «agentes dependientes», lo cual introduce una diferencia con lo previsto en el artículo 5 de los CDI que siguen el MC OCDE, así como con la mayoría de las legislaciones nacionales<sup>22</sup>, cuya explicación o fundamento no resulta evidente<sup>23</sup>. La aplicación (no modulada) del principio de plena competencia a las relaciones internas entre la casa central y sus establecimientos permanentes no constituye en la hora actual la regla general en el ámbito internacional, de suerte que en muchos países no se ha introducido el enfoque autorizado desarrollado por la OCDE en los informes de 2008 y 2010 por distintas razones de política fiscal. De esta forma, la PDPT afectaría de forma relevante a la fiscalidad de los establecimientos permanentes en todos aquellos Estados miembros donde no se hubiera introducido el referido «enfoque autorizado»<sup>24</sup>, pudiendo igualmente plantear cuestiones no menores en relación con los CDI concluidos por Estados miembros con países terceros.
- La ampliación del perímetro de aplicación del principio de plena competencia a través del ensanchamiento del concepto de «empresa asociada»<sup>25</sup> no solo conlleva la ampliación de las correspondientes obligaciones materiales y formales por

<sup>20</sup> Nótese, no obstante, que la letra f) del artículo 14.2 de la PDPT contempla que el Consejo de la UE pueda desarrollar disposiciones específicas, consistentes con las DPT OCDE, en relación con los acuerdos internos entre la casa central y sus establecimientos permanentes.

<sup>21</sup> Artículo 3.4 de la PDPT.

<sup>22</sup> También se ha apuntado que hacer descansar la definición del establecimiento permanente en la cláusula *ad hoc* prevista en el CDI que resultara aplicable, más allá de las disparidades que ello puede generar, puede determinar considerar la existencia de un establecimiento permanente en casos donde la legislación doméstica no reconoce su existencia. A este respecto, algunos autores consideran que resultaría más recomendable atender a la definición del CDI únicamente en casos de conflicto entre el convenio y la legislación interna (Petruzzi y Myzithram, 2023). Esta recomendación, sin embargo, podría generar un mayor número de asimetrías que la fórmula propuesta por la Comisión en la PDPT.

<sup>23</sup> Tampoco se incluye en la definición de establecimiento permanente que contiene la PDPT: el «establecimiento permanente de servicios» recogido en el artículo 5 del MC ONU 2017-2021.

<sup>24</sup> Petruzzi y Myzithra (2023) advierten sobre la compleja situación en la que se encuentra la regulación de los distintos países en relación con las reglas de atribución de beneficios a los establecimientos permanentes, particularmente, tras los informes derivados de las acciones 7 y 8-10 del Plan BEPS. A este respecto, recomiendan mucha cautela en relación con el desarrollo de disposiciones específicas en esta materia de acuerdo con lo previsto en el artículo 14 de la PDPT.

<sup>25</sup> Tal concepto amplio de empresa asociada a los efectos de la aplicación del principio de plena competencia no coincide con la noción de operación intragrupo a los efectos de las normas de la imposición global mínima.

parte de los sujetos afectados, sino que también puede afectar de forma significativa al criterio de independencia a los efectos de la selección de los comparables internos y externos. En este orden de cosas, cabe indicar igualmente que la PDPT no contiene medidas que reduzcan los importantes costes de cumplimiento asociados a la aplicación de la regulación de precios de transferencia en un contexto transfronterizo para las pymes que caen en su ámbito de aplicación, lo cual no solo no está alineado con los objetivos de la propuesta de la Comisión Europea<sup>26</sup>, sino que tampoco encaja bien con las recomendaciones de la OCDE<sup>27</sup>.

#### 2.2.1.2. Los ajustes de precios de transferencia: reglas comunes sobre ajustes primarios, correlativos y compensatorios

Los ajustes de precios de transferencia se clasifican en dos grandes categorías, a saber: a) aquellos ajustes realizados por una Administración después de que se hubiera presentado la declaración tributaria de una entidad, pudiendo comprender «ajustes primarios» y «ajustes correlativos»; y b) aquellos ajustes realizados voluntariamente por el contribuyente antes de haber presentado su declaración tributaria, denominados «ajustes compensatorios».

El artículo 6 de la PDPT regula los principios de estos ajustes y el memorando pone de relieve que los «ajustes correlativos» (*corresponding adjustments*) tienen como finalidad eliminar la doble imposición económica que resulta del «ajuste primario» realizado por otra Administración tributaria. El apartado 1 del artículo 6 de la PDPT tiene como principal objetivo garantizar que los Estados miembros establezcan un mecanismo adecuado que les permita llevar a cabo ajustes correlativos en casos comprendidos en el ámbito de aplicación de la misma.

Con finalidad garantista, la PDPT pretende asegurar el ajuste correlativo en el ámbito europeo no solo a través de los mecanismos recogidos en los procedimientos amistosos establecidos en los CDI o en aplicación del Convenio 90/436/CEE o de la legislación derivada de la Directiva UE 2017/1852, sino también a través de disposiciones nacionales y de un «procedimiento rápido» (*fast-track procedure*) establecido a tal efecto con arreglo a la PDPT, para casos donde no existieran dudas sobre la correcta fundamentación del ajuste primario, o en casos de «inspecciones conjuntas» (*joint audits*) o de otras formas de cooperación administrativa (v. gr., el programa ETACA).

La gran contribución de la PDPT pasa por el referido «procedimiento rápido» para la instrumentación del ajuste correlativo, considerando que se prevé que se lleve a cabo en

<sup>26</sup> Este aspecto ha sido destacado por un grupo de destacados autores; vid. Pistone *et al.* (2024).

<sup>27</sup> Véase el párrafo 5.33 de las DPT OCDE, donde se recomienda la articulación un régimen más proporcionado de documentación de precios de transferencia para las pymes.



un plazo de 180 días, de acuerdo con lo previsto en el artículo 6.2 de la PDPT<sup>28</sup>. El procedimiento rápido lo instaría el contribuyente ante el Estado miembro donde se considera que debe realizarse el ajuste correlativo. No se establece una obligación de ajuste correlativo incondicional, de manera que, en caso de que este procedimiento no terminara con un ajuste correlativo, el contribuyente debe poder instar los procedimientos amistosos derivados de los CDI, el Convenio 90/436/CEE o el que resulta de la Directiva UE 2017/1852<sup>29</sup>.

El memorando reconoce que en algunos casos pueden concurrir razones legítimas para no conceder un ajuste correlativo por una Administración tributaria. En este sentido, la PDPT establece en el artículo 6 que los Estados miembros no deberían conceder ajustes correlativos en los siguientes casos: a) el ajuste primario se considera que no resulta consistente con el principio de plena competencia; b) el ajuste primario no determina un gravamen de beneficios en otra jurisdicción sobre el cual la empresa asociada en el Estado miembro del que se trate ha sido sujeta a imposición, esto es, no se produce o genera doble imposición económica; y c) en casos donde un país tercero (no UE) está involucrado y no existe un CDI que resulte de aplicación<sup>30</sup>.

El memorando continúa desarrollando la cuestión de los ajustes refiriéndose a los casos en los que no concurre o no se ha realizado un ajuste primario por una Administración tributaria, de suerte que se considera que, en línea con lo recogido en el artículo 6.5 de la PDPT, un Estado miembro únicamente puede realizar un «ajuste a la baja» o *downward adjustment* si: a) tal ajuste resulta consistente con el principio de plena competencia; b) una cantidad idéntica a la que es objeto del «ajuste a la baja» es incluida en los beneficios de la empresa asociada en otra jurisdicción; y c) una comunicación informando sobre la intención de realizar tal ajuste negativo ha sido remitida a las jurisdicciones concernidas. Es decir, la PDPT trata de conciliar la correcta aplicación del principio de plena competencia y la eliminación de la doble imposición con el principio de simetría y la prevención de la doble no imposición, de manera que también exista consistencia con el *single tax principle* o principio de tributación efectiva mínima que inspira el pilar II de BEPS 2.0<sup>31</sup>.

<sup>28</sup> El plazo de 180 días, a la vista de las estadísticas de procedimientos amistosos (MAP) publicadas por la OCDE, puede considerarse que, como regla, resulta mucho más corto que los plazos medios en los que tiene lugar un ajuste correlativo en aplicación de procedimientos amistosos.

<sup>29</sup> Nótese que los procedimientos recogidos en los CDI, el Convenio 90/436/CEE y en la Directiva 2017/1852 no solo son diferentes en materia procesal, sino que los presupuestos para su aplicación (por ejemplo, definición y alcance del principio de plena competencia, imposición no conforme a un CDI) no coinciden con lo recogido en la PDPT.

<sup>30</sup> El mecanismo del ajuste correlativo para evitar la doble imposición recogido en el artículo 6.1 de la PDPT también aplica en casos donde el ajuste primario lo realiza una Administración de un país tercero con el que el Estado miembro ha concluido un CDI.

<sup>31</sup> Nótese que los ajustes a la baja iniciados de forma espontánea por los contribuyentes pueden generarse como respuesta a *compliance alerts* como las utilizadas por el IRS americano, como fórmula que trata de propiciar una autorrevisión de la política de precios de transferencia en casos donde se detectan riesgos (*vid. Wrappe, 2024*).



Tales principios referidos a los «ajustes correlativos» y a los «ajustes a la baja» pretenden garantizar que los Estados miembros preserven su soberanía fiscal a la hora de determinar la consistencia de los ajustes primarios con el principio de plena competencia y que no se generen casos de doble imposición o doble no imposición.

El memorando se refiere también a los «ajustes compensatorios» definidos con arreglo al glosario de las DPT OCDE, que contemplan los ajustes que practican los contribuyentes a los efectos de sus declaraciones fiscales, difiriendo del precio efectivamente facturado en las operaciones intragrupo. Tales ajustes compensatorios son susceptibles de generar doble imposición, toda vez que las distintas jurisdicciones donde están domiciliadas las empresas asociadas tienden a considerar que las declaraciones tributarias deben reflejar las operaciones efectivamente realizadas. A efectos de evitar controversias fiscales y establecer un «enfoque común» respecto de «ajustes compensatorios» en la UE, el artículo 7 de la PDPT establece una serie de condicionantes cuyo cumplimiento determina que los Estados miembros de la UE deberían reconocer tales ajustes compensatorios. Esta cláusula del artículo 7 de la PDPT se inspira y debería ser interpretada con arreglo al informe JTPF/009/FINAL/2013/EN sobre ajustes compensatorios, aprobado por el Foro Conjunto de la UE sobre Precios de Transferencia en el año 2013.

## Comentarios

- Ciertamente, la posibilidad de que las Administraciones tributarias puedan llevar a cabo ajustes correlativos, previa solicitud de un contribuyente, al margen de lo establecido en los CDI, el Convenio 90/436/CE o en la Directiva UE 2017/1852, y a través de un «procedimiento rápido» que no puede superar los 180 días, constituye una de las aportaciones de la PDPT más celebradas por los comentaristas<sup>32</sup>, considerando que supone un avance en cuanto a la articulación expresa del procedimiento y su duración temporal en relación con la «regulación tradicional» de los mecanismos para garantizar la eliminación de la doble imposición derivada de ajustes de precios de transferencia<sup>33</sup>. Cabría, no obstante, apuntar cómo la PDPT no termina de solucionar los principales problemas que se plantean en casos de ajustes de precios de transferencia; por un lado, la PDPT no introduce novedad alguna en lo que se refiere a la cuestión clave para resolver los casos de ajustes de precios de transferencia en el marco de procedimientos amistosos (PA/MAP),

<sup>32</sup> Vid., por ejemplo, Carmona Fernández (2024) o Mulder *et al.* (2023), entre otros.

<sup>33</sup> Nótese que los procedimientos amistosos recogidos en los CDI posibilitan, en la fase unilateral (pre-MAP), ajustes correlativos en casos donde la autoridad competente considere que el ajuste o regularización es acorde con el principio de plena competencia o con el CDI. Podría resultar interesante también clarificar que el *fast-track procedure* de la PDPT resulta potencialmente aplicable a casos de ajustes iniciados por el propio contribuyente, que se contemplan en el marco de los procedimientos amistosos establecidos en los CDI que siguen el artículo 25 del MC OCDE. De la misma opinión participan Petruzzi y Myzithra (2023).

a saber: la determinación y acuerdo sobre la correcta aplicación del principio de plena competencia al caso<sup>34</sup>; y, por otro, la PDPT no aborda las cuestiones referidas a los ajustes secundarios, los intereses de demora, las eventuales sanciones o la coordinación con la tributación aduanera<sup>35</sup>.

- La redacción del artículo 6 de la PDPT puede considerarse en cierta medida más restrictiva o estricta que la cláusula del artículo 9 del MC OCDE, en la medida en que introduce condicionantes adicionales a efectos de regular el ajuste correlativo<sup>36</sup>. La regulación del ajuste a la baja prevista en el apartado 5 del artículo 6 de la referida PDPT también merece un comentario similar, a pesar de que, como ya indicamos, se trate de preservar la simetría y la doble no imposición en línea con los principios del proyecto BEPS<sup>37</sup> y la imposición global mínima<sup>38</sup>.
- La regulación recogida en el artículo 7 de la PDPT sobre «ajustes compensatorios» (*year-end adjustments, true-ups*) también merece reseñarse en sentido positivo, al constituir otra aportación relevante respecto de lo recogido en las DPT OCDE que contribuye a reducir los casos de doble imposición en el mercado único. De hecho, no todos los Estados miembros de la UE regulan o admiten estos ajustes compensatorios (por ejemplo, Bélgica no los regula, en tanto que Países Bajos sí) que determinan una valoración de una transacción diferente a la que está registrada en la contabilidad y que los contribuyentes practican a los efectos fiscales (declaraciones tributarias del IS y el IRNR), normalmente, con el objeto de que el resultado fiscal de la entidad resulte acorde con el rango de mercado derivado de la metodología utilizada (v. gr., el método del margen neto transaccional [TNMM]). Los condicionantes que se han previsto en el artículo 7 de la PDPT resultan razonables, pero sería recomendable un mayor desarrollo de estos a efectos de evitar interpretaciones restrictivas de los mismos.
- Resulta llamativo que la PDPT no incorpore expresamente una cláusula procedimental que permita excluir los ajustes de precios de transferencia cuando el contribuyente aporte evidencias suficientes sobre la justificación comercial de las condiciones en las que se han establecido las operaciones intragrupo, toda vez que este «test de racionalidad comercial» ha sido considerado por el TJUE como

<sup>34</sup> Como bien indica Hoor (2024), las autoridades competentes de los distintos países no tienen ningún incentivo relevante para conceder un ajuste correlativo que determine pérdida de recaudación para su Hacienda pública.

<sup>35</sup> Algunos autores han llamado la atención sobre la oportunidad para resolver a través de las últimas propuestas de armonización fiscal presentadas por la Comisión, la coordinación entre la valoración aduanera y la derivada de la regulación de precios de transferencia; *vid.* D'Andrea y Jelfs (2024).

<sup>36</sup> *Vid.* en la misma línea los comentarios de Petruzzi y Myzithra (2023).

<sup>37</sup> En la misma línea, *vid.* los comentarios de Pistone *et al.* (2024).

<sup>38</sup> El ajuste a la baja no está regulado en las DPT OCDE, y en tal sentido sería conveniente desarrollar con mayor detalle su regulación en la PDPT.

una fórmula que permite fundamentar su compatibilidad con las libertades fundamentales del TFUE<sup>39</sup>. Pensamos, por tanto, que debería codificarse tal test de racionalidad comercial en la directiva de manera que se salvaguardara su compatibilidad con el derecho de la UE<sup>40</sup>.

<sup>39</sup> Véanse, en particular, las SSTJUE en los casos Hornbach-Baumarkt, asunto C-382/16 (NFJ070459); e Impresa Pizzarotti, asunto C-558/19 (NFJ079156), comentadas por Calderón Carrero y Ribeiro (2018); Finley (2022), entre otros. Nótese que el propio TC alemán, en su sentencia de 4 de marzo de 2021 (IR 73/16; comentada por Puls y Altenburg, 2021), puso de relieve que las autoridades fiscales, en el marco de procedimientos de regularización tributaria en relación con la regulación de precios de transferencia, debían observar la doctrina del TJUE en el asunto Hornbach, de manera que se permitiera al contribuyente evidenciar razones comerciales que justificaban una operación que se considera que no cumple con el principio de plena competencia, de forma tal que la decisión ponderase motivadamente tales razones comerciales en el sentido formulado por el TJUE. No resulta clara de la jurisprudencia del TJUE la cuestión de si el test de «justificación comercial» a los efectos de la justificación de una operación intragrupo que no se ajusta al principio de plena competencia consiste en la concurrencia de una circunstancia empresarial a nivel del grupo MNE que justifique la operación (a pesar de no ser de mercado) o estamos ante un criterio más próximo a un *business purpose test*, más conectado con enfoques antiabuso, que reclamaría la evidencia de una razón no fiscal para la operación. La posición que más parece alinearse con el razonamiento del TJUE pasa por una «justificación comercial» de la transacción a nivel de grupo, esto es, un enfoque más objetivo (vinculado a los factores de comparabilidad, estrategias comerciales, test de reconocimiento de la operación) que conecta mejor con los principios de las DPT OCDE y no tanto que se incorpore aquí un test antiabuso adicional que conduzca a contaminar la aplicación del principio de plena competencia con parámetros de una cláusula antiabuso general o GAAR a la luz de la jurisprudencia antiabuso del TJUE. A nuestro juicio, el test de justificación comercial o económica articulado por el TJUE abre la puerta a que, en determinados casos y excepcionalmente, las razones comerciales y económicas propias de los grupos de empresas puedan servir para justificar en ciertos casos diferencias que afectan a la configuración o las condiciones o estructuras desarrolladas por tales grupos, de forma distinta a las operaciones comparables realizadas por operadores independientes. Tal test o análisis de justificación comercial puede afectar a la valoración de una operación o al juicio de validez de la misma versus operaciones que no se realizan en los mismos términos por partes independientes. Varios autores se han referido a esta cuestión, llegando a poner de relieve que una interpretación expansiva del test de motivos comerciales derivado de la jurisprudencia del TJUE distorsionaría seriamente la aplicación del principio de plena competencia (*vid.* Buriak y Petruzzi, 2018; Finley, 2022; Martín Jiménez, 2010). Nótese que, con posterioridad a la jurisprudencia de los casos SGI y Hornbach, el TJUE se pronunció en el caso Lexel (asunto C-484/19 –NFJ080118–, par. 56; *vid.* Calderón Carrero [2021]) sobre el principio de plena competencia, validando, con carácter general, su aplicación en el contexto comunitario, poniendo de relieve que su cumplimiento por parte de los contribuyentes revela *prima facie* que se trata de una operación intragrupo no artificiosa. En particular, el parágrafo 56 de la STJUE en el caso Lexel establece que «las operaciones realizadas en condiciones de plena competencia no constituyen montajes puramente artificiales o ficticios llevados a cabo con el fin de evadir el impuesto normalmente adeudado sobre los beneficios generados por actividades desarrolladas en el territorio nacional»; esta afirmación del TJUE realizada en un determinado contexto (operación de planificación fiscal intragrupo real, que cumplía con el principio de plena competencia), a nuestro modesto entender, no significa que una transacción intragrupo, que pueda considerarse que cumple el principio de plena competencia, analizada en contexto más amplio no pueda considerarse que forma parte de un montaje abusivo con arreglo a una cláusula antiabuso general.

<sup>40</sup> En parecidos términos se han pronunciado Petruzzi y Myzithra (2023) y Pistone *et al.* (2024).

## 2.2.2. Elementos comunes esenciales

### 2.2.2.1. Delineación precisa de las relaciones comerciales y financieras

El artículo 8 de la PDPT establece el principio de la determinación de los precios de transferencia de acuerdo con la conducta real de las partes vinculadas en el contexto de los términos contractuales de la operación intragrupo. Se recogen, por tanto, las reglas de delineación de la operación realmente realizada analizando las relaciones contractuales en combinación con su conducta efectiva. El punto de partida del análisis de las características económicas de las operaciones intragrupo pasa por el examen del contenido de las cláusulas contractuales, acompañado de su verificación a partir de la conducta real y demás hechos relevantes en relación con la transacción. En casos de inconsistencia entre hechos y marco contractual, la delineación atenderá al negocio efectivamente realizado a partir de las mejores evidencias concurrentes.

#### Comentarios

- Algunos comentaristas han advertido sobre la conveniencia de una mayor conexión entre los artículos 8 y 11 de la PDPT, advirtiendo de la relevancia de la identificación de las relaciones y condiciones comerciales y financieras de las operaciones intragrupo analizadas a los efectos de la aplicación del principio de plena competencia para llevar a cabo un correcto análisis de comparabilidad<sup>41</sup>.
- También se ha advertido sobre la conveniencia de alinear en mayor medida la PDPT y las DPT OCDE en relación con la delineación de las operaciones y la posibilidad de «reasignar» los riesgos en el caso de que no existiera coincidencia entre la realidad contractual y la efectiva conducta de las partes, en la medida en que la fórmula utilizada por la PDPT (art. 8.2 c), basada en la toma en consideración de «la forma y la sustancia», resulta un tanto ambigua<sup>42</sup>.
- En la misma línea, algunos comentaristas han destacado la ausencia de los principios recogidos en las DPT OCDE en materia de no reconocimiento o recharacterización de operaciones irracionales comercialmente de acuerdo con el capítulo I, sección D.2, de suerte que tal omisión<sup>43</sup>, al igual que otras (v. gr., falta de referencia

<sup>41</sup> Véase lo expuesto por Mulder *et al.* (2023), que consideran que las condiciones comerciales y financieras podrían incluirse en la cláusula del artículo 8 de la PDPT.

<sup>42</sup> En este sentido se han pronunciado varios autores: Finley (2023); Mulder *et al.* (2023); Petruzzi y Myzithra (2023).

<sup>43</sup> La omisión de la previsión recogida en las DPT OCDE sobre «no reconocimiento» de operaciones intragrupo irracionales comercialmente (capítulo 1.D.2 de las DPT OCDE 2022) se considera que podría articular una medida antiabuso que podría no encajar con los principios fijados por el TJUE

a las denominadas *DEMPE functions*), genera incertidumbre y potenciales riesgos de controversia<sup>44</sup>.

#### 2.2.2.2. Métodos en materia de precios de transferencia

El artículo 9 de la PDPT, en línea con el contenido del capítulo III de las DPT OCDE, se refiere a los principales métodos para determinar los precios de transferencia de acuerdo con el principio de plena competencia.

La cláusula del artículo 9 de la PDPT contiene una enumeración de los referidos métodos, enunciando de forma básica su configuración técnica. En particular, esta cláusula de la PDPT hace referencia a los siguientes métodos: a) el método del precio libre comparable (*comparable uncontrolled price method* [CUP]), b) el método del precio de reventa (*resale price method* [RPM]), c) el método del coste agregado (*cost-plus method* [CPM]), d) el método del margen neto transaccional (*transactional net margin method* [TNMM]); y e) el método del reparto del beneficio, considerando sus modalidades típicas del análisis residual y del análisis de contribución (*profit split method* [PSM], *residual analysis* y *contribution analysis*).

La PDPT no contiene una *ordering rule* o regla de preferencia respecto de la aplicación de los referidos métodos. El artículo 10 de la PDPT, en línea con las DPT OCDE, contiene a este respecto la regla de la aplicación en cada caso del método más adecuado tomando en consideración los hechos y circunstancias presentes en la transacción intragrupo de que se trate.

El apartado 2 del artículo 9 de la PDPT, en línea también con las DPT OCDE, prevé la potencial aplicación de un método distinto de los métodos recogidos en su apartado 1 únicamente allí donde se hubiera demostrado la concurrencia de los siguientes condicionantes, a saber: a) que ninguno de los referidos «métodos tipificados» puede ser razonablemente aplicado para determinar las condiciones de plena competencia en relación con la transacción, y b) que el método alternativo produce resultados consistentes con los que obtendrían empresas independientes operando en condiciones de mercado en circunstancias comparables. La carga de la prueba de la concurrencia de estos condicionantes le corresponde al contribuyente o a la Administración que invoque la aplicación de tales métodos alternativos. En estos casos, se prevé la aplicación de las recomendaciones recogidas en el informe del

---

para admitir la compatibilidad de medidas antielusión fiscal (esquemas puramente abusivos carentes de realidad económica). Tal potencial incompatibilidad con el derecho de la UE de la referida fórmula de no reconocimiento de operaciones intragrupo recogida en las DPT OCDE podría explicar tal omisión, por más que nos encontremos ante una cuestión abierta. *Vid.* el trabajo de Helminen (2023) a este respecto.

<sup>44</sup> *Vid.* las observaciones de Finley (2023), que llega a considerar que tales omisiones no son casuales, pudiendo significar un enfoque de precios de transferencia más formalista que el derivado de las DPT OCDE 2022.

Foro Conjunto de la UE sobre Precios de Transferencia en materia de uso de técnicas de valoración económicas en sede de precios de transferencia<sup>45</sup>.

### 2.2.2.3. Selección del método más adecuado

Tal y como indicamos en el epígrafe anterior, el artículo 10 de la PDPT establece el criterio del método más adecuado para cada caso como regla para la selección del método de precios de transferencia.

A este respecto, el memorando explicativo de la PDPT elaborado por la Comisión Europea, al hilo de los comentarios a esta cláusula, se hace eco de los principios básicos, recogidos en las DPT OCDE, relativos a la referida regla de selección del método más adecuado al caso, indicando, con carácter general, el uso más apropiado de cada uno de los «métodos tipificados» en el artículo 9 de la PDPT. También se pone de relieve que los «métodos unilaterales» (*one-sided methods*; en referencia a los métodos CUP, RPM, CPM y TNMM) no son fiables en casos donde cada una de las partes de la operación realicen contribuciones únicas y valiosas en relación con la transacción intragrupo, en cuyo caso puede resultar más adecuado el recurso al método de división del resultado (PSM).

#### Comentarios

- Como indicamos más adelante, no han faltado voces que han advertido la existencia de diferencias entre la redacción y la terminología empleada en los artículos 9 y 10 de la PDPT y la que se recoge en las DPT OCDE en sede de criterios de selección de métodos de precios de transferencia, advirtiendo de potenciales efectos prácticos poco previsibles derivados de tales diferencias<sup>46</sup>.
- La redacción del artículo 9.2 de la PDPT, que regula la aplicación de los «otros métodos» de valoración, puede establecer un criterio más estricto que el que actualmente rige en un buen número de países, en la medida en que tal cláusula asigna la carga de la prueba al contribuyente sobre la «imposibilidad» de aplicar los métodos tradicionales del apartado 1 del referido precepto<sup>47</sup>, de manera que, ante una «insatisfactoria motivación» por parte del contribuyente, las autoridades fiscales podrían alterar la metodología utilizada por el contribuyente, lo cual constituye una fuente de controversias que deberían evitarse<sup>48</sup>.

<sup>45</sup> JTPF/003/2017/FINAL/EN.

<sup>46</sup> Vid. a este respecto el trabajo de Bakker *et al.* (2024), donde se comentan estas diferencias.

<sup>47</sup> En este sentido se han pronunciado algunos autores como Mulder *et al.* (2023).

<sup>48</sup> A este respecto, algunos especialistas en la materia han destacado cómo en la práctica se producen regularizaciones de precios de transferencia donde las autoridades fiscales cuestionan la selección del

- La PDPT no regula los métodos de precios de transferencia, sino que se limita a enumerarlos y describirlos de forma básica, lo cual termina cristalizando una «armonización en blanco» de una cuestión central desde el plano de la aplicación del principio de plena competencia que, en último análisis, remite a los criterios difusos del *soft-law* de la OCDE, con todo lo que ello conlleva.
- En relación con la utilización en este contexto de las recomendaciones del Foro Conjunto de la UE sobre Precios de Transferencia, cabe poner de relieve que no resulta claro su estatus (más allá de su consideración como *soft-law*)<sup>49</sup>, pero lo cierto es que la PDPT terminaría dotándolas de mayor relevancia práctica.

#### 2.2.2.4. Análisis de comparabilidad

El artículo 11 de la PDPT está dedicado a los principios del análisis de comparabilidad, que se considera que constituyen la piedra angular de la aplicación del principio de plena competencia.

Los principios codificados en esta cláusula de la PDPT reflejan las reglas y la guía recogidas en el capítulo III de las DPT OCDE.

El memorando explicativo destaca la relevancia del principio de transparencia en relación con las búsquedas de comparables realizadas tanto por los contribuyentes como por las Administraciones tributarias. La carga de la prueba en materia de comparabilidad, por tanto, recae en primera instancia sobre el contribuyente cuando elabora su *benchmarking*, pero la Administración también debe evidenciar y motivar los criterios de cuestionamiento de los comparables utilizados por el contribuyente y fundamentar de forma transparente su selección de comparables, en línea con lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 11 de la PDPT y con el principio de buena administración, que también forma parte del derecho de la UE.

El memorando explicativo, al hilo de los comentarios al artículo 11 de la PDPT, también hace referencia a las recomendaciones recogidas en el informe del Foro Conjunto de la UE sobre Precios de Transferencia, elaborado en el año 2016, sobre la utilización de comparables en la UE<sup>50</sup>, considerando que tales recomendaciones deberían ser tenidas en consideración.

---

método utilizado por el contribuyente para determinar y verificar un resultado acorde con el principio de plena competencia, al considerar que tal método no es «razonable»; tales regularizaciones que pivotan sobre una sustitución del método utilizado por el contribuyente dislocan su metodología y, en ocasiones, llevan aparejadas sanciones tributarias de considerable relevancia cuantitativa (*vid.* Harshberger, 2024).

<sup>49</sup> *Vid.* Petruzzi y Myzithra (2023).

<sup>50</sup> JTPFF/007/2016/FINAL/EN.

### 2.2.2.5. Estableciendo el rango de plena competencia

El artículo 12 de la PDPT está dedicado al rango de precios de plena competencia. Se considera que tal rango, en muchos casos, puede contribuir a determinar un resultado más fiable en relación con la aplicación del principio de plena competencia.

De acuerdo con los comentarios recogidos en el memorando explicativo de la PDPT, la cláusula del artículo 12, de acuerdo con las mejores prácticas internacionales, prescribe que, allí donde la aplicación del método más adecuado genera un rango de precios o valores, el rango de resultados de plena competencia debe determinarse utilizando el rango intercuartílico, conformado por los percentiles entre el 25 y 75 de los resultados de los comparables seleccionados.

Los apartados 3 y 4 del artículo 12 de la PDPT establecen reglas para la aplicación del rango de plena competencia que, según se indica en el memorando explicativo, pretenden minimizar controversias y aseguran un enfoque común de ámbito práctico en la UE.

Por un lado, el artículo 12.3 de la PDPT establece que un contribuyente no debe ser objeto de un ajuste de precios de transferencia cuando los resultados obtenidos en la aplicación del método están comprendidos dentro del rango intercuartílico, a menos que la Administración tributaria o el contribuyente probaran que una posición específica diferente dentro del rango está justificada por los hechos y circunstancias del caso concreto.

Por otro lado, el apartado 4 del artículo 12 de la PDPT prevé que, cuando los resultados de la operación intragrupo no resulten comprendidos dentro del rango de plena competencia, la Administración tributaria debe realizar un ajuste a la mediana (percentil 50) de todos los resultados, a menos que el contribuyente o la Administración acrediten que otro punto del rango determina un precio de mercado más fiable en el caso específico de que se trate.

#### Comentarios

- La regulación recogida en el artículo 12 de la PDPT ha generado un cierto debate entre los comentaristas especializados en la materia. Se ha destacado como la propuesta de la Comisión Europea toma claro partido por maximizar los enfoques de tendencia central a la hora de prescribir el uso del rango intercuartílico (vs. el rango completo) y el criterio del ajuste a la mediana como regla en los ajustes administrativos<sup>51</sup>, salvo que se acredite que resulta más adecuado otro punto del

<sup>51</sup> Cabe apuntar que de las DPT OCDE se deduce un enfoque menos estricto que el recogido en la PDPT, en la medida en que se refieren a estas medidas de tendencia central (rango intercuartílico) únicamente



rango a efectos de la determinación de un precio más acorde con el principio de plena competencia<sup>52</sup>. La posición establecida en la PDPT en este punto se considera que resulta más estricta que lo recogido en las DPT OCDE<sup>53</sup>, por más que no resulte claro que ello resulte incompatible con el principio de plena competencia<sup>54</sup>. En cierta medida, la regla del ajuste a la mediana coincide con posicionamientos de algunas Administraciones tributarias, como la española<sup>55</sup>, la alemana o la francesa, aunque cabría apuntar que los tribunales de estos países vienen rechazando ajustes automáticos a la mediana carentes de suficiente motivación al respecto<sup>56</sup>.

- Pensamos, asimismo, que la regla de los ajustes a la mediana suscita dudas sobre su compatibilidad con el derecho de la UE, considerando la jurisprudencia del TJUE, donde establece condiciones de compatibilidad con el derecho de la UE de medidas nacionales reguladoras de precios de transferencia<sup>57</sup>. En particular, el Tribunal de Justicia ha declarado que las medidas nacionales de aplicación del principio de plena competencia deben ser necesarias y proporcionales, en el sentido de que no pueden ir más allá de lo necesario para preservar el reparto equilibrado del poder tributario entre Estados y prevenir la elusión fiscal<sup>58</sup>. A efectos de cumplir con tales condicionantes de necesidad y proporcionalidad, por un lado, el contribuyente debe tener la oportunidad de suministrar información sobre posibles razones comerciales que justifican las condiciones de la operación intragrupo sin soportar restricciones administrativas excesivas y, por otro, la medida correctiva (el ajuste) debe limitarse a la fracción que excede de lo que tales empresas habrían acordado en condiciones de libre mercado. Consideramos que

---

en casos en los que concurren defectos de comparabilidad en el set de comparables utilizado. *Vid.* en este sentido EY (2023) y Karjalainen *et al.* (2023).

<sup>52</sup> *Vid.* los comentarios críticos de Mulder *et al.* (2023) y Petruzzi y Myzithra (2023).

<sup>53</sup> Véase el párrafo 2.57 de las DPT OCDE 2022.

<sup>54</sup> Las DPT OCDE son claramente más flexibles en este punto y en modo alguno contemplan un «enfoque prescriptivo» del rango intercuartílico como hace la PDPT. Nótese, a su vez, cómo ciertos países contemplan la posibilidad de utilizar el rango completo (*v. gr.*, Canadá) o el rango intercuartílico. *Vid.* Finley (2023) y Van Herksen (2023).

<sup>55</sup> Véanse la nota de la ONFI-AEAT de 25 de febrero de 2021 y el comentario de Barba (2021).

<sup>56</sup> En relación con la jurisprudencia española e internacional que se ha posicionado en contra de la aplicación mecánica del ajuste a la mediana, exigiendo motivación sobre el punto del rango que se utiliza para realizar el ajuste, puede verse el trabajo de Barba (2021) y Calderón Carrero (2019).

<sup>57</sup> Véanse las SSTJUE en los casos SGI, asunto C-311/08 (NFJ036705); Hornbach-Baukmarkt, asunto C-382/16 (NFJ070459); e Impresa Pizzarotti, asunto C-558/19 (NFJ079156).

<sup>58</sup> La aplicación efectiva de las medidas nacionales que articulan el principio de plena competencia únicamente en casos donde resulten necesarias para preservar el equilibrio en el reparto del poder tributario entre Estados y prevenir la evasión fiscal constituye un principio que puede limitar regularizaciones de precios de transferencia poco consistentes, como aquellas donde el contribuyente ha demostrado una posición de cumplimiento consistente con el principio de plena competencia.

de la jurisprudencia del TJUE puede deducirse que recae sobre las Administraciones tributarias la carga de probar, de forma motivada y a través de indicios objetivos, que la operación intragrupo no se ajusta al principio de plena competencia, de manera que todo ajuste que no esté dotado de una motivación suficiente debe considerarse contrario al derecho de la UE<sup>59</sup>.

#### 2.2.2.6. La documentación de precios de transferencia

El artículo 13 de la PDPT se refiere a la documentación de precios de transferencia en términos genéricos y partiendo de un enfoque de cumplimiento tributario desde la perspectiva del contribuyente. La documentación de precios de transferencia se concibe, por tanto, como una documentación básica, eminentemente fáctica, a través de la cual el contribuyente justifica la correcta aplicación de los métodos para determinar resultados acordes con el principio de plena competencia.

El artículo 13 de la PDPT no contiene una regulación cerrada y detallada del contenido de tal documentación. Tampoco se ha optado por una remisión al enfoque recogido en las DPT OCDE o a las recomendaciones derivadas de los informes elaborados en el pasado a este respecto por el Foro Conjunto de la UE sobre Precios de Transferencia.

No obstante, el apartado 2 del artículo 13 de la PDPT prevé que la Comisión Europea pueda adoptar actos delegados para desarrollar plantillas y criterios sobre la delimitación del contenido y modelos de documentación de precios de transferencia.

#### Comentarios

- La estandarización comunitaria de la documentación de precios de transferencia realizada en términos de proporcionalidad y alineados sustancialmente con la guía de la OCDE sobre precios de transferencia puede resultar ventajosa para los contribuyentes y Administraciones tributarias, pudiendo reducir costes de cumplimiento y determinado tipo de controversias sobre esta materia.
- También podría considerarse la posibilidad de establecer la exclusión de sanciones tributarias en casos de ajuste de precios de transferencia mediando documentación completa y acorde con los criterios estandarizados, acreditando así una posición cooperativa del contribuyente dirigida al cumplimiento tributario de buena fe. Nótese a este respecto que el TJUE se ha pronunciado sobre los

<sup>59</sup> Este punto de partida y premisa para la realización de ajustes de precios de transferencia en el contexto de operaciones transfronterizas comunitarias podría propiciar el desarrollo de buenas prácticas sobre inspecciones de precios de transferencia en los ámbitos nacional e internacional, como han hecho algunos países y han recomendado algunas organizaciones internacionales.

principios en materia sancionadora en relación con infracciones que tienen que ver con las obligaciones de documentación de precios de transferencia postulando la aplicación de un principio de proporcionalidad sobre la cuantía de la sanción y la posibilidad de que se excluya ante situaciones de incumplimiento «excusable» o incumplimientos «menores»<sup>60</sup>.

### 2.2.3. La aplicación del principio de plena competencia y las futuras reglas comunes sobre cuestiones específicas

El artículo 14 de la PDPT, que dota de contenido al capítulo III («Organización») de la misma, está dedicado a la «aplicación del principio de plena competencia» y posee contenido complejo.

El apartado 1 de esta cláusula establece que los Estados miembros incluirán en las normas nacionales de transposición establecidas en el capítulo II de la PDPT disposiciones que aseguren que esta regulación (comunitaria) en materia de precios de transferencia resulta aplicada de manera consistente con las DPT OCDE.

El memorando explicativo de la Comisión Europea sobre la PDPT pone de relieve que esta cláusula del artículo 14 de la PDPT tiene como objetivo asegurar la aplicación común del principio de plena competencia, recogido en el artículo 4 de la PDPT, a través de la utilización a tal efecto y con carácter vinculante de la última versión de las DPT OCDE por parte de los Estados miembros de la UE<sup>61</sup>. En la medida en que las DPT OCDE tienen naturaleza dinámica, las actualizaciones de las mismas constituirán el marco de referencia vinculante. Continúa el memorando explicativo indicando que, para asegurar la aplicación de las referidas nuevas DPT OCDE en los Estados miembros, se podría poner en marcha el procedimiento recogido en el apartado 9 del artículo 218 del TFUE<sup>62</sup>. También se indica en el referido memorando que la Comisión Europea podría proponer modificaciones de la DPT con el objetivo de reflejar los cambios introducidos en las DPT OCDE<sup>63</sup>.

<sup>60</sup> STJUE de 13 de octubre de 2022, caso X GmbH, asunto C-431/21 (NFJ087546). *Vid.* Finley (2022).

<sup>61</sup> A nuestro juicio, del apartado 1 del artículo 14 de la PDPT no se deduce claramente ni el alcance del carácter vinculante de las DPT OCDE ni que tal vinculación (entendemos que meramente a efectos interpretativos) se predique de cualquier versión posterior o actualizada de las DPT OCDE 2022. Destacados autores coinciden a la hora de considerar que el artículo 14.1 de la PDPT no articula un enfoque dinámico en relación con las DPT OCDE, limitándose a considerar que estamos ante una regla de consistencia con la versión de 2022, en línea con lo recogido en el apartado 18 del artículo 3 de la PDPT.

<sup>62</sup> Como consecuencia del procedimiento del artículo 218(9) del TFUE que se menciona en el apartado 18 del artículo 3 de la PDPT, la posición de los Estados miembros en el marco de los debates en la OCDE sobre los cambios que introducir en las DPT OCDE podría alterarse, dada la mayor relevancia que tales cambios podrían tener con arreglo al derecho de la UE. *Vid.* Pistone *et al.* (2024).

<sup>63</sup> Nos remitimos a los comentarios realizados sobre el artículo 14 de la PDPT en el epígrafe 2.2, al hilo de los artículos 1 y 4 de la PDPT.

El apartado 2 del artículo 14 de la PDPT establece una cláusula que contempla y anticipa la posibilidad de que el Consejo de la UE pueda establecer en el futuro disposiciones adicionales a las previstas en esta propuesta de directiva que resulten consistentes con las DPT OCDE sobre la aplicación del principio de plena competencia y las disposiciones recogidas en el capítulo II de la PDPT en relación con una serie de operaciones específicas, con el objeto de reforzar la seguridad jurídica y mitigar el riesgo de doble imposición.

Las operaciones específicas a las que se refiere este apartado 2 del artículo 14 vendrían a ser las siguientes:

- Transmisiones de activos intangibles o derechos sobre activos intangibles entre empresas asociadas, incluyendo activos intangibles de difícil valoración (*hard-to-value intangibles* [HTVI]).
- Prestación de servicios entre empresas asociadas, incluyendo las prestaciones de servicios de marketing y distribución.
- Acuerdos sobre repartos de costes entre empresas asociadas.
- Operaciones entre empresas asociadas en el contexto de reestructuraciones.
- Operaciones financieras.
- Acuerdos internos entre la casa central y sus establecimientos permanentes.

El memorando explicativo pone de relieve a este respecto que, considerando la naturaleza y potencial alcance de la materia a la que se refieren tales operaciones específicas y su conexión con la soberanía fiscal y la distribución del poder tributario en el ámbito internacional, las medidas a las que se refiere el artículo 14.2 de la PDPT se adoptarían eventualmente por el Consejo a propuesta de la Comisión, sin que esta última, por tanto, ostentara capacidad regulatoria autónoma a este respecto.

### 3. Comentarios generales sobre la PDPT

#### 3.1. Sobre la oportunidad y justificación de la PDPT

La situación actual del marco regulatorio del principio de plena competencia y los precios de transferencia en la UE se define de forma autónoma por cada Estado miembro a través de su normativa y práctica administrativa nacional. El hecho de que la regulación en materia de precios de transferencia de los distintos Estados miembros responda a unos principios comunes derivados del estándar internacional de plena competencia (*arm's length principle*), codificados de forma laxa y no jurídica a través de las DPT OCDE 1995-2022, no

excluye en modo alguno que nos encontremos ante un panorama regulatorio sustantivo y procedimental fragmentario y asimétrico, donde median diferencias entre las legislaciones de unos y otros países y, por supuesto, entre sus enfoques de práctica administrativa (*asymmetric & selective enforcement*)<sup>64</sup>. Tales diferencias regulatorias y de praxis administrativa contribuyen a generar una situación donde puede considerarse que existe un notable déficit de seguridad jurídica, nada despreciables riesgos de doble imposición y situaciones donde puede generarse «doble no imposición» en relación con el régimen fiscal de las operaciones intragrupo internacionales.

En este sentido, es cierto que los niveles de controversia fiscal internacional en materia de precios de transferencia son elevados y crecientes, tal y como revelan los inventarios de procedimientos amistosos que publica la OCDE, y todo ello, a pesar de las medidas adoptadas en los ámbitos internacional y europeo para mejorar la eficacia de las medidas dirigidas prevenir y solucionar tales controversias<sup>65</sup>.

La cuestión que surge o se plantea en este contexto pasa por considerar si una regulación europea en la materia como la propuesta por la Comisión a través de la PDPT o una armonización total o parcial de la regulación sobre los precios de transferencia constituye o no la solución a esta problemática o una medida adecuada para reducir las distorsiones, restricciones y obstáculos al buen funcionamiento del mercado único europeo que resultan del estado actual de cosas, donde los Estados miembros poseen poder tributario y competencia para establecer su «política de precios de transferencia».

A efectos de poder abordar la cuestión planteada, no podemos menos que poner de relieve cómo la PDPT presentada por la Comisión trata de resolver la compleja problemática a través de varias medidas, a saber: a) incorporar el principio de plena competencia al derecho de la UE; b) armonizar reglas clave de la regulación de los precios de transferencia; c) clarificar el papel y estatus (vinculante) de las DPT OCDE; y d) crear una regulación que posibilite establecer, dentro de la UE, reglas comunes vinculantes sobre cuestiones o materias específicas de los precios de transferencia dentro del marco de las DPT OCDE.

---

<sup>64</sup> La profesora De la Feria (2020) ha analizado, desde el principio de igualdad, la problemática del *selective law enforcement*.

<sup>65</sup> Tanto la OCDE como la propia UE han desarrollado, especialmente durante la última década, una serie de medidas y mecanismos dirigidos a prevenir y resolver controversias fiscales en materia de precios de transferencia con el objetivo de reducir los riesgos de doble imposición y mejorar la seguridad jurídica en la materia. Desde la OCDE pueden citarse la acción 14 del plan BEPS, los manuales sobre APA bilaterales/multilaterales o el programa ICAP de la OCDE. La UE ha articulado mecanismos reforzados para eliminar la doble imposición como el Convenio 90/436/CEE o la Directiva (UE) 2017/1852, de resolución de litigios fiscales; también ha desarrollado programas cooperativos transfronterizos como el ETACA y puesto en marcha fórmulas de coordinación a través de *soft-law* como el Foro Conjunto de la UE sobre Precios de Transferencia. Véase a este respecto lo que se expone de forma sintética en el informe del Parlamento Europeo *Harmonising Transfer Pricing Rules within the EU* de 2024.

En buena medida, la «fórmula» propuesta por la Comisión a través de la PDPT responde a una agenda política de corte «incrementalista» que pasa por armonizar materialmente la regulación de los precios de transferencia partiendo del estándar internacional del principio de plena competencia de la OCDE. La PDPT es compleja y no determina una armonización total de la regulación de los precios de transferencia, sino que, más bien, consiste en una codificación gradual y comunitarizada de las DPT OCDE que cristalizaría en unas «reglas comunes» sobre elementos esenciales de tal principio internacional y sobre cuestiones referidas a la práctica administrativa y a la vertiente o dimensión procedimental de los precios de transferencia. La PDPT presentada por la Comisión terminaría «comunitarizando»<sup>66</sup> uno de los principios vertebradores del sistema de fiscalidad internacional, como es el estándar internacional de plena competencia, que se ha venido desarrollando progresivamente por la OCDE (y sus países miembros) desde los primeros modelos de convenio (1963) hasta el momento presente, hasta convertirse en un estándar internacional que trasciende a la OCDE y a sus países miembros. No puede dejar de señalarse que tal estándar internacional de plena competencia y las directrices de la OCDE que codifican sus principios, reglas y criterios interpretativos, dirigidos a guiar a las Administraciones y empresas multinacionales a efectos de su aplicación, no están concebidas ni poseen la naturaleza ni la configuración de normas jurídicas; de hecho, las DPT OCDE, en muchas ocasiones, admiten distintas opciones y alternativas regulatorias, interpretativas y de praxis administrativa<sup>67</sup>. Nótese, a su vez, que la PDPT<sup>68</sup> opta por el estándar internacional de plena competencia derivado de las DPT OCDE obviando que otras organizaciones internacionales como la ONU han elaborado manuales en la materia que tratan de reflejar, en mayor medida, los intereses y la práctica de los países en desarrollo<sup>69</sup>.

<sup>66</sup> Utilizamos esta expresión para referirnos a una situación en la que una directiva de la UE establece una regulación de derecho de la UE en relación con el principio de plena competencia. Somos conscientes de que el derecho de la UE no es ajeno al estándar internacional de plena competencia. La Directiva UE/2022/2253, reguladora de las reglas sobre la imposición global mínima del pilar II, ya hace referencia a este principio en el apartado 4 del artículo 16, pero sin regularlo de forma autónoma. El Convenio 90/436/CEE también lo recoge (art. 4), aunque no estamos ante un instrumento de derecho de la UE, sino ante un tratado internacional concluido entre los Estados miembros de la UE. Y el TJUE, como ya hemos comentado anteriormente, ha tenido ocasión de pronunciarse en varias ocasiones sobre el principio de plena competencia tanto para considerar su aplicación en términos compatibles con el derecho de la UE como para verificar su validez como medida antielusión fiscal.

<sup>67</sup> Nos remitimos a lo explicado en Calderón Carrero (2007) y Martín Jiménez y Calderón Carrero (2012).

<sup>68</sup> Así lo reconoce la Comisión Europea en el *EU Commission Staff Working Document Impact Assessment Report* (SWD[2023] 308 final).

<sup>69</sup> La ONU ha desarrollado su propio manual sobre precios de transferencia (2013-2021), que codifica enfoques prácticos sobre distintas cuestiones de aplicación del principio de plena competencia, considerando la realidad e intereses de los países en desarrollo, tratando de mantener la consistencia con las DPT OCDE, en línea con el artículo 9 del MC ONU, que sigue el MC OCDE en este punto (véase el *UN Practical Manual on Transfer Pricing for Developing Countries* [2021] y el *UN Transfer Pricing Compliance Assurance* [2024]). Se ha puesto de relieve cómo algunos de los enfoques singulares que se recogen en el referido Manual de precios de transferencia de la ONU determinan una mayor asignación de beneficio residual a las jurisdicciones mercado (Herzfeld, 2024b).

A este respecto, cabe destacar que la PDPT de la Comisión Europea no se limita a codificar y «comunitarizar» el principio de plena competencia, sino que, por un lado, contiene diferencias terminológicas respecto de las DPT OCDE<sup>70</sup> y toma partido por determinadas opciones o alternativas regulatorias (v. gr., en relación con el concepto de empresa asociada, el rango intercuartílico o el ajuste a la mediana); por otro lado, la PDPT abre la puerta a una regulación específica y singular comunitaria sobre determinadas cuestiones que se enumeran (v. gr., tributación de operaciones intragrupo referidas a intangibles, servicios, transacciones financieras, acuerdos sobre repartos de costes, etc.); en tercer lugar, la PDPT contempla, bajo ciertos condicionantes y procedimientos, la incorporación dinámica<sup>71</sup> y vinculante (hermenéuticamente) de las DPT OCDE 2022<sup>72</sup> a los efectos de la aplicación del

<sup>70</sup> Se han apuntado diferencias terminológicas entre las DPT OCDE y la PDPT en relación con una serie de cuestiones y materias que se considera que pueden tener implicaciones en sede interpretativa, pudiendo desencadenar efectos poco previsibles. A este respecto, se han destacado, por ejemplo, las siguientes diferencias terminológicas: a) la definición del principio de plena competencia que se recoge en las DPT OCDE y en el artículo 9 del MC OCDE no coincide con la definición del artículo 3 de la PDPT, que incluye términos más amplios (*transact*) y no coincidentes con los utilizados por la OCDE (*[open] market forces*). De hecho, la resolución del Parlamento Europeo de 10 de abril 2024 propone una redacción más alineada con el estándar internacional del artículo 9 del MC OCDE. También se considera que los artículos 9 y 10 de la PDPT están redactados en términos tales que favorecen una jerarquía de métodos más estricta que las reglas de selección de métodos que resultan de las DPT OCDE. Véase a este respecto el trabajo de Bakker *et al.* (2024), en el que se comentan estas diferencias. También el informe del Parlamento sobre la PDPT (2024) pone de relieve ciertas diferencias terminológicas entre la PDPT y las DPT OCDE (*Harmonising Transfer Pricing Rules within the EU*, 2024, pp. 8-9).

<sup>71</sup> Ciertamente, cabe considerar que el artículo 14.1 de la PDPT se refiere únicamente a la obligación de articular una regulación de precios de transferencia consistente con las DPT OCDE 2022; no obstante, el apartado 18 del artículo 3 de la referida PDPT abre la puerta a la incorporación de versiones posteriores de tales directrices a través de un procedimiento especial. Véanse a este respecto los comentarios de algunos destacados autores (Pistone *et al.* 2024)) que interpretan el referido artículo 14.1 de la PDPT en el sentido estático, aunque consideran que no resulta claro que los Estados miembros queden limitados por este enfoque estático y no puedan incorporar los desarrollos sustantivos recogidos en versiones ulteriores de las DPT OCDE. A su vez, no puede dejar de destacarse que, en algunos casos, las versiones posteriores de las DPT OCDE, al igual que los propios comentarios al MC OCDE, se limitan a clarificar elementos o criterios ya recogidos en las anteriores versiones, de manera que aquí pueden plantearse de nuevo cuestiones de esta naturaleza en el caso de que se aprobara en estos términos la PDPT.

<sup>72</sup> Consideramos que la PDPT (particularmente, el art. 14) no altera el estatus jurídico de las DPT OCDE, de manera que, en caso de que se produjera la aprobación de tal PDPT, seguirían ostentando una naturaleza de *soft-law*, pero con un efecto interpretativo de mayor alcance y uniforme en el ámbito europeo. Es evidente que las DPT OCDE 2022 expandirían su eficacia interpretativa de forma más uniforme, sin transformar tales directrices en *hard-law*. Ahora bien, no puede dejar de destacarse cómo tal efecto interpretativo expansivo puede terminar planteando conflictos con los principios constitucionales y tributarios de los Estados miembros (principio democrático, de legalidad tributaria y seguridad jurídica) y también podría dar lugar a situaciones donde se plantearan dudas sobre si la aplicación del principio de plena competencia con arreglo a la legislación de un Estado miembro (o un CDI) resulta o no consistente con las DPT OCDE en el sentido requerido por el artículo 14.1 de la PDPT.



principio de plena competencia por parte de las autoridades fiscales de los Estados miembros y los contribuyentes<sup>73</sup>.

Este complejo paquete de «comunitarización» del principio de plena competencia posee unas consecuencias más evidentes y otras menos previsibles en este momento. Más allá de la uniformación básica de la regulación de los precios de transferencia en la UE<sup>74</sup>, las implicaciones más evidentes pasan por la «sustracción» a los Estados miembros de un importante «pedazo» de su competencia material exclusiva en materia de imposición sobre la renta, particularmente en sede de imposición corporativa. La aprobación de la PDPT en los términos propuestos determinaría que la regulación del principio de plena competencia, en buena medida, pasaría a convertirse en derecho de la UE, con todo lo que ello conlleva<sup>75</sup>.

El hecho de que el principio de plena competencia constituya un estándar fiscal internacional no significa que los Estados no conserven un alto nivel de soberanía fiscal para definir su contenido y alcance y determinar una «política de precios de transferencia» (con implicaciones y conexiones con la política fiscal, económica, comercial e industrial). Precisamente por ello, la «comunitarización» del principio de plena competencia y de la regulación de los precios de transferencia afectaría (*rectius*, erosionaría) de forma significativa a la competencia y poder tributario que actualmente ostentan los Estados miembros y sus Administraciones en esta materia<sup>76</sup>.

<sup>73</sup> Pensamos que una eventual incorporación automática de las modificaciones que resultan de las actualizaciones de las DPT OCDE sin intervención legislativa parlamentaria nacional no solo suscitaría dudas de constitucionalidad, sino que también plantearía cuestiones sobre su compatibilidad con los principios generales del derecho de la UE y la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (v. gr., principios de seguridad jurídica, legalidad y buena administración). Cabe destacar a este respecto que la resolución del Parlamento Europeo de 10 de abril de 2024, sobre la PDPT (modificación 22 al art. 3.1, punto 28) refuerza el enfoque estático en relación con la incorporación de los cambios que puedan introducirse en el futuro en las DPT OCDE 2022.

<sup>74</sup> Ciertamente, tal codificación uniforme de las reglas básicas de los precios de transferencia en la UE, en línea de principio, debería traer consigo ciertos efectos positivos en el sentido invocado por la Comisión Europea para fundamentar su propuesta (simplificación, reducción de costes de cumplimiento y de riesgos fiscales y de doble imposición). Algunos destacados especialistas se han pronunciado a favor de la propuesta, no sin expresar ciertas reservas y formular recomendaciones de cambios en relación con sus disposiciones; *vid.* Carmona Fernández (2024); González Carcedo (2023); Petrucci y Myzithra (2023); Pistone *et al.* (2024).

<sup>75</sup> Algunos autores (Hoor, 2024) han puesto de relieve que la aprobación de la PDPT terminaría asignando a la Comisión Europea competencias relevantes sobre la interpretación y configuración del principio de plena competencia, transfiriendo buena parte de la competencia material que actualmente ostentan los Estados miembros. También se apunta un riesgo de deriva de desarrollo regulatorio del principio de plena competencia de tipo incremental y basado en enfoques antiabuso que trasciendan de lo establecido en las DPT OCDE con efectos negativos para la competitividad del mercado único.

<sup>76</sup> En este sentido, no sorprende que el informe anual en materia fiscal elaborado por el Ecofin para el Consejo Europeo, adoptado el 21 de junio de 2024 (*ECOFIN report to the European Council on Tax Issues*;



Asimismo, la posibilidad de que esta «comunitarización» del principio de plena competencia y de la regulación esencial de los precios de transferencia genere un «doble estándar» no es menor ni neutral<sup>77</sup>. En efecto, una regulación de derecho de la UE del principio de plena competencia que introdujera singularidades o desviaciones relevantes respecto del estándar internacional codificado básicamente a través de las DPT OCDE sería susceptible de generar tantos o más conflictos, problemas, riesgos e inseguridad jurídica como la que pretende evitar la propuesta DPT presentada por la Comisión<sup>78</sup>. Las consecuencias derivadas de un «doble estándar» en materia de precios de transferencia derivado de una «regulación comunitaria»

---

11287/24; FISC 140, Ecofin 731), revela que la mayoría de los representantes de los Estados miembros apoyan los objetivos de la PDPT, pero no su instrumentación a través de una directiva que determine una armonización de la regulación en materia de precios de transferencia, considerando cómo ello puede determinar una pérdida sustancial de su competencia material en materia de tributación corporativa y, además, crear un «doble estándar» en una materia sobre la que ya existe un estándar fiscal internacional desarrollado a través de las DPT OCDE. También se ponen de relieve razones basadas en la pérdida de flexibilidad que actualmente se ostenta a la hora de negociar y aplicar las DPT OCDE.

<sup>77</sup> Tal y como ha puesto de relieve Carmona Fernández (2024), la PDPT no contiene una «norma de conflicto» o mecanismo de coordinación que permita conciliar la regulación comunitaria en materia de precios de transferencia con el estándar internacional de plena competencia en casos de operaciones transfronterizas extracomunitarias. También Van Herksen (2023) ha advertido sobre el impacto derivado de desviaciones relevantes del estándar internacional de plena competencia en relación con las operaciones intragrupo extracomunitarias.

<sup>78</sup> Estos problemas y riesgos derivados de la articulación de un «doble estándar» en materia de regulación de precios de transferencia han sido destacados por parlamentos nacionales de algunos Estados miembros, por la resolución del Parlamento Europeo de 10 de abril de 2024 sobre la PDPT (P9\_TA(2024)0219) y por doctrina internacional. Un grupo de destacados comentaristas estadounidenses, liderados por la profesora Herzfeld, han puesto de relieve los problemas que se plantean en Estados Unidos como consecuencia de las diferencias (e inconsistencias materiales) entre el desarrollo del principio de plena competencia contenido en las *US Treasury Regulations* y las DPT OCDE y recomiendan un mayor alineamiento con el estándar internacional (*vid.* Herzfeld, 2024a, pp. 171 y ss.). En este orden de cosas, se ha puesto de relieve que el estándar internacional recogido en el artículo 9 de los CDI debe «dominar» la aplicación del principio de plena competencia en un contexto transfronterizo, pero no excluye modulaciones en un contexto doméstico, ni tampoco que se pueda superar tal estándar a partir de acuerdos fiscales globales como el alcanzado en octubre de 2021 (Avi-Yonah, 2024). En el ámbito europeo, algunos autores (Hoor, 2024) han cuestionado el sentido de la PDPT cuando contempla el desarrollo de regulaciones específicas sobre materias que ya han sido consensuadas y desarrolladas a nivel OCDE/BEPS IF en el marco del proyecto BEPS. Ciertamente, resulta cuestionable la virtualidad de una regionalización del estándar internacional de plena competencia que opera y resulta aplicable globalmente, más allá de los países miembros de la OCDE. El desarrollo de enfoques regulatorios comunitarios sobre cuestiones que ya han sido objeto de consenso entre los países miembros de la OCDE no solo es susceptible de hacer más compleja la aplicación de la regulación de los precios de transferencia por parte de las empresas, sino que las autoridades fiscales también podrían verse compelidas por el enfoque comunitario en sus actuaciones liquidatorias y acuerdos en el marco de procedimientos amistosos con autoridades competentes de países terceros, lo cual es susceptible de generar otra capa de complejidad a una materia tan necesitada de simplificación (*vid.* a este respecto las notas de Lamer, 2023; Vella, 2024, en relación con algunas de las principales alegaciones formuladas a este respecto en el marco de la consulta pública convocada en relación con la PDPT).

(de derecho de la UE), además, podrían ser distintas de las que resultan de una normativa nacional en la materia que presenta ciertas singularidades respecto del estándar internacional<sup>79, 80</sup>. La propia resolución del Parlamento Europeo de 10 de abril de 2024, sobre la PDPT, advierte sobre la necesidad de evitar cualquier inconsistencia con las DPT OCDE, pero también con el acuerdo fiscal global de octubre de 2021 (pilar I: cantidades A y B)<sup>81</sup>.

En este mismo orden de cosas, cabe observar cómo la PDPT «ataca» los problemas que resultan en la hora actual de la aplicación (no uniforme) de la regulación de precios de transferencia respecto de operaciones transfronterizas europeas desde el ángulo de la «armonización» de la regulación<sup>82</sup>, cuando, en la práctica, buena parte de las controversias, riesgos y casos de doble imposición derivan de la aplicación e interpretación de la normativa a hechos y operaciones complejas que son revisadas por Administraciones tributarias que normalmente poseen intereses recaudatorios dispares o no coincidentes<sup>83</sup>, toda vez

<sup>79</sup> El examen de la práctica estadounidense revela que tales «singularidades» recogidas en la legislación nacional en relación con el estándar internacional de plena competencia se pueden resolver de diversas formas, particularmente allí donde media un CDI entre Estados Unidos y el país de residencia de la empresa asociada objeto de la regularización de precios de transferencia. Sin embargo, resulta dudoso que pueda resolverse de la misma forma la «colisión» entre el derecho internacional y el derecho de la UE. *Vid.* Carmona Fernández *et al.* (2019, capítulo I); Panzeri (2021); Vergouwen (2024).

<sup>80</sup> En este orden de cosas, podría considerarse un escenario de pleno alineamiento material (incluido el terminológico) entre la PDPT y las DPT OCDE, tal y como se ha recomendado por la Cámara de Comercio Internacional (ICC, [https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13463-Directiva-sobre-precios-de-transferencia-Sistema-fiscal-basado-en-el-domicilio-social-para-las-pymes-Empresas-en-Europa-Marco-para-el-impuesto-sobre-sociedades\\_es](https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13463-Directiva-sobre-precios-de-transferencia-Sistema-fiscal-basado-en-el-domicilio-social-para-las-pymes-Empresas-en-Europa-Marco-para-el-impuesto-sobre-sociedades_es)). En este escenario de *perfect mirror*, el «valor añadido» de la regulación comunitaria tendría que reevaluarse por parte de la Comisión Europea, no resultando clara la necesidad de la armonización material y su compatibilidad con el principio de subsidiariedad en el sentido de lo establecido en el artículo 115 del TFUE. Algunos autores (Hoor, 2024) han cuestionado abiertamente la concurrencia de los presupuestos del artículo 115 del TFUE al considerar que la armonización propuesta por la Comisión a través de la PDPT ni es necesaria ni constituye una medida proporcional en relación con sus objetivos.

<sup>81</sup> Resulta reseñable también que la resolución del Parlamento Europeo de 10 de abril 2024, sobre la PDPT (P9\_TA(2024)0219), considera que a largo plazo debería considerarse un movimiento regulatorio que trascendiera el estándar de plena competencia hacia enfoques alternativos de reparto formulario, en línea con la propuesta BEFIT. La referida resolución recomienda cambios en la PDPT que permitan modificarla en el futuro para coordinarla con el sistema que pudiera resultar de la directiva BEFIT en el caso de que esta se llegara a aprobar en el futuro.

<sup>82</sup> El modelo de armonización que resulta de la PDPT es eminentemente principialista y fragmentario, de manera que difícilmente resolverá los problemas derivados de la falta de uniformidad regulatoria en la UE.

<sup>83</sup> En parecidos términos se ha pronunciado Finley (2023), en conexión con los expedientes de ayudas de Estado donde la Comisión aplicaría el principio de plena competencia derivado de la PDPT. En gran medida, los principales desafíos que se presentan en relación con el cumplimiento del principio de plena competencia, particularmente en el marco de controversias entre las MNE y las Administraciones tributarias, tienen que ver con cuestiones fácticas o mixtas (fácticas-legales, como la determinación del método de valoración más adecuado).

que, en último análisis, el principio de plena competencia no es otra cosa que un principio de distribución de poder tributario internacional<sup>84</sup>. En este sentido, la armonización y desarrollo de la regulación de precios de transferencia propuesta en el ámbito comunitario en modo alguno resolvería un problema estructural del sistema fiscal internacional<sup>85</sup>.

Posiblemente, enfoques menos ambiciosos dirigidos a reforzar la cooperación fiscal internacional entre Administraciones tributarias a efectos de prevenir y resolver controversias fiscales<sup>86</sup>, combinada con el desarrollo de una coordinación fiscal de baja intensidad a través de *soft-law* (alineado sustancialmente con el estándar internacional de plena competencia), tengan más sentido y resulten más adecuados en la hora actual para reducir los problemas que tratan de solucionarse a través de la PDPT<sup>87</sup>. Pensamos que el desarrollo y mejora de los mecanismos de prevención y resolución de controversias fiscales relacionadas en particular con los precios de transferencia tiene sentido y puede contribuir a reforzar los niveles de seguridad jurídica en el mercado único, contribuyendo a los objetivos perseguidos por el TFUE<sup>88</sup>, siendo asimismo compatible con los desarrollos que está impulsando la OCDE y el BEPS IF<sup>89</sup> integrando un enfoque constructivo y complementario de «minilateralismo

<sup>84</sup> El memorando publicado por el Gobierno sueco en relación con el análisis de la PDPT destaca que los problemas que resultan de la aplicación de la normativa de precios de transferencia no derivan tanto de cuestiones interpretativas y regulaciones heterogéneas, en un contexto donde se aplica con carácter general el estándar internacional representado por las DPT OCDE, como en el análisis de los hechos y la aplicación práctica de la metodología de valoración por Administraciones con intereses no convergentes (Swedish Ministry of Finance, *Factual Memorandum Concerning the Proposal for a Council Directive on Transfer Pricing*, COM[2023] 529, 17 de octubre de 2023).

<sup>85</sup> En parecidos términos se pronuncia Hoor (2024), que cuestiona el escalamiento regulatorio y la comunitarización del principio de plena competencia que propone la Comisión a través de la PDPT sin aportar realmente medidas nuevas que puedan contribuir a prevenir y resolver los problemas que resultan de la situación práctica actual de los precios de transferencia en los ámbitos internacional y europeo.

<sup>86</sup> La cooperación fiscal internacional resulta crítica en este y otros contextos transfronterizos, dado que buena parte de las cuestiones de fondo que se plantean a la hora de aplicar la regulación de precios de transferencia tiene que ver con la «interpretación» y entendimiento de los hechos del caso. Nótese que las estructuras, modelos de negocio y cadena de valor de las MNE son complejas y dinámicas en términos de funciones, activos y riesgos, lo cual dificulta enormemente la aplicación de la regulación de precios de transferencia por las distintas Administraciones. En parecidos términos se han pronunciado algunos comentaristas internacionales (Mulder *et al.*, 2023, p. 2).

<sup>87</sup> Tal *soft-law* podría desarrollarse partiendo de la experiencia previa de los trabajos del Foro Conjunto de la UE sobre Precios de Transferencia y abordar enfoques comunes o estandarizados sobre documentación de precios de transferencia (incluyendo un régimen simplificado para pyme) y puertos seguros para operaciones de prestaciones de servicios de bajo valor y financieras, entre otras cuestiones.

<sup>88</sup> Véase el compendio de estudios recogidos en esta línea por Mooij (2024).

<sup>89</sup> La OCDE y el Foro Inclusivo BEPS no solo siguen impulsando la implementación de la acción 14 del plan BEPS, sino que también estarían explorando el desarrollo de un convenio multilateral de prevención y resolución de controversias relacionadas con la aplicación de la tributación global mínima, lo cual, posiblemente, incluya cuestiones relacionadas con la aplicación del estándar de plena competencia.

internacional»<sup>90</sup>. La utilización de la vía del *soft-law* a través de una plataforma europea de precios de transferencia podría resultar, a su vez, útil a efectos de instrumentar enfoques de aplicación del principio de plena competencia que resulten consistentes con el derecho de la UE y la jurisprudencia del TJUE, de manera que se limiten al máximo potenciales distorsiones que pudieran generarse a partir de la referida jurisprudencia sobre la funcionalidad internacional del principio de plena competencia<sup>91</sup>.

Es cierto, sin embargo, que un enfoque de coordinación fiscal a través de mecanismos de *soft-law* no posee los mismos efectos que se derivan de una «armonización dura» (*hard-law armonization*). En particular, la coordinación a través de *soft-law* en materia de precios de transferencia no permite a la Comisión Europea ejercitar el mayor control sobre la legislación y práctica administrativa de los Estados miembros que resultaría de una armonización material como la propuesta a través de la PDPT<sup>92</sup>, muy en particular a través de la prohibición de ayudas de Estado<sup>93</sup>.

<sup>90</sup> El «minilateralismo fiscal» se refiere a la articulación de fórmulas regionales para resolver problemas de naturaleza internacional, en un contexto donde concurren ciertos elementos y objetivos comunes que permiten arbitrar estos mecanismos, sin dislocar o bloquear soluciones multilaterales. *Vid.* Zagari (2014).

<sup>91</sup> Nos hemos referido a lo largo de este trabajo a varios puntos donde se considera que la jurisprudencia del TJUE no encaja bien con el estándar internacional de precios de transferencia o plantea ciertas tensiones en relación con su aplicación.

<sup>92</sup> El margen de los Estados miembros para desarrollar una política de precios de transferencia resulta claramente mayor en un contexto no armonizado o cuando media una coordinación a través de instrumentos de *soft-law*. Igualmente, se ha apuntado cómo una armonización de baja intensidad como la derivada de la PDPT no altera en modo alguno el marco de planificación fiscal (*BEPS arrangements*) del que dispone la MNE a través de los precios de transferencia (*vid.* Gardner, 2023).

<sup>93</sup> En este mismo sentido puede consultarse el estudio de Bakker *et al.* (2024). De forma interesante, algunos comentaristas han indicado que el director general de fiscalidad de la Comisión Europea, Benjamin Angel, observó que, en buena medida, la «comunitarización» de las DPT OCDE respondía a la imposibilidad de utilizar tal *soft-law* como *benchmark* general (marco de referencia general) en materia de control de ayudas de Estado, de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE en el caso Fiat vs. Comisión, asuntos C-885/19 P y C-898/19 P (–NFJ088117–; *vid.* a este respecto la nota de Hoke, 2024). También Goulder (2023) ha conectado la PDPT con los reverses de la Comisión a la hora de aplicar la prohibición de ayudas de Estado en determinados expedientes de precios de transferencia. Algunos destacados autores (Pistone *et al.*, 2024) consideran que la «comunitarización» del principio de plena competencia supera los problemas que, a efectos del control de ayudas de Estado, resultan de un marco fragmentado de precios de transferencia, que permite prácticas perniciosas o distorsionadoras del buen funcionamiento del mercado único. En este orden de cosas, cabe apuntar como, a nuestro juicio, la STJUE de 10 de septiembre 2024, en el caso Apple (asunto C-465/2020 P), a pesar de su gran relevancia en relación con la potestad de control de ayudas de Estado que ostenta la Comisión Europea con arreglo al artículo 107 del TFUE, no habría alterado la doctrina expresada en la referida sentencia Fiat, de manera que el marco general de referencia a la hora de determinar la existencia de una eventual ayuda de Estado a través de un *tax ruling* o APA sigue siendo la normativa nacional del Estado miembro del que se trate que articule el principio de plena competencia. La potencial utilización en este contexto, por parte de la Comisión, del *soft-law* de la OCDE (las directrices de la OCDE sobre

Sea como fuere, lo cierto es que tanto la resolución del Parlamento Europeo sobre la PDPT<sup>94</sup> como la dirección de los debates en el Ecofin apuntan hacia la instrumentación de la PDPT a través de fórmulas no legislativas o que no conlleven una armonización material de la regulación de los precios de transferencia<sup>95, 96</sup>. En este sentido, es más que dudoso que la PDPT sea aprobada y resulte de aplicación a partir del 1 de enero de 2026, de acuerdo con la agenda fijada en su día por la Comisión Europea.

Algunos autores, como Finley (2024a), han indicado que podría tener sentido que los Estados miembros reconsideraran su posición de rechazo de la PDPT tras la STJUE en el caso Apple (asunto C-465/20 P, 2024), toda vez que esta genera una situación compleja

---

precios de transferencia o el informe de la OCDE [2008 y 2010] sobre atribución de beneficios a los establecimientos permanentes) solo puede tener lugar con carácter meramente interpretativo de la legislación nacional en la medida en que esta esté inspirada y siga tal principio y estándar internacional; cuanto más articulada sea tal legislación nacional a este respecto, menor será el espacio del *soft-law*, en tanto que, en casos donde la legislación nacional sea poco concreta y difusa, el «recurso» al referido *soft-law* podría ser más relevante, siempre y cuando no se vulneraran principios constitucionales y fundamentales como los principios de legalidad y seguridad jurídica.

<sup>94</sup> La resolución del Parlamento Europeo de 10 de abril 2024, sobre la PDPT (P9\_TA(2024)0219), propone restablecer el Foro Conjunto de la UE sobre Precios de Transferencia y considera que su composición debe ser mixta en el sentido de comprender autoridades fiscales, representantes de la sociedad civil, de la academia y los contribuyentes. También se propone ampliar el ámbito de aplicación del programa ETACA, de manera que, por un lado, comprenda la revisión de todo tipo de operaciones intragrupo (superando un enfoque minimalista de operaciones de bajo valor) y, por otro, posibilitar la articulación de un puente entre tal programa y los APA de manera que se garantice que el ETACA puede operar como un mecanismo rápido para resolver potenciales problemas que pueden surgir al hilo de las revisiones desarrolladas en el mismo.

<sup>95</sup> Véase el informe anual sobre temas fiscales remitido por el Ecofin al Consejo Europeo, aprobado el 21 de junio de 2024 (*Ecofin Report to the European Council on Tax Issues*; 11287/24; FISC 140, ECOFIN 731), donde se relata que más de la mitad de los Estados miembros se habrían manifestado a favor de enfoques más flexibles como la creación de un nuevo *soft-law forum* (*EU Transfer Pricing Platform*) que, en cierta medida podría ser similar al antiguo *EU Transfer Pricing Forum* (EUJTPF), que estuvo en funcionamiento durante los años 2002 a 2019. A este respecto, cabe apuntar que la experiencia del EUJTPF revela dificultades para lograr posiciones de consenso debido a la diversa composición de tal foro; de ahí que se hayan propuesto modelos que eviten tales problemas como, por ejemplo, un foro compuesto por representantes de Administraciones tributarias o pensar en un formato similar al del Comité IVA articulado a través del artículo 398 de la directiva IVA (*vid. Lamer, 2024c*). Los más recientes debates entre los Estados miembros sobre esta cuestión revelan que un enfoque de este tipo, donde el Foro estuviera compuesto únicamente por representantes de la Comisión y de los Estados miembros, parece que se habría descartado. Actualmente, se están barajando dos modelos de composición mixta basados en la Plataforma de Buena Gobernanza en materia fiscal, donde en un caso el control lo ejercería la Comisión y en el otro el Consejo (*vid. Lamer 2024a*).

<sup>96</sup> Desde la Comisión Europea se ha indicado que la fórmula del *soft-law* producido a través de una plataforma europea en materia de precios de transferencia no se ajustaría a los objetivos que fundamentaron la PDPT, dirigidos más a reducir el nivel de litigiosidad en la materia a través de una regulación comunitaria más perfilada y cerrada que lo que resulta de la guía de la OCDE sobre precios de transferencia (*vid. Lamer, 2024b*).

en la materia; en particular, pone de relieve cómo no resulta clara cuál es la jurisprudencia comunitaria que fija los criterios válidos en materia de precios de transferencia sobre un conjunto de cuestiones (valor de las DPT OCDE, selección de métodos, enfoques bilaterales vs. globales-grupo, diferencias entre estructuras de establecimientos permanentes vs. operaciones intragrupo, entre otras). Una directiva de la UE en la materia, ciertamente, podría, en determinados casos, clarificar la aplicación del principio de plena competencia, a cambio de una evidente pérdida de soberanía fiscal de los Estados a favor de la UE en un ámbito como es la imposición corporativa, no lo olvidemos, que constituye una importante herramienta de política económica e industrial (*lato sensu*).

Regionalizar sustantivamente en el ámbito europeo un estándar internacional, en el sentido de generar una suerte de «doble estándar», puede contribuir a erosionar el frágil multilateralismo fiscal sobre el que la OCDE ha venido construyendo el actual sistema fiscal internacional que, como se sabe, está en plena transformación, de suerte que su avance y estabilización requiere reforzar sus pilares fundamentales y no debilitarlos con iniciativas regionales que puedan distorsionar su ya compleja funcionalidad y consistencia. Cabría añadir a este respecto la reflexión de si, en un contexto post-pilar II, tiene sentido o resulta necesario armonizar la regulación de precios de transferencia una vez neutralizada en gran medida su utilización al servicio de esquemas de planificación fiscal agresiva.

#### **4. Comentarios sobre la interrelación entre la PDPT y otros desarrollos europeos e internacionales: la PDPT y la propuesta de directiva BEFIT y los pilares I y II (BEPS 2.0)**

En relación con la conexión entre la PDPT y la propuesta de directiva BEFIT, lo primero que cabría indicar es que ambas propuestas se presentan como parte de un paquete legislativo consistente e interconectado. La conexión material y funcional entre la PDPT y la propuesta de directiva BEFIT, sin embargo, no resulta evidente considerando el clausulado de ambas propuestas. En particular, llama la atención que la propuesta de directiva BEFIT contemple un marco regulatorio de precios de transferencia propio<sup>97</sup> que, además, incluye un enfoque

---

<sup>97</sup> En particular, cabe mencionar que la propuesta BEFIT recoge un «enfoque basado en riesgos de precios de transferencia aplicable a transacciones intragrupo fiscal europeo» y otro marco para operaciones con entidades que no formen parte del grupo fiscal europeo. Las medidas que contiene la propuesta de directiva BEFIT no alteran sustantivamente la regulación de los precios de transferencia con arreglo al principio de plena competencia, sino que más bien tratan de establecer un sistema coordinado de control de riesgos de precios de transferencia. En este sentido, cabría considerar que las regulaciones derivadas de BEFIT y la PDPT podrían coexistir, articulando medidas de coordinación. No obstante, no se puede olvidar que el marco de *profit allocation* basado en el principio de plena competencia que articula la propuesta de directiva BEFIT es transitorio, considerando que la propuesta BEFIT está enfocada hacia la articulación de un sistema permanente formulario para el reparto de las bases imponibles que no resulta consistente con el estándar internacional de plena competencia (*vid.* Scandone *et al.*, 2023).

simplificado para actividades de distribución y fabricación similar, pero no idéntico, al que constituye el objeto de la cantidad B del pilar I BEPS 2.0<sup>98</sup>. Es cierto, no obstante, que no sería difícil reforzar la coordinación entre estas dos propuestas de directiva (PDPT y BEFIT).

Sin embargo, no puede dejar de señalarse cómo la codificación y «comunitarización» de la regulación de precios de transferencia que resultaría de la PDPT, con el objetivo de dotar de consistencia material y de uniformidad a la aplicación de esta regulación en el ámbito comunitario (no sin generar «externalidades» internacionales y nacionales en el sentido indicado anteriormente), reforzaría el estándar internacional de plena competencia, en cuanto que el objetivo último de la propuesta de directiva BEFIT pasaría por una (aparente) simplificación de la fiscalidad de los grupos de empresas MNE que operan en el ámbito europeo a través de mecanismos de armonización de la base imponible y de reparto formulario de las bases positivas y negativas de tales grupos en el ámbito europeo<sup>99</sup>.

Respecto de la conexión entre la PDPT y el pilar I, la Comisión Europea ha puesto de relieve la complementariedad de la primera respecto de la segunda, en la medida en que el mecanismo articulado a través de la cantidad B del pilar I estaría alineado con los objetivos de la PDPT y, al integrarse en las DPT OCDE 2024, habría consistencia entre el pilar I y la PDPT<sup>100</sup>. Siendo ello cierto en términos generales, no puede dejar de señalarse que, por un lado, la PDPT puede articular reglas singulares en relación con los principios y la guía general recogida en las DPT OCDE y, por otro, la cantidad A del pilar I al articular una

<sup>98</sup> Nótese, por un lado, que el régimen simplificado que contempla la propuesta BEFIT es más amplio que el resulta del informe final de la cantidad B, dado que incluye actividades de distribución al por menor y actividades de fabricación; por otro lado, el *testing* de los resultados de mercado se realizaría a partir de un *benchmark* regional elaborado por la Comisión Europea. Asimismo, no puede dejar de apuntarse que la configuración de la cantidad B del pilar I resulta del informe publicado en febrero de 2024, junto con determinados desarrollos adoptados en junio de 2024, en tanto que la PDPT fue publicada en septiembre de 2023 y, en tal sentido, esta última no puede reflejar el consenso derivado del referido informe final sobre la cantidad B. *Vid.* en este mismo sentido Karjalainen *et al.* (2023).

<sup>99</sup> Es cierto, sin embargo, que la aplicación del principio de plena competencia en términos alineados con las DPT OCDE posee relevancia significativa para el correcto funcionamiento del sistema que se trata de implantar con la propuesta BEFIT, tal y como ha puesto de relieve Van Herksen (2023). No obstante, resulta difícil considerar que la PDPT, que codifica y refuerza el principio de plena competencia, resulta consistente con la propuesta BEFIT, que lo desmantelaría de forma significativa a través de un enfoque alternativo de reparto formulario de bases imponibles (*vid.* en el mismo sentido Hoor, 2024). Desde la NFTC (US National Foreign Trade Council) se ha llegado a afirmar que la propuesta de directiva BEFIT constituye una desviación unilateral del principio de plena competencia que genera riesgos de desestabilización del sistema fiscal internacional, trayendo consigo litigios y doble imposición (*Comment Letter on the Business in Europe: Framework for Income Taxation*, 22 de noviembre de 2023). Otros autores llaman la atención sobre cómo la propuesta BEFIT simplemente no es consistente con sus objetivos y se presenta en un momento donde lo que se requiere es desarrollar mecanismos y medidas que favorezcan la seguridad jurídica y reduzcan las controversias o ayuden a solucionarlas (Xygka, 2024).

<sup>100</sup> Véase el informe de los servicios de la Comisión Europea sobre el «paquete BEFIT»: *EU Commission Staff Working Document Impact Assessment Report*, SWD(2023) 308 final, pp. 120-121.



distribución formularia de una parte (25 %) del beneficio residual de grandes grupos MNE, impactando sobre la distribución del poder tributario derivada de la aplicación del principio de plena competencia; todo lo cual requiere prever tal interacción, considerando las múltiples derivadas que pueden resultar de la misma.

La Comisión Europea considera que la PDPT no articula reglas que puedan afectar negativamente al contenido y objetivos de las reglas de imposición mínima global del pilar II<sup>101</sup>. Sin embargo, pensamos que una regionalización comunitaria del estándar de plena competencia que introdujera modulaciones sustantivas relevantes en relación con las DPT OCDE podría ser fuente de inseguridad jurídica, mayores costes de cumplimiento, incremento de ciertos riesgos fiscales y de controversia fiscal internacional. Por el contrario, una PDPT que reforzara el alineamiento con las DPT OCDE y contribuyera a prevenir y resolver controversias fiscales internacionales a través de mecanismos complementarios a los que ya existen contribuiría a los objetivos protegidos por el derecho de la UE en sintonía con la propia finalidad de las reglas de la imposición global mínima.

En este sentido, pensamos que podría tener más sentido dirigir la acción europea hacia medidas de simplificación y complementarias a las desarrolladas por la OCDE y la ONU a efectos de prevenir y resolver controversias fiscales internacionales, reforzando la seguridad jurídica de los contribuyentes en materia tributaria, tras la notable transformación del sistema fiscal internacional que ha tenido lugar, sin que se hayan tenido suficientemente en cuenta los derechos de los contribuyentes y los efectos de ciertas medidas sobre las condiciones de inversión y realización de actividades económicas<sup>102</sup>.

Pensamos que en el actual contexto, donde resulta evidente el enfriamiento del multilateralismo fiscal que hizo posible el consenso sobre el plan de acción del proyecto BEPS 1.0 y el posterior acuerdo fiscal global de octubre de 2021 (BEPS 2.0, que han traído instrumentada la referida transformación del sistema fiscal internacional, que comprende una significativa neutralización de los precios de transferencia como mecanismo de planificación fiscal agresiva<sup>103</sup>), puede resultar más conveniente poner el foco de la acción comunitaria en el desarrollo de medidas complementarias a las adoptadas en el ámbito global (G20/OCDE/BEPP IF) dirigidas a estabilizar el sistema en lo que se refiere a mejorar las condiciones para su aplicación en términos de seguridad jurídica y de reducción de litigios fiscales internacionales. Medidas dirigidas a desarrollar enfoques de «minilateralismo fiscal» a través de modulaciones regionales de aspectos materiales de estándares internacionales con relevancia global, en la mayoría de los casos, traería consigo la intensificación de la hipercomplejidad

<sup>101</sup> *Vid.* nota anterior, pp. 119-120.

<sup>102</sup> Sobre la transformación del sistema fiscal internacional derivada del proyecto BEPS 1.0 puede consultarse nuestro trabajo: Calderón Carrero (2022).

<sup>103</sup> Véase a este respecto el estudio de Schjedelderup y Stähler (2024), que pone de relieve cómo el pilar II (imposición global mínima) habría neutralizado en buena medida la utilización de los precios de transferencia como mecanismo de planificación fiscal agresiva.



regulatoria, costes de cumplimiento adicionales y nuevos riesgos fiscales y de doble imposición, lo cual no parece que esté alineado con los objetivos del TFUE ni con lo que necesita la UE para revitalizarse como mercado único.

## **5. Perspectivas de futuro del principio de plena competencia: *quo vadis transfer pricing***

Desde un plano general que comprenda la perspectiva global, no parece muy arriesgado considerar que estamos lejos de vislumbrar un cierre del ciclo de transformación del sistema tributario internacional iniciado a través del proyecto OCDE/G20 sobre BEPS. Es justo reconocer que el proyecto BEPS (fase I: Plan BEPS 2013-2015), a través de su plan de 15 acciones, alteró de forma significativa el estado de cosas relativo al referido «sistema fiscal internacional», impactando de forma muy relevante sobre el alcance material del principio de plena competencia, de acuerdo con las acciones 8 a 10 y 13, principalmente<sup>104</sup>. Las medidas del proyecto BEPS neutralizaron y limitaron ciertas estructuras de planificación fiscal agresiva que pivotaban sobre enfoques formalistas en la aplicación de la regulación de precios de transferencia; tales medidas fueron complementadas con mecanismos de transparencia fiscal, dotados de cierto alcance<sup>105</sup>. El segundo ciclo del proyecto BEPS (2021-2024, los pilares I y II) persigue continuar con la transformación del sistema fiscal internacional tanto desde la perspectiva del desarrollo de medidas dirigidas a la adaptación del referido sistema a la digitalización económica (pilar I, cantidad A) como en relación con la limitación de la competencia fiscal entre Estados sobre la imposición corporativa de las grandes empresas (pilar II). En particular, el marco global sobre imposición corporativa mínima del pilar II se habría configurado de tal forma que desincentive y limite significativamente el «residual BEPS», en particular, los esquemas de erosión de bases imponibles y transferencia de beneficios hacia jurisdicciones de baja tributación a través de distintas fórmulas, entre las que podría figurar la utilización impropia de los precios de transferencia<sup>106</sup>.

---

<sup>104</sup> Nótese que la OCDE, con motivo del desarrollo del plan de acción del proyecto BEPS, acordó mantener el principio de plena competencia como uno de los pilares del sistema de fiscalidad internacional, de manera que las acciones que se desarrollaran en relación con el mismo tendrían que ver con el desarrollo de su contenido y alcance de acuerdo con los objetivos del proyecto BEPS, así como con la simplificación de su aplicación (v. *gr.*, a través de puertos seguros). *Vid. OECD Action Plan on BEPS* (2013, p. 20).

<sup>105</sup> Varios estudios han puesto de relieve indicios de reducción de potenciales situaciones o estructuras de erosión de bases imponibles y transferencia artificial de beneficios hacia jurisdicciones de baja o nula tributación tras la puesta en marcha de las medidas aprobadas en el marco del plan BEPS. Véase, por ejemplo, el informe de la OCDE *Corporate Tax Statistics 2024* (capítulos 1, 6 y 7), que también confirma la tendencia a la estabilización de los tipos de gravamen nominales y de la recaudación derivada del IS en los países miembros del marco inclusivo BEPS.

<sup>106</sup> De hecho, se ha destacado cómo las reglas de la imposición global mínima del pilar II limitan la competencia fiscal internacional no solo con el objetivo de evitar la deslocalización artificial de beneficios

¿Significa esto que ya ha perdido sentido prestar atención al principio de plena competencia desde una perspectiva de *global tax policy*?

Pensamos que no existen razones para pensar que el estándar internacional de plena competencia haya desaparecido del primer plano y foco de la agenda fiscal internacional. Los pilares I<sup>107</sup> y II, así como el sistema fiscal internacional post-BEPS, siguen apoyándose sobre la viga maestra del principio de plena competencia a la hora de vertebrar la distribución de poder tributario en el ámbito internacional<sup>108</sup>, y la OCDE, la ONU y la propia UE no solo estarían apoyando la continuidad de la vigencia y el robustecimiento del *enforcement* del principio de plena competencia, sino que también estarían dedicando enormes recursos, actividades y medidas

---

empresariales de las MNE, sino impactando de forma relevante sobre la localización de la actividad económica real de las grandes empresas. Se considera que el alcance de las reglas de imposición mínima es desproporcionado, afecta a la localización de los flujos de inversión y se proyecta de manera dispar y arbitraria sobre unos países y otros, y sobre determinados sectores industriales, perjudicando particularmente a economías en desarrollo y emergentes que vienen utilizando incentivos fiscales (adaptados a los estándares fiscales internacionales referidos a competencia no perniciosa en el sentido de la acción 5 de BEPS), para atraer inversión y generar desarrollo económico en su territorio. *Vid.* Kuzniciacki y Visser (2024).

<sup>107</sup> Ciertamente, no puede dejar de señalarse que la cantidad A del pilar I, aunque parte de la premisa del reparto y asignación de bases imponibles de los grupos MNE en aplicación del principio de plena competencia, determina, en última instancia, una «corrección» del reparto de bases imponibles derivado de la aplicación del principio de plena competencia a partir de un sistema de reparto formulario. Los principios sobre los que se construye el sistema simplificado de precios de transferencia que articula la cantidad B del pilar I, sin embargo, se considera que resultan consistentes con el principio de plena competencia.

<sup>108</sup> Como ya hemos indicado, la OCDE, cuando elaboró el plan de acción del proyecto BEPS, acordó mantener el principio de plena competencia como uno de los pilares del sistema de fiscalidad internacional (*Action Plan on BEPS*, 2013, p. 20). Las *GloBE Model Rules* del pilar II (art. 3 (2)(3)) requieren que las operaciones entre las entidades que forman parte del grupo MNE sean valoradas de forma consistente con el principio de plena competencia y registradas de forma simétrica a efectos de la aplicación de la imposición global mínima en todas las entidades parte de la operación. Las *GloBE Model Rules* contienen reglas referidas a los ajustes que deben realizarse a los efectos de su aplicación, y mecanismos que permiten considerar regularizaciones tributarias de precios de transferencia realizadas por Administraciones tributarias, con el objetivo de que mantener la consistencia en los cálculos de la imposición mínima a nivel jurisdiccional y de grupo MNE. El puerto seguro del informe país por país también puede contribuir a reforzar la aplicación del principio de plena competencia en el contexto de la imposición mínima. En este sentido, pensamos que las reglas de la imposición global mínima robustecen la vigencia y consistente aplicación internacional del principio de plena competencia (*vid.* Petruzzi y Padwalkar, 2023; Scandone *et al.*, (2023), aunque es cierto que la aplicación de la misma puede generar casos de sobreimposición y una nueva fuente de controversias fiscales internacionales derivadas de la interacción de la regulación de precios de transferencia y la aplicación del marco regulatorio de la imposición mínima (*vid.* Ghekiere *et al.* (2024); Pepper *et al.*, 2023). Cuestión distinta es si la imposición global mínima, en cuanto que limitadora de la competencia fiscal, puede considerarse que restringe las posibilidades de uso impropio de los precios de transferencia para articular esquemas de planificación fiscal agresiva (*vid.* Schjedelderup y Stähler, 2024). Con todo, pensamos que los precios de transferencia considerados en sentido amplio en un contexto de imputación de beneficios y pérdidas globales de los grupos MNE seguirán en el centro de la planificación fiscal de las grandes empresas internacionales, considerando sus implicaciones para «navegar» de forma eficiente (en términos de tasa fiscal y gestión de riesgos fiscales) la tributación corporativa general y mínima. *Vid.* también Horst (2024).

dirigidas a prevenir, reducir y resolver los altos niveles de conflictos fiscales internacionales que resultan asociados a su aplicación. Cabría observar en este sentido que la modulación post-BEPS 1.0 del principio de plena competencia, insertando principios de corte sustancialista y reglas antiabuso en el mismo, favorece su pervivencia sistémica, posiblemente como fórmula querida por la propia OCDE para alargar su «vida útil» en el seno de un proceso gradual de ciclo largo de transformación del sistema fiscal internacional.

A su vez, como quiera que el principio de plena competencia constituye una de las piedras angulares del sistema fiscal internacional (y de la mayoría de los sistemas de imposición corporativa de los países de la OCDE, conformando un triángulo con el método de exención y la regulación de transparencia fiscal internacional<sup>109</sup>), no puede dejar de señalarse que la iniciativa que se está desarrollando en el seno de la ONU, dirigida a la aprobación de un Convenio marco sobre cooperación fiscal internacional<sup>110</sup> y *early protocols*<sup>111</sup>, dirigida a articular un sistema tributario internacional más justo e inclusivo, particularmente a efectos de un mayor reconocimiento de los intereses de los países en desarrollo y emergentes, no solo puede traer consigo un ensanchamiento de la imposición en la fuente a través de retenciones en la fuente e impuestos sobre servicios digitales afectando de forma relevante a la configuración de los CDI, sino que también puede generar tensiones sobre el principio de plena competencia, dado que se considera que no solo plantea problemas de *under-enforcement* para las Administraciones de países en desarrollo, sino que, además, constituye un mecanismo al servicio de la distribución del poder tributario que favorece a los países o economías avanzadas<sup>111</sup>.

<sup>109</sup> La aplicación del principio de plena competencia irradia sobre todo el IS, proyectándose de forma muy amplia sobre todo el régimen fiscal de la tributación de los grupos de empresas, superando las cuestiones valorativas de las operaciones intragrupo, afectando a otro tipo de temas que, entre otros, comprenden desde la sustancia de las operaciones y estructuras del grupo, pasando por la imputación y reparto de todo tipo de costes (financieros, marketing, creación y desarrollo intangibles, laborales, corporativos, sostenibilidad, etc.), la organización y localización de las actividades y sus funciones-activos y riesgos, la integración de ingresos y gastos, el cómputo de determinadas provisiones, la eliminación de la doble imposición, la «importación», hasta la integración fiscal de las «pérdidas».

<sup>110</sup> Véanse los comentarios de Munson (2024) y Plowgian y Pepper (2024), y la nota de EY (2024).

<sup>111</sup> El acuerdo adoptado por el Comité *ad hoc* para determinar los términos de referencia para un Convenio marco ONU sobre cooperación fiscal internacional, de 16 de agosto de 2024, incluye una fórmula de compromiso sobre la controvertida cuestión de si el contenido del futuro convenio o protocolos puede proyectarse sobre estándares o materias que hayan sido o están siendo objeto de trabajos por parte de la OCDE. La referida fórmula de compromiso no garantiza que puedan adoptarse acuerdos en el ámbito de la ONU que determinen desviaciones relevantes respecto de los estándares o consensos fiscales alcanzados en el ámbito de la OCDE; tampoco resulta claro si el acuerdo provisional adoptado por el referido Comité *ad hoc* ONU afectará o no a las negociaciones y trabajos en curso en el ámbito OCDE-BEPS IF (v. gr., el MLC sobre la cantidad A del pilar I). Con todo, considerando cómo han sucedido los debates en este contexto, cabe esperar que los acuerdos que se adopten en el marco de la ONU terminen impactando de forma relevante sobre el sistema actual de fiscalidad internacional; en particular, cabe pensar que algunas medidas bascularán más hacia la imposición en la fuente, y el principio de plena competencia podría ser objeto de medidas dirigidas a simplificar su aplicación que pueden terminar diluyendo su alcance y términos de aplicación (*safe harbors*, métodos formularios). Vid. Munson (2024).

En este orden de cosas, se ha puesto de relieve cómo las bajas expectativas que se considera que existen sobre la aprobación y entrada en vigor del Convenio multilateral sobre la cantidad A del pilar I BEPS 2.0 (MLC, *Multilateral Convention on Amount A*), sin que se haya articulado hasta la fecha un «plan B» alternativo<sup>112</sup> para adaptar el sistema de fiscalidad internacional a los retos que plantea la economía digital (principal objeto del pilar I y del proyecto BEPS), impacta de forma relevante sobre la estabilidad del sistema fiscal internacional, dado que uno de los dos «pilares» del acuerdo fiscal global, adoptado en octubre de 2021<sup>113</sup>, podría terminar «colapsando»<sup>114</sup>.

A este respecto, se considera que un escenario donde el sistema fiscal internacional se desarrollara a partir de la implementación global del pilar II, sin que se adoptaran medidas de adaptación del sistema a la economía digital que entrañen modulaciones significativas en la distribución del poder tributario en el ámbito internacional en el sentido recogido de lo acordado básicamente en el MLC (*Multilateral Convention*) del pilar I (cantidad A)<sup>115</sup> determinaría un sistema fiscal internacional que no resulta consistente con el acuerdo fiscal global de octubre de 2021, donde se consensuó una fórmula dirigida a estabilizar el sistema fiscal internacional combinando medidas de reparto del poder tributario del beneficio residual de las grandes empresas (trascendiendo los principios tradicionales de nexo e imputación de beneficios), esto es, el pilar I (cantidad A), con otras (pilar II) que limitaban la competencia fiscal entre Estados con el objetivo de restringir determinadas fórmulas de transferencia de beneficios a jurisdicciones de baja tributación (la imposición global mínima del pilar II)<sup>116</sup>.

Es decir, la implementación parcial del acuerdo fiscal global de octubre de 2021 exclusivamente a partir de las medidas de imposición mínima del pilar II puede traer consigo un sistema fiscal internacional desequilibrado e inestable. En concreto, se ha puesto de relieve cómo la imposición global mínima, más allá de otro conjunto de efectos colaterales que puede llevar aparejados (v. gr., la neutralización de incentivos fiscales, la alteración de flujos de inversión, nuevas distorsiones sobre la localización del capital y la actividad económica, etc.),

<sup>112</sup> Como alternativa a las medidas recogidas en el MLC sobre la cantidad A del pilar I, se han propuesto, entre otras: a) la articulación de impuestos sobre servicios digitales a través de medidas legislativas unilaterales, a partir de un marco coordinado de principios fiscales comunes sobre los mismos (*vid.* Baker, 2023; Starkov, 2024, entre otros); y b) el desarrollo e implementación unilateral de un sistema, similar al propuesto por India en 2019, de gravamen formulario (*unitary taxation*) de los beneficios de las grandes empresas (Avi-Yonah y Kir, 2024; Picciotto *et al.*, 2023). Se considera que estas medidas alternativas al pilar I (cantidad A) podrían desarrollarse en el seno de los debates en la ONU sobre el Convenio marco de cooperación fiscal internacional, considerando cómo esta organización internacional podría estar menos vinculada con el estándar internacional de plena competencia.

<sup>113</sup> En relación con los principios y contexto en el que se adoptó el acuerdo fiscal global de octubre de 2021, puede consultarse el trabajo de Bustos *et al.* (2021).

<sup>114</sup> Véase a este respecto la reflexión recogida en el estudio de Avi-Yonah y Kir (2024) y Herzfeld (2024b).

<sup>115</sup> Sobre el MLC sobre la cantidad A del pilar I puede consultarse nuestro trabajo: Calderón Carrero (2023).

<sup>116</sup> Véase a este respecto el artículo de Avi-Yonah y Kir (2024).

desprovista de medidas de equilibrio como la redistribución del poder tributario derivadas del pilar I (cantidad A), favorece la transferencia de beneficios hacia jurisdicciones que aprovechen las nuevas oportunidades de competencia fiscal que permiten las *GloBE Model Rules* (v. gr., *Qualified Domestic Minimum Top-Up Tax*, QDMTT) combinado con QRTCs (*Qualified Domestic Minimum Top-Up Tax*) y la SBIE (*Substance-Based Income Exclusion*)<sup>117</sup>. La nueva planificación fiscal internacional que posibilita el sistema fiscal internacional post-pilar II puede llevar aparejado un riesgo de doble imposición en masa como consecuencia del aumento de las controversias sobre precios de transferencia y estructuras de transferencia de beneficios a jurisdicciones de baja tributación<sup>118</sup>. A este respecto, no puede dejar de reconocerse que, en la hora actual, todavía estamos en una primera fase de la implementación de la imposición global mínima del pilar II, de suerte que sus principales efectos e implicaciones todavía no se habrían manifestado y materializado realmente, a la espera de que se produzca eventualmente una implementación más global y que pueda trascender del régimen transitorio (fase 2 del pilar II)<sup>119</sup>. Simultáneamente, la orientación de la agenda política de la nueva Comisión Europea (2024) podría estar basculando hacia un nuevo equilibrio entre el factor de competitividad económica y el interés fiscal de los Estados en relación con la integridad de sus sistemas tributarios y los imperativos asociados a la consolidación fiscal; este posible movimiento del péndulo hacia la «competitividad económica» se podría instrumentar a través de medidas que entrañan un cierto «desescalamiento» y simplificación de un sistema tributario hipercomplejo integrado por un conjunto descoordinado de medidas «anti-BEPS» cruzadas que, en muchos casos, resultan redundantes y que elevan desproporcionadamente los costes de cumplimiento de las empresas y pueden reducir la inversión y el desarrollo económico en algunos casos. La retórica «anti-BEPS», basada en la difusa idea de contribución justa de las grandes empresas, como principio-guía de política fiscal, sin diluirse completamente, podría terminar siendo modulada de forma significativa por un uso de la política fiscal más instrumental al servicio de las políticas económica, industrial y energética. En este complejo contexto, las tensiones pre-BEPS alrededor de la vigencia, configuración y aplicación efectiva del estándar internacional de plena competencia no parece que vayan a diluirse<sup>120</sup>.

<sup>117</sup> Vid. Avi-Yonah y Kir (2024); Horst (2024).

<sup>118</sup> Avi-Yonah y Kir (2024) destacan en particular como las grandes empresas cuyo modelo de negocio y actividad pivota intensivamente sobre activos intangibles tecnológicos, digitales o industriales poseen mayores posibilidades para planificar fiscalmente en el nuevo contexto post-pilar II. En este mismo orden de cosas, se ha apuntado que el potencial y posible colapso del MLC sobre la cantidad A del pilar I puede generar distintas reacciones por parte de los diferentes países que adoptaron el acuerdo fiscal global de 2021, entre las que destaca la aprobación de distintos impuestos sobre servicios digitales hasta la implementación unilateral de algunos de los principios recogidos en el MLC del pilar I a partir de medidas unilaterales específicas o a través de enfoques de precios de transferencia que imputan mayor beneficio residual a las jurisdicciones mercado (Herzfeld, 2024b).

<sup>119</sup> Vid. Anand (2024); Vella *et al.* (2024).

<sup>120</sup> A este respecto, el nuevo presidente del Comité Fiscal del Parlamento Europeo (P. Tridico) ha hecho un llamamiento para que la UE siga desarrollando el proceso de armonización de la imposición corporativa

En suma, pensamos que el principio de plena competencia está llamado a continuar desempeñando un papel sistémico en un contexto post-BEPS 2.0 y, en tal sentido, seguirá en el centro de los debates y de la agenda de los principales *international tax setters* y de las distintas Administraciones tributarias nacionales, ya en relación con su configuración y funcionamiento en el marco del sistema de imposición corporativo de primer nivel u ordinario, ya en sede de sus implicaciones en el contexto de la imposición global mínima del pilar II o incluso en relación con eventuales desarrollos del pilar I (cantidades A y B).

En este sentido, la idea de que el principio de plena competencia y la regulación (y el *enforcement*) ha pasado a un segundo plano en un contexto post-BEPS no nos parece correcta. Antes al contrario, tratándose de una de las piezas clave del sistema tributario internacional desarrollado por la OCDE, que termina afectando al *global profit allocation* de las grandes empresas multinacionales y, por tanto, a la recaudación de una de las principales piezas centrales de los sistemas tributarios nacionales<sup>121</sup>, la batalla por la localización e imputación de las grandes masas de bases imponibles de las grandes empresas seguirá viva y muy presente y activa, tanto desde el plano de la agenda regulatoria internacional como del *tax enforcement*, considerando en particular las necesidades y tensiones recaudatorias presentes en la mayoría de los países.

Ciertamente, considerando la actual situación geopolítica y de enfriamiento del multilateralismo fiscal global (y debilitamiento de la OCDE como *international tax setter*), no es fácil vislumbrar en el horizonte una acción multilateral que permita pensar en un desarrollo o modulación significativa del principio de plena competencia en términos similares o de mayor alcance que la evolución de los precios de transferencia que resultó del proyecto BEPS 1.0. En particular, no pensamos que el principio de plena competencia vaya a ser reemplazado a corto plazo por un sistema formulario de reparto de bases imponibles a los efectos del IS de las grandes empresas. Sin embargo, sí consideramos que la regulación de precios de transferencia seguirá evolucionando hacia la simplificación, a través de distintos mecanismos como puertos seguros o métodos más mecánicos o formularios (v. gr., piénsese en la metodología de la cantidad B del pilar I, o en metodologías formularias como las acordadas entre Estados Unidos y México o India, en relación con maquilas o centros de servicios I+D) alineados sustancialmente con el principio de plena competencia.

Así las cosas, cabría esperar avances internacionales en los mecanismos de prevención y resolución de controversias fiscales internacionales, particularmente en el marco de los

---

iniciada bajo el mandato de la Comisión precedente aludiendo, en particular, a la propuesta de directiva BEFIT y a la necesidad de que se complete con un sistema formulario de reparto de las bases imponibles entre los Estados miembros (Saeed, 2024).

<sup>121</sup> El informe de la OCDE *Corporate Tax Statistics 2024* revela que la recaudación derivada del IS en 2021 constituyó como media el 16 % del total de los ingresos tributarios de un total de 123 jurisdicciones (*OECD & Inclusive Framework*) y el 3,2 % de su PIB, existiendo importantes diferencias cuantitativas entre unos países y otros.

trabajos de la OCDE y la UE. No cabe descartar que los trabajos que la OCDE está iniciando a efectos de la instrumentación de un convenio multilateral de resolución de controversias fiscales en relación con la aplicación de la imposición global mínima (pilar II) pueda servir para propiciar un desarrollo y mejora del funcionamiento de los mecanismos de prevención y resolución de litigios fiscales internacionales superando el marco de la acción 14 de BEPS<sup>122</sup>.

En el ámbito europeo, posiblemente termine poniéndose en marcha una *EU Transfer Pricing Platform* que, operando como un *soft-law forum*, podría servir para proponer medidas o enfoques de coordinación con el objetivo de reducir costes de cumplimiento a través de la articulación de fórmulas de coordinación administrativa y procedimental (incluyendo reglas comunes sobre documentación de precios de transferencia que incluyan enfoques simplificados para pymes, puertos seguros específicos en relación con determinado tipo de operaciones de bajo riesgo, directrices sobre buenas prácticas en materia de inspección de precios de transferencia que limitaran determinada tipología de regularizaciones poco fundadas, etc.), así como impulsar el desarrollo de mecanismos de cooperación fiscal europea (v. gr., desarrollo de un programa de BAPA/MAPA europeo, articulación de mecanismos de control de riesgos fiscales internacionales en el sentido del ICAP y ETACA<sup>123</sup>, mejora de los mecanismos de prevención y resolución de controversias fiscales internacionales, entre otros), sin necesidad de generar un «doble estándar» respecto del estándar fiscal internacional de plena competencia.

Desde la perspectiva de las MNE, resulta evidente que el actual hipercomplejo sistema tributario internacional en transformación y el contexto geopolítico global llevan aparejadas tensiones de alto voltaje simplemente en relación con el cumplimiento de las obligaciones tributarias en las distintas jurisdicciones donde operan. Los cambios introducidos en el sistema fiscal internacional como consecuencia del Plan BEPS 2013-2015 provocaron una cascada de cambios regulatorios de gran relevancia en términos sustantivos y de transparencia

<sup>122</sup> Con todo, la mejora de la eficacia y funcionamiento de los mecanismos de prevención y resolución de controversias fiscales internacionales no solo precisa un «mejor marco regulatorio», sino también Administraciones dotadas de medios para aplicar tal nuevo marco de forma eficaz y, a la postre, una nueva cultura administrativa de cooperación fiscal internacional.

<sup>123</sup> El programa ICAP de la OCDE (*International Compliance Assurance Programme*) constituye un novedoso mecanismo cooperativo multilateral que permite supervisar el nivel de cumplimiento tributario de grupos MNE en relación con los precios de transferencia y los establecimientos permanentes, de manera tal que, además de poder verificarse de forma coordinada la concurrencia de bajos niveles de riesgo fiscal de tales empresas, se prevé la resolución de situaciones de riesgo potencialmente regularizables a través de una serie de mecanismos cooperativos (*issue resolution*) (vid. Calderón Carrero, 2018; OECD: *ICAP Handbook*, 2021; Ribes Ribes, 2022). El programa ETACA (*European Trust and Cooperation Approach*) se inspira en el ICAP de la OCDE, pero existen diferencias relevantes entre ambos programas cooperativos de supervisión de riesgos fiscales, de suerte que, a nuestro juicio, permiten considerar que el programa europeo tiene un amplio margen de mejora y desarrollo a efectos de maximizar su potencialidad como instrumento que permite conciliar seguridad jurídica y supervisión cooperativa internacional del cumplimiento tributario por parte de grupos MNE (vid. Calderón Carrero y Quintas Seara, 2022).



de los modelos y estrategias fiscales de las grandes empresas. Este segundo ciclo de transformación del sistema fiscal internacional que se ha puesto en marcha con los pilares I y II y, en cierta medida, también con el desarrollo por la ONU del Convenio marco de cooperación fiscal internacional, no solo estaría alterando de forma significativa el marco sustantivo de la fiscalidad corporativa internacional, sino que también impactaría sobre la interacción entre sistemas tributarios y requiere de funciones fiscales más estratégicas y tecnológicas<sup>124</sup>, cuyo cometido bien puede trascender del denominado *tax compliance*. Es cierto que los grupos MNE más descentralizados en términos funcionales resultan menos impactados por todos estos cambios sistémicos; sin embargo, lo cierto es que las reglas y principios del sistema se han formulado de forma indiscriminada y horizontal, de manera tal que una buena parte de las externalidades (costes de cumplimiento, riesgos fiscales y elevación del nivel de tributación corporativa a dos niveles) del «sistema fiscal internacional en transformación» terminan impactando sobre todo tipo de grupos de empresas internacionales, con todo lo que ello conlleva. En este contexto, una de las claves dominantes en términos de función fiscal de grandes empresas radica en lograr el mayor nivel posible de *tax assurance* a escala global, lo cual requiere actuar proactivamente a la hora de desarrollar los nuevos cometidos de la función fiscal de las grandes empresas, entre los cuales bien puede figurar la siempre compleja revisión dinámica del modelo de imputación de beneficios y pérdidas a escala internacional<sup>125</sup>.

<sup>124</sup> En realidad, la globalización económica ha propiciado estructuras empresariales y modelos de negocio más complejas. En tal sentido, los marcos fiscales unilaterales y bilaterales en muchos casos no determinan un tratamiento fiscal consistente para las mismas, de suerte que en muchos casos se generan dobles imposiciones en cascada, doble no imposición y otros efectos (*trapped costs*) en términos no alineados con los principios clásicos de la imposición. La regulación de precios de transferencia, la relativa al tratamiento de programas de *stock-options* de las MNE o de transmisiones indirectas de participaciones en entidades con sustrato inmobiliario principal serían ejemplos de regulaciones donde se plantean estas cuestiones con frecuencia.

<sup>125</sup> Desde el sector del asesoramiento fiscal internacional se insiste en la conveniencia de utilizar de forma combinada todos los mecanismos al alcance para lograr el mayor nivel de seguridad jurídica sobre el modelo fiscal y las transacciones intragrupo críticas del grupo MNE. No solo se trataría de utilizar en la medida de lo posible los distintos mecanismos cooperativos domésticos e internacionales (*tax rulings*, APA, BAPA) y participar en programas de cumplimiento cooperativo en sentido amplio (ICAP, ETACA, programas nacionales), sino también desarrollar programas de control de riesgos fiscales que analicen de forma dinámica las principales operaciones, estructuras y posiciones de forma proactiva superando un enfoque formal de cumplimiento tributario. En este sentido, por ejemplo, la documentación de precios de transferencia no debería considerarse desde una perspectiva pura de *compliance*, sino que en muchos casos debería visualizarse como una herramienta del marco de control de riesgos fiscales para testar la consistencia de la política de precios de transferencia en modelos de negocio dinámicos, considerando, a su vez, su importante funcionalidad en una inspección y en la defensa de las controversias fiscales (*vid.* Varma, 2024). Algunos autores advierten a este respecto que el mecanismo articulado a través de la cantidad B, derivado del informe final de la OCDE de febrero de 2024, y que algunos países empezarán a aplicar a 2025, no puede verse ni con un *safe harbor* ni concebirse como una fórmula sencilla de aplicar a escala internacional por las MNE, considerando sus limitaciones (Collado Armengol y Calderón Carrero, 2024; Lu *et al.*, 2024). En este mismo orden de cosas se advierte como modelos de



## Referencias bibliográficas

- Anand, S. (18 de septiembre de 2024). OECD Says Up to 80 Countries Will Soon Adopt Global Minimum Tax. *Bloomberg Tax*.
- Avi-Yonah, R. S. (2024). Is Treasury Bound by the Arm's-Length Standard? *Tax Notes International*, 115.
- Avi-Yonah, R. S. y Kir, A. (2024). Building the Gateway: Why the Two Pillar Need Each Other. *Intertax*, 52(10).
- Baker, P. (2023). The Need for a Plan B. *Intertax*, 51(8-9).
- Bakker, A. J., Aron, A. y Arsenovic, D. (2024). Proposed EU TP Directive and the Amazon case: A New Lens on State Aid Investigations. *European Taxation*, 64(6), 2024.
- Barba, A. (coord.) (2021). El rango de valores de mercado en precios de transferencia. *Revista Interactiva de Actualidad. AEDAF*.
- Buriak, S. y Petruzzi, R. (2018). Transfer Pricing Rules under the ECJ's Scrutiny: Green Light for Non-Arm's Length Transactions? *International Transfer Pricing Journal*, 25.
- Bustos, J. A., Haba, C. de la y Calderón Carrero, J. M. (2021). The OECD's Plan to Modernize the Global Corporate Income Tax Framework. *Tax Notes International*, 103(11).
- Calderón Carrero, J. M. (2016). The Spanish Transfer Pricing Regimen and the OECD/G20 BEPS Project. *Bulletin for International Taxation*, 70(8).
- Calderón Carrero, J. M. (2018). The OECD International Compliance Assurance Programme: Just a New Multilateral and Cooperative Model of Tax Control for Multinational Enterprises? *Bulletin for International Taxation*, 72(12).
- Calderón Carrero, J. M. (2019). Doctrina de la Audiencia Nacional sobre ajustes de precios de transferencia y la aplicación del rango de mercado derivado de los «benchmarks». *Quincena Fiscal*, 14.
- Calderón Carrero, J. M. (2022). La transformación del marco fiscal internacional resultante de la reforma fiscal global. *Civitas, Revista Española de Derecho Financiero*, 193, 13-66.
- Calderón Carrero, J. M. (2023). El Convenio multilateral para la implementación de la cantidad A del pilar 1 (BEPS 2.0): análisis preliminar y potenciales implicaciones para el sistema de fiscalidad internacional. *Carta Tributaria*, 103.
- Calderón Carrero, J. M. (2007). The OECD Transfer Pricing Guidelines as a Source of Tax Law: Is Globalization Reaching the Tax Law? *Intertax*, 35(1).
- Calderón Carrero, J. M. (2021). Medidas limitadoras de la erosión de bases imponibles a través de préstamos intragrupo y su compatibilidad con el derecho de la UE: la doctrina del TJUE en el caso Lexel. *Quincena Fiscal*, 5.
- Calderón Carrero, J. M. y Martín Jiménez, A. J. (2019). *Derecho tributario de la Unión Europea*. Wolters Kluwer.
- Calderón Carrero, J. M. y Quintas Seara, A. (2022). The EU Cooperative Compliance

---

*profit allocation*, que venían siendo válidos en un contexto pre-BEPS, mediando incluso *tax settlements*, normalmente han dejado de proporcionar *tax assurance* en un contexto post-BEPS, lo cual aconseja la revisión de los modelos de *profit & loss allocation* de los grupos MNE. A este respecto, el caso Coca-Cola en Estados Unidos resulta ilustrativo (*vid.* Finley, 2024b).

- Programme for Large Multinational Enterprises: A Promising Mechanism for Tax Certainty in the Uncertain World following the OECD/G20 BEPS Initiative? *Bulletin for International Taxation*, 76(12).
- Calderón Carrero, J. M. y Ribeiro, J. S. (2018). Transfer Pricing Rules and the European Commercial Motives Test. *Tax Notes International*, 10.
- Carmona Fernández, N. (2024). La futura directiva sobre precios de transferencia. *Carta Tributaria*, 109.
- Carmona Fernández, N., Calderón Carrero, J. M., Martín Jiménez, A. J. y Trapé Viladomat, M. (2019). *Convenios de doble imposición: El impacto BEPS. Análisis y evolución de la red española de tratados fiscales*. Wolters Kluwer.
- Collado Armengol, A. y Calderón Carrero, J. M. (2024). Informe final OCDE/G20. Marco Inclusivo BEPS sobre el importe B del pilar 1. *Revista Interactiva de Actualidad. AEDAF*.
- D'Andrea, U. y Jelfs, P. (2024). Transfer Pricing, Custom Valuation, and Mitigating Brexit. *Tax Notes International*, 114(6), 849-852.
- Feria, R. de la (2020). Tax Fraud and Selective Law Enforcement. *Journal of Law and Society*, 47(2), 240-270.
- Finley, R. (2022). Transfer Pricing's Freedom of Establishment Problem in the EU. *Tax Notes International*, 108.
- Finley, R. (2023). Tax Disputes Lurking in Proposed EU Transfer Pricing Directive. *Tax Notes International*, 111.
- Finley, R. (2024a). Apple May Change the Equation for EU Transfer Pricing Directive. *Tax Notes International*, 115.
- Finley, R. (2024b). Now That the Coca-Cola Appeal Can Begin, What's at Stake? *Tax Notes International*, 115.
- Gardner, S. (4 de diciembre de 2023). EU Lawmakers Call for Phaseout of Transfer Pricing. *Bloomberg Tax*.
- Gardner, S. (16 de octubre de 2023). Businesses See More Uniformity Under EU Transfer Pricing Proposal. *Bloomberg Tax*.
- Ghekiere, P., Franssens, G., De Baets, S. y Verlinden, I. (2024). Navigating the Transfer Pricing Pitfalls and Opportunities of Pillar Two: Part I: Transfer Pricing Adjustments. *International Transfer Pricing Journal*, 31(4).
- González Carcedo, J. (19 de septiembre de 2023). La UE y las nuevas propuestas sobre la tributación de las multinacionales. *Periscopio Fiscal y Legal*. PwC.
- Goulder, R. (2023). BEFIT for Europe: Must We Do This Again? *Tax Notes International*, 112.
- Harshberger, C. (20 de septiembre de 2024). Lawyers Fear IRS Overreach with Transfer Pricing Penalty. *Bloomberg Tax*.
- Helminen, M. (2023). Impact of the TFEU Fundamental Freedoms on Disregarding Non-Arm's Length Business Transactions. *European Taxation*, 63(2-3).
- Herzfeld, M. (2024b). What's Next for Pillar 1's Amount A? *Tax Notes International*, 114.
- Herzfeld, M. (dir.) (2024a). Considerations for Reforming the US Transfer Pricing Rules. *Tax Notes International*, 115.
- Hoke, W. (2024). EU Parliament Supports Transfer Pricing, Head Office Directives. *Tax Notes International*, 114.
- Hoor, O. R. (2024). A Critical Analysis of the European Commission's Directive Proposal on Transfer Pricing. *Tax Notes International*, 113.
- Horst, T. (2024). Estimating Pillar 2's Effect on U.S. Multinational and Treasury Revenue. *Tax Notes International*, 115.

- Karjalainen, J., Gerdes, I., Zivkovic, V. y Knygynytska, K. (3 de octubre de 2023). European Union: The Commission Proposes New Transfer Pricing Initiatives. *Baker & McKenzie*.
- Kuzniciacki, B. y Visser, E. (2024). Tax and Non-Tax-Related Challenges of Pillar 2 for Non-Advanced Economies. *Tax Notes International*, 114.
- Lamer, E. (2023). Stockholders Want a Well-Calibrated EU Transfer Pricing Directive. *Tax Notes International*, 28.
- Lamer, E. (2024a). EU Countries to Review Options for New Transfer Pricing Forum. *Tax Notes International*.
- Lamer, E. (2024b). Non-Binding Transfer Pricing Tool Not Enough, EU Official Says. *Tax Notes International*.
- Lamer, E. (2024c). Potential New EU Transfer Pricing Forum Would Learn from Past. *Tax Notes International*.
- Lu, L., Williamsin, B. y Gucuyener, G. (16 de agosto de 2024). Multinationals Can Act on OECD Pillar One, no Matter Its Fate. *Bloomberg Tax*.
- Martín Jiménez, A. J. (2010). Transfer Pricing and EU Law Following the ECJ Judgement in SGI: Some Thoughts on Controversial Issues. *Bulletin for International Taxation*, 64(5).
- Martín Jiménez, A. J. y Calderón Carrero, J. M. (2012). *Los precios de transferencia en la encrucijada del siglo XXI*. Netbiblo.
- Mooij, H. (2024). *International Tax Disputes: Arbitration, Mediation and Disputes Management*. Elgar.
- Mulder, Q., Steenbergen, J. Van Dam, H. y Kunen, J. W. (2023). A Closer Look at the European Commission Proposal for Harmonized Rules for Transfer Pricing. *International Transfer Pricing Journal*, 31(1).
- Munson, J. (16 de agosto de 2024). UN Greenlights Work on Global Tax Treaty Amid Tensions with OECD. *Bloomberg Tax*.
- Panzeri, I. (2021). Tax Treaties versus EU Law: Which Should Prevail? *European Taxation*, 61.
- Pepper, A., Huymh, Q. y Varanasi, S. (2023). Transfer Pricing Implications of Pillar Two Minimum Rules. *Tax Management International Journal*.
- Petruzzi, R. y Myzithra, A. (2023). The EC's Proposal for a Directive on Transfer Pricing: Paving the Road for a Common Application of the Arm's Length Principle. *International Transfer Pricing Journal*, 31(1).
- Petruzzi, R. y Padwalkar, A. (2023). Pillar One, Pillar Two, Transfer Pricing and the Arm's Length Principle. *Bulletin for International Taxation*, 77(10).
- Picciotto, S., Ahmed, M. A., Cobham, A. y Das, R. R. (2023). Beyond the Two Pillar Proposals: A Simplified Approach to Taxing Multinationals. *Tax Cooperation Policy Brief*. South Centre.
- Pistone, P., Pinto Nogueira, J. F., Messina, S., Turina, A. y Lazarov, I. (2024): The European Commission's Transfer Pricing Proposal: An Initial Legal Assessment. *European Taxation*, 54(7).
- Plowgian, M. y Pepper, A. (21 de agosto de 2024). Business Tax Liabilities Would Face Change Under UN Tax Treaty. *Bloomberg Tax*.
- Puls, M. y Altenburg, N. (2021). German Federal Constitutional Court Strengthens Role of ECJ as Lawful Judge in German Cross-Border Tax Matters. *International Transfer Pricing Journal*, 28(5).
- Ribes Ribes, A. (2022). Retos del ICAP de la OCDE como modelo de cumplimiento tributario cooperativo multilateral. *Crónica Tributaria*, 182.

- Saeed, S. (16 de septiembre de 2024). Tax Harmonization is «Unavoidable», EU Subcommittee Chair Says. *Bloomberg Tax*.
- Scandone, F. S., Scordo, L. y Marino, L. (2023). Pillar One, Pillar Two and BEFIT: The End of an Unexpected Journey? *International Transfer Pricing Journal*, 31(1).
- Schjedelderup, G. y Stähler, F. (2024). The Economics of the Global Minimum Tax. *International Tax and Public Finance*, 31, 935-952.
- Schoen, W. (2015). *Transfer Pricing Issues of BEPS in the Light of EU Law (Working Paper n.º 9)*. Max Planck Institute for Tax Law and Public Finance.
- Starkov, V. (2024). The Need for a Plan B: Comments. *Intertax*, 52(10).
- Van Herksen, M. (6 de octubre de 2023). EU Commission's Proposed Transfer Pricing Directive Impacts MNEs. *Tax Management International Journal*. Bloomberg Tax.
- Varma, A. P. (11 de agosto de 2024). Transfer Pricing: Global Overview. *Stepoe*.
- Vella, L. (4 de enero de 2024). Groups Urge EU to Closely Align Transfer Pricing Rules With OECD. *Bloomberg Tax*.
- Vella, L., Harshberger, C. y Munson, J. (17 de septiembre de 2024). Biggest US Firms Largely Unscathed by Global Minimum Tax, So Far. *Bloomberg Tax*.
- Vergouwen, M. (2024). Conflicts between Directives & Tax Treaties: Which Obligation Takes Precedence? Three Perspectives. *EC Tax Review*, 33(4), 146-162.
- Wrappe, S. C. (2024). The Advance Pricing Agreement Response to a Compliance Alert. *Tax Notes International*, 114.
- Xygka, A. (2024). BEFIT: A Blast From the Past or a Modernized Approach to Tax Simplification? *European Taxation*, 64(1).
- Zagaris, B. (2014). The Application of Minilateralism to International Tax Policy. *Tax Notes International*, 345.

**José Manuel Calderón Carrero.** Catedrático de Derecho Financiero y Tributario en la Universidad de A Coruña. Autor de numerosas publicaciones nacionales y extranjeras dedicadas al derecho tributario, con particular atención a temas de fiscalidad internacional y derecho de la Unión Europea. Miembro de la European Association of Tax Law Professors, del Grupo de Expertos en materia de fiscalidad internacional y precios de transferencia de la AEDAF y de la International Fiscal Association (IFA). Consultor fiscal internacional. <https://orcid.org/0000-0001-7973-2869>