



Las reglas sobre precios de transferencia bajo el Derecho Europeo: reflexiones en torno a la jurisprudencia del TJUE

Enrique Sánchez de Castro Martín-Luengo

*Abogado Fiscalidad Internacional en PwC Madrid
Doctor en Derecho Tributario Europeo. Universidad de Bolonia (Italia)*

Extracto

Los precios de transferencia, como normas de atribución de ingresos, representan un elemento importante en materia de planificación fiscal internacional, especialmente cuando la planificación tiene efecto, directa o indirectamente, en la Unión Europea. Se debe atender a la naturaleza de las reglas sobre precios de transferencia bajo el ámbito del Derecho Europeo. El TJUE ha definido en cierto modo estos aspectos en su asunto de fecha 31 de mayo de 2018, *Hornbach-Baumarkt AG (C-382/18)* partiendo de sus pronunciamientos previos en el asunto *SGI (C-311/08)* de 21 de enero de 2010. Este tribunal entiende que las normas de precios de transferencia se constituyen como reglas sobre la atribución de la potestad tributaria entre Estados, y no como reglas de atribución de ingresos entre partes vinculadas. Razonamiento que resultaría contrario a la naturaleza de estas normas.

Palabras clave: precios de transferencia; atribución de ingresos; atribución potestad tributaria; Derecho Europeo.

Fecha de entrada: 08-03-2019 / Fecha de aceptación: 10-04-2019 / Fecha de revisión: 29-04-2019

Cómo citar: Sánchez de Castro Martín-Luengo, E. (2019). Las reglas sobre precios de transferencia bajo el Derecho Europeo: reflexiones en torno a la jurisprudencia del TJUE. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 435, 39-70.





Transfer pricing rules under EU Law: reflections around the case law from the ECJ

Enrique Sánchez de Castro Martín-Luengo

Abstract

Transfer-pricing rules, as allocation of income rules, are a key element within international tax planning, in particular when this planning has a direct or indirect impact in the European Union. It is necessary to think about the nature of transfer pricing rules under EU Law. The ECJ has defined somehow these aspects in its case law dated 31 May 2018, *Hornbach-Baumarkt AG* case (C-382/18) starting from its previous doctrine within the case *SGI* (C-311/08) dated 21 January 2010. The Court understands that the transfer pricing rules are focused on the allocation of taxing rights between jurisdictions. That is, transfer pricing rules do not deal with the allocation of income between related parties. Reasoning that would be against the nature of those rules.

Keywords: transfer pricing; allocation of income; allocation of taxing rights; EU Law.

Citation: Sánchez de Castro Martín-Luengo, E. (2019). Las reglas sobre precios de transferencia bajo el Derecho Europeo: reflexiones en torno a la jurisprudencia del TJUE. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 435, 39-70.



Sumario

1. Introducción
 2. El papel de los precios de transferencia en el marco de la planificación fiscal
 3. El Derecho Europeo y las reglas en materia de precios de transferencia
 4. El asunto *Hornbach-Baumarkt* ante el TJUE
 - 4.1. Normativa cuestionada
 - 4.2. Hechos
 - 4.3. Cuestión prejudicial
 - 4.4. El posicionamiento del TJUE: razonamiento jurídico y fallo
 - 4.4.1. Restricción en contra de la libertad de establecimiento
 - 4.4.2. Justificación de la restricción: razones imperiosas de interés general
 - 4.4.3. La adecuación de la norma al principio de proporcionalidad
 5. Reflexiones en torno a la doctrina del TJUE
 - 5.1. Normas de atribución de ingresos y normas de atribución de potestad tributaria
 - 5.2. La erosión de la base imponible
 - 5.3. La exclusión de la teoría sobre la prohibición del abuso del derecho
 - 5.4. Derecho de prueba: las razones o motivos comerciales
 6. Conclusiones
- Referencias bibliográficas

Nota: El contenido del presente trabajo representa meras opiniones personales del autor, sin resultar vinculantes o compartidas por Landwell – PricewaterhouseCoopers Tax & Legal Services, SL (PwC España).



1. Introducción

En un contexto internacional y globalizado son comunes las transacciones entre partes vinculadas con las que se pretende, en menor o mayor medida, trasladar ingresos gravables de una jurisdicción con una presión fiscal estándar a otra con una presión más reducida o incluso nula. La aplicación de las normas sobre precios de transferencia en esta materia es clave tanto para el contribuyente como para la Administración tributaria. No debe entenderse que todo supuesto de operaciones entre entidades vinculadas pertenecientes al mismo grupo tenga una finalidad fiscal. Estas se efectúan también con la intención de sacar partido de las sinergias y economías de escala del grupo.

La complejidad en torno a la interpretación y aplicación de las normas sobre precios de transferencia, al igual que el control sobre estas, se incrementa en el seno de la Unión Europea dada la falta de armonización en la materia. La aplicación de las normas sobre precios de transferencia que puedan aplicar cada uno de los Estados miembros (en adelante, EE. MM.) puede causar obstáculos sobre la consecución y desarrollo del mercado interior.

Con fecha de 31 de mayo de 2018 el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) emitió una importante sentencia (C-382/16, asunto *Hornbach-Baumarkt AG* –NFJ070459–) en materia de precios de transferencia bajo la influencia directa del Derecho Europeo, en particular bajo la libertad de establecimiento. En ella, el tribunal, desarrollando parcialmente la doctrina que previamente había empleado en el asunto *SGI*, entra a valorar la restricción efectuada por la aplicación de una de las reglas de precios de transferencia alemana al aplicar, únicamente, en operaciones vinculadas entre una entidad residente en Alemania y otra residente, a efectos fiscales, en otro Estado miembro.

En las siguientes páginas afrontaremos el tratamiento que las normas sobre precios de transferencia de los EE. MM. merecen bajo el Derecho Europeo a raíz de la sentencia del TJUE en *Hornbach-Baumarkt*. Afrontaremos, por tanto, la doctrina del tribunal en este asunto, la naturaleza y finalidad del principio *arm's length* y de las normas sobre precios de transferencia en el contexto de la fiscalidad internacional. Para terminar con una serie de reflexiones y conclusiones al respecto.

2. El papel de los precios de transferencia en el marco de la planificación fiscal

Los precios de transferencia se constituyen como elemento principal dentro de la fiscalidad transfronteriza, con efecto e impacto directo en la práctica referida a la planificación fiscal.

Por precio de transferencia debemos entender el precio impuesto a la transferencia, venta o prestación, de bienes o servicios entre partes vinculadas, tanto a nivel local como a nivel transfronterizo. Este precio es valorado, a efectos fiscales, bajo el principio internacionalmente reconocido como *arm's length*, el cual establece que los precios de transferencia entre entidades vinculadas deberán ser valorados como si hubieran sido fijados por partes independientes en condiciones de pura competencia: en transacciones y bajo circunstancias similares. En otras palabras, la idea del principio *arm's length* es simular cuál habría sido el precio fijado, y las condiciones, para la transacción entre las partes vinculadas si esta hubiera sido efectuada por partes independientes, se efectúa una especie de ficción legal a través de la cual se pretende, en última instancia, que las partes vinculadas sean gravadas como si hubieran actuado como partes independientes en un mercado dirigido por el principio de plena competencia. Objetivo que se consigue gracias a la aplicación del enfoque o método de la entidad separada o independiente, conocido como *separate entity approach*¹.

Se podría afirmar, por tanto, que las reglas de precios de transferencia, apoyadas en el principio *arm's length*, vendrían a determinar el importe de ingresos o rentas atribuibles a una entidad. En otras palabras, vendrían a atribuir los beneficios correspondientes a cada una de las partes de la cadena de valor del grupo en cuestión. Lo que se traduce en la determinación del ingreso gravable de cada una de las entidades vinculadas.

La relevancia de los precios de transferencia en la fiscalidad internacional es un hecho notorio. Aspecto que se ha visto favorecido por el crecimiento del número de grupos multinacionales, así como por el incremento del total de transacciones que entidades del mismo grupo efectúan entre ellas, en un contexto económico caracterizado por la integración de las economías, movilidad del capital y por el desarrollo tecnológico.

Como sabemos, uno de los resultados que los grupos multinacionales pueden lograr del empleo inteligente de los precios de transferencia es maximizar sus beneficios netos. En otras palabras, el empleo de los precios de transferencia de una forma adecuada les permitiría lograr una atribución o localización eficiente de los recursos dentro del grupo.

Los precios de transferencia se constituyen, por tanto, como el instrumento clave para reducir la carga fiscal a nivel global sin ánimo o intención, en principio, elusiva. Un empleo adecuado de los precios de transferencia atribuyendo, de una forma u otra, los ingresos y

¹ OCDE (2017), en su párrafo 1.6.

rentas entre las entidades que forman parte del mismo grupo, pero residentes fiscales en jurisdicciones con distintos regímenes tributarios, permitiría lograr una optimización de su cadena de valor mediante el beneficio obtenido del empleo y ejecución de economías de escala.

Esta eficiencia y optimización de los recursos y resultados se logra, especialmente, cuando entre los Estados en los que participan las entidades que forman parte del mismo grupo tienen tipos impositivos distintos. Aspecto que invita a que estas trasladen sus ingresos y rentas gravables mediante los precios de transferencia de jurisdicciones con unos tipos altos o medios a otras con tipos reducidos. Transferencia de carácter indirecto, frente a la transferencia directa que tendría lugar, por ejemplo, mediante la migración de la residencia a efectos fiscales de la sociedad o entidad en cuestión.

Debemos ser conscientes de que la transferencia indirecta de las bases imponibles hacia jurisdicciones con baja o nula presión fiscal no se da, únicamente, hacia paraísos fiscales, sino también hacia Estados que escapan de tal definición pero que ofrecen atractivos fiscales mediante tipos impositivos reducidos, mediante la metodología empleada para determinar los ingresos gravables y la base imponible, etc.

Situación que se ve ciertamente favorecida en el seno de la Unión Europea. La concurrencia de 28 regímenes tributarios con tipos impositivos diversos, la ausencia de armonización fiscal y la interpretación flexible de las libertades fundamentales por parte del TJUE facilita que los grupos multinacionales puedan reducir su factura fiscal en la Unión Europea.

Esta tendencia hacia la erosión de bases imponibles domésticas mediante el traslado de beneficios con base en transacciones u operaciones vinculadas no alineadas al principio *arm's length* ha hecho que las autoridades tributarias entiendan, de forma cuasiautomática, toda desviación del principio *arm's length* como intención de manipular y erosionar la base imponible que les corresponde. Presunción general que sin lugar a dudas choca con las exigencias del Derecho Europeo.

Esta práctica hizo que los Estados comenzaran a utilizar instrumentos con los que garantizar una atribución adecuada de los ingresos y rentas gravables entre las partes vinculadas. Así como en el empleo de cláusulas, generales o especiales, antielusión o antiabuso, y en el refuerzo de los principios de residencia y territorialidad.

Los instrumentos empleados para lograr una atribución de ingresos adecuada y justa entre las partes involucradas son las normas sobre precios de transferencia cuyo objetivo principal o esencial no es el perseguir conductas elusivas de impuestos o distribuir la potestad tributaria entre Estados, sino atribuir los beneficios gravables, como diferencia entre ingresos y gastos, a un contribuyente o a otro. Es cierto que los Estados encuentran facilitada la labor de atribuir y repartir su potestad tributaria gracias a la función de las normas sobre precios de transferencia. Atribución de potestad que no se efectúa con base en las normas sobre precios de transferencia, sino con base en la norma oportuna, bilateral o unilateral, con aquella finalidad y que, previsiblemente, se estructure en torno al principio de residencia o al principio de territorialidad.

La problemática en torno a los precios de transferencia se complica ya que, pese a que las recomendaciones de la OCDE en la materia apliquen directa o indirectamente en todos y cada uno de los EE. MM., la interpretación y aplicación de aquellas difiere de un Estado a otro como consecuencia de la falta de armonización y dada la influencia directa del Derecho Europeo. Una aplicación equívoca y estricta de aquellas normas podría derivar en restricciones al ejercicio de las libertades fundamentales.

3. El Derecho Europeo y las reglas en materia de precios de transferencia

La relevancia de la relación entre las reglas sobre precios de transferencia y el Derecho Europeo se debe a que las disposiciones de Derecho Europeo originario, en especial las libertades fundamentales, se pueden ver, directa o indirectamente, afectadas por la aplicación de aquellas, ya que las normas sobre precios de transferencia de algunos EE. MM. vendrían a tratar únicamente transacciones transfronterizas. Normas que en su aplicación podrían derivar en situaciones de discriminación indirecta o restricción en el ejercicio de las libertades.

El TJUE ya se ha pronunciado en ciertas ocasiones acerca del impacto de las libertades fundamentales sobre las disposiciones domésticas en materia de precios de transferencia. Concluyendo que las normas sobre precios de transferencia afrontan y aplican, especialmente, ante supuestos entre partes vinculadas residentes en distintos EE. MM. con vínculos o nexos de interdependencia que permitan ejercer a una de las entidades, o a la matriz en común, cierta influencia en las decisiones y actividad de aquella otra sociedad. Extremo que se da en materia de *transfer pricing*, ya que se entiende, por lo general, que existirá vinculación cuando una entidad participa, directa o indirectamente, en la dirección, control o capital de otra sociedad, derivando en una influencia efectiva en la toma de decisiones y en la determinación de las actividades de la otra parte vinculada. Considerando, por tanto, que, en su caso, la libertad en juego será la libertad de establecimiento.

No obstante, la libertad en juego puede ser otra distinta. Ello dependerá de la naturaleza del asunto, en sí del objeto de la norma bajo escrutinio. Por ejemplo, cuando la norma doméstica cuestionada aplica sobre transacciones con independencia del elemento de control, cubriendo y aplicando también sobre transacciones entre partes independientes, la libertad involucrada dependerá del supuesto en cuestión: en supuestos de limitación a la deducibilidad de gastos sobre servicios, la libertad involucrada será aquella sobre la libre prestación de servicios²; en cambio si la norma limita la deducibilidad de los intereses derivados de un préstamo, la libertad en juego será la libertad a la circulación de capitales³.

² Sentencia del TJUE de 5 de julio de 2012, C-318/10, asunto *SIAT* (NFJ047556).

³ Sentencia del TJUE de 3 de octubre de 2013, C-282/12, asunto *Itelcar* (NFJ052007).

Por lo tanto, del conjunto y variedad de transacciones que pueden efectuar las partes integrantes de los grupos multinacionales, las libertades fundamentales involucradas podrían ser varias. No obstante, y reiterando lo expuesto anteriormente, como regla general, la libertad que podría verse restringida por la aplicación de las normas sobre precios de transferencia será la libertad de establecimiento.

El asunto del TJUE clave al respecto ha sido *Société de Gestion Industrielle* (SGI)⁴. No obstante, otros asuntos relacionados y relevantes en la materia, serían: *Lankhorst-Hohorst*⁵, *Thin Cap Group*⁶, *SIAT*⁷ e *Itelcar*⁸. A través de estos asuntos, el TJUE ha logrado, en mayor o menor medida, la conciliación entre las reglas sobre precios de transferencia y las exigencias del Derecho Europeo, en particular las libertades fundamentales.

Dentro de los asuntos que conoció el TJUE en la materia, el asunto *SGI* se establece como el asunto de referencia, el tribunal reconoció la finalidad, a nuestro modo de ver incorrecta como mostraremos en los siguientes epígrafes a raíz del asunto *Hornbach Baumarkt*, de las normas de precios de transferencia basadas en el principio *arm's length* de garantizar la atribución o reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los EE. MM. y como un instrumento con el que luchar contra las conductas abusivas.

La problemática en torno a las normas domésticas sobre precios de transferencia y el Derecho Europeo se debe a que los supuestos de tratamiento diferencial con respecto a residentes y no residentes pueden disuadir u obstaculizar el ejercicio de la libertad de establecimiento a la hora de efectuar operaciones vinculadas o, incluso, a la hora de incorporar establecimientos, tanto entidades subsidiarias como establecimientos permanentes, en otros Estados miembros. Por ejemplo, en aquellos supuestos en los que las normas domésticas solo apliquen a transacciones efectuadas entre residentes de un Estado miembro en particular con entidades no residentes, se correría el riesgo de causar una restricción al ejercicio de la libertad de establecimiento. Por lo tanto, las normas sobre precios de transferencia, incluyendo las reglas sobre ajustes al respecto, estarían a salvo, en principio, si la legislación doméstica no diferencia entre operaciones o situaciones internas y externas.

Dentro del tratamiento menos favorable se incluiría, sin ser exhaustivos, una mayor presión fiscal, desventajas procedimentales como la carga de la prueba u obligaciones formales de documentación, incerteza sobre el ajuste, etc.

⁴ Sentencia del TJUE de 21 de enero de 2010, C-311/08, asunto *SGI* (NFJ036705).

⁵ Sentencia del TJUE de 12 de diciembre de 2002, C-324/00, asunto *Lankhorst-Hohorst* (NFJ013286).

⁶ Sentencia del TJUE de 13 de marzo de 2007, C-524/04, asunto *Thin Cap Group* (NFJ024996).

⁷ Sentencia del TJUE de 5 de julio de 2012, C-318/10, asunto *SIAT* (NFJ047556).

⁸ Sentencia del TJUE de 3 de octubre de 2013, C-282/12, asunto *Itelcar* (NFJ052007).

A continuación, entraremos a analizar el último de los asuntos conocidos por el TJUE en materia de precios de transferencia que vendría a desarrollar la doctrina al efecto empleada en el asunto *SGI*. Nos referimos al asunto *Hornbach-Baumarkt AG*, C-382/18 (NFJ070459). Se trata de un asunto más que relevante, el TJUE estaría aportando ciertos elementos novedosos y reiterando, en parte, su doctrina en el asunto *SGI* en cuanto a la adecuación de las normas domésticas en materia de precios de transferencia al Derecho Europeo.

4. El asunto *Hornbach-Baumarkt* ante el TJUE

El TJUE resuelve una importantísima cuestión prejudicial planteada en torno a la adecuación de una de las normas de precios de transferencia alemana al Derecho Europeo.

4.1. Normativa cuestionada

La legislación alemana sobre imposición en caso de relaciones con el extranjero establece en el artículo 1 del título destinado a las normas sobre rectificación de rentas que:

Cuando las rentas de un contribuyente, obtenidas de vínculos comerciales con una persona con la que está vinculada, se reduzcan porque el contribuyente convenga, en el marco de dichos vínculos con el extranjero, condiciones que difieren de las que habrían convenido, en circunstancias idénticas o similares, terceros independientes entre sí, sus rentas se calcularán, sin perjuicio de otras disposiciones, como si lo hubieran sido en presencia de condiciones convenidas entre terceros independientes⁹.

Como podemos observar, la norma prevé un ajuste positivo en la base imponible de la entidad residente alemana cuyas rentas derivadas de operaciones con entidades vinculadas, residentes a efectos fiscales en el extranjero, se vean reducidas como consecuencia de haber convenido condiciones distintas a las que habrían pactado y aceptado partes independientes en el mercado ante circunstancias idénticas o similares. Aclara, también, que tal ajuste será representado por las rentas o precio que habría tenido lugar de haberse respetado el principio *arm's length*, entendiéndose la diferencia entre el precio fijado *ex ante* y aquello que resultaría del análisis de comparabilidad.

A efectos de determinar la vinculación, la norma alemana establece que esta existiría cuando:

⁹ Sentencia del TJUE de 31 de mayo de 2018, C-382/16, asunto *Hornbach-Baumarkt AG* (NFJ070459), párrafo 3.

i) la persona posee directa o indirectamente una participación correspondiente a al menos un cuarto del capital del contribuyente (participación sustancial) o puede ejercer directa o indirectamente una influencia dominante en el contribuyente o, por el contrario, cuando el contribuyente tiene una participación sustancial en el capital de dicha persona o puede ejercer directa o indirectamente una influencia dominante sobre ella; o ii) un tercero tiene una participación sustancial en el capital de dicha persona o del contribuyente, o puede ejercer directa o indirectamente una influencia dominante sobre una o el otro; o iii) la persona o el contribuyente está en condiciones, en el marco de la negociación de las condiciones de una relación comercial, de ejercer en el contribuyente o la persona una influencia que tiene su origen fuera de esa relación comercial, o cuando uno de los dos tiene un interés propio en que el otro obtenga rentas.

4.2. Hechos

La entidad Hornbach-Baumarkt AG es una sociedad residente a efectos fiscales en Alemania. Su actividad económica se centra, principalmente, en la gestión y dirección de un conjunto de tiendas especializadas en el bricolaje y materiales de construcción en Alemania y en otros EE. MM.¹⁰

La estructura fiscal y societaria de esta sociedad, y de su grupo, en lo relevante para este asunto se resume en la participación indirecta en el 100 % del capital social, a través de la sociedad alemana Hornbach International GmbH y la neerlandesa Hornbach Holding BV como filial de aquella, en Hornbach Real Estate Groningen BV y Hornbach Real Estate Wateringen BV, ambas residentes a efectos fiscales en los Países Bajos.

Tanto Hornbach Real Estate Groningen BV como Hornbach Real Estate Wateringen BV presentaban un capital propio negativo, lo que les impedía seguir con sus actividades de expansión, mediante la apertura de los correspondientes centros de ventas, dadas las dificultades a la hora de acceder a la financiación bancaria. En este sentido, la entidad bancaria que financiaba asiduamente a ambas sociedades requirió que, para la concesión de un nuevo préstamo, la entidad matriz del grupo, Hornbach-Baumarkt AG, debería entregar las correspondientes *comfort letters* y escritos de intención para garantizar el repago del referido préstamo bancario¹¹.

En este sentido, la sociedad Hornbach-Baumarkt AG emitió los referidos escritos y garantías en septiembre de 2002 sin exigir, a las entidades filiales beneficiarias, remuneración alguna.

Dentro de estas declaraciones y garantías, Hornbach-Baumarkt AG se comprometió a que las participaciones, directas e indirectas, en las entidades filiales beneficiarias se man-

¹⁰ Sentencia de 31 de mayo de 2018, C-382/16, asunto *Hornbach-Baumarkt AG* (NFJ070459), párrafos 4 y ss.

¹¹ Sentencia de 31 de mayo de 2018, C-382/16, asunto *Hornbach-Baumarkt AG* (NFJ070459), párrafo 7.

tendrían inalteradas; y a que ambas entidades mantendrían los recursos financieros suficientes que les permitieran cumplir con sus obligaciones.

Así las cosas, la Administración tributaria alemana entendió que si la transacción efectuada entre Hornbach-Baumarkt AG y sus filiales indirectas hubiera tenido lugar entre terceros independientes ante circunstancias idénticas y similares, Hornbach-Baumarkt AG habría requerido una contraprestación por las garantías prestadas con las que remunerar el riesgo asumido. Considerando que la base imponible de Hornbach-Baumarkt AG debía aumentarse en un importe igual a la remuneración que habría sido pactada bajo el principio de plena concurrencia, incrementándose, en igual modo, el impuesto debido por la referida sociedad en el ejercicio 2013.

Ante esta situación, Hornbach-Baumarkt AG presentó las oportunas alegaciones contra la resolución de la Administración tributaria, alegaciones que fueron totalmente desestimadas. Acto seguido, Hornbach-Baumarkt AG interpuso el correspondiente recurso ante el tribunal de lo tributario competente, alegando que el artículo de la norma alemana con base en el que se efectuó el referido ajuste de su base imponible daba lugar a un trato discriminatorio, ya que si la transacción cuestionada hubiera sido efectuada entre entidades residentes en Alemania tal ajuste no habría tenido lugar.

El principal argumento esgrimido por Hornbach-Baumarkt AG fue que, con base en la sentencia del TJUE en el asunto *SGI*, el tipo de discriminación indirecta efectuada por la norma doméstica debería ser considerada como una restricción al ejercicio de la libertad de establecimiento no justificada por su carácter desproporcionado, aquella norma no contenía ninguna habilitación con base en la cual el contribuyente pudiera probar la concurrencia de razones o motivos comerciales en los que justificar la no adecuación al principio *arm's length* de la operación¹².

Tras las alegaciones oportunas, el tribunal competente se posicionó a favor de la Administración tributaria, al entender que las partes independientes habrían convenido una remuneración como contraprestación al riesgo asumido por el garante ante la concesión de aquellas garantías¹³.

4.3. Cuestión prejudicial

El órgano jurisdiccional se preguntó sobre la compatibilidad de la norma alemana cuestionada con el Derecho Europeo, en particular con la libertad de establecimiento, al excluir las operaciones domésticas del ámbito de aplicación de aquella norma, otorgando un trato menos favorable a los residentes que poseyeran participaciones en sociedades estableci-

¹² Sentencia de 31 de mayo de 2018, C-382/16, asunto *Hornbach-Baumarkt AG* (NFJ070459), párrafo 14.

¹³ Sentencia de 31 de mayo de 2018, C-382/16, asunto *Hornbach-Baumarkt AG* (NFJ070459), párrafo 16.

das en otros Estados miembros con las que efectuaran operaciones vinculadas¹⁴; y con el principio de proporcionalidad, ya que el contribuyente debería tener el derecho a probar la concurrencia de motivos o razones comerciales con los que justificar la falta de adecuación de la transacción al principio *arm's length*, planteando si la norma alemana en cuestión cumple con tal extremo o si, por el contrario, debería contar con una habilitación expresa¹⁵.

4.4. El posicionamiento del TJUE: razonamiento jurídico y fallo

Antes de analizar el razonamiento jurídico y fallo del TJUE, debemos ver como encajan las normas y disposiciones en materia de precios de transferencia, entre las que se encuentran aquellas con base en las que se efectúan los ajustes oportunos en la base imponible del contribuyente como consecuencia de la falta de adecuación al principio de plena competencia de la transacción en cuestión, en los sistemas fiscales domésticos, así como en el ordenamiento europeo.

Como resulta obvio, este tipo de normas forman parte del conjunto de disposiciones que constituyen la fiscalidad directa de los sistemas tributarios de los Estados miembros, normas cuya función, pese al posicionamiento contrario que adopta el TJUE como veremos a continuación, no es otra que la atribución de rentas o ingresos gravables entre las partes vinculadas, como contribuyentes independientes, involucradas en la transacción controlada.

La norma objeto de análisis no se enmarca en una materia armonizada, ni siquiera parcialmente, a nivel europeo, sino que se engloba dentro de una competencia exclusiva de los Estados miembros. Es por ello por lo que, en principio, la competencia para legislar en materia de fiscalidad directa, incluyendo las normas sobre precios de transferencia, estaría en manos de estos. Estados que son libres de diseñar sus respectivos sistemas tributarios, políticas fiscales y los factores o nexos de conexión a efectos fiscales¹⁶, extremo reiterado en diversas ocasiones por el TJUE¹⁷.

Esto no quiere decir que los Estados miembros no estén sometidos al cumplimiento del Derecho Europeo a la hora de diseñar y legislar sus disposiciones normativas en materia de imposición directa. Los principios de uniformidad y efectividad del Derecho Europeo tienen efecto directo sobre la referida competencia. Todo Estado miembro debe no solo interpre-

¹⁴ Sentencia de 31 de mayo de 2018, C-382/16, asunto *Hornbach-Baumarkt AG* (NFJ070459), párrafos 17-19.

¹⁵ Sentencia de 31 de mayo de 2018, C-382/16, asunto *Hornbach-Baumarkt AG* (NFJ070459), párrafos 21-25.

¹⁶ Sentencias del TJUE de 12 de mayo de 1998, C-336/96, asunto *Gilly* (NFJ006196), párrafos 24 y 30; de 21 de septiembre de 1999, C-307/97, asunto *Saint Gobain* (NFJ008298), párrafo 57; y de 12 de diciembre de 2006, C-374/04, asunto *Test Claimants* (NFJ024424), párrafo 52.

¹⁷ Entre otras, las Sentencias del TJUE de 5 de noviembre de 2002, C-208/00, asunto *Überseering BV*, párrafo 74; y de 13 de diciembre de 2005, C-446/03, asunto *Marks & Spencer* (NFJ021162), párrafo 57.

tar y aplicar el derecho doméstico en conformidad con el Derecho Europeo, también tendrían la obligación de legislar de acuerdo a este. Así lo ha afirmado el TJUE al exponer que «[...] si bien es cierto que la fiscalidad directa es competencia de los Estados miembros, no lo es menos que estos últimos deben ejercerla respetando el Derecho comunitario»¹⁸.

Es en esta interconexión de ordenamientos donde surge el problema, ya que el legislador alemán parecería haber olvidado el Derecho Europeo a la hora de legislar, interpretar y aplicar la norma de ajuste en materia de precios de transferencia cuestionada en el asunto que comentamos.

4.4.1. Restricción en contra de la libertad de establecimiento

Como expusimos con anterioridad, la primera parte de la cuestión prejudicial se centra en la potencial existencia de una restricción en el ejercicio de la libertad de establecimiento.

El primer paso del TJUE, remitiéndose a sus pronunciamientos previos, es determinar si la libertad de establecimiento encuentra aplicación. Al respecto, el tribunal expone que la libertad de establecimiento entra en juego, entre otros casos, cuando la legislación nacional cuestionada aplica únicamente a las participaciones que permiten ejercer una influencia real en la toma de decisiones y en la dirección de la actividad de una sociedad.

Considerando, por tanto, que la norma sobre el ajuste de precios de transferencia alemana entraría en aplicación únicamente cuando la entidad alemana tuviera una participación que representase, al menos, el 25 % del capital de una sociedad residente en otro Estado miembro, es más que suficiente para entender que, en principio, la entidad alemana puede ejercer cierta influencia real en las decisiones y actividad de aquella otra sociedad. Extremo que se ve reforzado por el hecho que Hornbach-Baumarkt AG ostentaba, en aquel entonces, una participación indirecta que representaba el 100 % del capital social de las filiales residentes en los Países Bajos. Por lo tanto, el TJUE afirma que la norma alemana cuestionada debe analizarse bajo la libertad de establecimiento.

Para determinar si existe o no restricción al ejercicio de la referida libertad, se debe determinar si la norma cuestionada obstaculiza la incorporación o empleo en otro Estado miembro de una sociedad constituida conforme a su legislación. Este obstáculo existiría si, por ejemplo, una sociedad residente con una sociedad filial en otro Estado miembro recibe un tratamiento fiscal desfavorable con respecto al que habría recibido una sociedad residente con una filial también residente en el mismo Estado miembro. Situación que se da en el asunto en concreto, la norma alemana de precios de transferencia prevé el ajuste de la base imponible de la sociedad alemana que efectúa operaciones vinculadas con entidades residentes en otros EE. MM.

¹⁸ Sentencias del TJUE de 12 de diciembre de 2002, C-385/00, asunto *De Groot* (NFJ013962), párrafo 94; y de 19 de enero de 2006, C-265/04, asunto *Bouanich* (NFJ021865), párrafo 50.

que no responden al principio *arm's length*. En otras palabras, ante una operación vinculada entre dos sociedades alemanas, entendamos matriz y filial, que no cumpliera con las condiciones del principio de plena competencia, el referido ajuste de la base imponible no tendría lugar.

Si atendemos a la jurisprudencia del TJUE, se puede entender que este tipo de tratamiento fiscal diferenciador obstaculiza el ejercicio de la libertad de establecimiento, llegando, incluso, a influenciar a la entidad matriz como para «[...] renunciar a la adquisición, la creación o el mantenimiento de una filial en un Estado miembro distinto del de su domicilio»¹⁹.

4.4.2. Justificación de la restricción: razones imperiosas de interés general

El TJUE se plantea si la restricción podría resultar justificada por alguna de las razones imperiosas de interés general reconocidas por el Derecho Europeo.

Al respecto, el Gobierno alemán, apoyado por el sueco, expuso que la restricción efectuada por la norma controvertida estaría justificada por la razón imperiosa de interés general centrada en la garantía y mantenimiento del reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros, ello apoyado, también, en la intención de proteger la potestad de gravamen de Alemania con base en el principio de territorialidad²⁰.

En este sentido, el TJUE expone que la preservación del reparto de la potestad tributaria entre los EE. MM. puede justificar una restricción en el ejercicio de las libertades cuando la norma en cuestión tenga como objetivo evitar comportamientos que puedan comprometer el Derecho de los EE. MM. a ejercer su potestad tributaria sobre las actividades realizadas, entendiéndose rentas e ingresos gravables, en su territorio²¹. Por ejemplo, cuando la sociedad residente de un Estado miembro transfiere sus beneficios mediante la concesión de ventajas *anormales* o *benévolas* a sociedades residentes en otros EE. MM. con las que mantienen vínculos de interdependencia, conducta con la que se podría erosionar la base imponible del primero de los EE. MM. Comprometiendo, de este modo, el reparto equilibrado de la potestad tributaria entre estos. Situación que se daría en el asunto que conoce el TJUE, el hecho de que la entidad matriz alemana efectúe operaciones que no respondan al principio *arm's length* con entidades vinculadas residentes en otros EE. MM. podría suponer un traslado de beneficios derivando en la erosión de la base imponible gravable en el primero de los Estados, dada la ruptura del reparto equilibrado de la potestad tributaria entre ambos²².

¹⁹ Sentencia de 31 de mayo de 2018, C-382/16, asunto *Hornbach-Baumarkt AG* (NFJ070459), párrafo 35.

²⁰ Sentencia de 31 de mayo de 2018, C-382/16, asunto *Hornbach-Baumarkt AG* (NFJ070459), párrafos 41 y 42.

²¹ Sentencia de 31 de mayo de 2018, C-382/16, asunto *Hornbach-Baumarkt AG* (NFJ070459), párrafo 43.

²² Sentencia de 31 de mayo de 2018, C-382/16, asunto *Hornbach-Baumarkt AG* (NFJ070459), párrafo 45.

De este modo, el TJUE entiende que la norma alemana cuestionada se encuentra justificada por la razón imperiosa referida, el mantenimiento y garantía del equilibrio en el reparto de la potestad tributaria.

4.4.3. La adecuación de la norma al principio de proporcionalidad

Que el TJUE admita la justificación de la restricción efectuada por la norma alemana no significa que esta sea plenamente conforme al Derecho Europeo, ya que se exige, a su vez, que la norma respete el principio de proporcionalidad, es decir, que no vaya más allá de lo necesario para alcanzar su objetivo.

En este caso en concreto, el TJUE se centra en analizar si el contribuyente está habilitado para poder probar, sin estar sometido a restricciones o exigencias administrativas excesivas, la concurrencia de motivos o razones comerciales con los que justificar la falta de adecuación al principio *arm's length* de la operación vinculada.

En relación con el carácter y naturaleza de los motivos comerciales, el TJUE expone, por remisión del órgano jurisdiccional alemán, que tales motivos pueden incluir razones económicas derivadas o fundadas en los vínculos de interdependencia entre la sociedad matriz y las sociedades filiales, aunque ambas sean residentes fiscales en distintos EE. MM.

Como vemos, el TJUE vuelve a referir al enfoque que ya empleó en el asunto *SGL*, donde expuso que el principio de proporcionalidad únicamente se vería respetado si se reconociera, bajo la legislación doméstica, el derecho del contribuyente a probar que el hecho de haber efectuado la transacción controlada de forma contraria al principio *arm's length* está justificado por la concurrencia de razones comerciales.

La aportación del TJUE en el asunto que analizamos se ciñe a clarificar, en cierto modo, el tipo de razones que podrían tener cabida a los efectos referidos.

En el asunto en concreto, las sociedades filiales presentaban unos fondos propios negativos que les impedían obtener la financiación bancaria suficiente para continuar con el desarrollo de sus actividades, extremo que puede ser entendido como un motivo comercial desde el punto de vista de la entidad matriz como para otorgar las garantías de crédito y escritos de intenciones de forma gratuita. En otras palabras, el éxito comercial de las sociedades filiales en las que participa la entidad matriz, mediante la distribución de los beneficios y asumiendo cierta responsabilidad como consecuencia de tal financiación, podría ser empleado como razón o motivo comercial a tales efectos²³.

²³ Sentencia de 31 de mayo de 2018, C-382/16, asunto *Hornbach-Baumarkt AG* (NFJ070459), párrafos 54 y 56.

Téngase en cuenta que el Gobierno alemán trató de excluir, con base en el principio de libre competencia, de tales motivos comerciales las razones económicas fundadas en los vínculos de interdependencia entre las sociedades vinculadas²⁴.

Indicar también que el TJUE vuelve a reiterar que el principio de proporcionalidad requiere que la norma en cuestión solo puede proceder a ajustar la base imponible del contribuyente en la fracción que represente la diferencia entre lo convenido por las partes vinculadas y aquello que habrían acordado partes independientes según el principio de plena concurrencia²⁵.

Tras lo expuesto, el TJUE entiende que la norma controvertida no iría más allá de lo necesario para lograr su objetivo, siempre y cuando la normativa doméstica y la autoridad competente otorguen la posibilidad al contribuyente de probar la concurrencia de razones o motivos comerciales, sin que ello suponga adicionales y excesivas obligaciones administrativas, con los que justificar la falta de adecuación al principio *arm's length*. Extremo que deberá ser comprobado por el órgano jurisdiccional doméstico competente.

En conclusión, teniendo en cuenta el razonamiento del TJUE en torno a la razón imperiosa sobre la garantía del reparto equilibrado de la potestad tributaria y sobre el principio de proporcionalidad, este afirma que la norma alemana está en línea con el Derecho Europeo.

5. Reflexiones en torno a la doctrina del TJUE

Analizamos las aportaciones principales del TJUE en el asunto *Hornbach-Baumarkt*, incluyendo algunas críticas y reflexiones en relación con la finalidad y naturaleza de las reglas en materia de precios de transferencia.

5.1. Normas de atribución de ingresos y normas de atribución de potestad tributaria

Llama la atención el carácter que el TJUE otorga a las normas y reglas en materia de precios de transferencia, en especial a aquellas cuya finalidad es proceder a ajustar el precio de la transacción controlada conforme al principio de plena competencia.

Este tribunal ha entendido, por instancia de los EE. MM. y de forma incorrecta, que las normas sobre precios de transferencia tienen el objetivo de proteger la atribución de la po-

²⁴ Sentencia de 31 de mayo de 2018, C-382/16, asunto *Hornbach-Baumarkt AG* (NFJ070459), párrafo 52.

²⁵ Sentencia de 31 de mayo de 2018, C-382/16, asunto *Hornbach-Baumarkt AG* (NFJ070459), párrafos 49 y 50.

testad tributaria entre los EE. MM., con la intención obvia de querer buscar la justificación de la restricción en cuestión en el motivo imperioso de interés general sobre la atribución equilibrada de la potestad tributaria entre los Estados, según ha sido desarrollada por el TJUE²⁶.

Tal calificación no la efectúa el tribunal de forma directa, sino de una forma indirecta al entender que la restricción en contra de la libertad de establecimiento efectuada por la norma de ajuste alemana se ve justificada con base en la garantía y mantenimiento del reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los EE. MM. Extremo al que llega al considerar que la referida norma pretendería garantizar la potestad del Estado miembro a gravar aquellas rentas e ingresos derivados de las actividades desarrolladas en su territorio según el principio de territorialidad, protegiendo a este de que aquellas rentas e ingresos gravables fueran transferidos a otras jurisdicciones mediante la ejecución de transacciones ajenas a las condiciones de libre competencia²⁷.

El entender las normas de precios de transferencia como normas con las que garantizar y mantener el reparto equilibrado de la potestad tributaria responde al enfoque equívoco de afrontar la problemática derivada de la erosión de bases imponibles y transferencia de beneficios desde la perspectiva de las consecuencias derivadas de ello, y no tanto de su causa. Así como por el hecho que pone de manifiesto que la gran mayoría de los EE. MM. ven y emplean, incorrectamente, las normas sobre precios de transferencia como uno de los últimos medios con el que garantizar el mantenimiento de su derecho a gravar las rentas atribuidas a las partes involucradas localizadas en sus respectivos territorios.

Con la admisión de esta justificación, el TJUE entendería que tratamientos fiscales domésticos menos ventajosos sobre las transacciones transfronterizas, con respecto de aquello que habría resultado en supuestos de transacciones puramente domésticas, podrían estar justificados si aquellas transacciones fueron diseñadas para manipular la atribución de ingresos entre las entidades involucradas e indirectamente entre los EE. MM. afectados. Así lo entendió la abogada general en el asunto *SGI*, al afirmar que:

Al excluir el artículo [...] que empresas con vínculos de interdependencia se concedan ventajas anormales o benévolas y de esta forma trasladen beneficios de la base imponible de la sociedad residente a la base imponible de una sociedad no residente, la disposición garantiza también un reparto equilibrado de la potestad tributaria²⁸.

²⁶ Entre otras, Sentencias del TJUE de 15 de mayo de 2008, C-414/06, asunto *Lidl Belgium* (NFJ028333), párrafo 31; y de 25 de febrero de 2010, C-337/08, asunto *X holding* (NFJ037112), párrafo 28.

²⁷ Sentencia de 31 de mayo de 2018, C-382/16, asunto *Hornbach-Baumarkt AG* (NFJ070459), párrafo 44.

²⁸ Conclusiones de la abogada general Kokott del 10 de septiembre de 2009, en el asunto *SGI*, C-311/08, párrafo 72.

Las normas sobre precios de transferencia no tienen la finalidad directa de atribuir la potestad tributaria entre los Estados involucrados o afectados por la operación, sino de atribuir los ingresos gravables entre las partes intervinientes en la transacción u operación controlada.

La intención de calificar las normas sobre precios de transferencia como reglas sobre el reparto equilibrado de la potestad tributaria entre EE. MM. se debe a que este tipo de reglas de atribución se enmarcarían dentro de un área que no está, en principio, bajo el control y sometimiento directo del Derecho Europeo al tratarse de una competencia exclusiva de los EE. MM. íntimamente vinculada a su soberanía fiscal. No obstante, esta intención no resulta como los EE. MM. habrían esperado, ya que según el principio de efecto directo y uniformidad del Derecho Europeo las normas domésticas sobre la atribución de la potestad tributaria, tanto en su legislación, interpretación y aplicación, deberán respetarlo y garantizarlo²⁹.

El TJUE habría obviado la base técnica de la fiscalidad internacional. Dentro del derecho fiscal internacional existen, en lo que nos interesa, dos tipos de normas. Aquellas cuyo objetivo es atribuir los ingresos o rentas gravables entre contribuyentes, las conocidas como *rules on allocation of income*; y aquellas otras cuyo objetivo sería la atribución de la potestad tributaria entre los Estados involucrados en la transacción *cross-border* en particular, lo que se conoce como *rules on attribution of taxing rights*.

Desde nuestro punto de vista, la razón imperiosa de interés general referida al mantenimiento y garantía del reparto equilibrado de la potestad tributaria no puede justificar la restricción al ejercicio de la libertad fundamental efectuada por una norma de precios de transferencia. El objetivo y esencia de este tipo de normas con base en el principio *arm's length* no es otro que velar por la atribución de los ingresos gravables entre los contribuyentes involucrados en la transacción controlada, constituyéndose como *allocation of income rules*³⁰, no como *allocation of taxing rights rules*. En otras palabras, estas normas no sirven al mantenimiento y garantía del reparto final de la potestad tributaria³¹: de nada sirve atribuir un ingreso a un contribuyente cuando su tributación no es atribuida al Estado en cuestión mediante las reglas de reparto bilaterales o domésticas oportunas.

La atribución de beneficios gravables a una entidad vinculada, como contribuyente independiente, deriva de la remuneración atribuible a la referida entidad vinculada como

²⁹ Véanse, entre otras, las Sentencias de 5 de noviembre de 2002, C-466/98 y C-476/98, asunto *Open Skies*; y Sentencia de 12 de diciembre de 2002, C-385/00, asunto *De Groot* (NFJ013962), párrafos 93 y 94.

³⁰ OCDE (2017), en sus párrafos, 1.3 y 1.8, entre otros. En la misma línea, Pichhadze (2016), Schön (2013, p. 78), Martini (2011, p. 7) y Hamaekers (2005).

Debemos ser conscientes de que parte de la doctrina mantiene un enfoque distinto sobre la función de las normas de precios de transferencia, apoyando su función como atribución de potestad tributaria. A este grupo doctrinal se ha referido de forma acertada. Véanse, Tavares (2016, pp. 243 y 244). A nivel nacional, esta línea es apoyada por Calderón Carrero (2005, pp. 64 y 65).

³¹ Schön (2014, p. 14).

consecuencia de las funciones desarrolladas, riesgos asumidos y activos empleados en el desarrollo y ejecución de la transacción controlada bajo análisis.

La función de las normas de precios de transferencia como reglas sobre la atribución de ingresos o rentas se ve claramente en el análisis de comparabilidad en materia de precios de transferencia. Este supone la comparativa entre la atribución de los ingresos, precio, no conformes al principio *arm's length* con aquella atribución de ingresos que, estando en línea con el principio *arm's length*, habría tenido lugar en una operación o transacción entre partes no vinculadas. Función que también se observa con la aplicación del ajuste derivado de aquellas normas, el cual estaría atribuyendo parte de los ingresos de una de las partes vinculadas a aquella otra, lo que supone una pura redistribución de los ingresos entre los contribuyentes involucrados.

Por lo tanto, ante un supuesto en el que las partes vinculadas efectúan operaciones transfronterizas, la atribución de los ingresos derivados de aquella operación se encuentra regulada por las normas domésticas en materia de precios de transferencia de las jurisdicciones involucradas, estableciendo la base en la que las autoridades tributarias se podrán apoyar para ajustar la atribución de ingresos a cada una de las partes.

Téngase en cuenta que el ordenamiento ya cuenta con normas especializadas en la distribución de la potestad tributaria entre Estados, tanto unilaterales, puramente domésticas, como aquellas bilaterales recogidas en los convenios para evitar la doble imposición.

Como sabemos, hoy por hoy el principio *arm's length*, como principio internacionalmente aceptado en el que se basan las reglas domésticas de precios de transferencia, se encuentra recogido en el artículo 9 del Modelo de Convenio de la OCDE. La naturaleza de este también nos permite mostrar su finalidad de atribución de ingresos.

La cuestión acerca de la naturaleza del artículo 9 del Modelo de Convenio de la OCDE aún genera debates doctrinales en torno a su carácter restrictivo o meramente declarativo o ilustrativo. Desde un punto de vista general, es bien sabido que los convenios para evitar la doble imposición tienen la finalidad principal de repartir la potestad tributaria entre los Estados contratantes involucrados para gravar una renta o ingreso en particular. Finalidad que se consigue mediante la restricción en la aplicación y ejercicio de la potestad tributaria bajo las normas domésticas de los Estados involucrados.

Pese a que el artículo 9 del Modelo de Convenio de la OCDE se encuentre en el capítulo III del Modelo de Convenio en el que se encuentran el resto de reglas distributivas, ello no significa que este se establezca como regla de atribución de potestad de gravamen. Se trata, en cambio, de uno de los pocos artículos del Modelo de Convenio que mantiene la naturaleza y función de norma de valoración y atribución de ingresos o rentas³². Bajo el ar-

³² Pankiv (2017).

título 9.1 del Modelo de Convenio de la OCDE se reconoce la facultad de los Estados de ajustar los ingresos de una sociedad, resultando en la inclusión de la renta ajustada en la base imponible de la entidad en cuestión. Lo que apoya su función como norma de valoración y atribución de ingresos.

Este artículo no contempla una regla distributiva de competencia tributaria entre los Estados contratantes involucrados, ya que no se estructura en torno a los conceptos de Estado de la fuente y Estado de residencia, ni trata de evitar la doble imposición jurídica como sería el caso, por ejemplo, del artículo 7 de Modelo de Convenio. Este se centra, únicamente, en delimitar la facultad de los Estados para valorar y, por ende, modificar el resultado declarado por sociedades o entidades vinculadas en supuestos de transacciones u operaciones controladas. Recogiendo no la base legal para efectuar aquellos ajustes, sino contemplando una habilitación para efectuarlos con base en la normativa doméstica de los Estados involucrados³³.

En la práctica, la interacción de las normas sobre la valoración y atribución de rentas, el artículo 9 del Modelo de Convenio y aquellas sobre la atribución de la potestad tributaria van a la par y se aplican al mismo tiempo, no son incompatibles, sino que se suplen y complementan.

Normalmente, en supuestos de operaciones vinculadas transfronterizas, el principio *arm's length*, a través de la habilitación del artículo 9 del convenio fiscal aplicable al supuesto, de seguir este el Modelo de la OCDE, así como las normas internas sobre precios de transferencia del Estado en cuestión atribuirán mayores o menores rentas a las partes involucradas. Una vez que se hubiera determinado el importe gravable a nivel de ambos contribuyentes, entrarán en juego las normas sobre la atribución de la potestad tributaria, asignando la facultad de gravarlas a aquel Estado con competencia para ello. Estas últimas normas serán, por tanto, el artículo 7 del convenio aplicable, presumiendo que sigue el Modelo de la OCDE, o cualquier otro artículo específico por remisión de aquel, así como las disposiciones domésticas en la materia, disposiciones que encuentran su base en los principios de residencia o de territorialidad³⁴. Aspecto que se refuerza por la expresión del artículo 9.1 del Modelo de Convenio al fijar que, una vez efectuada la valoración y atribución de ingresos con base en la norma doméstica, aquella renta sería sometida a imposición en consecuencia o *taxed accordingly*. Expresión que entendemos se refiere a la imposición de la renta bajo cualquier otro artículo del Modelo de Convenio, entendamos el artículo 7 o cualquier otro de ámbito específico.

Por lo tanto, las normas sobre precios de transferencia garantizarían la atribución de ingresos entre entidades, mientras que las normas domésticas o aquellas de carácter bilate-

³³ García Prats (2005, p. 41).

³⁴ En la misma línea, Schön (2014, p. 13) y Schön (2011a, pp. 2, 8, 9, 14 y 15).

ral incluidas en los convenios para evitar la doble imposición, a excepción de su artículo 9 de seguir aquel el Modelo de Convenio de la OCDE, tendrían como misión la atribución de la potestad tributaria entre los Estados involucrados.

No obstante, se podría entender, como ya ha hecho parte de la doctrina, que las normas sobre precios de transferencia al atribuir los ingresos correspondientes a cada una de las partes intervinientes también estarían, indirectamente, facilitando la atribución de la potestad tributaria entre los Estados involucrados en la transacción controlada donde estas resultan ser residentes a efectos fiscales³⁵. Se podría decir, por tanto, que la atribución de la potestad tributaria a un Estado u a otro sigue, generalmente, la atribución de ingresos entre los contribuyentes involucrados, pero no según el resultado derivado de la aplicación de las normas sobre precios de transferencia, sino como consecuencia de la aplicación de las normas sobre atribución de la potestad tributaria. Extremo que no puede equivaler a entender que la función propia y principal de las normas sobre precios de transferencia sea la de atribuir o distribuir la potestad tributaria.

Por lo tanto, en nuestra opinión, las reglas sobre precios de transferencia no se pueden emplear para definir el marco de la fiscalidad basado en el principio de residencia o en el principio de territorialidad. Estas reglas responden, únicamente, a la atribución de ingresos, no a su gravamen efectivo.

Con lo expuesto, consideramos que la potencial restricción que pudiera causar la aplicación de una norma sobre precios de transferencia no debería entenderse justificada de acuerdo con la garantía y mantenimiento del reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los EE. MM., estas no se habrían estructurado en torno a tal finalidad u objetivo.

El hecho de calificar a las normas sobre precios de transferencia de una forma u otra, es decir, como reglas sobre la atribución de ingresos o como reglas sobre la atribución de la potestad tributaria no resulta baladí. En principio, estas normas al calificar como normas sobre la atribución de ingresos están directamente sometidas al cumplimiento del Derecho Europeo, por lo que no podrían causar ningún tipo de restricción en el ejercicio de las libertades, no hay cabida para justificación alguna con base en las razones imperiosas de interés general. Mientras que las normas sobre la atribución de la potestad tributaria quedarían fuera de aquellos dominios supranacionales, fuera del ámbito del Derecho Europeo y del control del TJUE, ya que, en principio, los EE. MM. serían libres de diseñar sus sistemas fiscales, sea de forma unilateral como bilateral.

A colación podemos traer las claras y sencillas consideraciones al efecto del TJUE en el asunto *Saint-Gobain*, en las que expuso que «[...] los Estados miembros son libres, [...],

³⁵ Schön (2011a, pp. 1 y 2) y Schön (2013, pp. 79 y 80).

para fijar los criterios de sujeción a efectos del reparto de la competencia fiscal»³⁶, criterios que se encuentran en aquellas normas sobre atribución de potestad tributaria basadas en los principios de residencia y territorialidad. No obstante, el TJUE continuó exponiendo que en lo que se refiere al ejercicio efectivo del poder tributario derivado de aquellas normas «[...] los Estados miembros no pueden, sin embargo, dejar de cumplir las normas comunitarias. En efecto, de la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia se desprende que, si bien es cierto que la fiscalidad directa es competencia de los Estados miembros, no lo es menos que estos últimos deben ejercerla respetando el Derecho comunitario»³⁷. Por lo tanto, al aplicar efectivamente las normas sobre precios de transferencia sobre un contribuyente en particular, como consecuencia de su residencia fiscal en un determinado Estado, los EE. MM. no pueden ignorar la influencia del Derecho Europeo, deberán, por tanto, respetarlo en todo momento.

5.2. La erosión de la base imponible

Anteriormente vimos como el TJUE en el seno del asunto *Hornbach-Baumarkt*, tras la alegación del Gobierno alemán, exponía que la finalidad de la norma era evitar la erosión de la base imponible alemana al concederse un servicio, *i. e.* garantías, de forma gratuita. Al respecto, merece la pena traer a colación una de las conclusiones del abogado general que conoció de este asunto. Consideró que el hecho de no extender la aplicación de la norma alemana cuestionada a operaciones entre entidades vinculadas residentes, se justificaba en que:

[...] las operaciones entre empresas asociadas residentes en el mismo Estado en condiciones que no son de plena competencia no plantean problemas de erosión de la base imponible. En estos casos, los beneficios no “escapan” a la competencia tributaria del Estado para tributar en el exterior. Sencillamente, se trasladan dentro del mismo territorio y pueden tributar en otro lugar, a cargo de otro sujeto pasivo, pero siempre dentro del mismo territorio. La aplicación de precios de transferencia, por tanto, no es necesaria [...]»³⁸.

Desde nuestro punto de vista, esta conclusión resulta totalmente incorrecta, ya que incluso transacciones no a mercado entre entidades vinculadas residentes a efectos fiscales en la misma jurisdicción podrían erosionar, indirectamente, la base imponible de esta. Ima-

³⁶ Sentencia del TJUE de 21 de septiembre de 1999, C-307/97, asunto *Saint-Gobain* (NFJ008298), párrafo 57.

³⁷ Sentencia del TJUE de 21 de septiembre de 1999, C-307/97, asunto *Saint-Gobain* (NFJ008298), párrafo 58.

³⁸ Conclusiones del abogado general emitidas el 14 de diciembre de 2017, sobre el asunto *Hornbach-Baumarkt AG*, C-382/16, párrafo 25.

ginemos, por ejemplo, el supuesto en el que la entidad vinculada beneficiaria de la transacción no ajustada al principio *arm's length* tiene diversos créditos fiscales, deducciones o incluso bases imponibles negativas que podrían emplearse a efectos de minorar la carga fiscal sobre los ingresos gravables trasladados desde la otra entidad vinculada. Ante este supuesto, queda claro que el Estado en cuestión verá mermada su capacidad recaudatoria.

Similar conclusión sostuvo el TJUE en el asunto *Thin Cap Group*, en el contexto de la deducibilidad de intereses financieros derivados de préstamos entre entidades vinculadas, al confirmar que:

[...] cuando la sociedad prestataria y la sociedad prestamista residen en un mismo Estado miembro, la ventaja fiscal a la que da lugar un abono de intereses, a saber, la deducción de estos de los beneficios imponibles de la sociedad prestataria, siempre se compensa mediante la correspondiente desventaja fiscal a cargo de la sociedad prestamista, a saber, la tributación de los intereses percibidos. Que tal compensación no esté garantizada cuando la sociedad prestamista resida en otro Estado miembro llevaría a que los Estados miembros repartieran sus competencias tributarias en función de que la transacción de que se trate se haya celebrado en condiciones análogas a las que se aplicarían entre sociedades independientes³⁹.

Conclusión frente a la que mantenemos la misma argumentación que la expuesta en el párrafo anterior, el hecho de que ambas entidades sean residentes en el mismo Estado miembro no garantiza que la transacción no erosione la base imponible gravable en aquel.

5.3. La exclusión de la teoría sobre la prohibición del abuso del derecho

A lo largo de los pronunciamientos del TJUE en la materia, este ha venido empleado dos tipos distintos de razones imperiosas de interés general con las que justificar la restricción que la aplicación de la norma sobre precios de transferencia doméstica pudiera causar en contra de las libertades fundamentales. Estas razones han sido la garantía de una atribución equilibrada de los poderes tributarios, como ha efectuado en el asunto *Hornbach-Baumarkt*, y la lucha contra estructuras abusivas o *wholly artificial arrangements*, asunto *SGL*.

En este sentido, en el asunto *SGL* el TJUE empleó ambas razones imperiosas de interés general de forma conjunta para justificar la restricción que la norma de precios de transferencia efectuaba en el asunto en particular, al considerar que la razón relativa al reparto

³⁹ Sentencia del TJUE de 13 de marzo de 2007, asunto *Thin Cap Group Litigation*, C-524/04 (NFJ024996), párrafo 67.

equilibrado de la potestad tributaria permitiría evitar que las sociedades vinculadas transfirieran sus bases imponibles desde EE. MM. con una mayor presión fiscal a otros con una fiscalidad más atractiva; y la razón sobre la lucha contra la elusión fiscal permitiría luchar contra estructuras artificiales aun cuando la norma cuestionada no tuviera como objetivo tal tipo de estructuras. Llama la atención, en cambio, que el TJUE no entra a valorar la potencial justificación de la restricción bajo la teoría sobre la prohibición del abuso del Derecho Europeo en el asunto *Hornbach-Baumarkt*, desviándose, por tanto, de los términos en los que se habría basado en el asunto *SGI* donde expuso que:

[...] una normativa nacional que no tiene por objeto específico excluir de la ventaja fiscal que establece los montajes puramente artificiales, carentes de realidad económica, creados con la finalidad de eludir el impuesto [como sería la norma bajo análisis en el asunto de comentamos] normalmente adeudado sobre los beneficios derivados de actividades desarrolladas en el territorio nacional, puede, no obstante, reputarse justificada por el objetivo de la prevención de la evasión fiscal [*tax avoidance*, según la versión inglesa] considerado junto con el del mantenimiento del reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros⁴⁰.

En otras palabras, en el asunto *SGI* el TJUE entendió que el principio *arm's length* se podría entender como suerte de test sobre la artificialidad de la transacción bajo Derecho Europeo. Afirmando que operaciones efectuadas entre partes vinculadas sin adecuarse al principio de plena concurrencia estarían poniendo de manifiesto que estas fueron diseñadas e implementadas con la finalidad de eludir la presión fiscal de una jurisdicción en particular.

Como podemos observar, del asunto *SGI* al asunto *Hornbach-Baumarkt AG* se experimenta una evolución al justificar la restricción causada por normas sobre precios de transferencia únicamente con base en la razón referida al mantenimiento del reparto equilibrado de la potestad tributaria, no según la concurrencia de aquella junto a la lucha contra la elusión fiscal⁴¹.

Por lo tanto, se estaría dejando atrás el considerar la falta de cumplimiento o de adecuación de la transacción controlada al principio de *arm's length* como elemento objetivo y verificable por terceros con el que probar el carácter artificial de la transacción cuyo objetivo esencial no fuera otro que eludir o abusar de la norma doméstica del Estado afectado⁴². Interpretación que casa con la naturaleza propia del referido principio y aquella correspondiente a las normas de precios de transferencia. Es más, el considerar el principio *arm's*

⁴⁰ Sentencia del TJUE de 21 de enero de 2010, C-311/08, asunto *SGI* (NFJ036705), párrafo 71.

⁴¹ Schön (2011b, pp. 23-24).

⁴² Sentencia del TJUE de 13 de marzo de 2007, C-524/04, asunto *Thin Cap Group* (NFJ024996), párrafos 80 y 81.

length como test antiabuso, según lo expuesto por el TJUE en el asunto *SGL*, no resulta conforme a la finalidad principal de este principio, finalidad que no es otra que la atribución correcta y justa de los ingresos entre las partes vinculadas, contribuyentes, involucradas en la transacción controlada. No obstante, si se considerase, pese a la ausencia de fundamento, que este principio y las normas sobre precios de transferencia tengan una función antielusiva, la restricción en el ejercicio de las libertades fundamentales como consecuencia de su aplicación no se podría justificar con base en la teoría, como razón imperiosa de interés general, sobre la prohibición de abuso del Derecho, lucha contra los *wholly artificial arrangements*, ya que aquella norma no estaría diseñada ni estructurada para luchar contra conductas o estructuras artificiales. Es decir, como regla general, las normas sobre precios de transferencia en los EE. MM. no se estructuran en torno a la doctrina sobre la prohibición del abuso del Derecho Europeo según ha sido desarrollada por el TJUE desde el asunto *Cadbury*⁴³. El TJUE se ha mantenido estricto al respecto, al excluir de tal razón imperiosa aquellas normas o disposiciones que expresamente no tuvieran como objetivo el luchar contra las estructuras artificiales carentes de realidad económica.

5.4. Derecho de prueba: las razones o motivos comerciales

El TJUE termina el análisis de la norma alemana sobre precios de transferencia determinando si esta va más allá de lo estrictamente necesario para lograr sus objetivos, extremo exigido por el principio de proporcionalidad; principio que, como vemos, no solo tiene una representación indirecta en la doctrina sobre el motivo imperioso en el que se justifique la restricción, sino también de forma directa a la hora de valorar la medida cuestionada.

El tribunal centra sus esfuerzos en determinar si la norma cuestionada respeta el principio de proporcionalidad a la hora de reconocer y otorgar al contribuyente, sea de forma directa o mediante cualquier otra norma del ordenamiento tributario alemán, el derecho a probar y justificar, con base en cualquier tipo de motivo o razón comercial, la causa por la que las condiciones, precio o naturaleza de la transacción controlada no responden o se desvían de las exigencias propias del principio *arm's length*⁴⁴.

Nos encontramos ante una de las exigencias propias y comunes del principio de proporcionalidad en sede europea. Lo que pretende el principio de proporcionalidad con esta exigencia sobre el derecho de prueba no es otra cosa que evitar que las normas domésticas que puedan derivar en un perjuicio para el contribuyente se estructuren según las presunciones absolutas.

⁴³ Sentencia del TJUE de 12 de septiembre de 2006, C-196/04, asunto *Cadbury Schweppes* (NFJ023535).

⁴⁴ Sentencia del TJUE de 31 de mayo de 2018, C-382/16, asunto *Hornbach-Baumarkt AG* (NFJ070459), párrafo 56.

Llama la atención que el TJUE no haya aplicado el mismo test de proporcionalidad que aplicó en asuntos previos, *X-Holding* y *National Grid Indus*, en los que se aceptó el reparto equilibrado de la potestad tributaria como única razón imperiosa en la que justificar la restricción en cuestión.

En estos dos asuntos, el TJUE aplicó un test de proporcionalidad mucho más escrupuloso y estricto, se centraba en el análisis de los efectos económicos de las disposiciones bajo análisis, es decir, en el objetivo de evitar la formación de grupos fiscales con una única entidad matriz neerlandesa y una o varias subsidiarias no residentes en los Países Bajos⁴⁵; y en el objetivo de gravar en el referido Estado miembro la plusvalía latente generada en su territorio como consecuencia de la migración⁴⁶. Extremo que no entra a analizar, al menos correctamente, en el asunto *Hornbach-Baumarkt*, ya que de haber sido así habría observado que la finalidad de las normas de precios de transferencia alemanas no es la de garantizar un reparto equilibrado de la potestad tributaria, sino la de velar por la valoración de operaciones vinculadas y atribuir los ingresos entre partes.

En el asunto *Hornbach-Baumarkt*, el TJUE estaría aplicando el mismo test de proporcionalidad que en el asunto *Thin Cap Group* en relación con la artificialidad de transacciones no en línea al principio *arm's length*, test que sería posteriormente reconocido en el asunto *SGL* al admitir conjuntamente las razones imperiosas referidas al reparto equilibrado de la potestad tributaria y a la lucha contra prácticas y estructuras artificiales para justificar la restricción en cuestión. Extremo que no se llega a entender ya que, en primer lugar, el gobierno alemán no alega en ningún momento que la finalidad de la norma fuera el luchar contra conductas elusivas o abusivas, en el sentido de estructuras o prácticas artificiales, y, en segundo lugar, el TJUE no hace uso de la razón imperiosa sobre la represión de los *wholly artificial arrangements*.

Llama la atención, por tanto, el hecho de que el TJUE no haya aplicado el test de proporcionalidad basado en el objetivo de la norma según había sido delimitado en asuntos previos en los que se admitió el reparto equilibrado de la potestad tributaria como única razón imperiosa.

Con el reconocimiento del derecho del contribuyente a probar la concurrencia de motivos comerciales, cabría preguntarse si puras sinergias de grupo de carácter comercial, así como economías de escala de tal naturaleza, podrían utilizarse con el fin de justificar la falta de adecuación de la operación controlada al principio *arm's length*. No debemos olvidar que, en la mayoría de las ocasiones, las operaciones entre entidades vinculadas se ejecutan para obtener beneficio de sinergias y economías de escala, por lo que el TJUE es-

⁴⁵ Sentencia del TJUE de 25 de febrero de 2010, C-337/08, asunto *X-Holding*, párrafos 32 y 35.

⁴⁶ Sentencia del TJUE de 29 de noviembre de 2011, C-371/10, *National Grid Indus*, párrafos 52 y 53.

taría dando cabida a justificar gran parte de este tipo de transacciones. La no adecuación del precio de transferencia al principio de plena concurrencia no tiene por qué obedecer a motivos exclusivamente fiscales. Afirmación que estaría en línea, parcialmente, con las recomendaciones de la OCDE en materia de precios de transferencia al afirmar que, cuando partes vinculadas no se ajustan al principio *arm's length*, las autoridades fiscales no deben asumir automáticamente que estas pretenden manipular sus ingresos gravables⁴⁷.

Téngase en cuenta, al respecto, que el impacto de las normas de precios de transferencia no afecta solo a operaciones financieras, como es el supuesto del asunto analizado por el TJUE, sino también en casos, por ejemplo, de transferencia o cesión de activos intangibles entre entidades vinculadas e incluso entre sociedades matrices y sus establecimientos permanentes localizados en otras jurisdicciones. En muchas ocasiones este tipo de operación parecería no ajustarse al principio de plena competencia, ya que incluso ciertas operaciones serían impensables para partes independientes. La concurrencia de una razón comercial beneficiosa, no ya únicamente para las partes intervinientes, sino también para la entidad matriz o para el grupo, podría justificar aquella falta de adecuación al principio de plena competencia.

Resulta oportuno traer a colación la cuestión que planteaba Calvo Vérez sobre si el test de racionalidad comercial del comportamiento de las entidades vinculadas está ligado al análisis de los factores o evidencias objetivas, como podrían ser los términos contractuales, las circunstancias económicas y estrategias comerciales o, por el contrario, al test sobre los elementos subjetivos con los que excluir la concurrencia de finalidad puramente fiscal⁴⁸.

A nuestro modo de ver, la facultad de probar la concurrencia de razones comerciales que puedan justificar la falta de adecuación de la operación al principio *arm's length* se constituye como test objetivo. Lo que se debe probar es el beneficio que el grupo puede obtener, desde un punto de vista objetivo y material, de aquella transacción controlada. Beneficio que se podría traducir en estrategias comerciales, economías de escala, sinergias, etc. De no ser así, y de requerirse un elemento subjetivo, aquel derecho de prueba se estaría alejando de las exigencias propias del Derecho Europeo y del principio de proporcionalidad, y se estaría desvirtuando la naturaleza que le es propia al principio de plena competencia. Por lo tanto, cualquier suerte de eficiencia comercial de grupo podría justificar la no adecuación al principio *arm's length*.

El hecho de admitir el empleo de motivos comerciales con los que justificar la falta de adecuación del precio con el principio *arm's length* invita a pensar que el TJUE se ha hecho eco de la crítica tradicional sobre las reglas de precios de transferencia. Como sabemos, la

⁴⁷ OCDE (2017), en su párrafo 1.2.

⁴⁸ Calvo Vérez (2011, p. 50).

aplicación de estas reglas de acuerdo con el principio *arm's length* aplican la ficción legal de tratar a entidades o partes vinculadas dentro de un mismo grupo como si fueran entidades independientes, sin vínculo alguno, operando en un mercado plenamente competente. Lo que pone de manifiesto el carácter puramente legal de este principio, y no tanto económico al ignorar por completo la realidad económica de las sociedades vinculadas y del grupo al que pertenecen.

Los grupos multinacionales encuentran su motivación en los altos niveles de eficiencia que derivan de la integración de todas las unidades de negocio que forman el grupo. El hecho de que el derecho fiscal a través del principio *arm's length* requiera que las partes o entidades que integran los grupos multinacionales se entiendan como partes independientes en el mercado hace que los aspectos económicos y la realidad económica del grupo sean ignorados: a) las transacciones comerciales o financieras entre partes vinculadas dentro de un mismo grupo difieren, en la mayoría de las ocasiones, de aquellas que se efectuarían entre partes no vinculadas, y b) la rentabilidad de las transacciones efectuadas entre las entidades dentro de un mismo grupo encuentra su razón de ser en factores organizativos, economías de escalas y sinergias varias. En definitiva, el atractivo de todo grupo es el potencial de lograr actuar como un único operador en el mercado mundial capaz de lograr ventajas competitivas al respecto⁴⁹. Es por ello por lo que se puede afirmar que las transacciones efectuadas dentro de un grupo divergen, por lo general, de lo que acontecería en el libre mercado.

De este modo se podría entender que el TJUE, al admitir la justificación de la no adecuación al principio *arm's length* de la transacción controlada según motivos comerciales, estaría desviándose de la versión tradicional del referido principio, haciéndolo más consecuente con la realidad económica y comercial del grupo. No obstante, tal desvío podría suponer un riesgo adicional, riesgo que se referiría al alejamiento del elemento o criterio sobre la creación de valor según ha sido desarrollado por la OCDE en su proyecto BEPS, pues, una transacción no a mercado que pudiera erosionar la base imponible de aquellas jurisdicciones en la que se crea el valor podría verse justificada por la concurrencia de razones comerciales de grupo.

Por último, resulta interesante hacer la reflexión en torno al siguiente planteamiento. Partiendo del nexo entre el derecho de prueba del contribuyente con base en el principio de proporcionalidad con la teoría del TJUE sobre la prohibición del abuso del Derecho Europeo, se podría anticipar que este tribunal estaría posicionándose como para desarrollar una nueva doctrina según el motivo imperioso de interés general sobre la garantía y mantenimiento del reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los EE. MM. Doctrina que permitiría justificar restricciones en contra de las libertades fundamentales causadas por nor-

⁴⁹ Hamaekers (2001, p. 22).

mas en materia de precios de transferencia, en especial aquellas especializadas en efectuar los ajustes, pese a que estas no tengan el fin de velar por el referido reparto de potestades.

Esta nueva teoría resultaría menos estricta que aquella sobre la prohibición del abuso del derecho al no tener que estructurarse alrededor de la persecución de estructuras puramente artificiales carentes de realidad económica, y al bastarle permitir la prueba de justificaciones comerciales y no de motivos económicos válidos, motivos estos últimos mucho más estrictos que los anteriores al estar vinculados a la causa negocial en la que se basaría el contrato, o conjunto de estos, que daría lugar a la transacción u operación artificial en cuestión.

De ser así, un riesgo podría surgir en aquellas transacciones u operaciones que, siendo efectuadas entre partes vinculadas, podrían justificar su falta de adecuación al principio de plena competencia mediante la prueba de razones comerciales, pero ello no significaría que la transacción u operación en cuestión, o bien la estructura societaria y fiscal en la que aquella se enmarque, no resulte artificial. En otras palabras, mientras que la falta de adecuación al principio *arm's length* de la transacción pueda estar justificada en razones comerciales varias, la estructura en sí misma puede resultar artificial al carecer de realidad económica o causa negocial válida.

6. Conclusiones

No cabe duda de que los precios de transferencia se constituyen como elemento clave dentro de todas las políticas fiscales de los grupos de empresas dada su directa contribución a la eficiencia y optimización económica del grupo.

A pesar de la desviación con respecto a la naturaleza de las normas en materia de precios de transferencia, el asunto *Hornbach-Baumarkt* estaría ofreciendo importantes conclusiones acerca de la interpretación y aplicación del principio de plena competencia en materia de precios de transferencia que deberían ser tenidas en cuenta en el día a día de la fiscalidad europea e internacional de los grupos de sociedades.

La principal conclusión de todo lo expuesto es que el TJUE estaría desplazando el principio *arm's length* de como lo conocemos en la actualidad, al dar luz verde a la plena compatibilidad a Derecho Europeo de las reglas de precios de transferencia, en especial aquellas sobre el ajuste de ingresos, siempre y cuando se permita al contribuyente probar, en su caso, que la falta de adecuación a tal principio resulta justificada por la concurrencia de razones comerciales. En otras palabras, el TJUE se aparta de la interpretación y aplicación tradicional y ortodoxa de las normas sobre precios de transferencia, tendiendo hacia una interpretación y aplicación más heterodoxa al atender a la situación económica y de negocio de la entidad matriz y del grupo.

Se podría entender, por tanto, que respetados ciertos elementos, transacciones y operaciones controladas no en línea con el principio *arm's length* podrían estar justificadas. Resultando admitidas, de concurrir razones o motivos comerciales que lo pudieran justificar, incluso si estos derivan del estatus como accionista de la entidad vinculada con domicilio en otro EE. MM.

Como podemos observar, el TJUE al permitir el empleo de razones comerciales con las que justificar la falta de adecuación del precio al principio *arm's length* estaría poniendo de manifiesto la débil relación entre este principio y las características propias de un grupo multinacional. La metodología tradicional con base en la que se aplica el referido principio no entraría a conocer de la situación particular del grupo que, mediante la ejecución de distintas transacciones u operaciones intragrupo, podría beneficiarse de economías de escala que derivarían en una notable reducción de su carga impositiva final. Otro punto crítico a identificar es como casará esta sentencia en aquellos supuestos en los que, una vez aplicado el ajuste de precios de transferencia, entiéndase el primario, incrementando la base imponible de una de las partes vinculadas, se derive en un supuesto de doble imposición económica como consecuencia de la falta de ajuste en la sociedad vinculada residente en el otro Estado miembro. No debemos obviar que la temática en torno a la doble imposición económica generada sobre sociedades residentes en distintos EE. MM. aún se mantiene como un tema de debate a nivel de la Unión Europea. Es cierto que el TJUE ha considerado que la doble imposición, tanto económica como jurídica, no constituye una restricción a la consecución y desarrollo del mercado interior⁵⁰. Es más, hoy por hoy el Derecho Europeo no contempla obligación alguna para los EE. MM. para eliminar la doble imposición, por lo que los EE. MM. gozan de cierta autonomía en este ámbito, siendo totalmente libres para decidir si eliminan, y cómo, la doble imposición.

Pese a ello, mantenemos la misma opinión que la Comisión Europea⁵¹, considerando que la doble imposición económica, por ejemplo aquella derivada de la aplicación de normas sobre precios de transferencia, constituye un notable obstáculo al mercado interior, al afectar directamente a la competencia y efectividad de este.

Al respecto, cabe preguntarse si se mantendría el argumento acerca de la justificación de la restricción con base en el reparto equilibrado de la potestad tributaria, ya que, si las normas de precios de transferencia tuvieran como objetivo el velar por tal reparo, no se debería derivar, en principio, en supuestos de doble imposición.

⁵⁰ Sentencias del TJUE sobre doble imposición jurídica: 14 de noviembre de 2006, C-513/04, *Kerckhaert & Morres*, párrafo 19 y ss.; y de 16 de julio de 2009, C-128/08, *Damseaux*, párrafo 27 y ss. Para doble imposición económica, véase la Sentencia del TJUE de 13 de marzo de 2007, C-524/04, *Thin Cap*.

⁵¹ European Commission, *Company Taxation in the Internal Market*. 23 October 2001, SEC(2001) 1681, pp. 223 y 274; y Communication from European Commission on the work of the EU Joint Transfer Pricing Forum, 25 January 2011, COM(2011) 16 final.

Por último, pese a lo expuesto y razonado por el TJUE, las normas sobre precios de transferencia tienen como finalidad la valoración y atribución de rentas y beneficios, como diferencia entre ingresos y gastos, entre las entidades vinculadas involucradas en una transacción u operación controlada en particular. Función que facilita el reparto de la potestad tributaria según las normas estructuradas en torno al principio de territorialidad y residencia, lo que no significa que las normas de precios de transferencia desempeñen, directamente y por sí mismas, esta función. Esta calificación haría que las normas sobre precios de transferencia estuvieran directa y completamente sometidas al Derecho Europeo, sin admitir justificación alguna.

Referencias bibliográficas

- Calderón Carrero, J. M. (2005). *Precios de transferencia e impuesto sobre sociedades: (un análisis de la normativa española desde una perspectiva internacional, comunitaria y constitucional)*. Tirant lo Blanch.
- Calvo Vérguez, J. (2011). Precios de transferencia: regulación internacional vs. ámbito interno. La necesidad de respetar el principio de libre competencia. Análisis de la STJUE de 21 de enero de 2010 (AS. C-311/08). *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, 19.
- Calvo Vérguez, J. (2016). El tratamiento de los precios de transferencia en el Plan BEPS: análisis de la evolución experimentada por las Acciones 8, 9 y 10 del citado Plan. *Revista de Fiscalidad Internacional y Negocios Transnacionales*, 2.
- García Prats, F. A. (2005). Los precios de transferencia: su tratamiento tributario desde una perspectiva europea. *Crónica Tributaria*, 117.
- Hamaekers, H. (2001). Arm's length – How Long? *International Transfer Pricing Journal*, 2(8).
- Hamaekers, H. (2005). Income allocation in the 21.st Century: The end of Transfer Pricing? Introductory Speech. *International Transfer Pricing Journal*, May/June.
- Martini, J. T. (2011). Transfer pricing for coordination and profit allocation. *Australian Journal of Business and Management Research*, 1(6).
- OCDE (2017), *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017*. OECD Publishing, París. Recuperado de <<http://dx.doi.org/10.1787/tpg-2017-en>>.
- Pankiv, M. (2017). *Contemporary application of the arm's length principle in Transfer Pricing*. WU Series. Vol. 6.
- Pichhadze, A. (2016). Delineating the Terms of a Single Composite Transaction in Transfer Pricing: The Role of Step-Transaction Analysis in the Aggregation of Interrelated (Linked) Contracts. *International Transfer Pricing Journal*, Mayo/Junio.
- Schön, W. (2011a). Transfer Pricing – Business Incentives, International Taxation and Corporate Law. *Max Planck Institute for Tax*



Law and Public Finance. Working Paper.
Enero. Núm. 5.

Schön, W. (2011b). Transfer Pricing, the Arm's Length Standard and European Union Law. *Max Planck Institute for Tax Law and Public Finance, Working Paper*. Septiembre. Núm. 8.

Schön, W. (2013). Transfer Pricing, the Arm's Length Standard and European Union Law. En I. Richelle, W. Schön y E. Tra-

versa, *Allocating Taxing Powers within the European Union*. Springer. Londres.

Schön, W. (2014). International Taxation of Risk. Max Planck Institute for Tax Law and Public Finance. *Working Paper 2014*. Febrero. Núm. 03.

Tavares, R. J. S. (2016). Multinational Firm Theory and International Tax Law: Seeking Coherence. *World Tax Journal*, June.