

# Garantías financieras implícitas, ajustes de precios de transferencia y el test europeo de motivos comerciales

**Análisis de la STJUE de 31 de mayo de 2018, asunto C-382/16**

**José Manuel Calderón Carrero**

*Catedrático de Derecho Financiero y Tributario.  
Universidad de A Coruña*

---

## EXTRACTO

Se analiza la Sentencia del TJUE de 31 de mayo de 2018, asunto C-382/16, *Hornbach-Baumarkt AG/Finanzamt Landau*, que aborda la compatibilidad con el Derecho de la UE de la normativa de precios de transferencia de los Estados miembros. En particular, se examina en qué medida la Administración tributaria de un Estado miembro puede realizar un ajuste positivo en la base imponible de una matriz en relación con la emisión, sin mediar remuneración, de «*comfort letters*» o «cartas de intenciones o de patrocinio», otorgando garantías financieras en relación con la concesión de préstamos por parte de una entidad financiera a favor de filiales extranjeras de la referida matriz. El TJUE confirma la aplicación a nivel europeo del «test de motivos comerciales» como mecanismo que permite excluir la aplicación de tales ajustes o correcciones de la base imponible, y cómo estos incluyen los «motivos económicos derivados de su posición de asociado (grupo)». En este sentido, esta sentencia del TJUE introduce un elemento de flexibilidad en la aplicación práctica o *enforcement* del principio de plena competencia.

---

## 1. SUPUESTO DE HECHO

A través de este análisis comentamos la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 31 de mayo de 2018 (asunto C-382/16, *Hornbach-Baumarkt AG/Finanzamt Landau* –NFJ070459–), que vuelve a examinar la compatibilidad con el Derecho de la Unión Europea (UE) de la normativa de precios de transferencia de los Estados miembros.

En particular, se examina en qué medida la Administración tributaria de un Estado miembro puede realizar un ajuste positivo en la base imponible de una matriz en relación con la emisión, sin mediar remuneración, de «*comfort letters*» o «cartas de intenciones o de patrocinio»<sup>1</sup> otor-

---

<sup>1</sup> La versión inglesa de la sentencia hace referencia a «*comfort letters containing a guarantee statement*», indicando que tal garantía lleva asociada «a liability risk» para la matriz. La versión en español de la sentencia utiliza la terminología «cartas de intenciones», en tanto que las conclusiones del abogado general se refieren a «cartas de patrocinio». En este

gando garantías financieras en relación con la concesión de préstamos por parte de una entidad financiera a favor de filiales extranjeras de la referida matriz.

El TJUE confirma la aplicación a nivel europeo del «test de motivos comerciales» como mecanismo que permite excluir la aplicación de tales ajustes o correcciones de la base imponible, y cómo estos incluyen los «motivos económicos derivados de su posición de asociado (grupo)».

En este sentido, esta sentencia del TJUE introduce un elemento de flexibilidad en la aplicación práctica o *enforcement* del principio de plena competencia, de manera que en determinadas situaciones singulares puede admitirse la validez (sin ajuste) de operaciones intragrupo en términos que no coinciden con los que acuerdan ordinariamente partes independientes.

Este pronunciamiento del Tribunal de Justicia deriva de un litigio entre la sociedad alemana Hornbach-Baumarkt AG y el Finanzamt Landau (Administración tributaria de Landau, Alemania), en relación con la determinación de la base imponible del impuesto sobre sociedades (IS) (ejercicio 2003) en aplicación de disposiciones que forman parte de la normativa de precios de transferencia (art. 1 de la ley fiscal aplicable a relaciones internacionales, AStG).

Hornbach-Baumarkt AG constituye una sociedad anónima con domicilio en Alemania que es propietaria de una cadena de tiendas de bricolaje y de materiales de construcción en dicho Estado y en otros Estados miembros de la UE.

Durante el año 2003, la referida sociedad alemana poseía, mediante una filial alemana (Hornbach International GmbH) y una subfilial neerlandesa de esta última (Hornbach Holding BV), una participación que representaba el 100% del capital social de dos entidades con domicilio en los Países Bajos: Hornbach Real Estate Groningen BV y Hornbach Real Estate Wateringen BV («sociedades extranjeras del grupo», en adelante).

Las sociedades extranjeras del grupo presentaban un capital propio negativo y tenían necesidad para continuar sus actividades y para financiar un proyecto de construcción de un supermercado de bricolaje y de jardinería, de créditos bancarios por importes de 10.057.000 euros, por lo que respecta a Hornbach Real Estate Groningen BV y de 14.800.000 euros, en el caso de Hornbach Real Estate Wateringen BV.

---

sentido, cabe pensar que las «comfort letters» superan el umbral de una garantía implícita y constituyen garantías financieras explícitas en el sentido recogido en las Directrices OCDE de Precios de Transferencia, de acuerdo con las cuales la emisión o concesión intragrupo de «garantías financieras explícitas» determina una acción concertada que supera el beneficio incidental de pertenecer al grupo (garantía implícita) y, en principio, requiere una remuneración de mercado (paras. 1.158, 1.167 y 7.13). Nótese que, por un lado, la guía OCDE de precios de transferencia apenas aborda la metodología de valoración de las garantías financieras, y, por otro, cómo las cuestiones fiscales que plantean estas garantías financieras exceden de la problemática valorativa suscitando igualmente otros aspectos como, por ejemplo, la calificación de la renta o la aplicación de las *source rules* en relación con las mismas, tal y como evidencia la práctica internacional. No obstante, cabe destacar como la OCDE ha publicado recientemente un borrador de informe que aborda específicamente las cuestiones de precios de transferencia que se suscitan con relación a las garantías financieras intragrupo, clarificando los principios fijados en el Informe final BEPS de las acciones 8-10 (*vid.*, OECD, 3 July 2018).

La entidad bancaria que financiaba habitualmente a esas sociedades había supeditado la concesión de los créditos a la entrega, por parte de la matriz alemana (Hornbach-Baumarkt AG), de «escritos de intenciones» que incluían una «declaración de garantía» («cartas de patrocinio»)<sup>2</sup>. En septiembre de 2012, la referida matriz alemana emitió los «escritos de intenciones» (cartas de patrocinio) sin solicitar remuneración por ello. En tales «escritos de intenciones» la entidad Hornbach-Baumarkt AG se comprometía frente a la entidad bancaria prestamista a no ceder su participación en Hornbach Holding BV o a no modificarla y, además, a actuar de modo que tal filial neerlandesa tampoco cediera su participación en las «sociedades extranjeras del grupo» o no modificara dicha participación, sin haber advertido a la entidad por escrito, al menos tres semanas antes de cualquier cesión o modificación. La matriz alemana, a su vez, se comprometía con carácter irrevocable e incondicional a actuar de manera que las sociedades extranjeras del grupo mantuvieran los recursos financieros que les permitieran cumplir todas sus obligaciones. De ese modo, debía poner a disposición de esas sociedades, si resultara necesario, los medios financieros que les permitieran sus obligaciones respecto de la entidad bancaria prestamista. Y la referida matriz debía velar por que sus medios financieros se dedicaran a reembolsar la deuda contraída de la misma entidad.

La Administración tributaria alemana, en el marco de una comprobación de la matriz alemana, realizó un ajuste de su base imponible en aplicación del artículo 1 AStG al considerar que terceros independientes entre sí, en circunstancias idénticas o similares, habrían convenido una remuneración como contraprestación de las garantías concedidas de ese modo; tal ajuste positivo consistió en la cuantía que habrían pagado terceros independientes por las garantías explícitas concedidas por la matriz a favor de sus filiales Hornbach Real Estate Groningen BV (ajuste de 15.253 €) y Hornbach Real Estate Wateringen BV (ajuste de 22.447 €).

El contribuyente (Hornbach-Baumarkt) se opuso a tales ajustes alegando que su base legal (art. 1 AStG) resultaba discriminatoria y contraria a la libertad de establecimiento prevista en los artículos 49 y 54 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), ya que únicamente se aplicaba en relación con situaciones transfronterizas, dejando fuera de su ámbito de aplicación las situaciones internas. En este orden de cosas se invocó el precedente del TJUE referido a la Sentencia de 21 de enero de 2010, asunto C-311/08, *SGI* (NFJ036705).

El tribunal nacional que conocía de tal controversia fiscal planteó cuestión prejudicial ante el TJUE a efectos de determinar si tal normativa nacional (art. 1 AStG), considerando la referida jurisprudencia europea (caso *SGI*), resultaba conforme con el principio de proporcionalidad, al generar una diferencia de trato que podía obstaculizar la libertad de establecimiento.

---

<sup>2</sup> En las conclusiones del abogado general (Sr. M. Bobek), de 14 de diciembre de 2017, se indica que las «cartas de patrocinio» referidas en el caso son jurídicamente vinculantes y confieren garantías financieras a favor de los acreedores, de manera que poseen valor económico, y partes independientes en plena competencia las otorgarían mediante contraprestación (paras. 50 y 108). En este sentido tales cartas de patrocinio podrían calificarse como «garantías explícitas», tal y como hemos indicado en la nota anterior.

## 2. DOCTRINA DEL TJUE EN EL CASO *HORNBAACH-BAUMARKT*

En relación con la aplicación de la libertad de establecimiento, la existencia de discriminación y su eventual justificación, el Tribunal de Justicia realizó las siguientes consideraciones con respecto a la aplicación al caso de la normativa nacional controvertida:

- En primer lugar, el TJUE puso de manifiesto que la libertad de establecimiento resultaba aplicable en relación con medidas nacionales que se proyectan únicamente sobre participaciones en entidades que permiten ejercer una influencia real sobre las decisiones de una entidad y determinar las actividades de esta (casos *Test Claimants in the FII Group Litigation*, asunto C-35/11 –NFJ049182–, y *Hervis Sport*, asunto C-385/12 –NFJ053210–). Y en tal sentido se confirmó la aplicación al caso controvertido en la medida en que el artículo 1 AStG resultaba de aplicación en casos donde el contribuyente residente ostenta una participación en el capital social de la entidad no residente no inferior al 25 %, que permite al mismo ejercer una influencia real sobre la sociedad de que se trata. Tal condicionante concurría desde un plano jurídico, ya que la matriz alemana ostentaba indirectamente el 100 % del capital social de las filiales neerlandesas.
- En segundo lugar, el TJUE analizó si la normativa nacional controvertida obstaculizaba el establecimiento en otro Estado miembro de una sociedad constituida de conformidad con su legislación a través de la creación de una filial, particularmente a través de una diferencia de trato fiscal desfavorable respecto de una sociedad residente que posea una filial en el primer Estado miembro. El Tribunal de Justicia constató que la normativa alemana cuya aplicación permitía que la Administración realizara un ajuste positivo en la base imponible de las sociedades residentes únicamente operaba en tal sentido cuando estas realizan operaciones comerciales o financieras con entidades no residentes, esto es, en situaciones transfronterizas, no aplicando en situaciones internas. Tal circunstancia determina que la referida normativa nacional establezca un trato fiscal menos favorable a la creación de filiales en otros Estados miembros en comparación con la constitución de filiales en su territorio. El TJUE trajo a colación aquí su jurisprudencia *SGI* para confirmar que una normativa de estas características puede generar una restricción a la libertad de establecimiento.
- En tercer lugar, el Tribunal de Justicia pone de relieve cómo una medida que puede obstaculizar el ejercicio de la libertad de establecimiento solo puede admitirse si afecta a situaciones que no son objetivamente comparables o si está justificada por razones imperiosas de interés general y cumple con el test de proporcionalidad que garantiza que la medida restrictiva no vaya más allá de lo necesario para alcanzar su objetivo legítimo.
- En cuarto lugar, el TJUE realiza el «Test de Comparabilidad»: el Gobierno alemán argumentó que la situación fiscal de una sociedad matriz residente es diferente en función de si tiene relaciones comerciales con una filial no residente o con una fi-

lial residente, toda vez que en el primer caso Alemania no dispone de la potestad de gravar a las rentas de las filiales no residentes. A su vez, se destacó en esta misma línea que la situación interna es diferente de la situación transfronteriza en relación con la aplicación de la normativa de precios de transferencia controvertida, ya que en el primer caso la ausencia de ajuste constituye un juego «suma cero» en la medida en que la falta de ajuste en la matriz se compensa con un menor gasto en la filial doméstica, lo cual no sucede en el caso de la situación de la filial no residente, ya que Alemania no somete a gravamen a tal entidad y, por tanto, no se beneficia de menor gasto (mayor base imponible). El TJUE rechazó que esta alegación estuviera conectada con el test de comparabilidad, entendiéndolo, por el contrario, que se trataba de un razonamiento vinculado y referido a la justificación de la medida nacional controvertida a partir del principio de territorialidad fiscal con arreglo al cual los Estados están facultados para gravar las rentas generadas en su territorio o de la necesidad de preservar el reparto de poder tributario entre los Estados miembros.

- En quinto lugar, el Tribunal de Justicia procede a analizar la «justificación» de la medida: los Gobiernos alemán y sueco defendieron que la normativa nacional controvertida estaba justificada por la razón imperiosa de interés general relacionada con el mantenimiento del reparto equilibrado del poder tributario de la potestad tributaria entre los Estados miembros, invocando a este respecto el precedente del TJUE en el caso *SGI*. Razonan a este respecto que el principio de plena competencia constituye una consecuencia natural del principio de territorialidad necesario para preservar tanto tal principio como el propio reparto equilibrado del poder tributario. El TJUE acogió esta fundamentación de la medida nacional controvertida reconociendo que, con arreglo a su jurisprudencia, tal causa de justificación puede justificar medidas nacionales discriminatorias (SSTJUE en los casos *Rewe*, asunto C-347/04 –NFJ025222–; *Oy AA*, asunto C-231/05 –NFJ025966–, y *Masco Denmark*, asunto C-593/14 –NFJ064954–, entre otras). En particular, el Tribunal de Justicia trajo a colación su jurisprudencia *SGI* que justificó la normativa belga de precios de transferencia que también se aplicaba de forma discriminatoria, y donde declaró que permitir a las sociedades residentes de un Estado miembro que transfieran sus beneficios en forma de ventajas anormales o benévolas concedidas a sociedades con las que mantienen vínculos de interdependencia y que están domiciliadas en otros Estados miembros conlleva el riesgo de comprometer un reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros y que una normativa de un Estado miembro que prevea la tributación de esas ventajas por parte de la sociedad residente que las ha consentido a una sociedad establecida en otro Estado miembro permitiría al primero de esos Estados miembros ejercer su competencia tributaria en relación con las actividades realizadas en su territorio. En este sentido, el TJUE consideró que la normativa nacional controvertida en la medida en que pretende impedir que los beneficios generados en el Estado miembro de que se trate se transfieran fuera de la jurisdicción tributaria de este por medio de operaciones que no son conformes con las condiciones de mercado, sin haber tributado por ello, es adecuada para garantizar el mantenimiento del reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros.

- En sexto lugar, el TJUE lleva a cabo el análisis del «Test de Proporcionalidad»: una vez determinada la justificación de la medida nacional el Tribunal de Justicia pasó a examinar si la configuración de la misma permitía que operase de forma proporcional no yendo más allá de lo necesario para cumplir sus objetivos. A este respecto, el TJUE volvió a traer a colación su jurisprudencia *SGI* donde declaró que una normativa nacional que se basa en un examen de elementos objetivos y verificables para determinar si una operación presenta el carácter de un montaje artificial con fines fiscales debe considerarse que no va más allá de lo necesario para alcanzar los objetivos relativos a la necesidad de mantener el reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros y prevenir la evasión fiscal cuando, en primer lugar, en cada caso en que exista la sospecha de que una operación va más allá de lo que las sociedades interesadas habrían convenido en circunstancias de mercado, el contribuyente puede presentar, sin estar sujeto a restricciones administrativas excesivas, elementos relativos a los posibles motivos comerciales por los que se efectuó la operación. En segundo lugar, la medida fiscal correctora debe limitarse a la fracción que supere lo que se habría convenido entre dichas sociedades en las condiciones del mercado:
  - En relación con el cálculo (valorativo) de la rectificación (o ajuste) de las rentas del contribuyente, el TJUE constató que tal cuestión no había sido objeto de controversia y se aceptó la declaración del Gobierno alemán en el sentido de que el ajuste se limitó a la fracción que habría sido objeto de contraprestación entre partes independientes.
  - En relación con la posibilidad de que el contribuyente pueda aportar datos relativos a los eventuales motivos comerciales para justificar la realización de operaciones en condiciones inhabituales entre terceros, el TJUE examinó el alcance de tal condicionante, particularmente en lo que se refiere al tipo de motivos comerciales que pueden esgrimirse a tal efecto. El Gobierno alemán argumentó a favor de un concepto de «motivos comerciales» alineado con una interpretación del principio de plena competencia que excluye por naturaleza que se admitan razones económicas que tengan su origen en la posición de asociado. El TJUE, sin embargo, declaró que a los efectos de apreciar la proporcionalidad de una normativa como la controvertida procede establecer una distinción entre la posibilidad de invocar los «motivos» por los que se concedieron ventajas sin remuneración entre las sociedades del mismo grupo, por un lado, y el examen de lo «fundado de tales motivos», por otro. De hecho, el contribuyente argumentó que, en el marco del litigio con la Administración tributaria alemana, tuvo la posibilidad de exponer los motivos de su decisión, pero no pudo demostrar que estos correspondieran a razones económicas, toda vez que la normativa nacional no admitía la posibilidad de demostrar que las condiciones se acordaron por razones económicas derivadas de la condición de socio de la sociedad establecida en otro Estado miembro.

- El Tribunal de Justicia analizó estos dos elementos en el caso controvertido. Por un lado, verificó que, de acuerdo con los hechos del caso, existían motivos comerciales que permitían explicar la concesión de tales ventajas (cartas de patrocinio sin remuneración), ya que las filiales extranjeras del grupo presentaban fondos propios negativos y la entidad bancaria prestamista había supeditado la concesión de los créditos necesarios para la continuación y el desarrollo de las actividades de esas sociedades a la condición de que la matriz emitiera un «escrito de intenciones». A la vista de tal situación, el TJUE declaró que «cuando el desarrollo de las actividades de una filial depende de una aportación de capital adicional, debido a que no dispone de fondos propios suficientes, motivos comerciales pueden justificar la movilización de fondos por la sociedad matriz, en condiciones que son inhabituales entre terceros». El Tribunal de Justicia también destacó que no concurría «riesgo de evasión» ni se había mencionado la presencia de un montaje artificial ni una intención de reducir el beneficio imponible en Alemania. En tales circunstancias se consideró que concurrían motivos comerciales relacionados con la posición de asociado de las sociedades extranjeras del grupo alemán que justificaban la conclusión de la operación controvertida en condiciones que divergen de las condiciones usuales entre terceros, ya que la continuación o la expansión de las citadas sociedades extranjeras dependía, a falta de fondos propios suficientes, de una aportación de capital; la concesión a título gratuito de escritos de intenciones que incluían una declaración de garantía, aunque sociedades independientes entre ellas hubieran convenido una remuneración como contraprestación de dichas garantías, fue efectuada por motivos comerciales derivados de la condición de asociado (grupo). Ello podría explicarse por el propio interés económico de la matriz en el éxito comercial de las sociedades extranjeras del grupo en el que participa mediante la distribución de los beneficios, y mediante una cierta responsabilidad de la matriz como asociada en la financiación de tales sociedades.
- El TJUE asignó al tribunal nacional remitente de la cuestión prejudicial la labor de verificar si se le concedió al contribuyente, en condiciones que no impongan obligaciones administrativas excesivas, la posibilidad de presentar datos relativos a eventuales motivos comerciales por los que se acordaron las operaciones controvertidas, sin que se excluya que a este respecto puedan ser tomados en consideración motivos económicos derivados de su posición de asociado no residente.
- Así las cosas, el TJUE declaró que una normativa como la controvertida no va más allá de lo necesario para alcanzar su objetivo –y, por tanto, no resulta contraria a la libertad de establecimiento–, siempre que las autoridades encargadas de la aplicación de la misma concedan al contribuyente la posibilidad de probar que las condiciones convenidas lo han sido por motivos comerciales que pueden derivarse de su posición de asociado de la sociedad no residente.



### 3. COMENTARIO CRÍTICO A LA SENTENCIA DEL TJUE EN EL CASO *HORNBACH-BAUMARKT*

Esta jurisprudencia está, básicamente, alineada con la última doctrina del TJUE en esta materia, particularmente la dictada en el caso *SGL* en relación con la normativa belga de precios de transferencia<sup>3</sup>.

En este sentido, la sentencia, a pesar de cuestionar la validez de un ajuste de precios de transferencia, contribuye a reforzar la compatibilidad del principio de plena competencia con el Derecho de la UE, y, con ello, de las propias normas nacionales que lo instrumenten, incluso en casos donde tal normativa se aplica de forma discriminatoria proyectándose únicamente sobre situaciones transfronterizas<sup>4</sup>.

El TJUE insiste en que el principio de plena competencia y las medidas nacionales que lo instrumentan, a pesar de poder generar restricciones y obstáculos a la libertad de establecimiento (doble imposición, distorsiones económicas), persiguen un objetivo legítimo desde un punto de vista europeo al fundamentarse en el principio de territorialidad fiscal contribuyendo a preservar el equilibrio en el reparto del poder tributario entre Estados permitiéndoles gravar los beneficios generados en sus respectivos territorios. Cabe observar como el Tribunal de Justicia no se refirió a la prevención de la evasión fiscal o la lucha contra situaciones abusivas o puramente artificia-

<sup>3</sup> La doctrina de esta sentencia también se basa en el caso *Test Claimants in the Thin Cap Group*, asunto C-524/04 (NFJ024996), en relación con la normativa inglesa de subcapitalización. Existen otros precedentes jurisprudenciales europeos relevantes en materia de precios de transferencia (y subcapitalización): SSTJUE en los casos *Lankhorst*, asunto C-324/00 (NFJ013286); *Lammers & Van Cleeff*, asunto C-105/07 (NFJ026981), e *Itelcar*, asunto C-282/12 (NFJ052007). Nótese a este respecto como en el caso *Lankhorst* el TJUE llegó a una conclusión distinta en relación con la normativa alemana de subcapitalización simplemente porque era discriminatoria y no estaba justificada por el riesgo de evasión fiscal, de suerte que en el caso controvertido se trataba de un préstamo concedido por la matriz neerlandesa a la filial alemana en una situación donde esta no podía obtener préstamos de terceros por su difícil situación financiera en la que se encontraba. En este caso el TJUE también tuvo en cuenta los motivos comerciales en relación con el endeudamiento derivado de préstamos de la matriz neerlandesa a la filial alemana frente a la aplicación de la cláusula de subcapitalización, de suerte que no fue tanto el carácter discriminatorio de la normativa como su análisis como cláusula anti-evasión fiscal lo que determinó su consideración como contraria a la libertad de establecimiento. La reacción general frente a tal sentencia fue extender la normativa de subcapitalización a operaciones domésticas cuando en realidad lo que se trataba era de delimitar en qué medida esta normativa estaba o no justificada y configurada de forma acorde con el principio de proporcionalidad a efectos de su aplicación.

<sup>4</sup> En este sentido, la jurisprudencia del TJUE no requiere que la normativa de precios de transferencia de los Estados miembros se configure de forma no discriminatoria. Ahora bien, en el caso de que la normativa doméstica de precios de transferencia se proyectara tanto sobre situaciones domésticas como transfronterizas la aplicación de la misma debería realizarse en los mismos términos, no pudiendo existir discriminaciones encubiertas por vía de *enforcement*. Es verdad que allí donde la normativa de precios de transferencia solo se aplica a situaciones transfronterizas el TJUE considera que tal normativa es susceptible de generar restricciones a las libertades fundamentales del TFUE y en tal sentido podría quedar sujeta a un test de compatibilidad con el Derecho de la UE más exigente en lo que se refiere a la proporcionalidad de las medidas adoptadas (incluyendo tanto el régimen sustantivo como las obligaciones de documentación y de declaración o *disclosure*). *Vid.*: Schön (2015, p. 422), Terra y Wattel (2008, p. 590) y Martín Jiménez (2010, pp. 274-275).



les como justificación de la medida nacional basada en el principio de plena competencia<sup>5</sup>, pero también es destacable la posición de rechazo adoptada con respecto a las posiciones esgrimidas por algunos gobiernos nacionales que defendían la ausencia de discriminación<sup>6</sup>.

En cierta medida podría considerarse que la sentencia *Hornbach-Baumarkt* aporta matices con respecto a la jurisprudencia del TJUE sobre la compatibilidad con el Derecho de la UE de normativas nacionales que implementan el principio de plena competencia. Así, cabe observar como el TJUE parece haber aceptado que el principio de plena competencia constituye un estándar internacional que instrumenta prevalentemente el reparto de poder tributario entre los Estados y determina la distribución de bases imponibles que deben realizar los grupos de empresas que operan a nivel internacional. No obstante, el TJUE no pierde de vista que estamos igualmente

<sup>5</sup> No obstante, la justificación basada en la lucha contra la evasión fiscal en combinación con el reparto del poder tributario entre los Estados miembros formó parte de la fundamentación de la posición del TJUE, trayendo a colación su jurisprudencia *SGL* que deriva en gran medida de los casos *Marks & Spencer*, asunto C-446/03 (NFJ021162); *Oy AA*, asunto C-231/05 (NFJ025966), y *Lidl Belgium*, asunto C-414/06 (NFJ028333) (véase el para. 49 de la sentencia). El enfoque de análisis de la normativa de precios de transferencia a partir de su finalidad basada principalmente en el reparto del poder tributario entre Estados y no bajo una concepción de tal normativa como una cláusula antiabuso tiene más sentido desde un punto de vista técnico y posee consecuencias en relación con el propio análisis de compatibilidad de esta normativa con el Derecho de la UE. Así, el examen de la normativa de precios de transferencia a partir de la causa de justificación basada en la prevención del abuso en materia fiscal pivota sobre su configuración dirigida a evitar montajes puramente abusivos o totalmente artificiales, en tanto que la justificación basada en el reparto equilibrado del poder tributario (combinado o no con la evasión fiscal) admite mayor flexibilidad en cuanto a las condiciones de aplicación de la normativa.

<sup>6</sup> Las conclusiones del abogado general (Bobek) se alinean con esta posición defendida fundamentalmente por el Gobierno de Alemania, en el sentido de rechazo a la existencia de una discriminación derivada de la normativa alemana considerando que las situaciones de una matriz con una filial residente y con una filial no residente no son comparables a la luz del objetivo de la normativa (territorialidad fiscal), ya que Alemania carecía de poder tributario sobre la base imponible de la filial extranjera. Igualmente, el abogado general argumentó que no existía ventaja fiscal (ni desventaja para la situación transfronteriza: argumento «suma cero») y que de calificarse la normativa nacional como restrictiva estaría justificada por el objetivo legítimo perseguido y resultaba justificada. En último análisis el abogado general viene a defender que lo que se ventila en el caso es la correcta o incorrecta aplicación del principio de plena competencia. Por otro lado, llama la atención la posición de la Comisión que consideró que estábamos ante una aplicación desproporcionada del principio de plena competencia que no podía justificarse a partir de la razón imperiosa de interés general alegada (reparto equilibrado de poder tributario entre los Estados miembros) debido a la naturaleza de la operación en cuestión; en particular, la Comisión indica que, en este caso (garantías explícitas), la ventaja es difícil de cuantificar, a diferencia de lo que acontece con una transferencia de fondos o un préstamo sin intereses (para. 99 de las conclusiones del abogado general Sr. Bobek). Esta posición de la Comisión plantea un problema de consistencia con el enfoque adoptado en relación con algunos expedientes de ayudas de Estado donde se argumenta que las autoridades fiscales de los Estados han concedido ventajas fiscales a través de una aplicación flexible del principio de plena competencia entendido como trasunto del principio de igualdad (véase, por ejemplo, la decisión de la Comisión, de 8 de junio de 2016, en el caso *Fiat Finance*; *vid.*: Rasch y Wroblewski (2016, pp. 436 y ss.). El TJUE consideró que la argumentación de situación interna no comparable esgrimida por el Gobierno alemán estaba emparentada con la causa de justificación relativa al reparto equilibrado del poder tributario y, en tal sentido, procedió a analizar la validez de tal causa de justificación y la proporcionalidad de la normativa nacional, al entender que concurría una restricción al ejercicio de la libertad de establecimiento. El hecho de que la normativa no fuera discriminatoria sino únicamente restrictiva podría conducir igualmente a un análisis de compatibilidad con el Derecho de la UE (véase el caso *Futura*, asunto C-250/95 –NFJ070674–).

te ante una regulación susceptible de abuso que cada vez se utiliza con más intensidad por parte de los Estados y sus administraciones para prevenir esquemas de erosión de bases imponibles y transferencia de beneficios dotados de un mayor o menor grado de artificiosidad, lo cual está transformando la propia configuración del principio de plena competencia tal y como reflejan las Directrices OCDE de Precios de Transferencia (2017) post-BEPS<sup>7, 8</sup>.

Esta dualidad del principio de plena competencia podría estar influyendo en la jurisprudencia del TJUE, a la hora de trasladar a este ámbito algunos de los principios de su jurisprudencia antiabuso. Dicho de otro modo, el TJUE estaría enjuiciando la proporcionalidad de la normativa nacional que implementa el principio de plena competencia a la luz de sus objetivos (reparto equilibrado del poder tributario y prevención de la elusión fiscal), de manera que la configuración y aplicación efectiva no puede ir más allá de lo necesario para lograr sus fines (regla objetiva de no restricción excesiva que excluye medidas desproporcionadas o que superan los fines de la norma) y además debe quedar excluida cuando concurren o se acreditan por el contribuyente (sin soportar dificultades excesivas) motivos comerciales que permiten explicar la racionalidad económica de la operación (no artificiosidad) a partir de hechos o datos objetivos que lo evidencian (incluyendo motivos empresariales del grupo o de las relaciones matriz-filial, tal y como se admite en los casos *Lankhorst*, *Test Claimants in the Thin Cap*, *SGI* y *Hornbach*).

En este orden de cosas, la sentencia del Tribunal de Justicia en el caso *Hornbach-Baumarkt* clarifica o matiza la jurisprudencia precedente cuando entra a desarrollar los motivos comerciales que pueden justificar una operación intragrupo realizada en términos (valorativos y transaccionales) que no coinciden con los que acuerdan partes independientes en el mercado. El TJUE admite que estas operaciones pueden venir dotadas de justificación comercial, allí donde el contribuyente invoque «motivos comerciales» que fundamenten la situación y aporte pruebas («datos fácticos») que respalden tales motivos comerciales o razones económicas, sin que se aprecien indicios de elusión fiscal o de *artificial profit shifting*. A este respecto, el Tribunal de Justicia dejó claro que los «motivos económicos derivados de su posición de asociado (grupo)» son válidos a estos efectos<sup>9</sup>, y en tal sentido las autoridades fiscales nacionales en el marco de la aplicación de

<sup>7</sup> No obstante, tampoco puede perderse de vista como el nuevo marco post-BEPS de precios de transferencia también altera el reparto de poder tributario entre Estados.

<sup>8</sup> Algunos destacados autores han puesto de relieve como determinadas características del nuevo marco post-BEPS de precios de transferencia convergen con el enfoque del TJUE en relación con la configuración y aplicación del principio de plena competencia. En particular, se apunta como las nuevas exigencias de «realidad económica» y «sustancia de creación de valor» recogidas en las nuevas Directrices de Precios de Transferencia (2017) convergen con el enfoque del TJUE que califica como abusivos esquemas carentes de realidad económica. No obstante, se reconoce que el concepto de realidad económica que maneja el TJUE no coincide con el que opera la OCDE («value chains», «people's functions», «management and control»), dado que atiende al carácter genuino de las operaciones teniendo en cuenta la realidad de los negocios y la «sustancia» en términos de medios humanos y materiales. *Vid.*: Schön (2015, pp. 424 y ss.).

<sup>9</sup> En el *leading case* internacional representado por la sentencia de la *Canadian Tax Court* en el caso *General Electric Capital Canada, Inc. v. the Queen* (2009 TCC 563 & 2010 FCA 344), referido igualmente a «garantías financieras explícitas», el tribunal consideró que la remuneración de tal garantía no debía cuantificarse atendiendo únicamente a los

la normativa de precios de transferencia deben permitir al contribuyente su alegación, sin soportar dificultades administrativas excesivas<sup>10</sup>.

Esta matización europea del principio de plena competencia derivada de la jurisprudencia del TJUE trasciende lo que podría considerarse una interpretación ortodoxa de tal principio de acuerdo con el estándar internacional (Directrices OCDE de Precios de Transferencia, 2017)<sup>11</sup>, toda vez que este solo toma en consideración razones económicas objetivas y no subjetivas (razonabilidad objetiva)<sup>12</sup>. Sin embargo, no puede perderse de vista que tal matización europea no equivale a excluir la proce-

---

precios acordados entre partes independientes, sino que tenía que tomarse en cuenta que se trataba de un grupo MNE y que la matriz otorgaba una «garantía implícita» a favor de sus filiales que formaba parte de las características económicas de la operación y, por tanto, afectaba a la valoración del precio de la garantía explícita (Brooks, 2010, pp. 132 y ss.; Horst, 2012, pp. 537 y ss.). La Administración tributaria norteamericana también se ha posicionado a favor de tener en cuenta la circunstancia de pertenencia a un mismo grupo empresarial a la hora de valorar las garantías financieras explícitas, superando un enfoque estrictamente basado en la consideración de un servicio intragrupo que debe valorarse como si se trataran dos entidades independientes atendiendo al test del beneficio (Stewart, 2010, pp. 539 y ss.). Este enfoque basado en la toma en consideración de la pertenencia a un grupo a la hora de valorar la remuneración derivada de prestaciones de servicios derivadas de garantías financieras explícitas, con carácter general, resulta, en nuestra modesta opinión, más consistente con la finalidad (y justificación) del principio de plena competencia que la posición adoptada por el TJUE que puede permitir excluir un ajuste de precios de transferencia en estos casos si se acreditan motivos comerciales. En este mismo orden de cosas cabe poner de relieve la existencia de distintos enfoques económicos en lo que se refiere a la valoración de las garantías financieras en un contexto intragrupo (Curtis, 2008; Ryan *et al.*, 2003).

<sup>10</sup> La posición del TJUE en *Hornbach-Baumarkt* a favor de la toma en consideración de los motivos comerciales subjetivos de grupo está emparentada con la sentencia del TJUE en el caso *Test Claimants in the Thin Cap*, donde el tribunal nacional que planteó el caso (*High Court of England & Wales*) aplicó (*rectius*, ejecutó) la doctrina del Tribunal de Justicia declarando que los préstamos concedidos por las matrices no residentes a las filiales inglesas debían analizarse no desde la perspectiva del prestatario (como demanda el análisis OCDE), sino desde la perspectiva de la razón económica final que lleva al grupo societario a tener filiales infracapitalizadas en el Reino Unido, concluyendo que allí donde se aporten evidencias de que la infracapitalización no respondía a razones fiscales, no resultaría posible presumir que existían distribuciones presuntas o encubiertas de dividendos, no resultando procedentes los ajustes primario y secundario en estos casos; el tribunal inglés, por tanto, admite y valida la aplicación de un test separado de comercialidad en el sentido de que el contribuyente puede justificar las razones económicas que fundamentaron un endeudamiento superior al de mercado entre partes independientes que puede afectar tanto al volumen de endeudamiento en sí mismo considerado como a la cuantía de la remuneración (véase la Sentencia de 17 de noviembre de 2009 de la *High Court* del Reino Unido [2009] EWHC 2908 [Ch], en <[www.bailii.org](http://www.bailii.org)>; Calderón y García-Herrera [2010, pp. 45 y ss.]).

<sup>11</sup> Breen (2010, pp. 869 y ss.). Nótese, no obstante, que las actuales Directrices OCDE de Precios de Transferencia apenas abordan los aspectos valorativos asociados a la concesión de garantías financieras explícitas, existiendo diferentes posiciones dentro de la OCDE en lo que se refiere a los enfoques aplicativos del principio de plena competencia a las operaciones financieras intragrupo (Finley, 2018, p. 1.336). Como ya indicamos más arriba, la OCDE está desarrollando la guía valorativa relativa a la aplicación del principio de plena competencia a las operaciones financieras intragrupo (*vid.*, OECD, 3 July 2018).

<sup>12</sup> La concepción OCDE del principio de plena competencia basada en la razonabilidad objetiva se ha ido subjetivando por la vía de introducir flexibilizaciones en la aplicación práctica de tal principio. Por ejemplo, puede citarse el reconocimiento de que los precios de transferencia no son una ciencia exacta, la consideración de las diferentes circunstancias económicas de las operaciones (incluyendo las estrategias comerciales), la admisibilidad de los comparables inexactos o relativos, o el reconocimiento de que las operaciones intragrupo en muchas ocasiones no son realizadas por parte de empresas independientes sin que ello resulte una anomalía.

dencia de ajustes o correcciones (valorativas o de calificación o no reconocimiento de operaciones) en aplicación de la normativa de precios de transferencia simplemente invocando «motivos económicos derivados de la posición de asociado (grupo)», ya que ello determinaría un desplazamiento o, cuando menos, una significativa erosión del principio de plena competencia que constituiría, a nuestro juicio, una interpretación excesiva y errónea de la jurisprudencia europea. Nótese que el Tribunal de Justicia ha validado de forma reiterada el estándar internacional representado por el principio de plena competencia y considera que las restricciones que las normas nacionales que lo instrumentan, en principio, están justificadas por el reparto equilibrado del poder tributario entre Estados, de manera que la interpretación del test de motivos comerciales que sirve como mecanismo que apuntala la proporcionalidad de estas medidas nacionales no puede ser objeto de una aplicación maximalista que vacíe o erosione significativamente tal estándar y su fundamentación, alterando de forma relevante el reparto de poder tributario y la distribución de bases imponibles entre los Estados.

En este sentido, pensamos que el TJUE únicamente podría haber pretendido introducir un elemento de flexibilidad en la aplicación práctica o *enforcement* del principio de plena competencia, de manera que en determinadas situaciones singulares podría admitirse la validez (sin ajuste o con ajuste más reducido) de operaciones intragrupo en términos que no coinciden con los que acuerdan ordinariamente partes independientes, siempre que el contribuyente sea capaz de acreditar con datos o elementos objetivos los motivos comerciales (de grupo) que justificaron una transacción intragrupo en tales condiciones<sup>13</sup>. Es decir, el TJUE parece favorecer un enfoque menos mecánico del principio de plena competencia, flexibilizando el rigor aplicativo derivado del test de racionalidad objetiva en relación con casos singulares donde el comportamiento y los términos de las transacciones intragrupo concluidas se desvían de las que formalizarían partes independientes en el mercado (test especulativo y subjetivo) teniendo en cuenta las circunstancias del caso y atendiendo a las razones del grupo<sup>14</sup>. Por ejemplo, con arreglo a esta doctrina podría llegar a justificarse un precio de transferencia que cae fuera de un rango de mercado basado en «comparables»<sup>15</sup>, o un «sobreendeudamiento» de una filial en relación con la aplicación de

<sup>13</sup> En el caso que nos ocupa aconteció que el banco prestamista solicitó a la matriz tales «comfort letters» como condicionante para conceder el préstamo a sus filiales. Es decir, una entidad independiente (el banco) exigió la emisión de las «cartas de patrocinio» a la matriz que favorecían a sus filiales; y estas estaban en una situación económica (fondos propios negativos) que no les permitía obtener fondos para afrontar las inversiones y plan de negocio establecido sin el apoyo de su matriz o del grupo.

<sup>14</sup> Este reconocimiento de los motivos comerciales subjetivos en relación con la aplicación de la normativa de precios de transferencia a nivel europeo puede tener cierta trascendencia práctica, a saber: a) puede permitir una defensa de un enfoque de «price setting» vs. «outcome testing», de manera que puedan fundamentarse los precios fijados por el contribuyente *ex ante* tomando en consideración motivos comerciales y no solo el *benchmarking*; y b) puede robustecer la toma en consideración de estrategias comerciales a los efectos del análisis de comparabilidad, pudiendo permitir justificar precios o resultados fuera de rango de mercado (Martín Jiménez, 2010, p. 278).

<sup>15</sup> A este respecto, también cabría considerar que esta jurisprudencia del TJUE podría servir para tomar en consideración en mayor medida la realidad económica de los grupos de empresas a los efectos de aplicar la norma imperativa de valoración en relación con ciertas operaciones como las intragrupo de carácter financiero (préstamos y garantías), tal y como han hecho algunos tribunales como la *Tax Court* de Canadá en el caso *General Electric* o la *High Court* del Reino Unido en el caso *Test Claimants*, antes comentados.

la normativa de precios de transferencia (subcapitalización), resultando mucho más dudoso que pueda predicarse su aplicación en relación con disposiciones que establecen límites (objetivos) a la deducibilidad de intereses en línea con la acción 4 de BEPS (v. gr., ratio 30% del ebitda), aunque puede aconsejar la introducción de un *safe harbor* basado en el nivel de endeudamiento del grupo o de otra fórmula que permita justificar una deducibilidad de intereses superior a la que resulte de la aplicación mecánica del ratio basado en el ebitda.

Por tanto, esta jurisprudencia, a nuestro juicio, no permite argumentar que toda operación intragrupo dotada de racionalidad comercial no puede ser objeto de una corrección con arreglo al principio de plena competencia, toda vez que ello significaría tanto como reducir a la mínima expresión la aplicación de tal principio lo cual no resulta consistente con esta jurisprudencia europea; ahora bien, la doctrina del TJUE puede contribuir a fundamentar en ciertos casos la impropiedad (o modulación) de determinados ajustes valorativos, como podría suceder en el caso *Hornbach-Baumarkt*, así como proteger la validez de operaciones intragrupo frente a ajustes de recaracterización o de no reconocimiento realizados por las autoridades fiscales en aplicación de la normativa de precios de transferencia<sup>16</sup>, siempre que se acreditara de forma suficiente la incidencia de tales motivos comerciales de grupo (racionalidad comercial de la operación) y no concurrieran indicios de elusión fiscal o *artificial profit shifting*<sup>17</sup>. En este sentido, esta jurisprudencia europea afecta a la aplicación práctica de la normativa doméstica y convencional de precios de transferencia de los Estados miembros (v. gr., nuestro art. 18 LIS y el art. 9 de los CDI españoles)<sup>18</sup> en el marco de relaciones o situaciones cubiertas por el Derecho de la UE, y deben tomarse en consideración tanto sus implicaciones sustantivas como procedimentales.

<sup>16</sup> En parecidos términos se pronunció el profesor Douma (2017, p. 94) al hilo de la sentencia del TJUE en el caso *SGI*.

<sup>17</sup> Esta aportación del TJUE contribuye a evidenciar que el hecho de que determinadas operaciones intragrupo no sean realizadas por partes independientes o no sea habitual que las realicen o las lleven a cabo en otros términos o condiciones no equivale a calificarlas *per se* (o mecánicamente) como contrarias al principio de plena competencia o tratarlas como operaciones abusivas. En relación con el test de racionalidad comercial recogido en las Directrices OCDE de Precios de Transferencia puede consultarse nuestro trabajo: Calderón Carrero (2016a). A nuestro juicio, la posición fijada en las nuevas Directrices de Precios de Transferencia (2017) sobre el test de racionalidad comercial a efectos de desconocer una operación intragrupo (*disregard*) ha elevado el umbral en relación con su aplicación, de manera que únicamente vendría a operar con respecto a operaciones que hubieran sido configuradas o estructuradas de tal forma en cuanto a la fijación del precio (y, por tanto, el conjunto de sus condiciones) que careciera de toda racionalidad comercial desde una perspectiva de partes independientes en el mercado de tal manera que se dificulte especialmente la determinación del precio que sería aceptable para las dos partes teniendo en cuenta sus respectivas posiciones y las opciones realistas disponibles para cada una de ellas en el momento de realizar la operación. De esta forma, una operación (incluida una reestructuración) configurada de tal modo que los activos, funciones o riesgos transmitidos se remuneraran a través de una fórmula o modelo económico que posee fundamento y podría ser aceptado por partes independientes situadas en una situación comparable no puede ser desconocida con arreglo al estándar de plena competencia. Básicamente, concurriría la referida ausencia de racionalidad comercial cuando la operación resultara insólita o difícilmente concebible por irracional (económicamente) considerando (especulativamente) como partes independientes comportándose económicamente de forma racional no la habrían aceptado tal y como está configurada la transacción. Nótese que no estamos ante un test de motivos económicos ni ante una cláusula sustancia vs. forma (Ernick, 2016).

<sup>18</sup> En relación con la aplicación del artículo 18 de la LIS a luz de BEPS puede consultarse Calderón Carrero (2016b).

---

## Referencias bibliográficas

- Breen, J. (2010). Evaluating the Arm's Length Price for Financial Guarantees: A Review of the OECD Framework. *TNI*, *September 13*, 869 y ss.
- Brooks, T. (2010). *General Electric Capital Canada Inc. v. The Queen*: even straightforward facts confound transfer pricing law. *BTR*, *2*, 132 y ss.
- Calderón Carrero, J. M. (2016a). La evolución del marco valorativo de las operaciones intragrupo. *RIA AEDAF*.
- Calderón Carrero, J. M. (2016b). The Spanish Transfer Pricing Regime and the OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. *BIT*, *8*.
- Calderón, J. M. y García-Herrera, C. (2010). La doctrina del TJUE sobre el principio de plena competencia al hilo de la sentencia de la High Court británica en el caso *Test Claimants in the Thin Cap*: el test comunitario de los motivos comerciales y sus implicaciones. *RCyT. CEF*, *332*, 45 y ss.
- Curtis, L. (2008). Transfer Pricing for Corporate Treasury in the Multinational Enterprise. *J. Applied Corp. Fin.*, *20(2)*, 97.
- Douma, S. (2017). BEPS and the EU Law. *CDFI*, vol. 12.1, Sdu, The Hague.
- Ernick, D. (2016). New OECD Rules Seek Broad Expansion of tax authority power to disregard transactions. 31 *DTR* J-1.
- Finley, R. (2018). OECD Countries Still Divided on Financial Transactions. *TNI*, *June 11*, 1.336.
- Horst, T. (2012). Debt Guarantee Fees and the Arm's Length Standard. *TNI*, *February 13*, 537 y ss.
- Martín Jiménez, A. (2010). Transfer Pricing and EU Law Following the ECJ Judgement in SGI. *BIT*, *May*, 274 a 278.
- OECD (3 July 2018). *Public Discussion Draft: BEPS Actions 8-10 & Financial Transactions*.
- Rasch, M. y Wroblewski, P. (2016). European Commission Decision on Fiat: State Aid case Explained. *ITPJ*, *November/December*, 436 y ss.
- Ryan, E. D., Erivona C. E. y Chamberlain, D. G. (2003). A Transfer Pricing Framework for Loan Guarantee Fees. 11 *Tax Mgmt. Transfer Pricing Rep.*, 850 (Feb. 5).
- Schön, W. (2015). Transfer Pricing Issues of BEPS in the Light of EU Law. *BTR*, *3*, 422 y ss.
- Stewart, D. D. (2010). Officials Engage Practitioners on Pricing of Guarantee Fees. *TNI*, *May 17*, 539 y ss.
- Terra, B. J. M. y Wattel, P. J. (2008). *European Tax Law*. Deventer: Kluwer.