

LOS RETOS FISCALES EN LAS REESTRUCTURACIONES DE NEGOCIOS DE LOS GRUPOS MULTINACIONALES

ALBERTO AMORÓS VIÑALS

Inspector de Hacienda del Estado

Extracto:

LA respuesta de los grupos multinacionales a los retos planteados por la globalización y la crisis económica está siendo, cada vez más, la deslocalización y centralización de sus funciones a fin de incrementar la eficiencia y reducir costes.

La consecuencia es que determinadas jurisdicciones fiscales ven minorada la renta gravable generada en su territorio. Es de esperar que las administraciones fiscales concernidas examinen con detenimiento los efectos fiscales de estas reestructuraciones.

Las cuestiones a tratar tendrán que ver con la aplicación de los convenios de doble imposición y, en especial, con la problemática de los precios de transferencia. En este contexto el Informe de la OCDE sobre aspectos de precios de transferencia en las reestructuraciones de negocios, hoy incorporado a las Directrices de la OCDE en materia de precios de transferencia, aporta importantes herramientas para abordar el análisis de este tipo de operaciones.

Palabras clave: grupos multinacionales, reestructuraciones empresariales, precios de transferencia y reasignación de beneficios.

FISCAL CHALLENGES OF BUSINESS RESTRUCTURINGS IN MULTINATIONAL GROUPS

ALBERTO AMORÓS VIÑALS

Inspector de Hacienda del Estado

Abstract:

THE response of multinational groups to the challenges posed by globalization and the economic crisis is being increasingly, the reallocation and centralizations of functions to increase efficiency and reduce costs.

The consequence is that certain tax jurisdictions are affected by the reduction of its taxable incomes. It is expected that tax authorities concerned scrutinize in detail the fiscal impact of these restructurings.

The issues to be addressed will relate to the application of double taxation conventions and, in particular, with the issue of transfer pricing. In this context, the OECD report on transfer pricing aspects of business restructurings, nowadays incorporated to the OECD transfer pricing guidelines, provides important tools to tackle the analysis of this kind of operations.

Keywords: multinational groups, business restructurings, transfer pricing and profit reallocation.

Sumario

1. Planteamiento de la cuestión.
2. Delimitación del concepto.
3. Normativa internacional y doméstica.
4. Tipos de reestructuración.
 - 4.1. Reorganización del área de distribución.
 - 4.2. Reorganización del área de fabricación.
 - 4.3. Centralización de activos, funciones o riesgos en una compañía especializada.
5. Cuestiones que se plantean en las reestructuraciones de negocios.
 - 5.1. Compensación por transferencia de activos.
 - 5.2. Indemnización a la entidad reestructurada.
 - 5.3. Aplicación de precios de transferencia a la actividad reestructurada.
 - 5.4. Participación en los ahorros de costes y sinergias de la reestructuración.
 - 5.5. Problemática del establecimiento permanente.
 - 5.6. No reconocimiento de la operación.

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Entendemos por reestructuración de negocios o reestructuración de empresas (traducción literal del término inglés *business restructurings*) el traslado de toda o parte de la actividad de un grupo multinacional desde un país hacia otro, esto es, la deslocalización total o parcial de la actividad de un grupo multinacional.

En consecuencia, en todo proceso de reestructuración de negocios existirá una jurisdicción fiscal perjudicada que pierde renta gravable, mientras que otra jurisdicción verá acrecentada su actividad económica.

Empleando la terminología propia de los precios de transferencia, puede decirse que una reestructuración empresarial supone una reasignación transfronteriza de funciones, riesgos y activos dentro de un grupo multinacional, de tal manera que determinadas sociedades del grupo ceden funciones, riesgos y activos a otras sociedades del grupo localizadas en un territorio distinto. Evidentemente, esa reubicación de funciones, riesgos y activos significará, en último término, una nueva asignación de beneficios dentro del grupo, razón por la que puede hablarse de filiales perjudicadas y filiales beneficiadas por la reestructuración.

La OCDE se refiere a estas operaciones como «repliegue transfronterizo» de un grupo multinacional, de tal modo que filiales asentadas en un determinado país son vaciadas o degradadas en favor de otras filiales extranjeras.

Es conveniente recordar que, según datos del Instituto Nacional de Estadística, en el año 2009 las filiales de grupos extranjeros en España ascendían a 8.064, lo que representaba el 0,4 por 100 del total de empresas asentadas en el país, el 22,5 por 100 del volumen de negocio y el 10,9 por 100 del empleo total, siendo el principal sector, en número de filiales, el del comercio, seguido por servicios e industria. Por tanto, la economía española es especialmente sensible a un eventual «repliegue transfronterizo» de los grupos multinacionales.

Ahora bien, no debe pensarse que estos procesos de deslocalización afectan exclusivamente a economías que, como la española, son mayoritariamente sede de filiales de grupos extranjeros. Al contrario, sucede que todas las economías desarrolladas, ya sean preferentemente sede de filiales o de cabeceras de grupo, están afectadas por el mismo fenómeno. Esto es así, porque los grupos multinacionales están modificando todos los niveles de sus cadenas de valor, incluidos los servicios centrales que antes constituían el núcleo de sus sociedades matrices radicadas en el país de origen del grupo. Estos servicios centrales son, por ejemplo, la gestión estratégica del grupo, la propiedad y gestión de sus intangibles comerciales e industriales, las actividades de investigación y desarrollo, la gestión activa de su cartera de filiales y la financiación de las mismas, etc. Pues bien, estas actividades también son objeto de deslocalización, razón por la cual las administraciones fiscales de países donde radica la sede de grupos multinacionales ven peligrar sus intereses. Bastará con mencionar, a

título de ejemplo, que una de las administraciones más beligerantes en este tema viene siendo la administración tributaria alemana afectada por la deslocalización de servicios centrales de sus multinacionales hacia Suiza o hacia países de Europa del este.

Tampoco debe pensarse que este tipo de operaciones nacen como consecuencia del actual contexto de crisis económica. Es cierto que la vigente recesión ha dado un carácter más urgente y severo a los procesos de búsqueda de eficiencia y reducción de costes (incluidos los costes fiscales), pero las reestructuraciones empresariales de las que se está hablando tienen su origen en un momento anterior y se vinculan estrechamente al fenómeno de la globalización y al uso de nuevas tecnologías que permiten la deslocalización y desmaterialización de numerosas funciones económicas.

Por otro lado, estas operaciones de reestructuración empresarial no tienen, necesariamente, motivaciones fiscales. Por lo general, estarán relacionadas con búsquedas de sinergias y ahorros de costes, pero, aun así, las consecuencias fiscales de dichas operaciones son relevantes.

2. DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO

Los procesos de repliegue a los que nos estamos refiriendo abarcan supuestos tales como:

- a) El cese o reducción significativa de la actividad desarrollada por una multinacional en un país y la correlativa asunción de tal actividad por otras empresas del grupo en un país distinto. Se trata, pues, de la pura deslocalización de plantas, cadenas de producción o cierre de filiales distribuidoras.
- b) El rediseño del negocio de las filiales, de tal manera que entidades que antes fabricaban y distribuían productos del grupo pierden alguna de esas funciones (dejan de fabricar o dejan de distribuir); o bien filiales distribuidoras que añadían valor al producto promoviendo activamente la venta (por ejemplo creando canales de distribución, aumentando el valor local de la marca, etc.) pasan a ser meros comisionistas. Lo mismo puede decirse de aquellos fabricantes completos que pasan a ser meros subcontratistas, ensambladores o fabricantes en consignación (maquiladores).
- c) También entrarían en este catálogo las pérdidas de centros de I+D e, incluso, en determinados casos, la cesión de personal valioso (equipos de ventas, equipos de investigación, personal con conocimientos industriales, etc.)

No se consideran en el ámbito que ahora nos ocupa las siguientes operaciones:

- a) Los procesos de fusión, escisión, absorción o canje contemplados en el régimen especial del Impuesto sobre Sociedades. En puridad no sería descartable que los esquemas de reestructuración a que nos referimos se formalizaran mediante alguna de estas operaciones, pero, por lo general, se articularán a través de modificaciones en los contratos que vinculan a las sociedades del grupo entre sí.

- b) Tampoco son objeto de atención aquellos supuestos en los que el grupo multinacional se limita a abandonar definitivamente el ejercicio de una actividad empresarial, cediendo sus activos, funciones y riesgos a un tercero independiente ni aquellos supuestos en los que el grupo procede a exteriorizar a favor de un tercero el desempeño de determinadas funciones o la gestión de ciertos activos. En todos estos supuestos, la operación de reestructuración no tiene lugar entre partes vinculadas, por lo que cabe pensar que la contraposición de intereses será suficiente para valorar adecuadamente las oportunas transacciones.

3. NORMATIVA INTERNACIONAL Y DOMÉSTICA

Dado el carácter generalizado que ha adquirido el proceso de deslocalización de los grupos multinacionales, la OCDE se ha sentido concernida por esta problemática y ello por un doble motivo. En primer lugar porque la reasignación de funciones, activos y riesgos tiene lugar entre partes vinculadas con la consiguiente problemática que este tipo de operaciones genera y, en segundo lugar, porque tal reasignación lleva aparejada un nuevo reparto de los beneficios dentro del grupo, de tal manera que unas soberanías fiscales perderán base impositiva, mientras que otras pueden verla aumentada. La reacción descoordinada de las administraciones fiscales nacionales intentando salvaguardar sus intereses puede provocar supuestos de doble imposición.

Las dos razones anteriores llevaron al Comité de asuntos fiscales de la OCDE a emitir directrices en relación con las reestructuraciones transfronterizas de negocios, a estos efectos, en 2005 este organismo designó un Grupo de Trabajo para estudiar las implicaciones fiscales de las denominadas «reestructuraciones empresariales transfronterizas» (*cross-border business restructurings*). En septiembre de 2008 apareció publicado el borrador del *Report on transfer pricing aspects of business restructurings* (la versión definitiva se publicó en 2010 sin cambios significativos sobre el borrador). El contenido de este Informe fue incorporado en 2010 a las Directrices de la OCDE en materia de precios de transferencia (en adelante las Directrices) en forma de capítulo IX de las mismas. Debe recordarse que las Directrices sobre precios de transferencia de la OCDE están reconocidas en los Comentarios al artículo 9 del Modelo de convenio como interpretación autorizada del mismo.

Paralelamente, el Comité de asuntos fiscales de la OCDE trabajó en la elaboración de un Informe sobre la atribución de beneficios a los establecimientos permanentes que también vio la luz en 2008. En ese mismo año se modificaron los Comentarios al artículo 7 del Modelo de convenio incorporando aquellos aspectos del Informe que eran compatibles con la redacción entonces vigente del artículo y en 2010 se procedió a dar una nueva redacción al artículo 7 del Modelo de convenio para adaptar completamente su contenido al Informe en cuestión.

En cuanto a la normativa interna sobre la materia, no existe ninguna regulación doméstica específicamente dirigida a este tipo de operaciones, y ello a pesar de ser, la española, una economía profundamente afectada por tales procesos. Por citar algún precepto que permita, al menos, constatar que este asunto no ha pasado inadvertido para nuestras autoridades, puede señalarse el artículo 19.1 d) del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades que, en materia de documentación de operaciones vinculadas, exige que se describa la estructura de activos, funciones y riesgos dentro del grupo en

cuanto afecten a la filial y que se indiquen y expliquen suficientemente los cambios que se produzcan en el perfil de funciones, riesgos y activos de la filial.

4. TIPOS DE REESTRUCTURACIÓN

La OCDE define a las reestructuraciones empresariales como el repliegue transfronterizo de las funciones, riesgos y activos de un grupo multinacional. Se trata de un concepto muy amplio que comprende desde el cierre de una planta de producción y su traslado íntegro a otro país, hasta la creación de una central de compras o la cesión de personal entre empresas del grupo. Ahora bien, la OCDE propone tres patrones o modelos básicos a los que podrán reconducirse la mayoría de las operaciones de reestructuración, estos son:

- a) Reorganización del área de distribución.
- b) Reorganización del área de fabricación.
- c) Centralización de activos, funciones o riesgos en una compañía especializada del grupo.

4.1. Reorganización del área de distribución

En este primer escenario un operador del área de distribución es reconvertido en otro tipo de operador con funciones y riesgos más limitados. Dependiendo de la intensidad del vaciamiento de funciones y del traspaso de riesgos, irán apareciendo distintas clases de operadores todos ellos con un nivel de funciones y riesgos menor al ostentado antes de la reestructuración.

No existe un estándar terminológico generalmente aceptado para denominar a los distintos operadores que pueden ir apareciendo conforme se desgajan funciones, riesgos o activos de un distribuidor (lo mismo ocurrirá en el área de fabricación), ni tampoco para describir las funciones, riesgos y activos concretos que asume cada tipo de operador. Por tanto, cualquier catálogo que podamos hacer al respecto es subjetivo. Además, el contenido específico de cada operador dependerá de cada caso, siendo difícil establecer pautas y modelos a priori.

Hecha la anterior advertencia, podemos distinguir las siguientes figuras susceptibles de aparecer en el área de distribución ordenadas de mayor a menor carga funcional:

- El distribuidor completo.
- El distribuidor-promotor.
- El agente o comisionista.
- El operador logístico.

Un distribuidor completo se distingue, en cuanto a los activos, por ser propietario de los principales intangibles comerciales (marcas, nombres comerciales...). Desempeña la función de compras y ventas, adquiriendo los productos de las fábricas y vendiéndolos a los consumidores finales a través de un canal de ventas propio. Desempeña el resto de funciones características de la distribución, tanto ordinarias como estratégicas y lo mismo ocurre en relación con la promoción, la publicidad, el marketing, la logística, etc. Como consecuencia de su actividad el distribuidor funcionalmente completo incurre en riesgos de inventario, de insolvencias, de tipo de cambio, riesgos asociados a los intangibles y riesgos generales de mercado, entre otros.

El distribuidor-promotor se caracteriza, en cuanto a los activos, en que no es propietario de las marcas que distribuye, pero puede crear intangibles comerciales valiosos (listas de clientes, sistemas de fidelización, derechos contractuales, etc.). Asume la gestión ordinaria de la distribución en el mercado local, comprando y vendiendo los productos que distribuye. En general no asume funciones estratégicas. Asume riesgos de inventarios y de insolvencias principalmente.

En un nivel inferior se encuentra el agente o comisionista local. Este operador no posee activos intangibles ni tiene capacidad para crearlos. No compra ni vende, solo intermedia las operaciones de su principal, pero sin comprometerse en el buen fin de las mismas. No tiene inventarios ni créditos con clientes. Generalmente no asume funciones de promoción, publicidad o marketing. Su riesgo principal es el riesgo contractual, esto es, de renovación del contrato con su principal.

Finalmente, la función de distribución realizada en un territorio puede abandonarse completamente. En este caso, quedará sobre el territorio tan solo un operador logístico que realizará las operaciones auxiliares de carácter material (almacén y transporte) imprescindibles para materializar la entrega de productos vendidos desde filiales distribuidoras no residentes.

4.2. Reorganización del área de fabricación

El segundo escenario se refiere al área de fabricación. Repetimos que, si bien no existe un estándar terminológico, podemos proponer como operadores posibles ordenados de mayor a menor contenido funcional los siguientes:

- El fabricante completo.
- El fabricante bajo licencia.
- El subcontratista o ensamblador.
- El maquilador.

El fabricante completo se singulariza por ser propietario de los principales intangibles de fabricación (patentes, tecnología...). Interviene en las funciones ordinarias y estratégicas de fabricación y, en especial, asume las actividades de I+D. Incurre en riesgos de inventario, de capacidad de planta, tecnológico y de garantía, entre otros.

Un fabricante bajo licencia tiene derecho de uso sobre los intangibles de fabricación y puede crear algunos intangibles propios como desarrollo e innovación de procesos. No suele intervenir en decisiones estratégicas, pero asume las decisiones ordinarias de la actividad de fabricación durante una parte significativa del proceso. Asume riesgos de inventario, de exceso de capacidad, de garantía, etc.

El ensamblador o el subcontratista trabajan para el fabricante bajo licencia. Realizan una parte menos relevante del proceso. No crean intangibles de producción. Asumen menos funciones, ocupándose estrictamente del día a día de la fabricación.

Por último, el maquilador, también denominado «fabricante en consignación» o «fabricante a precio fijo» (*toll manufacturer*), supone la mínima implantación posible de la función de producción en un territorio. En la maquila, las materias primas no llegan a cambiar de propiedad. El maquilador realiza una actividad de escaso valor sobre la materia prima o componentes que recibe en depósito y devuelve el producto a su lugar de origen cobrando un tanto fijo por unidad de producto manipulado. No asume ningún riesgo relevante excepto, quizás, el riesgo de mano de obra y el riesgo contractual con su principal.

4.3. Centralización de activos, funciones o riesgos en una compañía especializada

El tercer y último escenario posible se refiere a la concentración de activos o funciones en una sociedad especializada del grupo. Si se trata de centralización de activos aparecerán filiales especializadas en la gestión de inmuebles, de tesorería (*cash pool*), de propiedad intelectual (*IP Services*), etc. Si se trata de funciones surgirán centros especializados en el desempeño de determinados cometidos como son las centrales de compras, los centros de I+D, los centros de dirección, los centros de servicios administrativos (contabilidad, pedidos o facturación), los centros de posventa o atención a clientes (*call centers*), etc.

5. CUESTIONES QUE SE PLANTEAN EN LAS REESTRUCTURACIONES DE NEGOCIOS

Siguiendo el capítulo IX de las Directrices cabe distinguir dos grupos de cuestiones, las que surgen en el momento de la liquidación del modelo de negocio y las que se plantean posteriormente durante el desarrollo del negocio ya reestructurado.

En relación con la liquidación del modelo de negocio se plantean dos cuestiones. En primer lugar, la posible transferencia de activos por parte de la filial reestructurada y, en segundo lugar, la eventual indemnización por cancelación o renegociación del contrato.

Durante el ulterior desarrollo del negocio ya reestructurado las cuestiones objeto de atención versarán sobre la correcta retribución, en términos de precios de transferencia, de la actividad reestructurada; sobre la eventual participación de la filial en los ahorros de costes y sinergias obtenidos tras la reestructuración; sobre la posible aparición de un establecimiento permanente de la compañía principal extranjera beneficiada por la reestructuración y, finalmente, sobre el hipotético no reconocimiento de la operación (*disregard*) por parte de las autoridades fiscales.

Los siguientes apartados de este trabajo se ocuparán de los problemas expuestos.

5.1. Compensación por transferencia de activos

La liquidación del modelo de negocio puede poner de manifiesto una transferencia de activos, en consecuencia, de lo que se trata es de identificar y valorar los activos que puedan haber sido objeto de cesión tras la modificación estructural del negocio.

Tratándose de activos tangibles (equipos, existencias, etc.) la identificación de los mismos no presentará excesivas dificultades. Los problemas aparecerán, quizás, durante su valoración. Un supuesto habitual será el de la valoración de las existencias que un distribuidor reconvertido en agente tras-pasa a otra empresa del grupo cuando esta asume las funciones y riesgos de esa actividad.

Los activos intangibles presentan mayor dificultad, tanto para proceder a su identificación (marcas, derechos contractuales, dominios de Internet, acuerdos de no competencia...), como por su valoración.

La identificación es problemática pues, por lo general, muchos intangibles de comercialización y de producción habrán sido creados internamente y, por lo tanto, no estarán en el balance de la sociedad reestructurada que los cede.

Ante las dificultades de identificación cabe preguntarse sobre la necesidad real de proceder a una identificación individualizada de los intangibles afectados o si, por el contrario, es suficiente con constatar que existe una cesión de beneficios futuros por parte de la filial reconvertida en favor de otra filial del grupo, lo cual podría suponer la cesión de un fondo de comercio (*goodwill*) sin necesidad de mayor precisión o detalle.

La OCDE se muestra firmemente partidaria de la identificación de los activos cedidos y entiende que la cesión de beneficios futuros a otra sociedad del grupo no es prueba suficiente de la transmisión de un elemento de valor y que, a lo sumo, dicha cesión de beneficios podrá ser un indicio de la eventual transmisión.

Sin embargo, la normativa alemana (en vigor desde 2007) que, por ahora, es la única que regula específicamente la problemática de las reestructuraciones empresariales, adopta un punto de vista diametralmente opuesto al propugnado por la OCDE. De acuerdo con dicha normativa se considera prescindible la identificación exacta de los activos transferidos. Existirá tributación en concepto de cesión de un activo intangible si concurren dos circunstancias: la primera que tenga lugar una transferencia de funciones de una empresa establecida hacia otra no establecida y la segunda que dicha transferencia de funciones lleve aparejada una reducción de beneficios en sede de la entidad alemana y un simultáneo aumento de beneficios en la sociedad extranjera.

Veamos un ejemplo: Sea una sociedad alemana que exporta parte de su producción a Estados Unidos. Puede llegar un momento en que considere que le resulta más eficiente crear una filial en dicho mercado que se ocupe de la venta y distribución. Resultará, pues, que la sociedad alemana estará cedien-

do a su filial norteamericana las funciones de comercialización en ese mercado. La filial obtendrá un retorno como consecuencia de esas funciones y, puesto que la sociedad alemana deja de ocuparse de ellas, verá reducido su beneficio en la parte correspondiente al margen de comercialización que cede a su filial. Pues bien, la norma alemana asume que, en situaciones como la descrita, la transferencia de esa función en cuanto que va acompañada de una potencialidad de obtener beneficios supone la transmisión de algo más que una simple función, se transmite en realidad un paquete formado por la función más un intangible (conocido como *transfer package*), que debe ser objeto de valoración y gravamen.

El valor mínimo de ese activo es la capitalización de los beneficios potenciales cedidos por la sociedad alemana y el valor máximo es la capitalización de los sobrebeneficios obtenidos por la sociedad extranjera. En caso de conflicto la administración alemana puede tomar el valor medio de ese rango. Debido a la incertidumbre en la valoración la norma establece un plazo de 10 años durante el cual se procederá a corregir los cálculos iniciales sustituyendo las proyecciones utilizadas en la valoración por los datos reales.

La norma alemana se aplica con independencia de los motivos económicos válidos o no de la reestructuración.

El legislador alemán ha establecido cláusulas de no aplicación. Así no se gravará intangible alguno si el contribuyente demuestra que no se ha transmitido ningún activo de valor junto con la función o si el contribuyente es capaz de identificar todos los activos verdaderamente transmitidos y demostrar que tienen un valor inferior al que resulta de la aplicación de la norma.

Así, en el ejemplo expuesto, las autoridades alemanas siempre podrían alegar que la filial americana se ha beneficiado de una lista de clientes, de un canal de distribución o de otro tipo de intangibles comerciales creados por la entidad alemana y cedidos posteriormente a la filial. Por tanto, la única alternativa de la entidad alemana para evitar la aplicación de la norma será proceder a la identificación exhaustiva de los activos transmitidos y a su valoración.

En cualquier caso, volviendo a lo dispuesto en el capítulo IX de las Directrices, los activos deben ser identificados, y no bastará la pérdida de beneficios potenciales para considerar realizada tal identificación. Sin embargo, en ocasiones será tan difícil identificar el activo como identificar la propia transmisión y esto es así por dos razones, la primera porque, como ya se ha indicado, se tratará, normalmente, de activos intangibles que no aparecen contabilizados, pero la segunda, y más importante, es que, además, los negocios jurídicos que instrumentan estas operaciones de reestructuración no son, normalmente, negocios traslativos de la propiedad (compraventas, permutas, fusiones, cesiones de ramas de actividad...), sino que se trata de modificaciones o novaciones en contratos de distribución mercantil, de ejecución de obra, de cesión de tecnología, etc., por lo que la transmisión del activo será una consecuencia implícita de la ejecución de dichos contratos, pero no formará parte de su contenido típico.

Pongamos un ejemplo. Un distribuidor que es reconvertido a simple agente que actuará por cuenta y en nombre de su principal, puede estar cediendo todo su inventario de existencias al principal por cuenta de quien van a realizarse las futuras ventas y el contrato puede no estar haciendo referencia a esta circunstancia, como tampoco hará referencia a los hipotéticos intangibles de comer-

cialización creados por el distribuidor, tales como canales de distribución, relaciones con clientes, derechos contractuales y pedidos... y, sin embargo, dichos intangibles van a pasar a beneficiar al principal que es quien asume la función de ventas.

El ejemplo anterior pone de relieve la importancia de los intangibles locales creados por el operador reestructurado durante el ejercicio de su actividad. Se trata de activos tales como canales de distribución, listas de clientes, procesos de fabricación, derechos contractuales, marcas locales, bases de datos, dominios de Internet, equipos humanos, conocimientos industriales o comerciales... La primera reflexión es que si estos activos se han cedido, la filial debe ser compensada por ello, pero si no se han transmitido y permanecen en sede de la filial reconvertida, esos activos formarán parte de la actividad que sigue desarrollando la filial y ello deberá ser tenido en cuenta al evaluar la suficiencia con que el grupo retribuye a su filial por la actividad remanente.

Así por ejemplo, sea el caso de un distribuidor-promotor que ha desarrollado una red de concesionarios oficiales. Si ese distribuidor es reconvertido en comisionista del principal y este se subroga en los contratos de concesión es claro que el principal está adquiriendo la red de ventas y deberá compensar al antiguo distribuidor por ello. Si no ocurre así, resultará que el comisionista está ofreciendo al principal sus servicios de intermediación, pero también el uso de una red de ventas que le sigue perteneciendo, razón por la cual su retribución ha de ser superior a la de un mero comisionista sin riesgo, pues además de intermediar las operaciones del principal le está cediendo el uso de un intangible valioso.

Puede suceder que en lugar de un activo lo que se transfiera sea una actividad o negocio en funcionamiento. En estos casos la valoración del todo puede ser superior a la suma de las partes, por lo que en este caso las Directrices consideran justificable la existencia de un fondo de comercio transmitido conjuntamente con la actividad.

Tal podría ser el caso de un fabricante bajo licencia que pasa a ser un mero ensamblador, ello puede suponer que transmite equipos, líneas de montaje, pero también *know-how*, desarrollo industrial e incluso acuerdos de suministro con proveedores, contratos con clientes, etc.

Otro ejemplo sería el de una filial que ejerciendo una actividad de fabricación y distribución es reestructurada cediendo la actividad de distribución a otra parte del grupo.

En este tipo de operaciones surge el problema de situar el punto de corte temporal en el caso hipotético en que se hayan realizado diferentes transmisiones sucesivas de activos aislados que de haberse agrupado en una operación de tracto único habrían supuesto la transmisión de un negocio en marcha. Las Directrices no dicen nada al respecto, pero las autoridades fiscales podrían plantearse agrupar los efectos de dichas transmisiones sucesivas a fin de considerar que lo transmitido ha sido un negocio completo que incorpora un fondo de comercio.

Otra cuestión que plantean las Directrices se refiere a la incertidumbre en la valoración de activos intangibles. Se trata de dilucidar si, en el caso concreto que se analiza, partes independientes hubieran establecido cláusulas de revisión del precio en función de la evolución de parámetros futuros. En caso afirmativo, la Administración podría regularizar aplicando los efectos equivalentes a la existencia de

las mismas. Señalan las Directrices a este respecto que la existencia de incertidumbre valorativa es una condición necesaria, pero no suficiente de las cláusulas de ajuste de precios y que lo esencial es analizar, a partir de comparables lo suficientemente ajustados a la operación, qué hubieran hecho partes independientes en esa misma situación. Dicho de otro modo, la manera autorizada por la OCDE de abordar la cuestión es a través de la comparabilidad (empresas similares en ambientes similares), pero en ningún modo se acepta un puro y simple cálculo *ex post* por parte de las autoridades fiscales.

5.2. Indemnización a la entidad reestructurada

De lo que se trata en este punto es de dilucidar si, como consecuencia de la modificación sustancial de los acuerdos contractuales, partes independientes hubieran acordado una indemnización a favor del operador que ve menoscabadas sus expectativas empresariales.

El primer análisis consistirá en identificar a las entidades afectadas, tanto positiva como negativamente, por la reestructuración. Después, deberá determinarse si, en condiciones de independencia, la sociedad perjudicada exigiría ser indemnizada y si la sociedad beneficiada aceptaría dicha pretensión.

El enfoque principal propuesto por las Directrices en relación con esta cuestión es el que, partiendo del principio de libre competencia, pretende establecer qué hubieran hecho empresas independientes en esa misma situación, sirviéndose para ello de un análisis de comparabilidad.

Ahora bien, en no pocas ocasiones, será prácticamente imposible encontrar comparables, razón por la cual las Directrices proponen un enfoque alternativo que consiste en aplicar un razonamiento deductivo para determinar qué hubieran hecho partes independientes. Tal manera de proceder tiene una fuerte dosis de subjetividad y especulación. A fin de limitar, en lo posible, este inconveniente las Directrices proponen circunscribir la reflexión sobre un número limitado de cuestiones que se juzgan relevantes y que son las siguientes:

1. Los pactos contractuales establecidos por las partes.
2. La ley mercantil y la jurisprudencia aplicable al caso.
3. Las alternativas posibles y realistas a disposición de las partes.
4. La eventual transacción entre beneficio y seguridad.

En definitiva, los puntos primero y segundo proponen realizar un análisis legal de la cuestión, con lo que se mantiene cierta objetividad en el análisis, mientras que los puntos tercero y cuarto tienen un carácter más especulativo, por lo que parece que su función debiera ser la de reforzar las conclusiones alcanzadas a partir del análisis legal de la cuestión.

El primer aspecto a considerar es el de las estipulaciones contractuales establecidas por las partes en relación con la novación, modificación o extinción del contrato. En definitiva se trata de estudiar las cláusulas contractuales de salida, en el bien entendido que tales pactos pueden ser expresos o tácitos.

Habrà de estarse, ante todo, a lo que las partes pactaron por escrito en relación con el plazo de preaviso, el daño emergente, el lucro cesante y las causas de terminación anticipada del contrato.

La duración del contrato es un aspecto sumamente relevante en relación con las consecuencias que se derivan de la liquidación del mismo. Debería poder deducirse de las estipulaciones contractuales (expresas o tácitas) si el contrato rescindido como consecuencia de la reestructuración implicaba una vinculación de larga duración entre las partes o, por el contrario, se trataba de un acuerdo de carácter contingente, flexible y de libre rescisión. En el primer caso es de esperar que la parte que cede activos, riesgos o funciones hubiera realizado gastos o inversiones pensando en su rentabilidad a largo plazo, rentabilidad que se verá frustrada como consecuencia de la alteración del contrato. Es fácil proponer ejemplos tales como el del fabricante con inversiones apenas amortizadas en el momento de la reconversión o el distribuidor que ha realizado campañas de publicidad con proyección plurianual. Comportamientos de este tipo son indicativos de que el acuerdo que vinculaba a las partes con anterioridad a la reestructuración era un acuerdo a largo plazo y ello incluso a pesar de que la literalidad del contrato pudiera decir otra cosa.

Para deducir lo que las partes efectivamente pactaron en relación con la duración del contrato puede ser interesante acudir al análisis y estudio de las siguientes cuestiones:

- Los gastos que durante la vida del contrato han sido efectivamente asumidos por cada una de las partes.
- La conducta efectivamente seguida por las partes en relación con las renovaciones anteriores del contrato (expresas o tácitas) y con las seguidas en relación con contratos similares con terceros independientes.
- El objeto y naturaleza del contrato en cuestión. Así, por ejemplo, un contrato de comisión tiene una vocación hacia el corto plazo, mientras que un contrato de agencia supone un vínculo más permanente.

También señalan las Directrices que deberá atenderse, muy especialmente, a la legislación y jurisprudencia del país de residencia de la filial menoscabada por la reconversión. Así, por ejemplo, la Ley del Contrato de Agencia española contempla el derecho a la indemnización por clientela en el caso de rescisión del contrato de agencia y la jurisprudencia, en ocasiones, ha hecho extensivo ese derecho al contrato de distribución comercial (Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2008).

También existe, en el caso español, jurisprudencia en relación con la figura del enriquecimiento injusto o enriquecimiento sin causa en supuestos de terminación anormal de contratos en los que se ha apreciado la existencia de un fondo de comercio o una clientela creada por la entidad perjudicada por la rescisión (por ejemplo Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 2004 y de 27 de octubre de 2004).

Proponen, a continuación, las Directrices el examen de las alternativas realistas a disposición de las partes si estas hubieran actuado como entidades independientes. Evidentemente este aspecto del análisis es altamente especulativo, pero puede servir para poner en claro algún aspecto controvertido.

Así, se tiende a considerar que, en condiciones de independencia, la cifra de referencia para la hipotética indemnización serían las pérdidas potenciales en que incurre el operador que ve frustradas sus expectativas empresariales, pero esto no tiene por qué ser así necesariamente, pues la indemnización que una parte está en condiciones de exigir y la otra en condiciones de aceptar se relacionan mucho más con los costes de las respectivas alternativas que con las pérdidas de beneficios potenciales.

Así, en el supuesto de conversión de operador, la alternativa que se le plantea al principal es la de buscar otro operador que quiera aceptar las condiciones rechazadas por el anterior. Estos costes de transición a un nuevo operador serán mayores cuanto más completas y valiosas fueran las funciones del anterior operador y cuantos más intangibles valiosos hubiera creado. Pensemos, por ejemplo, en un distribuidor con una eficiente red de ventas o en un fabricante con importantes conocimientos sobre procesos y desarrollos industriales. En cualquier caso, el principal nunca estaría dispuesto a pagar una indemnización superior a los costes de transición.

El último aspecto a considerar es la posible transacción que pueda producirse entre rentabilidad y certidumbre. Es decir, en situaciones de independencia un operador podría estar dispuesto a obtener un beneficio menor si ese beneficio es más estable en el tiempo. Las Directrices proponen estudiar los rangos históricos de beneficios obtenidos por la filial, cuanto mayor sea el rango mayor será la volatilidad y la incertidumbre en que se desenvuelve la actividad de la filial. Si esos rangos históricos son una buena proyección del futuro deberán compararse con la nueva rentabilidad que se le propone a la filial y el grado de certidumbre o incertidumbre con que operará en el futuro. Sin embargo, es posible que los beneficios pasados no sean una buena estimación del futuro por la aparición de expectativas distintas (por ejemplo nuevos competidores, saturación del mercado...), en tal caso estas expectativas deberán incluirse en el análisis.

En otro orden de cosas, hay que señalar que las Directrices no realizan un tratamiento diferenciado de los costes directos que la reestructuración supone para la filial menoscabada. Nos referimos a los costes por rescisión de contratos laborales, depreciación de activos, asesoría externa en el proceso de cierre de plantas, etc. Las Directrices se limitan a realizar una mención genérica de dichos costes en el párrafo 9.100, vinculándolos, exclusivamente, a la cuestión de la posible indemnización a percibir por la entidad reestructurada. Sin embargo, tales costes pueden ser fácilmente percibidos por las autoridades fiscales como costes cuya asunción no ha sido decidida por la filial, sino que se trata de costes impuestos, y que, además, no redundan en beneficio de la filial sino de otra parte del grupo. Por todo ello, es perfectamente posible que las autoridades fiscales se cuestionen la deducibilidad fiscal en sede de su filial de los costes soportados por esta como consecuencia del cambio impuesto en el modelo de negocio.

Tal como se ha indicado en párrafos anteriores, la posible indemnización no estaría necesariamente vinculada a las efectivas pérdidas de la filial (incluyendo los costes directos de reestructuración), sino al coste de las alternativas realistas al alcance de ambas partes. Por tanto, es perfectamente posible que en condiciones de independencia no se pactara ninguna indemnización para compensar a la filial por estos costes, razón por la cual, la aproximación a este tema a partir de un hipotético derecho a ser indemnizado, derivará, en la mayoría de las ocasiones, en el no resarcimiento de la filial por los costes de reconversión que le afectan.

Parece claro que en un contexto de precios de transferencia y grupos multinacionales el tema debe abordarse desde el enfoque de la correcta imputación de gastos entre las sociedades del grupo, de tal manera que si bien el gasto podría ser imputable inicialmente a la filial afectada negativamente por la reconversión, también sería pertinente plantearse si esta filial no debería refacturar dichos gastos hacia aquellas sociedades del grupo que más claramente se estuvieran beneficiando de la reestructuración o bien hacia aquella sociedad del grupo (por ejemplo una sede regional) que tomó la decisión estratégica de reestructurar el negocio.

El capítulo VII de las Directrices está dedicado a los servicios intragrupo y el capítulo VIII a los acuerdos de reparto de costes. De estos capítulos podría extraerse por analogía alguna regla o principio aplicable a la cuestión de los costes de reestructuración.

El párrafo 7.6 del capítulo VII establece un criterio para determinar si una filial del grupo estaría dispuesta a pagar por el servicio recibido de otra sociedad del grupo. Exige que se cumplan dos condiciones:

- a) Que la actividad suponga un interés económico o comercial para el miembro del grupo que refuerza su posición comercial.
- b) Que, en circunstancias comparables, una empresa independiente hubiera estado dispuesta a pagar a otra empresa independiente por esos servicios.

La decisión a adoptar dependerá de cada caso concreto y de lo fácil y evidente que sea identificar a las partes beneficiadas por el proceso y de la posibilidad de aplicar analógicamente las reglas previstas para los servicios intragrupo.

Por otro lado, el sentido último del capítulo IX de las Directrices y del Informe sobre reestructuraciones empresariales es determinar cómo se redistribuye el riesgo entre las sociedades del grupo. El criterio básico de las Directrices en este punto es que el riesgo lo asume aquella parte del grupo que tiene el control sobre el mismo y, en este contexto, control es la capacidad de tomar las decisiones sobre su asunción y sobre su forma de gestión (párrafos 1.49 y 9.23 entre otros).

La consecuencia de la atribución del riesgo a una parte del grupo es que dicha parte deberá soportar los costes y beneficios asociados al mismo (párrafo 9.39). Llevando este argumento a sus últimas consecuencias, los costes de cierre de una planta industrial, por ejemplo, deberían ser imputados a quien tomó la decisión que, normalmente, será un centro regional del grupo. No sería acorde a las Directrices que asumiera las consecuencias de un riesgo alguien a quien no le ha sido transferido ese riesgo.

En el ámbito interno debe hacerse referencia a la reiterada doctrina de la Dirección General de Tributos en relación a que los gastos solo adquirirán la condición de gastos fiscalmente deducibles cuando, entre otros requisitos, estén correlacionados con la obtención de ingresos. Así, por ejemplo, consultas tan recientes como la V0119/2011 (NFC040230) establecen los siguientes requisitos: «... únicamente tendrán la consideración de gastos fiscalmente deducibles a efectos del impuesto, aquellos gastos contables que correspondan a operaciones reales, estén correlacionados con la obtención de ingresos, estén debidamente contabilizados, hayan sido imputados temporalmente con arreglo al devengo y estén debi-

damente justificados con arreglo a lo dispuesto en el artículo 106 de la LGT» y «que no tengan la consideración de gastos fiscalmente no deducibles con arreglo a lo dispuesto en el artículo 14 del TRLIS.»

5.3. Aplicación de precios de transferencia a la actividad reestructurada

Es de esperar que las autoridades fiscales afectadas negativamente por los procesos de reconversión revisen minuciosamente las estructuras resultantes de los mismos. Parte de ese control administrativo se dirigirá a verificar la correcta retribución de la filial transformada en operador de bajo riesgo.

Los precios deben ser adecuados para retribuir las funciones que efectivamente se siguen realizando por la filial, pero también deben ser acordes a los activos intangibles que permanecen en poder de la filial. En efecto, si la filial continúa en poder de intangibles locales relevantes (intangibles de comercialización o de fabricación), estos deberán tenerse en cuenta en el análisis funcional previo a la determinación de los precios de plena competencia. Tal sería el caso, por ejemplo, del distribuidor local que desarrolló intangibles locales como por ejemplo relaciones con los clientes o canales de distribución y que tras su reconversión a comisionista no los ha transmitido a su principal. Pues bien, si los comparables utilizados para establecer la retribución de mercado de tal comisionista fueran simples intermediarios de comercio sin intangibles propios, deberían realizarse los oportunos ajustes de comparabilidad.

Por otro lado, en cuanto a la rentabilidad esperada por la filial reconvertida, esta debe ser congruente con el carácter limitado de su actividad y con la fase del ciclo económico en que se encuentra el negocio. Dicho de otro modo, si lo esperable es que un operador limitado perciba un beneficio también limitado durante la fase expansiva del ciclo, también es esperable que sus pérdidas sean limitadas en las fases recesivas.

Se pueden plantear problemas respecto del punto de corte entre las nuevas y las antiguas funciones. Normalmente el operador reconvertido que ha transferido riesgos y funciones a otra entidad del grupo seguirá asumiendo durante un periodo transitorio los riesgos de las operaciones en curso al tiempo de la reconversión. Por ese motivo, en el análisis funcional a realizar tras la reestructuración deberá tenerse en cuenta que esa filial asume los riesgos propios de la nueva actividad, pero también sigue asumiendo, temporalmente, riesgos adicionales. Esto debe tener su reflejo en la retribución estipulada y, por tanto, lo esperable tras una reestructuración no es una caída brusca de la rentabilidad de la filial, sino un descenso suave hacia una cota de menor rentabilidad.

En cuanto a los aspectos formales o procedimentales de los precios de transferencia, las reestructuraciones implican cambios en la actividad de las empresas del grupo, lo que afectará, necesariamente, a la documentación de precios de transferencia, a los comparables utilizados y, probablemente, a los métodos aplicables para determinar los precios de las operaciones vinculadas.

En relación con los métodos puede ocurrir que, como consecuencia de la reestructuración, deba procederse a la modificación de la metodología empleada por la filial para el cálculo de los precios de plena competencia. Así por ejemplo un distribuidor funcionalmente completo podría venir aplicando el método del margen neto, pero una vez reconvertido en prestador de servicios o comisionista podría ser más adecuado el método del coste incrementado o el de precio de reventa. En general

se considera que el método del coste incrementado o *cost plus* es más acorde a un entorno de bajo riesgo, en la medida en que garantiza un cierto nivel de beneficio al operador y le mantiene protegido respecto del riesgo de mercado. También deberían ser objeto de atención los métodos de reparto de beneficios (*profit split*), en la medida en que fuera posible consolidar el beneficio de la entidad reconvertida y el de la entidad que ha asumido las funciones, riesgos y activos de la anterior y resultara viable imputar dicho beneficio a partir de las funciones y activos de cada parte.

Plantean las Directrices que, dado el creciente avance de las operaciones de externalización entre partes independientes (*outsourcing*), será posible, en algunos casos, encontrar operaciones que sirvan como base para la utilización del método del precio libre comparable (*Uncontrolled Price Method*).

Por último, no sería metodológicamente correcto partir de los precios aplicados por las partes vinculadas en las operaciones pre-reestructuración para ajustarlos en la forma necesaria a fin de que reflejen la transferencia de funciones, activos y riesgos y determinar así unos nuevos precios aplicables a la etapa post-reestructuración. La metodología OCDE no permite la comparación entre unas operaciones vinculadas y otras también vinculadas. Para la OCDE la comparabilidad, por definición, lo es con empresas independientes.

Respecto a los comparables, es muy probable que un cambio significativo en la actividad de una empresa lleve aparejada la revisión y actualización de las compañías independientes utilizadas como comparables en los estudios de comparabilidad.

También señalan las Directrices que, a efectos de búsqueda de los comparables, es importante trascender a la calificación dada por las partes a la actividad realizada. Lo determinante ha de ser el análisis funcional y los activos en poder de cada parte. Si para la selección de comparables se atendiera exclusivamente a la terminología interna del grupo podrían cometerse errores de selección de comparables. Así, por ejemplo, las partes pueden calificar a la filial reconvertida como maquilador o fabricante bajo contrato, pero puede resultar que, en la práctica, esa filial esté realizando algunas funciones significativas de diseño, posea conocimientos industriales valiosos o lleve a cabo ciertas funciones estratégicas. La filial menoscabada puede seguir realizando funciones importantes que añaden valor o tener y desarrollar activos intangibles importantes que no se encuentren en los comparables si para su selección solo se atendió a la calificación dada por las partes, hay que trascender, pues, a esa calificación. Deberán realizarse los ajustes pertinentes (por ejemplo, eliminando los valores inferiores del rango de comparables).

También es revisable, desde la perspectiva de las Directrices sobre precios de transferencia la estructura de costes. Así, la filial distribuidora reconvertida a operador de menor riesgo no debería colaborar en el coste de la publicidad estratégica del grupo (mantenimiento de marca) o el fabricante de bajo riesgo no debería pagar cánones por el uso de I+D, colaborar en costes de investigación o soportar el riesgo de garantía.

5.4. Participación en los ahorros de costes y sinergias de la reestructuración

A continuación las Directrices abordan la cuestión de si deben repartirse los ahorros de costes de localización o las sinergias obtenidas gracias a la reestructuración. Evidentemente se trata de una

cuestión compleja y controvertida sobre la que la OCDE plantea algunas orientaciones generales, sin llegar a concretar una directriz clara al respecto. Sin embargo, el mero hecho de que la cuestión haya llegado a plantearse en ese foro ya es ciertamente importante y novedoso.

Los temas a resolver son dos: quién debe imputarse las economías de costes de localización y las sinergias obtenidas en la reestructuración y, en caso afirmativo, por qué medio deben ser imputadas.

La respuesta a la segunda pregunta es evidente a la vista del contexto. Esos ahorros y sinergias se imputarán, en su caso, por medio de una política de precios de transferencia adecuada a tal fin.

Respecto a la primera cuestión, distinguimos entre ahorros de costes por localización de la actividad y sinergias por centralización de funciones. En ambos casos, el capítulo IX se expresa mediante ejemplos y no mediante principios generales lo cual da idea de la dificultad de llegar a consensos en esta materia.

Se proponen varios ejemplos referidos a ahorros de costes (deslocalización de actividades hacia emplazamientos con costes menores en mano de obra, energía, logísticos, etc.). El criterio que parece deducirse es que la filial deberá beneficiarse de los ahorros de costes si dicha filial, en condiciones de independencia, hubiera tenido la opción de haber exteriorizado su actividad ella misma como medida de gestión de su propia actividad pudiendo, de tal modo, haberse beneficiado de ahorros de localización.

Esto significa que será esencial la posición de la filial dentro de la cadena de valor del grupo. Así un ensamblador o maquilador de bajo riesgo con escasas funciones y activos no podrían aspirar, en condiciones de independencia, a negociar participación alguna en los ahorros de la deslocalización, pues, en condiciones de independencia, no podría deslocalizar su actividad por sí mismo. Una situación distinta sería la de un fabricante o distribuidor local con intangibles y funciones relevantes. En condiciones de independencia podría haber optado él mismo por deslocalizar parte de su actividad y atribuirse en consecuencia los ahorros logrados. Por este motivo, en un contexto de vinculación, esta posibilidad debería ser tenida en cuenta a efectos de hacer partícipe a dicho operador de los ahorros de localización.

Respecto de las sinergias por centralización de funciones el punto de vista de la OCDE se explica por medio de un ejemplo consistente en una central de compras que agrupa la función de compras de todas las filiales, obteniendo un significativo ahorro en el coste de los aprovisionamientos. ¿Debe dicho ahorro remansarse en sede de la central de compras? ¿Pueden las filiales beneficiarse del ahorro conseguido?

Las Directrices parecen concluir que si se realiza un análisis funcional correcto de la actividad de la central de compras y se aplica el método de determinación del precio de libre competencia apropiado a dicho análisis, se estará realizando una asignación correcta de las sinergias.

Es decir, si la política de precios de transferencia se limitase a aplicar un método de precio libre comparable, el precio de reventa de las compras de la filial podría ser perfectamente el mismo al que

las filiales se aprovisionaban con anterioridad a la creación de la central de compras, pues tal precio ya era un precio de mercado adecuado a la fase en que actuaba la filial. Con este criterio pura y simplemente se está atribuyendo todo el ahorro de costes a la central de compras, con independencia de las funciones efectivamente realizadas por dicha central de compras. Sin embargo, si la central de compras es retribuida en base a un coste incrementado formado por el nuevo coste de aprovisionamiento más un margen bruto de mercado que retribuya a la central de compras por las funciones y riesgos realmente asumidos es posible que parte de las sinergias se traspasen a las filiales. Esta metodología sería mucho más adecuada, porque atribuir todas las reducciones de costes a la central de compras equivaldría, muy probablemente, a retribuir las funciones de la central por encima de su valor de mercado.

La conclusión, en ambos casos, es que la comprensión de las razones económicas de la reestructuración y un correcto examen de funciones, riesgos y activos son esenciales.

5.5. Problemática del establecimiento permanente

Las Directrices no se ocupan de la cuestión del eventual establecimiento permanente que pudiera aparecer tras la reestructuración empresarial. Tampoco lo hizo en su día el Informe sobre reestructuraciones y precios de transferencia.

Es ciertamente criticable que las Directrices no aborden este tema, dado que no haciéndolo quedan incompletas en un punto esencial, pero es que, además, la cuestión del establecimiento permanente formaba parte expresa del mandato que el Comité de asuntos fiscales de la OCDE dirigió el 20 de octubre de 2006 al Grupo de Trabajo encargado de elaborar el repetido Informe (documento disponible en www.oecd.org). Se establecían en el mandato tres grupos de problemas que debían ser abordados en dicho Informe y eran los siguientes:

1. Identificación de operaciones concretas que pueden tener lugar en el marco de operaciones de reestructuración y la posibilidad de las administraciones tributarias de recalificar las mismas. Se incluyen aquí aquellas cuestiones relacionadas con transferencias de riesgos e intangibles.
2. Consecuencias de las normas sobre precios de transferencia en el caso de operaciones concretas no sujetas a recalificación.
3. Aspectos relativos a los establecimientos permanentes, en especial, en qué casos podrá considerarse que, a pesar del proceso de reestructuración, la compañía principal sigue implantada en el país de la fuente en forma de establecimiento permanente.

Sin embargo, el Informe finalmente publicado, así como después las Directrices, no contienen ninguna mención a este aspecto, remitiéndose (véase párrafo 9.7 del capítulo IX) a lo que sobre este tema se establezca en el Informe sobre atribución de beneficios a los establecimientos permanentes. Ahora bien, este último Informe no se ocupa propiamente de la cuestión del establecimiento permanente en el contexto de una reestructuración empresarial, pues se centra en los aspectos vinculados al artículo 7 del Modelo de convenio, esto es, la determinación del beneficio del establecimiento permanente.

Este juego de remisiones entre los diferentes grupos de trabajo invita a pensar que la cuestión no es en absoluto pacífica, pero, desde luego, las administraciones fiscales afectadas por la erosión de sus bases imponibles van a estar tentadas a considerar que la empresa beneficiada por la reestructuración debe tributar por medio de un establecimiento permanente, evitando de esta manera la deslocalización de rentas.

Existen dos configuraciones posibles del establecimiento permanente:

- a) El establecimiento permanente como «lugar fijo de negocios» (art. 5.1 del Modelo de convenio).
- b) El establecimiento permanente como «agente dependiente» de su principal (art. 5.5 del Modelo de convenio).

Por tanto, tras la reestructuración, podría surgir un establecimiento permanente en el Estado de la filial reconvertida por existir en ese Estado un lugar fijo de negocios o un agente dependiente de la compañía no residente. Además tales configuraciones no son mutuamente excluyentes.

También es importante lo establecido en el artículo 5.7 del Modelo de convenio en relación con las filiales:

«7. El hecho de que una sociedad residente de un Estado contratante controle o sea controlada por una sociedad residente del otro Estado contratante o que realice actividades empresariales en ese otro Estado (ya sea por medio de establecimiento permanente o de otra manera), no convierte por sí solo a cualquiera de estas sociedades en establecimiento permanente de la otra.»

La finalidad de este párrafo es evitar que la existencia de una filial de un no residente se constituya, sin más en un establecimiento permanente de este, o en una presunción de su existencia. Ahora bien, dicho precepto tampoco excluye esa posibilidad si del análisis del comportamiento de las partes se dedujera la existencia de un lugar fijo de negocios en la misma filial por medio del cual actúa la sociedad matriz o si se dedujera que la actividad de la filial es asimilable a la de un agente dependiente o si se dedujeran ambas cosas simultáneamente.

Por tanto, el párrafo 7 citado no excluye la posibilidad de que una filial se constituya en establecimiento permanente. Lo que no permite ese precepto es crear un *tertium genus* o una categoría nueva de establecimiento permanente. Esto es, la filial será un establecimiento permanente, bien por constituirse en el lugar de negocios del no residente (párrafos 1 a 4 del art. 5 del Modelo de convenio) o bien por ser un agente dependiente de este (párrafos 5 y 6 del mismo artículo).

De acuerdo con los Comentarios al artículo 5 del Modelo de convenio un «lugar fijo de negocios» exige tres elementos:

- Un «lugar», esto es, un espacio físico delimitado y geográficamente determinado a disposición del no residente.

- Una «fijeza» en el espacio, pero también en el tiempo. La actividad desarrollada debe tener un carácter permanente y no meramente temporal.
- A través de ese lugar debe realizarse una parte significativa y no auxiliar de la actividad del no residente, de su ciclo mercantil.

Hay una exigencia ciertamente rigurosa en esta conceptualización del establecimiento permanente, se trata de la disponibilidad de un espacio físico concreto, medible y determinado, y que, además, en ese preciso espacio se realice una parte significativa de la actividad del no residente. Tal rigor es problemático porque, por lo general, tras la reestructuración (pensemos en un distribuidor convertido en comisionista) el único local que el no residente tendrá a su disposición será un almacén logístico, un depósito aduanero o las instalaciones de un consignatario y las actividades realizadas en ese concreto local serán claramente auxiliares, básicamente labores de almacenamiento y preentrega. El no residente podrá disponer de un conjunto de colaboradores trabajando por su cuenta (incluida su filial), pero estos tendrán sus propios locales, razón por la cual la configuración de un establecimiento permanente por esta vía se torna incierta.

Es criticable que el concepto de establecimiento permanente (con más de 150 años de antigüedad) siga radicalmente anclado en conceptos físicos como los locales, instalaciones o almacenes, pues ellos se compadecen muy poco con una economía altamente inmaterial como la actual, con realidades como el comercio electrónico, la generación de riqueza por medio de intangibles, las tecnologías de Internet o el avance de las telecomunicaciones.

La figura del agente dependiente plantea menos dificultades, aunque la primera lectura del artículo 5.5 del Modelo de convenio parece configurar muy residualmente este concepto, pues exige, como presupuesto para la existencia de un establecimiento permanente, que el agente tenga poderes para contratar en nombre del no residente. Es decir, un concepto jurídico (poder de representación directa) actúa como presupuesto de hecho de la norma. Por tanto, la configuración del establecimiento permanente parece quedar al albur de las partes las cuales, con el simple recurso de no pactar dicho poder de representación al redactar el contrato de agencia, quedarían blindadas frente a un posible establecimiento permanente.

A priori no parece que el artículo 5.5 del Modelo de convenio deje mucho margen para la interpretación, pero los Comentarios han realizado una interpretación no literalista del precepto, estableciendo que lo relevante no es quien firme los contratos, sino que el agente ejerza la actividad de tal forma que implique y vincule al no residente (párrafo 32 de los Comentarios), lo cual, además puede presumirse (párrafo 32.1 de los Comentarios) en aquellas situaciones en que el no residente no participe activamente en la gestión de su negocio, corriendo dicha gestión activa por cuenta del agente, de tal manera que el principal quede de hecho vinculado por los actos del agente, sin posibilidades prácticas de contradecir los resultados de su actuación.

Se trataría, pues, de un agente (párrafo 34 de los Comentarios) que, aparte de realizar su propia actividad (su negocio, es decir, aquellas funciones respecto de las cuales asume el riesgo), realiza otra serie de funciones que forman parte de la actividad del principal, es decir, se refieren a riesgos asumidos por el principal.

Si esas actividades ejercidas por el agente, pero que son propias de la actividad del principal, suponen una parte sustancial del negocio de este último, aparecerá un establecimiento permanente.

Este es el caso contemplado por la Sentencia de la Audiencia Nacional de 24 de enero de 2008 (rec. núm. 894/2004, NFJ031824). Se trata, en el asunto enjuiciado, de un agente constituido tras un proceso de reestructuración, que, además de intermediar en la venta, sigue realizando activamente la promoción completa del producto. La promoción es una parte del negocio que, tras la reestructuración, ha sido asumida por el principal, pero que el agente gestiona activamente por cuenta de este a cambio de refacturar los costes incurridos más un margen que retribuye su gestión. Pues bien, así las cosas la Sentencia establece lo siguiente:

«... Por consiguiente, la calificación debe limitarse a aquellas personas que, a la vista de su poder de contratación, implican a la compañía no residente en el circuito empresarial del Estado de tributación. Se ha de valorar, pues, la capacidad de vinculación efectiva con terceros que para la empresa representada tiene la actuación de su agente.»

«... no cabe olvidar que dicho contrato también le obligaba a promocionar los productos [del no residente]... Esta tarea introduce un punto de mayor intensidad en las relaciones entre las dos compañías...»

A partir de lo anterior establece la sentencia que el no residente queda vinculado por la actividad de promoción realizada por su agente y resulta, además, que tal actividad no es un aspecto auxiliar, sino esencial, del negocio de distribución. Concluye la sentencia que el agente dependiente, en cuanto que gestiona activamente una parte relevante del negocio del no residente, se convierte en establecimiento permanente de su principal.

Como se ha indicado los Comentarios al artículo 5 del Modelo de convenio apuntan a la gestión activa por parte del agente del negocio de su principal como elemento configurador del establecimiento permanente. En un sentido muy parecido se expresa el Informe sobre atribución de beneficios a los establecimientos permanentes (2008). Dicho informe se ocupa de la asignación territorial de los riesgos, concluyendo que los riesgos se ubican allí donde se toman las decisiones humanas que suponen la gestión activa del riesgo.

La síntesis de esta cuestión podría ser la siguiente:

- 1.º Si se acepta que se ha tenido lugar una reestructuración en los términos del capítulo IX de las Directrices, se asume, también, que ha existido una reasignación de riesgos dentro del grupo, de tal modo que nos encontramos con un nuevo titular de riesgos relevantes y, ese nuevo titular es, además, un no establecido.
- 2.º Las Directrices proporcionan criterios para ubicar subjetivamente el riesgo. El titular del riesgo es aquella persona que puede tomar las decisiones de control sobre el mismo.
- 3.º Sin embargo, las Directrices no dicen nada sobre la ubicación territorial del riesgo. Piénsese que el cambio de titularidad subjetiva del riesgo no implica, necesariamente, un desplazamiento del lugar donde ese riesgo se asume.

- 4.º El Informe sobre atribución de beneficios a los establecimientos permanentes sí que se ocupa de la ubicación geográfica del riesgo, disponiendo que el riesgo se sitúa (geográficamente) allí donde se toman las decisiones humanas que suponen la gestión activa del riesgo transferido. En este punto, el Informe coincide con los Comentarios al artículo 5.5 del Modelo de convenio que se refieren al agente dependiente como aquel que gestiona activamente el negocio de su principal.
- 5.º Si estas circunstancias concurren en una filial del no residente, será esta filial la que se configure como agente dependiente y establecimiento permanente de la compañía principal.

El planteamiento de considerar que, en determinadas circunstancias, la filial reconvertida se convierte en agente dependiente de la sociedad principal es el que sigue la resolución judicial ya citada, Sentencia de la Audiencia Nacional de 24 de enero de 2008 (rec. núm. 894/2004, NFJ031824) y en el mismo sentido se manifiesta la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 25 de julio de 2007 (RG 5228/2002, NFJ026816).

5.6. No reconocimiento de la operación

La posibilidad de no reconocimiento de la operación por parte de las autoridades fiscales constituye la más radical oposición de estas a la configuración del negocio realizada por el contribuyente. Dividiremos el estudio de esta cuestión en los siguientes apartados:

- a) Naturaleza.
- b) Ámbito de aplicación.
- c) Problemas que plantea su aplicación.
- d) Cuestiones específicas en relación con la transferencia de riesgos.

a) Naturaleza

El principio de no reconocimiento de la operación (*disregard*) es un principio general de las Directrices de la OCDE en materia de precios de transferencia, por lo que su aplicación no se encuentra circunscrita a las operaciones de reestructuración empresarial (capítulo IX de las Directrices), sino que es aplicable a cualquier operación entre partes vinculadas, ubicándose la regulación general de tal principio en el capítulo I de las Directrices (párrafos 1.64 a 1.69 de la versión de 2010).

Respecto a la naturaleza jurídica del principio de no reconocimiento, no cabe entenderlo como una mera llamada o recordatorio del Convenio a los Estados para que apliquen sus normas internas antiabuso, sino que se trata de un mecanismo propio y exclusivo de la normativa bilateral y distinto a las normas antiabuso internas de los Estados.

A este respecto baste señalar que las propias Directrices dejan sentado (por ejemplo en el párrafo 9.8) que las normas nacionales antiabuso no son objeto de las mismas y en el mismo sentido se manifiestan los Comentarios al Modelo de convenio. Así, el párrafo 22.1 de los Comentarios al artículo 1 del Modelo de convenio establece que las normas antiabuso de los Estados miembros «son parte de las disposiciones fundamentales de la legislación nacional que determinan qué hechos dan lugar a una obligación tributaria; dichas reglas no están contempladas en los tratados fiscales y por lo tanto no se ven afectadas por ellos».

El principio de no reconocimiento se vincula exclusivamente a las normas sobre precios de transferencia, es una consecuencia jurídica prevista por el artículo 9.1 del Modelo de convenio para el caso en que se produzcan operaciones vinculadas para cuya correcta tributación no baste con un ajuste valorativo, sino que deban modificarse además otras condiciones de la operación. En efecto, el artículo 9.1 del Modelo de convenio establece lo siguiente:

«Cuando... dos empresas estén en sus relaciones comerciales o financieras, unidas por condiciones aceptadas o impuestas que difieran de las que serían acordadas por empresas independientes, las utilidades que habrían obtenido... podrán... someterse a imposición».

Dicho de otro modo, las administraciones fiscales podrán ignorar aquellas «condiciones impuestas», aunque dichas condiciones no hagan referencia al precio de la operación, sino a otros aspectos de la misma, e incluso podrán recalificar la operación o ignorarla completamente.

Desvincular el principio del no reconocimiento de las normas internas en materia de abuso del derecho tiene importantes consecuencias jurídicas. Así, por ejemplo, las consecuencias en el orden sancionador, e incluso penal, de aplicar la norma interna de los negocios simulados o el principio convencional de no reconocimiento a una misma operación serán radicalmente distintas. Otro tanto sucede con el principio de no reconocimiento y la figura del conflicto en aplicación de la norma (antiguo fraude de ley), obviamente el no reconocimiento no deberá ajustarse a los procedimientos formales del conflicto.

b) *Ámbito de aplicación*

El ámbito de aplicación del no reconocimiento son aquellas estructuras no de mercado cuya corrección no puede reconducirse a un mero ajuste valorativo. Se trata de negocios inusuales cuya única justificación es la vinculación entre las partes intervinientes.

El párrafo 1.64 de las Directrices aporta dos ejemplos de operaciones susceptibles de no reconocimiento. El primero es el caso de una empresa a quien, por sus circunstancias (por ejemplo sobreendeudamiento), ninguna parte independiente concedería un préstamo. Si, a pesar de ello, una empresa del grupo le otorga un préstamo, dicha operación pudiera ser no reconocida por las autoridades fiscales. El segundo ejemplo es el caso de un pago único a cambio de unos servicios futuros a prestar con carácter indefinido, se trata de una operación perfectamente insólita que podría no ser reconocida.

En cualquier caso el enfoque del no reconocimiento es absolutamente excepcional y solo puede funcionar como *ultima ratio* para reconducir situaciones que se encuentran fuera del principio de plena competencia.

c) Problemática para la aplicación del principio de no reconocimiento

La aplicación práctica del principio de no reconocimiento plantea varios problemas, señalamos dos de ellos. El primero se refiere a una cierta confusión en la regulación de dicho principio por parte de los Comentarios; el segundo problema consiste en articular la aplicación del principio de no reconocimiento cuando las normas internas en materia de precios de transferencia contemplan únicamente el ajuste valorativo.

Respecto al primer problema, sucede que las Directrices son ciertamente contradictorias en esta materia. Así, por ejemplo, el presupuesto de hecho para la aplicación del no reconocimiento es el carácter inusual del negocio, entendiéndose por tal el que no hubiera sido configurado así entre partes independientes. Pues bien, es difícil coherencia esta circunstancia con la declaración, que realizan las propias Directrices, en el sentido de que los grupos multinacionales tienen formas singulares y específicas de organizarse que no van a coincidir, necesariamente, con las que hubieran adoptado partes independientes (entre otros, los párrafos 1.11, 1.67 y 9.173 de las Directrices).

Para superar este dilema, parece conveniente que el presupuesto de hecho ponga el acento no tanto en el carácter vinculado de la operación, como en la sustancia económica de la misma. Es decir, deberían ser respetadas aquellas estructuras que a pesar de su carácter desacostumbrado o excepcional puedan demostrar que tienen una lógica económica y comercial dentro del modelo de negocio instaurado por el grupo.

El segundo problema se plantea en relación a si hay que entender la cláusula convencional del artículo 9.1 como una norma directamente aplicable por los Estados contratantes o como una simple autorización a esos Estados para que implementen una norma interna con el alcance previsto en el artículo 9.1, de tal manera que si los Estados no prevén en su norma doméstica más ajuste que el valorativo no sería aceptable la aplicación del no reconocimiento. Esta última es la posición que sostiene parte importante de la doctrina (VOGEL). Sin embargo, existen Sentencias recientes de la Audiencia Nacional de 21 de mayo de 2009 (rec. núm. 416/2005, NFJ034292) y de 21 de septiembre de 2009 (rec. núm. 210/2006, NFJ035825) que se inclinan claramente por la aplicación directa de la norma bilateral. En última instancia, la norma contable interna exige atender a la realidad económica de las operaciones, por lo que podría considerarse que es esta norma la que habilita a la administración tributaria para la aplicación de la doctrina del *disregard* prevista en el ámbito convencional.

d) Cuestiones específicas en relación con la transferencia de riesgos

Una reestructuración de negocios supone la transferencia de activos o funciones dentro de un grupo multinacional, lo cual, en último término, supondrá siempre la reasignación de riesgos entre las sociedades del grupo. Al fin y al cabo los riesgos, en general, derivan de la asunción de funciones o de la titularidad de activos. La esencia de una reestructuración de negocios es, pues, una nueva reubicación de los riesgos dentro del grupo.

Es por este motivo que, en el ámbito de las reestructuraciones empresariales, el principio de no reconocimiento estará estrechamente vinculado a la efectividad y a la lógica económica de ese nuevo reparto de riesgos entre las sociedades del grupo.

La primera parte del capítulo IX de las Directrices lleva por título «Consideraciones específicas en materia de riesgos» y contiene una serie de reglas cuyo objeto es analizar, comprender y validar la nueva reasignación de riesgos producida tras la reestructuración. Si la administración tributaria no acepta esa reasignación de riesgos deberá proponer las correcciones oportunas, ya sea en forma de ajuste valorativo o en forma de un no reconocimiento total o parcial de la operación.

La idea subyacente es que la reestructuración ha de suponer un efectivo y significativo traslado de riesgos entre las filiales del grupo y que el nuevo reparto de riesgos corresponda a una lógica de mercado, comparable, en lo posible, al que se hubiera acordado entre partes independientes, en caso contrario podría no quedar justificada una modificación relevante en los beneficios atribuidos a cada filial.

Podemos dividir el contenido de esta primera parte del capítulo IX de las Directrices en los siguientes apartados:

1. Metodología del análisis de la transferencia de riesgos.
2. Condiciones que deben cumplirse para entender que existe una efectiva transferencia de riesgos.
3. Sustancia económica de la transferencia del riesgo.
4. Relevancia económica del riesgo transferido.
5. Consecuencias de la atribución de riesgos.

1. Metodología del análisis de la transferencia de riesgos.

En cuanto a la metodología a seguir las Directrices apuntan al análisis contractual de la reorganización, complementado con el análisis de la conducta efectivamente seguida por las partes.

2. Condiciones que deben cumplirse para entender que existe una efectiva transferencia de riesgos.

Transferir un riesgo empresarial no supone necesariamente transferir las decisiones de gestión activa de dicho riesgo. La idea esencial es la de control. La transferencia del riesgo supone, ante todo, transferir el control sobre el mismo, este control supone estar en condiciones de tomar las decisiones en torno a quién gestiona el riesgo y cómo se gestiona. Por ejemplo, decidir si se va a gestionar interna y activamente por quien asume el riesgo o si se gestionará externa y pasivamente, esto es, encomendando su gestión a un tercero. Así, por ejemplo, en el caso del contrato de agencia muchos de los riesgos que asume y controla el principal pueden ser gestionados activamente por su agente, pero si el principal es quien, en última instancia puede decidir si la gestión activa la realiza el agente o él mismo u otro agente, cabe entender que mantiene el control del riesgo transferido, es decir, el riesgo seguirá situado en sede del principal a pesar de que no lo gestione activamente.

3. Sustancia económica de la transferencia del riesgo.

Si la transferencia del riesgo supone el control sobre el mismo, la parte que asume dicho riesgo ha de tener medios humanos y materiales para llevar a cabo dicho control, de lo contrario podría dudarse de la consistencia económica de la reestructuración.

Por idénticos motivos, la parte que asume el riesgo ha de contar con medios para la cobertura del mismo o con una estructura de fondos propios coherente con los riesgos asumidos (es lo que se conoce en las Directrices como capacidad financiera para asumir el riesgo). Siguiendo con el ejemplo del contrato de agencia, el principal asumirá, en general, los riesgos de insolvencia y de inventario, esto significa que los fondos propios de ese principal, tras la reestructuración, han de ser coherentes con esa situación.

Otro ejemplo, cuando se transmiten intangibles o actividades con elevados fondos de comercio, las entidades que los asumen deben tener fondos propios suficientes para financiarlos, pues no tendría excesiva lógica económica que la contrapartida en el balance de un intangible o un fondo de comercio fuera financiación ajena.

4. Relevancia económica del riesgo transferido.

El riesgo ha de ser significativo desde el punto de vista económico, ha de estar vinculado a un aspecto relevante de la cadena de valor del negocio. En caso contrario no se justificaría una reasignación importante de beneficios entre las sociedades del grupo.

5. Consecuencias de la atribución de riesgos.

Aceptada la nueva distribución del riesgo, las consecuencias son las siguientes:

- La parte a quien se transmite el riesgo debe soportar los costes de gestión y cobertura del mismo.
- La parte que asume el riesgo debe soportar los costes de materialización del riesgo.
- La parte que soporta el riesgo debe recibir una compensación en forma de mayor retorno (o mayores pérdidas).

Para la filial que cede el riesgo las consecuencias son exactamente las opuestas.

Si las autoridades fiscales no aceptasen la nueva distribución del riesgo, deberían corregir los efectos fiscales de esa reasignación ya sea por vía de ajustes valorativos o, con carácter excepcional, modificando, a efectos fiscales, la reasignación de riesgos pactada.