

ACCIONES 8, 9, 10. ALINEANDO RESULTADOS DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA Y GENERACIÓN DE VALOR

1. ANTECEDENTES

En un inicio, cuando se definió el proyecto BEPS en la OCDE se consideró que el principal objetivo era garantizar que se iba a tributar allí donde se generase valor. Alrededor de este principio se han ido construyendo las diferentes Acciones de BEPS.

La OCDE reconoció que en el pasado los problemas de fiscalidad de las operaciones transnacionales se habían abordado desde la perspectiva de los Convenios para Evitar la Doble imposición y desde los precios de transferencia. Se dejaron de lado las normativas internas. La conclusión a la que se llegó desde el principio era que sólo se podía conseguir el objetivo marcado mediante recomendaciones complementarias en las tres áreas.

Todas las modificaciones planteadas son importantes y necesarias para llegar a ese objetivo, pero son de especial relevancia las indicadas en relación con los precios de transferencia. Hay una apuesta por la determinación del valor para considerar la aportación que cada parte hace al total de la actividad de un grupo y a partir de ahí se fijará su tributación.

Por este motivo, las tres acciones que ahora se plantean son la espina dorsal del proyecto BEPS: no pueden conseguir el objetivo marcado ellas solas, pero son la condición necesaria para la correcta implementación de todo el proyecto.

En un primer momento, la principal cuestión que se planteó fue la aparente crisis del principio de “arm’s length”, es decir un planteamiento desde la raíz del problema. Después de varios meses de análisis se llegó a la convicción de que, aunque no sea el sistema aplicable en el cien por cien de los países, era un buen criterio que servía para la mayor parte de los casos. Sólo en los casos muy específicos de grandes multinacionales con actividades y situaciones que no tenían comparables en el mercado, podría ser necesario un planteamiento complementario. Pero este caso era un porcentaje muy pequeño y podría ser analizado posteriormente.

Una vez concluido que el principio general es el correcto, la OCDE intentó buscar aquellas cuestiones que podían ser más conflictivas en el área de empresas asociadas y las cuestiones que surgieron fueron:

- Intangibles: este asunto ya estaba siendo objeto de análisis en la OCDE
- Forma vs fondo: es un principio que es aplicable a todas las Directrices de la OCDE
- Correcta valoración del riesgo
- Recaracterización de operaciones y operaciones de riesgo

Estas áreas han dado lugar a las tres Acciones de precios de transferencia que aquí se analizan. En estas Acciones se recogen definiciones, metodología de análisis,

mecanismos de valoración que, posteriormente serán mencionados otra vez en la Acción 13, de manera que todo esto “vuelque” correctamente en la Documentación de las empresas.

2 DEFINICIÓN GENERAL DE LAS ACCIONES BEPS 8, 9 Y 10.

Desde su publicación en febrero de 2013, uno de los tres pilares fundamentales de los 15 puntos del plan de acción BEPS ha sido la necesidad de reforzar los requerimientos de sustancia como instrumento para alcanzar el objetivo principal de la iniciativa BEPS, esto es, que los beneficios obtenidos por las empresas multinacionales se reporten allí donde se llevan a cabo las actividades que efectivamente contribuyen a la generación de valor en el grupo.

Las acciones 8, 9 y 10 se dirigen a hacer frente a situaciones en las que la atribución de beneficios entre las entidades de un grupo multinacional no estén alineados con la actividad económica que genera dichos beneficios, mediante la atribución “artificial” contractual de funciones, activos y riesgos.

El trabajo inicial realizado en el marco de dichas acciones estaba dirigido a reforzar y aclarar el principio de libre competencia dada la aparente situación de crisis en la que había entrado este concepto. Si, a pesar del análisis y de las posibles aclaraciones que se pudiesen realizar, se llegase a la conclusión de que el potencial riesgo de manipulación en la atribución de ingresos podría persistir, se plantearía la posibilidad de introducir medidas especiales que pudieran incluso superar el propio principio de libre competencia.

Sin embargo, esto no ha sido necesario. Tal y como se señala en los informes finales, se considera que dichas medidas especiales no se han desarrollado en la medida en que las modificaciones y aclaraciones introducidas en las Directrices de Precios de Transferencia de la OCDE se han considerado suficientes en aras a evitar la vulneración del referido principio de libre competencia.

El trabajo realizado en materia de precios de transferencia en el marco de las acciones 8, 9 y 10 se ha dividido en tres áreas:

- Acción 8: trata los aspectos fiscales relativos a transacciones que involucren activos intangibles.
- Acción 9: relativa a la atribución “artificial” contractual de riesgos así como los beneficios atribuibles a las entidades que conceden fondos en el ámbito del Grupo.
- Acción 10: afronta otras áreas de riesgo, tales como: aquellas transacciones que carecen de razón de negocio y por tanto son susceptibles de re-

caracterización por parte de las autoridades fiscales, situaciones en las que se produce una aplicación inapropiada de los métodos de valoración, y la neutralización de determinados cargos intra-grupo (como son los “*management fees*” y gastos de estructura).

A estos efectos, se proponen una serie de modificaciones y aclaraciones a lo largo de diversos Capítulos de las Directrices de Precios de Transferencia, cuyas principales características podrían resumirse en las siguientes:

- a) **Análisis del fondo vs forma:** A la hora de definir una transacción económica, el análisis de las relaciones contractuales no se debe realizar de manera aislada sino que se debe realizar en conjunto con la conducta de las partes; se considera que prevalece, en caso de discrepancia, la conducta de las partes.
- b) **Desarrollo del concepto de gestión del riesgo:** hay que entenderlo como la capacidad y el ejercicio efectivo de control sobre el riesgo y la necesidad de disponer de capacidad financiera para asumir dicho riesgo.
- c) **Tratamiento de los activos intangibles:** se establece expresamente que la propiedad legal por sí sola no conlleva necesariamente la atribución de los beneficios derivados de la explotación de dicho intangible.
- d) **Relación capital y riesgo:** a efectos de evitar posibles manipulaciones del principio de libre competencia a través de la atribución de fondos a determinadas entidades (ricas en capital pero con escasas funciones), se establece que cuando dichas entidades aporten financiación pero, de hecho, no ejerzan control alguno sobre el destino y utilización de dicha financiación, no deberán obtener los beneficios asociados a dicho riesgo financiero, limitándose a un retorno libre de riesgo, o incluso a no percibir retorno alguno cuando la transacción no se considere económicamente razonable.
- e) **Sinergias:** en aras a asegurar que los principales beneficios se atribuyan a las actividades económicas más relevantes, se introducen ciertas modificaciones relativas a los beneficios derivados del aprovechamiento de sinergias, y su debida atribución a aquellas entidades que efectivamente contribuyan a generar dichas sinergias.

Estas cuestiones se han desarrollado a lo largo de las tres Acciones de BEPS que ahora se analizan y que se han plasmado en la modificación de las Directrices de Precios de Transferencia de la OCDE. Estas Directrices están siendo aplicadas por muchos países por lo que es muy probable que impacten en la práctica de muchas Administraciones y empresas.

A diferencia del Modelo de Convenio de la OCDE, la aplicación de esas Directrices no requiere de una posterior negociación por parte de los Estados o de cambios normativos específicos (en la mayor parte de los casos). Muchos países consideran estas Directrices como interpretación válida de sus normas internas, otros han asumido los contenidos directamente en su Ley y hay quienes sólo asumen una parte

de las mismas. En cualquier caso, las modificaciones que se recogen en las Acciones 8, 9 y 10 tienen impacto directo en las prácticas de un número muy elevado de países.

Se entra con las Directrices en el ámbito del “soft law” y sus efectos, que cada día parecen más claros pero que también tienen interpretaciones más dispares.

En este sentido, las principales secciones y capítulos de las Directrices que han sido objeto de modificación podrían resumirse en las siguientes:

- 1) Revisión de la sección D del Capítulo I, relativa al principio de libre competencia, y especialmente en materia de riesgos.
 - a) Atribución de beneficios y riesgo

En primer lugar, las modificaciones introducidas buscan evitar que se atribuyan beneficios o pérdidas indebidamente a una entidad por el mero hecho de que haya asumido riesgos contractualmente o por el hecho de aportar fondos o capital.

Una de las principales modificaciones introducidas afecta al análisis funcional necesario a la hora de identificar una determinada transacción. Concretamente, por lo que respecta al análisis de los riesgos inherentes a la transacción se desarrolla un proceso de análisis en seis pasos:

- i) Identificar los riesgos económicamente relevantes.
- ii) Determinar cómo asumen contractualmente las partes dichos riesgos.
- iii) Determinar, través de un análisis funcional, cómo operan las partes en relación con la asunción y gestión efectiva de dichos riesgos, y en particular:
 - qué parte lleva a cabo las funciones de gestión y mitigación de dichos riesgos,
 - qué parte soporta efectivamente los efectos positivos o negativos derivados de dicho riesgo, y
 - qué partes tienen capacidad financiera suficiente para asumir efectivamente dichos riesgos.
- iv) Una vez delimitada la transacción conforme a los tres pasos anteriores, se debe interpretar en qué medida la atribución contractual de los riesgos es consistente con la conducta de las partes, comprobando:
 - si las partes siguen se atienen efectivamente a dichos términos contractuales,
 - si las partes que asumen el riesgo efectivamente ejercen las funciones de control y mitigación del riesgo y
 - si tienen capacidad financiera para asumir dicho riesgo.

- v) En el supuesto de que se concluya que las partes que asumen contractualmente los riesgos no ejercen el control efectivo sobre los mismos o no tienen capacidad financiera para asumirlos, los riesgos, y por tanto sus consecuencias económicas, se deberán atribuir a la entidad que efectivamente ejerza dicho control y tenga capacidad financiera para ello.
- vi) Por último, se deberá determinar el valor de mercado de la transacción considerando las consecuencias financieras y de otro tipo derivadas de la asunción del riesgo.

b) Recaracterización de operaciones

En los últimos años una de las cuestiones que más se han analizado, tanto a nivel de la OCDE como de las diferentes Administraciones, es la posible recaracterización de una transacción y los efectos que esto puede conllevar.

Tradicionalmente se desarrollaba escasamente en las Directrices esta posibilidad y se consideraba como algo remoto.

Sin embargo, en la última modificación que se realizó de las Directrices ya se quiso reforzar este concepto, manteniendo siempre su carácter excepcional, pero aumentando las guías o recomendaciones a seguir por las Administraciones.

Como no podía ser de otra manera, dado el ámbito de análisis de estas tres Acciones, se ha querido reforzar aún más esta cuestión. Se introduce mayor claridad en aquellos supuestos de re-caracterización de transacciones que carecen de razonabilidad económica y no se darían entre partes independientes.

2) Adiciones al Capítulo II de las Directrices de precios de transferencia, relativas a transacciones con “commodities”.

Las modificaciones introducidas se limitan a señalar que el CUP debe entenderse como el método generalmente más apropiado para valorar este tipo de transacciones; mencionando la posibilidad de utilizar precios de referencia y cotización en la medida en que se realicen ajustes de comparabilidad razonables y necesarios.

Asimismo, cuando existan inconsistencias en las fechas utilizadas por el contribuyente para valorar dichas transacciones, se establece la posibilidad de que las autoridades determinen y utilicen una fecha sobre la que exista evidencia suficiente como referencia para valorar la transacción, como puede ser la fecha de envío.

3) Guía en la aplicación del método “profit split”.

Dentro de los métodos de valoración propuestos en las Directrices han ido ganando importancia los métodos del beneficio en detrimento de los tradicionales. Sin embargo, el conocido como TNMM siempre ha sido el más utilizado tanto por las empresas como por las Administraciones. El otro método del beneficio era menos frecuente: el *profit Split*.

El principal problema de este método residía en las dificultades de aplicación y muchas veces de aceptación del mismo por parte de las Administraciones, bien por la falta de información bien por la falta de control en relación con el mismo.

Sin embargo, con el proyecto BEPS en el cual se intenta garantizar que cada parte de la operación está siendo remunerada por su actividad y aportación de valor real, se necesita un método más omnicomprendivo de la actividad empresarial del Grupo en su conjunto. El *Profit Split* es un método que permite valorar y distribuir este valor entre las diferentes partes que contribuyen.

Se reconoce la idoneidad de dicho método de valoración para aquellos supuestos en los que existan cadenas de valor complejas y altamente integradas, y supuestos en los que las partes intervinientes explotan activos o funciones que pudieran considerarse “únicos” y de alto valor añadido.

A estos efectos se publicó el borrador para discusión relativo a la revisión de la aplicación del método *profit split* del 4 de julio al 5 de septiembre de 2016 y con fecha 8 de septiembre de 2016 se publicaron los primeros comentarios recibidos a dicho borrador.

Los problemas de falta de información para la Administración en relación con este método, en cierto modo, se han solucionado para multinacionales a través de la información que se suministra en el Masterfile, donde es obligatorio dar a conocer la cadena de suministro del Grupo. Esto debería ampliar y mejorar el número de casos en que este método sea aplicado y aceptado por las empresas y las Administraciones.

- 4) Revisión del Capítulo VI de las Directrices de precios de transferencia, relativas a activos intangibles.

Esta era otra de las asignaturas pendientes de la OCDE.

Antes de que se lanzase toda la iniciativa de BEPS, la OCDE ya estaba trabajando en la mejora y ampliación de las Directrices en relación con el tratamiento de los intangibles. Dado el objeto de BEPS tenía todo el sentido considerar este proyecto como un eje vertebral de las acciones relacionadas con Precios de transferencia.

La principal aclaración introducida implica el reconocimiento expreso de que la propiedad legal de un activo, por sí sola, no conlleva la atribución de los beneficios derivados de la explotación de un activo intangible determinado.

A diferencia de la redacción anterior, no se menciona expresamente el término “propietario económico”, sino que se establece que, el retorno derivado de la explotación de un determinado activo intangible se deberá atribuir a aquellas partes que contribuyeron a la creación de dicho activo a través del desarrollo de las denominadas funciones DEMPE (desarrollo, mejora, mantenimiento, protección y explotación de dichos activos).

En este sentido, al igual que ocurría en las modificaciones al Capítulo I, se establece que las partes que se limiten a financiar dichos activos, pero que no ejerzan las funciones de control correspondientes al riesgo inherente a dicha financiación, no tendrán derecho a percibir un retorno más allá del que correspondería a un préstamo libre de riesgo.

A estos efectos se desarrolla un proceso de análisis basado en los siguientes seis pasos:

- i) Identificar los intangibles utilizados, cedidos o transferidos en la transacción así como los riesgos asociados al desarrollo, mejora, mantenimiento, protección y explotación de dichos intangibles;
- ii) Identificar los acuerdos y términos contractuales que rigen dicha transacción, y especialmente la propiedad legal, incluyendo la asunción contractual de los riesgos inherentes a la transacción;
- iii) Identificar a las partes que realizan las funciones, utilizan activos y gestionan los riesgos relativos al desarrollo, mejora, mantenimiento, protección y explotación de dichos intangibles y particularmente que partes ejercen el control efectivo de las funciones externalizadas;
- iv) Confirmar la consistencia entre los términos contractuales de la transacción y la conducta de las partes y, en qué medida, la parte que asume los riesgos ejerce las funciones de control y tiene la capacidad financiera para asumir los riesgos relativos al desarrollo, mejora, mantenimiento, protección y explotación de dichos intangibles;
- v) Delimitar las transacciones relativas al desarrollo, mejora, mantenimiento, protección y explotación de dichos intangibles atendiendo a la propiedad legal de dichos intangibles, otros términos contractuales relevantes, la conducta de las partes y su contribución mediante funciones, activos y riesgos atendiendo al análisis de riesgos realizado conforme al Capítulo I, sección D.1.2.1.
- vi) Cuando sea posible, determinar el precio de mercado de dichas transacciones de manera consistente con la contribución realizada por cada parte a través de funciones, activos y riesgos.

Como se puede ver, el proyecto se ha centrado, no tanto en la definición de los intangibles, como en el tratamiento y uso que se les da dentro del grupo. Lo que se ha pretendido ha sido aportar más claridad a la forma en la que se explotan este tipo de activos por parte de los Grupos y los diferentes elementos que son importantes para su análisis.

Una de las cuestiones espinosas eran los métodos de valoración de los mismos porque es muy frecuente que no existan intangibles similares en el mercado. Una de las modificaciones relevantes introducidas es la referencia expresa a otros métodos de valoración, como el método de descuentos de flujos de caja, y el desarrollo en materia de intangibles de difícil valoración.

En relación con los intangibles que caigan bajo la definición de “difícil valoración”, se establece la facultad de las autoridades fiscales para apoyarse en datos financieros “ex post” a la hora de interpretar, en qué medida la valoración realizada “ex ante” por el sujeto pasivo fue razonable y basada en información fiable.

- 5) Revisión del Capítulo VII de las Directrices de precios de transferencia, relativas a servicios intragrupo de bajo valor añadido.

Las transacciones relacionadas con los servicios intragrupo de bajo valor añadido han sido unas de las más analizadas por las Administraciones en los últimos años. Como consecuencia se han provocado muchas situaciones de doble imposición que han llevado a procedimientos amistosos, a veces demasiado largos, muy costosos tanto para empresas como para Administración.

En este sentido, el Foro Conjunto de Precios de Transferencia de la UE ya elaboró una guía para mejorar el tratamiento de esta operación en la que se proponían una serie de documentos que debían servir como elemento de prueba e incluso unos márgenes aceptables.

La OCDE no ha querido dejar pasar la ocasión y dentro del proyecto BEPS hay un apartado dedicado especialmente a esta operación tan controvertida. La principal novedad es la introducción de un nuevo método simplificado para analizar y valorar este tipo de servicios cuya principal consecuencia es la simplificación del denominado “benefit test” mediante la asunción de que una empresa únicamente incurriría en costes cuando exista un motivo válido de negocio, y busca asegurar que las entidades pertenecientes al grupo reciben un tratamiento equitativo en cuanto a la atribución de dichos costes.

- 6) Revisión del Capítulo VIII de las Directrices de precios de transferencia, relativas a acuerdos de reparto de costes.

Finalmente, respecto a los acuerdos de reparto de costes, se pretende ajustar las directrices a las modificaciones introducidas en los Capítulos I y VI, asegurando que:

- El proceso de análisis relativo a la asunción de riesgos es consistente con el establecido para otro tipo de contratos.
- Se aplica el mismo procedimiento establecido para la valoración de activos intangibles (incluyendo los activos de difícil valoración).
- El análisis se realiza sobre la base de los términos efectivamente acordados y no sobre términos contractuales que no reflejen la realidad económica de la transacción.
- Se establece que una entidad solo puede ser parte de CCA cuando tenga una expectativa razonable de beneficiarse de los objetivos de dicho acuerdo y ejerce control efectivo de los riesgos específicos inherentes a dicho acuerdo.
- Las contribuciones de las partes no deben valorarse a coste cuando ello no refleje adecuadamente el valor de dichas aportaciones.

3. ESTADO DE LA SITUACIÓN EN ESPAÑA

La norma española ha regulado los precios de transferencia entre empresas asociadas en la Ley del impuesto sobre Sociedades. La redacción de la norma ha variado en el tiempo partiendo de una norma rígida, que recogía los principios generales de la OCDE pero que no establecía abiertamente ciertas obligaciones para las empresas.

Es en 2006 cuando, con la aprobación de la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal (BOE 30 Noviembre 2006), se flexibiliza toda la normativa de precios de transferencia. En la Exposición de Motivos de la norma se señalaba lo siguiente:

”Por lo que afecta a la imposición directa, dicha reforma tiene dos objetivos. (...)

El segundo objetivo es adaptar la legislación española en materia de precios de transferencia al contexto internacional, en particular a las directrices de la OCDE sobre la materia y al Foro europeo sobre precios de transferencia, a cuya luz debe interpretarse la normativa modificada. De esta manera, se homogeneiza la actuación de la Administración tributaria española con los países de nuestro entorno, al tiempo que además se dota a las actuaciones de comprobación de una mayor seguridad al regularse la obligación de documentar por el sujeto pasivo la determinación del valor de mercado que se ha acordado en las operaciones vinculadas en las que interviene.”

Como se puede apreciar, a partir de este momento la referencia a la interpretación de las Directrices, se convierte en un elemento clave en el ámbito de las operaciones vinculadas.

Es cierto que el artículo 16 de la LIS sigue “regulando” de manera expresa ciertos conceptos de las operaciones entre empresas asociadas, sin embargo, la Exposición

de Motivos de la Ley ha permitido darle una máxima flexibilidad a la norma y permitir que las Directrices se utilicen como elemento válido de interpretación.

La nueva Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (BOE 28 Noviembre 2014) mantiene este mismo criterio. En su Exposición de Motivos menciona dos cuestiones:

“Lucha contra el fraude. (...) los últimos trabajos elaborados por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico y materializados en los planes de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios, constituyen una herramienta fundamental de análisis del fraude fiscal internacional. En este marco, la presente reforma anticipa medidas encaminadas a este objetivo, como es el caso del tratamiento de los híbridos, o las modificaciones realizadas en materia de transparencia fiscal internacional u operaciones vinculadas.

(...)

Por otra parte, el tratamiento fiscal de las operaciones vinculadas constituye un elemento trascendental internacionalmente, al cual se dedican específicamente tanto la Unión Europea como la OCDE. En este sentido, debe tenerse en cuenta que la interpretación del precepto que regula estas operaciones debe realizarse, precisamente, en concordancia con las Directrices de Precios de Transferencia de la OCDE y con las recomendaciones del Foro Conjunto de Precios de Transferencia de la UE, en la medida en que no contradigan lo expresamente señalado en dicho precepto, o en su normativa de desarrollo.”

La referencia a las Directrices como norma válida de interpretación de las operaciones entre empresas vinculadas es ahora una cuestión pacífica en nuestra normativa.

Sin embargo, la primera pregunta que se plantea ahora es, ¿cómo afectan los cambios de las Directrices a la legislación española?

Por un lado el legislador ha querido “volcar” las Directrices mediante una regulación “expresa” general en la Ley interna que pueda ser interpretada de una manera amplia y flexible, sin querer encorsetar esa aplicación. Por otro lado, los Tribunales han reconocido el poder interpretativo de las recomendaciones de la OCDE en materia fiscal, siempre que una norma sustantiva se lo reconozca (Convenios de doble imposición y legislación del impuesto sobre sociedades) y, con carácter general, aceptando el “dinamismo” en su aplicación.

Por tanto, parece que tanto el texto original de las Directrices como sus cambios posteriores son una interpretación válida a efectos del artículo 18 de la Ley de Sociedades.

La siguiente pregunta que se plantea es, ¿a partir de qué momento son esos cambios aplicables?

Sobre esta cuestión hay más controversia. La Sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de julio de 2015 ponía en tela de juicio la aplicación de Comentarios al Modelo de la OCDE aún pendientes de aprobación a operaciones que habían tenido lugar en el pasado. Independientemente de la valoración que se pueda hacer de este pronunciamiento, sí parece oportuno señalar la similitud que esta situación puede tener con los cambios propuestos a las Directrices y las operaciones pasadas y futuras.

En general, sería razonable entender que los cambios en las Directrices serán de aplicación a aquellas operaciones que tengan lugar a partir de la aprobación o bien de la Acción de BEPS o bien de las propias Directrices, pero difícilmente podrían exigirse en operaciones que han tenido lugar en el pasado.

La tercera cuestión que surge es, ¿requiere la norma interna una modificación para entender aplicables las Acciones 8-9-10 de BEPS?

Siguiendo el razonamiento anterior y teniendo en cuenta que la propia Exposición de Motivos de la norma ya menciona que la nueva Ley quiere recoger los cambios de las Acciones de BEPS, parecería lógico concluir que la norma cuando lo ha necesitado se ha modificado. En el caso del artículo 18 de empresas asociadas bastaría con la referencia que se ha hecho en la norma a las Directrices.

Por tanto, no parece previsible que se vaya a producir un cambio normativo expreso y, sin embargo, hay que entender recogidos ya en la norma interna a través de las Directrices los cambios de las Acciones 8-9-10.

4 DERECHO COMPARADO Y UNIÓN EUROPEA

a) Unión Europea

A nivel internacional el otro Organismo que puede llevar a cabo actuaciones en materia de fiscalidad internacional es la UE.

En todo el proceso de BEPS se ha mantenido al lado de la OCDE, colaborando en aquellos aspectos que podían ser más propios de los Estados miembros de la Unión Europea, pero ha querido esperar para llevar a cabo acciones en la misma materia.

La UE, una vez conocido todo el paquete de Acciones de BEPS, ha propuesto acciones concretas a los Estados miembros de la Unión Europea a través de una Directiva (ATAD) en la que, básicamente, se recogen propuestas de modificación en la legislación interna y recomendaciones para las negociaciones de los convenios para evitar la doble imposición (y del Convenio Multilateral).

Sin embargo, hay pocas actuaciones concretas en materia de precios de transferencia:

- CCTB: este proyecto no regula específicamente las cuestiones que abordan las Acciones que aquí se analizan pero sí intenta garantizar que los problemas

generados por las inconsistencias en las operaciones intragrupo o en las inspecciones, dejen de existir gracias a estos criterios unificados.

- Procurará que las Administraciones hagan uso de la información de la que disponen de manera que se garantice el intercambio de la misma, con la finalidad de conocer mejor la situación de la empresa y así poder llegar a mejores soluciones.

Por tanto, en materia de precios de transferencia la UE no ha dado tantos pasos como en el resto de las Acciones de BEPS pero es probable que a través del Foro Conjunto de Precios de Transferencia se empiece a avanzar en este sentido.

b) Derecho comparado

Las Directrices tienen vocación de globalidad y pretenden ser la guía de precios de transferencia a nivel internacional. Tal y como se ha comentado anteriormente, las modificaciones propuestas por estas Acciones puede requerir, o no, la modificación de las normativas internas. En España la regulación ha sido por remisión pero en otros países puede suceder lo contrario y requerir una modificación expresa de la norma interna.

En este sentido, en cuanto al proceso de implementación y aplicación podrían considerarse los siguientes grupos de países:

- a) Países que, por ejemplo, siguen las Directrices de la OCDE en materia de Precios de Transferencia:
 - Australia: parece que requiere una adaptación de su normativa y se espera una actualización de la misma. No está clara la fecha de aplicación
 - Bélgica estaría en una posición similar a Australia
 - Canadá: asimila estos cambios a los de los Comentarios al Modelo de la OCDE y por tanto no requiere actualización ni cambio normativo. Resultarían normas directamente aplicables pero no se conoce si habrá retroactividad;
 - Costa Rica: aunque no es miembro de la OCDE ha declarado de manera no oficial que son de aplicación las Directrices y, por tanto, no se requeriría una modificación normativa para aplicar los cambios previstos;
 - Dinamarca: considera directamente aplicables los cambios planteados en las Directrices y existe la posibilidad de que se puedan exigir con carácter retroactivo;
 - Finlandia: considera aplicables los cambios sin la necesidad de llevar a cabo un cambio normativo pero no se ha manifestado sobre la retroactividad.
 - Irlanda: tradicionalmente ha aplicado las Directrices y requiere algún tipo de Acción administrativa (no legal) para la implementación de los cambios propuestos. El criterio general es que se aplicaría a aquellos empresas de países con Convenio para evitar la doble imposición

- Japón: mantiene una interpretación similar a la de Irlanda y considera dichos cambios como una mera aclaración a la regulación actual y por tanto los consideran de aplicación inmediata;
 - Suiza: considera los cambios como aclaraciones que no requieren un cambio normativo y podría tener efectos retroactivos a 2015.
 - UK: ha requerido un cambio normativo pero el contenido no es una novedad en la práctica administrativa británica. Los efectos legales se remontan a 2016.
- b) Países que no siguen las Directrices de la OCDE en materia de Precios de Transferencia:
- China: para modificar los principios de precios de transferencia requiere de cambio normativo y está en proceso de ejecución; ha adoptado parte de los principios recogidos en las Acciones analizadas y otros no.
 - India: ha mantenido criterios que se separan de la OCDE en algunas cuestiones pero parece que ha manifestado su acuerdo con las modificaciones planteadas en estas acciones, aunque requerirían modificación legislativa.

5 VALORACIÓN DE MEDIDAS

El contenido de las tres Acciones de BEPS en relación con la materia de Precios de transferencia no es sino una continuación de los trabajos que se han venido realizando en los últimos años por parte de la OCDE. Se han analizado cuestiones de especial complejidad que requerirán un proceso de asimilación y adaptación tanto por parte de las empresas como de las Administraciones.

En un área tan controvertida como el de los precios de transferencia se hace especialmente aconsejable pasar por un proceso de maduración de las medidas. Este proceso permitirá valorar las medidas propuestas, contrastarlas con la realidad de los negocios vigentes hoy en día y, en su caso, adaptarlas para que reflejen bien los modelos de negocio y las nuevas propuestas.

Habría que señalar los siguientes aspectos como de especial relevancia:

a) Soft Law

Como ya se ha señalado anteriormente, esta es una cuestión que afecta a todas las modificaciones propuestas.

Parece claro que en muchos países las nuevas Directrices van a ser directamente aplicables, pero lo que sería necesario por parte de la Administración es que se aclare a partir de qué momento se entienden de obligado cumplimiento.

Manifestaciones informales pueden no ser suficientes para garantizar la seguridad jurídica en este ámbito. Debería hacerse algún tipo de guía sobre cómo deben entenderse aplicables estas Directrices y a partir de qué momento.

b) Intangibles

Es una de las áreas de trabajo más importantes y de mayor inseguridad jurídica. Durante muchos años se ha discutido sobre la titularidad de los intangibles, la correcta remuneración, pero la falta de guías claras en este sentido ha ido llevando a soluciones muy individualizadas.

Con el nuevo esquema, la metodología de análisis planteada y las conclusiones alcanzadas, es necesario volver a hacer un análisis de los activos de las empresas. Sin embargo, es un campo donde, como se ha mencionado, no hay experiencia y por tanto, puede existir mucha inseguridad jurídica.

Para intentar afrontar esta cuestión desde la perspectiva de las empresas y de la propia Administración, se requeriría un planteamiento conjunto de la valoración y análisis de estos activos y el único instrumento previsto para ello son los Acuerdos Previos de Valoración.

Hasta ahora los intangibles no siempre se planteaban a la Administración por falta de experiencia pero ahora, precisamente para garantizar la seguridad jurídica en un momento especialmente convulso, se requeriría que haya más Acuerdos en este ámbito

c) Cadena de valor vs *profit Split*,

Como se ha comentado con anterioridad, la nueva documentación del grupo exige la explicación de la cadena de suministro. Este tipo de explicaciones y valoraciones permiten considerar con más facilidad que antes la utilización de métodos de *Profit Split*.

Este método es complicado de establecer ya que requiere mucha transparencia y coordinación dentro del grupo, pero permite garantizar la correcta atribución de los beneficios de manera global, y su tributación. La doble o triple imposición se evitaría sin necesidad de entrar en costosos mecanismos de resolución de conflictos.

Sin embargo, este mecanismo de atribución de beneficio ha chocado en el pasado con la falta de información de las propias Administraciones.

Dado que es un método que en muchas ocasiones puede resultar extremadamente útil, sería muy aconsejable que las Administraciones utilizaran los mecanismos vigentes de intercambio de información y de cooperación administrativa para poner en práctica estos métodos.