

*Los precios de transferencia en las operaciones de reestructuración
empresarial*

David Cañabate Clau
Doctorado Derecho y Ciencia Política
Universidad de Barcelona

VS21082013
TESIS DOCTORAL
Dtor. Dr. José Andrés Rozas Valdés

17-09-2015

ÍNDICE GENERAL DE CAPÍTULOS

PLANTEAMIENTO MODELO DE ANÁLISIS PARA LA VALIDACIÓN DE UNA OPERACIÓN DE REESTRUCTURACIÓN A EFECTOS DE LA NORMATIVA SOBRE PRECIOS DE TRANSFERENCIA

CAPÍTULO I LAS DIRECTRICES OCDE Y EL CONCEPTO DE REESTRUCTURACIÓN EMPRESARIAL

1.- EL INFORME DE LA OCDE SOBRE LA INCIDENCIA DE LA NORMATIVA DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA EN OPERACIONES DE REESTRUCTURACIÓN EMPRESARIAL

2.- CONSIDERACIÓN DE LAS DIRECTRICES COMO “*SOFT LAW*”

3.- ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL CAPÍTULO IX DE LAS DIRECTRICES

4.- OBJETIVO

CAPÍTULO II ADECUACIÓN DE LA REASIGNACIÓN DE RIESGOS AL PLC

1.- INTRODUCCIÓN: LA ASIGNACIÓN DE FUNCIONES Y RIESGOS

2.- ELEMENTOS A CONSIDERAR EN LA APLICACIÓN DEL PLC, EN ESPECIAL EL DENOMINADO “ANÁLISIS DE COMPARABILIDAD”

3.- RELEVANCIA DE LA ASIGNACIÓN DE RIESGOS EN LAS OPERACIONES DE REESTRUCTURACIÓN (Parte I Capítulo IX Directrices)

4.- CONCLUSIONES DE ESTE CAPÍTULO

CAPÍTULO III RACIONALIDAD DE LA REESTRUCTURACIÓN

1.- INTRODUCCIÓN: EL SEGUNDO ELEMENTO DEFINITORIO

2.- IDENTIFICACIÓN Y DEFINICIÓN DE LAS OPERACIONES: ANÁLISIS FUNCIONAL.

3.- RAZONES DE LA REESTRUCTURACIÓN Y EXPECTATIVA DE BENEFICIO:
LAS DENOMINADAS SINERGIAS.

4.- EXISTENCIA DE ALTERNATIVAS A LA OPERACIÓN DE
REESTRUCTURACIÓN

5.- CONCLUSIONES DE ESTE CAPÍTULO

6.- EPÍLOGO: RACIONALIDAD COMO ELEMENTO DIFERENCIADOR
RESPECTO DE LA PLANIFICACIÓN FISCAL AGRESIVA O SITUACIONES
CALIFICABLES COMO BEPS

CAPÍTULO IV CONSECUENCIAS ECONÓMICAS DE LA REESTRUCTURACIÓN

1.- REESTRUCTURACIÓN Y DERECHO DE COMPENSACIÓN

2.- TRANSFERENCIA DE ACTIVOS TANGIBLES Y ACTIVIDADES

3.- TRANSFERENCIA DE ACTIVOS INTANGIBLES

4.- LA COMPENSACIÓN DE NATURALEZA INDEMNIZATORIA POR LA
TERMINACIÓN O MODIFICACIÓN DE LAS RELACIONES COMERCIALES Y/O
CONTRACTUALES: ELEMENTOS A CONSIDERAR.

5.- CONCLUSIONES DE ESTE CAPÍTULO

CAPÍTULO V LOS ELEMENTOS CORRECTORES EN LA VALIDACIÓN FINAL DE LA REESTRUCTURACIÓN

INTRODUCCIÓN

SECCIÓN 1ª

RECALIFICACIÓN DE LAS OPERACIONES Y ABUSO DEL DERECHO: APLICACIÓN DE LA DENOMINADA *DISREGARD CLAUSE*

1.- PLANTEAMIENTO EN OPERACIONES DE REESTRUCTURACIÓN

2.- LA *DISREGARD CLAUSE* EN OPERACIONES VINCULADAS (AP. 1.64 A 1.69
DIRECTRICES)

3.- APLICACIÓN DE LA NORMA DE RECALIFICACIÓN A OPERACIONES DE REESTRUCTURACIÓN EMPRESARIAL

4.- CONSECUENCIAS DEL NO RECONOCIMIENTO DE LA OPERACIÓN: APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA

5.- OTRAS CUESTIONES

6.- CONCLUSIONES DE ESTA SECCIÓN

SECCIÓN 2ª

LA REMUNERACIÓN POST REESTRUCTURACIÓN

1.- *BUSINESS RESTRUCTURING* vs “*STRUCTURING*”

2.- ELEMENTOS ESPECÍFICOS A EFECTOS DE ANÁLISIS

3.- LA REMUNERACIÓN POST REESTRUCTURACIÓN COMO ELEMENTO CORRECTOR DE LA COMPENSACIÓN

4.- COMPARACIÓN DE LA RENTABILIDAD OBTENIDA POR EL CONTRIBUYENTE ANTES Y DESPUÉS DE LA REESTRUCTURACIÓN: EL SEGUNDO ELEMENTO DEFINITORIO BEPS

5.- CONCLUSIONES DE ESTA SECCIÓN

CAPÍTULO VI EPÍLOGO Y CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA Y JURISPRUDENCIA

ÍNDICE DE SUPUESTOS PRÁCTICOS

CAPÍTULO II

Supuesto práctico I: alineación riesgos, funciones y activospg. 65

Supuesto práctico II: adecuación de los riesgos al PLCpg. 94

CAPÍTULO III

Supuesto práctico III: empresa X, S.L.- Planteamientopg. 103

Supuesto práctico IV: empresa X, S.L.- Decisión de reestructuraciónpg.104

Supuesto práctico V: empresa X, S.L.- Análisispg. 122

Supuesto práctico VI: empresa X, S.L.- Análisis y alternativapg. 123

Supuesto práctico final VII: racionalidadpg. 125

CAPÍTULO IV

Supuesto práctico VIII: transferencia de mercaderías (inventarios)pg. 139

Supuesto práctico IX: transferencia de materias primaspg.140

Supuesto práctico X: transferencia de activos no corrientes, en especial maquinaria fabrilpg. 141

Supuesto práctico XI: transferencia de actividades deficitariaspg. 144

Supuesto práctico XII: consideración de ambos puntos de vista en la transferencia de intangiblepg. 159

Supuesto práctico XIII: centralización de intangibles en una sola Entidadpg. 164

Supuesto práctico XIV: centralización de intangibles en una sola entidad y situación calificable como BEPSpg. 167

Supuesto práctico XV: La problemática de los intangibles localespg. 169

Supuesto práctico XVI: la transferencia de derechos contractualespg. 170

Supuesto práctico XVII: exigencia de compensación indemnizatoriapg. 180

CAPÍTULO V

Supuesto práctico XVIII: *Disregard Clause* vs ajuste de Comparabilidadpg. 197

Supuesto práctico XIX: business restructuring vs structuringpg. 224

Supuesto práctico XX: compensación y remuneración post Reestructuraciónpg. 228

Supuesto práctico XXI: bargaining power and location savingspg. 232

ABREVIATURAS

PLC:	Principio de Libre Competencia
Directrices	Directrices de la OCDE en materia Precios de Transferencia en empresas y grupos multinacionales (Julio 2010)
MCDI:	Modelo de Convenio de la OCDE para evitar la Doble Imposición (Julio 2010)
OCDE:	Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico
LGT:	Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria
CTPA:	Centro para la política fiscal y administrativa de la OCDE.
CFA:	Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE.
Foro:	Foro Conjunto de la UE en materia de Precios de Transferencia
RIS:	Reglamento del Impuesto sobre Sociedades (RD 1777/2004, de 30 de julio de 2004. BOE 6/8/2004).
Ley 27/2014:	Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades
TRLIS:	Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades

RESUMEN

Las Directrices de la OCDE en materia Precios de Transferencia en empresas y grupos multinacionales recogen en su Capítulo IX los criterios y principios de análisis para la validación de las operaciones de reestructuración. Dichos principios y criterios se fundamentan en lo esencial en los Capítulos I-III, en especial en lo relativo a análisis de riesgos y funciones, pero en muchos aspectos desarrollan las directrices generales de análisis en esta materia más allá de lo establecido en los capítulos iniciales de las Directrices.

La validación de las operaciones de reestructuración a efectos de la normativa sobre Precios de Transferencia gira en torno al cumplimiento de dos principios propios, como son el de la racionalidad (*Rationality*) y el de su justificación documental (*Reasonability*), y un principio general de actuación en todo análisis en esta materia como es el de la prevalencia del fondo sobre la forma (*substance over form*) y que obliga a atender a la realidad de la operación y conducta de las partes al analizar la operación y la distribución de funciones, riesgos y activos entre las partes implicadas, más allá de lo que indiquen las cláusulas contractuales.

Este análisis debe atender en todos sus aspectos no sólo al momento concreto de la operación, sino también a la situación previa a la reestructuración y a la posterior. Del mismo modo, el análisis no se debe centrar exclusivamente en el ámbito interno de la operación y de la empresa o grupo, sino que es necesario atender al externo, esto es, considerar la existencia de comparables externos y preguntarse cómo actuarían terceros independientes en situación análoga.

Del mismo modo, la justificación de dicha racionalidad o *reasonability* debe ir más allá de la documentación específica sobre Precios de Transferencia que recoja la operación, para alcanzar a la documentación interna de las partes implicadas tanto societaria como económica que se genere alrededor de la operación, siendo clave que esta prueba sobre

la racionalidad de la reestructuración sea contemporánea y se vaya generando de forma paralela a la operación.

La verificación del cumplimiento de los principios de *rationality* y *reasonability* de la operación, junto con el examen de la adecuación al PLC tanto de la asignación de funciones, riesgos y activos como de las compensaciones económicas en su caso pactadas, conforman lo que hemos calificado como Elementos Definitorios (Normativos y Económicos) en el modelo de análisis planteado.

Complementando a éstos en su labor de análisis se sitúan los que hemos denominado Elementos Correctores, que son (i) la *Disregard Clause*, como norma anti-abuso específica de Precios de Transferencia y ligada al cumplimiento del principio *substance over form* y a la verificación de que el análisis realizado atiende a la conducta de las partes, y (ii) el análisis de la remuneración post reestructuración, vinculada al Elemento Definitorio Económico, es decir, a las compensaciones y con un fin eminentemente garantista de que se haya tenido en cuenta el punto de vista individual de la entidad afectada por la reestructuración.

PLANTEAMIENTO

MODELO DE ANÁLISIS PARA LA VALIDACIÓN DE UNA OPERACIÓN DE REESTRUCTURACIÓN A EFECTOS DE LA NORMATIVA SOBRE PRECIOS DE TRANSFERENCIA

Se plantea con este trabajo el desarrollo de un modelo de análisis para la validación de las operaciones de reestructuración al albur de la normativa sobre Precios de Transferencia.¹

Con ese objetivo, el primer paso es establecer y estructurar los elementos esenciales que deben conformar el análisis de este tipo de operaciones acorde a las directrices establecidas en el Capítulo IX para, posteriormente, desarrollar los mismos en los capítulos siguientes de este trabajo. A este respecto, lo cierto es que cabe afirmar que si la metodología y buena sistemática no es el aspecto más relevante de las Directrices en general, donde se hace más evidente lo anterior es precisamente en el Capítulo IX. En efecto, tal y como se irá mencionando a lo largo de las páginas siguientes, este Capítulo de las Directrices es especialmente caótico y desordenado, tratándose un mismo tema en apartados de secciones totalmente antagónicas y, sobre todo, siendo especialmente repetitivo en muchos otros; en este sentido, la versión final de este Capítulo que se publicó en julio de 2010 parece que fuera redactada “con prisa”, siendo incluso algo más ordenado el borrador publicado en 2008. De ahí la importancia y, a su vez, la dificultad de identificar primero los elementos esenciales de análisis, aislarlos y posteriormente analizar extensamente los diversos apartados del Capítulo IX para desarrollar debidamente cada uno de dichos elementos.

¹ A lo largo de este trabajo, el término “Precio de Transferencia”, con mayúscula inicial, hará referencia a la normativa que regula esta materia.

Los elementos esenciales de análisis que identificaremos a continuación y desarrollaremos en las páginas posteriores de este trabajo, de un modo u otro giran en torno a dos principios:

1º) El de la *rationality* o lógica comercial/de negocio de la operación de reestructuración a efectos de Precios de Transferencia.

2º) El de la *reasonability* o justificación documental de lo anterior.

Junto a estos dos pivota un tercer principio que es general en materia de Precios de Transferencia y esencial para cualquier tipo de análisis, nos referimos al de la prevalencia del fondo sobre la forma o *substance over form*.

A partir de ahí, cabe distinguir dos tipos de elementos esenciales de análisis, los que denominamos “definitorios” y los calificados como “correctores”.

Los Elementos que conceptuamos como “Definitorios” delimitan y establecen los requisitos que la operación debe cumplir para que sea válida a efectos de Precios de Transferencia, y lo hace tanto desde un punto de vista puramente normativo o del PLC, como económico; en el primer caso, el análisis se centrará en la adecuación al PLC de la asignación de riesgos de la operación y en la racionalidad de la reestructuración en sí misma, mientras que en el segundo se fijará la atención en el que denominamos “derecho de compensación” por la transferencia de activos producida o por entender que cabe indemnización.²

Respecto a los Elementos “Correctores”, los definimos como tales por cuanto en sí mismos no delimitan ni establecen los requisitos que deben cumplir las operaciones de reestructuración para ser adecuadas a efectos de Precios de Transferencia, pero sí complementan a los elementos definitorios en dicha labor y, a efectos del modelo de análisis, cumplen la función de bien corregir las condiciones de la operación bien de ser un instrumento de cierre para, en ambos casos, acabar de validar la misma a efectos de Precios de Transferencia.

² Como ya se verá al tratar esta cuestión en los capítulos III y IV de este trabajo pero que anticipamos ahora, con el término indemnización no nos estamos refiriendo al clásico supuesto de resarcimiento por daños y perjuicios.

En los próximos capítulos se desarrollarán cada uno de los elementos de análisis indicados así como se profundizará en los principios de *Rationality* y *Reasonability* que subyacen tras aquéllos, pero a continuación se incluye un cuadro-esquema resumen inicial de los elementos esenciales del modelo de análisis de las operaciones de reestructuración a efectos de Precios de Transferencia.

Aplicación de los principios de *Rationality* y *Reasonability*

Elementos Definitorios

Normativo: Justificación de la reestructuración desde el punto de vista estricto del PLC:

- Adecuación al PLC de la asignación de riesgos
- Racionalidad de la reestructuración.

Económico: justificación de la reestructuración desde el punto de vista económico (derecho de compensación).

- Transferencia de activos
- Indemnización

Elementos Correctores

- **Inicial:** la “*Disregard Clause*”
- **De cierre:** la remuneración post- reestructuración.

Finalmente, previo al análisis exhaustivo de los elementos de validación de los Precios de Transferencia en las operaciones de reestructuración, se hace necesario ahondar en las fuentes del Derecho de las que emanan los mismos, así como definir qué se entiende por “reestructuración empresarial” a efectos de esta materia. En el primer capítulo de este trabajo se abordarán ambas cuestiones que, por ser preliminares, no son menos relevantes a efectos de nuestro estudio.

CAPÍTULO PRIMERO

**LAS DIRECTRICES OCDE Y EL
CONCEPTO DE REESTRUCTURACIÓN**

SUMARIO

1.- EL INFORME DE LA OCDE SOBRE LA INCIDENCIA DE LA NORMATIVA DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA EN OPERACIONES DE REESTRUCTURACIÓN EMPRESARIAL

2.- CONSIDERACIÓN DE LAS DIRECTRICES COMO “*SOFT LAW*”

2.1.- Relevancia jurídica del denominado *soft law*

2.2.- Eficacia jurídica del denominado *soft law*

A) *Soft law como principio informador y uniformador*

B) *Soft law como guía o criterio de interpretación*

2.3.- Antecedentes e influencia del MCDI

A) *Eficacia jurídica del MCDI, los Comentarios y las Directrices*

B) *Interpretación dinámica y contextual*

2.4.- Conclusiones sobre las Directrices

3.- ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL CAPÍTULO IX DE LAS DIRECTRICES

3.1.- Concepto de “operación de reestructuración empresarial”

A) *Concepto general de “reestructuración”*

B) *Concepto mercantil de “reestructuración”*

C) *Concepto fiscal de “reestructuración”*

3.2.- Concepto de “reestructuración a efectos del Capítulo IX de las Directrices

3.3.- Ámbito objetivo

4.- OBJETIVO

1.- EL INFORME DE LA OCDE SOBRE LA INCIDENCIA DE LA NORMATIVA DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA EN OPERACIONES DE REESTRUCTURACIÓN EMPRESARIAL

En enero de 2005 el Centro para la política fiscal y administrativa de la OCDE (CTPA) promovió una sesión de análisis y estudio de diversos aspectos de las operaciones de reestructuración empresarial, en la que se denominó como *2nd CTPA Roundtable: Business Restructuring*³. El objetivo de estas sesiones era iniciar un diálogo entre los representantes de los países de la OCDE y países invitados⁴ para intentar comprender la incidencia que estaban provocando en el ámbito económico y fiscal los rápidos cambios estructurales que en los últimos años se venían produciendo en el seno de los grupos multinacionales, con el desarrollo de nuevos modelos de negocio globalizados y la proliferación de operaciones de reestructuración que implicaban una atomización y nuevo reparto (“*stripping out*”) de funciones, riesgos y activos entre las empresas de un mismo grupo. La ausencia de un criterio internacional consensuado sobre el tratamiento de este tipo de operaciones provocaba incertidumbres y problemas desde el punto de vista económico de las empresas como especialmente fiscal, tanto a nivel local de cada país como internacional, dando lugar a posibles situaciones de doble imposición como de “desimposición” o no imposición.

Los asuntos que fueron objeto de planteamiento y debate giraban en torno a tres ejes básicos, precios de transferencia, tratados e impuestos indirectos. En concreto, los temas inicialmente programados fueron los siguientes:

- Las motivaciones comerciales y/o económicas o meramente fiscales de las reestructuraciones.
- La posible generación de supuestos de doble no imposición o de “desimposición”.
- La modificación de la política de precios de transferencia de las compañías afectadas.
- La posible presencia de establecimientos permanentes a resultas de la reestructuración.

³ *2nd Annual Centre for Tax Policy and Administration Roundtable: Business Restructuring, 26-27 January.*

⁴ China, Sudáfrica y Singapur, principalmente.

- Implicaciones en IVA y Aduanas.
- La transmisión del fondo de comercio o intangibles en las operaciones de reestructuración.

Siendo consciente de la relevancia de los temas debatidos, el CFA⁵ puso en marcha un grupo específico de trabajo para analizar más profundamente las operaciones de reestructuración empresarial (JWG)⁶, centrando el análisis sobre su incidencia en el ámbito de los precios de transferencia y en el de los tratados, en especial, en este último caso, respecto a las consideraciones sobre la existencia o no de establecimiento permanente.

Este grupo de trabajo se compuso por delegados del Grupo de Trabajo n° 6⁷, responsable de las Directrices, y del Grupo de Trabajo n° 1⁸, responsable de todo lo relativo al MCDI. Adicionalmente, la OCDE organizó el que denominó como *Business Advisory Group*, formado por técnicos, representantes de grupos multinacionales y consultoras, con el objetivo de recabar su opinión técnica y profesional sobre los asuntos que el JWG iba tratando.⁹

A finales de 2007, viendo el progreso de los trabajos y su alcance, el CFA trasladó al Grupo de Trabajo n°6 las conclusiones provisionales realizadas por el JWG relativas a aspectos sobre Precios de Transferencia¹⁰, y que fueron objeto de discusión y análisis en el seno del que se denominó como Sesión Especial sobre Reestructuraciones Empresariales.¹¹

Como resultado, el 19 de septiembre de 2008 se publicó el borrador del Informe de la OCDE sobre la incidencia de la normativa de Precios de Transferencia en operaciones

⁵ *OECD Comité on Fiscal Affairs*

⁶ *CFA Joint Working Group (JWG)*

⁷ *CFA Working Group n° 6 (WG6)*

⁸ *CFA Working Group n°1 (WG1)*

⁹ En concreto, entre 2006 y 2007 este *Business Advisory Group* se reunió en tres ocasiones con la secretaria de la OCDE y los delegados del JWG.

¹⁰ En el mismo sentido, también trasladó al Grupo de Trabajo n°1 las conclusiones del JWG con relación a la existencia de establecimiento permanentes, que finalmente dieron lugar a la emisión del Informe sobre Atribución de Rentas a EP, de 17 Julio de 2008.

¹¹ *Working Party N° 6 Special Sesion on Business Restructuring.*

de reestructuración empresarial, abriéndose un plazo de consulta y recepción de comentarios que finalizó el 19 de febrero de 2009.¹²

Finalmente, el 22 de junio de 2010 el CFA aprobó el Informe y remitió el mismo al Consejo de la OCDE, quien hizo lo propio el 22 de julio del mismo año, acordando a su vez su incorporación a las Directrices como nuevo Capítulo IX.

2.- CONSIDERACIÓN DE LAS DIRECTRICES COMO “SOFT LAW”

2.1.- Relevancia jurídica del denominado *soft law*

A lo largo de este trabajo, se comentará la naturaleza y eficacia del MCDI y de los Comentarios, desde un punto de vista finalista y funcional, en el sentido de hacer referencia a su doble función como modelo común a seguir o principio informador (y uniformador) en la fijación de las cláusulas de los convenios y guía o criterio de interpretación de los mismos; todo ello sin entrar a plantear la premisa inicial de su consideración como *soft law* ni la discusión doctrinal, no cerrada, sobre su eficacia jurídica¹³. En idéntico sentido, se hará referencia a las Directrices en lo que respecta a su incidencia tanto en la elaboración como en la interpretación y aplicación de las diversas normativas nacionales en materia de Precios de Transferencia. La omisión es voluntaria, por cuanto subjetivamente, considerando la materia que nos ocupa, se trata de reflejar cuál es la incidencia real y práctica del MCDI, los Comentarios y las Directrices y su relevancia jurídica como principio informador y, especialmente, como criterio interpretativo. Sin embargo, aun no siendo objeto de este trabajo el análisis en profundidad de la indicada discusión doctrinal acerca de la naturaleza y eficacia del denominado *soft law* ni su posicionamiento en el sistema de fuentes del Derecho Nacional e Internacional, sí se hace necesario, al menos, hacer una referencia a la misma, por cuanto el MCDI, los Comentarios y las Directrices tienen tal consideración y lo cierto es que se deben despejar las dudas sobre la aplicabilidad, alcance y eficacia jurídica de los mismos o, como mínimo, dejar clara la posición de quien suscribe.

¹² La respuesta del CFA a los comentarios recibidos fueron objeto de publicación en un Informe-Nota de la OCDE de fecha 22 de julio de 2010.

¹³ Con relación a la discusión doctrinal sobre la naturaleza del *soft law* y su posición en el sistema de fuentes, Gloria Alarcón realiza un análisis y recopilación exhaustiva de los diversos posicionamientos existentes, cuya lectura recomendamos. ALARCÓN GARCÍA, G.: “El soft law y nuestro sistema de fuentes” en J.Arrieta, M.A. Collado y J. Zorzona, *Tratado sobre la Ley General Tributaria. Homenaje a Álvaro Rodríguez.*, Thomson Aranzadi, 2010, pp. 271-298.

En palabras de ANEIROS PEREIRA¹⁴, se utiliza el término *soft law* para referirse a todo acto emitido por organismos internacionales que, teniendo éstos o no poder normativo, carece de eficacia normativa. La denominación habitual de este tipo de instrumentos es el de Modelos, Recomendaciones, Directrices, Comentarios, Decisiones, Códigos de Conducta o Informes, entre otros.

Estos instrumentos carecen de la eficacia directa y *erga omnes* propia de las normas jurídicas y no forman parte del sistema de fuentes tradicional. Sin embargo, no se les puede negar su incidencia en el ámbito de los principios informadores de las distintas normativas nacionales e internacionales y en la formulación de los convenios internacionales, así como su papel fundamental como guía o criterio de interpretación de éstos. Es en este ámbito, el de los principios informadores y el de los criterios interpretativos, donde el *soft law* ostenta relevancia jurídica y, en este sentido, forma parte del sistema de fuentes, en especial en el ámbito del Derecho internacional.

En efecto, mayoritariamente la doctrina considera que el fenómeno del *soft law* aparece cuando el instrumento tiene *un carácter jurídicamente no vinculante y posee cierta relevancia jurídica*¹⁵, siendo su elemento natural el Derecho internacional en el marco de las relaciones interestatales, de los acuerdos que derivan de las mismas, así como el del desarrollo, clarificación e interpretación de aquél, considerando siempre el principio o elemento de *buena fe* y la búsqueda de consensos que preside las relaciones internacionales, como acertadamente indica ALARCÓN¹⁶. La ausencia de carácter vinculante no le resta eficacia jurídica dentro del alcance indicado, tal y como por otra parte ha reconocido el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) en el asunto Grimaldi¹⁷ cuando, al referirse a las *recomendaciones y dictámenes*,

¹⁴ ANEIROS PEREIRA, JAIME.: “Soft Law e interpretación: las Directrices de la OCDE en materia de Precios de Transferencia”, en *Crónica Tributaria*, boletín de actualidad 6/2011.

¹⁵ DEL TORO HUERTA, M.I.: “El fenómeno del soft law y las nuevas perspectivas del Derecho Internacional”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. VI, 2006, pp. 513-545; ALONSO GARCÍA, R.: “El Soft Law Comunitario”, en *Revista de Administración Pública*, n. 154, Enero-abril 2001, pp.63-94; SARMIENTO, D.: “La autoridad del Derecho y la naturaleza del soft law”, en *Cuadernos de Derecho Público*, n.28, 2006, pp.221-261; VEGA A.: “International Governance through Soft Law: The Case of the OECD Transfer Pricing Guidelines” y “Eurostat, Soft Law and the Measurement of Public Debt: The Case of Public-Private Partnerships”, en *Max Planck Institute for Tax Law and Public Finance*, working paper 2012-05 y 2014-04.

¹⁶ ALARCÓN GARCÍA, G.: “El soft law...” op. cit. p. 7.

¹⁷ Asunto Grimaldi (C-322/88), de 13 de diciembre de 1989.

estimó que a pesar de carecer de efectos vinculantes, a tenor de lo dispuesto en el art. 249 del Tratado de la Comunidad Europea, tales actos “*no pueden ser considerados como carentes en absoluto de efectos jurídicos*”.

El *soft law* puede clasificarse de diversos modos en función del parámetro que se utilice.

A modo de ejemplo, por su contenido se suele distinguir entre aquél que contiene normas generales o principios programáticos, de otros cuyo contenido lo conforman reglas específicas. En el primer caso, nos movemos en el ámbito de los principios informadores y criterios interpretativos. En el segundo, el *soft law* incluye contenidos normativos específicos que incluso pueden llegar a tener más fuerza y relevancia jurídica que las normas convencionales o *hard law*, siendo más beligerante en estos casos la contraposición y polémica entre ambos conceptos.

Si atendemos a la función que cumple en el sistema de fuentes, generalmente se reconocen cuatro funciones fundamentales¹⁸:

- 1.- Ser el avance del *hard law*
- 2.- Constituir una alternativa al *hard law*
- 3.- Servir de complemento al *hard law*
- 4.- Constituir un parámetro interpretativo del *hard law*.

De las cuatro funciones indicadas, entendemos como más relevantes la primera, que recoge la labor del *soft law* como principio informador y uniformador de la normativa convencional, y la última, como criterio interpretativo, que es en la que mayormente se apoya la doctrina para defender la inclusión del *soft law* en las fuentes del Derecho como principio general del Derecho, en especial del Derecho internacional.¹⁹

Con relación a la función del *soft law* como complemento o alternativa al *hard law*, es con diferencia la más discutida desde un punto de vista estrictamente político-democrático, por cuanto, en estos casos, se puede hablar más claramente de que el *soft law* se ha convertido en *hard law* sin haberse seguido el cauce legislativo habitual, por

¹⁸ ALONSO GARCÍA, R.: “El Soft...”, op. cit. pp. 74 y ss.

¹⁹ SARMIENTO, D.: “La autoridad...” op. cit. p. 223.

lo que dicha incorporación se produce, por decirlo de algún modo, por la puerta de atrás (*backdoor legislation*). Esta situación puede darse especialmente en aquellos casos en los que el instrumento de *soft law* incluya contenidos normativos específicos que no encuentran reflejo en la norma positiva o en un tratado o convenio internacional, por cuanto la ausencia de eficacia normativa y su no oponibilidad, impedirían la aplicación de la supuesta norma-*soft law*. Por tanto, no se podría fundamentar una posición jurídica, por ejemplo, en un proceso con base en la remisión o aplicación directa de una cláusula o apartado concreto contenido en un instrumento de *soft law* que no tenga enlace o no se haya trasladado a normativa interna/internacional o que no pueda lograr su cauce de aplicación a través de un convenio.

Por el contrario, la crítica político-democrática es más discutible en aquellos supuestos en los que el contenido normativo del instrumento de *soft law* se ha incorporado al Derecho positivo o encuentra su cauce a través de un convenio. En efecto, en estos casos, hablar de *backdoor legislation* en el sentido crítico anteriormente indicado no es, en mi opinión, tan plausible, por cuanto, de una parte, lo que se suele producir es una traslación, habitualmente no completa, de contenidos, no la incorporación o conversión de la norma-*soft law* en norma de Derecho positivo y, de otra, para lograr dicha traslación de contenido, sí se siguen los cauces legislativos reglamentarios. Equiparar ambos supuestos sería tanto como negar el principio de buena fe y búsqueda de consenso que se da en las relaciones internacionales entre países, bien directamente bien en el seno de las diversas organizaciones a las que estos pertenecen, además de obviar la relevancia jurídica que efectivamente tienen estos instrumentos en el sentido de, una vez consensuado entre los países determinado contenido (que se refleja en el *soft law*), guiar la posterior elaboración de la normativa nacional de cada país o de las relaciones con otros países a través de los convenios.

Finalmente, con relación a la vertiente del *soft law* como guía o criterio de interpretación, entendemos que la crítica indicada no es de aplicación, por cuanto no da lugar a la incorporación, directa o indirecta, de contenido normativo alguno, sino a la interpretación de éste conforme a su *ratio legis*, el contexto en el que se originó y la opinión actualizada de los autores, como indicamos más adelante. Sólo si el instrumento de interpretación fuese más allá de la propia norma, siendo contrario a los tres parámetros antes indicados, cabría la crítica político-democrática, aunque, en estos

casos, desde un punto de vista jurídico entendemos que el instrumento de *soft law* carece de eficacia jurídica alguna y no puede ser oponible frente a terceros.

2.2.- Eficacia jurídica del denominado *soft law*

A) *Soft law como principio informador y uniformador*

Basta revisar la mayoría de convenios firmados entre los diversos países para constatar cómo un porcentaje muy elevado de los mismos siguen la estructura y clausulado del MCDI o, en menor medida, del Modelo equivalente de Naciones Unidas, poniendo también de manifiesto la función uniformadora de este tipo de instrumentos. En idéntico sentido, sólo hay que leer la propia normativa española sobre operaciones vinculadas del último decenio para observar que algunos artículos son un reflejo casi exacto de apartados concretos de las Directrices de la OCDE al respecto (ej: análisis de comparabilidad, métodos de valoración) o de documentos emitidos por el Foro de la OCDE sobre precios de transferencia²⁰. Por tanto, no cabe negar la relevancia de estos actos o instrumentos como principio informador de la normativa nacional e internacional, pudiendo incluso incorporar parte de su contenido a estas últimas, como se ha visto.

Es innegable también la función uniformadora que ejercen algunos instrumentos de *soft law* en el ámbito del Derecho internacional, fruto de la búsqueda de consenso, cooperación y actuación coordinada de los países. En efecto, a nivel de la UE, por ejemplo, destaca en el marco de la fiscalidad la coordinación propuesta por la propia Comisión con el objetivo no de sustituir a las normativas nacionales de los diversos

²⁰ Véase por ejemplo las obligaciones de documentación establecidas en el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades aprobado por RD 1777/2004, de 4 de julio, en relación con el denominado Código de Conducta en materia de documentación, o las ya incluidas en el borrador del nuevo reglamento y que recogen las pautas establecidas por la OCDE y el G20 en los diversos informes sobre documentación de precios de transferencia aprobados por ambos organismos en el ámbito del Plan BEPS. En este mismo sentido, la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades, recoge en su segundo apartado del Preámbulo los objetivos básicos de dicha ley, entre los que destaca en su letra h) el siguiente: “*Lucha contra el fraude. Por último, aunque no por ello menos importante, resulta esencial incrementar las medidas que favorezcan una efectiva lucha contra el fraude fiscal, no solo a nivel interno sino en el ámbito de la fiscalidad internacional. Precisamente en este ámbito, 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.*”

países, sino de asegurar que éstas puedan operar conjuntamente sin fricciones²¹. Los diversos Códigos de Conducta de la UE son otro claro ejemplo de instrumento *soft law* con eficacia jurídica en el sentido y con el alcance indicados, destacando sobre todo los aprobados en el ámbito de la fiscalidad y buenas prácticas, en el de la documentación de los precios de transferencia o el relativo al procedimiento regulado en el Convenio de Arbitraje 90/436/CEE.

A este respecto, nuestro Tribunal Constitucional ha reconocido la labor informadora, uniformadora (e interpretativa) de las Directrices y demás instrumentos emanados de la OCDE y del Foro. En efecto, en su sentencia de 11 de julio de 2013, en la que declarada la constitucionalidad de la tipificación y el régimen sancionador previstos por el Texto Refundido del Impuesto sobre Sociedades en relación con el incumplimiento de la obligación de documentación de operaciones vinculadas, el alto Tribunal dice, cito textualmente, "*Tales Directrices, al igual que el indicado Código de Conducta, carecen de valor estrictamente normativo. Sin embargo, han orientado al legislador español con incidencia particular en el apartado Dos del artículo 1 de la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal, que dio nueva redacción a los apartados 2 y 10 del art. 16 del Real Decreto Legislativo 4/2004. Tan es así, que la propia Exposición de motivos (apartado III) de la Ley 36/2006 afirma que -a [su] luz debe interpretarse la normativa modificada- y justifica la reforma en el cumplimiento...*".²²

Finalmente, cabe mencionar también la jurisprudencia del TJUE respecto de los Estados no parte en el litigio, a los que, no vinculándoles la resolución del Tribunal, sin embargo suelen adaptar su legislación interna al posicionamiento de dicho tribunal con el objetivo de no ser denunciados ante el mismo por seguir una actuación similar a la objeto de litigio.²³

²¹ Bruselas 19.12.2006. COM (2006) 823 final.

²² STC 145/2013, de 11 de julio de 2013. BOE 183, 1 de agosto.

²³ La STJCE 12/12/2002, *Lankhorst-Hohorst GMBH*, Asunto C-324/00 estableció la incompatibilidad de la norma de subcapitalización alemana con el principio de libertad de establecimiento regulada en el artículo 43 del Tratado Constitutivo. A raíz de dicha sentencia, la mayoría de países de la UE modificaron su legislación interna en materia de Impuesto sobre Sociedades, no aplicando las normas de subcapitalización y de transparencia fiscal internacional en los casos en los que la entidad vinculada no residente estuviese domiciliada en un país miembro de la UE. España introdujo dicha modificación a partir el ejercicio 2004.

B) Soft law como guía o criterio de interpretación

*“Interpretar una ley –escrita, por lo general- consiste en explicar su sentido frente a un caso concreto: declarar cual es, puesta en contacto con la realidad, el resultado práctico del mensaje que contiene”.*²⁴

El artículo 12.1 de la LGT establece que *“Las normas tributarias se interpretarán con arreglo a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 3 del Código Civil”*, cerrándose, de este modo, el paso, como indica FERREIRO²⁵, a las doctrinas que defendían una interpretación de las normas tributarias con base a criterios especiales.

Por su parte, el indicado artículo 3.1 del Código Civil, establece:

“Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas”.

El correcto entendimiento de una norma supone, por tanto, que las palabras del texto legal se interpreten conforme a su sentido propio, por cuanto aisladamente una palabra puede tener diversos significados. Lo anterior implica atender a la *ratio legis* como informadora de la finalidad buscada por el legislador al establecer la norma. La norma no es un todo aislado que nace por generación espontánea, es el fruto de la voluntad de una o varias personas que trasladan determinado contenido intelectual a una norma concreta. Por consiguiente, se hace necesario conocer la *ratio legis*, acudiendo para ello a los trabajos, precedentes y criterios que informaron al legislador en la elaboración de la norma, nacional o internacional, que en el ámbito del Derecho tributario internacional y en el de los Precios de Transferencia, emanan principalmente de organismos supranacionales a los que acuden representantes de los diversos Estados o de las respectivas administraciones tributarias para establecer y aunar criterios. En este mismo sentido, la interpretación de la norma debe atender también a su contexto, ya que una

²⁴ LACRUZ BERDEJO, J.L.: *“Elementos de Derecho Civil I. Vol.I”*. José María Bosch-Editor, 1988, p. 257.

²⁵ FERREIRO LAPATZA, J.J.: *“Curso de Derecho Financiero Español”*. Marcial Pons, 14ª edición, 1992, p.78.

interpretación aislada puede llevar a una conclusión errónea, e igualmente debe estar en consonancia con la realidad del momento en que se va a aplicar la norma, entendiendo por tal la posición u opinión actualizada de aquéllos que han participado o informado en su elaboración.²⁶ Es en este ámbito en el que se sitúan determinados instrumentos de *soft law* como criterio interpretativo, en el de la *ratio legis* de la norma, el del contexto en el que se originaron y el de la opinión actualizada de los autores que inspiraron la norma.

Es el caso, por ejemplo, de las Recomendaciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, que cumplen con la función de interpretación de la Carta de la ONU, cuando han sido adoptadas por unanimidad o consenso de los Miembros. Como indica ALARCON²⁷, ello es así porque las Recomendaciones “*reflejan la voluntad de los mismos indicando el sentido en el que debe interpretarse dicha Carta para ser más eficaz*”. Los Comentarios al MCDI y las Directrices tendrían la misma consideración, tal y como se comenta en apartados posteriores.

A partir de la anterior premisa, se plantea cuál debe ser la solución jurídica en el supuesto en que la interpretación conforme al instrumento de *soft law* sea (i) contraria a la norma que interpreta o (ii) distinta de la interpretación dada por el organismo que en cada país tenga atribuida la potestad legal de emanar disposiciones interpretativas o aclaratorias de las normas tributarias emanadas del legislador (en nuestro país, la Hacienda Pública, a través de la Dirección General de Tributos, conforme al artículo 12.3 LGT).

El primer supuesto de contradicción implica que la interpretación dada por el instrumento de *soft law* se realiza sin atender a la *ratio legis* de la norma, su contexto o la opinión actualizada de los autores de la norma, o a todas ellas, supuesto que, en coherencia, sólo podría darse cuando el organismo que emite el instrumento de *soft law* es distinto de aquél que inspiró originariamente la norma. Además, la mayoría de estos instrumentos regulan salvaguardas de opinión o criterio específico de los Estados, como

²⁶ Con el último inciso no se pretende equiparar la eficacia jurídica como criterio interpretativo que tiene el *soft law* a la denominada *interpretación auténtica* que es la que realiza el propio legislador, ni tampoco a la que realicen determinados organismos o instituciones con potestad para ello, como es el caso de la Dirección General de Tributos en España.

²⁷ ALARCÓN GARCÍA, G.: “El soft law...”, p. 11.

es el caso de las reservas y observaciones comentadas anteriormente. Por tanto, entendemos que estos supuestos no deben ser habituales, por cuanto incluso tratándose de organismos distintos, al tratar una misma materia, éstos actúan bien de forma coordinada bien considerando la posición del otro, como es el caso del binomio UE-OCDE. Dándose esta situación, la solución jurídica pasa por no dar validez o eficacia jurídica alguna al criterio de interpretación, y no porque haya una discrepancia interpretativa entre instrumentos de *soft law*, sino porque en este ámbito, para que el instrumento de *soft law* tenga eficacia jurídica, es necesario que tenga reflejo en y sea coherente con la norma jurídica que interpreta. Dicho de otro modo, los criterios interpretativos que facilita el *soft law* deben servir para aclarar o entender la *ratio legis* de la norma, así como para alcanzar una interpretación coherente con el contexto de aquella y más adaptada a la posición actualizada de los propios autores que inspiraron la norma, pero no para concluir en una interpretación contraria a la propia norma o desligada de su *ratio legis*.²⁸

Respecto al segundo supuesto, la contradicción se produce entre criterios interpretativos: de una parte el facilitado por el instrumento de *soft law* y de otra el del propio legislador u órgano subordinado con potestad legal para dictar disposiciones interpretativas o aclaratorias. Habría que distinguir entre ambos escenarios.

Si la contradicción es con la interpretación del propio legislador (“auténtica”), la solución jurídica pasa por la prevalencia de ésta frente a los criterios establecidos en el instrumento de *soft law*, cuya relevancia y eficacia jurídica cede ante la interpretación auténtica del legislador de la norma. En este sentido, es cierto que, de una parte, el legislador al interpretar la norma debería tener en cuenta los principios informadores del *soft law*, por cuanto inspiraron la norma, pero, de otra, no es menos cierto que al final es la norma legal la que, recogiendo en mayor o menor medida aquéllos, tiene plena eficacia jurídica.

²⁸ En este sentido, en el propio apartado III letra e) del Preámbulo de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades, se reconoce que, cito textualmente, “*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.*”

Si la contradicción es con un organismo con potestad para dictar disposiciones interpretativas o aclaratorias en materia tributaria, la solución jurídica es otra por cuanto (i) no estamos ante una interpretación “auténtica” como indica DÍEZ PICAZO²⁹ y (ii) la disposición interpretativa o aclaratoria poseerá un valor autorizado, pero su eficacia vinculante quedará limitada a los órganos y personas jerárquicamente subordinadas al órgano autor de la disposición interpretativa, o al administrado a quien se dirige si así se establece. Sería el caso de las consultas vinculantes de la Dirección General de Tributos. Aquí, en nuestra opinión, siendo obviamente válida la disposición interpretativa del órgano subordinado, cabría sin embargo aducir en sede judicial los criterios interpretativos establecidos en el instrumento de *soft law*, cuya eficacia y relevancia jurídica se mantiene.

2.3.- Antecedentes e influencia del MCDI

Los supuestos de doble imposición jurídica internacional en los que una misma renta de un mismo contribuyente es sometida a imposición en países distintos por aplicación de impuestos similares, son una problemática que históricamente ha preocupado y ocupado a los países de la OCDE y a la comunidad internacional en general.

En efecto, en los apartados 2 y 3 del MCDI los países de la OCDE reconocen la conveniencia de aclarar, normalizar y garantizar “a los contribuyentes” la aplicación de “soluciones comunes” a supuestos idénticos de doble imposición. En este sentido, es el “contribuyente” el fin último de la existencia del modelo convenio, cuyo objetivo mediato es posibilitar el instrumento o herramienta a utilizar por los Estados y por las Autoridades fiscales para lograr una “base uniforme”, tanto de estructuración y negociación como de interpretación de los convenios, que dé una solución común a los conflictos que se originan en el ámbito de la doble imposición jurídica³⁰. En este sentido, como indica TOVILLAS MORÁN recogiendo la doctrina en esta materia, los

²⁹ DÍEZ PICAZO L. y GULLÓN A.: *Sistema de Derecho Civil. Vol. I*, Tecnos, 7ª Edición, 1989, p.196.

³⁰ Sin perjuicio de ello, el MCDI también trata otros temas como la prevención de la evasión fiscal y la no discriminación, razón por la que en las versiones más actuales se ha apostado por un título nominalmente más corto eliminando la referencia a la doble imposición, si bien la mayoría de los países todavía la mantienen en sus convenios por cuanto es el objetivo y contenido principal de los mismos.

modelos de convenio se pueden considerar “trabajos preparatorios” del Acuerdo Internacional conforme al artículo 32 de la Convención de Viena y, en consecuencia, también con valor a efectos interpretativo.³¹

Esta dualidad básica de funciones de los Modelos de Convenio es el resultado de su propia evolución. En efecto, en palabras de GARCÍA PRATS, “*en un momento inicial tienen como misión fundamental servir de guía durante el proceso de negociación de los Convenios fiscales internacionales, ofreciendo una estructura y unos criterios de reparto de la competencia tributaria y de su comprensión elaborados a nivel internacional como fruto del consenso de los países intervinientes en dicho proceso. Con la evolución y desarrollo de los mismos, los Modelos de Convenio y, sobre todo, los Comentarios que los acompañan se convierten en una guía que sirve para determinar el sentido de los términos y reglas fijadas en el Modelo de Convenio en el momento de aplicación e interpretación de los Convenios de doble imposición*”.³²

De este modo, vemos cómo con objetivos distintos, aunque interrelacionados, el MCDI se dirige a tres agentes distintos:

- A los contribuyentes, con el fin de facilitarles a estos una solución común o uniforme a los supuestos de doble imposición jurídica que se planteen y que, en este sentido, no es otra que el darles mayor seguridad jurídica para fijar sus relaciones económicas y/o empresariales a nivel internacional, en el seno de una economía globalizada.
- A los Estados, con el fin de proporcionarles una herramienta que les permite ya acotar una base o estructura común mínima de convenio, a firmar en su caso con otros países miembros y que, a su vez, les otorga la suficiente flexibilidad para respetar las posiciones individuales de cada Estado, a través del mecanismo de las Reservas a las disposiciones o la posibilidad de realizar Observaciones a la interpretación dada por los Comentarios a las disposiciones.

³¹ Más concretamente, este autor considera a los modelos de convenio como “*mecanismos complementarios de interpretación, no se trata de medios autónomos, sino simplemente medios destinados a facilitar la interpretación dirigida por el art. 31: la regla general de interpretación*”. TOVILLAS MORÁN, J.M.: “*Estudio del modelo de convenio sobre la renta y patrimonio de la OCDE de 1992*”, en Marcial Pons, 1996, pp. 77-78.

³² GARCÍA PRATS, A.F.: “Los modelos de convenio, sus principios rectores y su influencia sobre los convenios de doble imposición”, en *Crónica Tributaria*, n. 133, 2009, p.106.

- A las Autoridades Fiscales de cada Estado, con el objetivo de poner en disposición de éstas un mecanismo de comprensión, guía o criterio de interpretación de los convenios basados en el MCDI y firmados por los Estados, a través de los denominados Comentarios.

Desde la publicación de la versión del MCDI en 1992, éste se ha estipulado como un modelo “dinámico” de convenio que permite actualizaciones y modificaciones periódicas y puntuales sin necesidad de esperar a una revisión completa, tal y como se había venido haciendo hasta entonces.³³ De este modo, la propia OCDE en su Recomendación relativa al MCDI, de 23 de octubre de 1997, de una parte invita a los gobiernos de los países miembros a notificar al CFA sus reservas a los artículos y observaciones a los Comentarios y, de otra, da instrucciones al propio CFA para que éste prosiga el examen de las situaciones que fuera preciso modificar o incorporar al MCDI y a formular las propuestas apropiadas para su actualización. Lo anterior ha culminado en un modelo de convenio de gran importancia en el ámbito de la OCDE pero cuya influencia ha ido más allá de los propios países de esta organización³⁴. En efecto, la importancia del MCDI se valora tanto por el número de convenios concluidos entre Estados miembros, como por el hecho de que tales convenios y los que son objeto de revisión, adoptan su estructura y, mayormente, siguen las disposiciones básicas del MCDI. Sin embargo, como decimos, su influencia se extiende fuera del ámbito propio de la OCDE, por cuanto tal y como reconoce este organismo, se ha utilizado como documento básico de referencia en las negociaciones entre países miembros y no miembros o directamente entre estos últimos, además de como base para otros modelos de convenio como el de Naciones Unidas³⁵ que, aunque en sus orígenes es anterior en el tiempo al de la OCDE, su evolución ha sido desigual y necesitó del impulso de esta última para dar lugar al que se considera como primer antecedente más actual del modelo de Naciones Unidas, que es el Modelo de Convenio de la ONU de 1980.³⁶

³³ De hecho, por ese motivo la versión de 1992 “no representa tanto la culminación de una revisión general, sino más bien el primer paso de un proceso continuo de revisión” según se indica en el propio texto introductorio del MCDI.

³⁴ En este sentido, en 1997 se publicó un volumen II del MCDI en el que se incluían las posiciones de diversos países de la OCDE reconociendo la creciente influencia del MCDI fuera del ámbito de la OCDE.

³⁵ *United Nations Model Double Taxation Convention Between Developed and Developing Countries*, United Nations Publications, 2ª Ed. New York. 2001.

³⁶ En este sentido, recomendamos la lectura pausada del artículo del profesor García Prats, que refleja la evolución paralela de ambos modelos de convenio, su interacción y diferencias. GARCÍA PRATS, *passim*.

La decisión de *actualizar* los Modelos de Convenio ha traído, sin embargo, la polémica o discusión sobre la incidencia que dichas actualizaciones deben tener en la red de convenios existente o preexistente, en especial en lo relativo a los criterios de interpretación cuando el Convenio de que se trate se aprobó antes de la actualización. A este respecto, la postura de la OCDE es clara, como se indica en el párrafo 3 de la Introducción al MCDI y se deduce de la Recomendación de octubre de 1997 en la que dicho organismo hace, valga la redundancia, la siguiente doble recomendación:

- a) A los Estados miembros: recomienda concluir o revisar los convenios bilaterales conforme a los criterios establecidos por el MCDI, según se interpreta éste conforme a los Comentarios; obviamente, se entiende, sin perjuicio de las Reservas que los propios Estados hayan realizado.
- b) A las Autoridades fiscales: recomienda que sigan los Comentarios tal como quedan modificados “*en su última versión disponible*”³⁷ sujetas a las Observaciones establecidas al mismo “*cuando apliquen o interpreten los preceptos de sus tratados fiscales bilaterales que estén basados en dicho MCDI*”³⁸

A) *Eficacia jurídica del MCDI, los Comentarios y las Directrices*

La función del MCDI como principio informador y uniformador de los convenios de doble imposición, así como guía o criterio de interpretación común de las cláusulas incluidas en los mismos, ha adquirido mayor fuerza y relevancia los últimos lustros. El reconocimiento mundial de las disposiciones del MCDI y, sobre todo, la incorporación a la mayoría de convenios bilaterales de cláusulas redactadas con base a su equivalente del MCDI, ha traído como consecuencia no sólo su reconocimiento como fuente del Derecho en su función de principio informador y uniformador del Derecho convencional, sino también el otorgamiento de fuerza y plena vigencia a los Comentarios al MCDI y las Directrices que de ellos emanan, obviamente no como norma jurídica con eficacia vinculante, por cuanto al igual que el MCDI ni lo son ni se

³⁷ GARCÍA PRATS critica de forma acertada las incertidumbres que origina la terminología utilizada por la OCDE en su recomendación, tanto en lo que respecta al indicado “casamiento” en el MCDI como en la correcta identificación de lo que se denomina como “última versión disponible”. GARCÍA PRATS, A.F.: “Los modelos...”, pp. 109-110.

³⁸ Nuevamente sale a colación la necesidad de que, por razones de coherencia y de seguridad jurídica, en cualquier caso exista vínculo entre el instrumento de *soft law* y la norma o Convenio que interpreta.

ha pretendido nunca que lo fueran, sino como guía o criterio de interpretación y aplicación de las disposiciones de los convenios bilaterales, y siempre en la medida en que éstas se basen en las propias incluidas en el MCDI. En este sentido, un elemento clave en todos los casos es el análisis previo de la imbricación de las cláusulas del convenio al contenido del MCDI, análisis que determinará la mayor o menor utilización de los Comentarios y las Directrices como criterio interpretativo o aclaratorio de las disposiciones del convenio y que evita el quebranto del ordenamiento jurídico establecido.

En definitiva, aun cuando no se debe olvidar que los Comentarios y sus Directrices, al igual que el MCDI, no son de obligado seguimiento, sí han sido redactados y acordados por expertos que representan, en el seno del CFA, a los propios gobiernos de los países miembros³⁹, siendo consultados, seguidos y utilizados tanto por administraciones públicas y tribunales de justicia, como por los propios contribuyentes en la planificación de sus operaciones empresariales⁴⁰, teniendo su eficacia jurídica como fuente del Derecho en su calidad de principio informador y uniformador, así como criterio interpretativo.

B) *Interpretación dinámica y contextual*

Se plantea aquí la discusión doctrinal sobre si las interpretaciones de normas o Convenios con base al MCDI, los Comentarios y las Directrices, dada la continua actualización de estos, cabe calificarla de *interpretación dinámica o de interpretación contextual*.⁴¹

³⁹ Al contrario de lo que ocurre en el seno del Comité de la ONU, donde los expertos de cada gobierno actúan en su capacidad personal, por lo que en sus decisiones no vinculan a los Estados que los nombran ni al resto de Estados, y tampoco dan lugar a una “posición oficial” de ninguno de ellos, a diferencia de lo que ocurre en el CFA de la OCDE.

⁴⁰ Huelga decir que en este sentido, los diversos países de la OCDE han seguido fielmente la Recomendación del Consejo OCDE relativa al MCDI, de 23 de octubre de 1997, en la que el alto organismo internacional instaba a los países miembros a concluir convenios tributarios bilaterales o actualizar los ya existentes, con base en las disposiciones del MCDI, así como a seguir las directrices de interpretación que establecen los Comentarios al mismo, extremo éste que traslada también a las respectivas Administraciones tributarias.

⁴¹ Por todos, *vid.* MARTÍN JIMÉNEZ, A.: “Los Comentarios al MCOCDE; su incidencia en el sistema de fuentes del derecho tributario y sobre los derechos de los contribuyentes”, *Carta Tributaria*, 2003, nº 20, pp. 1-19.

Los defensores de la interpretación dinámica fundamentan mayoritariamente⁴² su posición en el propio párrafo tercero de la Introducción del MCDI y en la Recomendación de la OCDE de octubre de 1997, anteriormente mencionados, conforme a los cuales, de una parte, los Estados miembros “deberán” ajustarse al MCDI tal y como lo interpretan los Comentarios al mismo, sin perjuicio de las reservas hechas, y, de otra, sus autoridades fiscales deben seguir los Comentarios tal como resulten de sus modificaciones periódicas y sujetos a sus respectivas observaciones.

Por su parte, los postulados de la interpretación contextual, se basan en el artículo 3.2 del MCDI, a tenor del cual *“Para la aplicación del Convenio por un Estado contratante en un momento determinado, cualquier término o expresión no definida en el mismo tendrá, a menos que de su contexto se infiera una interpretación diferente, el significado que en ese momento le atribuya la legislación de ese Estado relativa a los impuestos que son objeto del Convenio, prevaleciendo el significado atribuido por esa legislación fiscal sobre el que resultaría de otras Leyes de ese Estado”*.

A la pregunta sobre cuál de las dos posturas doctrinales es la acertada, la respuesta es, en mi opinión, que ambas lo son, siendo el elemento temporal y la mayor o menor incidencia del instrumento de *soft law* como principio informador, las claves para concluir si cabe calificar la interpretación de dinámica o contextual.

En efecto, si nos situamos de nuevo en el MCDI, claramente el apartado tercero introductorio recoge la interpretación dinámica, en el sentido ya indicado de que ésta se debe adaptar a la evolución del criterio u opinión del propio Estado, puesta de manifiesto, con sus reservas y observaciones, en las actualizaciones del MCDI, los Comentarios y las Directrices; hecho, por otra parte, del todo coherente.

Sin embargo, la interpretación dinámica de la norma o convenio no sólo es predicable con relación a la última actualización del MCDI, de los Comentarios o de las Directrices, sino también con base a la propia legislación del Estado, tal y como se desprende del artículo 3.2 ya indicado, que recoge ambos tipos de interpretaciones:

⁴² Algunos autores argumentan también el artículo 3.2 de MCDI, confundiendo interpretación dinámica con contextual, tal y como indica GARCÍA PRATS (p.111)

- a) Interpretación dinámica: conforme al significado que en ese momento le atribuya la legislación de ese Estado, momento que, según se indica en el Comentario 11° al artículo 3, es la fecha de aplicación, por tanto, se remite a la legislación vigente en el momento de aplicación del convenio y no en el de su firma o revisión.

- b) Interpretación contextual: que con base al Comentario 12° al artículo 3, y con prioridad respecto a la interpretación dinámica basada en la legislación estatal, sería la formada por (i) la opinión de los Estados contratantes en el momento de la firma del Convenio, comprendiendo no sólo cualquier instrumento de ese período y específico de ambas partes con relación a dicho Convenio, sino también la postura de las mismas reflejada en la versión a esa fecha del MCDI, los Comentarios y las Directrices, y (ii) el significado que la legislación del otro Estado contratante atribuye al término de que se trate.

La necesidad de coexistencia de ambas interpretaciones responde a razones de coherencia y, por qué no decirlo, de seguridad jurídica, por cuanto se busca un equilibrio entre la necesidad de asegurar la permanencia de los compromisos contraídos por los Estados al firmar los convenios (hecho que se truncaría si la legislación interna modificase a posteriori el sentido de los términos del tratado) y la exigencia de que éstos se apliquen e interpreten a lo largo del tiempo conforme a conceptos y criterios actualizados por los propios Estados.

Esta dualidad entre interpretación dinámica y contextual se refleja muy claramente, por ejemplo, en la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados (en adelante, “Convención de Viena”)⁴³, en su artículo 31 sobre “*Reglas de interpretación*”, que se reproduce a continuación:

“1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

⁴³ U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969) 1155 U.N.T.S. 331

- a. *Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:*
- a) *todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;*
 - b) *todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado;*
- b. *Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:*
- a) *todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones;*
 - b) *toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado;*
 - c) *toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.*
- c. *Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.”*

Con base a todo lo anterior, como decíamos al inicio de este sub apartado, en función del elemento temporal y de la mayor o menor incidencia del instrumento de *soft law* de que se trate, la interpretación con base en el mismo se calificará de contextual o de dinámica. En general, en la mayoría de ocasiones estaremos ante el segundo caso, básicamente porque los propios Estados priorizan la actualización de su opinión, criterio o postura sobre una norma o institución jurídica concreta, sobre todo de Derecho internacional, más a través de los distintos instrumentos de *soft law* que aprueban en los diversos organismos u organizaciones supranacionales a los que acuden, que a través de la revisión de los propios convenios o de reformas legislativas. Se daría el primer caso de interpretación contextual, principalmente (i) si la opinión o criterio actualizado se hubiese incorporado al Convenio, vía revisión por ejemplo, o a la norma nacional, ó (ii) si no constase actualización de criterio u opinión, en cuyo caso debería estarse a la que mantenían los Estados en el momento de la firma del Convenio o promulgación de la norma, y que se reflejaría tanto en los instrumentos particulares que acordasen con relación al propio texto convencional o norma legal, como en los más generales que

tratasen la materia y que recogiesen la postura u opinión de los propios Estados, como es el caso del MCDI, los Comentarios y las Directrices.⁴⁴

Finalmente, centrándonos en las Directrices, que es el caso que nos ocupa, se ha de indicar que mayormente la interpretación de los términos de un tratado o de una norma tendrá el calificativo de dinámica, dada la continua actualización de este instrumento por parte de los Estados a través tanto de la OCDE o de la UE como de Naciones Unidas.

2.4 Conclusiones sobre las Directrices

De todo lo expuesto en este apartado, concluimos del siguiente modo respecto a la naturaleza y eficacia de las Directrices:

- Se trata de un instrumento de *soft law* implementado por mutuo acuerdo de los Estados en el ámbito de las relaciones internacionales a través de diversos organismos y organizaciones supranacionales de las que aquellos forman parte, presididos por el principio de buena fe y la búsqueda de criterios y soluciones comunes y de armonización fiscal de las diversas normativas nacionales.
- Como instrumento de *soft law* tiene relevancia y eficacia jurídica como principio uniformador e informador y como guía o criterio de interpretación en la consecución de Convenios e implementación de normas nacionales e internacionales, en el ámbito de la aplicación del Principio de Libre

⁴⁴ Pueden darse sin embargo casos en los que ambos tipos de interpretaciones coexistan, como sería, a nuestro juicio, el supuesto recogido en la polémica STS de 11 de junio de 2008 (recurso 7710/2002). En efecto, como indica GARCÍA PRATS en su extenso comentario a esta sentencia, el Tribunal, de una parte se apoya en la dimensión “contextual” del Convenio hispano-holandés al justificar la no inclusión de una cláusula específica en el hecho de que la misma todavía no se hubiese incorporado a la versión del MCDI vigente a la fecha de firma del Convenio y, de otra, acude a la teoría dinámica al argumentar la ausencia de observaciones por parte de España y de Holanda a la nueva versión del MCDI que ya incorporaba la cláusula en concreto. En este mismo sentido, el Tribunal va incluso más allá al considerar que la voluntad de los Estados firmantes del MCDI, expresada en el Preámbulo de 1992, consiste en que los CDIs se interpreten conforme al espíritu de los Comentarios al Modelo –actualizado- aun cuando los Convenios no dispongan de las precisiones que se derivan de las sucesivas actualizaciones del MCDI. GARCÍA PRATS, F.A.: “La interpretación jurisprudencial como mecanismo para hacer frente a la elusión tributaria” en *Tribuna Fiscal*, Nº 220, Sección Galería del mes / Tribuna de los autores, Febrero 2009, Editorial CISS Ref.CISS 20357/2011, p. 5.

Competencia en transacciones transnacionales entre empresas asociadas regulado por el artículo 9 del MCDI, siendo el aspecto interpretativo el de mayor peso por el contenido concreto del texto de las Directrices. En este sentido y con dicho alcance, las Directrices forman parte del sistema de fuentes del Derecho internacional.

- Como principio uniformador e informador, las Directrices han inspirado el contenido de la normativa nacional sobre Precios de Transferencia de los Estados miembros de la OCDE, entre ellos España, adquiriendo plena relevancia y eficacia jurídica en tal sentido al incorporarse parte de su contenido a los textos normativos. Sin embargo, no se puede fundamentar una posición jurídica, por ejemplo, en un procedimiento contencioso con base a la remisión o aplicación directa de un apartado concreto de las Directrices que no tenga enlace o no se haya trasladado a normativa interna/internacional o que no pueda lograr su cauce de aplicación a través de un convenio.
- Como criterio interpretativo, las Directrices deben servir para aclarar o entender la *ratio legis* de la norma o cláusula convencional, así como para alcanzar una interpretación coherente con el contexto de aquéllas y más adaptada a la posición actualizada de los propios autores que las inspiraron, pero no para concluir en una interpretación contraria a la propia norma o cláusula convencional o desligada de su *ratio legis*. Por consiguiente, un elemento clave en todos los casos es el análisis previo de la imbricación de las cláusulas del convenio o de la norma al contenido del MCDI, análisis que determinará la mayor o menor utilización de los Comentarios y las Directrices como criterio interpretativo o aclaratorio de las disposiciones del convenio o norma y que evita el quebranto del ordenamiento jurídico establecido.
- Por la continua actualización de las Directrices, la utilización de éstas como criterio interpretativo se calificará mayormente como de interpretación dinámica.

3.- ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL CAPÍTULO IX DE LAS DIRECTRICES

3.1.- Concepto de “operación de reestructuración empresarial”

A) *Concepto general de “reestructuración”*

El término “reestructuración” va ligado ineludiblemente al ámbito económico en general y de la empresa en particular, de hecho no es necesario añadir el adjetivo “empresarial” ni el sustantivo “operación” para entender el significado de esta palabra en su principal acepción, la económica.⁴⁵

En efecto, el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia define “reestructuración” como “*acción o efecto de reestructurar*” y, a su vez, “reestructurar” como “*Modificar la estructura de una obra, disposición, empresa, proyecto, organización, etc.*”⁴⁶ Por su parte, MARÍA MOLINER define “reestructuración” ya en su aceptación económica como “*Reorganización de una empresa o de un sector de la economía para conseguir una mayor productividad con costes más bajos*”⁴⁷, incorporando la justificación o motivación de la reestructuración junto a la idea de mejora en la productividad y reducción de costes. Finalmente, el Gran Diccionario Enciclopédico Plaza & Janes facilita una definición de “reestructuración” más objetiva y descriptiva al considerar como tal la “*Previsión y planificación del cambio en la estructura de la totalidad de una empresa o determinadas secciones de ésta.*”⁴⁸

De las definiciones indicadas, se pueden extraer tres factores que son inherentes al concepto de reestructuración empresarial y que son:

- 1) La existencia o planificación de un cambio o modificación en la estructura u organización de la empresa.
- 2) La relevancia de dicho cambio, en el sentido de afectar a toda la empresa o a una parte importante de la misma.

⁴⁵ Con ello no queremos decir que la acepción económica o empresarial sea la única que distingue este término, pero sí la más significativa o habitual.

⁴⁶ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA DE LA LENGUA.: “Diccionario de la lengua española”. 21ª Edición, 1992.

⁴⁷ OBRA COLECTIVA.: “María Moliner, Diccionario de uso del español”. Ed. Gredos, 2001.

⁴⁸ OBRA COLECTIVA.: “Gran Diccionario Enciclopédico”. Ed. Plaza & Janes Editores, S.A. Vol. 13, 1997.

- 3) La motivación o razones de la reestructuración, que son esencialmente económicos (de negocio) y, en este sentido, no necesariamente limitados al logro de una mayor productividad o reducción de costes.

Por tanto, en su concepción general cabe entender que se produce una reestructuración empresarial cuando por razones esencialmente económicas y/o de negocio se da un cambio o modificación sustancial en la estructura u organización básica de una empresa o en la de un sector concreto de la misma.

B) *Concepto mercantil de “reestructuración”*

A medida que se acota el campo de actuación desde el cual uno se acerca al concepto de “reestructuración”, éste se va concretando y limitando más en comparación con su acepción económica, más genérica y, lógicamente, mucho más amplia.

En la normativa y doctrina mercantil españolas es más fácil hallar definiciones y estudios específicos sobre diferentes supuestos calificables como operaciones de “reestructuración empresarial”, que una definición o estudio genérico sobre qué cabe entender mercantilmente como tal. De hecho, la principal descripción se halla en la Exposición de Motivos de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles,⁴⁹ (Ley 3/2009), cuando las define como *“aquellas alteraciones de la sociedad que van más allá de las simples modificaciones estatutarias para afectar a la estructura patrimonial o personal de la sociedad”*.

Como es de notar, tal concepción de “modificación estructural” se sitúa en línea con la definición económica general de “reestructuración” comentada en el sub apartado anterior, en el sentido de que en ambos casos se reconoce como requisito esencial la existencia de un cambio o modificación y que éste sea relevante. Sin embargo, y en el sentido que indicábamos al inicio de este apartado, la definición mercantil (que podríamos denominar como “jurídica” en contraposición con la general o “económica”) es más restrictiva, por cuanto da a entender que el cambio o modificación es relevante si afecta a la estructura patrimonial o personal de la sociedad, mientras que en su aceptación económica tal limitación no se produce, pudiendo afectar a toda o parte de la

⁴⁹ B.O.E. 4 de abril de 2009. Ref. La Ley 5826/2009.

estructura de la empresa en general o a una sección concreta, siempre y cuando sea significativa la alteración.

Esta limitación de la afección al ámbito patrimonial o personal de la empresa trae causa en la principal norma comunitaria que se pretende incorporar con la Ley 3/2009, esto es, la Directiva 2005/56/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital⁵⁰.

Es por ello también que posteriormente el artículo 1 de la Ley 3/ 2009 ya recoge directamente una relación de supuestos que la norma regula y considera como “modificaciones estructurales” y que no son otros que los tradicionales de transformación, escisión y fusión y los más novedosos de cesión global de activos y pasivos, segregación (como variante de la escisión) y el traslado internacional de domicilio social.

De lo anterior, se deduce que el legislador al referirse a la “estructura patrimonial o personal de la sociedad” está pensando en los socios, accionistas o personas partícipes de las sociedades, mercantiles o de personas, y en su principal activo, las acciones o participaciones, no tanto en los activos o patrimonio de la sociedad, por mucho que el valor de aquéllas va indefectiblemente ligado al buen fin de estos. De ahí la inclusión de las tradicionales operaciones de reestructuración tales como la transformación, la fusión o la escisión. Sin embargo, la incorporación de otros supuestos como son la segregación o la cesión global de activos y pasivos, en los que es la propia sociedad y no sus socios quienes reciben la contraprestación, así como el especial caso del traslado internacional de domicilio, abren la puerta a ampliar la concepción mercantil de “modificación estructural” a supuestos en que el cambio afecte al patrimonio, actividad o activos de la empresa y no directamente a la estructura patrimonial o personal de la sociedad.⁵¹

En todos estos supuestos se identifica claramente un *denominador o elemento común* que es el que caracteriza a toda “modificación estructural”, que es, en palabras de

⁵⁰ Ref. La Ley 10370/2005.

⁵¹ Con ello no se quiere afirmar que una incidencia importante en el activo, patrimonio o actividad de la sociedad no afecta a sus socios, por cuanto es obvio que indirectamente sí que les afecta.

SÁNCHEZ ÁLVAREZ⁵², “la existencia de un cambio sustancial en la manera en la que se ha ostentado hasta ese momento la titularidad del patrimonio de la sociedad”. Dicho cambio, se produce bien por una alteración en el estatus jurídico de la sociedad, bien por la consecución de un traslado internacional de su domicilio o bien por la transmisión a un tercero de la totalidad del patrimonio social o, en bloque, de una parte del mismo que supone una unidad económica autónoma.

Y es que como indica el mismo autor, la Ley 3/2009 no incluye en su articulado una definición normativa *strictu sensu* del concepto de “modificación estructural” ni tampoco una verdadera parte general aplicable a esta figura, sino que partiendo de la definición genérica del preámbulo, tal concepto se acaba definiendo o viendo su contenido a partir de la relación de supuestos que enumera en el citado artículo 1 y por la identificación de los elementos comunes anteriormente comentados.

Dicho esto, se plantean dos cuestiones:

1ª) Si el articulado de la Ley 3/2009 enumera los diversos supuestos como lista cerrada, por lo que otros casos en que claramente se produce una alteración, cambio o modificación sustancial de los activos y/o valor de una sociedad, afectando a la estructura básica de la empresa e indirectamente a los socios-accionistas, quedarían fuera de la regulación establecida por la indicada ley mercantil y del concepto de “modificación estructural”, o bien como *numerus apertus*, en cuyo caso cabría su aplicación a otras operaciones societarias que por sus características morfológicas y por su finalidad pudieran calificarse como “modificaciones estructurales atípicas”, al compartir identidad de razón con alguna de las operaciones enumeradas en el artículo 1 de la ley (que tendrían la calificación de “modificaciones estructurales típicas”). Tal sería el caso, por ejemplo, de la cesión parcial de activos y pasivos.

2ª) Ligado con lo anterior, si se considera la lista de supuestos como meramente enunciativa y se reconoce la posible existencia de operaciones “atípicas”, se

⁵² SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.: “La Ley sobre modificaciones Estructurales y el concepto de Modificación Estructural”, en Rodríguez Artigas F. y otros, *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2009, Vol. I, pp. 65-73.

plantea la viabilidad de la aplicación analógica de la Ley 3/2009 a estos supuestos no regulados explícitamente en dicha ley.

A este respecto, compartimos la opinión de SÁNCHEZ ÁLVAREZ⁵³ al considerar la existencia de *numerus apertus* sobre los supuestos que caben englobar dentro del concepto genérico de “modificación estructural”, así como la viabilidad de aplicar la Ley 3/2009 a las denominadas como modificaciones estructurales “atípicas”, vía aplicación de los criterios de interpretación fijados en el artículo 3 del Código Civil y el principio general de licitud de la aplicación analógica de un régimen jurídico típico a situaciones no reguladas que mantienen identidad de razón con aquellas, establecido por el artículo 4.1 del mismo texto legal.

Dicha “identidad de razón” se deberá inferir tras analizar las características de ambas operaciones, la atípica y la típica con la que se liga la primera, tomando en consideración los aspectos morfológicos de la operación y los efectos sobre la estructura patrimonial o personal de la sociedad, así como sobre la actividad o activos de la misma.

La aplicación analógica de la Ley 3/2009 a modificaciones estructurales “atípicas” en las que exista identidad de razón con alguno de los supuestos incluidos en dicha ley, es positiva, por cuanto supone pasar una reestructuración por el tamiz de un procedimiento regulado que aporta garantías adicionales a acreedores y trabajadores, como a los propios socios-accionistas.

C) Concepto fiscal de “reestructuración”

El ámbito fiscal en general ha bebido del mercantil en lo que se refiere a la conceptualización tanto de la definición genérica de “reestructuración” como en la particular de las distintas operaciones así calificadas. De esta forma, tanto en la normativa tributaria nacional como en la comunitaria se incluyen definiciones que fundamentalmente se basan en las propias incluidas en la normativa mercantil, si bien no se produce una remisión directa ni una transcripción literal entre ambas.

⁵³ SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.: “La Ley...”, p. 57.

En efecto, si se considera el *Régimen especial de fusiones, escisiones, aportación de activos, canje de valores y cambio de domicilio social de una SE o de una SCE de un Estado miembro a otro de la UE*, regulado en el TRLIS y, en especial, las definiciones contenidas en sus artículos 83 y 94 de dicha norma legal⁵⁴, se observa la similitud con la redacción contenida en su día en el artículo 2.1 de la Ley 29/1991, de 16 de diciembre, de adecuación de determinados conceptos impositivos a las Directivas y Reglamentos de las CE, así como con la Directiva 90/434/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros⁵⁵.

Precisamente esta no remisión ni transcripción literal y la utilización de definiciones propias, provoca casos en los que se plantean dudas de interpretación sobre si una concreta operación mercantil de reestructuración está incluida en la definición “fiscal” que de la misma realiza la norma tributaria. En este mismo sentido, se dan supuestos de reestructuración recogidos claramente por la norma mercantil que, por el contrario, no contempla la norma tributaria. A modo de ejemplo, la “transformación de sociedades” o la “cesión global de activos y pasivos” regulados en la ya mencionada Ley 3/2009, no se incluyen en las definiciones del artículo 83 y 94 TRLIS.⁵⁶

Sin perjuicio de lo anterior, resulta claro que fiscalmente la conceptualización de la idea de “reestructuración” es similar a la mercantil o “jurídica”, y que, al margen de las disociaciones ya enunciadas entre norma mercantil y fiscal, lo cierto es que cabe afirmar que esta última enumera y regula unos supuestos en esencia similares. Por tanto, al igual que ocurría con el legislador mercantil, el fiscal entiende que la alteración, cambio o

⁵⁴ Actuales 76 y 87 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades, que si bien con algunas variaciones como la eliminación de la exigencia de mantenimiento de rama de actividad en la entidad escindida en caso de escisión parcial, recogen en esencia las definiciones de sus predecesores.

⁵⁵ Actualmente sustituida por la Directiva 2009/133/CE del Consejo de 19 de octubre de 2009 relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, escisiones parciales, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros y al traslado de domicilio social de una SE o una SCE de un Estado miembro a otro, que a su vez ha recogido conceptos mercantiles de la Tercera Directiva sobre Sociedades.

⁵⁶ Sobre las disociaciones entre norma fiscal y mercantil en lo que a las diversas operaciones que contemplan una y otra normativa cuando definen las “operaciones de reestructuración”, recomendamos el trabajo realizado a tal efecto por la AEDAF en PAPERS AEDAF: “*Régimen especial de las operaciones de reestructuración empresarial: observaciones y propuestas de la AEDAF*”, n. 3, Marzo, 2011.

modificación es estructural o relevante cuando principalmente afecta a la estructura patrimonial o personal de la sociedad.

En definitiva, al igual que hace la norma mercantil española, la fiscal se decanta también por un concepto o definición más “jurídico” que “económico” de “reestructuración”.

3.2.- Concepto de “reestructuración” a efectos del Capítulo IX de las Directrices

En el marco del Capítulo IX de las Directrices se define la “reestructuración” como la transferencia y/o reubicación transnacional de funciones, activos y/o riesgos que se produce en el seno de grupos multinacionales como consecuencia de decisiones/motivos económicos y/o de negocio.

Siguiendo el esquema de los tres factores esenciales que componen la definición básica de reestructuración, conforme a la establecida por las Directrices se distinguirían los siguientes elementos:

- a) La alteración, cambio o modificación estructural.

Se considera como tal la transferencia o reubicación transnacional de funciones, activos y/o riesgos, en el seno de grupos multinacionales. A este respecto, de una parte destaca la amplitud del ámbito de aplicación al referirse de forma genérica a la transferencia o reubicación de funciones, activos y/o riesgos y no a operaciones concretas, como ocurre con la norma mercantil y fiscal en general; de otra, limita el ámbito de aplicación a cambios que se realicen a nivel transnacional y dentro de grupos multinacionales, con lo que operaciones, por ejemplo, entre dos filiales residentes en un mismo país quedarían fuera.⁵⁷

⁵⁷ Particularmente no considero excepcional este hecho, por cuanto las Directrices en general están pensadas y redactadas para su aplicación en el ámbito de las operaciones vinculadas transnacionales que se produzcan en el seno de grupos multinacionales, no para operaciones internas o nacionales. En este sentido, no se debe obviar que el fin último del artículo 9 MCDI y de las Directrices que desarrollan el mismo no es otro que evitar el traslado de bases imponibles de una jurisdicción a otra mediante la manipulación de los precios de transferencia y las condiciones que se fijen en las operaciones vinculadas.

En cualquier caso, el elemento común a todas las situaciones que se puedan dar es la existencia de una "extracción" de funciones, activos intangibles y riesgos que previamente estaban en una entidad, normalmente local, y que se transfieren a otra empresa del grupo más centralizada y especializada, que actúa a nivel global para todo o parte del grupo.⁵⁸ Esta extracción que implica una variación o cambio respecto de la situación preexistente es lo que diferencia en esencia el concepto de "restructuring" del de "structuring", que se comentará en el capítulo V de este trabajo, dado que esta última se refiere al análisis y validación de los precios de transferencia en operaciones vinculadas que se han estructurado de una forma concreta "desde un inicio" y no como consecuencia de ningún cambio o alteración sustancial de las condiciones de una operativa ya existente.

b) La alteración, cambio o modificación debe ser relevante.

Así se deduce de los diversos ejemplos que se indica en los apartados 9.1 a 9.3 de las Directrices y que son los que más habitualmente se identifican en la práctica, como son.

- La conversión de una empresa distribuidora con plenas competencias y responsabilidades, en una mera comisionista o en una comercial con funciones limitadas.
- La conversión de una empresa fabricante en una mera "maquiladora" o fabricante bajo encargo.
- La transferencia de la propiedad de bienes intangibles de una empresa a la empresa matriz del grupo o a la tenedora de este tipo de activos en el seno de la multinacional.
- La rescisión de un acuerdo de fabricación con una empresa y el traslado de la producción a otra entidad del grupo.
- La centralización de servicios de diversas empresas a una tercera entidad del grupo que actuará como empresa de servicios en el seno del grupo.
- El cierre de un departamento concreto o su traslado a otra empresa del grupo (un ejemplo habitual es el de los departamentos de I+D).

⁵⁸ Así lo manifestaron tanto los representantes de los países como del mundo empresarial ("*business representatives*") en la *2nd Annual OECD Centre for Tax Policy and Administration Roundtable: Business Restructuring*, 26-27 January.

Destaca el hecho de que no se limita la afectación a ningún ámbito concreto como pueda ser el patrimonial o personal de la compañía, siendo lo relevante que se produzca una alteración significativa en las funciones, activos o riesgos de la compañía, de modo que de lugar a una redistribución o reubicación de los beneficios en el seno del grupo multinacional, tal y como se indica en el apartado 9.6 de las Directrices.⁵⁹

Lo anterior abre el abanico a supuestos no tan directamente identificables pero que claramente contemplan los indicados apartados de las Directrices, tales como la especialización de la actividad manufacturera o de distribución (concentrándose sólo en un tipo concreto de producto) o las modificaciones de los flujos en la cadena de valor, tanto des de el punto de vista de los *inputs* (fijación o concentración de pedidos en un solo proveedor) u *outputs* (vendiendo a un solo cliente), entre otros.⁶⁰

Finalmente, un supuesto que en la práctica se plantea y que también acarrea dudas es el relativo a operaciones de compra de compañías y la posterior adaptación de éstas a las políticas del grupo. A este respecto, objetivamente cabe afirmar que le mera adaptación de una compañía a las políticas del grupo que la ha adquirido no debiera incluirse en la categoría de operación de reestructuración a efectos de Precios de Transferencia.⁶¹ Sin embargo, de existir vinculación previamente a la adquisición, al menos tendría que plantearse tal posibilidad y examinar la situación, por cuanto la propia operación de compra inicialmente ya generaría una operación corporativa en el seno del grupo susceptible de considerarse reestructuración a estos efectos.⁶²

- c) Las razones o motivación de la reestructuración deben ser económicas o de negocio.

⁵⁹ Obviamente, es innegable que toda alteración de este tipo en cualquier caso afectará también al ámbito estrictamente patrimonial de los socios-accionistas.

⁶⁰ Recomendamos en este sentido la lectura de los diversos supuestos que de forma detallada enumeran y recogen LÓPEZ DE ARO y MONTES URDÍN. LÓPEZ DE HARO ESTESO, R. y MONTES URDÍN, J.: "Los procesos de reestructuración empresarial" en Cordón Ezquerro, T., *Fiscalidad de los precios de transferencia (operaciones vinculadas)*, AEDAF-CEF, 2010, cap. 14, pp. 547-555.

⁶¹ BUSINESS AND INDUSTRY ADVISORY COMMITTEE TO THE OECD- BIAC.: "*Transfer Pricing Aspects of Business Restructuring: OECD Discussion Draft for Public Comment*", BIAC, 2009, p.3.

⁶² De no existir vinculación previa, la operación de compra no entraría dentro del concepto de reestructuración, al menos en sí misma, si bien sí se tendría que tener en cuenta aquélla así como los antecedentes de la compañía a los efectos de fijar la política de precios de ésta.

Así se reconoce en el propio apartado 9.4 de las Directrices, en las que se menciona la maximización de sinergias y economías de escala, la simplificación de la gestión de las diversas líneas de negocio, la mayor eficiencia en la cadena de distribución de los bienes, la limitación de pérdidas o mantenimiento de beneficios en épocas de crisis, la centralización de funciones y/o servicios, etc.

A este respecto, nada se dice en este primer apartado introductorio sobre la existencia de motivaciones de índole fiscal, pero ya avanzamos que éstas son perfectamente posibles si bien en algunos apartados concretos se producen contradicciones sobre si la mera existencia de razones fiscales son un motivo de negocio válido, tal y como se comentará en capítulos posteriores de este trabajo.⁶³

Por tanto, resalta claramente la acepción más económica que jurídica de “reestructuración” que contienen las Directrices, con un ámbito de aplicación en consecuencia más amplio que el meramente mercantil o fiscal anteriormente comentados, que parecen limitar conceptualmente estas operaciones a las tradicionales operaciones societarias de fusión, escisión o transformación, si bien la aprobación de la Ley 3/2009 y la definición, aunque genérica, de “modificación estructural” ha posibilitado que reestructuraciones claras a efectos del Capítulo IX de las Directrices entren también en la definición mercantil, bien directamente, como es el caso de la cesión global de activos y pasivos o el traslado internacional de domicilio, bien indirectamente por analogía, como podría ser el caso de la cesión parcial de activos o pasivos. En cualquier caso, como decimos, el ámbito de aplicación considerado por las Directrices en esta materia es mucho más amplio que el establecido por la norma mercantil o fiscal general.

De este modo, se logra el objetivo de cubrir supuestos muy comunes estos últimos años en los que, a modo de ejemplo, a pesar de que igual una empresa filial de un grupo multinacional no había ni siquiera modificado el objeto social de sus estatutos ni había sido absorbida por otra empresa del grupo o visto reducida su cifra de capital social, lo cierto es que la filial era literalmente vaciada tanto desde el punto de vista económico

⁶³ Cabe mencionar que los “*business representatives*” manifestaron en la mesa redonda de la OCDE que el motivo fiscal no es el exclusivo tenido en cuenta generalmente en los procesos de reestructuración, si bien también es contemplado, sobre todo en la situación “*post restructuring*”; v. nota 55.

como funcional, al trasladarse a otra empresa del grupo toda o parte de la actividad fabril junto con los activos afectos a los mismos, en muchos casos sin entrar a valorar la conveniencia o no de fijar compensación alguna.

Finalmente, conviene aclarar tres aspectos:

1º) Se da por entendido que las operaciones de reestructuración tradicionales (fusión, escisión, transformación, etc.) y propias de la conceptualización más “jurídica” del término “reestructuración”, en general conllevan la mayor de las veces una modificación sustancial de las funciones, activos y/o riesgos en la compañía afectada, por lo que, salvo excepciones puntuales, cabe entender que la acepción “jurídica”, incluye la “económica”. A este respecto, en el borrador inicial de Informe que publicó la OCDE,⁶⁴ se incluía en el apartado 5 la mención expresa a que operaciones como fusiones o adquisiciones quedaban fuera del ámbito de actuación de dicho informe, todo ello sin perjuicio de las operaciones que se dieran en el seno o como consecuencia de aquéllas y que sí entraban en la definición de "*business restructuring*" a efectos de Precios de Transferencia. Sin embargo, en la versión finalmente incorporada como Capítulo IX a las Directrices, la anterior mención se elimina, como no podía ser de otro modo, por cuanto si bien es cierto que los promulgadores del documento al definir el ámbito conceptual del citado término se están orientando a operaciones en las que se produce una reubicación de funciones, riesgos y activos sin que acontezca la integración o desintegración total de la empresa afectada, no es menos cierto que toda operación corporativa de este tipo es en si misma una reestructuración empresarial que implica la mayor de las veces una modificación sustancial de funciones y riesgos, así como un traspaso de activos.⁶⁵

⁶⁴ *OECD Discussion Draft on the TP Aspects of Business Restructurings, 19 September 2008-19 February 2009*. De aquí en adelante también como “el borrador”.

⁶⁵ El hecho de que a este tipo de operaciones se les pudiera aplicar un régimen fiscal especial que implicase el diferimiento de las rentas o plusvalías generadas en virtud de la operación, en nada desvirtúa su consideración como "*business restructuring*" a efectos de la normativa sobre Precios de Transferencia, debiendo igualmente analizar la operación al albur de dicha normativa. Es más, si la operación supone la desaparición de la entidad afectada, que se integra en una o varias empresas del grupo, aquélla debe pasar por el tamiz de esta normativa con especial énfasis en lo que a la justificación de la adecuación de la reestructuración en si misma al PLC se refiere y en lo que respecta a la compensación por traspaso de activos.

2º) La rescisión o modificación de acuerdos, contratos o relaciones contractuales puede producirse como consecuencia de la reestructuración acaecida o suponer en si misma e individualmente considerada una “reestructuración”, siempre que se de el carácter de relevante.⁶⁶

3º) La relación de supuestos que enumera las Directrices no es cerrada. Habrá “reestructuración” en toda operación que suponga un traspaso o reubicación transnacional de funciones, activos y/o riesgos relevante en el seno de grupos multinacionales.

3.3.- Ámbito objetivo

Las Directrices son un instrumento de *soft law* regulado con el objetivo de dar unos criterios interpretativos de los diversos aspectos que rodean la aplicación del Principio de Libre Competencia (PLC) establecido por el MCDI en su artículo 9 que, mayormente, recogen todos los convenios. Por tanto, su ámbito objetivo de aplicación son las operaciones transnacionales entre empresas asociadas o vinculadas en el seno de grupos multinacionales, tal y como, por otra parte, se desprende del artículo indicado, del propio título del documento así como de todo su contenido. La aclaración no es baladí, por cuanto el hecho de que, de una parte, la mayoría de legislaciones nacionales se hayan inspirado e incluso se remitan a efectos interpretativos a las Directrices, y, de otra, que también gran parte de dichas legislaciones apliquen la normativa en materia de Precios de Transferencia a las operaciones internas o nacionales, lleva de facto a considerar la aplicación de las Directrices como criterio interpretativo también a este último tipo de operaciones. En mi opinión, esta consideración no es acertada.

En efecto, tal y como se ha indicado anteriormente, el paso previo para la aplicación de todo instrumento de *soft law* es el vínculo o imbricación de este con la norma o Convenio que interpreta, por lo que si no se da dicha conexión, el instrumento no es aplicable. En el caso de las Directrices, el lazo de vinculación se produce a través del artículo 9 del MCDI, que regula la aplicación del Principio de Libre Competencia entre

⁶⁶ De no ser relevante la modificación, ésta supondrá un cambio en la política de precios del grupo que obviamente deberá ser objeto de análisis y verificación conforme la normativa sobre Precios de Transferencia, pero no bajo la consideración de la existencia de una operación calificada como "*business restructuring*".

empresas asociadas en el ámbito convencional, esto es, en transacciones internacionales, no nacionales. Por tanto, la conclusión es clara, las operaciones vinculadas internas o nacionales quedan fuera del ámbito de aplicación de las Directrices, por lo que éstas carecen de eficacia jurídica como criterio interpretativo para ese tipo de transacciones.

4.- OBJETIVO

El objetivo buscado por el grupo de trabajo del Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE al redactar su Informe que se incorporaría como Capítulo IX de las Directrices fue el de establecer unas pautas para poder concluir, conforme al artículo 9 MCDI, sobre (i) si la reubicación o redistribución del beneficio entre los miembros de un grupo multinacional que se produce, o se producirá, como consecuencia de la operación de reestructuración, se adecua al PLC y (ii) como afecta y aplica el PLC a este tipo de operaciones de reestructuración.⁶⁷

Para ello, la hipótesis de partida y, de algún modo, la pregunta a contestar conforme al PLC establecido por el artículo 9 MCDI es *si las condiciones acordadas o impuestas en una reestructuración empresarial difieren de aquéllas que libremente acordarían empresas independientes en situación similar*.⁶⁸ Para contestar la pregunta, y siguiendo el objetivo indicado, se debe analizar (i) si la reestructuración en sí misma se adecua al PLC y (ii) si las consecuencias o efectos de la misma también son acordes a dicho principio.

Para ello, a lo largo del Capítulo IX se van introduciendo los diversos aspectos a considerar en el análisis de las operaciones de reestructuración, haciendo especial hincapié en lo relativo a la atribución de los riesgos en la operación, la importancia de la comprensión de ésta y su motivación, la transferencia de activos y funciones, la necesidad o no de compensación y, finalmente, la posibilidad de aplicar la denominada

⁶⁷ Ap. 9.6 de las Directrices. Dicho esto, aun no habiéndose identificado claramente en ese momento como objetivo adicional, lo cierto es que a posteriori la actuación del CFA en su labor de redacción del Capítulo IX y este mismo caben verlos como la antesala del posterior Plan BEPS de lucha contra el fraude fiscal internacional y la planificación fiscal agresiva que dos años más tarde impulsó la propia OCDE.

⁶⁸ Ap. 9.9 de las Directrices.

Disregard Clause a estos supuestos, todo ello con continuas referencias a los conceptos y aspectos más generales de las Directrices desarrollados en capítulos anteriores.

Como se puede observar, el planteamiento sigue la línea del resto de capítulos de las Directrices, en el sentido de no suponer la traslación rígida de una serie de pasos o requisitos claros de aplicación, sino más bien unas recomendaciones, pautas o “directrices” que sirvan de guía al intérprete para dilucidar y establecer de forma lo más consistente posible la razonabilidad de los precios de transferencia fijados en las operaciones y su adecuación al PLC.

Dos aspectos destacan ya en esta parte introductoria y que son de gran relevancia.

El primero es la necesidad de entender e interpretar las pautas que establece el Capítulo IX con base a los principios y recomendaciones generales en esta materia regulados en los capítulos precedentes de las Directrices, en especial el I. En este sentido, no se debe obviar lo indicado al inicio de este subapartado, esto es, el objetivo buscado, que no es otro que lograr la adecuada aplicación del PLC a las operaciones de reestructuración.⁶⁹

El segundo aspecto son las dificultades que ya se reconocen en esta fase y que supone la aplicación del PLC a operaciones vinculadas, por cuanto implica considerar la actuación de empresas que actúan en el seno de grupos multinacionales como si fuesen empresas independientes. En efecto, estas dificultades ya se reconocen en los apartados 1.10 y 1.11 de las Directrices, y responden a la realidad de que las sinergias que se producen en el seno de los grupos multinacionales son distintas de las que surgen entre entidades independientes, dando lugar a situaciones u operaciones que difícilmente se podrían encontrar entre empresas independientes. Sin embargo, tal y como se reconoce en los indicados apartados, la no identificación de operaciones independientes comparables no puede llevar al intérprete a concluir que una operación vinculada no se adecua al PLC, ni la situación contraria puede llevar a la conclusión opuesta. Es en estos supuestos cuando las recomendaciones y ejemplos que contienen las Directrices sirven de guía al

⁶⁹ Tal y como se irá comentando a lo largo de este trabajo, si bien las directrices específicas del Capítulo IX parten o se basan de las propias del Capítulo I, lo cierto es que van mucho más allá en varios apartados, desarrollando aspectos del análisis en materia de Precios de Transferencia que tan sólo están brevemente enunciados en el primer capítulo. Además, la reforma auspiciada por la OCDE a través del ya nombrado Plan BEPS, está produciendo el efecto contrario, es decir, principios o aspectos propios del ámbito del *business restructuring* se están incorporando al resto de capítulos de las Directrices.

especialista para poder valorar la adecuación o no del precio de transferencia y de las condiciones de la operación al PLC. En este mismo sentido, la falta de sintonía entre la visión del grupo y la de uno de sus miembros es un aspecto clave del análisis en diversos momentos, como sucede cuando se analiza la motivación de la reestructuración o la aplicación de la *Disregard Clause*, tal y como se pondrá de manifiesto más adelante.

En cualquier caso, el compromiso de los Estados miembros de la OCDE en el mantenimiento del PLC, con sus limitaciones, como mecanismo para evitar tanto la manipulación de los precios de transferencia como supuestos de doble imposición, es total (apartados 1.14 y 1.15 de las Directrices).

Finalmente, y en línea con el resto de las Directrices, los apartados 9.7 y 9.8 del Capítulo IX limitan excluyen del ámbito de aplicación del mismo a las operaciones con establecimientos permanentes, que son objeto de otro informe a parte, a la normativa tributaria nacional anti abuso de derecho, sobre no residentes y a todo lo relativo a IVA e impuestos indirectos.