

**CAPÍTULO SEXTO**  
**EPÍLOGO Y CONCLUSIONES**

La validación de las operaciones de reestructuración a efectos de la normativa sobre Precios de Transferencia, esto es, su adecuación al PLC, 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.

Junto a estos tres principios, dos son los “ámbitos de análisis” que se deben tener en cuenta a los efectos de verificar la adecuación de la operación a aquéllos:

- El temporal: Atendiendo no sólo a la situación concreta de la operación de reestructuración, sino también a la anterior y a la posterior.
- El de actuación: Considerando no sólo el ámbito interno de la operación y la empresa/grupo sino también el externo (mercado, comparables, etc.)

A partir de ahí, la racionalidad de la operación en sentido genérico debe predicarse en sus dos vertientes:

- Respecto de la operación en sí misma tal cual se ha estructurado (*rationality* y adecuada asignación de funciones y riesgos)
- Respecto del aspecto económico de la operación, esto es, de las compensaciones concertadas.

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 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.

El cuadro-resumen final sería el siguiente:

**Principios de *Rationality* y *Reasonability*** (específicos de operaciones de reestructuración)

**Principio de *Substance over Form*** (general de las Directrices)

SITUACIÓN PREVIA

REESTRUCTURACIÓN

SITUACIÓN POST.

### 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:
  - o *rationality*
  - o *reasonability*

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

- Transferencia de activos
- Indemnización

### Elementos Correctores

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

INTERNO

EXTERNO

En el marco del modelo de análisis tributario de las operaciones de reestructuración empresarial descrito, las principales conclusiones alcanzadas a lo largo del trabajo elaborado se pueden resumir en las siguientes:

PRIMERA.- Las Directrices OCDE son un instrumento de *soft law* implementado por mutuo acuerdo de los Estados, que 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 este caso, en el ámbito de la aplicación del Principio de Libre Competencia en transacciones transnacionales entre empresas asociadas regulado por el artículo 9 del MCDI.

SEGUNDA.- El concepto de “operación de reestructuración” a efectos de Precios de Transferencia es más amplio que su acepción jurídica, económica o fiscal, al entender como tal la transferencia y/o reubicación relevante y transnacional de funciones, riesgos y/o activos, que se produce en el seno de grupos multinacionales como consecuencia de decisiones/motivos económicos y/o de negocio.

TERCERA.- El Capítulo IX de las Directrices OCDE regula los principios y criterios de análisis para la validación de las operaciones de reestructuración a efectos de Precios de Transferencia, basándose en principios y criterios de los Capítulos I-III pero yendo mucho más allá en su desarrollo y adaptándolas a las especificidades de las operaciones de reestructuración. En ese sentido, destaca la relevancia que adquiere el denominado análisis funcional y de riesgos de la operativa que, si bien parte del examen de las cláusulas contractuales acordadas, debe atender al principio *substance over form* y a la conducta de las partes implicadas, todo ello a los efectos de concluir sobre si la distribución de funciones y riesgos entre estas se adecua o no al PLC.

CUARTA.- La racionalidad de la reestructuración, entendida ésta como lógica comercial o actuación razonable de terceros en situación similar, junto al examen sobre la existencia de alternativas “realistas” a la operación tal cual se ha estructurado por las partes, son clave en la validación de estas operaciones. Para ello es necesario disponer de una documentación

amplia y completa que se prepare desde el inicio del proceso y que además de los análisis realizados incluya información interna de todo el proceso (“*business plan*”, entre otros), de modo que se acrediten las “razones del negocio” y, en definitiva, la racionalidad del proceso quede probada (“*reasonability*”).

QUINTA.- La reasignación de funciones y riesgos inherente a toda reestructuración conlleva así mismo unos efectos económicos directos e indirectos por las transferencias de activos y/o actividades y la modificación sustancial o resolución de las relaciones comerciales/contractuales y que se reflejan a través de la denominada “compensación”. Sin embargo, no cabe considerar a ésta como un derecho de indemnización por daños y perjuicios ni como un derecho de devengo automático en todo caso, sino más bien como un derecho –interés legítimo- ligado al elemento económico de la operación, en especial al valor de los activos y actividades que se transfieren en ésta y a los costes que ocasiona la misma, que actúa como mecanismo garantista para asegurar que la reestructuración, también en su aspecto económico, se adecúa al PLC.

SEXTA.- La *Disregard Clause* actúa en la validación de las operaciones de reestructuración como un Elemento Corrector ligado con el principio general *substance over form* y con el análisis de riesgos y funciones, todo ello con el doble objetivo de asegurar que las cláusulas contractuales reflejan la verdadera naturaleza de la operación (su fondo o *substance*), así como una asignación de funciones y riesgos acorde a la conducta de las partes y *racional*, es decir, adecuadas al PLC. En este sentido, cabe concebir esta cláusula como una norma anti-abuso específica de Precios de Transferencia cuyo objetivo es lograr la correcta adecuación de la operación al PLC, hecho que la aleja de las tradicionales normas anti-abuso y motivo por el que no existe incompatibilidad entre éstas y aquélla. En concreto, y respecto a España, no se ha regulado una norma específica de recalificación con base a la *Disregard Clause* de las Directrices OCDE, si bien el nuevo artículo 18 de la Ley 27/2014 sí que se ha redactado alineándose con el artículo 9 MCDE y, por tanto, permitiendo tanto el ajuste valorativo como el de calificación.

SÉPTIMA.- El análisis de la remuneración post reestructuración conforma el segundo Elemento Corrector para la validación de la operación de reestructuración, con el objetivo de garantizar que el aspecto económico de la operación, la compensación que se haya fijado en virtud de la misma, se adecue al PLC y se haya tenido en cuenta la posición individual de la entidad afectada. Sin embargo, no cabe entender que este elemento corrector actúa en todo caso por el mero hecho de darse la compensación, sino que es necesario que concurren unas premisas siendo la esencial el que las partes hayan ligado la compensación a la remuneración que se fije en la situación/operativa posterior (a la reestructuración) que se dé entre las partes.