Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

TRANSFER PRICING GUIDANCE ON FINANCIAL TRANSACTIONS. INCLUSIVE FRAMEWORK ON BEPS: ACTIONS 4, 8-10

OECD
OECD Editing
Paris, 2020. Sin paginar

https://dx.doi.org/10.47092/CT.21.3.6

1. INTRODUCCIÓN

El Plan BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting,* "Erosión de la Base Imponible y Traslado de Beneficios", en su traducción al español) supuso, en los momentos de su configuración y de edición de las 15 Acciones que lo componen (ver https://www.oecd.org/tax/beps/, para obtener una información general sobre el proceso), la construcción de un nuevo paradigma de la fiscalidad internacional, cuya finalidad principal giraba desde la búsqueda de instrumentos para eliminar o reducir la doble imposición a la consideración de herramientas que impidiesen o minorasen lo contrario: la no imposición de bases imponibles internacionales.

Sin embargo, las restricciones de BEPS aparecieron inmediatamente, bien desde su propio interior, como sucede con la incapacidad en su Acción 1, *Tax Challenges Arising from Digitalisation* ("Desafíos fiscales procedentes de la digitalización"), [https://www.oecd.org/tax/beps/beps-actions/action1/], por ofrecer una alternativa consensuada a los retos que la economía digital plantea para el sistema tributario o con las restricciones al elenco de Acciones que integraban el mínimo estándar consensuado o por la ausencia de referencias a la fiscalidad indirecta en BEPS o, por último, por el intento de conservar, si bien con ciertas limitaciones, el otro gran pilar de la filosofía internacional clásica de la OCDE, nos referimos a la "Guía de Precios de Transferencia".

Pues bien, aunque las críticas doctrinales a los principios de esta Guía no han dejado de crecer, empezando por su error básico: pretender que las multinacionales (en adelante, EMN) operan en las distintas jurisdicciones fiscales con entidades y formas jurídicas autónomas, formalmente independientes unas de otras, la tesis de la autonomía funcional; cuando es evidente que todas las entidades participadas de una EMN responden a un propósito global, un mercado mundial y una dirección común; lo cierto es que BEPS se limitó a pequeñas variaciones en el régimen de precios de transferencia.

Estas mínimas alteraciones, que se han demostrado absolutamente insuficientes, se recogen en sus Acciones 8 a 10, donde se identifican tres riesgos relevantes para el sistema tradicional de precios de transferencia regulado en la edición de la "Guía de Precios de Transferencia" de 2010, a saber: Acción 8 (Intangibles), Acción 9 (Riesgos y Capi-

tal) y Acción 10 (Otras Transacciones de Alto riesgo), [https://www.oecd.org/tax/beps/beps-actions/actions8-10/].

Seguidamente, en 2017, la OCDE integró estas revisiones en una nueva edición, 2017, de la "Guía de Precios de Transferencia", de julio de 2017 (OECD *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017, July 10, 2017*, https://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/oecd-transfer-pricing-guidelines-for-multinational-enterprises-and-tax-administrations-20769717.htm), cuya traducción oficial es obra del Instituto de Estudios Fiscales, bajo el título "Directrices de la OCDE aplicables en materia de precios de transferencia a empresas multinacionales y administraciones tributarias".

Pero también, rápidamente, la insuficiencia de este remozamiento de la "Guía de Precios de Transferencia", cuyo tenor sigue persiguiendo un mítico precio de mercado comparable en condiciones de plena competencia, como los caballeros andantes seguían en la inefable búsqueda del Santo Grial, se puso de manifiesto.

En ese sentido, la propia OCDE dedicó los años posteriores, 2018-2020, a la publicación de nuevas adendas a la edición de 2017 de la Guía, concretamente:

– Guía adicional en materia de la atribución de beneficios al establecimiento permanente, derivada de los cambios introducidos por la Acción 7 de BEPS en la redacción del artículo 5 del modelo de Convenio de Doble Imposición sobre la Renta y el Patrimonio, publicada en marzo de 2018, [https://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/additional-guidance-attribution-of-profits-to-permanent-establishments-BEPS-action-7.pdf].

– Guía adicional dirigida a las Administraciones Tributarias relativa a la aplicación de los intangibles de difícil valoración (*hard-to-tax intangibles),* derivada de la mencionada Acción 8 y publicada en junio de 2018, [https://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/guidance-for-tax-administrations-on-the-application-of-the-approach-to-hard-to-value-intangibles-BEPS-action-8.pdf].

– Guía revisada acerca de la aplicación del método de distribución del beneficio, *profit-split method,* inserta en los trabajos de la Acción 10 y editada, asimismo, en junio de 2018 [https://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/revised-guidance-on-the-application-of-the-transactional-profit-split-method-beps-action-10.htm].

Y, por último, la nueva "Guía sobre precios de transferencia en transacciones financieras", publicada en febrero de 2020 y a la cual hace referencia nuestro comentario [https://www.oecd.org/tax/beps/transfer-pricing-guidance-on-financial-transactions-inclusive-framework-on-beps-actions-4-8-10.htm].

2. EL CONTENIDO DE LA GUÍA SOBRE LOS PRECIOS DE TRANSFERENCIA EN TRANSACCIONES FINANCIERAS

Es evidente que, otra de las restricciones de la "Guía de Precios de Transferencia", es que sigue pensando en una realidad económica y social, donde lo físico y lo fijo siguen predominando, cuando lo verdaderamente valioso y lo arduo de evaluar es el intangible, lo digital y lo financiero.

La OCDE lo ha reconocido, siquiera tardía y restringidamente, con sus incursiones en la problemática de los intangibles "*hard-to-value*", ver *supra* y con este documento sobre transacciones financieras.

Tras el sumario ejecutivo, la "Guía en materia de precios de transferencia para las transacciones financieras", enmarca la problemática particular de estas operaciones en el marco general de los precios de transferencia, es decir, existe un interés muy concreto y reforzado (ver el apartado B de la obra) en señalar que los aspectos genéricos de los precios de transferencia: identificar las transacciones financieras realizadas, caracterizándolas y calificándolas, conforme a su realidad, a partir del estudio de los contratos, el análisis funcional y otras cuestiones, deben ser los primeros pasos para analizar los precios de transferencia en esta modalidad de operaciones.

El estudio particularizado de las transacciones financieras parte (apartado C del texto) de las funciones de tesorería y, sobre todo, de los problemas específicos de los préstamos intragrupo (que, a su vez, afectan a la Acción 4 del BEPS, "Limitación en la deducción de los intereses", https://www.oecd.org/tax/beps/beps-actions/action4/).

En principio, el documento considera que las perspectivas del prestamista y del prestatario son distintas y deben analizarse de manera diferenciada en materia de precios de transferencia, seguidamente, estudia si el "ranking" de créditos que, determinadas instituciones internacionales, verbigracia, Standard & Poors, crean, es válido como precio de mercado comparable y como, precisamente, la financiación en el seno de la EMN es, en muchas ocasiones utilizada para favorecer una visión conjunta del músculo financiero de la EMN, mejorando sus rankings.

Seguidamente, se exponen qué métodos, de los establecidos en la Guía de Precios de Transferencia en general, son los más apropiados para determinar el interés de mercado, mencionando, como era de esperar, la búsqueda del mítico CUP ("*comparable uncontrolled price method*") como el objetivo fundamental y pasando revista a diversas cuestiones: el tratamiento de las comisiones en los préstamos aportados, el coste de los fondos, la existencia de modelos económicos para determinar tipos de interés de mercado, etc.

El punto C.2 se centra, por su parte, en lo que constituye, sin ningún género de dudas, uno de los instrumentos de centralización de tesorería más utilizados por las EMN en sus actividades, agrupando en una tesorería única los fondos de las filiales.

Nos referimos al "*cash pooling*" y los problemas que tal herramienta conlleva para los precios de transferencia.

En principio, se clasifica en dos grandes clases: nocional y físico; después, se sigue un método clásico para determinar los precios de mercado de estas operaciones, comenzando por la necesidad de caracterizar y delimitar de manera precisa las operaciones (que pueden ser muy variadas) agrupadas bajo el término genérico "*cash pooling*"; se exponen luego los problemas específicos de la determinación del precio de transferencia en estos casos, empezando por la cuantía por remunerar la función del líder de la centralización de la tesorería, el papel de las garantías o fianzas (explícitas e implícitas) en estas operaciones y su remuneración.

De hecho, las garantías financieras aplicadas tanto en los préstamos intragrupo como en las operaciones "*cash pooling*" son objeto de análisis individualizado en el apartado D

del informe, señalando su funcionamiento y los posibles métodos de valoración a precios de mercado que la adecuada remuneración de tales garantías financieras suponen.

Después, en el apartado E, se incluye otro aspecto particular de las operaciones financieras en el seno de las EMN, nos referimos a los "seguros cautivos", creados bien interna o externamente, pues se puede configurar una entidad de seguros específicamente creada con esta finalidad, por parte de las EMN, para internalizar de alguna manera los seguros de todas las empresas (o de parte) de las entidades que conforman el grupo.

Desde el punto de vista de los precios de transferencia, se menciona la relación entre los precios de las primas pagadas por los tomadores a estos "seguros cautivos" y los precios abonados a entidades aseguradoras independientes, pues los riesgos que justifican el pago de la prima, son diferentes, aunque solamente sea porque la acumulación de tomadores de seguros en el interior de la EMN puede reducir los costes de acudir a un seguro exterior.

Por último, el apartado F del trabajo se destina a discutir la problemática de encontrar un retorno sin riesgo en estas operaciones frente a la realidad de los tipos de interés independientes que, precisamente, tienen en cuenta el riesgo asumido por las partes en las operaciones financieras.

3. CODA

En suma, aunque esta "Guía de precios de transferencia en operaciones financieras" reconoce las particularidades de tales transacciones sigue sin poner en duda los fundamentos del modelo de la OCDE y, a nuestro juicio, es insuficiente tanto en lo relativo a las operaciones descritas (de hecho, la relevancia de los sistemas de centralización de tesorería o "*cash pooling*" apenas se pone de manifiesto en la Guía) como en sus conclusiones, pues la financiación agrupada en el seno de la EMN, al alterar las asimetrías de riesgo e información que se producen entre las partes implicadas, hace absurdo el intento de encontrar el mítico interés independiente y de plena competencia, cuyo valor es el mercado comparable para cuantificar la retribución de estas operaciones.

Domingo Carbajo Vasco
Agencia Estatal de Administración Tributaria